



**FACULTAD DE DERECHO  
UNIDAD DE POSGRADO**

**LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENA DE  
INHABILITACIÓN DEFINITIVA PREVISTA PARA EL  
DELITO DE COHECHO ACTIVO EN EL ÁMBITO DE LA  
FUNCIÓN POLICIAL**

**PRESENTADO POR  
ANDRES ANGEL MONTOYA MENDOZA**

**ASESOR  
LUIS ALBERTO BRAMONT-ARIAS TORRES**

**TESIS  
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO EN  
CIENCIAS PENALES**

**LIMA – PERÚ  
2023**



**CC BY-NC-ND**

**Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada**

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



**USMP**  
UNIVERSIDAD DE  
SAN MARTÍN DE PORRES

Facultad  
de Derecho

**UNIDAD DE POSGRADO**

**“LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENA DE  
INHABILITACIÓN DEFINITIVA PREVISTA PARA EL DELITO DE  
COHECHO ACTIVO EN EL ÁMBITO DE LA FUNCIÓN POLICIAL”**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN  
DERECHO EN CIENCIAS PENALES**

**PRESENTADA POR:  
ANDRES ANGEL MONTOYA MENDOZA**

**ASESOR:  
MG. LUIS ALBERTO BRAMONT-ARIAS TORRES**

**LIMA, PERÚ  
2023**

## **DEDICATORIA**

A mi familia, en especial a mi madre María y a quien en vida fue mi padre Ángel, por todo su amor, apoyo y comprensión.

## **AGRADECIMIENTOS**

A la Facultad de Derecho de la USMP, por contribuir enormemente con mi desarrollo profesional.

Al Ministerio Público, por las experiencias vividas y las lecciones aprendidas en el ejercicio de la ardua y siempre satisfactoria labor fiscal.

A mi asesor Luis Alberto Bramont-Arias Torres, por sus valiosos aportes que enriquecieron el contenido de la presente investigación.

## INDICE

Resumen	6
Abstract	8
<b>Introducción</b>	<b>10</b>
<b>Capítulo I: Marco Teórico y Metodológico</b>	<b>15</b>
1.1. El tema	15
1.2. Planteamiento del problema	15
1.2.1. Situación problemática	15
1.2.2. Formulación del problema	25
1.2.3. Objetivos	26
1.3. Importancia de la presente investigación	27
1.4. Viabilidad de la presente investigación	29
1.5. Antecedentes de la investigación	31
1.6. Bases teóricas	33
1.7. Marco filosófico o epistemológico de la investigación	34
1.8. Marco normativo	42
1.9. Definición de términos básicos	44
1.10. Diseño metodológico	51
1.11. Técnica de recolección de datos	53
1.12. Aspectos éticos	53
<b>Capítulo II: Corrupción y política criminal</b>	<b>55</b>
2.1. Aproximación al concepto de corrupción	55
2.2. Causas de la corrupción	58
2.3. Política criminal frente al flagelo de la corrupción	60
2.4. Instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción	70
2.5. La lucha contra la corrupción como principio constitucional	72
<b>Capítulo III: La función policial</b>	<b>79</b>
3.1. Policía Nacional y Constitución	79
3.2. La función policial	83
3.3. La policía como funcionario y servidor público	87
3.4. Infracción de deber de la policía por competencia institucional	91
3.5. Sanciones administrativas y penales: ¿Ne bis in ídem?	94

<b>Capítulo IV: El delito de cohecho vinculado a la función policial: definición, antecedentes y justificación de su incorporación en la legislación nacional</b>	100
4.1. Nociones preliminares	100
4.2. Definiciones de cohecho	102
4.3. Modalidades del delito de cohecho	106
4.3.1. Cohecho pasivo	107
4.3.2. Cohecho activo	110
4.3.3. Cohecho antecedente y cohecho subsecuente	111
4.4. El delito de cohecho específico vinculado a la función policial: definición y modalidades	113
4.5. Antecedentes del delito de cohecho vinculado a la función policial	117
4.6. Justificación de la incorporación en el Código Penal del delito de cohecho vinculado a la función policial: exposición de motivos	122
4.7. Críticas a la incorporación en el Código Penal del delito de cohecho específico vinculado a la función policial	126
<b>Capítulo V: Análisis del delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial</b>	129
5.1. Descripción típica (art. 398-A CP)	129
5.2. Tipicidad objetiva	130
5.2.1. Sujeto activo	137
5.2.2. Sujeto pasivo	138
5.2.3. Verbos rectores	138
5.2.4. Medios corruptores	142
5.2.5. Comportamientos delictivos	145
5.2.6. Bien jurídico protegido	152
5.3. Tipicidad subjetiva	154
5.4. Consumación y tentativa	155
5.5. Penalidad	156
<b>Capítulo VI: Análisis de la circunstancia agravante específica prevista en el artículo 398-B del Código Penal</b>	159
6.1. Descripción legal (art. 398-B CP)	159
6.2. Justificación de la incorporación de esta circunstancia agravante en la legislación: Estadísticas	163
6.3. La función policial de tránsito o seguridad vial	167
6.4. Penalidad	179
<b>Capítulo VII: Naturaleza jurídica y alcances de la pena de inhabilitación definitiva prevista en el artículo 398-B del código penal</b>	183
7.1. La pena de inhabilitación	183
7.2. Formas de aplicar la pena de inhabilitación	186
7.3. Duración de la pena de inhabilitación	190

7.4.	Modos de imponer la pena de inhabilitación	194
7.5.	Acuerdos Plenarios relacionados con la pena de inhabilitación	196
7.5.1.	Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116: “Alcances de la pena de inhabilitación”	196
7.5.2.	Acuerdo Plenario N° 10-2009/CJ-116: “Ejecución de la pena de inhabilitación y recurso impugnatorio”	201
7.6.	Naturaleza jurídica y alcances de la pena de inhabilitación definitiva prevista en el art. 398-B del código penal	205
7.6.1.	Texto legal	205
7.6.2.	Antecedentes de la aplicación de la pena de inhabilitación para conducir vehículos	206
7.6.3.	Contenido de la pena de inhabilitación prevista en el artículo 398-B del código penal	210
7.6.4.	Naturaleza jurídica y características	217
<b>Capítulo VIII: El principio de proporcionalidad en la determinación de las penas</b>		219
8.1.	La determinación de la pena	219
8.2.	El principio de proporcionalidad en la determinación legal de la pena	229
8.2.1.	El juicio de idoneidad	231
8.2.2.	El juicio de necesidad	233
8.2.3.	El juicio de proporcionalidad en sentido estricto	235
8.3.	El principio de proporcionalidad en la individualización judicial de la pena	237
8.3.1.	El examen de idoneidad	238
8.3.2.	El examen de necesidad	240
8.3.3.	El examen de proporcionalidad en sentido estricto	245
<b>Capítulo IX: Resultados. Análisis de constitucionalidad de la pena de inhabilitación definitiva prevista en el artículo 398-B del código penal</b>		249
9.1.	Delimitación del análisis de constitucionalidad	249
9.2.	Aplicación del test de razonabilidad o proporcionalidad a la pena de inhabilitación definitiva prevista en el artículo 398-B del Código Penal	251
9.2.1.	Examen de idoneidad	253
9.2.2.	Examen de necesidad	259
9.2.3.	Examen de proporcionalidad en sentido estricto	264
9.3.	Conclusiones de este capítulo	273
<b>Capítulo X: Discusión. Análisis de sentencias emitidas por la Corte Suprema</b>		275
10.1.	Precisión previa	275

<b>10.2.</b>	Análisis de la sentencia de fecha 25/09/2017, emitida por la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, materia de la Consulta N° 17112-2017/Lima	277
<b>10.2.1.</b>	El caso	277
<b>10.2.2.</b>	Fundamentos principales de la Sala Constitucional y Social Permanente	278
<b>10.2.3.</b>	Decisión de la Sala Constitucional y Social Permanente	280
<b>10.2.4.</b>	Análisis y comentarios	280
<b>10.3.</b>	Análisis de la sentencia de fecha 02/06/2021, emitida por la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, materia de la Consulta N° 9730-2020/Lima	294
<b>10.3.1.</b>	El caso	294
<b>10.3.2.</b>	Fundamentos principales de la Sala Constitucional y Social Permanente	295
<b>10.3.3.</b>	Decisión de la Sala Constitucional y Social Permanente	301
<b>10.3.4.</b>	Análisis y comentarios	302
<b>10.4.</b>	Análisis de la sentencia de fecha 19/07/2021, emitida por la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, materia de la Consulta N° 2705-2021/Lima	308
<b>10.4.1.</b>	El caso	308
<b>10.4.2.</b>	Fundamentos principales de la Sala Constitucional y Social Permanente	309
<b>10.4.3.</b>	Decisión de la Sala Constitucional y Social Permanente	313
<b>10.4.4.</b>	Análisis y comentarios	314
<b>10.5.</b>	Análisis de la sentencia de fecha 10/09/2021, emitida por la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, materia de la Consulta N° 5631-2020/Lima	315
<b>10.5.1.</b>	El caso	315
<b>10.5.2.</b>	Fundamentos principales del voto en mayoría de la Sala Constitucional y Social Permanente	316
<b>10.5.3.</b>	Decisión en mayoría de la Sala Constitucional y Social Permanente	319
<b>10.5.4.</b>	Fundamentos principales del voto singular del juez supremo Toledo Toribio	319
<b>10.5.5.</b>	Fundamentos principales del voto en minoría de los jueces supremos Pariona Pastrana y Linares San Román	321
<b>10.5.6.</b>	Análisis y comentarios	324
<b>10.6.</b>	Análisis de la sentencia de fecha 10/03/2023, emitida por la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, materia de la Consulta N° 21541-2022/Lima.	329
<b>10.6.1.</b>	El caso	329
<b>10.6.2.</b>	Fundamentos principales de la Sala Constitucional y Social Permanente	330
<b>10.6.3.</b>	Decisión de la Sala Constitucional y Social Permanente	334
<b>10.6.4.</b>	Análisis y comentarios	334

<b>10.7.</b>	Análisis de la sentencia de fecha 10/03/2023, emitida por la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, materia de la Consulta N° 32370-2022/Lima.	336
<b>10.7.1.</b>	El caso	336
<b>10.7.2.</b>	Fundamentos principales de la Sala Constitucional y Social Permanente	337
<b>10.7.3.</b>	Decisión de la Sala Constitucional y Social Permanente	342
<b>10.7.4.</b>	Análisis y comentarios	343
<b>10.8.</b>	Análisis de la sentencia de fecha 01/12/2021, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, materia de la Revisión de Sentencia NCPP N° 321-2019/Huánuco	347
<b>10.8.1.</b>	El caso	347
<b>10.8.2.</b>	Fundamentos principales de la Sala Penal Permanente	347
<b>10.8.3.</b>	Decisión de la Sala Penal Permanente	351
<b>10.8.4.</b>	Análisis y comentarios	351
<b>10.9.</b>	Conclusiones de este capítulo	358
	<b>Conclusiones Generales</b>	361
	<b>Recomendaciones</b>	368
	<b>Referencias bibliográficas y jurisprudenciales</b>	370

## RESUMEN

El objetivo de la presente tesis es determinar si es inconstitucional la pena de inhabilitación consistente en la cancelación o la incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir, prevista en el artículo 398-B del Código Penal, que es aplicable a los condenados por el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, en su modalidad agravada (funciones policiales vinculadas al tránsito o la seguridad vial).

Para este efecto, se analiza de manera crítica tanto la doctrina, la legislación y la jurisprudencia nacional, y a partir de una correcta aplicación del test de razonabilidad o proporcionalidad, se llega a la conclusión que dicha norma efectivamente es inconstitucional, por no superar los exámenes de idoneidad, de necesidad ni de proporcionalidad en sentido estricto.

Lo anterior pues, analizada en abstracto, esta pena de inhabilitación definitiva no guarda conexión lógica con el deber de no afectar el correcto y normal funcionamiento de la administración pública y, en particular, la imparcialidad en el desempeño del agente policial. Igualmente, así esta pena fuera idónea, se muestra innecesaria, pues existe otro tipo de pena que puede aplicarse en lugar de ella, con similar efecto preventivo; y, por último, resulta desproporcionada en comparación con otros tipos penales sancionados con una inhabilitación similar.

Y a nivel concreto, se verifica que esta pena de inhabilitación definitiva se aplica, por lo general, a conductores de vehículos de transporte público, para quienes dicha pena resultará inidónea, por no guardar proporción con la culpabilidad del autor, y, esencialmente, afectará su derecho a la libertad de trabajo, en conexión con otros derechos constitucionales relacionados, como el derecho a la dignidad, al libre desarrollo y bienestar, y a la protección de la familia.

**PALABRAS CLAVES:** Corrupción / Cohecho Activo / Policía Nacional / Tránsito / Seguridad Vial / Inhabilitación Definitiva / Licencia de Conducir / Inconstitucionalidad Material / Test de Razonabilidad o Proporcionalidad

## **ABSTRACT**

The objective of this thesis is to determine if the penalty of disqualification consisting of the cancellation or the definitive inability to obtain authorization to drive is unconstitutional, provided for in article 398-B of the Penal Code, which is applicable to those convicted of the crime of active bribery in the field of police duties, in its aggravated modality (police duties linked to traffic or road safety).

For this effect, the doctrine, the legislation and the national jurisprudence are critically analyzed, and from a correct application of the reasonableness or proportionality test, it is concluded that said rule is effectively unconstitutional, for not passing the exams of suitability, necessity or proportionality in the strict sense.

The foregoing, while, analyzed in the abstract, this penalty of definitive disqualification has not logical connection with the duty of not affect the correct and normal functioning of the public administration and, in particular, the impartiality in the performance of the police officer. Likewise, even if this penalty were suitable, it is shown to be unnecessary, since there is another type of penalty that can be applied instead of it, with a similar preventive effect; and, finally, it is disproportionate compared to other criminal types sanctioned with a similar disqualification.

And at a concrete level, it is verified that this penalty of definitive disqualification is applied, in general, to drivers of public transport vehicles, for whom said penalty will not be suitable, for being out of proportion to the perpetrator's guilt, and, essentially, will affect your right to freedom of work, in connection with other related constitutional rights, such as the right to dignity, to free development and well-being, and to the protection of the family.

**KEY WORDS:** Corruption / Active Bribery / National Police / Traffic / Road Safety / Definitive Disqualification / Driver's License / Material Unconstitutionality / Reasonability or Proportionality Test.

NOMBRE DEL TRABAJO

**LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PEN  
A DE INHABILITACIÓN DEFINITIVA PREV  
ISTA PARA EL DELITO DE COHECHO A**

AUTOR

**ANDRES ANGEL MONTOYA MENDOZA**

RECUENTO DE PALABRAS

**94017 Words**

RECUENTO DE CARACTERES

**501886 Characters**

RECUENTO DE PÁGINAS

**390 Pages**

TAMAÑO DEL ARCHIVO

**1.6MB**

FECHA DE ENTREGA

**Aug 2, 2023 5:29 PM GMT-5**

FECHA DEL INFORME

**Aug 2, 2023 5:34 PM GMT-5**

### ● 17% de similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos

- 16% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 10% Base de datos de trabajos entregados
- 3% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

### ● Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Fuentes excluidas manualmente
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)



**Dra. Nancy Guzmán Ruiz de Castilla**  
RESPONSABLE DEL SOFTWARE ANTIPLAGIO - TURNITIN.

## INTRODUCCIÓN

No cabe duda que uno de los principales problemas que aqueja a nuestro país es la corrupción. Es un fenómeno complejo que socava las estructuras mismas de la sociedad y quebranta todo principio que inspira el Estado de Derecho, genera desesperanza y pobreza y, por tal razón, se ha convertido en un foco de necesaria atención no solo de parte nuestras autoridades, sino además de diversos organismos internacionales.

Una de las instituciones más afectadas por la corrupción en nuestro país –que duda cabe- es la Policía Nacional del Perú. Por eso, como parte de nuestra política criminal, el legislador creyó por conveniente incorporar al Código Penal, en el año 2017, nuevas modalidades de cohecho activo y pasivo específicos, esta vez vinculados a la función policial, con el ánimo de atacar frontalmente este problema.

Adicionalmente, también se incorporó al Código Penal un inédito artículo 398-B, a través del cual se incluía una pena de inhabilitación definitiva para obtener autorización para conducir, para los autores de cohecho activo en el ámbito de la función policial, que tuvo como objetivo afrontar el frecuente problema, difundido muchas veces por los distintos medios de comunicación, de choferes –principalmente de transporte público- que tratan de sobornar a los efectivos

policiales de tránsito, para evitar que estos le impongan una papeleta de infracción de tránsito.

La imposición de esta pena de inhabilitación definitiva para conducir, en la práctica, ha ocasionado serios problemas en la administración de justicia, pues en los casos concretos se ha alegado su inconstitucionalidad, por afectar diversos principios y derechos constitucionales, principalmente el derecho al trabajo, hecho que ha motivado diversos pronunciamientos de la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, que en vía de consulta, se ha pronunciado por inaplicar, haciendo uso del control difuso, dicha pena principal y conjunta de carácter definitiva, y en su lugar se ha impuesto una pena de inhabilitación para conducir de carácter temporal.

Lo cierto es que, se ha constatado también, que la Corte Suprema no viene aplicando correctamente el mecanismo del control difuso, específicamente en lo que concierne al uso adecuado del test de proporcionalidad, lo que hace cuestionable el razonamiento que emplea en estos casos. Igualmente, no se toma en cuenta, no solo a nivel judicial sino además a nivel legislativo, que esta pena de inhabilitación definitiva para conducir –normalmente prevista para los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud cometidos por inobservancia de las normas de tránsito- no guarda relación con el deber infringido, ya que se ha extendido para un ámbito en donde lo que se protege es el correcto y normal funcionamiento de la administración pública, hecho que evidencia que esta pena carece de un sentido de idoneidad y, por consiguiente, es de cuestionable constitucionalidad.

En ese sentido, el punto medular de esta investigación es determinar, a nivel abstracto, si la pena de inhabilitación definitiva para conducir, prevista en el artículo 398-B del Código Penal, y que es aplicable a las personas inmersas en el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, en su modalidad agravada, es constitucional o no, para lo cual se aplicará de manera correcta el test de proporcionalidad, que es la herramienta idónea que se emplea para determinar la razonabilidad de toda medida estatal que intervenga o limite un derecho fundamental.

Seguidamente, y también como punto medular, se hará el análisis de las sentencias de la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, que en vía de consulta han abordado la inaplicación, a través del control difuso, de esta norma punitiva, a efectos de verificar la adecuada aplicación de este especial control de constitucionalidad concreto y, en su caso, determinar y establecer la forma correcta de hacerlo.

Para este cometido, en la presente investigación se han planteado los problemas y objetivos acorde con la situación problemática descrita, y se ha empleado un adecuado marco teórico y diseño metodológico, que hemos desarrollado con bastante prolijidad en el capítulo I. Esto a su vez nos ha permitido llegar a conclusiones adecuadas, que luego nos han servido como base para plantear las necesarias recomendaciones que se exponen al final.

Para desarrollar mejor los tópicos que nos hemos planteado, hemos creído por conveniente dividir nuestra investigación en diversos capítulos, los cuales se encuentran concatenados de manera secuencial unos con otros. Hay que

precisar que esta investigación tiene un corte fundamentalmente dogmático, por lo que la estructura de esta tesis está adaptada a este tipo especial de investigación.

Así, conforme ya lo hemos adelantado, en el *capítulo primero* se desarrollan los fundamentos de nuestro marco teórico y metodológico; en el *capítulo segundo* se desarrolla la teoría necesaria que servirá de soporte, iniciándose con los aspectos generales sobre la corrupción y la política criminal; para seguir en el *capítulo tercero* con los alcances de la función policial; y en el *capítulo cuarto* con la definición, antecedentes y justificación del delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial.

Igualmente, en el *capítulo quinto* se desarrolla un análisis doctrinario del delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, previsto en el artículo 398-A del Código Penal, y en el *capítulo sexto* un análisis igualmente doctrinario de la circunstancia agravante específica regulada en el artículo 398-B del Código Penal. Asimismo, en el *capítulo séptimo* se hace un necesario análisis profundo y pormenorizado de la pena de inhabilitación definitiva prevista en el artículo 398-B del Código Penal, para desarrollar luego, en el *capítulo octavo* el tema del principio de proporcionalidad en la determinación de la sanción penal.

De igual modo, la parte medular de la presente investigación la encontramos en el *capítulo noveno*, en donde analizamos si es inconstitucional o no, la pena de inhabilitación definitiva prevista en el artículo 398-B del Código Penal, incidiendo propiamente en un análisis abstracto sobre la determinación legal de dicha pena. Esto se complementará en el *capítulo décimo* con un análisis de la jurisprudencia

emitida por la Corte Suprema sobre este particular tema, en donde revisamos si ha sido correcta la aplicación del test de proporcionalidad, esta vez, respecto a la determinación judicial de la pena concreta.

Por último, brindamos nuestras *conclusiones* y *recomendaciones*, que esperamos se conviertan en un insumo que promueva el análisis y discusión que, a corto o mediano plazo, permita superar los problemas que hemos detectado.

# **CAPÍTULO I**

## **MARCO TEÓRICO Y METODOLÓGICO**

### **1.1. EL TEMA**

En la presente tesis se abordarán los cuestionamientos a la constitucionalidad de la pena de inhabilitación consistente en la cancelación o la incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir, prevista en el artículo 398-B del Código Penal, y que es aplicable para los agentes inmersos en el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, siempre y cuando el efectivo policial al que se haya pretendido corromper haya estado ejerciendo funciones en el ámbito del tránsito o la seguridad vial (modalidad agravada).

### **1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

#### **1.2.1. Situación problemática**

Empezaremos diciendo que en el Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116, adoptado en el IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema, se señala que:

la pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado”.

Con esta pena “se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio

de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quién se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir. (fundamento 6°)

Se agrega que:

la pena de inhabilitación, según su importancia o rango interno, puede ser principal o accesoria (artículo 37° del Código Penal). La inhabilitación cuando es principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra pena, esto es, de manera autónoma, aunque puede ser aplicada conjuntamente con una pena privativa de libertad o de multa. En cambio, la inhabilitación accesoria no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando a una pena principal, generalmente privativa de libertad, es, pues, complementaria y castiga una acción que constituye una violación de los deberes especiales que impone un cargo, profesión, oficio o derecho –se basa en la incompetencia y abuso de la función- (artículos 39° y 40° del Código Penal). (fundamento 7°)

El Código Penal vigente, del año 1991, en su artículo 36, señala de manera taxativa los derechos que pueden ser objeto de la pena de inhabilitación. Uno de estos derechos es el previsto en el inciso 7 de dicho artículo, que en su versión original consistía en la: “7. Suspensión o cancelación de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo”.

Cuando el Código Penal reguló la pena de inhabilitación, el legislador consideró que la misma no debería tener una duración indefinida, sino temporal. Esto se desprende de su exposición de motivos, cuando establece que: “5. La inhabilitación experimenta importantes modificaciones con respecto al Código

Penal vigente. En primer lugar, se suprime el carácter perpetuo de la inhabilitación y se fija en 5 años el máximo de su duración (artículo 38°).

No obstante, con el paso de los años el legislador empezó a considerar algunos supuestos de inhabilitación con carácter definitivo, es decir, atemporales o perpetuos. Para ello, se modificó en un primer momento el artículo 38 del Código Penal, que establecía originalmente que la inhabilitación principal se extendía de 6 meses a 5 años, para pasar, en virtud de la Ley 29106 del 18 de octubre de 2007, a tener el siguiente texto: “La inhabilitación principal se extiende de seis (6) meses a cinco (5) años, salvo en los casos a los que se refiere el segundo párrafo del numeral 6) del artículo 36, en la que es definitiva” (subrayado agregado).

Años después, con la dación de la Ley 30078 del 19 de agosto de 2013, se modificaron, entre otros, tanto el artículo 38 como el artículo 36 inciso 7 del Código Penal, para considerar un nuevo supuesto de inhabilitación definitiva, con el siguiente texto: “7. Suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo” (subrayado agregado).

Este tipo de inhabilitación definitiva prevista en el artículo 36 inciso 7 ha estado ligada, ya sea como pena principal o accesoria, a los supuestos de lesiones o muertes ocasionadas como consecuencia de conducción de vehículos motorizados bajo los efectos de alcohol o drogas, o cuando el suceso se produzca por inobservancia de las normas de tránsito; o bien, por el peligro concreto de que tales acciones se produzcan por los mismos motivos.

Así, por ejemplo, el artículo 40 del Código Penal estipula que “la pena de inhabilitación prevista en el artículo 36°, inciso 7, de este Código podrá aplicarse como accesoria en los delitos culposos de tránsito”. Igualmente, en el tercer párrafo del artículo 111 del Código Penal, se prevé la misma pena de inhabilitación para el homicidio culposo cometido utilizando vehículo, estando el agente bajo los efectos de drogas o alcohol, o cuando el delito resulte de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito. Igual pena de inhabilitación se prevé en el último párrafo del artículo 124 del Código Penal, para las lesiones culposas cometidas en similar situación. Y, por último, el artículo 274 del mismo Código estipula dicha inhabilitación para el delito de conducción en estado de ebriedad o drogadicción.

Sean dichos delitos de peligro concreto o abstracto, lo importante es que de los mismos subyace una transgresión del agente a un deber de cuidado, que es conducir un vehículo motorizado en condiciones óptimas que reduzcan al mínimo los peligros que tal actividad conlleva por propia naturaleza.

No obstante, mediante el Decreto Legislativo 1351, del 7 de enero de 2017, se produjo una situación inédita. No solo se regularon nuevas modalidades de cohecho pasivo y activo específicos, sino que, además, se extendió la inhabilitación definitiva prevista en el artículo 36, inciso 7, del Código Penal de 1991, para una de estas nuevas modalidades de delito de corrupción de funcionarios.

Así, mediante dicha ley se incorporaron al Código Penal los artículos 395-A y 395-B, que regularon los delitos de cohecho pasivo propio y cohecho pasivo

impropio, en el ejercicio de la función policial, que sancionaban al miembro de la Policía Nacional del Perú que solicitaba, recibía o condicionaba su conducta funcional a la entrega de un “soborno”, para realizar u omitir un acto propio de su función o en violación de sus obligaciones, según sea el caso; y asimismo, se incorporó el artículo 398-A para regular, en contrapartida, el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial.

Este delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial viene a ser un delito común, es decir, lo puede cometer cualquier persona, y castiga a quién, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo o cualquier otra ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, o realice u omita actos propios de la función policial sin faltar a sus obligaciones, según sea el caso, imponiéndole al infractor de la ley penal una determinada cantidad de años de pena privativa de la libertad. Sin embargo, a la par, el legislador también ha considerado conveniente regular un supuesto de agravación de la conducta, para lo cual ha previsto adicionar, además, una pena de inhabilitación.

En efecto, conjuntamente con dichas conductas punibles, se incorporó también el artículo 398-B del Código Penal, que regula una circunstancia agravante específica, que está relacionada con la naturaleza de las funciones policiales en juego, estableciendo que la conducta tendrá mayor reprochabilidad si dichas funciones están vinculadas con el “tránsito o la seguridad vial”. Como consecuencia de ello, el legislador consideró conveniente adicionar, a este supuesto agravado, la pena de inhabilitación consistente en la cancelación o

incapacidad definitiva, según sea el caso, para obtener autorización para conducir, de conformidad con el inciso 7 del artículo 36.

Con ello pasamos de imponer la pena de inhabilitación definitiva para obtener licencia para conducir vehículo motorizado para los delitos que impliquen violación de un deber de cuidado, a imponer dicha pena, también, para quienes estén inmersos en actos de corrupción de un efectivo policial que esté ejerciendo funciones de regulación del tránsito o la seguridad vial, es decir, para tutelar el correcto y normal funcionamiento de la administración pública.

La realidad nos ha mostrado que, por lo general, quienes están inmersos en esta situación fáctica especialísima son los conductores de vehículos de transporte público, sean formales o informales, quienes para evitar que el agente policial les imponga una papeleta de infracción de tránsito, le ofrecen o dan un monto de dinero, por lo general bastante mínimo, y de este modo, continúan con sus operaciones sin ningún inconveniente. Como se ve, por lo general están inmersos en esta situación los conductores que se dedican o laboran en actividades de transporte público, lo que no descarta que en el menor número de casos también estén inmersos conductores de vehículos particulares.

Tales casos, también dicta la experiencia, por lo general culminan con un proceso de terminación anticipada, consensuando con el Fiscal la pena y la reparación civil, la cual luego es aprobada por el Juez. En ese contexto, se han dado casos que, al plantearse el acuerdo de terminación anticipada al Juez, se propone como pena de inhabilitación una de carácter temporal –por lo general de entre 6 meses

a 2 años-, y no definitiva como lo prevé el artículo 398-B del Código Penal, la cual es aprobada en esos términos por el órgano jurisdiccional.

Para inaplicar el artículo 398-B del Código Penal, en el extremo de la pena de inhabilitación perpetua, se emplea el mecanismo del control difuso, alegándose que al imponerle al conductor que está inmerso en esta situación una pena de inhabilitación definitiva para conducir se le estaría afectando derechos constitucionales, tales como a trabajar libremente, al libre desarrollo y bienestar, y a la protección de la familia; así como se le estarían vulnerando diversos principios como los de igualdad ante la ley, proporcionalidad y resocialización del penado.

En aplicación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, diversos casos así resueltos han sido elevados en consulta a la Corte Suprema, y el primero de ellos fue absuelto mediante la Consulta N° 17112-2017/Lima, del 25 de septiembre de 2017, en donde la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente aprobó la sentencia del juez especializado, aunque desarrollando la aplicación del test de proporcionalidad de una manera bastante cuestionable, pues la aplicó a los términos de la sentencia judicial examinada, y no a la confrontación de la norma legal frente a la constitucional, de cara al caso en concreto, como, al parecer, debió hacerse. De igual modo, no desarrolló de manera adecuada una fundamentación especial de porqué se afectaban puntualmente cada uno de los derechos y principios constitucionales antes mencionados.

Hay que considerar que dicha sentencia de la Corte Suprema se dio sin contradicción, es decir, no hubo parte alguna que se oponga a la misma: el fiscal

y el imputado estuvieron de acuerdo en primera instancia a través del proceso de terminación anticipada, el juez aprobó este acuerdo sin más, y el caso fue elevado en consulta a la Corte Suprema al no interponerse apelación alguna contra la sentencia. En la Corte Suprema, por ende, no hubo debate alguno, y tal vez por ello se resolvió el caso con aparentes deficiencias en su motivación.

Cabe señalar que, posteriormente, la Sala Constitucional y Social ha emitido nuevas sentencias en similar sentido, aunque ampliando en algo su fundamentación, las cuales, sin embargo, siempre se han centrado en la afectación del principio de proporcionalidad y los demás derechos y principios ya mencionados. Igualmente, han remarcado que al aplicarse el control difuso respecto al artículo 398-B del Código Penal, debe imponerse en su lugar una pena de inhabilitación temporal para conducir.

En ese sentido, consideramos que, frente a lo resuelto por la Corte Suprema, existen argumentos atendibles que pueden llevar a que tal posición jurisprudencial resulte cuestionable, en tanto que es posible alegarse, en contrario, que el artículo 398-B del Código Penal tiene un sustento válido en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado y en el carácter preventivo del derecho penal, pues está acorde con la gravedad de los hechos, la naturaleza del bien jurídico protegido y las condiciones del agente responsable; tanto más, si el Estado tiene la potestad de dictar políticas públicas orientadas a la lucha contra la criminalidad, y a cautelar el correcto funcionamiento de la Administración Pública dentro del marco del principio constitucional de lucha contra la corrupción

reconocido por el Tribunal Constitucional en la STC N° 00016-2019-PI/TC, parágrafo §2.

Hay que considerar, asimismo, que una posición análoga a la descrita en el párrafo anterior, ya fue sustentada por el juez supremo Toledo Toribio, en su voto singular emitido en la Consulta N° 24001-2019/Huaura, resuelta por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema con fecha 25 de junio de 2020, en donde se discutió, de manera similar, la inaplicación vía control difuso de la pena de inhabilitación definitiva prevista en el artículo 36 inciso 7 del Código Penal, para un caso de homicidio culposo por inobservancia de reglas de tránsito. Un año después, también emitió un voto singular similar, en la Consulta N° 5631-2020/Lima, resuelta por la misma Sala Suprema con fecha 10 de septiembre de 2021, esta vez para un caso de cohecho activo en el ámbito de la función policial agravado, en donde se discutía la inaplicación vía control difuso del artículo 398-B del Código Penal, respecto a la inhabilitación definitiva de la licencia de conducir para el conductor inmerso en este delito.

En ese sentido, consideramos que el problema no está zanjado con la decisión de la Corte Suprema de aprobar la aplicación del control difuso respecto del artículo 398-B del Código Penal. Hay fundamentos de relevancia para hacer un estudio más profundo en torno a si realmente la aplicación de tal norma resulta inconstitucional, y de las variantes que se pueden dar respecto a la misma, pues, además, en esta investigación se analizará si tales cuestionamientos de constitucionalidad son también similares cuando el conductor del vehículo motorizado no es una persona que labora en actividades de transporte público,

sino que solo conduce su vehículo de manera particular, en donde la supuesta afectación de su derecho constitucional al trabajo, al parecer, no sería tal.

Igualmente, tomando en cuenta que la Corte Suprema, al parecer, habría aplicado incorrectamente el test de proporcionalidad en la referida Consulta N° 17112-2017/Lima, en esta tesis se hará un uso correcto de dicha guía metodológica, desarrollando de manera minuciosa cada fase o etapa que la conforma, a efectos de verificar si es necesario llegar hasta el examen del sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, pues de primera intención podemos decir que, al parecer, bastará con llegar al examen de idoneidad. Para este punto, gravitante será tomar como referencia obligada la forma en que nuestro Tribunal Constitucional aplica este test de proporcionalidad, tanto en su vertiente de determinación de la pena abstracta como de determinación de la pena concreta, para cuyo efecto, el estudio y empleo de su jurisprudencia será de suma importancia.

Como se ve de todo lo anterior, el tema así planteado no resulta nada banal y, es más, resulta de sumo conflictivo. Hay principios y derechos constitucionales confrontados que merecen ser estudiados de una manera más detallada y minuciosa y, al parecer, ser optimizados, de tal modo que ninguno de ellos se superponga irrazonablemente frente al otro. A ello se suma que, en la práctica, estos casos son muy frecuentes en el sistema de justicia anticorrupción, y si bien los mismos raramente llegan a la etapa de juzgamiento, ello no enerva que la incidencia práctica que tendrá su estudio sea bastante amplia, ya que, como hemos mencionado, muchos de estos casos son elevados en consulta a la Corte

Suprema, para la determinación de la correcta aplicación del control difuso, de tal modo que la presente investigación puede ser un insumo importante para la correcta resolución de los futuros casos que resuelva dicha instancia judicial.

### **1.2.2. Formulación del problema**

Tomando en cuenta todo lo señalado, se formula la siguiente interrogante como **problema general**: ¿Es inconstitucional la pena de inhabilitación para los autores del delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial agravado, prevista en el artículo 398-B del Código Penal, consistente en la cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir?

Como **problemas específicos** se formulan las siguientes preguntas:

- ¿La pena de inhabilitación definitiva prevista en el artículo 398-B del Código Penal, afecta los principios de igualdad ante la ley, de proporcionalidad en la sanción penal y de resocialización del penado?
- ¿La pena de inhabilitación definitiva prevista en el artículo 398-B del Código Penal, vulnera los derechos constitucionales de los conductores al trabajo, al libre desarrollo y bienestar y a la protección de la familia?
- ¿El análisis de constitucionalidad del artículo 398-B del Código Penal debe ser similar cuando el autor del delito conduce su vehículo para fines de trabajo y para fines particulares?
- De inaplicarse, vía control difuso, la pena de inhabilitación definitiva prevista en el artículo 398-B del Código Penal, ¿es posible que el Juez

imponga una pena de inhabilitación temporal consistente en la suspensión de la autorización para conducir por un determinado período de tiempo?

### 1.2.3. Objetivos

Planteamos como **objetivo general** de la investigación el siguiente: Determinar si es inconstitucional la pena de inhabilitación para los autores del delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial agravado, prevista en el artículo 398-B del Código Penal, consistente en la cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir.

Los **objetivos específicos** que se plantean son:

- Determinar si la pena de inhabilitación definitiva prevista en el artículo 398-B del Código Penal, afecta los principios de igualdad ante la ley, de proporcionalidad en la sanción penal y de resocialización del penado.
- Determinar si la pena de inhabilitación definitiva prevista en el artículo 398-B del Código Penal, vulnera los derechos constitucionales de los conductores al trabajo, al libre desarrollo y bienestar y a la protección de la familia.
- Determinar si el análisis de constitucionalidad del artículo 398-B del Código Penal debe ser similar cuando el autor del delito conduce su vehículo para fines de trabajo y para fines particulares.
- De inaplicarse, vía control difuso, la pena de inhabilitación definitiva prevista en el artículo 398-B del Código Penal, determinar si es posible que el Juez imponga una pena de inhabilitación temporal consistente en

la suspensión de la autorización para conducir por un determinado período de tiempo.

### **1.3. IMPORTANCIA DE LA PRESENTE INVESTIGACIÓN**

La importancia de la presente investigación radica en que hemos visto, en la *praxis judicial*, decisiones disímiles emitidas por jueces del subsistema anticorrupción, en el sentido que algunos aceptan, en las audiencias de terminación anticipada, la propuesta del Fiscal de aplicar el control difuso respecto del artículo 398-B del Código Penal y, en consecuencia, inaplican totalmente dicha pena, o bien imponen solo una inhabilitación temporal consistente en la suspensión de la autorización para conducir por un determinado período de tiempo, mientras que otros jueces no aceptan tales términos del acuerdo y simplemente los rechazan, alegando que por el principio de legalidad debe aplicarse dicha pena en sus propios términos, además de considerar que la misma es proporcional con el ilícito cometido.

Ya hemos adelantado en nuestras primeras líneas de esta parte introductoria que, en la Consulta N° 24001-2019/Huaura, del 25 de junio de 2020, emitida por la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, el juez supremo Toledo Toribio, en un voto singular, fue de la posición de no aceptar la aplicación del control difuso en un caso similar de imposición de la pena de inhabilitación definitiva para conducir, pero en esa oportunidad ligado a hechos relacionados con un delito homicidio culposo por inobservancia de reglas de tránsito. Dicho juez alegó que tal pena encontraba sustento en la potestad punitiva del Estado,

en el carácter preventivo del derecho penal, y estaba acorde con la gravedad de los hechos, entre otros fundamentos. Un año después, también emitió un voto singular similar, en la Consulta N° 5631-2020 LIMA, resuelta por la misma Sala Suprema con fecha 10 de septiembre de 2021, pero esta vez sí para el caso específico de un conductor condenado por el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial agravado, en donde se discutía la inaplicación vía control difuso del artículo 398-B del Código Penal, y su posición fue igualmente por no aceptar esta inaplicación normativa.

De este modo pues, consideramos que el tema aún se presta a discusión. No es unánime la posición en torno a que dicha inhabilitación definitiva sea inconstitucional. En todo caso, la presente investigación servirá para realizar un correcto análisis de constitucionalidad, y determinar en qué supuestos es posible inaplicar el artículo 398-B del Código Penal, en el extremo de la pena de inhabilitación perpetua, y en qué otros tal vez no.

No debemos olvidar que, tal como ya lo hemos dicho, la primera sentencia de la Corte Suprema que aprueba la inaplicación, vía control difuso, del artículo 398-B del Código Penal, es decir, la Consulta N° 17112-2017/Lima, del 25 de septiembre de 2017, estaría, a nuestro entender, deficientemente fundamentada, pues aplicaría de una manera errada el test de proporcionalidad, y asimismo, no haría un análisis pormenorizado ni individualizado del porqué se afecta determinado principio o derecho de interés constitucional que allí se invoca. Las demás sentencias emitidas posteriormente por la misma Sala Suprema, que

deciden en similar sentido, tendrían similares u otros defectos de fundamentación.

En ese sentido, la presente investigación será también importante porque se centrará en desarrollar de manera correcta el test de razonabilidad o proporcionalidad, y hará un análisis más pormenorizado de si en verdad se afectan todos o solo algunos de los derechos y principios alegados por la Corte Suprema, y en qué casos ello no ocurre. Como se ve, la idea es, en esencia, hacer un verdadero y completo análisis de constitucionalidad de dicha norma legal.

Así, en definitiva, lo que buscamos es contribuir a una suerte de predictibilidad judicial con fundamentos claros y convincentes, y de este modo fortalecer la seguridad jurídica relacionada con la aplicación del artículo 398-B del Código Penal, en el extremo de la pena de inhabilitación definitiva. No debemos olvidar que la seguridad jurídica es un principio de primer orden reconocido por el Tribunal Constitucional, en la STC N° 0016-2002-AI/TC, que todos los entes estatales están en la obligación de respetar y de desarrollar todos los mecanismos para su efectiva salvaguarda.

#### **1.4. VIABILIDAD DE LA PRESENTE INVESTIGACIÓN**

Al respecto, debemos señalar que la presente investigación es completamente viable, y no se han detectado limitaciones sustanciales, en tanto que, en principio, se ha contado con la jurisprudencia emitida por la Sala Constitucional y Social de

la Corte Suprema que analiza la constitucionalidad de la pena de inhabilitación definitiva para obtener licencia para conducir, tanto en su aplicación general (artículos 36.7 y 38 del Código Penal de 1991), como en su aplicación específica para el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial agravado (artículo 398-B Código Penal).

De igual modo, ha sido de fácil acceso la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en torno a la finalidad de las penas y, sobre todo, en cuanto a su aplicación desde la óptica constitucional y de respeto de los derechos fundamentales, lo cual ha servido de soporte fundamental para el correcto desarrollo del test de proporcionalidad, que realizamos como punto medular de la presente investigación.

La doctrina que hemos requerido también ha sido de fácil acceso, ya que si bien hasta el momento no se ha publicado algún estudio minucioso en torno al análisis de constitucionalidad de la norma *in comento*, y son muy pocos los estudios en torno a esta nueva modalidad de cohecho activo denominada “cohecho activo en el ámbito de la función policial”, y su agravante prevista en el artículo 398-B, ya que estas figuras recién se insertaron en el ordenamiento jurídico en el año 2017; sin embargo, sí hemos contado con suficiente doctrina que nos ha servido para formular un sólido marco teórico en torno a las figuras de cohecho en general, la pena de inhabilitación y en torno al desarrollo y alcances de los principios de igualdad ante la ley, de proporcionalidad en la sanción penal y de resocialización del penado, así como otros tópicos relevantes para la presente investigación.

## 1.5. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Sobre las figuras de cohecho en general, la pena de inhabilitación, y en torno al desarrollo y alcances de los principios de igualdad ante la ley, de proporcionalidad en la sanción penal y de resocialización del penado, así como de los derechos constitucionales a la libertad de trabajo, al libre desarrollo y bienestar y a la protección de la familia, se ha escrito bastante; no obstante, en específico sobre el análisis de constitucionalidad de la pena de inhabilitación definitiva prevista en el artículo 398-B del Código Penal, que es el objeto central de la presente investigación, solo hemos encontrado un pronunciamiento frontal en la doctrina que, si bien no es exhaustivo, sí nos puede servir de insumo para abordar esta problemática, el cual lo describimos a continuación:

**Hugo Álvarez, J. y Huarcaya Ramos, B. (2018).** *Delitos contra la Administración Pública*. Gaceta Jurídica, quienes concluyen lo siguiente:

Se trata de una pena, en el caso a que hace referencia el artículo 398-B, de cancelación o de incapacidad definitiva, según sea el caso, para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículos. Priva al condenado de uno o más derechos civiles o profesionales. Consideramos que la misma tiene visos de inconstitucionalidad, pero no puede haber en el fondo una inhabilitación perpetua porque eso contraría los fines de la pena en cuanto implica resocialización del condenado a la sociedad con todos sus derechos una vez cumplida la pena en los términos establecidos en la sentencia condenatoria. (p. 427).

En el caso en particular, cabe referir que al establecer la suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo equivale establecer una inhabilitación perpetua al derecho que tiene todo ciudadano de conducir cualquier vehículo.

Del mismo modo, a nivel teórico, utilizar el concepto de “suspensión” es aplicable para los casos temporales, distinto a la cancelación o incapacidad que son indicativos de intemporalidad. No guarda relación lógica entre una pretendida actitud de corromper relacionada a una incapacidad para conducir. Supuestos que tienen diferente naturaleza, conforme lo describe el inciso 7 del artículo 36 del Código Penal. Queda claro que imponer una inhabilitación “perpetua” es inconstitucional porque contraría los fines de la resocialización que como derecho fundamental establece la Constitución. Tiene cierto fundamento establecer una inhabilitación temporal, pero jamás una perpetua. (p. 428).

Como se ve, este pronunciamiento de la doctrina nacional se decanta por la inconstitucionalidad de la pena de inhabilitación definitiva *in comento*, pero solo en tanto entra en colisión con el principio constitucional de resocialización del penado, no entrando a analizar si, además, afecta otros derechos y principios constitucionales, como sí se hace a nivel de la Corte Suprema, conforme ya lo hemos mencionado. También hay que destacar que este autor se refiere, aunque de manera bastante escueta, a la falta de “relación lógica” entre la conducta de corromper a un policía y la incapacidad para conducir.

De otro lado, también hemos encontrado otro pronunciamiento de la doctrina que, si bien no se pronuncia expresamente por la constitucionalidad de dicho artículo,

sí nos da algún elemento para nuestro análisis, el cual lo detallamos a continuación:

**Arismendiz Amaya, E.** (2018). *Manual de delitos contra la Administración Pública*. Instituto Pacífico, quien concluye lo siguiente:

Como puede observarse, la pena de inhabilitación, implica, tanto como pena principal o accesoria, la suspensión de determinados derechos, algunos de ellos de rango constitucional, como los derechos políticos, económicos, profesionales y civiles; empero, para el caso concreto, operará únicamente para la suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo, conforme señala el art. 36.7 del CP, por lo tanto, en este extremo se advierte que el tipo penal analizado, registra una conexión directa entre el delito cometido y el ejercicio del derecho afectado medita (sic) la citada pena". (p. 767).

Como se advierte del texto citado, el autor se decanta en sentido contrario a lo expresado por Hugo y Huarcaya, antes citados, aduciendo que existe una conexión directa entre el delito cometido y el ejercicio del derecho afectado mediante la indicada pena, pronunciamiento que resultará importante de cara al análisis que haremos en torno a la idoneidad de esta pena de inhabilitación.

## **1.6. BASES TEÓRICAS**

Dado que la presente investigación tiene preponderantemente un enfoque teórico dogmático, las bases teóricas se desarrollarán de manera amplia en los capítulos correspondientes, en donde se abordarán las nociones generales de la

corrupción, un análisis dogmático y exegético del delito de cohecho en el ámbito de la función policial, un análisis doctrinario y exegético de la pena de inhabilitación y, en especial, de la pena de inhabilitación definitiva para conducir prevista en el artículo 398-B del Código Penal, y un análisis dogmático del principio de proporcionalidad de las penas.

El desarrollo de estos temas nos servirá para tener unas bases sólidas que nos sirvan para abordar con propiedad los siguientes capítulos, es decir, los resultados y la discusión correspondiente.

### **1.7. MARCO FILOSÓFICO O EPISTEMOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN**

Tal como lo indica Ramírez (2010) “la filosofía del derecho, como conocimiento abstracto de los primeros principios, es el fundamento de todo conocimiento jurídico en forma general” (p. 404). En ese contexto, la filosofía del derecho se constituye en una disciplina autónoma, con un objeto y método propio de estudio, que permite elaborar los fundamentos generales al derecho y la construcción de un sistema de conceptos que explican la peculiaridad del objeto jurídico.

La filosofía del derecho comprende la epistemología jurídica, la ontología jurídica, la lógica jurídica y la axiología jurídica. Esta disciplina le da al jurista una visión profunda y global de lo jurídico, por encima de la apreciación fragmentaria, y muchas veces asistemática, del ordenamiento legal.

Dentro de ese contexto, la epistemología estudia los fundamentos de la investigación científica y su producto, que es el conocimiento científico. Por su

parte, la epistemología jurídica estudia el proceso de formación del conocimiento científico en lo concerniente al plano jurídico.

Ahora bien, el Derecho regula la vida del hombre dentro de un entorno social, y a través del sistema normativo busca alcanzar la justicia. De ello se desprenden tres elementos: hecho, norma y valor, los cuales son inescindibles y esenciales para comprender de manera integral el fenómeno. En ese sentido, los antiguos romanos afirmaban correctamente “donde hay sociedad, allí está el derecho” (*Ubi Societas, Ibi ius*), lo que quiere decir que el concepto de Derecho es inescindible del concepto de sociedad, no pudiendo existir el uno sin el otro.

Pero no existe una concepción única del Derecho, su comprensión y sus alcances desde el punto de vista epistemológico es compleja, y se han desarrollado diversas clasificaciones que permiten dar una explicación a esa relación esencial que se establece entre el sujeto, el objeto del Derecho y su forma de aprehensión.

El Derecho utiliza métodos y técnicas y utiliza constructos para definir su objeto de estudio. Se parte del mundo normativo, que se cimienta en la filosofía. En tal sentido, el Derecho se puede estudiar desde una triple perspectiva: como una realidad normativa, realidad empírica y realidad empírico – normativa. De esto se deriva el desarrollo de una investigación jurídico formal, investigación jurídico – social y la investigación integral.

En síntesis, y continuando con Ramírez (2010), podemos decir que:

el Derecho es una estructura normativa, jerarquizada que regula las conductas de los hombres en su conducta interindividual, asociada a sanciones para lograr

el orden y la justicia que permitan el desarrollo de la persona humana en libertad dentro de la sociedad. (p. 410).

De lo anterior, se desprende, continuando con Ramírez (2010), que:

la sociedad no puede existir, ni subsistir sin un sistema de normas que regulen las actividades de los hombres, porque la imperfección y los distintos intereses que persiguen los seres humanos los lleva en forma constante a conflictos con otros seres. El origen de estos conflictos reside en que los hombres son diferentes, desde que son concebidos, y su existencia se desarrolla en un complejo de conflictos y contradicciones por alcanzar determinados fines e intereses personales que muchas veces entran en contradicción con los que persiguen el resto de personas. (p. 411).

Así, tenemos que la norma jurídica, y en concreto la ley, es la forma más perfecta y racional de organizar la vida en común que hasta hoy ha inventado el hombre, que intrínsecamente tiene un contenido moral que le sirve de sustento y que recoge los valores sociales generalmente aceptados por una comunidad. En ese sentido, la norma es la regla, que es un medio de control social y que moldea comportamientos.

En tal contexto, la ciencia del Derecho estudia y analiza al fenómeno jurídico, como una estructura normativa que disciplina las conductas intersubjetivas de los hombres en la búsqueda de la justicia. Así, el Derecho estudia normas jurídicas coercitivas, es decir, que se imponen monopólicamente por el Estado, al margen de la voluntad de los sujetos, y es diferente a la moral, que es una disciplina distinta y autónoma.

Conforme lo hemos venido anotando, el jurista descubre la esencia del Derecho por medio de la epistemología jurídica, que explica los diversos paradigmas de lo jurídico. Devela el conocimiento jurídico, su científicidad y para ello usa un método, un paradigma. A su vez, existe consenso en que la investigación jurídica ha tenido problemas epistemológicos por la falta de innovación jurídica en la rigurosidad de sus instrumentos. Esto evidentemente ha afectado el status científico del Derecho, frente a las ciencias naturales y las ciencias sociales.

Lo cierto es que no existe una verdad absoluta, inmutable y universal del Derecho, pues está condicionado a una determinada sociedad, cultura, época e ideología. Así lo evidencian, por ejemplo, el debate dogmático acerca de las teorías funcionalistas y finalistas del Delito, sobre el Acto o Negocio Jurídico, o las teorías de la acción procesal, o bien las teorías absoluta, relativa o mixta de las penas, y otras muchas más instituciones jurídicas.

Se ha convenido entonces en que no es posible un conocimiento jurídico exacto, y ante la variedad de enfoques se presenta una carencia de un método de investigación adecuado, como sí lo hay en las demás ciencias. Pero hoy se considera que los dogmas del Derecho son relativos y subjetivos, y tienen vigencia en un espacio y tiempo determinado. Los cambios de las relaciones sociales o la crítica de otros teóricos que demuestran sus inconsistencias originan que los antiguos paradigmas jurídicos sean reemplazados por nuevos.

De este modo, la epistemología jurídica trata de explicar lo jurídico haciendo uso de un conjunto de “paradigmas jurídicos” que sirven para dar cuenta de la naturaleza del fenómeno jurídico o de la idea de lo jurídico. De allí que exista una

serie de concepciones, interpretaciones o enfoques sobre lo jurídico de acuerdo al marco epistemológico que aplique el investigador.

En ese sentido, en cuanto a los paradigmas jurídicos, y continuando con lo afirmado por Ramírez (2010), podemos decir que hay una pluralidad de modelos epistemológicos, para aprehender el fenómeno Derecho. Entre ellos puede citarse al Iusnaturalismo, al Positivismo Jurídico, al Derecho Marxista, a la Escuela Exegética, a la Dogmática Jurídica, al Utilitarismo Jurídico, a la Jurisprudencia de Intereses, a la Jurisprudencia Sociológica, a la Sociología del Derecho, al Realismo Jurídico, al Derecho Normativista, a la Teoría Tridimensional del Derecho, a la Escuela Tridimensional, y a los Juristas Analíticos.

Dichos paradigmas tienen diferencias sustanciales entre uno y otro, sin embargo, resulta indispensable optar por alguno o algunos de ellos, tomando en cuenta diversos factores como la percepción del investigador de lo que es el Derecho, y la tradición a la cual se adscribe nuestro ordenamiento jurídico, entre otras posibilidades.

En ese sentido, luego de haber efectuado una revisión de los modelos epistemológicos aplicables al Derecho, consideramos que no sólo uno de ellos nos servirá para aprehender los fenómenos jurídicos que abordaremos a lo largo de la presente tesis. Ello, pues la presente tesis aspira a alimentarse de diversos enfoques, a fin de lograr enriquecerla a tal punto de lograr una lectura más integral del problema planteado, pero no olvidando que nos encontramos inmersos en un sistema de tradición *romano – germánica*, que es del caso tomar en cuenta al momento de elegir el marco epistemológico que debe aplicarse.

Bajo esta óptica, nuestra posición es que, en principio, el modelo epistemológico a usarse para la elaboración de la presente tesis será primordialmente el que propone la **Teoría Trialista del Derecho**.

En efecto, con relación a la Teoría Trialista del Derecho podemos decir, siguiendo una vez más a Ramírez (2010), que actualmente existe una posición mayoritaria tridimensional que considera que el objeto Derecho ontológicamente contiene tres elementos interrelacionados: norma, hecho y valores. Goldschmidt<sup>1</sup> creó la teoría trialista para sentar las bases de cómo pensar el Derecho desde un enfoque donde se prioriza la justicia. En el enfoque del trialismo se analiza el Derecho como los repartos de potencia e impotencia, de lo que favorece o perjudica al ser y a la vida (dimensión sociológica), captados por normas (dimensión normológica) y valorados –los repartos y las normas- por la justicia (dimensión dielógica).

Así, el trialismo considera superado el debate entre positivismo y jusnaturalismo, pero conviene en que debe tenerse presente la realidad social y normativa que es creada por los hombres, y también que existen valores “naturales” que no son creados por el Estado, que son inherentes al hombre por ese solo hecho.

Esta concepción es importante, no solo porque trata de integrar en un solo objetivo jurídico elementos que pueden parecer disímiles, sino que observa que, si se considera sólo a las normas, se niega los fines y las metas del Derecho y la teoría se convierte en un instrumento, en una ideología al servicio de intereses

---

<sup>1</sup> Más sobre Werner Goldschmidt puede verse en Silva (2009, pp. 1876-1885)

de los que elaboran las normas y tal hecho se hace palpable en situaciones donde el Estado Constitucional de Derecho es dejado de lado por gobiernos autoritarios. Debe tenerse en cuenta además que lo relevante es la vida humana, que es una realidad evidente, que no se puede negar, más allá de las disquisiciones sobre los aspectos subjetivos.

Por lo anterior, para el desarrollo de la presente tesis principalmente nos adherimos a la Teoría Trialista del Derecho, en cuanto el Derecho vendría a ser ese conjunto armónico de los elementos hecho, valor y norma que, vistos de una materia integrativa, buscan alcanzar la justicia como fin último.

La Teoría Trialista del Derecho evita, pues, el autoritarismo, propende a la justicia, y no solo pide respeto a las normas sólo por ser tales, sino porque detrás de ellas existen determinados valores, que es del caso salvaguardar en bien de la armonía y convivencia sociales. Además, que ello es más acorde con el núcleo duro de nuestra Carta Magna que propugna como uno de sus pilares o principios fundamentales, que irradia todo el ordenamiento jurídico, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, como fin supremo de la sociedad y del Estado.

Pero como ya hemos adelantado, este no será el único modelo epistemológico que adoptemos. También creemos indispensable otros que en esencia no se contrapongan al que principalmente hemos escogido pero que, por otro lado, coadyuven a lograr el fin perseguido, cual es determinar la constitucionalidad o no de determinada normativa contenida en nuestro código penal.

Bajo esa óptica, importante, aunque no primordial, será también el uso de los modelos epistemológicos esbozados por la **Dogmática Jurídica**, así como por la **Escuela Exegética**.

Como sabemos, con relación a la Dogmática Jurídica, se dice que este modelo parte de ciertas verdades fundamentales absolutas, que están fuera de duda y crítica para luego derivar por vía de deducción una serie de conceptos jurídicos. Por eso en el dogmatismo jurídico, la deducción lógica es el método esencial para efectuar la construcción del sistema jurídico y se plasman verdades que los juristas aceptan sin cuestionarlos al momento de construir sus sistemas teóricos.

Este método jurídico generó la construcción de los distintos dogmas y escuelas, entre ellos la “Jurisprudencia de Conceptos”. Es así que los dogmas son los conceptos que se obtienen, mediante un proceso de generalización y abstracción, de la experiencia jurídica.

Por su parte, respecto a la Escuela Exegética, podemos decir que ésta se forma en Francia, teniendo como eje el culto excesivo a la ley. Los exegetas coexisten con la Escuela Histórica que tiene a Savigny como su principal teórico. Así, para Savigny el derecho es un producto de la historia y del espíritu del pueblo, cuya conciencia popular se encuentra depositada en el poder legislativo. Los historicistas miran hacia el pasado, en el Derecho Romano pretenden encontrar las explicaciones que tanto los juristas como los legisladores buscan para construir un sistema jurídico sobre la base de determinadas explicaciones.

Sobre la base de tales definiciones, también asumimos entonces el modelo epistemológico de la Dogmática Jurídica, porque en esta tesis tocamos derechos de nivel constitucional, muchos de ellos sustentados en dogmas, que requerirán ser examinados a profundidad, y asimismo adoptamos el modelo de la Escuela Exegética por cuanto desarrollamos varios capítulos que contienen análisis exegético de determinadas normas de nivel legal (como las vinculadas al delito de cohecho en el ámbito de la función policial y la pena de inhabilitación, entre otras), que servirán como punto de apoyo para adentrarnos luego al análisis de la problemática planteada, relacionada con la constitucionalidad o no de la pena de inhabilitación definitiva prevista para el autor del delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial en su modalidad agravada.

En tal sentido, y como conclusión, diremos que el principal modelo epistemológico que adoptaremos será la Teoría Trialista del Derecho, sin menoscabar otras como la Dogmática Jurídica y la Escuela Exegética, que coadyuvarán igualmente a lograr los fines perseguidos por la presente investigación.

## **1.8. MARCO NORMATIVO**

La presente investigación incide mayormente en el análisis de la siguiente normatividad legal:

- Constitución Política del Perú de 1993.

- Código Penal de 1991 (principalmente los artículos 36 al 40, referidos a la pena de inhabilitación, y los artículos 395-A, 395-B, 398-A y 398-B, referidos a los delitos de cohecho pasivo en el ejercicio de la función policial y cohecho activo en el ámbito de la función policial, así como a la pena de inhabilitación definitiva que se regula para el agente particular que comete este último delito en su modalidad agravada).
- Decreto Legislativo 1351, del año 2017, que incorporó el delito de cohecho en el ámbito de la función policial a nuestra legislación.
- Ley 30506, del año 2016, que delega facultades al Poder Ejecutivo para legislar, entre otros, en materia de seguridad ciudadana.

Asimismo, serán analizados los precedentes y jurisprudencias del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema (Salas Penales y Sala Constitucional y Social), sobre lo que es materia de estudio.

De otro lado, se deja constancia que la normatividad a estudiar será mayormente la que tiene nivel nacional, puesto que la regulación del cohecho en el ámbito de la función policial, y la pena de inhabilitación definitiva prevista en el artículo 398-B del Código Penal, es propio solo de nuestra legislación, por lo que los Tratados Internacionales serán analizados solamente para afianzar la interpretación de los derechos previstos en la Constitución Política del Perú, que en principio será nuestro punto de referencia.

## 1.9. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS

- **Delito de cohecho.** Según Oliver (2004) es:

la conducta activa o pasiva de un funcionario público destinada a recibir una retribución no debida en el ejercicio de su cargo, así como la conducta activa o pasiva de un particular destinada a dar a un funcionario público una retribución no debida en el ejercicio del cargo de éste. (p. 87).
  
- **Policía Nacional.** Según Villavicencio (2013), “es uno de los organismos institucionalizados del control penal, está encargada de garantizar, mantener y restablecer el orden interno (salvo en los estados de emergencia)” (p. 12); “presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad; garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado; previene, investiga y combate la delincuencia; vigila y controla las fronteras; entre otras tareas” (p.12). “La policía constituye el órgano inmediato de aplicación del control penal y uno de los más importantes del control en general. Es el organismo que concentra y ejerce el mayor espacio del poder del control penal” (p.12).
  
- **Tránsito.** Según el TUO del Reglamento Nacional de Tránsito (D.S. 016-2009-MTC), artículo 2, “es el conjunto de desplazamientos de personas, vehículos y animales por las vías terrestres de uso público (circulación)”.
  
- **Seguridad vial.** De acuerdo al Plan Nacional de Seguridad Vial Colombia 2011-2021, es el:

conjunto de acciones y políticas dirigidas a prevenir, controlar y disminuir el riesgo de muerte o de lesión de las personas en sus desplazamientos ya sea en medios motorizados o no motorizados. Se trata de un enfoque multidisciplinario sobre medidas que intervienen en todos los factores que contribuyen a los accidentes de tráfico en la vía, desde el diseño de la vía y equipamiento vial, el mantenimiento de las infraestructuras viales, la regulación del tráfico, el diseño de vehículos y los elementos de protección activa y pasiva, la inspección vehicular, la formación de conductores y los reglamentos de conductores, la educación e información de los usuarios de las vías, la supervisión policial y las sanciones, la gestión institucional hasta la atención a las víctimas. (p. 55).

- **Inhabilitación.** Según Yshií (2019):

es una pena limitativa de derechos que implica privar al penado de uno o más derechos políticos, civiles y profesionales. El fundamento para su imposición como pena consiste en que el agente infraccionó un deber especial propio del cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o se prevalió de su posición de poder o dominio para cometer el delito. (p. 109).

- **Inhabilitación principal.** Según Yshií (2019, p. 126) es la impuesta “como una sanción independiente sin sujeción a otra pena, en tanto ha sido valorada por el legislador como una consecuencia jurídica de la infracción penal”. Prado (2018, p. 81) también define que “tiene esta condición de principal,

siempre que esté regulada de modo específico o general como pena conminada”.

- **Inhabilitación accesoria.** Según Yshií (2019) es la que:

no tiene existencia propia y sólo se aplica acompañando a una pena principal, que generalmente es privativa de la libertad. Se trata de una pena complementaria que se impone cuando el hecho cometido por el agente constituyó un abuso de autoridad, cargo, profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela o actividad regulada por ley (p. 131).

Su imposición es facultativa, es decir, no se impone de manera obligatoria.

- **Autorización para conducir.** Se refiere a la Licencia de Conducir, que está definida en el TUO del Reglamento Nacional de Tránsito (D.S. 016-2009-MTC), artículo 2, como “el documento otorgado por la Autoridad competente a una persona autorizándola para conducir un tipo de vehículo”.
- **Privación.** Según Bramont y Bramont-Arias (1995), es la “pérdida de derechos o actividades”. “La inhabilitación importa privación” (p. 212).
- **Suspensión.** Según Bramont y Bramont-Arias (1995), es la “privación temporal del ejercicio de derechos o actividades” (p. 212).

- **Cancelación.** Según Bramont y Bramont-Arias (1995), “es anular, abolir o derogar un derecho o una actividad” (p. 212).
  
- **Test de razonabilidad o proporcionalidad.** De acuerdo a la Corte Constitucional de Colombia, es una “guía metodológica” (Sentencia C-022/96, fundamento 6.3.3) para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, violatorio del derecho-principio a la igualdad. Dicho test se realiza a través de tres subprincipios: 1. Subprincipio de idoneidad o de adecuación; 2. Subprincipio de necesidad; y 3. Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu.
  
- **Principio de igualdad ante la ley.** De acuerdo al Tribunal Constitucional, “quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma” (STC N° 0048-2004-PI/TC, fundamento 60).
  
- **Principio de proporcionalidad en la sanción penal.** Según Luna (2009):
  - el principio de proporcionalidad o de prohibición de “exceso”, exige la existencia de un marco punitivo coherente y basado en una armónica articulación del total sistema de penas y medidas de seguridad en el estado que se jacte de ser democrático de derecho y aspire a mantener el respeto a la constitucionalidad. Este principio contiene a su vez dos aspectos principales: una proporcionalidad abstracta (prohibición de conminaciones desproporcionadas al momento de legislar) y una proporcionalidad concreta

(prohibición de imposición efectiva de penas desproporcionadas por parte del juzgador) (p. 323).

- **Principio de resocialización del penado.** Según Rodríguez (2016):

es un principio integrado por tres subprincipios: reeducación, rehabilitación y reincorporación. En esa línea, la “reeducación” hace referencia al proceso por el cual la persona adquiere determinadas actitudes que le permitirán desarrollar su vida en comunidad; la “reincorporación” hace alusión a la recuperación social de la persona condenada a determinada pena; y, finalmente, la “rehabilitación” representa la renovación jurídica del status del ciudadano que cumple determinada pena. De esta forma, la resocialización hace referencia a un proceso a través del cual se reeduca, reincorpora y, finalmente, se rehabilita al condenado. (p. 7).

- **Derecho a la libertad de trabajo.** Según Paredes (2010), la libertad de trabajo:

es un derecho que tiene toda persona a decidir si trabaja o no, en qué actividad y para quién. La libertad de trabajo conlleva a que no hayan interferencias de ninguna persona natural o jurídica, para asumir una decisión un trabajador. (p. 26).

- **Derecho al libre desarrollo y bienestar.** Según García (2013), el derecho al libre desarrollo significa, en puridad,

el ejercicio de una facultad que reconoce a cada persona la posibilidad de hacer uso de todas sus potencias físicas, intelectuales y morales en su propio

beneficio. Ello a efectos de “coronar” su realización integral como ser humano. Mediante este derecho se busca asegurar la realización del plan de vida libremente escogido, y en donde el desarrollo de la persona es expresión de sus aptitudes, intereses, convicciones y deseos mediante su actuación o verificación en el seno de la sociedad. (p. 162).

En cuando al derecho al bienestar, éste:

plantea el atributo de aspirar y acceder a la satisfacción de las necesidades materiales indispensables para una existencia digna y compatible con la condición humana (vivienda, vestido, alimentación, etc.). Así como, alejado de situaciones convivenciales perturbadas por la brutalidad y la crueldad que atentan contra la paz interior. (p. 160).

- **Derecho a la protección de la familia.** De acuerdo al Tribunal Constitucional:

se deduce que, sin importar el tipo de familia ante la que se esté, ésta será merecedora de protección frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y la sociedad. No podrá argumentarse, en consecuencia, que el Estado solo tutela a la familia matrimonial, tomando en cuenta que existen una gran cantidad de familias extramatrimoniales. Es decir, se comprende que el instituto familia trasciende al del matrimonio, pudiendo dar en situación de que extinguido este persista aquella. (STC N° 06572-2016-PA/TC, fundamento 11).

- **Proyecto de vida.** De acuerdo a Fernández (2013), el proyecto de vida es:

El “proyecto de vida” es lo que el hombre decide *ser* y *hacer* “con” su vida y “en” su vida. Ello, reiteramos, en tanto el hombre es un ser *libertad*. Sólo un ser libre es capaz de proyectar. (p. 181)

Para continuar diciendo que:

El “proyecto de vida”, como se ha señalado, es lo que el ser humano, cada ser humano, ha decidido “ser” y “hacer” “en” su vida, “con” su vida, de acuerdo a una personal escala de valores. Es aquello por lo cual considera valioso vivir, aquello que justifica su tránsito existencial. Significa, por ello, otorgarle un sentido, una razón de ser a su existir. Es la misión que cada cual se propone e impone realizar en el curso de su temporal existencia. Es un conjunto de ideales, de aspiraciones, de expectativas propias del ser existente que responden a una honda y sentida vocación. En suma, se trata nada menos que del destino personal, del rumbo que cada persona quiere dar a la vida, las metas o realizaciones que se propone alcanzar. Es la manera, el modo que se escoge para vivir, lo que colma la existencia, lo que otorga plenitud al vivir, lo que da cumplimiento a la realización personal, lo que brinda felicidad.

El ser humano, en cuanto ontológicamente libre, decide vivir de una u otra manera. Elige vivenciar, preferentemente, ciertos valores, escoger una determinada actividad laboral, profesional, familiar, perseguir ciertos valiosos objetivos. Todo ello constituye el singular “proyecto de vida”. El cumplimiento del proyecto se constituye, así, en el existir mismo del hombre, su realización en el mundo como ser libertad. (p. 182)

## 1.10. DISEÑO METODOLÓGICO

Conforme lo expresa Ramírez (2010) “la investigación supone la utilización del método científico, de un diseño de investigación, de contrastación o demostración, que es una estrategia general de la investigación para comprobar hipótesis o en general para medir variables” (p. 238). Bajo esa perspectiva, la literatura de la investigación social y, particularmente, de las ciencias jurídicas, suele ofrecer diversas clasificaciones de diseños, dentro de los cuales destaca la clasificación entre Diseños de Investigación Experimental y No Experimental.

Tomando en cuenta las diferencias entre uno y otro diseño, tenemos que en la presente investigación se hará uso del diseño de investigación **No Experimental**, o también denominado *Ex Post Facto*, pues el presente trabajo, de corte esencialmente teórico, se realizará sin manipular deliberadamente las variables, se centrará en observar los fenómenos sociales y jurídicos, tal como se han dado o dan en el contexto natural y socio jurídico, para después analizarlo. En otras palabras, se establecerán relaciones de causa-efecto, para lo cual se observarán los hechos ocurridos, buscando en el pasado los factores que los ocasionaron.

Asimismo, teniendo en cuenta que de acuerdo a las características temporales de la información que se utiliza en el estudio los diseños de investigación no experimentales se clasifican en transversales y longitudinales, el presente trabajo de investigación será de carácter **longitudinal**, pues comprende un período de tiempo desde el año **2017 al 2023**, en que se culmina esta investigación. Hay que precisar que el período inicia en el año 2017, pues es justamente en enero de ese año en que se dictó el Decreto Legislativo 1351, que incorporó al Código

Penal las figuras de cohecho pasivo y activo en el ámbito de la función policial, así como la cuestionada pena de inhabilitación definitiva para conducir, prevista en el artículo 398-B del Código Penal.

De otro lado, también debemos precisar que, en cuanto al tipo de investigación, la presente será de corte **dogmática**, ya que, como hemos dicho, se dará prioridad al trabajo documental, al manejo de una cadena de conceptos, definiciones, juicios y argumentaciones que se validan a partir de su conformidad o no con las reglas lógicas fundamentales que son las definatorias para tener un criterio de verdad relativo.

Nuestro estudio pretende argumentar que resulta inconstitucional la aplicación de la pena de inhabilitación definitiva para conducir, prevista en el artículo 398-B del Código Penal para los autores del delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial agravado, pues si bien existe la facultad y el deber del Estado de diseñar la política criminal a aplicarse en nuestro país, sin embargo, ello debe ejercerse respetando los principios y derechos fundamentales previstos en nuestra Carta Magna, en especial los principios de igualdad ante la ley y de proporcionalidad en la aplicación de la sanción penal.

Por último, en cuanto al método de investigación, en el presente trabajo emplearemos principalmente los métodos de **análisis** y **síntesis**, así como el **inductivo** y **deductivo** para trabajar la información teórica; utilizando los métodos **dogmático** y **exegético** para el estudio e interpretación de la legislación pertinente; orientándonos fundamentalmente con el **criterio lógico** y el de **auctoritas**.

### **1.11. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS**

Se empleó la observación y la interpretación.

Así, se hizo una revisión de las obras, artículos, ensayos, informes y demás lecturas relacionadas con el tema a tratar. Se complementó con la recopilación de la jurisprudencia relacionada con el objeto de la investigación, en especial, las sentencias emitidas en vía de consulta por la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, que inciden directamente en el análisis de constitucionalidad de la pena de inhabilitación definitiva prevista en el artículo 398-B del Código Penal, las cuales que fueron ubicadas en la página web del Poder Judicial.

Igualmente, se hizo uso de la *ficha bibliográfica*, que se usó para anotar los datos referidos a los libros que se emplearon a lo largo de la presente investigación, así como la *ficha de transcripción textual* de la información con relevancia científica que se ha considerado de vital importancia, y la *ficha de comentario de ideas personales*, que incluyen las inquietudes, ideas e incertidumbres que fueron anotadas para luego incluirlas en la síntesis de la investigación.

### **1.12. ASPECTOS ÉTICOS**

El autor de la presente investigación declara que la información que ha obtenido de las diversas fuentes, sean físicas o de internet, y que han servido de sustento para su desarrollo, han sido debidamente consignadas como fuentes

bibliográficas o electrónicas, respetando en todo momento la autoría de sus creadores. En ese sentido, nuestro trabajo es auténtico, y bajo ningún concepto es copia parcial o total de otra investigación llevada anteriormente, y si bien se analizarán diversos artículos, publicaciones y jurisprudencia, el enfoque que se le ha dado a la investigación es propia.

## **CAPÍTULO II**

### **CORRUPCIÓN Y POLÍTICA CRIMINAL**

#### **2.1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE CORRUPCIÓN**

La palabra “corrupción” proviene del latín “corrumpere”, que significa “echar a perder” o “pudrir”, con lo cual alude a un proceso de degradación social.

Y es que, como decía el exsecretario general de la ONU, Kofi A. Annan:

la corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el Estado de Derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana.

(Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2004, p. iii).

Actualmente no existe un concepto unitario de la corrupción, debido a que es un fenómeno que se ha estudiado desde distintas ramas de la ciencia, tales como la criminología, la sociología, la psicología, la ética y, ciertamente también, el derecho. Su origen responde a múltiples factores, tales como los institucionales, económicos, políticos, sociales, culturales e históricos. Esta multiplicidad de elementos y de enfoques ha originado que no haya una definición única o consensuada de este fenómeno.

Castro (2020, citado en Martínez (Dir.), 2020, pp. 47-50), nos enseña que las definiciones de la corrupción pueden encasillarse en tres grupos, dependiendo del aspecto de la corrupción que se trate: el primero, que engloba a los autores que consideran que la corrupción implica “el quebrantamiento del interés público en aras de la satisfacción del interés personal”; el segundo, que engloba las definiciones basadas en el comportamiento, según el cual la corrupción sería “el abuso del oficio público”; y, la tercera, que identifica la corrupción con la “violación de un deber posicional efectuada con el objeto de obtener un beneficio extraposicional”.

A su vez, el mismo autor, acogiendo los elementos de los tres grupos, concluye que la corrupción pública es un “fenómeno complejo” que se compone de tres elementos: un elemento subjetivo o interno (formación de la voluntad de la administración, constituido por la motivación del sujeto a realizar el acto corrupto), un elemento adjetivo (intervención de un funcionario público que abuse de su cargo), y un aspecto material (los actos de corrupción buscan la obtención de beneficios indebidos, sean económicos, políticos, profesionales o sexuales).

Sobre la base de lo anterior, el referido Castro nos indica, de manera acertada, que la corrupción “es la desviación del interés público, que se desarrolla a través del abuso del cargo, con el fin de obtener un beneficio extraposicional en la Administración Pública” (p. 53).

En una línea similar, podemos ubicar a Vílchez (2020), para quien la corrupción tiene los siguientes componentes: “dos partes, abuso de una posición de poder y la consecución de una ventaja patrimonial”, para agregar que la corrupción podría

ser definida como “una defraudación de un compromiso (estar investigado de potestades públicas) que una persona voluntariamente ha asumido para decidir a favor de la comunidad y que, sin embargo, convierte en una fuente de ingreso privado” (pp. 46-47).

Igualmente, Nye (1967, citado en Reátegui, 2018), nos define a la corrupción como “aquella conducta que se desvía de los deberes normales de un cargo público por consideraciones privadas, pecuniarias o de estatus; o aquella que viola normas restrictivas de cierto tipo de influencias de beneficio privado” (p. 22).

Como se ve, las diversas definiciones de la corrupción aluden, de una u otra manera, a los elementos relacionados con la formación de la voluntad corrupta, al abuso del cargo, y a la obtención del beneficio personal indebido; no obstante, si verificamos las distintas clases de corrupción, vamos a advertir que existe no solo la corrupción pasiva (propia del funcionario), sino además la corrupción activa (propia de cualquier persona, que incluye al particular); y además existe no solo la corrupción pública (que involucra la venta de la función pública), sino además la corrupción privada (la cometida por privados entre privados).

En concordancia con lo anterior, vamos a ver también, yendo ya al plano de lo estrictamente jurídico, que, dentro de la tipología penal de la corrupción, encontramos delitos que, como el tráfico de influencias o el cohecho activo, pueden ser cometidos por particulares, sin que exista acción abusiva o ilícita de algún funcionario o, en otras ocasiones, incluso son cometidos sin conocimiento de éste (como el tráfico de influencias simuladas, por ejemplo).

Es así que, para esta investigación, nos interesa definir a la corrupción como la conducta del funcionario público o del particular, dirigida a torcer el interés público, en beneficio propio o de tercero. Desde esa perspectiva, podemos decir que los actos corruptos, desde el punto de vista del derecho penal, pueden comprender no solo acuerdos fuera de la ley en provecho particular, tales como el cohecho, la colusión, entre otras conductas de encuentro, sino además conductas individuales que tienen como propósito lograr un beneficio personal o de tercero, en perjuicio o a expensas del interés público, tales como el tráfico de influencias, la negociación incompatible, el enriquecimiento ilícito, el peculado, entre otras.

## **2.2. CAUSAS DE LA CORRUPCIÓN**

Ya hemos dicho que en la gestación o en el favorecimiento de la corrupción concurren diversos factores. Castro (2020, pp. 65-86) acertadamente las clasifica en tres categorías, según el aspecto de la corrupción con el que tenga una relación más directa.

Forman parte de la primera categoría los factores que favorecen la desviación de intereses (aspecto interno de la corrupción), que guardan relación con la motivación del individuo hacia la corrupción, y entre ellos se encuentran la tolerancia social hacia la corrupción (un ejemplo de ello es el apoyo del electorado a personas que han enfrentado numerosos problemas de corrupción, como García, Fujimori, etc.), la mala posición de los servidores públicos (bajos salarios,

inestabilidad, etc.), y el financiamiento irregular de los partidos políticos (ejemplo de ello es el financiamiento de campañas políticas por parte de empresas transnacionales para asegurar una futura concesión de obras públicas).

Una segunda categoría lo conforman los factores que favorecen el aspecto externo de la corrupción, relacionadas con circunstancias que facilitan el abuso de poder, estando entre ellas la expansión injustificada de la actividad estatal y privatizaciones abusivas, abuso de la discrecionalidad de los funcionarios públicos en la toma de decisiones (se suele confundir discrecionalidad con arbitrariedad), y la ineficiencia de la administración pública (incentiva a dar dádivas para disminuir la demora en los trámites administrativos, los denominados “pagos de engrase”).

Y la tercera categoría está conformada por los factores que favorecen el aspecto material de la corrupción, relacionada con la desviación de los recursos públicos, y en relación a ellos, tenemos que el principal factor que favorece que la corrupción afecte los presupuestos públicos es la ausencia de mecanismos de control y sanción de los gobernantes.

Cada una de estas categorías de factores obviamente generan sus propias consecuencias o efectos, todas ellas perniciosas para el regular funcionamiento de la actividad estatal, tales como la afectación a la libre competencia, la reducción de la inversión, el aumento del valor de los bienes y servicios, la afectación de la legitimidad del sistema democrático, entre otras.

### **2.3. POLÍTICA CRIMINAL FRENTE AL FLAGELO DE LA CORRUPCIÓN**

Las estadísticas sobre percepción de la corrupción a nivel mundial, que nos proporciona Transperencia Internacional, nos muestra un panorama sombrío y desalentador en cuanto al Perú. Así, Solis (2023), analizando estas estadísticas, nos dice que:

Todos los años, Transperencia Internacional elabora el Índice de Percepción de la Corrupción (en adelante IPC), uno de los indicadores mundiales más referidos para evaluar la percepción de la población de cada país sobre la corrupción en sus instituciones públicas. A inicios del 2023 se publicó el informe de la evaluación del 2022 sobre el IPC, donde se califica los niveles de percepción de la corrupción pública en 180 países con puntajes que van desde 0 (máxima corrupción) a 100 (mínima corrupción). Actualmente, Dinamarca es el país menos corrupto, con 90 puntos, mientras que la máxima corrupción la registra Somalia con 12 puntos.

Por su parte, Perú obtuvo un puntaje de 36 sobre 100, convirtiéndose en uno de los países con más alto índice de percepción de corrupción a nivel mundial. A nivel regional, se evalúan 32 países incluidos algunos con las mejores puntuaciones a nivel global como Canadá y Uruguay, con 74 puntos, o también Estados Unidos y Chile, con puntuaciones de 69 y 67, respectivamente. El Perú también ocupa un lugar muy desfavorable en este ranking regional, ya que se encuentra en el puesto 22 de 32 países, detrás de Colombia, Argentina, Brasil, Ecuador y Panamá. Además, los informes del IPC pueden brindar más información, si analizamos los datos en un rango temporal de 5 años (2018 – 2022), por ejemplo. Así, en el 2018 el país tuvo un puntaje de 35, en el 2019 un

puntaje de 36, en el 2020 su puntaje fue de 38, en el 2021 el puntaje descendió a 36 y este número se mantuvo para el 2022. Comparativamente, se ve que desde el 2018 el país mejoró ligeramente, pues de 35 se ascendió a 36; no obstante, el puntaje ha variado poco y sin una tendencia marcada. (párrafos 1 y 2)

Las estadísticas que se elaboran en nuestro país también van en el mismo sentido, pues revelan que la corrupción es percibida por la sociedad peruana como uno de los graves problemas que enfrenta el país. Al respecto, revelador es el estudio del INEI (2021b), en donde ha concluido, en su anuario estadístico 2016-2020, que, a nivel nacional, la población de 18 y más años de edad opinó, en el año 2020, que la corrupción es el problema principal del país (48,8%); siguen la delincuencia (27,1%), la pobreza (21,5%), la falta de empleo (20,4%), la falta de cobertura / mala atención en salud pública (14.5%), entre otros. Incluso agrega que menos consideración como problema es la falta de vivienda (0,6%), la falta de cobertura del sistema de seguridad social (2,1%) y el mal funcionamiento de la democracia (1,2%).

Los cuadros siguientes, que son incorporados por el INEI en su estudio, son realmente alarmantes:

**CUADRO N° 8.1**  
**PERÚ: PERCEPCIÓN DE LA POBLACIÓN DE 18 Y MÁS AÑOS DE EDAD SOBRE LOS PRINCIPALES**  
**PROBLEMAS DEL PAÍS, 2016 - 2020**  
 (Porcentaje)

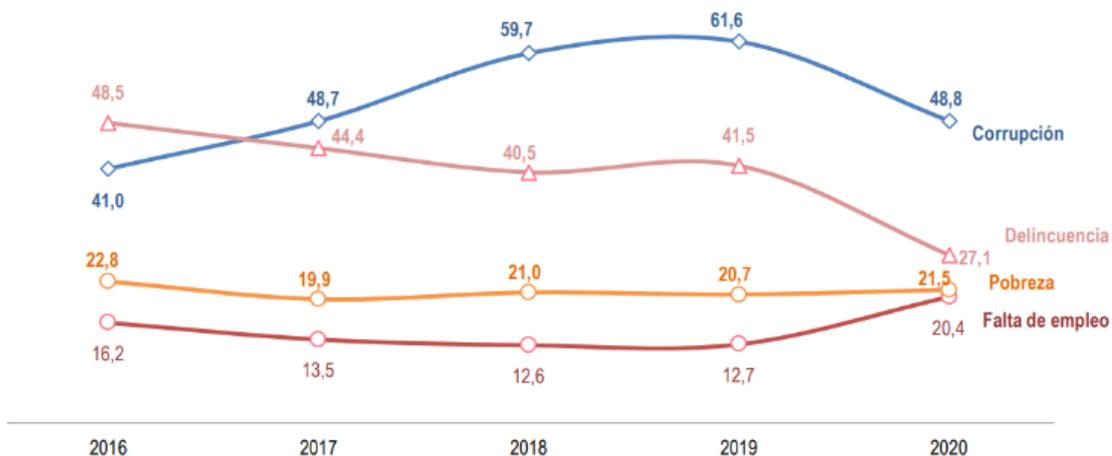
En su opinión, actualmente, ¿Cuáles son los principales problemas del país?

Prioridad del problema	2016	2017	2018	2019	2020		Diferencia (p.p.) 2020 / 2019
Corrupción	41,0	48,7	59,7	61,6	48,8	↓	-12,8
Delincuencia	48,5	44,4	40,5	41,5	27,1	↓	-14,5
Pobreza	22,8	19,9	21,0	20,7	21,5	↔	0,8
Falta de empleo	16,2	13,5	12,6	12,7	20,4	↔	7,7
Falta de cobertura / mala atención en salud pública	5,6	5,6	5,3	5,1	14,5	↔	9,5
Mala calidad de la educación estatal	11,9	11,4	9,6	9,9	11,6	↔	1,6
Falta de seguridad ciudadana	24,7	17,3	16,4	15,8	9,1	↓	-6,8
Falta de credibilidad y transparencia del gobierno	6,6	7,8	9,1	7,7	7,0	↓	-0,7
Bajos sueldos / aumento de precios	7,4	6,2	5,5	5,3	5,9	↔	0,6
Violencia en los hogares	6,1	5,3	8,4	7,2	4,1	↓	-3,1
Falta de apoyo a la agricultura	4,3	3,7	4,4	3,5	3,8	↔	0,4
Falta de cobertura del sistema de seguridad social	1,9	1,4	1,2	1,3	2,1	↔	0,8
Mal funcionamiento de la democracia	1,7	1,6	1,6	1,3	1,2	↓	-0,1
Violación de derechos humanos	2,4	2,1	2,9	1,8	1,2	↓	-0,6
Falta de vivienda	0,9	0,6	0,7	1,0	0,6	↓	-0,4
Ninguno	2,3	2,5	1,9	1,8	1,2	↓	-0,6
Otro	13,9	15,7	17,4	17,3	29,9	↔	12,6

Nota: Pregunta con alternativas de respuesta múltiple.  
 Fuente: Instituto Nacional de Estadística de Informática - Encuesta Nacional de Hogares.

Fuente: INEI (2021b), p. 140

**GRÁFICO N° 8.1**  
**PERÚ: LOS PRINCIPALES PROBLEMAS DEL PAÍS, 2016 - 2020**  
 (Porcentaje)



Nota: Pregunta con alternativas de respuesta múltiple.  
 Fuente: Instituto Nacional de Estadística de Informática - Encuesta Nacional de Hogares.

Fuente: INEI (2021b), p. 140

Agrega el INEI que “el gráfico precedente muestra claramente que en opinión de las personas encuestadas la corrupción y delincuencia disminuye después de haber mostrado su nivel más alto en los años 2019 y 2018”. Para continuar indicando que “Según área de residencia, en 2020, mayor proporción en el área urbana respondieron que el principal problema es la corrupción (52,7%) frente al área rural (32,5%).” (INEI, 2021b, p. 141).

Ciertamente, la percepción sobre la corrupción como principal problema del país, según el INEI, disminuyó sensiblemente en el año 2020 (del 61,6% al 48,8%), ya que en el año 2019 su percepción como principal problema alcanzó su pico más alto, tal como también lo destacó dicha institución en su anuario estadístico 2015-2019, al indicar que “la percepción sobre la corrupción muestra una tendencia creciente, resultando un incremento de 21,0 p.p. a nivel nacional entre los años 2015 y 2019; en tanto que, la delincuencia se mantiene con porcentajes sobre el 40,0%, muestra disminución en 5,1 p.p. en el período de referencia.” (INEI, 2021a, p. 178).

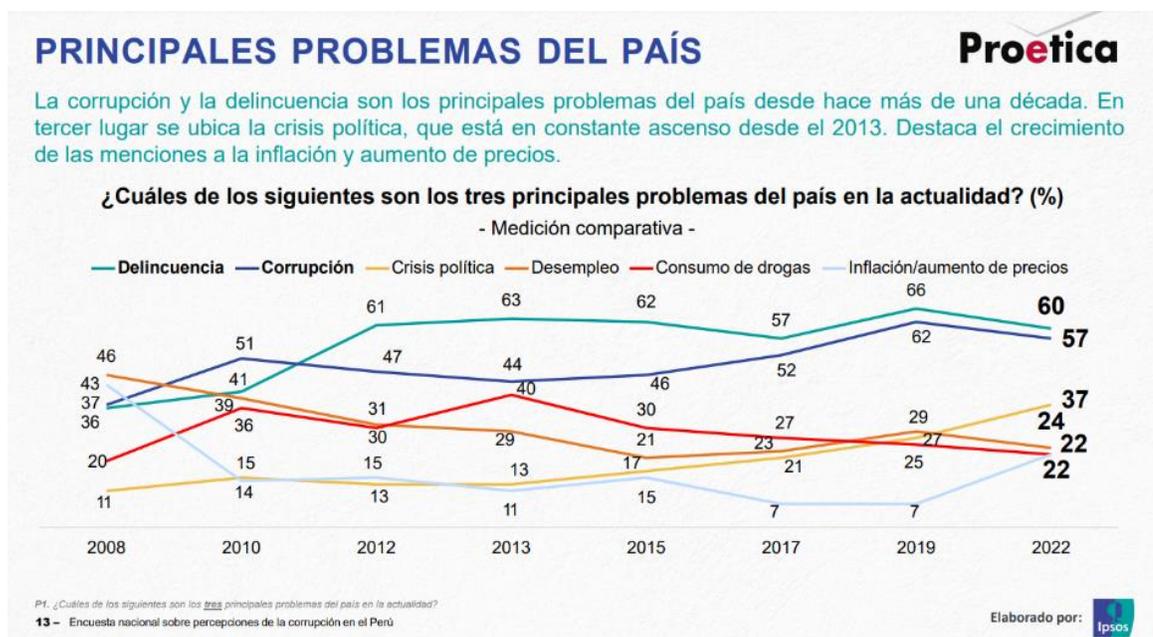
Por su parte, y en esa misma línea, PROÉTICA, en su XII Encuesta Nacional Anual sobre Percepciones de la Corrupción en el Perú 2022, ha señalado que:

Se identifica un panorama pesimista en 2022:

- La corrupción, junto a la delincuencia, son los principales problemas percibidos por los peruanos desde hace más de una década. La corrupción es percibida en mayor medida como problema en el sur y oriente del país.
- Más peruanos consideran que la corrupción ha aumentado en los últimos 5 años: en el 2019 eran 7 de cada 10, este año son 8 de cada 10.

- En la misma línea, ha aumentado la proporción de peruanos que considera que la corrupción aumentará en los siguientes 5 años: 1 de cada 2 lo considera así. (Proética, 2022, p. 12)

El cuadro que inserta en su estudio es revelador:



Fuente: PROÉTICA (2022), p. 13

Del cuadro que precede, se desprende que la población, en el año 2022, percibió a la corrupción como el segundo mayor problema del país (57%), solo por detrás –pero muy cerca- de la delincuencia (60%).

Ya en su XI Encuesta Nacional Anual sobre Percepciones de la Corrupción en el Perú 2019, Proética había concluido algo similar, al señalar que “la corrupción es percibida como el segundo problema más importante del país (62%) pero en constante crecimiento (se acerca cada vez más a ser el principal problema)” (Proética, 2019, p. 47).

La corrupción es, entonces, uno de los más graves problemas que enfrenta el país, y como lo ha reconocido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA (CIDH, 2019):

el fenómeno de la corrupción tiene un impacto diferenciado en el goce y ejercicio de los derechos humanos, en particular respecto de distintos grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad o discriminación histórica. En particular, la corrupción afecta a las personas en situación de pobreza y pobreza extrema, debido a que, por su condición de vulnerabilidad, sufren de manera agravada las consecuencias del fenómeno. (p. 201).

La gravedad de los actos de corrupción hace que nuestros legisladores continuamente tomen medidas a fin de combatirla. Aunque a veces se vean aislados retrocesos tendientes a favorecer a determinado grupo o persona, sin embargo, la tendencia es a reforzar los mecanismos para enfrentarla, sobre todo en el ámbito de la cada vez más frecuente criminalidad organizada enquistada en el mismo aparato estatal.

Entre las medidas que continuamente se adoptan para combatir la corrupción - aunque persistentemente se verifica que no son disuasivas- está el aumento de las penas, que constituye una política muy usada en delitos que socialmente son considerados graves. Un ejemplo de ello lo encontramos en el delito de peculado doloso del artículo 387 del Código Penal, que desde su origen hasta la actualidad ha sufrido 6 modificaciones, incluyéndose en el camino diversas circunstancias de agravación de la pena, que ha ocasionado que pasemos de un delito que contemplaba una pena máxima de 8 años de pena privativa de libertad, a uno

que actualmente contempla hasta 15 años de pena privativa de libertad, es decir, casi se ha duplicado el extremo máximo.

En esa misma línea también se encuentra la inclusión de la denominada “muerte civil” mediante la Ley N° 31178, del año 2021, que estipula la pena de inhabilitación perpetua para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; la privación de la función, cargo o comisión de carácter público, aunque provengan de elección popular; y, la privación de grados, títulos u otras distinciones, que se aplica para diversos delitos contra la administración pública, tales como peculado doloso, colusión agravada, malversación de fondos, e incluso el cohecho en diversas de sus modalidades, entre otros, siempre que ocurran determinadas circunstancias, tales como que el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada a ella o por encargo de ella, o que la conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, entre otras posibilidades de gravedad.

Otra de las medidas adoptadas como parte de la política criminal del gobierno ha sido la inclusión en la Constitución de la imprescriptibilidad de los delitos contra la administración pública, en los supuestos más graves según ley, que fue incorporado al artículo 41 de la Constitución mediante la Ley N° 30650 del año 2017, y que persigue fortalecer la persecución penal de estos delitos.

Igualmente, en esa misma línea de combate contra la corrupción tenemos la inaplicabilidad de la suspensión de la ejecución de la pena para diversos delitos contra la administración pública, tales como peculado, colusión, negociación

incompatible, e incluso el cohecho en diversas de sus modalidades (aunque no incluye al cohecho en el ámbito de la función policial), entre otros, que fue incorporado a nuestra legislación primero con la Ley N° 30304 del año 2015, y ampliado con el Decreto Legislativo N° 1351 del año 2017. No obstante, también hay que decirlo, ya existe una sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, que se pronuncia por la inaplicabilidad de dicha medida, por resultar incompatible con diversos derechos y principios constitucionales, tales como el de dignidad, libertad de tránsito y resocialización del penado (Consulta N° 10541-2019/PUNO, del 20 de junio de 2019).

Otra medida que ha ido también en ese sentido, ha sido la creación de nuevos tipos penales, tales como el cohecho activo transnacional, incorporado a nuestra legislación mediante la Ley N° 29316 del año 2009, o el cohecho activo y pasivo en el ámbito de la función policial, que es motivo de esta investigación, y que fue introducido a nuestra legislación mediante el Decreto Legislativo N° 1351 del año 2017.

De otro lado, debemos agregar que en el plano de ejecución penal también existen normas especiales que endurecen la política penitenciaria para los sentenciados por delitos contra la administración pública. Solo como ejemplo de ello podemos citar que, mediante Ley N° 27770 del año 2002, se restringieron los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional para determinados delitos contra la administración pública, tales como concusión, peculado y corrupción de funcionarios en todas sus modalidades, incluidos los cometidos por particulares; y mediante el Decreto Legislativo N° 1296, del año

2016, se modificó el artículo 50 del Código de Ejecución Penal (actual art. 55 del TUO) para incorporar la prohibición de beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional para los sentenciados por la comisión de los delitos contra la administración pública previstos en los artículos 382, 383, 384, primer, segundo y tercer párrafos del 387, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal, situación que ha sido ratificada por leyes posteriores que han modificado el mismo artículo.

No obstante, en relación a la norma anterior, debemos criticar que no contempla a los delitos de cohecho pasivo o activo en el ámbito de la función policial, a pesar que posterior a la incorporación de estos delitos en el Código Penal en el año 2017, se modificó en varias oportunidades el artículo 50 (hoy 55 del TUO) del Código de Ejecución Penal, como es de verse de la Ley N° 30838 del año 2018, y la Ley N° 30963 del año 2019, que no fueron aprovechadas para incorporar en la prohibición de beneficios a la referida modalidad de cohecho. Es así que, actualmente, si un efectivo policial es condenado por solicitar o recibir un donativo para cumplir o incumplir sus obligaciones, podrá solicitar, en ejecución de sentencia, los beneficios de semi-libertad y liberación condicional, mientras que los demás funcionarios y servidores públicos condenados por cohecho, distintos a los efectivos policiales, no podrán hacerlo<sup>2</sup>. Esto deja patente pues, la poca

---

<sup>2</sup> Tal vez hubiese sido mejor mantener la fórmula de la Ley N° 27770 del año 2002, cuando contempló a los delitos de “corrupción de funcionarios en todas sus modalidades, incluidas las cometidas por particulares”. De este modo, cualquier creación posterior de alguna modalidad de cohecho, como lo es el delito de cohecho en el ámbito de la función policial, estaría cubierta por la norma de ejecución penal.

sistematicidad de nuestro legislador a la hora de establecer la política en materia de ejecución penal.

Por último, debemos señalar que también, dentro del marco del fortalecimiento de la investigación de los delitos de corrupción, recientemente se ha incorporado a nuestra legislación, mediante Ley N° 31305 “Ley de reforma constitucional que fortalece la lucha anticorrupción en el marco del levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria”, del año 2021, una reforma constitucional del numeral 5 del artículo 2 de la Constitución, a través del cual se ha facultado a solicitar el levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria, además del juez, el Fiscal de la Nación y la Comisión investigadora del Congreso, al “Contralor General de la República respecto de funcionarios y servidores públicos que administren o manejen fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste, en los tres niveles de gobierno, en el marco de una acción de control” y al “Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones para los fines específicos de la inteligencia financiera”, medida esta que se aúna a múltiples otras que se han dictado en los últimos años en el marco de la investigación de delitos de corrupción, sobre todo en los de especial complejidad o incluso transnacionales, que implican necesariamente el uso de herramientas especiales de investigación.

De todo lo anterior, que hemos señalado solo a manera de ejemplo, vemos pues que la política criminal del legislador en la lucha anticorrupción ha estado dirigida básicamente al endurecimiento de las penas, a la creación de nuevos delitos para tratar de cubrir todos los flancos relacionados con estas conductas, al

endurecimiento de las reglas de ejecución penal y a la creación de mayores herramientas para mejorar las posibilidades de investigación de estos delitos.

Si bien en muchos casos se ha caído en falta de sistematicidad o en el llamado “populismo punitivo”, sin embargo, también ya sabemos que ello es un problema frecuente del legislador en general, y no es solo privativo de las normas ligadas a los delitos de corrupción.

#### **2.4. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN**

La CIDH (2019) ha indicado que:

la magnitud del fenómeno de corrupción estructural que vive la región y que tiene consecuencias negativas para el sistema democrático, el Estado de Derecho y los derechos humanos requiere de esfuerzos proporcionales al problema. Para ello, es necesario que la sociedad civil, los movimientos sociales y toda la población demanden y exijan transformaciones para erradicar la corrupción y un liderazgo político que impulse esos cambios. (p. 201).

En esa línea, en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2004) se ha señalado que:

la prevención y la erradicación de la corrupción es responsabilidad de todos los Estados y, en consecuencia, estos deben cooperar entre sí, con el apoyo y la participación de personas y grupos que no pertenecen al sector público, como la

sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones de base comunitaria, para que los esfuerzos sean eficaces. (p. 6).

Lo anterior implica, en palabras de Salinas (2021), que “se requiere de un enfoque amplio y multidisciplinario para prevenir y sancionar en forma eficiente los actos de corrupción pública y privada” (p. 13). Este enfoque del que habla Salinas, obviamente alude, entre otras cosas, a la necesidad de contar con instrumentos internacionales de lucha contra este flagelo, que permitan impulsar las acciones que obligatoriamente deberán implementar los Estados con este propósito.

En ese contexto, en el mundo se han firmado una serie de instrumentos jurídicos internacionales para combatir las conductas ligadas a la corrupción, desde la óptica de la prevención, la investigación y la sanción eficaz de la mismas. Entre los instrumentos más relevantes podemos citar a la Convención Interamericana contra la Corrupción, que fue aprobada por la Organización de los Estados Americanos el 29 de marzo de 1996 y vigente en el Perú desde el 4 de julio de 1997. También tenemos el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, aprobado por el Consejo de la Unión Europea el 26 de mayo de 1997.

Igualmente, el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó el 27 de enero de 1999 el Convenio de Derecho Penal sobre la Corrupción. Asimismo, los jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana aprobaron el 12 de julio de 2003 la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la Corrupción.

Siguiendo con esa línea, el 29 de septiembre de 2003, las Naciones Unidas aprobó la Convención contra Delincuencia Organizada Transnacional. Y finalmente, mediante Resolución 58/4 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 31 de octubre de 2003, se aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que se constituye en el instrumento global más completo de la lucha contra la corrupción, y que se abrió a la firma en la ciudad de Mérida (México) del 9 al 11 de diciembre de ese mismo año, formando parte del ordenamiento jurídico peruano desde el año 2005.

## **2.5. LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL**

No hay duda que la corrupción es uno de los más graves flagelos que afecta las bases mismas de la sociedad y de la organización estatal. Hace perder la fe y esperanza en las instituciones, las deslegitima, genera desorden, inmoralidad, injusticia y, especialmente, afecta el desarrollo integral sobre todo de los estratos más pobres.

Esta situación ha sido reconocida por nuestro Tribunal Constitucional, quien, en una sentencia del año 2012, ha señalado lo siguiente:

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 (Cfr. Exp. N° 1271-2008-HC; 019-2005-AI), por lo que puede afirmarse que los actos en los que los funcionarios públicos atenten contra el correcto desempeño en el ejercicio de sus funciones atentan contra las bases mismas del Estado. (STC 0017-2011-PI/TC Lima, Fundamento 15).

Debido a esta gravedad de los actos de corrupción, y a lo nocivo que llega a ser para el normal y eficiente funcionamiento de la administración pública, es que se considera que la lucha contra este flagelo es un principio constitucional, y que, por lo tanto, debe ser directriz de toda la política pública y, en especial, una línea de conducta insoslayable de los funcionarios y servidores públicos en el desempeño de sus funciones.

La lucha contra la corrupción si bien es vital para el correcto funcionamiento del aparato estatal, no ha sido objeto de reconocimiento expreso en la Constitución, no obstante, es posible desprenderla de sus artículos 39° y 41°, que estipulan que “todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la nación” y que “la ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública”.

Nuestro Tribunal Constitucional, en una sentencia del año 2007, ha sostenido al respecto que:

la lucha contra la corrupción es un mandato constitucional que se desprende de los artículos 39 y 41 de la Constitución. Admitir la insustentable distinción entre el ámbito legal y constitucional puede servir como excusa para, so pretexto de someterse a la ley, desvincularse de mandatos constitucionales, con la consecuente anarquía del ordenamiento y el descrédito institucional que ello

supondría. Esta distinción es también contraproducente en un contexto en el cual se debe reafirmar una actitud judicial decidida en la lucha contra la corrupción. Y es que un órgano jurisdiccional no puede limitarse a ser un mero “aplicador” de las leyes, sino que, a través de la interpretación y argumentación jurídicas, debe tutelar los derechos fundamentales, pero sin descuidar la tutela de otros valores y principios que la Constitución consagra. (STC N° 006-2006-PCC/TC (Aclaración), Fundamento 11).

De igual modo, también es posible desprender este principio constitucional del artículo 43° de la Constitución, cuando establece que “la República del Perú es democrática”. En ese sentido, el Tribunal Constitucional, en otra sentencia del año 2007, al aludir al “principio constitucional de proscripción de la corrupción”, ha señalado lo siguiente:

**53.** La corrupción en sí misma es un fenómeno social que, no puede soslayarse, se encuentra dentro y fuera de la administración del propio Estado, la política apuntada deberá establecer el nexo entre Estado y sociedad civil, en la medida que la defensa del “programa” constitucional, exige una actuación integral.

**54.** Precisamente, se debe partir por considerar que el ordenamiento constitucional, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción; en tal sentido, el constituyente ha establecido mecanismos de control político parlamentario (artículos 97° y 98° de la Constitución), el control judicial ordinario (artículo 139° de la Constitución), el control jurídico constitucional (artículo 200° de la Constitución), el control administrativo, entre otros.

**55.** El proceso de lucha contra cualquier forma de corrupción –tanto aquéllas vinculadas al aparato estatal como las que coexisten en el ámbito de la sociedad

civil- obliga a los clásicos poderes del Estado, a los cuales se suma el Tribunal Constitucional en el cumplimiento del deber de la jurisdicción constitucional concentrada y difusa, tomar medidas constitucionales concretas a fin de fortalecer las instituciones democráticas, evitando con ello, un directo atentado contra el Estado social y democrático de Derecho, así como contra el desarrollo integral del país. (STC N° 0009-2007-PI/TC, 0010-2007-PI/TC (acumulados), Fundamentos 53-55).

En ese sentido, un pronunciamiento más contundente del Tribunal Constitucional en torno al principio constitucional de combate contra toda forma de corrupción, y que condensa todo lo antes mencionado, lo podemos encontrar en una sentencia más reciente del año 2020, en donde ampliamente ha señalado lo siguiente:

4. Este Tribunal ha reiterado en variada jurisprudencia que la lucha contra la corrupción es un principio constitucional que, como tal, debe orientar la actuación del Estado.
5. El principio de lucha contra la corrupción no ha sido recogido en la Constitución de 1993 como un principio constitucional expreso. Se trata, pues, de un principio constitucional implícito de igual fuerza normativa. De allí que se afirme que el Estado, por mandato constitucional, tiene el deber de combatir toda forma de corrupción.
6. Este Tribunal ha precisado que los actos de corrupción no solo resultan contrarios al orden jurídico penal, sino que se encuentran reñidos con los más elementales designios de la ética y la moral y, también, con los valores constitucionales (Sentencia 00019-2005-PI/TC, fundamento 47), sin mencionar

que constituye un fenómeno social que se ha proyectado dentro y fuera de la administración del propio Estado (Sentencias 00009-2007-PI/TC y 00010-2007-PI/TC, fundamentos 53 y 54). (...)

**8.** A ello debe añadirse que la corrupción es percibida por la sociedad peruana como uno de los graves problemas que enfrenta el país, según se desprende del informe técnico de octubre de 2009 a marzo de 2020, elaborado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) (...).

**9.** La corrupción impide el cumplimiento de los objetivos nacionales y el buen desempeño de las instituciones (...), es considerado como uno de los principales problemas del país; esto, a su vez, tiene un impacto negativo en la confianza que muestran los ciudadanos en las entidades públicas, porque mella la legitimidad de tales instituciones y de sus principales autoridades.

**10.** Por ello, corresponde enfatizar que la lucha contra la corrupción en el Estado constitucional se orienta a la preservación del correcto funcionamiento de la administración pública, el fortalecimiento de las instituciones democráticas y el desarrollo integral del país.

**11.** Ahora bien, esta interpretación realizada por este Tribunal Constitucional no solo recoge los mandatos contenidos en la Constitución, sino que también se inspira en las obligaciones de origen convencional que ha contraído el Estado peruano, entre las que se encuentran aquellas provenientes de la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), ratificada a través del Decreto Supremo 012-97-RE, o de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC), ratificada mediante el Decreto Supremo 075-2004-RE. (...)

**14.** (...) estas convenciones reflejan la preocupación a nivel internacional por el gran impacto que la corrupción tiene en la democracia y en los valores que ella propugna. Por ello, además de la normativa interna que los Estados implementan como parte de la lucha contra la corrupción, también se han celebrado convenios multilaterales con miras a prevenirla y combatirla efectivamente, lo que incluye el cumplimiento de estándares mínimos, la cooperación internacional y asistencia técnica entre los Estados parte y la promoción de la rendición de cuentas en la administración y gestión de los bienes públicos.

**15.** Por otro lado, la CIDH, en el Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala (Sentencia del 9 de marzo de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas) ha resuelto que la corrupción no solo afecta los derechos individuales de las personas, sino que alcanza a toda la sociedad puesto que “se resquebraja la confianza de la población en el gobierno y, con el tiempo, en el orden democrático y el estado de derecho” (párrafo 241).

**16.** En consonancia con dicha interpretación, este Tribunal considera que la corrupción no solo tiene efectos perjudiciales en el presente, sino que se extienden al mediano y largo plazo, y que ello afecta los principios básicos del orden constitucional y democrático. (...)

**21.** Debe tenerse en cuenta que no solo los funcionarios incurren en actos de corrupción, sino también los particulares. En efecto, la corrupción no alcanza exclusivamente el ámbito de la función pública, sino que también abarca la esfera privada, y se origina muchas veces en ella. Por consiguiente, la lucha contra la corrupción incluye la efectiva persecución de delitos cometidos por

funcionarios y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, y también a las personas y empresas que incurran en los mismos delitos.

**22.** En esa tesitura, la Ley 30650, publicada el 20 de agosto de 2017 en el diario oficial “El Peruano”, que modificó el cuarto párrafo del artículo 41 de la Constitución, incluyó a los particulares como destinatarios del mandato según el cual el plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la administración pública o el patrimonio del Estado. (STC N° 00016-2019-PI/TC, Fundamentos 4-6, 8-11, 14-16, 21-22)

Se desprende, entonces, de lo definido por el Tribunal Constitucional, que la lucha contra la corrupción es un principio que se encuentra implícito en el orden constitucional, es decir, debe regir las políticas públicas en aras de lograr un aparato estatal más eficiente, democrático y que responda realmente a los objetivos de lograr el bienestar común.

En ese contexto, concordamos con el Tribunal Constitucional, en el sentido que la corrupción no solo tiene incidencia jurídico penal, sino, además, tiene repercusión en otros ámbitos, como el ético, la moral, entre otros; de allí que sea importante erradicarla, o por lo menos aminorar sus efectos, ya que siendo uno de los problemas más graves de nuestro país, no será posible un debido desarrollo social si dejamos que la corrupción siga avanzando y afectando la propia convivencia democrática.

## **CAPÍTULO III**

### **LA FUNCIÓN POLICIAL**

#### **3.1. POLICÍA NACIONAL Y CONSTITUCIÓN**

La Policía Nacional del Perú, como órgano dependiente del Ministerio del Interior, tiene importantes labores en la sociedad, tales como preservar el orden interno, hacer que las leyes y otras disposiciones emanadas de autoridad competente se cumplan a cabalidad, entre otras. Sus funciones parten de la propia Constitución Política, la cual, dentro del título IV sobre “Estructura del Estado” ha incorporado un capítulo XII dedicado a la seguridad y defensa nacional, en cuyo artículo 166 contempla a la institución policial del siguiente modo:

##### **Artículo 166°. La Policía Nacional**

La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras.

Sobre esta previsión constitucional, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

**43.** Estas finalidades asignadas a la Policía Nacional del Perú directamente por la Constitución, definen nuestro modelo de Policía en el marco de nuestro Estado

Social y Democrático de Derecho. Dichas finalidades resumen las dos funciones básicas de la Policía; por un lado la preventiva y, por otro, la de investigación del delito bajo la dirección de los órganos jurisdiccionales competentes. Por la primera, conforme a la Constitución, la Policía debe: a) garantizar, mantener y restablecer el orden interno, b) garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado, c) vigilar y controlar las fronteras, y d) prestar protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Por la segunda, la Policía investiga y combate la delincuencia.

**44.** (...) para el cumplimiento de los fines del artículo 166° de la Constitución, la Policía Nacional del Perú "(...) requiere contar con personal de conducta intachable y honorable en los actos propios de la función que desempeña, y más aún cuando se encuentran en servicio, y que permita garantizar, entre otros, el cumplimiento de las leyes y la prevención, investigación y combate de la delincuencia". (Por todos, Caso William Perlacios Torres, Exp. N.° 1821-2004-AA/TC).

**45.** El cumplimiento de las finalidades descritas en el artículo 166° de la Constitución debe efectuarse con estricta sujeción, garantía y respeto a los derechos humanos, obligación que se deriva del artículo 44.° de la Constitución, toda vez que la Policía Nacional, como entidad del Estado, también debe garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. (STC N° 0022-2004-AI/TC, Fundamentos 43-45).

Es así que, conforme lo ha establecido claramente el Tribunal Constitucional, la Policía Nacional del Perú no solo debe regir su actuar conforme a los parámetros que dicta el respeto y promoción de los derechos humanos, sino que, además,

debe garantizar la plena vigencia de los mismos, de tal modo que la finalidad de esta institución no se ciñe meramente al cumplimiento de deberes legales, sino que, principalmente, su existencia obedece a la garantía de la plena vigencia de los derechos del más alto nivel.

La Corte Suprema también se ha pronunciado de manera similar en una ejecutoria del año 2017. Así, en un caso de allanamiento ilegal de una vivienda, la Segunda Sala Penal Transitoria ha señalado que:

**Décimo Segundo:** Se debe precisar además que es deber del Estado garantizar, de un lado, la plena vigencia de los derechos humanos y del otro, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, conforme lo prescribe el artículo 44 de la Constitución Política del Estado, lo dicho no hace sino reflejar la permanente tensión que existe en el Estado entre los intereses de la seguridad colectiva y los derechos fundamentales y libertades individuales, las mismas que se presentan con mayor intensidad en el proceso penal.(...)

**Décimo Tercero:** (...) Es así que los agentes estatales como la policía, el Ministerio Público y el Poder Judicial tienen la obligación de cumplir con el mandato constitucional de respeto a los derechos fundamentales. (...). (R.N. N° 2900-2016 Lima, Fundamentos 12-13).

En ese sentido, la actividad policial está regida no solo por la ley, sino principalmente por la Constitución y por los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Para ello, debe contar con personal debidamente capacitado en estas materias, lo cual ha sido también reconocido por nuestro

Tribunal Constitucional en su referida sentencia del año 2005, en los siguientes términos:

**50.** (...) el artículo 14.º de la Constitución impone a las entidades del Estado involucradas en el proceso formativo de los efectivos policiales, la obligación de impartir una adecuada educación técnico profesional basada en una sólida formación ética y cívica, y ajustada a la Constitución y a los Derechos Humanos.

**51.** En ese sentido, la Comisión de la Verdad y Reconciliación, en el acápite N.º B.12. de su Informe Final, recomendó “Transformar la educación y formación continua que recibe el personal de oficiales y subalternos de la Policía Nacional orientándola con criterio de modernidad hacia la profesionalización y especialización dentro de la concepción institucional propuesta, al tiempo que se da instrumentos conceptuales para la actuación dentro de la sociedad con elementos de juicio de las ciencias sociales. La formación ética y en Derechos debe ser incluida en los cursos de enseñanza operativa de la actuación de la Policía”.

**52.** En tal sentido, el Tribunal Constitucional comparte lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando afirma que “El Estado debe adoptar todas las providencias necesarias para ello y, en particular, las tendientes a formar y capacitar a todos los miembros de sus cuerpos armados, de policía y de sus organismos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos, aun bajo los estados de excepción. En particular, el Estado debe incluir, dentro de los cursos de formación de los miembros de sus fuerzas armadas, de la policía y de sus organismos de seguridad, capacitación en materia de derechos humanos y de Derecho Internacional Humanitario”. (Caso

Myrna Mack Chang contra Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, fundamento 282). (STC N° 0022-2004-AI/TC, Fundamentos 50-52)

### **3.2. LA FUNCIÓN POLICIAL**

La Policía Nacional del Perú es una institución eminentemente jerarquizada, que depende del Ministerio del Interior, y que tiene una diversidad de funciones, que se centran de manera fundamental en la lucha contra la delincuencia. Asimismo, la Constitución Política le asigna a la Policía el rol del cumplimiento de las leyes, es decir, la institución policial se constituye así en el brazo ejecutor de las órdenes emanadas legalmente, esto es, que provengan de autoridad competente. Así, sin la Policía Nacional, los demás órganos del sistema de justicia, como el Poder Judicial o el Ministerio Público, no podrían hacer prevalecer o materializar sus sentencias o decisiones.

A su vez, la Policía Nacional tiene un rol fundamental en el campo de la investigación del delito. El Código Procesal Penal, en sus artículos 67 al 70, regula sus funciones y atribuciones en dicho ámbito, constituyéndose así en un importante órgano de apoyo a las labores que le compete al Ministerio Público, de tal modo que puede realizar actos urgentes e imprescindibles apenas tomen conocimiento de un hecho delictivo, coadyuvar en la identificación de los autores y partícipes, reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para la aplicación de la ley penal, y participar, en coordinación con la fiscalía, en los operativos de revelación del delito. Todas estas funciones y atribuciones

obviamente debe ejercerlas con pleno respeto de los derechos fundamentales de las personas.

De acuerdo al artículo II del Decreto Legislativo 1267, Ley de la Policía Nacional del Perú, esta

es una institución del Estado con calidad de órgano ejecutor, que depende del Ministerio del Interior; con competencia administrativa y autonomía operativa para el ejercicio en todo el territorio nacional, en el marco de lo previsto en el artículo 166° de la Constitución. Es profesional, técnica, jerarquizada, no deliberante, disciplinada y subordinada al poder constitucional. Sus integrantes se deben al cumplimiento de la Ley, el orden y la seguridad en toda la República. Participa en el sistema de defensa nacional, defensa civil, desarrollo económico y social del país.

En cuanto a la función policial, el artículo III de dicha Ley establece que, para su cumplimiento, la Policía Nacional realiza lo siguiente:

- 1) Garantiza, mantiene y restablece el orden interno, orden público y la seguridad ciudadana.
- 2) Presta protección, y ayuda a las personas y a la comunidad.
- 3) Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado.
- 4) Previene, investiga los delitos y faltas, combate la delincuencia y el crimen organizado.
- 5) Vigila y controla las fronteras.
- 6) Vela por la protección, seguridad y libre ejercicio de los derechos fundamentales de las personas y el normal desarrollo de las actividades de la población.

7) Presta apoyo a las demás instituciones públicas en el ámbito de su competencia.

A su vez, la norma agrega que “la función policial se materializa mediante la ejecución del servicio policial, requiriéndose del personal policial conocimientos especializados que permita la excelencia del servicio a prestar” (artículo III).

Todo lo anterior, nos lleva a determinar la importancia de las funciones asignadas a la Policía Nacional, a tal punto que no existe en el ordenamiento jurídico otra institución organizada legalmente que cumpla las funciones especializadas de la policía, ni la función de cumplir y hacer cumplir las leyes, haciendo uso de la fuerza pública en caso sea necesario. Los policías municipales, los miembros del serenazgo, entre otros, tienen funciones y atribuciones limitadas en comparación con las funciones policiales, por lo que no se puede decir que sean las mismas o equiparables.

En esa línea, Bernal (2019) nos dice que:

la función policial ocupa un lugar primordial en materia de seguridad ciudadana. Por ello, la legitimidad y eficacia de las actuaciones de estos agentes estatales son fundamentales para promover la seguridad, la justicia y los derechos humanos en las sociedades democráticas. La cuestión policial justifica su trascendencia actual, pues, además de ejercer una función indispensable de la administración del Estado, es un instrumento de intervención social que tiene un efecto en las principales formas de relación entre el Estado y la sociedad. (p. 258).

Para continuar diciendo que: “la función pública atribuida a los policías tiene como principales objetivos mantener la seguridad y el orden en lugares públicos: hacer

respetar las leyes y proteger a los ciudadanos y sus bienes de peligros y actos delictivos” (p. 258).

Por otro lado, cabe señalar que el artículo 27° de la Ley de la Policía Nacional del Perú establece la situación del personal policial, es decir, la condición en la que se encuentra “dentro o fuera del servicio”. Es así que, “las situaciones del personal son: actividad, disponibilidad o retiro; las cuales se regulan por la Ley de la Carrera y Situación del Personal de la Policía Nacional del Perú”.

La situación de actividad viene a ser la condición del personal policial en cuadros o fuera de cuadros. En el primero de los casos se encuentra dentro del servicio, con empleo y cargo, y en el segundo de los casos se encuentra con empleo pero fuera de servicio (enfermo, lesionado, prisionero, rehén, desaparecido en acción de armas, detenido, etc.). La situación de disponibilidad es la condición transitoria en que se encuentra el personal fuera del servicio, por un período máximo de dos años, y que tiene su causa en su propia solicitud, en una medida disciplinaria, en una sentencia judicial condenatoria y en una enfermedad o lesión grave. Por último, la situación de retiro es la condición del personal policial que se encuentra definitivamente apartado del servicio policial, con carácter irreversible.

Conocer la situación del personal policial, es decir, si se encuentra en actividad, disponibilidad o retiro, resulta importante para efectos de conocer si un miembro de la policía realiza u omite un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial.

### 3.3. LA POLICIA COMO FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO

La doctrina administrativa y penal han sentado las bases para diferenciar a los funcionarios de los servidores públicos, dependiendo de sus funciones y el nivel jerárquico que tienen en la institución. La institución policial también contempla, como todo ente estatal, a funcionarios y servidores que es del caso diferenciar, para efectos de una mejor comprensión de la norma penal, a pesar que el artículo 425 del Código Penal no haga mayor distingo sobre ello o aparentemente los equipare para efectos penales.

En relación a esto último, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en una ejecutoria del año 2018, ha postulado un concepto amplio de funcionario público, en los siguientes términos:

En esta perspectiva penal, el artículo 425 del citado Código incorpora una noción amplia de funcionario o servidor público, pues no solo comprende a los que integren la carrera administrativa, a los que desempeñan cargos políticos o de confianza y a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional; sino también *(i)* a los que, con independencia del régimen laboral, presten servicios en organismos públicos en general –incluidas empresas públicas o sociedades de economía mixta- y en su mérito ejerzan funciones en ellas, y *(ii)* a los designados por autoridad competente para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.

Esta amplitud permite reconocer que el Código Penal acoge un concepto amplio, situándose un poco más allá del Derecho administrativo a la hora de fijar este elemento normativo –es un concepto funcional autónomo y exclusivo del

Código Penal-. Como acota la STSE 793/2006, de catorce de julio, *“se trata de un concepto nutrido por ideas funcionales de raíz jurídico-política y acordes a un concreto planteamiento político-criminal que exige atribuir la cualidad de funcionario conforme a unas funciones y metas propias del Derecho penal, no siempre coincidentes con el Derecho Administrativo”*. (Revisión de Sentencia N° 503-2017/Callao, Fundamento 5).

En el plano doctrinario, tenemos que para Rojas (2021):

funcionario público es el agente más importante de la estructura jurídica estatal de un país que ocupa determinados estatus institucionales y tiene asignados específicos roles a desempeñar y con relación a los cuales responde tanto positiva o negativamente. En el primer caso, con la aprobación y reconocimiento de la Nación y la ciudadanía; en el segundo, frente a los órganos de control del Estado. (p. 73)

Continúa diciendo que:

Funcionario público es aquella persona física que, prestando sus servicios al Estado, se halla especialmente ligada a este (por nombramiento, delegación o elección popular) y que premunido de poder de decisión determina en forma expresa o ejecuta su voluntad a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa que tienden a fines de interés social o estatal. (p. 73).

Ahora, si bien hay países en los que no existe la distinción taxativa, que si lo hay en nuestro país, entre funcionario y servidor público, ya en el derecho comparado se pueden ver casos en que el término “servidor público” engloba también al funcionario público, o que ambos se encuentren comprendidos en el concepto de

“empleado público”, sin embargo, para nuestro derecho resulta importante aún proseguir con tal distinción.

El tal contexto, siguiendo al autor antes citado, diremos, por su parte, que el término “servidor público”:

tiene en nuestro ordenamiento legal identidad de significado con la frase “empleado público” usada anteriormente. Tanto el funcionario y el servidor público sirven al Estado para el cumplimiento de sus fines. Las diferencias están, según opinión mayoritaria, en el hecho de que el servidor no representa al Estado, trabaja para él, pero no expresa su voluntad, entre otros casos en que el servidor se relaciona con la administración estatal mediante contratación voluntaria (en el caso del funcionario, le rige una base estatutaria unilateral), criterio por cierto bastante relativo; el empleado o servidor público es agente sin mando, que brinda al Estado sus datos técnicos, profesionales o paraprofesionales para tareas o misiones de integración y facilitación de los funcionarios públicos. En definitiva, un empleado no ejerce función pública y se halla en situación de subordinación en relación a los funcionarios públicos. (Rojas, 2021, p. 78).

Salinas (2019), por su parte, nos aclara que:

no debemos olvidar que los servidores públicos tienen su cuota de poder al interior del Estado. Deciden cómo hacer las tareas o funciones diarias que se les asignan. Por ejemplo, el servidor que trabaja en la mesa de partes de los módulos de justicia tiene el poder de decidir si recibe o no la demanda que el justiciable pretende ingresar. No obstante, ese poder no es de la magnitud de planificar y

tomar las grandes decisiones sobre la marcha de la institución pública que solo tienen los funcionarios públicos como se tiene dicho. (p. 13).

Yendo ya al caso específico de los miembros de la Policía Nacional, vemos que el artículo 427, numeral 5, del Código Penal, considera “funcionario o servidor público” a “los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional”, sin hacer mayor distingo entre quiénes se consideran funcionarios o servidores públicos, en clara alusión a que para la norma penal simplemente dicha distinción es irrelevante, de cara a la configuración de los tipos penales en que podrían estar inmersos. Sin embargo, podría decirse, de primera intención, que tal diferencia residiría en la procedencia o formación de éstos. Así, se podría decir que serían funcionarios públicos los oficiales de la Policía, y servidores públicos los suboficiales, que estarían subordinados a los primeros.

No obstante, Vargas (2021) nos hace una aclaración muy pertinente. Para dicho autor:

no siempre es así cuando es interpretada la norma penal desde la realidad misma, porque existen muchos miembros de la policía en la categoría de oficiales que no tienen ese estatus especial de funcionario. Así también, en las zonas alejadas del país hay efectivos en la categoría de suboficiales comandando un grupo de personas o miembros de la policía y, por el cargo que viene desempeñando, lo faculta a tomar decisiones para que la institución policial como una Comisaría pueda cumplir con sus finalidades de bienestar hacia la sociedad y garantizar el libre ejercicio de los derechos fundamentales de las personas así como el normal desarrollo de las actividades ciudadanas, veladas por la institución policial que depende del Ministerio del Interior. (p. 93).

### **3.4. INFRACCIÓN DE DEBER DE LA POLICÍA POR COMPETENCIA INSTITUCIONAL**

Para Jakobs la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber se explica mediante el criterio del ámbito de competencia del autor. Así:

la persona vive inmersa en un mundo regido por normas donde debe cumplir una diversidad de deberes que delimitan los contornos de una competencia personal. La infracción de aquellos deberes por una incorrecta administración del ámbito de competencia personal fundamenta la responsabilidad jurídico-penal. (Caro, 2020, citado en Martínez (Dir.), 2020, pp. 368-369).

Dentro de ese marco, y siguiendo a Jakobs, el primer fundamento de la responsabilidad penal se da con la lesión de los deberes en virtud de una competencia de organización (infracción del deber que tiene toda persona de no lesionar a los demás en sus derechos); y el segundo fundamento de la responsabilidad se da por la inobservancia de deberes en virtud de una competencia institucional, cuya lesión da lugar a los delitos de infracción de deber. Así, estos deberes, a diferencia del grupo anterior

no tienen que ver con la violación de los límites generales de la libertad, sino con la inobservancia de los límites trazados por un estatus especial. Un estatus especial como el de padre, policía, fiscal, juez establece un especial deber comportarse en la administración del estatus, convirtiendo a su portador en un obligado especial. El policía tiene el deber de vigilar al detenido y no de torturarlo (...). (Caro, p. 370).

Desde la perspectiva anterior, el policía es portador de deberes institucionales, específicamente de deberes estatales de la función pública, como expresión de una institución positiva para garantizar el correcto funcionamiento de la administración pública. Al respecto, Salinas (2019) nos dice que “Un ejemplo de competencia institucional que fundamenta la autoría por obligaciones estatales es la actividad policial: “la policía es (...) garante en la protección ante la delincuencia”. “El policía que no impide la inducción a un delito (...) es autor del delito”” (p. 39).

Desde esa perspectiva, Vargas (2021) nos dice que:

en las instituciones positivas existen roles y se producen estatus, así también en la institución policial, algunos son: roles de dar seguridad al ciudadano, roles de auxilio cuando el ciudadano se halla en riesgo de vida. Por otro lado, el miembro de la policía tiene deberes de sancionar las infracciones del Reglamento Nacional de Tránsito cometidas por los conductores de vehículos. El policía se halla configurado por la institución policial. (p. 100).

En ese contexto, el miembro de la Policía Nacional está afectado por una serie de deberes, atribuciones y funciones que se hayan previstas de antemano por la legislación positiva que regula su accionar, y que tiene que cumplir en aras de garantizar el correcto funcionamiento de la institución policial, que es parte de la administración pública. El incumplimiento de estos deberes especiales, conjuntamente con el cumplimiento de los demás elementos del tipo penal en concreto, hace que el efectivo policial esté inmerso en un delito de infracción de deber, como se da, por ejemplo, en el caso del delito de cohecho pasivo en el

ejercicio de la función policial (y antes de que exista esta figura, en el delito de cohecho pasivo propio o impropio, en general), el cual se configura con la sola solicitud de una dádiva que hace el efectivo policial para cumplir o incumplir sus obligaciones, o con la recepción de la misma, hecho que evidentemente afecta el bien jurídico tutelado y por lo tanto hace a esta conducta merecedora de una sanción penal.

Cabe anotar que tal incumplimiento de deberes especiales exige una característica adicional, que es el hecho de que tales deberes estén vinculados necesariamente con los fines que la institución a la que pertenece el funcionario pretende promocionar. He allí la relevancia de la conducta, y la pertinencia de su sanción por el derecho penal. Si la conducta –el incumplimiento de deberes institucionales- guarda relación con las funciones que justifican la existencia misma de la institución que la conforma, pues se legitima la intervención del derecho penal, como mecanismo de control social, tendiente a reprimir tales conductas.

En el caso del delito de cohecho pasivo en el ejercicio de la función policial ello se hace patente. La policía es una institución jerarquizada que cumple, entre otras funciones, el de control del cumplimiento de las normas de tránsito –a través de la Policía de Tránsito- y, por lo tanto, ante la infracción de tales normas por parte del conductor, está obligado, según sea el caso, a imponer una papeleta. Si no lo hace, por haber recibido una coima, está infringiendo su deber institucional, socavando una de las funciones que justifican la existencia de la propia institución policial, y ante ello, la intervención del derecho penal estará

plenamente justificada, ya que con tal conducta se afecta la confianza de los ciudadanos en la función policial o en la correcta administración pública

### **3.5. SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y PENALES: ¿NE BIS IN IDEM?**

Cuando un miembro de la Policía Nacional quebranta algunos de sus deberes especiales, muchas veces se le sanciona doblemente, tanto en el ámbito penal como en el administrativo. Así, por ejemplo, si un policía solicita una dádiva a un conductor de un vehículo motorizado, con el fin de incumplir con sus obligaciones, es decir, para no imponer una papeleta de tránsito, tal conducta estará enmarcada en el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial (artículo 395-A del Código Penal), pero a su vez, también estará enmarcada en la Infracción MG-76 del Régimen Disciplinario de la PNP (Ley N° 30714), que sanciona el “solicitar o recibir dádivas o cualquier otra clase de beneficio proveniente directa o indirectamente del usuario del servicio o de cualquier persona que tenga interés en el resultado de su gestión”, conducta que amerita la sanción de “pase a la situación de retiro” del efectivo policial.

La discusión gira en torno a si la sanción previa en el ámbito administrativo genera la aplicación del principio *ne bis in ídem* en el ámbito penal, que proscribe que por un mismo hecho se sancione dos veces al infractor de la norma.

Al respecto, ya la Corte Suprema, en múltiples sentencias, se ha decantado por que sí es viable imponer paralelamente sanciones en la vía administrativa como en la penal, sin que ello signifique la afectación del principio de *ne bis un ídem*,

pues ambas están sustentadas en distinto fundamento o interés protegido. Así, por ejemplo, en una ejecutoria suprema del año 2006, la Sala Penal Permanente estableció ampliamente que:

**Tercero:** Que, como está jurídicamente consolidado, el Derecho Penal no es el único medio de coacción estatal destinado a proteger bienes jurídicos y su actuación sólo se justifica como un medio complementario o subsidiario del arsenal de medios coercitivos estatuidos por el ordenamiento jurídico porque constituye la *última ratio* en relación con los demás medios de control social.

**Cuarto:** Que el procedimiento administrativo sancionador busca garantizar sólo el funcionamiento correcto de la Administración Pública, las sanciones disciplinarias tienen, en general, la finalidad de garantizar el respeto de las reglas de conducta establecidas para el buen orden y desempeño de las diversas instituciones colectivas y, como tal, suponen una relación jurídica específica y conciernen sólo a las personas implicadas en dicha relación y no a todas sin distinción, como acontece en general con las normas jurídicas penales; que las medidas disciplinarias constituyen la contrapartida de los deberes especiales a que están sometidos sus miembros y el Derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad sino por criterios de afectación general, de suerte que la sanción administrativa no requiere la verificación de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación; que, en cambio, el delito debe encerrar siempre un mayor contenido de injusto y de culpabilidad; que la lesividad o peligrosidad de la conducta y el menoscabo al bien jurídico son siempre de mayor entidad en el delito con relación a la infracción administrativa.

**Quinto:** Que el principio *ne bis in idem material* tiene conexión con los principios de proporcionalidad y de legalidad, el primero se encuentra vinculado a la llamada “prohibición de exceso”, esto es, sancionar más de una vez por el mismo contenido injusto implica imponer una sanción no prevista en la ley, puesto que el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho; y, el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica debido que sólo se puede sancionar conductas que se encuentran tipificados previamente.

**Sexto:** Que el principio de *ne bis in idem* contempla el contenido material y procesal y debe contener como presupuesto un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento; que, además, se admite la acumulación de sanciones provenientes de diferentes órdenes cuando ellas obedecen a diferente fundamento, es decir, si son bienes jurídicos distintos, si el interés jurídicamente protegido por la infracción administrativa sea distinto al de la infracción penal, que, en este supuesto, la responsabilidad penal es independiente de la responsabilidad administrativa en que incurrió el funcionario por haber cometido graves irregularidades en el desempeño de sus funciones, la existencia de un proceso penal no enerva la potestad de la Administración para procesar y sancionar administrativamente al servidor o funcionario que ha incurrido en falta disciplinaria porque ambos ordenamientos jurídicos cumplen distintos fines o sirven a la satisfacción de intereses o bienes jurídicos diferentes -posibilidad que admite el artículo doscientos cuarenta y tres de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro-; el procedimiento administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una conducta funcional, mientras que el proceso penal conlleva una sanción punitiva que puede incluso derivar en la

privación de la libertad, siempre que se determine la responsabilidad penal, como así lo reconoce también el Tribunal Constitucional en sus sentencias de fechas dieciséis de abril de dos mil tres, veinticuatro y veinticinco de noviembre y veintiocho de diciembre de dos mil cuatro, emitidas en los expedientes números veinte cincuenta - dos mil dos –AA/TC, veintiocho sesenta y ocho – dos mil cuatro -AA/TC, veintitrés veintidós – dos mil cuatro –AA/ TC, treinta y uno noventa y cuatro – dos mil cuatro – HC/TC, respectivamente. (R.N. N° 2090-2005/Lambayeque, Fundamentos 3-6)

En ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional, en una sentencia del año 2003, ya había señalado que:

En su formulación material, el enunciado según el cual, «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.

El principio del *ne bis in idem* material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el artículo 2°, inciso 24, ordinal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos, —como lo ha expresado este Tribunal en el Caso Encuestas a Boca de Urna, Exp. N.° 0002-2001-AI/TC, Fund. Jur. N°. 6)— a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento,

podiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica. Por ello, el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido. (STC N° 2050-2002-AA/TC Lima, Fundamento 19).

Asumiendo los criterios antes anotados, si existiera doble sanción (administrativa y penal) por el hecho del donativo solicitado por un efectivo policial para no imponer una papeleta de tránsito, tal situación no afectará el principio *ne bis in ídem*, pues si bien hay identidad subjetiva o de persona (el efectivo policial corrupto), y también identidad objetiva, es decir, es el mismo hecho (pedido de un beneficio económico para quebrantar sus obligaciones), sin embargo, no hay identidad de causa o fundamento, pues con el artículo 395-A del Código Penal lo que se lesiona es el bien jurídico correcto funcionamiento de la administración pública, que es uno de mayor entidad que el bien jurídico que se protege en el ámbito administrativo, que en este caso será el “servicio policial” (artículo 5 de la Ley que regula el régimen disciplinario de la PNP<sup>3</sup>).

Es así que, en el ejemplo planteado, no se cumple la triple identidad exigible para que se considere afectado el principio *ne bis in ídem*. No obstante, siempre hay que tener presente lo señalado en el artículo III del Título Preliminar del Código

---

<sup>3</sup> “**Servicio policial:** El servicio policial es el conjunto de actividades que ejecuta el personal de la Policía Nacional del Perú en situación de actividad para el cumplimiento de la misión y funciones institucionales, de acuerdo a lo estipulado en la Constitución Política del Perú, las leyes y reglamentos.”

Procesal Penal, en el sentido que “el derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo”.

En relación a lo anterior, conviene, por pertinente, citar lo señalado por el Tribunal Constitucional en una sentencia del año 2004, quien indicó que:

Como ya lo ha declarado este Tribunal en reiterada jurisprudencia, “(...) El principio *no bis in idem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico pueda producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, *pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos*, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado (...)”. Lo que significa que, en el supuesto de existencia de una dualidad de procedimientos, el órgano administrativo queda inexorablemente vinculado a lo que en el proceso penal se haya declarado como probado o improbad. (STC N° 1670-2003-AA/TC, Fundamento 8).

## **CAPÍTULO IV**

### **EL DELITO DE COHECHO ESPECÍFICO VINCULADO A LA FUNCIÓN POLICIAL: DEFINICIÓN, ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN DE SU INCORPORACIÓN EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL**

#### **4.1. NOCIONES PRELIMINARES**

Cuando hablamos del delito de cohecho nos estamos refiriendo a la figura central del fenómeno de la corrupción en el marco de los delitos contra la administración pública. La percepción ciudadana da cuenta de ello, pues cuando se habla de corrupción prácticamente -casi de inmediato- lo asocia con algún acto de coima o de beneficio ilegal por parte del funcionario. La ciudadanía no alude, de primera intención, a la colusión, a la negociación incompatible, a la concusión, a la malversación de fondos o al peculado, figuras penales que, por lo demás, son menos conocidas. El delito de cohecho es así el eje del estudio de los delitos de corrupción, en donde lo que se pone en evidencia es la instrumentalización del cargo público con fines ajenos al bien común.

Por lo general, el delito de cohecho es un delito especial, pues involucra la actuación de un funcionario o servidor público, que solicita o recibe un donativo u otro beneficio, para realizar u omitir un acto en cumplimiento o en quebrantamiento de sus obligaciones, según sea el caso. Pero no olvidemos que no siempre es un delito especial, pues también puede ser un delito común, es

decir, uno que lo puede cometer cualquier persona, como es el caso del cohecho activo, en que el sujeto, cualquiera sea su condición, ofrece o da un beneficio a un funcionario o servidor público, para que este realice u omite determinado acto, en quebrantamiento o en cumplimiento de sus obligaciones.

La figura del cohecho tiene antecedentes bastante remotos. Basta con decir que en Grecia era sancionada la corrupción de funcionarios por incumplimiento de deberes del cargo. En la antigua Roma también se contemplaba. Como ejemplo de ello tenemos a la *lex Cornelia Fulvia*, que ordenaba que los votos no se comprasen con dádivas o regalos (Fernández, 2009, citado en Reátegui, 2018, p. 82). Se habla asimismo que el cohecho se deriva históricamente de la institución romana *crimen repetundae*, que se restringía al acto de aceptar un soborno, con lo que se pretendía combatir a la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, que imperaba en los puestos administrativos del imperio romano. Así, a través de esta figura, se buscaba que los funcionarios romanos, en nombre del interés general, restituyan lo que hubiesen percibido o hecho pagar de manera ilícita para la realización o ejercicio de un acto que guardaba relación con sus funciones.

Es conocido que el soborno en sus diversas modalidades, el tráfico de influencias y la extorsión a los ciudadanos era imperante en el Imperio Romano. Los políticos sobornaban a los funcionarios para conseguir puestos de trabajo en la administración y a los ciudadanos se les exigía cada vez más impuestos, e incluso se veían en la necesidad de pagar cada vez mayores sobornos con el fin de agilizar diversos trámites. Durante la época del Emperador Adriano (24-76

d.C.) se amplió el *crimen repetundarum* para comprender los actos de malversación de fondos, sancionándolos en algunos casos con pena de muerte. Junto con éste también aparecieron otros crímenes como la “*concussio*” (concusión), que sancionaba una práctica muy difundida de los gobernadores provinciales consistente en exigir el pago de contribuciones no previstas, o aumentar el monto de las existentes.

En general pues, podemos decir que el cohecho o soborno es un delito muy antiguo, su práctica siempre ha preocupado a la sociedad, por eso siempre se le ha dado un trato especial en la lucha contra la corrupción, sobre todo en el interior del sector público. Esto obviamente tiene una explicación: el cohecho refleja muy bien lo que significa el fenómeno de la corrupción: el abuso del poder público para enriquecerse ilícitamente.

#### **4.2. DEFINICIONES DE COHECHO**

Como lo indica Oliver (2004, p. 85), no hay consenso en los autores sobre las raíces etimológicas del término “cohecho”. Por un lado, hay quienes sostienen que deriva de la voz latina *conficere* (en latín vulgar *confectare* y en castellano antiguo –s. XIII- *confeitar*), que equivale a sobornar o corromper a quien ejerce las funciones públicas. En otras palabras, significaba sobornar o corromper con dádivas al juez o a la persona que intervenga en el juicio o a cualquier otro funcionario público, para que contra la justicia o el derecho haga o deje de hacer lo que se le pida. De otro lado, hay quienes sostienen que procedía del vocablo

latino *coactare*, es decir, forzar, obligar, compeler, pues en principio se le asociaba al uso de la fuerza. Es así que esta falta de consenso hace que buscar la definición de cohecho en su etimología sea una tarea infructuosa.

En tal contexto, partiremos por decir que el delito de cohecho tiene la particularidad de comprender, de manera separada –pues no siempre se da de manera conjunta- la conducta del funcionario que solicita o recibe un donativo o alguna otra ventaja o beneficio, para que realice u omita un acto en cumplimiento o en quebrantamiento de sus obligaciones y, por otro lado, la conducta del particular que ofrece o da un donativo o alguna otra ventaja o beneficio a un funcionario público, para que este realice u omita un acto en cumplimiento o en violación de sus obligaciones.

En la práctica de la investigación fiscal se ha podido constatar el caso de un particular que ofreció dinero a un funcionario público para que éste lo favorezca en un procedimiento administrativo. Por su parte, el funcionario no aceptó el ofrecimiento, pues consideraba que merecía un monto mayor, y así se lo solicitó al particular, quien no aceptó tal pedido. Aquí vemos pues, por un lado, la conducta del particular que ofrece dinero al funcionario, pero éste no acepta esa oferta. Por su parte, está la conducta del funcionario que solicita un monto mayor, que no es aceptado por el particular. En ningún momento hay acuerdo, pero sí claramente hay cohecho activo –el ofrecimiento del particular- y hay cohecho pasivo –la solicitud del funcionario-. Claro ejemplo este que nos lleva a concluir que no siempre el cohecho parte de un acuerdo de voluntades, ni tampoco siempre puede ser considerado un delito de encuentro. Ello no descarta,

obviamente, que, en buena parte de los casos, converja el *pactum sceleris* o convenio corruptor, en cuyo caso recibirán sanción las dos partes que se pusieron de acuerdo para mercantilizar la función pública.

En este contexto, también cabe destacar que tradicionalmente se ha distinguido por la doctrina y la legislación comparada, entre cohecho activo y pasivo. Así, generalmente se considera a la corrupción pasiva como la conducta propia de quién se deja corromper, y la activa por la conducta del corruptor, de tal modo que la corrupción pasiva es propia del funcionario público, mientras que la activa es del *extraneus* o particular que corrompe a este.

En cuanto a las definiciones de cohecho que nos muestra la doctrina, tenemos una muy antigua y clásica. Nos referimos a Carrara, para quien el cohecho consiste en la “venta que de un acto perteneciente a sus funciones, y que por regla general debería ser gratuito, le hace un funcionario público a una persona privada” (1978, citado en Oliver, 2004, p. 85). Se critica este concepto porque deja de lado al cohecho cometido por particulares, porque no es necesario que el funcionario reciba beneficio alguno, y porque también puede haber cohecho en actos no necesariamente gratuitos, sino por los cuales haya que pagar algún monto, como una tasa, por ejemplo.

Por otro lado, Casas (1978) nos dice que cohecho es:

la conducta, activa o pasiva, realizada por un funcionario público que, en virtud de una remuneración económica, tiende a incumplir sus deberes para con el Estado, así como la conducta, activa o pasiva, del particular que, mediante una retribución de carácter económico, trata de conseguir que un funcionario público

quebrante el cumplimiento de los deberes que al mismo son impuestos por razón del ejercicio del cargo. (p. 200).

Parece más completa esta definición, no obstante, no toma en cuenta que el cohecho no solo se da para que el funcionario incumpla sus deberes funcionales, sino también para que los cumpla.

El ya citado Oliver (2004) nos dice, por su parte, que cohecho es la:

conducta activa o pasiva de un funcionario público destinada a recibir una retribución no debida en el ejercicio de su cargo, así como la conducta activa o pasiva de un particular destinada a dar a un funcionario público una retribución no debida en el ejercicio del cargo de éste. (p. 87).

Nos parece esta una definición que adolece de precisión, o en cierto modo es hasta muy gaseosa, ya que no es muy clara en definir cuál es la finalidad del otorgamiento o de la solicitud de un beneficio. No es suficiente con decir que esta conducta se da “en el ejercicio del cargo”, pues este término puede entenderse como el espacio temporal en que se realiza la conducta, pero no la finalidad de esta (cumplimiento o quebrantamiento de obligaciones funcionariales).

En el medio peruano, Rojas (2021) nos dice que

el sustantivo *cohecho* tiene en materia penal un significado preciso: la conducta o comportamiento de corrupción imputable a los sujetos públicos, así como el comportamiento de terceros que corrompen a dichos sujetos. El cohecho es así un término que abarca dos centros generadores de corrupción: los funcionarios o servidores públicos, y los terceros o particulares. (T. II, p. 18).

El mismo autor también nos dice que:

el cohecho o corrupción de funcionarios y servidores públicos puede definirse, como el mal uso o aprovechamiento indebido, que el sujeto público hace de las atribuciones o ventajas, derivadas del cargo o empleo poseído, para beneficio particular, de grupo o de terceros, en un contexto de lesión a los intereses públicos, y en el cual generalmente se realizan contraprestaciones ilícitas a cargo de dichos sujetos. (pp. 438-439).

De todo lo anterior pues, podemos considerar que los delitos de cohecho implican un conjunto de actos relacionados con la compraventa de la función pública. Puede ser un acto bilateral, de participación necesaria, cuando existe el pacto o acuerdo corruptor; y, también puede ser unilateral, como cuando un particular ofrece dinero a un funcionario y este lo rechaza o, al contrario, cuando un funcionario pide dinero a un particular y este no accede.

#### **4.3. MODALIDADES DEL DELITO DE COHECHO**

La clasificación de los delitos de corrupción de funcionarios tiene su base en algunas tipologías que nos ayudan a entender este fenómeno de manera sistemática y ordenada, a la par que nos facilita la búsqueda de la correcta calificación legal de estas conductas. Las modalidades básicas del cohecho, es decir el cohecho activo y el pasivo, se cimientan en determinados referentes, tales como: **a)** la calidad del sujeto activo o autor, y el consecuente origen o procedencia de su conducta típica, lo que da lugar al cohecho activo y pasivo, **b)** la naturaleza contraria o no a derecho del acto a realizar por el funcionario, lo que

da lugar al cohecho propio e impropio, y **c)** el momento en que se produce el hecho, es decir, el convenio corrupto, la recepción, el ofrecimiento o la solicitud, lo que da lugar al cohecho antecedente y subsecuente. Todos estos referentes se combinan para dar paso a las diversas modalidades de cohecho, conforme lo vamos a ver a continuación:

#### **4.3.1. Cohecho pasivo**

En este caso, el origen de la conducta típica está en el funcionario vinculado, él es el sujeto activo y, por tanto, el centro de atención de la norma. No se considera pasivo por una cuestión de inactividad o complacencia del sujeto activo, pues aquí también ingresa la conducta del funcionario que solicita un donativo o condiciona su conducta a la concurrencia de un medio corruptor. En ese sentido, lo pasivo gira en torno a que la conducta reprochada tiene su origen en el funcionario, en otras palabras, es una valoración normativa hecha por la ley.

Para Rojas (2021), el cohecho pasivo es:

la modalidad de corrupción en la que el origen del comportamiento se origina en el sujeto público, quien es el que acepta, recibe, solicita o condiciona sus prestaciones funcionales o de servicio a la presencia del medio corruptor (donativo-ventaja o promesa o beneficio) (T.II, p. 30).

Los supuestos legales que comprende el cohecho pasivo son: **a)** la conducta del funcionario de realizar u omitir un acto funcional violando sus obligaciones (cohecho pasivo propio), **b)** la conducta del funcionario de realizar u omitir un acto funcional en cumplimiento de sus obligaciones o sin faltar a ellas (cohecho

pasivo impropio), y **c)** la conducta de condicionar los actos funcionariales a la concurrencia de uno o varios de los mecanismos corruptores.

Como vemos, siempre el cohecho gira en torno a la realización o no de algún acto funcional, lo que se vende es la gestión o el ejercicio de la función pública, de lo que se infiere que, si el funcionario solicita o recibe un donativo u otro beneficio para fines distintos al cumplimiento o incumplimiento de un acto funcional, pues este delito no se verifica.

Hay que destacar también que, conforme a nuestra legislación, las conductas pasivas de “aceptar” o “recibir” el beneficio tienen menos reproche que la conducta activa de “solicitar”, y esta a su vez tiene menos reproche que la conducta de “condicionar”. Así, en el caso del cohecho pasivo propio, en el primero de los casos la pena mínima es de 5 años de pena privativa de la libertad, en el segundo es de 6 años, y en el tercero de 8 años. Incluso en este último caso, el extremo máximo es mayor, pues mientras en los dos primeros es de 8 años de pena privativa de libertad, en el tercero es de 10 años. Pareciera, en ese sentido, que el legislador da mayor significancia a la intensidad de la conducta del funcionario.

Ahora bien, por otro lado, debemos decir que el delito de cohecho pasivo puede ser de naturaleza **genérica** o **específica**. Será genérica cuando se refiere a cualquier funcionario, en los términos del artículo 425 del Código Penal. Basta entonces que tenga una vinculación funcional o contractual con el Estado. En cambio, será específica cuando en la norma penal se precisa, puntual y expresamente, la nominación del funcionario comprometido. Tal es el caso

cuando el artículo 395 del Código Penal se refiere como sujeto activo al magistrado, árbitro o fiscal, entre otros, o el artículo 396 se refiere al secretario judicial, relator, especialista, entre otros, o bien, cuando el artículo 395-A se refiere al miembro de la Policía Nacional del Perú. Cuando la calidad del funcionario coincide con algunos de los supuestos del cohecho pasivo específico, por especialidad de la norma el cohecho pasivo genérico quedará descartado.

Por otra parte, el cohecho pasivo también puede ser **propio** o **impropio**. Será propio cuando la conducta ofrecida por el funcionario corrupto, tanto en su vertiente de hacer algo como en el de omitir, esté reñida con sus deberes funcionales normativizados, en otras palabras, lo que ofrece realizar u omitir está en claro incumplimiento o quebrantamiento de sus obligaciones o funciones oficiales. Esta situación obviamente implica un mayor reproche penal, pues no solo el funcionario recibe o solicita un donativo u otra ventaja o beneficio, sino además incumple u ofrece incumplir sus deberes, por ello en estos casos la pena es mayor que el cohecho pasivo impropio.

Como ya podremos advertir, el cohecho pasivo impropio, por su parte, implicará el comportamiento del funcionario corrupto que, a cambio de un donativo u otro beneficio, promete realizar u omitir un acto en cumplimiento de sus obligaciones funcionales. Aquí no se promete quebrantar ni se quebranta las obligaciones del funcionario, sino que este ofrece, realiza u omite un acto que está dentro de su competencia y en cumplimiento de sus funciones. Hay aquí, obviamente, un claro reproche al funcionario que instrumentaliza sus funciones para obtener un

beneficio. Se reprime conductas que van en contra del prestigio de la institución y de la gratuidad de la función pública.

#### **4.3.2. Cohecho Activo**

Esta variante de cohecho es también denominada “soborno”, en donde la atención de la norma ya no está centralizada en el funcionario o servidor público, sino en el particular o también denominado *extraneus*, cuya conducta está dirigida a corromper al funcionario público, es decir, ofrece, da o promete a este un donativo, ventaja o algún otro beneficio, que puede ser de distinta naturaleza, incluso de índole sexual, para obtener de él una conducta activa u omisiva, en quebrantamiento (**destino propio**) o en cumplimiento (**destino impropio**) de sus deberes funcionariales.

Como se ve, el solo ofrecer una ventaja o beneficio al funcionario, para que este realice un acto en cumplimiento o en quebramiento de sus obligaciones, ya constituye el delito de cohecho activo consumado, no es necesario que el funcionario acepte la proposición, incluso puede haberla rechazado.

Por lo general, en el cohecho activo la norma se centra en el particular, como ya lo hemos dicho, pero no se descarta también que lo pueda cometer otro funcionario o servidor, pero este no tiene que tener vinculación con el acto funcional requerido. Ejemplo de ello puede ser la conducta del magistrado que, para obtener la licencia de construcción de su casa, soborna a un funcionario municipal.

Por otro lado, debemos decir que el cohecho activo tiene dos variantes: la **genérica o indeterminada** y la **específica**. En el primero de los casos, el particular dirige su propuesta corruptora a un funcionario o servidor público en general, pero que obviamente esté ligado al acto funcional que él requiere. En el segundo de los casos, la propuesta corruptora va dirigida a un funcionario específico y expresamente determinado por la norma penal, tal como es el caso del magistrado, fiscal, árbitro, entre otros (artículo 398 del Código Penal), o el miembro de la Policía Nacional del Perú (artículo 398-A del Código Penal).

#### **4.3.3. Cohecho antecedente y cohecho subsecuente**

Esta clasificación se da considerando el momento en que se produce la recepción, la aceptación o la solicitud del medio corruptor, es decir, será **antecedente** cuando ello se produzca antes de, o para, la realización de actos comisivos u omisivos por parte del funcionario, en cumplimiento o en violación de sus obligaciones. Si tal conducta se produce después de cumplido o incumplido el acto funcional, será considerado cohecho **subsecuente**. De los dos, obviamente el más frecuente es el primero, según dicta la realidad.

El cohecho antecedente, al ser el más cotidiano, no ofrece muchos problemas de interpretación. En cambio, el subsecuente, sí. Por ejemplo, para considerar a un cohecho como subsecuente, debe tomarse en cuenta que la recepción, aceptación o solicitud del medio corruptor no deba originarse en un pacto corrupto previo al acto funcional vinculado, pues si fuera este el caso, solo constituiría el agotamiento de un cohecho antecedente. En consecuencia, para que el cohecho sea subsecuente, debe haberse realizado u omitido previamente el acto

funcionarial de competencia del sujeto público, y luego de ello debe producirse los verbos rectores de recibir, aceptar o solicitar el beneficio o la ventaja indebida, pero siempre como consecuencia del acto funcionarial ya realizado, y que haya sido en provecho del tercero que da ese donativo, ventaja o beneficio.

Cabe la precisión de que el cohecho subsecuente, puede a su vez ser también propio (a consecuencia de que el funcionario quebrantó sus obligaciones) o impropio (a consecuencia de que el funcionario cumplió sus obligaciones). Ya se habrá notado también que el cohecho subsecuente solo se ha legislado para la modalidad pasiva del cohecho, no así para el cohecho activo, por lo que, si un particular, por ejemplo, le da un donativo a un funcionario municipal, por haberle aprobado su licencia de funcionamiento, responderá por cohecho pasivo subsecuente dicho funcionario, pero el particular o *extraneus* no responderá por cohecho activo.

También cabe hacer notar que el cohecho pasivo subsecuente solo se ha legislado para el cohecho pasivo genérico, sea propio (artículo 393) o impropio (artículo 394), y para el cohecho pasivo específico vinculado a la función policial (artículos 395-A y 395-B), pero no se ha previsto la misma figura para el cohecho pasivo específico en donde esté inmerso un magistrado, fiscal, árbitro u otro (art. 395), en cuyo caso el cohecho pasivo siempre será antecedente.

En relación con el cohecho pasivo impropio subsecuente, se ha objetado la razonabilidad de esta modalidad, bajo el fundamento de que esta figura:

trae aparejadas serias objeciones de legalidad, en la medida que el funcionario o servidor no ha actuado bajo un mecanismo corruptor idóneo, objetivo y

preexistente, sino en la idea de obtenerlo luego del cumplimiento de sus obligaciones o atribuciones sin que ello haya supuesto infracción de sus deberes normativizados, lo cual coloca a la injerencia punitiva en un serio entredicho de razonabilidad. (Rojas, 2021, T. II, p. 34).

Entendemos, en todo caso, en salvaguarda de la norma punitiva, que lo que ha querido el legislador es eliminar en el funcionario toda posibilidad, presente o futura, de verse influenciado por obtener un beneficio indebido a consecuencia de su actuación funcional.

#### **4.4. EL DELITO DE COHECHO ESPECÍFICO VINCULADO A LA FUNCIÓN POLICIAL: DEFINICIÓN Y MODALIDADES**

Ya hemos adelantado que el delito de cohecho vinculado a la función policial es una de las modalidades del cohecho activo y pasivo específicos, que hace pocos años se ha incorporado a nuestra legislación. Debido a las altas tasas de corrupción en la Policía Nacional, que no solo se ve a diario a través de los medios de comunicación, sino que cada ciudadano lo sufre cada vez que debe afrontar una intervención o un trámite que esté vinculado a la función policial, es que el legislador ha creído por conveniente incorporar esta figura delictiva, con el ánimo de dar una muestra de especial atención a la lucha contra la corrupción enquistada en este ámbito del sector público.

No hemos encontrado una definición en la doctrina del delito de cohecho vinculado a la función policial, es más, son aún pocos los que han estudiado esta

figura, no obstante, es posible advertir que el mismo se refiere a la conducta del miembro policial que instrumentaliza sus especiales funciones, para obtener un beneficio o ventaja indebida. Es el aprovechamiento que hace de su condición de efectivo policial, para solicitar, aceptar o recibir, un donativo o algún otro beneficio patrimonial o extrapatrimonial, con el ofrecimiento de realizar u omitir un acto en cumplimiento o en quebramiento de sus funciones policiales, o condicionar su conducta funcional.

Así también, por otra parte, se comprende a la conducta del particular o *extraneus*, que ofrece, da o promete a un efectivo policial, un donativo o alguna otra ventaja o beneficio, para que este cumpla o quebrante sus obligaciones funcionales en beneficio de dicho sujeto.

Como se habrá podido advertir, aquí el centro de atención de la norma está en el miembro de la Policía Nacional. Las distintas modalidades que tiene este delito de cohecho específico, giran en torno a la actividad o funciones policiales, por lo que es del caso conocer correctamente cuáles son estas para determinar debidamente si una conducta se subsume en este delito o no. El conocimiento de las normas especiales que regulan la labor de la Policía Nacional será importante entonces para este cometido.

En cuanto a las modalidades del delito de cohecho en el ámbito de la función policial, debemos destacar que las mismas guardan similitud con las del cohecho en general, solo que adaptadas a las especiales funciones de los efectivos policiales. Los siguientes cuadros nos ayudará a entender las distintas modalidades de una manera más didáctica:

### Modalidades de Cohecho Pasivo

<b>Cohecho Pasivo en el ejercicio de la función policial</b>	<b>Propio</b>	<b>Antecedente</b>
	(art. 395-A)	<b>Subsecuente</b>
	<b>Impropio</b>	<b>Antecedente</b>
	(art. 395-B)	<b>Subsecuente</b>

### Modalidades de Cohecho Activo

<b>Cohecho Activo en el ámbito de la función policial</b>	<b>Con destino propio</b>	<b>Antecedente</b>
	(art. 398-A, primer párrafo)	
	<b>Con destino impropio</b>	<b>Antecedente</b>
	(art. 398-A, segundo párrafo)	

Como se desprende de los cuadros que preceden, en cuanto al cohecho pasivo en el ejercicio de la función policial, existen dos modalidades: el propio (“para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial”) y el impropio (“para realizar u omitir un acto propio de su función, sin faltar a su obligación”). En ambos casos, el legislador siempre considera una pena más alta para el efectivo policial que realice el verbo rector “solicitar”, en comparación con las penas ligeramente más bajas previstas para los verbos rectores “aceptar” y “recibir”. No obstante, sobre ambos está el verbo rector

“condicionar” (modalidad del cohecho pasivo propio), cuya intensidad es mayor, y por ello el legislador prevé para este caso una pena superior que para los supuestos anteriores.

En ambas modalidades de cohecho pasivo, es decir, el propio y el impropio, es posible encontrar la variante de cohecho antecedente (“para realizar u omitir”) y cohecho subsecuente (“a consecuencia de haber faltado a ellas”, “a consecuencia del acto ya realizado u omitido”). Se trata, de esta manera, de abarcar el mayor espacio punitivo para que no haya situaciones de impunidad.

En cuanto al cohecho activo en el ámbito de la función policial, existen igualmente dos modalidades: el cohecho activo con destino propio (“realice u omita actos en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial”) y el cohecho activo con destino impropio (“realice u omita actos propios de la función policial, sin faltar a las obligaciones que se deriven de ellas”). Es decir, el agente corrupto tratará de sobornar a un efectivo policial, ya sea para que este realice u omita actos quebrantando sus obligaciones (supuesto más lesivo, y por lo tanto se le conmina con una pena mayor), o que sean propios de su función (supuesto menos lesivo, con una pena menor).

En cuando al delito indicado en el párrafo anterior, vemos que el legislador, adicionalmente, ha regulado una circunstancia agravante específica, que está prevista en el artículo 398-B del Código Penal, y que se encuentra vinculada a la naturaleza de las funciones policiales en juego, que en este caso corresponden específicamente al tránsito o la seguridad vial, en cuya virtud, al agente (particular) se le sanciona, además, con la pena de inhabilitación consistente en

la cancelación o la incapacidad definitiva, según sea el caso, para obtener autorización para conducir. Esta especial sanción obviamente tiene un objetivo, y es reprimir los bochornosos actos –muchas veces filmados y propalados por los medios de comunicación- realizados por los conductores (especialmente de transporte público) que, ante la inminencia de una sanción por infracción de tránsito, simplemente le dan -en muchos casos sin siquiera ofrecer- al efectivo policial un monto de dinero –por lo general diminuto<sup>4</sup>-, para que éste incumpla sus obligaciones de imponerle la respectiva papeleta de infracción.

En cuanto a esta pena limitativa de derechos de inhabilitación, ya sea cancelación (para quién tiene licencia de conducir) o incapacidad definitiva (para quién no la tiene), se ha cuestionado la constitucionalidad de la misma, a tal punto que ya existen diversos pronunciamientos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema, aprobando la inaplicación de esta pena vía el control difuso o aplicando una temporal en vez de la perpetua. Este tema lo veremos a detalle más adelante, ya que constituye el punto medular de la presente investigación.

#### **4.5. ANTECEDENTES DEL DELITO DE COHECHO VINCULADO A LA FUNCIÓN POLICIAL**

---

<sup>4</sup> Salinas (2023) llama a estos donativos diminutos como “coimas”: “Las coimas son los donativos nimios, o en pequeña cantidad o valor, dados al policía para acelerar trámites, obviar entrapamientos burocráticos en las investigaciones policiales o motivar, en general, la voluntad del agente policial. Las coimas constituyen niveles mínimos de cohecho que igualmente resultan punibles, pues generan un clima de relajamiento en el desarrollo de las actividades policiales” (p. 656).

El delito de cohecho vinculado a la función policial fue incorporado a nuestra legislación mediante el Decreto Legislativo 1351, publicado el 07 de enero de 2017, “Decreto Legislativo que modifica el Código Penal a fin de fortalecer la Seguridad Ciudadana”. Mediante esta norma, específicamente se incorporaron al Código Penal los artículos 395-A y 395-B, que regulan los delitos de cohecho pasivo propio e impropio en el ejercicio de la función policial, y los artículos 398-A y 398-B, que regulan al delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial y su correspondiente agravante. Estos tipos penales no han sufrido modificación alguna hasta la actualidad.

Este decreto legislativo se aprobó en base a la delegación de facultades que aprobó el Congreso de la República mediante la Ley 30506, publicada el 09 de octubre de 2016, “Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A.”.

La Ley 30506 incorporó diversos tópicos que fueron materia de delegación de facultades, entre ellas se precisó en el inciso 2 literal a) del artículo 2, que se delegaba la facultad de legislar en materia de **seguridad ciudadana**, a fin de:

establecer precisiones y modificaciones normativas a la legislación penal, procesal penal y de ejecución penal, en particular en lo que respecta a la tipificación de nuevos delitos o agravantes, beneficios penitenciarios y acumulación de penas, para fortalecer la lucha contra el crimen organizado, terrorismo, narcotráfico, lavado de activos, delincuencia común, inseguridad

ciudadana, y afectaciones a la infraestructura, instalaciones, establecimientos y medios de transporte de hidrocarburos en el país (...).

Para Arismendiz (2018, p. 643), el literal mencionado en el párrafo anterior sería el sustento que tuvo el Poder Ejecutivo para crear el delito de cohecho en el ejercicio de la función policial. Nosotros estimamos que dicha apreciación es errada, por cuando la norma es clara cuando dice que, si bien autoriza la creación de “nuevos delitos o agravantes”, pero se refiere a materias relacionadas con la “seguridad ciudadana”, tanto es así que luego el propio literal menciona que las áreas a fortalecerse son la lucha contra el crimen organizado, narcotráfico, terrorismo, lavado de activos, entre otros, pero en ningún momento menciona que se incluye a la lucha contra la corrupción. Más aún, si revisamos integralmente la ley, vamos a ver que las materias autorizadas en relación con la lucha contra la corrupción se encuentran en otro apartado, en específico en el inciso 3 del artículo 2, cuando se refiere a “legislar en materia de lucha contra la corrupción”.

En efecto, en el inciso 3 del artículo 2 recién se anotan las materias objeto de delegación en relación con la **lucha contra la corrupción**. Curiosamente, en dicho inciso solo se autorizan tres tópicos: a) crear la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, b) aprobar medidas orientadas a la lucha contra la corrupción proveniente de cualquier persona, incluyendo medidas para facilitar la participación de los ciudadanos mediante mecanismos que permitan la oportuna y eficaz recepción de denuncias sobre actos de corrupción, mecanismos para incentivar la probidad en el ejercicio de la

abogacía, medidas para fortalecer la transparencia en el acceso a cargos públicos, así como medidas para restringir la posibilidad de que las personas condenadas por delitos contra la administración pública trabajen como funcionarios públicos, y c) reestructurar el Sistema de Defensa Jurídica del Estado.

Como es de apreciarse de lo anterior, en el rubro de “lucha contra la corrupción”, no se incorporó propiamente la facultad de legislar sobre la creación de nuevos delitos relacionados con esta materia. Por lo tanto, tampoco podía ser el sustento para la creación del delito de cohecho vinculado a la función policial.

Ahora bien, en la breve exposición de motivos o parte introductoria del Decreto Legislativo 1351, que incorpora a la legislación penal el delito de cohecho vinculado a la función policial, se dice literalmente que:

Que, en ese sentido, el literal a) del inciso 2 del artículo 2 del citado dispositivo legal, establece la facultad de legislar a efectos de establecer precisiones y modificaciones normativas a la legislación penal, procesal penal y de ejecución penal, en particular en lo que respecta a la tipificación de nuevos delitos o agravantes;

Que, resulta necesario realizar ajustes normativos que fortalezcan la censura penal de algunas circunstancias conflictivas que atentan gravemente al bienestar de las personas y la convivencia social, para lo cual es necesario generar nuevos espacios de sanción penal, siempre respetando su carácter excepcional;

De la referida parte introductoria de la norma, vemos que la misma se fundamenta en el literal a) del inciso 2 del artículo 2 de la Ley 30506, es decir, en la facultad

de legislar en materia de “seguridad ciudadana”. Al respecto, hay que precisar que, como lo hemos adelantado, propiamente la creación de nuevos delitos vinculados a la lucha contra la corrupción no tendría fundamento en la lucha contra la seguridad ciudadana.

En efecto, si pensamos que tal vez erradicar la corrupción en la actuación policial contribuye con la seguridad ciudadana, podríamos estar de acuerdo, pero tal cosa no justifica que habiendo un apartado específico en la Ley 30506 para los aspectos relacionados con la “lucha contra la corrupción”, no se incluya en él a la creación de nuevos delitos vinculados con esta materia, como lo es el delito de cohecho vinculado a la función policial. Más aún si vemos que, en específico, el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial en su modalidad agravada (art. 398-B del Código Penal) no tiene relación alguna con la seguridad ciudadana, pues propiamente guarda relación con la lucha contra la corrupción vinculada al sector del tránsito y el transporte público.

Ahora bien, hemos accedido al Expediente Virtual Legislativo de la Ley 30506 (iniciado con el Proyecto de Ley N° 228/2016-PE), que está publicado en la página web del Congreso de la República, y es curioso ver que, en los distintos dictámenes y opiniones consultivas, no se haga referencia en lo absoluto a la necesidad de incorporar en la legislación el delito de cohecho en el ámbito de la función policial. Ello refuerza aún más nuestra posición en el sentido que resulta cuestionable sostener que la Ley 30506 contenga en realidad una autorización a favor del Poder Ejecutivo para que legisle nuevos delitos en materia de corrupción de funcionarios.

#### **4.6. JUSTIFICACIÓN DE LA INCORPORACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DEL DELITO DE COHECHO VINCULADO A LA FUNCIÓN POLICIAL: EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

Sin perjuicio de lo señalado en el apartado anterior, vamos ahora a revisar cuáles fueron las motivaciones del legislador, en este caso del Poder Ejecutivo por delegación de facultades, para incorporar en la legislación penal el delito de cohecho en el ámbito de la función policial.

Para este cometido, con base en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, se solicitó a diversas áreas del Poder Ejecutivo, el expediente legislativo que dio origen al Decreto Legislativo 1351. Con Carta N° 595-2021-JUS/OILC-TAI, la funcionaria responsable de acceso a la información pública del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos – MINJUS nos remitió los antecedentes de dicha norma. Dichos antecedentes, en realidad, no son abundantes, solo constan del Informe Legal N° 10-2017-JUS/OGAJ del 3 de enero de 2017, elaborado por una abogada de la Oficina General de Asesoría Jurídica, con el visto bueno del Jefe de la Oficina General de Asesoría Jurídica del MINJUS, que, por cierto, no dice nada en relación a la incorporación del delito de cohecho vinculado a la función policial a la legislación nacional, y la Exposición de Motivos de la norma, que se acompaña a dicho informe.

Revisada la referida Exposición de Motivos, vemos que la misma analiza o fundamenta ocho tópicos, dentro de los cuales está el “VI. Sobre la censura penal de la corrupción”, que a su vez incluye el acápite “VI.2. Corrupción policial”, en donde se trata de justificar la inclusión de estos nuevos tipos penales en nuestra

legislación. Transcribimos esta parte de la exposición de motivos para un mejor conocimiento:

## **VI.2. Corrupción policial**

Se ha considerado también la criminalización autónoma de la corrupción perpetrada por agentes policiales; especialmente en aquellos que se materializan en actos de soborno u otras conductas que atentan contra su deber funcional. Esta medida cobra especial valía si se atiende a la disciplina policial y al rol fundamental que cumplen las dinámicas sancionatorias en la formación de los agentes policiales (MOLOEZNIK, Marcos Pablo. Alcances y contenidos de la corrupción policial *en* Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad, vol. XVIII, Nro. 50, enero-abril, 2011, p. 327). En todo caso, será la pena, adecuadamente operativizada, la que podrá contribuir eficazmente a la prevención de conductas ilícitas en el cuerpo policial.

Desde la promulgación del Código Penal, específicamente de los delitos de Cohecho (particularmente el Cohecho pasivo y Cohecho activo), se ha tipificado la intervención de dos sujetos sancionados penalmente conforme se detalla líneas abajo:

- El funcionario que acepta o solicita el “pago” por la venta de la función pública.
- El sujeto que compra el “servicio” o recibe el ofrecimiento del funcionario.

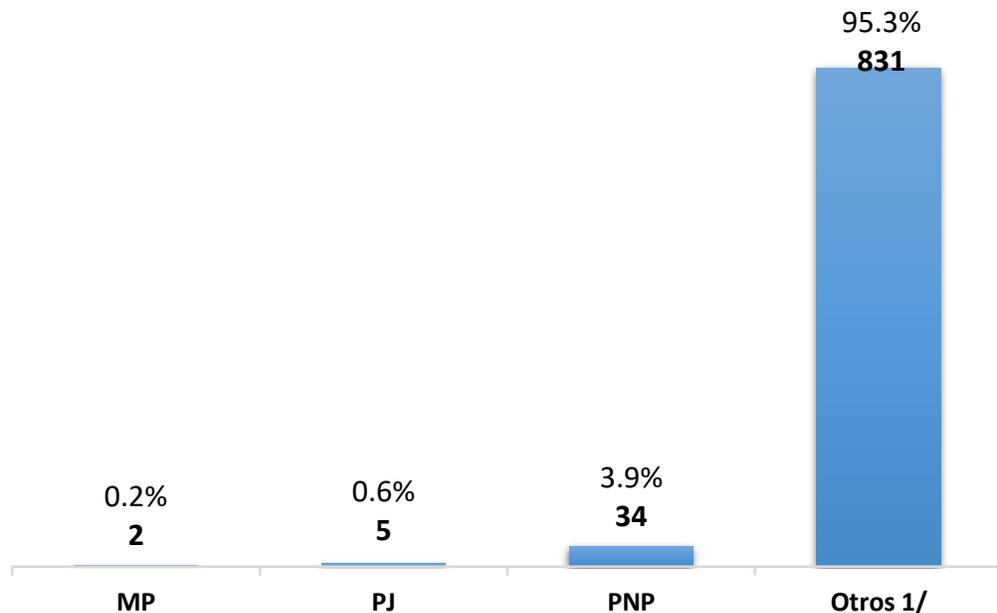
El presente decreto, precisamente, busca atender a todo tipo de acto corruptible, atendiendo a la clasificación tradicional antedicha. De esta forma, se sanciona penalmente la solicitud o la aceptación de una ventaja o beneficio de cualquier índole a cambio de realizar algún acto conforme o contrario a sus funciones públicas, o por haber realizado, anteriormente, uno de estos actos. Debiéndose

entender por funcionario público a todos los contemplados en el artículo 425° del Código Penal, el cual incluye a los miembros de la Policía Nacional del Perú.

Esta modificación normativa atiende a la realidad del fenómeno de la corrupción en el ámbito policial peruano. Las cifras policiales, al respecto, destacan que, durante el año 2015, fueron 34 los casos de tal fenómeno, los mismos que fueron intervenidos en acto flagrante. La incidencia se muestra superior a la registrada para funcionarios o servidores públicos del Ministerio Público y el Poder Judicial, lo cual invita a considerar su criminalización autónoma con espacios de censura penal que hagan referencia específica al desenvolvimiento del agente.

### Perú: Capturados y detenidos por la PNP, por delitos de corrupción, según entidad, 2015

Total capturados y detenidos: 872



**Nota:** La Dirección Contra la Corrupción (DIRCOCOR PNP), realizó 43 operaciones a nivel nacional, con la captura y detención de 872 personas.

**1/** Incluye: 659 chóferes, 103 RQ Civiles, 23 Conducción compulsiva, 11 RQ PNP, 9 Particulares, 6 Municipalidad, 5 Gob. Regional, 4 MINEDU, 2 FAP, 2 INPE, 2 Migraciones, 2 Universidad, 1 MINSA, 1 MDIS, 1 RENIEC.

**Fuente:** Anuario Estadístico 2015, PNP.

**Elaboración:** Dirección General de Política Criminal y Penitenciaria (DGPCP). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

En tal sentido, es pertinente señalar que los miembros de la PNP, por la labor sustancial que realizan en beneficio de la colectividad, se encuentran en una condición especial y particular en el universo conformado por funcionarios o servidores públicos que prestan servicios en el Estado; esta situación obedece al rol que asumen el personal policial como imagen representativa de la ley, el orden y la seguridad y que por ello debe contar con altos principios y valores, independientemente de la vocación de servicio profesional, capacidades y competencias, que permitan generar importantes niveles de legitimidad y prestigio social frente a la sociedad; razón por la cual, una conducta contraria a la Ley y a derecho debe ser sumamente reprochable frente a la sociedad.

Respecto a dicha exposición de motivos, vemos que la misma no es muy analítica de la situación policial, ni de los beneficios que traería la incorporación en la legislación de tan inédita figura penal, solo hace una fundamentación bastante genérica, incluso sin profundizar en cada tipo penal que se pretende crear y regular.

Llama la atención, igualmente, que la exposición de motivos básicamente se centre en el delito de cohecho pasivo en el ejercicio de la función policial, pero no resalta la figura de cohecho activo en esta especialidad, menos aún la modalidad agravada relacionada con el tránsito y la seguridad vial, hecho que denota la improvisación del legislador, más si vemos que, como ya es conocido para quienes laboran en las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción y en la Policía Nacional Contra la Corrupción (DIRCOCOR), la mayor cantidad de detenidos por cohecho activo son precisamente los vinculados a la función

policial del tránsito y la seguridad vial, es decir, los que se refieren a las conductas de conductores de vehículos de transporte público que sobornan a un efectivo policial para que no les imponga alguna papeleta de infracción de tránsito.

También desilusiona que no se haya dedicado ni una sola línea a la pena de inhabilitación definitiva para conducir, prevista en el artículo 398-B del Código Penal, que tal vez era la innovación más relevante en este tipo de delitos, y que ha generado los mayores cuestionamientos por su aparente inconstitucionalidad, conforme lo vamos a analizar en la parte medular de la presente investigación.

En ese sentido, no hay mayor fundamentación relevante del legislador en la referida exposición de motivos, que nos permita entender las razones por las que se incorporó tan novedoso grupo de delitos en la legislación nacional.

#### **4.7. CRÍTICAS A LA INCORPORACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DEL DELITO DE COHECHO ESPECÍFICO VINCULADO A LA FUNCIÓN POLICIAL**

Es verdad que los medios de comunicación, las filmaciones y las continuas denuncias ciudadanas han dado cuenta que las prácticas corruptas en el ámbito policial están muy arraigadas y diseminadas en nuestra sociedad. No obstante, se critica la política criminal –si hay alguna- de personalizar los tipos penales para dar la apariencia de que se lucha contra determinado sector de criminalidad –en este caso, la relacionada con la actividad policial-, sin considerar que el derecho penal, por sí solo, no soluciona estas anomalías sociales, es más, siempre se le

debe considerarse como un mecanismo de *ultima ratio*, y no como el primer recurso al cual se debe acudir para afrontar estos problemas.

En ese sentido, la creación de este tipo penal de corrupción dirigido específicamente a los “miembros de la Policía Nacional”, es un reflejo de lo que muchos llaman un “populismo punitivo”, que el legislador realiza sin considerar que decisiones como estas pueden generar un efecto estigmatizante indeseable en este importante segmento del sector público, al cual el constituyente le ha otorgado importantes funciones como la de garantizar, mantener y restablecer el orden interno, prestar protección y ayuda a las personas y a la comunidad, garantizar el cumplimiento de las leyes, dar seguridad al patrimonio público y privado, y prevenir, investigar y combatir la delincuencia, todo lo cual requiere la necesaria confianza de la población en su autoridad policial.

De igual modo, la personalización de los tipos penales, como ya venía ocurriendo también con los magistrados, árbitros, secretarios judiciales, entre otros, solo refleja las deficiencias de técnica legislativa de nuestros legisladores, pues, en principio, se aleja de las características que deben tener los tipos penales en cuanto a la generalidad de los comprendidos como posibles autores, y asimismo, evidencia un innecesaria redundancia legislativa, que muchas veces dificulta la actividad del operador jurídico, pues la conducta típica es esencialmente la misma en el cohecho policial que en el cohecho genérico, lo único que cambia es la especificación del autor y, para justificar la inclusión del nuevo tipo penal, solo se varía en cierta medida la pena, poniéndola un tanto más gravosa. No hay mayores diferencias que destacar.

Por ello, estamos de acuerdo con Rojas (2020) cuando nos dice que:

El solo hecho de ser miembro de la Policía Nacional no es razón suficiente ni desde perspectiva criminológica, menos desde la naturaleza del injusto (desvaloración-lesividad), para acudir a estas fáciles respuestas legislativas de crear tipos penales innecesarios, dado que si el legislador buscaba agravar la pena, en razón de la exclusiva calidad del efectivo policial, pudo optar por colocar agravantes a los tipos básicos y no crear tipos legales sin diferencia cualitativa por la conducta típica. (p. 517).

## **CAPÍTULO V**

### **ANÁLISIS DEL DELITO DE COHECHO ACTIVO EN EL ÁMBITO DE LA FUNCIÓN POLICIAL**

#### **5.1. DESCRIPCIÓN TÍPICA (ART. 398-A CP)**

El delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial se encuentra regulado en el artículo 398-A del Código Penal, según el texto incorporado por el artículo 3 del Decreto Legislativo 1351, publicado el 7 de enero de 2017, el cual hasta la actualidad no ha sufrido modificaciones. Dicho artículo indica lo siguiente:

##### **Artículo 398-A.- Cohecho activo en el ámbito de la función policial**

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

## **5.2. TIPICIDAD OBJETIVA**

De la descripción típica contenida en el artículo 398-A del Código Penal se advierte que el legislador ha reproducido, en su mayoría, las conductas punibles de cohecho pasivo propio y cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial (artículos 395-A y 395-B del Código Penal), pero esta vez del lado del accionar del particular o tercero interesado, que corrompe o trata de corromper al miembro de la Policía Nacional en el ejercicio de sus funciones. Estamos entonces ante un delito de corrupción de carácter específico, pues el destinatario de la acción sobornante solo puede ser un miembro de la Policía Nacional que esté en ejercicio de sus labores oficiales.

Por la descripción de la fórmula legislativa vemos que se trata de un delito común (“el que”), es decir, cualquier persona puede ser autor de este hecho punible. No se exige ninguna condición especial o cualidad personal en el agente. Puede ser un particular o incluso un funcionario público, es más, incluso puede ser otro efectivo policial, pero que no esté vinculado específicamente a las funciones por las que despliega su conducta corruptora.

Según vemos del tipo penal, la conducta se perfecciona cuando el particular (agente o sujeto activo), bajo cualquier modalidad, ofrece, da, promete a un miembro de la Policía Nacional del Perú donativo o cualquier otra ventaja o beneficio para que realice u omite actos en violación de sus obligaciones

derivadas de la función policial, siendo este un supuesto de cohecho activo con destino propio y, en esencia, antecedente.

También el tipo penal considera el supuesto de cohecho activo con destino impropio, que se configura cuando el agente, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo o cualquier otra ventaja o beneficio para que realice u omita actos propios de la función policial, sin faltar a las obligaciones que se deriven de ella.

La finalidad buscada por el sujeto activo con su actuar es importante para tipificar el delito, pues solo se configurará si la entrega, ofrecimiento o promesa se realiza para que el efectivo policial realice u omita actos relacionados con sus funciones policiales. En ese sentido, Salinas (2023) nos dice que:

Todas las hipótesis delictivas que en conjunto se rotulan como “cohecho activo de efectivos policiales” deben estar vinculadas a asuntos sometidos a conocimiento o competencia propios del destinatario de la conducta corruptora. Los casos de prestaciones de alguna ventaja que no ingresan al ámbito de su competencia no configuran el cohecho activo especial en análisis. (p. 711)

Dichas funciones policiales son las que se encuentran previstas esencialmente tanto en la Constitución como en la Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú y su reglamento. Así, el artículo 166 de la Constitución Política del Perú de 1993 establece que:

La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio

público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras.

Por su parte, el Decreto Legislativo 1267, Ley de la Policía Nacional del Perú, en el artículo III de su título preliminar, se refiere a la “función policial”, estableciendo que, para su cumplimiento, realiza lo siguiente:

- 1) Garantiza, mantiene y restablece el orden interno, orden público y la seguridad ciudadana.
- 2) Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad.
- 3) Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado.
- 4) Previene, investiga los delitos y faltas, combate la delincuencia y el crimen organizado.
- 5) Vigila y controla las fronteras.
- 6) Vela por la protección, seguridad y libre ejercicio de los derechos fundamentales de las personas y el normal desarrollo de las actividades de la población.
- 7) Presta apoyo a las demás instituciones públicas en el ámbito de su competencia.

La propia norma aclara que “la función policial se materializa mediante la ejecución del servicio policial, requiriéndose del personal policial conocimientos especializados que permitan la excelencia del servicio a prestar” (artículo III).

En ese sentido, el artículo 2 de la misma norma, modificado por el Decreto Legislativo 1451, regula las “funciones de la Policía Nacional del Perú”, siendo estas las siguientes:

1) Garantizar, mantener y restablecer el orden interno, orden público y la seguridad ciudadana;

2) Mantener la paz y la convivencia social pacífica, garantizando la seguridad, tranquilidad y orden público;

3) Promover e implementar mecanismos de coordinación y articulación en favor de la seguridad ciudadana;

4) Garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado;

5) Garantizar los derechos de las personas y la protección de sus bienes, privilegiando de manera especial a la población en riesgo, vulnerabilidad y abandono, incorporando los enfoques de derechos humanos, género e interculturalidad en sus intervenciones;

6) Brindar seguridad y protección al Presidente de la República en ejercicio o electo, a los Jefes de Estado en visita oficial, a los Presidentes de los Poderes Públicos y de los organismos constitucionalmente autónomos, a los Congresistas de la República, Ministros de Estado, así como a diplomáticos, dignatarios y otras personalidades que determine el reglamento correspondiente.

7) Prevenir, combatir, investigar y denunciar la comisión de los delitos y faltas previstos en el Código Penal y leyes especiales;

7-A) Prevenir e investigar la comisión de delitos relacionados con el empleo de sustancias químicas, incluidos los insumos químicos, productos y subproductos o derivados, maquinarias y equipos utilizados para la elaboración ilegal de drogas y minería ilegal.

8) Obtener, custodiar, asegurar, trasladar y procesar indicios, evidencias y elementos probatorios relacionados con la prevención e investigación del delito, poniéndolos oportunamente a disposición de la autoridad competente;

9) Practicar y emitir peritajes oficiales de criminalística para efecto de procesos judiciales y otros derivados de la función policial;

10) Realizar las funciones de investigación policial, por iniciativa propia o bajo la conducción jurídica del Fiscal, en concordancia con el Código Procesal penal y las leyes de la materia;

11) Investigar la desaparición y trata de personas;

12) Administrar el sistema de inteligencia policial, en armonía con las normas que regulan el Sistema Nacional de Inteligencia;

13) Vigilar y controlar las fronteras, así como prestar apoyo a la Superintendencia Nacional de Migraciones para el cumplimiento de las disposiciones legales sobre el control migratorio;

14) Fiscalizar el cumplimiento de las normas de tránsito por parte de los usuarios de la infraestructura vial, y de manera subsidiaria las normas de transporte en la red vial nacional; así como garantizar, mantener y restablecer el libre tránsito y seguridad vial.

15) Garantizar el cumplimiento de los mandatos escritos del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Ministerio Público y la Oficina Nacional de Procesos Electorales, en el ejercicio de sus funciones;

15-A) Garantizar el cumplimiento del Código Administrativo de Contravenciones de la Policía.

16) Participar subsidiariamente, a solicitud del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), en la seguridad de los establecimientos penitenciarios y en seguridad externa del traslado de los procesados y sentenciados de conformidad con la normatividad vigente;

17) Participar en la política de eco eficiencia del Estado y en el cumplimiento de las disposiciones relativas a la protección y conservación de los recursos naturales y del medio ambiente;

18) Velar por la seguridad de los bienes y servicios públicos, en coordinación con las entidades estatales correspondientes;

19) Garantizar la seguridad y protección de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación y de aquellos que se presuman como tales; así como la de los turistas y sus bienes;

20) Participar en la Defensa Nacional, Defensa Civil y en el desarrollo económico y social del país;

21) Identificar a las personas con fines policiales;

22) Participar en Operaciones de Paz convocadas por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y otros organismos internacionales; y,

23) Ejercer las demás funciones que le señalen la Constitución, las leyes y sus reglamentos.

El Reglamento de la Ley de la Policía Nacional del Perú, aprobado por Decreto Supremo 026-2017-IN, desarrolla con mayor amplitud dichas funciones, así como la organización de las distintas divisiones y direcciones policiales encargadas de

su cumplimiento, priorizándose siempre el criterio de especialidad en el ejercicio de la función policial.

Es de precisar que, de las funciones antes descritas, se exceptúan para la configuración de este tipo penal básico las relacionadas con la fiscalización del cumplimiento de las normas de tránsito y de la seguridad vial, pues ellas – atendiendo a razones de política criminal- se han previsto como una circunstancia agravante, que está contenida en el artículo 398-B del Código Penal, que tiene una penalidad distinta, conforme lo vamos a estudiar más adelante.

Esta situación obviamente es *sui generis*, pues para que se configure esta modalidad básica de cohecho activo específico no solo basta con verificar que el destinatario de la conducta corruptora sea un miembro de la Policía Nacional, sino además que las funciones policiales que el sujeto activo pretende que cumpla o incumpla este funcionario no estén vinculadas a las normas de tránsito o la seguridad vial, pues si es ese el caso, la conducta será agravada, por imperio del artículo 398-B ya referido.

Hay que destacar, por otro lado, que la mayoría de las conductas punibles que configuran el delito de cohecho vinculado a la función policial pueden implicar un recíproco intercambio de prestaciones, donde el sujeto activo se beneficia o aprovecha del acto funcional o de servicio realizado u omitido por el efectivo policial, y este se beneficia con el donativo u otro beneficio entregado por aquél, o mediatamente, con la promesa del donativo. No obstante, no siempre se cumple esta bilateralidad pues, por ejemplo, en las modalidades típicas de ofrecer o prometer, con la sola realización del verbo rector se considerará

consumado o perfeccionado el delito, no requiriéndose que el efectivo policial acepte el ofrecimiento o promesa, incluso la puede rechazar y, aun así, el delito estará perfeccionado.

Respecto a lo anterior, Salinas (2023) nos dice que:

Algunas de las conductas punibles que configuran en conjunto el cohecho activo de un miembro de la PNP, por la calidad del destinatario de la conducta corrupta, puede implicar un recíproco intercambio de prestaciones donde el agente del ilegal comportamiento se beneficia con la obtención del provecho, al resolverse el asunto a su favor o de acuerdo con sus intereses particulares, y el otro con el donativo o ventaja y mediatamente con la promesa que logra del primero. Pero esta bilateralidad no concurre en todos los casos como ocurre, por ejemplo, con la modalidad típica de ofrecer. Aquí, con el simple hecho de ofrecer se consuma o perfecciona el delito, por lo que no se exige la aceptación del efectivo de la PNP, además de que no es necesaria la existencia de pacto o concierto para consumarse el delito. (p. 711).

Ahora bien, este delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial presenta diversos componentes, conforme lo vamos a desarrollar a continuación.

### **5.2.1. Sujeto activo**

La fórmula típica se refiere a “el que”, con lo cual alude a que no se requiere una condición especial del agente, cualquier persona con capacidad de reprochabilidad puede ser autor de este delito. No se exige que el agente tenga un deber especial.

En ese sentido, este delito es uno de dominio, de la misma forma que es un delito común. El texto del tipo penal está destinado a sancionar a un sujeto indeterminado. Es este sujeto no cualificado el que va a ofrecer, dar o prometer al miembro de la Policía Nacional, un donativo o cualquier otra ventaja o beneficio, para que este, motivado por tal ofrecimiento, entrega o promesa, cumpla o incumpla un acto funcional que le interesa al agente.

Al respecto, Salinas (2023) nos dice con acierto que:

El autor o personaje central de la conducta puede ser cualquiera. El tipo penal no exige alguna condición o cualidad especial. De ahí que, para efectos de la autoría y participación de este tipo de conductas delictivas, para saber quién responde como autor y quién como cómplice, se puede hacer uso de la teoría del dominio del hecho. En consecuencia, podemos hablar de autor directo, coautores, complicidad primaria, complicidad secundaria, etc.” (p. 712).

### **5.2.2. Sujeto pasivo**

En este delito el sujeto pasivo resulta ser el Estado, único titular del bien jurídico protegido tanto a nivel genérico como específico.

### **5.2.3. Verbos rectores**

Los comportamientos típicos que subyacen del artículo 398-A del Código Penal, parten de los verbos rectores, que son: ofrecer, dar o prometer.

Por “**ofrecer**”, el diccionario de la Real Academia Española concibe hasta trece acepciones. Proviene del latín *offerre*, y tiene, entre otros, el significado de “comprometerse a dar, hacer o decir algo”, “presentar y dar voluntariamente

algo”. En ese contexto, conforme a Vargas (2021), “este verbo rector nos da a entender la iniciativa que toma el particular para ofrecer los objetos o elementos corruptores prohibidos por la ley penal” (p. 187). Rojas (2021), por su parte, nos dice que “el ofrecimiento es la oferta de donativo, ventaja o beneficio dirigida al funcionario/servidor directa o indirectamente, en relación de contigüidad e inmediatez temporal, es decir que se puede materializar en el mismo acto” (T.II, p. 182).

En relación a este verbo rector, Arismendiz (2018) nos dice que:

de la redacción típica, se advierte con meridiana claridad, que el sujeto activo, inicia el pacto venal, pretendiendo que el sujeto cualificado, acceda a tal finalidad corruptora, y de esta manera concretar el pacto venal, por lo tanto, el verbo “ofrecer”, al tratarse de un verbo activo y de inmediata ejecución, identifica al delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, como delito de mera actividad. (p. 746).

Es de precisar que este verbo rector constituye un adelantamiento de las barreras de punibilidad, en puridad se sanciona una conducta *ex ante* la lesión efectiva del bien jurídico protegido, pues no resulta relevante que se concrete el acuerdo con el efectivo policial o que este realice u omita el acto funcional requerido, es más, el efectivo policial puede rechazar tal ofrecimiento, y ello no descarta la consumación del delito. Resulta suficiente, en consecuencia, la creación de un peligro inminente de lesión; es así, entonces, un delito de peligro abstracto.

Por “**dar**”, el diccionario de la RAE concibe hasta 54 acepciones. Proviene del latín *dare*, y significa “donar”, “entregar”, “ofrecer materia para algo”, “conceder,

otorgar". Es así que en este caso estamos ante el supuesto de que el particular o sujeto activo entrega al efectivo policial un donativo o algún otro beneficio para que realice u omita un acto en contravención o en cumplimiento de sus obligaciones.

Este verbo rector es de naturaleza activa y de comisión instantánea, por lo que basta que el agente deslice el dinero al efectivo policial, incluso sin que haya un ofrecimiento previo, sin ser necesario que este acepte el medio corruptor. Puede incluso rechazarlo o incluso incautarlo, para que sirva como prueba material de la comisión del delito. Conforme dicta la experiencia en investigación fiscal, estos casos se dan con frecuencia en los cohechos activos vinculados a las funciones policiales del tránsito y la seguridad vial, en donde los conductores de vehículos de transporte público, al ser intervenidos por los agentes policiales de tránsito, le entregan en medio de la tarjeta de propiedad y SOAT, un billete, con la clara intención que no le impongan la papeleta de infracción. Como se ve, aquí no hay ofrecimiento previo, hay una entrega efectiva sin más, que en muchos casos es rechazada por efectivos policiales honestos, incautando en ese acto el billete y poniendo al agente a disposición de las autoridades pertinentes.

Entonces, este es un delito de mera actividad, de peligro abstracto. No requiere probarse el acuerdo venal o que se concrete la acción u omisión del policía en cumplimiento o violación de sus obligaciones oficiales. Se advierte aquí, en consecuencia, un criterio *ex ante* del legislador, tendiente a prevenir toda forma de afectación del principio de imparcialidad que debe primar en los actos de la administración pública y, en especial, de los miembros de la Policía Nacional.

Por último, “**prometer**”, de acuerdo al diccionario de la Real Academia Española, proviene del latín *promittĕre*, y cuenta hasta con siete acepciones. Significa “Obligarse a hacer, decir o dar algo”, “asegurar la certeza de lo que se dice”. En este caso pues, el sujeto activo asegura al efectivo policial que a futuro le dará una ventaja o beneficio, a cambio de que, en el presente, realice u omita un acto, en cumplimiento o en quebrantamiento de sus obligaciones oficiales, según sea el caso.

Así, la promesa se traduce en un ofrecimiento que realiza el agente al efectivo policial de entregarle un donativo u otro tipo de beneficio que esté debidamente identificado o preciso, en un futuro mediato o inmediato. La promesa mínimamente tiene que ser seria, y posible material y jurídicamente. No obstante, el cumplimiento de la promesa por parte del agente, o su aceptación por el efectivo policial, resultan irrelevantes para la consumación del delito. En tal contexto, este delito es de naturaleza activa, de comisión instantánea y de mera actividad.

Igualmente, se observa aquí la intención del legislador de actuar *ex ante* la efectiva afectación del bien jurídico, se trata entonces de un delito de peligro abstracto. Serán, por consiguiente, actos post consumativos, la existencia del acuerdo venal y la realización u omisión por parte del efectivo policial del acto funcional requerido.

#### 5.2.4. Medios corruptores

Este tipo penal recoge como medios corruptores al “donativo” o a “cualquier otra ventaja o beneficio”. Estos medios corruptores dotan de contenido a esta figura delictiva, de tal modo que sin su presencia el hecho sería atípico. Obviamente su naturaleza tiene que ser tangible y concreta, es decir, que se obtenga de ellas algún beneficio o provecho concreto.

Por “**donativo**” debe entenderse al obsequio o al regalo indebido, es decir, no merecido, y que se entrega, ofrece o promete al agente policial para que realice u omita actos en violación o en cumplimiento de sus obligaciones. Como lo indica Rojas (2021):

el donativo debe poseer una naturaleza material, corpórea. Su fisicalización o presencia real y objetiva posibilita diferenciarlo de la ventaja y la promesa. Los derechos *per se* inmateriales, incluso de contenido patrimonial, son mejor conceptualizados en el ámbito de las ventajas que en el donativo. Su contenido da cuenta de bienes muebles e inmuebles. Por lo mismo, el donativo se halla revestido de valor patrimonial inherente a su naturaleza y traducible en dinero. (T.II, pp. 37, 38).

En ese sentido, aquí hablamos de una dádiva, un regalo, un obsequio, pero de naturaleza tangible y con valor patrimonial. Puede ser dinero, joyas, vehículos, títulos valores, artefactos, licores, obras de arte, inmuebles y, en general, cualquier otra cosa con contenido económico.

Por último, siguiendo una vez más a Rojas (2021), diremos que:

la finalidad del donativo penalmente relevante tiene que ver con su destino u orientación final: mover o motivar la voluntad y los actos del funcionario o servidor hacia una conducta deseada y que resulta de utilidad o provecho para el que otorga o promete como para el que acepta, recibe o solicita. De modo tal que obsequios o regalos que no cumplan esta condición *sine qua non* son componentes materiales atípicos de cohecho, al estar desvinculados de la esencia y orientación misma que da cuenta de la existencia del donativo en tanto mecanismo corruptor. (T. II, pp. 38, 39).

Por otro lado, por **“cualquier otra ventaja o beneficio”** debe entenderse al mecanismo subsidiario y complementario, que involucra todo lo que no sea considerado donativo. La fórmula aquí es abierta y persigue punir conductas contrarias al ordenamiento jurídico, es decir, el uso por parte del sujeto particular de cualquier otro mecanismo corruptor para tratar de quebrar la imparcialidad con que debe actuar el efectivo policial.

En ese sentido, “cualquier ventaja o beneficio” abarca todo tipo de ofrecimiento de naturaleza tangible, por ejemplo, favores personales, ofrecimientos de ascensos laborales, descuentos inusuales, premios, viajes, favores sexuales, cátedras universitarias, becas, acceso a información privilegiada, alquileres de bienes con montos reducidos, pertenencia a un club social, entre otras muchas posibilidades.

En ese sentido, en relación a los favores sexuales como ventaja o beneficio, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema dejó sentado que “no existe mayor cuestionamiento en que el favor sexual se encuentre dentro de una de las formas

de ventaja o beneficio al que se refiere el delito” (Recurso de Apelación 14-2015/N.C.P.P., Fundamento 18). En ese mismo sentido, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema también indicó que “el correcto entendimiento de la solicitud de ventaja –en cuanto al objeto corruptor-, que muy bien puede estar referida a favores sexuales, se desprende del contexto en que una frase se profiere” (Casación 988-2016 Ancash (auto de calificación), Fundamento 4).

Ahora bien, Rojas (2021) ha señalado las diferencias entre ambos términos. Así, refiere que:

la ventaja otorga un privilegio no merecido al sujeto público. Su naturaleza, dada la denotación amplia que le confiere el Código Penal en el marco de los delitos de corrupción, puede ser, por lo tanto, patrimonial o no patrimonial, material o subjetivo-normativa (honorarios, investiduras, etc.). (T.II, p. 46)

En cambio,

por beneficio habría que comprender al provecho o la utilidad personal de naturaleza subjetiva obtenida por el agente, cuando ello no puede ser subsumido en los alcances significativos de la ventaja. Cuestión que, como es fácil apreciar, da cabida a satisfacciones personales del sujeto público que van más allá de las patrimoniales, de naturaleza, por ejemplo, artística, estética, frutiva, política, ideológica, religiosa, etc. (T.II, p. 49).

Cabe precisar que el cohecho activo en el ámbito de la función policial no contempla como medio corruptor la “promesa”, como sí lo hace el cohecho activo genérico (art. 397 del Código Penal), lo cual, a nuestro entender, constituye una

mejor técnica legislativa, pues lo que se “promete” debe ser algún donativo o cualquier otra ventaja o beneficio, pero no se puede “prometer una promesa”.

### **5.2.5. Comportamientos delictivos**

El artículo 398-A del Código Penal recoge diversas hipótesis delictivas que es necesario identificarlas y luego analizarlas para conocer su naturaleza jurídica. El primer párrafo recoge dos supuestos delictivos vinculados al cohecho activo específico propio, y el segundo párrafo otros dos vinculados al cohecho activo específico impropio.

#### **5.2.5.1. El sujeto no cualificado ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo o cualquier otra ventaja o beneficio para que “realice” un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial.**

Aquí el tipo penal se construye sobre la base de los verbos rectores “ofrecer”, “dar” o “prometer”, los cuales se conectan con los medios corruptores “donativo” o “cualquier ventaja o beneficio”, y dicha conexión alcanza a la conducta prohibida, que es “realizar” un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial, es decir, denota un supuesto de cohecho activo propio.

La primera cuestión que observamos de este supuesto, es que, a diferencia del cohecho activo genérico, no incluye el medio corruptor “promesa”. Entendemos –como ya lo hemos adelantado- que esta es una redacción más depurada del tipo penal, porque evita caer en la tautología al que se puede llegar en el delito

de cohecho activo genérico, de determinar como uno de los supuestos reprimidos penalmente el “prometer una promesa”.

Ahora bien, en puridad, en esta modalidad el hecho delictivo queda consumado con la realización de los verbos rectores “ofrecer”, “dar” o “prometer”, no siendo necesario que el efectivo policial acepte ese ofrecimiento, entrega o promesa, incluso puede rechazarlo o denunciar el hecho, y aun así el delito estará perfeccionado. Tampoco es necesario que el miembro de la Policía Nacional emita el acto funcional violando sus obligaciones. Si no es necesario que se concrete el pacto venal, menos aún será necesario que el efectivo policial realice el acto en quebramiento de sus obligaciones querido por el sujeto corruptor. Es así entonces un delito de mera actividad.

Lo que sí es necesario es que el acto funcional querido por el sujeto corruptor sea factible y de inminente realización. No caben pues bromas, conjeturas, entre otras posibilidades que le restan eficacia al accionar.

En esa misma línea, también observamos que este delito es de peligro abstracto. El legislador adelanta las barreras punitivas para evitar cualquier posibilidad de interferencia en la imparcialidad con que debe actuar el efectivo policial en cumplimiento de sus deberes. Es suficiente entonces la creación de un riesgo jurídicamente relevante para poner en peligro el bien jurídico protegido. Esto también explica las razones por las que el supuesto típico está redactado a futuro, es decir, los verbos rectores se realizan “para” que el miembro policial realice un acto en quebrantamiento de sus obligaciones, lo cual alude a una posibilidad.

Por último, debemos anotar que el tipo penal exige que el miembro de la Policía Nacional esté en funciones, es decir, en plena posibilidad de ejercer su función policial, pues de otro modo no se podría configurar la finalidad por la que se le ofrecería, entregaría o prometería el medio corruptor.

**5.2.5.2. El sujeto no cualificado ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo o cualquier otra ventaja o beneficio para que “omita” un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial.**

Aquí se sanciona la conducta del sujeto no cualificado –que bien puede ser un particular o un funcionario público, pero que no esté vinculado al acto funcional requerido-, que ofrece, da o promete (verbos rectores) a un efectivo policial en funciones, un donativo o cualquier otra ventaja o beneficio (medios corruptores) para que omita un acto en quebrantamiento de sus funciones policiales.

Al igual que el supuesto anterior, vemos una conexión inmediata de los verbos rectores (“ofrecer”, “dar” o “prometer”), con los medios corruptores (“donativo” o “cualquier otra ventaja o beneficio”), y luego con la conducta prohibida (omisión de un acto funcional policial quebrantando sus obligaciones oficiales).

Así, tenemos que aquí nos encontramos con un delito de mera actividad, pues los verbos rectores son de comisión instantánea, resultando irrelevante no solo la concreción del pacto venal, sino, además, que se concrete la omisión del funcionario policial en violación de sus funciones policiales. También este delito resulta ser de peligro abstracto, pues los supuestos penados aparecen

redactados a futuro, ya que se utiliza la palabra “para”, es decir, alude a una posibilidad, lo cual es el reflejo de la preocupación del legislador por adelantar las barreras punitivas con el objeto de evitar cualquier resquicio de corrupción que pudiera afectar la actuación del miembro de la Policía Nacional.

También, esta modalidad delictual, al igual que la anterior, exige que el miembro de la Policía Nacional se encuentre en funciones, es decir, que se encuentre en la posibilidad concreta y tangible de poder omitir algún acto en quebrantamiento de sus funciones policiales, sin lo cual el delito no podría concretarse.

Un caso concreto de esta modalidad se ventiló ante la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el año 2010, en donde los hechos postulados eran los siguientes:

según los fundamentos fácticos de la acusación fiscal, se tiene que el once de agosto de dos mil seis, por las inmediaciones del puente Huánuco en la vía de evitamiento, distrito del Rímac, personal policial intervino el vehículo de placa de rodaje número AIQ guión ciento setenta y nueve, en cuyo interior se hallaban el procesado R.C.F., el reo contumaz A.H.E. y su pareja sentimental E.C.M.M., quienes se encontraban en actitud sospechosa, motivo por el cual se solicita información básica sobre las posibles requisitorias que pudieran registrar, empero, los dos primeros ofrecieron al personal policial la suma de mil nuevos soles a cambio de su libertad porque asumían que registraban ordenes de captura; que, ante dicha situación, hicieron una llamada telefónica a S.R.H.R. solicitándole la mencionada cantidad, quien aparecería con el dinero para entregarlo al personal policial, momento en el cual fue intervenido y conducido a

la autoridad respectiva para la investigación de ley. (Recurso de Nulidad 1168-2009/Lima, Fundamento 2)

En el caso expuesto, el proceso se llevó por el delito de cohecho activo genérico -pues aún no existía el tipo especial de cohecho activo en el ámbito de la función policial-, y la Corte Suprema determinó que se habían configurado los verbos rectores “ofrecer” y “dar” un donativo. Nótese aquí que el “dar” no implica necesariamente una contrapartida de “recibir” por parte del sujeto público, pues como se ve en este caso, los efectivos policiales al momento de la entrega, por el contrario, intervinieron y detuvieron a los particulares, no accediendo a la propuesta corruptora.

**5.2.5.3. El sujeto no cualificado ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo o cualquier otra ventaja o beneficio para que “realice” actos propios de la función policial, sin faltar a las obligaciones que se derivan de ella.**

Al igual que en los supuestos anteriores, aquí estamos ante un delito de mera actividad y de peligro abstracto. Basta que el sujeto no cualificado “ofrezca”, “entregue” o “prometa” a un efectivo policial en funciones, un donativo o cualquier otra ventaja o beneficio, para que realice un acto propio de su función policial, es decir, sin quebrantar sus obligaciones funcionales, para que el delito quede perfeccionado.

No es necesario, entonces, el pacto venal, pues el miembro policial puede rechazar y hasta denunciar la propuesta corruptora, y aun así el delito estará perfeccionado. Menos aún es necesario que el efectivo policial realice o ejecute

el acto que le corresponde por funciones. El “para” que utiliza la norma alude a una posibilidad y, por ende, no es necesario que el miembro de la Policía Nacional realice el acto funcional requerido para que el delito quede perfeccionado

Como se puede advertir, este es un supuesto de cohecho activo impropio vinculado a la función policial, pues no se persigue que el efectivo policial quebrante sus obligaciones, sino que las cumpla. De allí que la penalidad prevista en la norma sea menor que para el cohecho activo propio en el ámbito de la función policial, pues en esta última modalidad concurre, además, un factor que dota de mayor gravedad a la conducta, que es que el sujeto particular persigue torcer la voluntad de la administración pública, representada en este caso por el miembro de la Policía Nacional.

El supuesto *in comento* es el típico caso de la coima que se le da a un efectivo policial para que expida una copia certificada de una denuncia. Actos como este están muy arraigados en nuestra sociedad, pero ello no implica que dejen de ser reprochables penalmente, por cuanto los efectivos policiales, aún para el cumplimiento de sus funciones, no deben estar motivados por cuestiones ajenas al mero cumplimiento de las mismas. Pensar lo contrario, implicaría permitir la mercantilización de la función policial, lo cual resultaría totalmente contrario a los principios y valores que debe perseguir todo miembro de la Policía Nacional.

**5.2.5.4. El sujeto no cualificado ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo o cualquier otra ventaja o beneficio para que “omita” actos propios de la función policial, sin faltar a las obligaciones que se derivan de ella.**

Como en los supuestos anteriores, aquí se perfecciona el delito con el cumplimiento del verbo rector “ofrecer”, “dar” o “prometer”, que tienen que estar ligados necesariamente al medio corruptor “donativo” o “cualquier otra ventaja o beneficio”, y que esto a su vez tenga una finalidad, que es que el agente policial omita actos propios de su función policial, es decir, sin faltar a sus obligaciones.

Es el segundo supuesto del cohecho activo impropio vinculado a la función policial, pues no se trata de propiciar que el efectivo policial quebrante sus obligaciones oficiales, sino que omita (no realice) actos propios de su función, sin faltar a sus funciones policiales.

Es el caso de la coima entregada a un efectivo policial para que no detenga a una persona que está en posesión de una pequeña cantidad de droga destinada a su propio e inmediato consumo, es decir, la llamada “posesión no punible”.

Se trata pues, tal como en los supuestos anteriores, de un delito de mera actividad, de peligro abstracto y que exige que el miembro de la Policía Nacional esté en ejercicio de sus funciones policiales, pues de lo contrario la conducta no se podría concretar.

### **5.2.6. Bien jurídico protegido**

El bien jurídico general, como en la mayoría de delitos contra la administración pública, es el correcto y normal funcionamiento de la administración pública. Por su parte, el bien jurídico específico es la protección del principio de imparcialidad y del deber de probidad con que se deben conducir específicamente los miembros de la Policía Nacional. Tómese nota que de acuerdo al inciso 3 del artículo 4 de la Ley de la Policía Nacional del Perú –Decreto Legislativo 1267-, es deber de los miembros de la Policía Nacional “cumplir sus funciones con imparcialidad, responsabilidad, diligencia y prontitud, así como ejercerlas con profesionalismo, lealtad y ética”.

Nótese aquí que lo que se persigue es prevenir, mediante mecanismos punitivos, que sujetos inescrupulosos pretendan perturbar la imparcialidad con que deben actuar los efectivos policiales, así como atentar contra el normal funcionamiento de la institución policial.

Aunque un análisis más sesudo nos llevará a cuestionar en parte esta afirmación, cuando vemos, por ejemplo, que resultará discutible una afectación a este bien jurídico específico el mero peligro o la simple actividad que implican el “ofrecer” o el “prometer”, sobre todo en los casos en que el efectivo policial rechace el ofrecimiento o la promesa, pues podríamos ensayar que aquí, por el contrario, se ha afirmado la imparcialidad del funcionario, y es por eso que en la doctrina comparada no ha faltado quien vea en este tipo de acciones un comportamiento que no debería tener la categoría de delito, sino a lo mucho de faltas (Vizueta, 2003, citado en Rojas, 2021, pp. 178-179).

También resultaría cuestionable que afecte el bien jurídico específico la conducta de quien pretenda con su accionar corruptor que el efectivo policial realice un acto en cumplimiento de sus funciones, pues aquí la finalidad que perseguiría el particular no sería el quebrar la imparcialidad del efectivo policial, sino que podría estar motivado por el miedo o el temor de que el policía no cumpla con sus funciones injustamente, o que resuelva contrario a su correcto accionar porque no medió una recompensa a su favor. Por cierto, esta es una concepción muy arraigada en nuestro país.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que, a diferencia del cohecho pasivo en el ejercicio de la función policial, la modalidad activa lo que busca preservar, ciertamente de manera indirecta, es la imparcialidad con que deben adoptar sus decisiones o deben accionar los efectivos policiales. Esto, por cuanto los particulares no tienen deberes especiales frente a la administración pública, como si lo tienen los funcionarios o servidores, pero si los pueden poner en peligro mediante comportamientos corruptores, es decir, que pretendan afectar su regular funcionamiento.

En ese sentido, lo que se busca es que los particulares no interfieran, o traten siquiera de interferir, en el desarrollo de las funciones policiales. Así, con el cohecho activo vinculado a la función policial, se protege el bien jurídico de posibles interferencias externas, es decir, de los particulares que pretendan perturbar la labor policial, a diferencia del cohecho pasivo en el ejercicio de la función policial, en donde se busca atacar la afectación al bien jurídico desde

adentro, es decir, desde la conducta reprochable de los propios miembros de la Policía Nacional que delictivamente mercantilizan sus funciones.

### **5.3. TIPICIDAD SUBJETIVA**

Este delito es de comisión netamente dolosa, más específicamente, precisa del dolo directo, no siendo posible que se materialice con dolo eventual. Menos aún es posible que se cometa por negligencia o culpa del sujeto no cualificado.

Al respecto, Salinas (2023) nos dice con buen criterio que:

Ambas modalidades delictivas, esto es, el cohecho activo propio e impropio de efectivos policiales, son de comisión dolosa. No cabe la comisión por culpa del personaje central de la conducta delictiva. No es posible actos de corrupción por negligencia. Son delitos de mera actividad, y por tanto, son delitos de consumación inmediata. (p. 712).

Este dolo implica que el agente obra con voluntad propia y conociendo perfectamente que está intentando corromper a un miembro de la Policía Nacional en funciones, a fin de que lo favorezca en sus actos o decisiones propias de su función policial. En ese contexto, carecen de relevancia los motivos extrapenales que haya tenido el agente para corromper o tratar de corromper al efectivo policial.

Igualmente, la finalidad perseguida por el agente debe ser que el efectivo policial realice u omita un acto en quebrantamiento de sus obligaciones como tal, o bien que realice u omita actos propios de su función policial, sin faltar a las

obligaciones que se deriven de ella, todo ello motivado por el medio corruptor que haya ofrecido, entregado o prometido. Esta finalidad, y la motivación que realiza a través del medio corruptor, obviamente tienen que estar comprendidas en el dolo del agente.

#### **5.4. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA**

Tal como ya lo hemos señalado al analizar las distintas modalidades del delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, todos los supuestos previstos en el artículo 398-A del Código Penal son de mera actividad y de peligro abstracto. Se consuman o perfeccionan en el momento que el agente, con la finalidad de corromper al miembro de la Policía Nacional, le “ofrece”, “da” o “promete” un donativo o cualquier otra ventaja o beneficio. Se consume de manera instantánea. No se requiere, por ende, que el efectivo policial acepte la propuesta corruptora, ni menos que realice u omita el acto funcional para el cual se le ha ofrecido, entregado o prometido el donativo o cualquier otra ventaja o beneficio.

De lo anterior también se desprende que en este delito no es posible la tentativa, ya que esta solo se puede dar en los delitos de resultado. Igualmente, los actos relacionados con la concreción del pacto venal o con el cumplimiento de la conducta funcional requerida al efectivo policial, en su forma activa u omisiva, solo aparecen como parte de la etapa pos-consumativa o de agotamiento del delito.

## **5.5. PENALIDAD**

En cuanto a las consecuencias jurídicas del delito, el artículo 398-A del Código Penal nos presenta dos niveles de sanción penal.

Así, el primer párrafo, sanciona con una pena mayor al delito de cohecho activo propio vinculado a la función policial, pues el legislador considera una mayor lesividad en la conducta de quien no solo trata de corromper al efectivo policial, sino que además trata de torcer su voluntad, pues busca que este quebrante sus obligaciones funcionales. Para estos casos contempla entonces una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

El segundo párrafo, por su parte, sanciona con una pena menor el delito de cohecho activo impropio vinculado a la función policial, pues aquí se considera que no se busca torcer la voluntad del agente policial, solo se le ofrece, entrega o promete un donativo o alguna otra ventaja o beneficio, para que este realice u omita actos propios de la función policial, sin faltar a las obligaciones que se derivan de ella. La sanción prevista es una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Nótese que este delito, a diferencia de los demás delitos de corrupción de funcionarios, no contempla en el propio tipo penal, como pena conjunta, las penas de inhabilitación ni de multa. Distinto era el caso antes del 7 de enero de 2017, cuando aún no estaba legislada esta figura especial y estos hechos se tipificaban en el artículo 397 del Código Penal, como cohecho activo genérico, que sí contemplaba –y sigue contemplando actualmente- estas penas adicionales.

No obstante, en cuanto a la pena de inhabilitación, si bien no está contemplada en el propio tipo penal, sí es posible aplicar la norma prevista en el artículo 426, primer párrafo, del Código Penal, que estipula que en los delitos previstos en los capítulos II y III del título XIII, dentro de los cuales se encuentra el delito *in comento*, que no contemplan la pena de inhabilitación, son sancionados, además, conforme a los incisos 1, 2, 4 y 8 del artículo 36, esto es, privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular; incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia; y privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito. En estos casos, la inhabilitación será principal, y su duración será de uno a cinco años.

En relación a lo anterior, hay que considerar que, para restringir, mediante la aplicación de la pena de inhabilitación, algunos de los derechos ya mencionados, el juez debe exponer una adecuada fundamentación por cada uno de ellos, por cuanto, como se indica en el Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008:

el derecho comprendido por la inhabilitación ha de estar claramente relacionado con el delito cometido por el penado. Por tal razón, la motivación exigida debe abarcar, entre otras cuestiones, la conexión que se da entre el delito cometido y el ejercicio del derecho afectado mediante dicha pena. (fundamento 8°).

En ese sentido, con todo lo anterior concluimos que la creación de este delito especial –cohecho activo en el ámbito de la función policial-, en realidad, no ha traído consigo necesariamente a una sanción mayor, pues si bien se ha ampliado el extremo máximo –más no el mínimo- de la pena privativa de libertad, sin embargo, en puridad, se ha eliminado para esta conducta la pena conjunta de multa.

## **CAPÍTULO VI**

### **ANÁLISIS DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE ESPECÍFICA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 398-B DEL CÓDIGO PENAL**

#### **6.1. DESCRIPCIÓN LEGAL (ART. 398-B CP)**

El delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial tiene previsto una circunstancia agravante específica, que se encuentra regulada en el artículo 398-B del Código Penal, y que permite aplicar, a quien pretenda corromper a un efectivo policial en el ejercicio de sus funciones, “siempre que éstas correspondan al tránsito o seguridad vial”, además de la pena privativa de libertad, la pena conjunta de inhabilitación consistente en la cancelación o incapacidad definitiva, según sea el caso, para obtener autorización para conducir.

Este artículo 398-B del Código Penal, fue incorporado por el artículo 3 del Decreto Legislativo 1351, publicado el 7 de enero de 2017, el cual hasta la actualidad no ha sufrido modificaciones. Su texto legal es el siguiente

#### **Artículo 398-B.- inhabilitación**

En los supuestos del artículo 398-A, 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, se le impondrá además inhabilitación consistente en la cancelación o incapacidad definitiva, según sea el caso, para

obtener autorización para conducir, de conformidad con el inciso 7 del artículo 36.

Si leemos este artículo en concordancia con el artículo 398-A, vamos a entender que esta circunstancia agravante específica (función policial vinculada al tránsito o seguridad vial) se aplica a las dos modalidades de cohecho activo específico regulados en dicha norma. Así, constituirá un supuesto de cohecho activo específico propio agravado, el caso de quien, 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 vinculadas al tránsito o la seguridad vial.

Asimismo, constituirá un supuesto de cohecho activo específico impropio agravado, el caso de quien, 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 vinculada con el tránsito o la seguridad vial, sin faltar a las obligaciones que se derivan de ella.

Ahora bien, de ambos supuestos es poco probable, aunque no imposible, que en la realidad se den casos relacionados con el segundo de ellos, pues no hemos encontrado procesos en que se pretenda corromper a un miembro de la Policía Nacional del Perú para que realice u omite actos en cumplimiento de sus obligaciones derivadas del tránsito o la seguridad vial. Si lo que está en juego

aquí son normas vinculadas al tránsito o la seguridad vial, será extraño que se le dé un “incentivo” al efectivo policial para que este las cumpla<sup>5</sup>.

Por el contrario, lo que en la realidad se da con mucha mayor frecuencia es la primera modalidad (cohecho activo específico propio agravado), pues la mayor cantidad de personas procesadas por este delito son conductores o choferes de transporte público que, para evitar que les impongan una Papeleta de Infracción de Tránsito, le dan entre sus documentos al efectivo policial un donativo mínimo (por lo general diez o veinte soles), para que este omita un acto en violación de sus obligaciones (omita imponer una Papeleta de Infracción de Tránsito a que estaba obligado por haber constatado una infracción al Reglamento Nacional de Tránsito). Así, el supuesto agravado más aplicado, conforme dicta la realidad, es el de “ofrecer o entregar a un miembro de la Policía Nacional donativo para que omita actos en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial vinculada al tránsito o la seguridad vial”.

Ahora bien, hay otros aspectos que queremos destacar de esta norma penal. Uno de ellos es que la redacción de este artículo 398-B tiene un error, pues en lugar de decir “en el ejercicio **de** sus funciones” dice “en el ejercicio sus funciones”, lo cual puede haberse debido a un error mecanográfico, pero que, dado los años de vigencia de la norma, bien pudo corregirse oportunamente con una fe de erratas, lo cual no ha ocurrido.

---

<sup>5</sup> Decimos que no es imposible, pues se podrían dar casos en que un titular de un negocio le entregue un donativo a un miembro de la Policía Nacional de Tránsito, para que este imponga papeletas de infracción a los conductores que estacionan indebidamente sus vehículos al frente de su negocio y que le impiden realizar sus actividades empresariales con normalidad, entre otros ejemplos prácticos que podríamos postular.

Otra cuestión que se puede resaltar de esta norma es que, como cuestión de política criminal, y ante el gran número de casos que se presentan de conductores de transporte público que buscan evadir la imposición de una papeleta de infracción de tránsito mediante estas prácticas corruptas, la misma pretende agravar la pena para estos agentes, pero no incrementando la pena privativa de la libertad prevista para el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial del artículo 398-A –como sucede, por lo general, cuando se regula una circunstancia agravante específica-, sino agregando una pena principal adicional, que se aplicará conjuntamente con aquella, cual es la inhabilitación definitiva para conducir.

Cabe señalar, tomando como sustento el Acuerdo Plenario N° 8-2009/CJ-116 del 13 de noviembre de 2009, que:

las circunstancias del delito son elementos accidentales nominados e innominados dentro de la estructura del delito que influyen en la determinación de la pena. Su carácter accidental implica entonces que no constituyen (ni son co-constitutivas) del injusto ni de la responsabilidad del sujeto. (Fundamento 9°)

Hay, en ese sentido, tres clases de circunstancias: a) las circunstancias comunes o genéricas, b) las circunstancias especiales o específicas y c) las circunstancias denominadas “elementos típicos accidentales”.

Así, en el presente caso, el artículo 398-B del Código Penal regula una circunstancia especial o específica –en este caso de agravación-, pues, como lo define el mencionado Acuerdo Plenario, éstas “son aquellas que están señaladas para un delito determinado o un grupo de delitos solamente” (fundamento 9°). En

el presente caso, la circunstancia agravante específica del artículo 398-B, solo se aplica para el hecho típico del artículo 398-A, no para algún otro.

Cabe agregar, conforme con dicho Acuerdo Plenario, que las circunstancias tienen por objeto:

una mayor precisión del injusto, es decir, están dirigidas a una mejor consideración graduacional de las valoraciones que lo componen e, igualmente, están en relación al sujeto responsable, se trata de una mejor graduación de responsabilidad, sobre la base de determinar las circunstancias que han influido en su conciencia y en sus estados motivacionales. (Fundamento 9°).

En el presente caso, lo que ha querido el legislador es atacar –luego veremos si correcto o no, en términos constitucionales- la situación anómala casi generalizada y “normalizada” de los choferes que entregan pequeños donativos de dinero a los efectivos policiales de tránsito para que éstos no le impongan papeletas de infracción. El mensaje comunicativo del legislador ha sido, entonces, el de indicarle al conductor que, si realiza esta conducta ilícita agravada, ya nunca más estará autorizado a conducir.

## **6.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INCORPORACION DE ESTA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE EN LA LEGISLACIÓN: ESTADÍSTICAS**

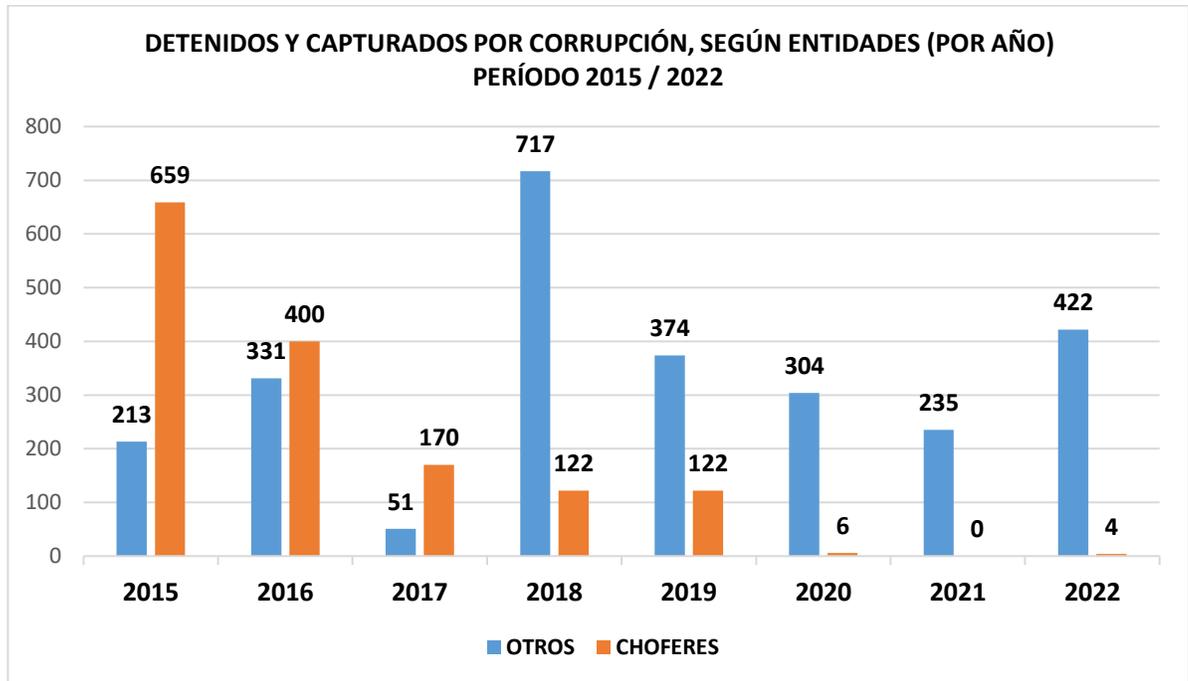
En torno a la justificación de la incorporación de esta circunstancia agravante en la legislación, ya hemos analizado en el numeral 4.6 del capítulo IV de esta investigación que el legislador (en este caso, el Poder Ejecutivo), no incluyó

ningún fundamento sobre el particular en la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1351, a pesar de la importancia de esta norma, y al impacto que ha tenido en la actividad del transporte, sobre todo público.

No obstante, creemos que la preocupación del legislador se ha originado –como ya hemos adelantado- por el gran número de detenidos en flagrancia relacionados con esta específica conducta. En efecto, llama la atención que, de acuerdo a los reportes estadísticos de la Dirección Contra La Corrupción - PNP (unidad policial especializada a cargo de investigar este tipo de delitos, bajo la conducción del Ministerio Público), que se plasman en los Anuarios Estadísticos de la PNP desde el año 2015 al 2022, una gran mayoría de detenidos y capturados anualmente por corrupción corresponden a lo que la entidad policial denomina “CHOFERES”, que no es otra cosa que los conductores de vehículos públicos o privados (aunque la experiencia nos dice que, por lo general, son de transporte público) que, como ya hemos dicho, para evitar la imposición de una Papeleta de Infracción de Tránsito, les dan a los efectivos policiales, entre sus documentos, una mínima cantidad de dinero con la finalidad que el efectivo policial no le imponga la sanción. No obstante, en buena parte de estos casos, la coima es rechazada por el efectivo policial, quien, por el contrario, procede a detener al conductor para ponerlo a disposición de las autoridades.

A continuación, hemos preparado un gráfico que da cuenta de la gran cantidad de detenidos por este particular delito, y que en varios años han superado incluso

–y a veces largamente- a todos los detenidos y capturados por los demás delitos contra la administración pública<sup>6</sup>:



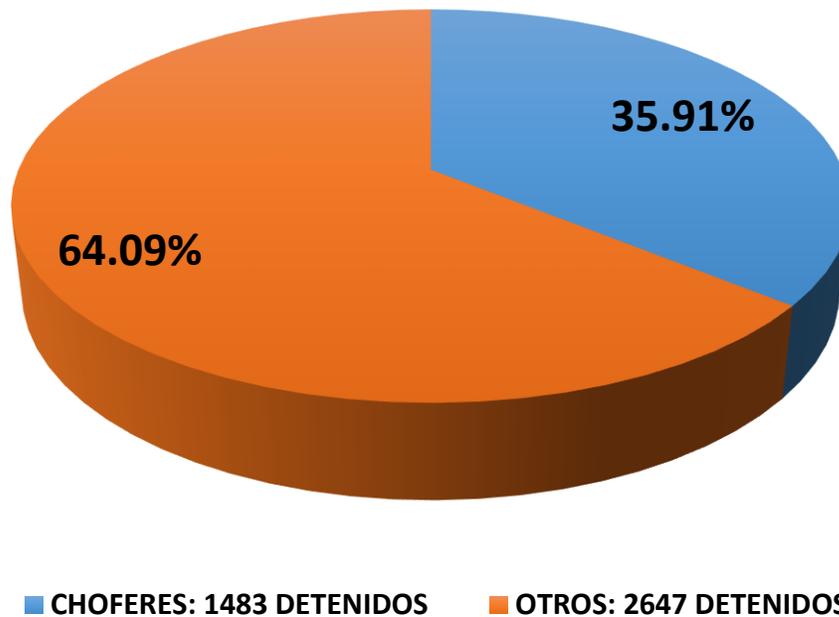
Fuente de la información: Anuarios Estadísticos PNP (2015-2022)

Cuadro: Elaboración propia

También incluimos un cuadro con el condensado general de todo el período 2015/2022, de donde vamos a observar que de un total de **4,130** detenidos y capturados por corrupción en ese período, **1,483** corresponden al delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial agravado (los denominados “choferes”), es decir, el **35,91%**:

<sup>6</sup> Incluye detenidos y capturados de diversas entidades, tales como: Aduanas, Ejército del Perú, EsSalud, Fuerza Aérea del Perú, Gobiernos Regionales, INPE, Ministerios, Ministerio Público, Municipalidades, Poder Judicial, Policía Nacional del Perú, Sedapal, SUNAT, entre otros funcionarios públicos, además de particulares.

**TOTAL DE DETENIDOS Y CAPTURADOS POR CORRUPCIÓN, SEGÚN ENTIDADES  
PERIODO 2015 / 2022**



Fuente de la información: Anuarios Estadísticos PNP (2015-2022)  
Cuadro: Elaboración propia

Ahora bien, regresando al cuadro de “Detenidos y capturados por corrupción, según entidades”, puede advertirse del mismo que, en los años 2015, 2016 y 2017, los detenidos por delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial en su modalidad agravada (los llamados “choferes”), superaron largamente a los detenidos y capturados por la presunta comisión de otros delitos contra la administración pública<sup>7</sup>. Y justamente, en el año 2017, es que se incorporó este

<sup>7</sup> Las estadísticas por delitos contra la administración pública recién se incorporaron de manera específica al Anuario Estadístico PNP a partir del año 2015, por ello no hemos considerado períodos anteriores.

especial tipo penal a nuestra legislación, así como la agravante del artículo 398-B, a partir de lo cual, las detenciones por este delito, ciertamente, han disminuido. Queda por analizar y estudiar si esta disminución de detenciones por este especial delito agravado se debió a la entrada en vigencia de esta norma, o por otros factores que la criminología sabrá explicar, pues también hay que destacar que durante el bienio 2020/2021 hemos sufrido largos períodos de inmovilización social obligatoria y menor movilidad del tránsito a consecuencia de las medidas adoptadas por el gobierno central por la presencia del Covid-19. Este tema, obviamente, escapa a los alcances de la presente investigación.

### **6.3. LA FUNCIÓN POLICIAL DE TRÁNSITO O SEGURIDAD VIAL**

Para agravar la conducta prevista y penada en el artículo 398-A del Código Penal, el legislador ha creído por conveniente destacar en el artículo 398-B la mayor gravedad que advierte en el hecho que el agente pretenda corromper a un miembro de la Policía Nacional, cuando éste esté ejerciendo funciones específicas del tránsito o la seguridad vial. Es decir, si la coima se brinda o se ofrece al efectivo policial para que éste cumpla o incumpla sus funciones derivadas de otras materias –como puede ser la lucha contra el narcotráfico, la minería ilegal, el contrabando, entre muchas otras-, el agente solo estará inmerso en el artículo 398-A, pero si la naturaleza de la función policial está vinculada al tránsito o la seguridad vial, se le aplicará esta agravante. Es así pues que, el sustento de esta agravante es la naturaleza de la función policial que el sujeto

activo pretende que el miembro de la Policía Nacional cumpla o quebrante, mediante una conducta activa u omisiva.

Ahora bien, para comprender en toda su extensión esta circunstancia agravante, debemos acudir necesariamente a la norma específica que regula las funciones policiales de tránsito y seguridad vial, cual es el **Decreto Supremo 016-2009-MTC**, publicado el 22 de abril de 2009, por el que se aprueba el **TUO del Reglamento Nacional de Tránsito – Código de Tránsito**, y que ha sufrido diversas modificaciones en el tiempo<sup>8</sup>.

Dicha norma, en su artículo 1, delimita su ámbito de aplicación, al indicar que:

**Artículo 1.- Objeto y ámbito.**

El presente Reglamento establece normas que regulan el uso de las vías públicas terrestres, aplicables a los desplazamientos de personas, vehículos y animales y a las actividades vinculadas con el transporte y el medio ambiente, en cuanto se relacionan con el tránsito. Rige en todo el territorio de la República.

---

<sup>8</sup> A través de las siguientes normas: Decreto Supremo 022-2009-MTC del 29/06/2009, Decreto Supremo 025-2009-MTC del 29/06/2009, Decreto Supremo 029-2009-MTC del 20/07/2009, Decreto Supremo 009-2010-MTC del 11/02/2010, Decreto Supremo 026-2010-MTC del 08/07/2010, Decreto Supremo 040-2010-MTC del 16/08/2010, Decreto Supremo 025-2011-MTC del 04/06/2011, Decreto Supremo 003-2014-MTC del 24/04/2014, Decreto Supremo 017-2014-MTC del 01/08/2014, Decreto Supremo 025-2014-MTC del 01/01/2015, Decreto Supremo 009-2015-MTC del 24/09/2015, Decreto Supremo 006-2016-MTC del 22/06/2016, Decreto Supremo 007-2016-MTC del 23/06/2016, Decreto Supremo 012-2016-MTC del 24/07/2016, Decreto Supremo 015-2016-MTC, Decreto Supremo 009-2016-MTC del 25/06/2016, Decreto Supremo 026-2016-MTC del 04/01/2017, del 28/07/2016, Decreto Supremo 012-2017-MTC del 18/05/2017, Decreto Supremo 014-2017-MTC del 26/05/2017, Decreto Supremo 011-2018-MTC del 12/07/2018, Decreto Supremo 019-2018-MTC del 10/12/2018, Decreto Supremo 001-2019-MTC del 08/01/2019, Decreto Supremo 022-2019-MTC del 01/10/2019, Decreto Supremo 017-2019-MTC del 04/06/2019, Decreto Supremo 034-2019-MTC del 10/11/2019, Decreto Supremo 004-2020-MTC del 02/02/2020, Decreto Supremo 012-2020-MTC del 03/06/2020, Decreto Supremo 026-2020-MTC del 20/12/2020, Decreto Supremo 023-2021-MTC del 03/07/2021 y Decreto Supremo 025-2021-MTC del 17/07/2021.

Igualmente, su artículo 2 es también de importancia, pues nos da una serie de definiciones para entender correctamente esta específica reglamentación, de las cuales destacamos las siguientes:

**Artículo 2.- Definiciones.**

Para los fines del presente Reglamento se entenderá por:

**Accidente:** Evento que cause daño a personas o cosas, que se produce como consecuencia directa de la circulación de vehículos.

(...)

**Alcoholemia:** Examen o prueba para detectar presencia de alcohol en la sangre de una persona. (Dosaje etílico).

(...)

**Conductor/a:** Persona que maneja el mecanismo de dirección de un vehículo o va al mando del mismo o está a cargo de los mandos adicionales del vehículo destinado al aprendizaje de la conducción.

(...)

**Depósito Municipal de Vehículos (DMV):** Local autorizado para el internamiento de vehículos, provisto de equipamiento y seguridad de acuerdo con las normas legales vigentes.

(...)

**Detención:** Inmovilización del vehículo por emergencia, por impedimento de circulación o para cumplir una disposición reglamentaria.

**Detenerse:** Paralización breve de un vehículo para ascender o descender pasajeros o alzar o bajar cosas, sólo mientras dure la maniobra.

(...)

**Internamiento:** Ingreso de un vehículo al DMV, dispuesto por la Autoridad competente.

(...)

**Licencia de conducir:** Documento otorgado por la Autoridad competente a una persona autorizándola para conducir un tipo de vehículo.<sup>9</sup>

(...)

**Peaje:** Tarifa que se paga por el uso de determinada infraestructura vial pública terrestre.

**Peatón:** Persona que circula caminando por una vía pública.

(...)

**Registro Nacional de Sanciones:** Catastro global de información sobre las sanciones e infracciones al tránsito terrestre, tipificadas en el presente Reglamento. Se encuentra a cargo del Viceministerio de Transportes y es actualizado permanentemente por la Policía Nacional del Perú, las

---

<sup>9</sup> Esta definición ha sido modificada por la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Supremo N° 026-2020-MTC, publicado el 20 diciembre 2020. El citado Decreto Supremo entra en vigencia al día siguiente de la publicación en el Diario Oficial "El Peruano" de la Resolución Directoral que aprueba el cronograma de implementación de la Licencia de Conducir electrónica, de la Tarjeta Única de Circulación electrónica y del Certificado de Habilitación Vehicular Especial electrónico, así como los formatos de dichos documentos, cuyo texto es el siguiente: "**Licencia de conducir:** Documento oficial emitido de forma física o electrónica por la autoridad competente, que autoriza a su titular a conducir un vehículo a nivel nacional ."

municipalidades provinciales y SUTRAN, conforme a lo establecido en el presente Reglamento.

(...)

**Retención de la Licencia de Conducir:** Incautación del documento, dispuesta por la Autoridad competente.

**Retención:** Inmovilización de un vehículo, dispuesto por la Autoridad competente.

**Semáforo:** Dispositivo operado eléctricamente mediante el cual se regula la circulación de vehículos y peatones por medio de luces de color rojo, ámbar o amarilla y verde.

(...)

**Señal de Tránsito:** Dispositivo, signo o demarcación, tocado por la Autoridad competente con el objeto de regular, advertir o encauzar el tránsito.

(...)

**Servicios comunitarios:** Son prestaciones gratuitas que realiza el/la peatón/a o el/la ciclista o el/la conductor/a de VMP infractor de las normas de tránsito, en beneficio de la comunidad, con el objeto de promover y participar en la implementación de la educación y seguridad vial.

(...)

**SUTRAN:** Superintendencia de Transporte de Personas, Carga y Mercancías.

**Tránsito:** Conjunto de desplazamientos de personas, vehículos y animales por las vías terrestres de uso público (Circulación).

**Usuario(a) vulnerable:** Persona que, por el modo de transporte que utiliza, tiene mayor exposición a factores de riesgo vial o que carecen de recursos y capacidad para enfrentar tales situaciones. En este grupo se considera a peatones, ciclistas, usuarios de vehículos de movilidad personal y motociclistas, y personas con discapacidad, niños, personas de la tercera edad, entre otros.

**Vehículo:** Artefacto de libre operación que sirve para transportar personas o bienes por una vía.

**Vehículo automotor:** Vehículo autopropulsado por su propia fuerza motriz, que circula por las vías terrestres a excepción de las vías férreas. El vehículo automotor forma parte de la clasificación vehicular establecida en el Anexo I del RNV.

(...)

Igualmente, el artículo 3 del referido TUO del Reglamento Nacional de Tránsito – Código de Tránsito nos señala cuáles son las autoridades competentes para intervenir en materia de tránsito, norma que le otorga el marco jurídico competencial al miembro de la Policía Nacional para realizar funciones relacionadas con esta materia. Así, dicha norma indica textualmente que:

### **Artículo 3.- Autoridades competentes**

Son autoridades competentes en materia de tránsito terrestre:

1. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones;
2. SUTRAN;
3. Las Municipalidades Provinciales; Las Municipalidades Distritales;

4. La Policía Nacional del Perú;
5. El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI.

En el caso de circunscripciones provinciales conurbadas que cuenten con un organismo responsable creado mediante ley expresa, conforme a lo señalado en el artículo 73 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades y sus modificatorias; dicho organismo ejerce la atribución señalada en el literal a) del artículo 30.

Nótese que son diversas las autoridades que tienen competencia en materia de tránsito; la Policía Nacional solo es una de ellas. Por consiguiente, para lo que nos interesa, hay que señalar que la circunstancia específica agravante del artículo 398-B solamente se refiere al miembro de la Policía Nacional como el destinatario de la propuesta corruptora, no así a las demás autoridades que también ejercen funciones relacionadas al tránsito, tales como la Autoridad de Transporte Urbano (ATU), los Inspectores Municipales de Tránsito, la SUTRAN o los Fiscalizadores del INDECOPI, en cuyos casos, si también los tratan de corromper, la conducta punible solo se subsumirá en el delito de cohecho activo genérico del artículo 397 del Código Penal.

Ahora bien, con el ánimo de ser más específico, diremos que el artículo 7 del indicado TUO del Reglamento Nacional de Tránsito – Código de Tránsito nos señala cuales son las competencias funcionales de la Policía Nacional en materia de tránsito terrestre, aspecto que resulta indispensable conocer para determinar

con propiedad el contenido de las funciones policiales relacionadas con el tránsito y la seguridad vial. Así, la norma indica que:

**Artículo 7.- Competencias de la Policía Nacional del Perú**

En materia de tránsito terrestre, la Policía Nacional del Perú, a través del efectivo asignado al control del tránsito o al control de carreteras, de conformidad con el presente Reglamento, es competente para:

- a) Garantizar y controlar la libre circulación en las vías públicas del territorio nacional.
- b) Fiscalizar el cumplimiento de las normas de tránsito y seguridad vial por los usuarios de la infraestructura vial; así como aplicar las medidas preventivas dispuestas en el presente Reglamento.
- c) Ejercer funciones de control, dirigiendo y vigilando el normal desarrollo del tránsito.
- d) Prevenir, investigar y denunciar ante las autoridades que corresponda, las infracciones previstas en el presente Reglamento.
- e) Inscribir en el Registro Nacional de Sanciones, las papeletas de infracción y medidas preventivas que imponga en la red vial (vecinal, rural y urbana, regional y nacional).
- f) Las demás funciones que se le asigne en el presente Reglamento.

Como complemento de lo anterior, diremos que el TUO del Reglamento Nacional de Tránsito – Código de Tránsito regula, además, diversas prerrogativas específicas para los miembros de la Policía Nacional en el ámbito del tránsito

terrestre, lo cual también resulta importante conocer pues nos ayudarán a determinar si la conducta corruptora se enmarca en la agravante del artículo 398-B, que requiere necesariamente que las funciones policiales del destinatario del medio corruptor estén ligadas al tránsito o la seguridad vial. Así, algunas de estas prerrogativas son las que se muestran en el cuadro siguiente, que se ha elaborado tomando como base los artículos pertinentes del referido TUO del Reglamento Nacional de Tránsito:

Artículo	Prerrogativa de la PNP
38°	Regula la obligación de los conductores y peatones de obedecer los dispositivos de control de tránsito, salvo que reciban instrucciones en contrario del efectivo policial asignado al control de tránsito.
57°	Regula la obligación de los usuarios de la vía de obedecer de inmediato las indicaciones sobre el tránsito de los efectivos de la PNP asignados al control de tránsito. Dichas indicaciones prevalecen sobre las señales luminosas o semáforos.
58°	Regula las posiciones básicas ejecutadas por los efectivos de la PNP asignados al control del tránsito, así como el uso permanente que deben hacer de los distintivos que permitan reconocerlos a la distancia.
59°	Regula la facultad de los efectivos PNP asignados al control del tránsito de permitir giros a la derecha, cuando el flujo vehicular de la dirección en conflicto esté detenido, o sea tal, que en el momento permita con precaución realizar la maniobra sin peligro de accidente; además, pueden permitir los giros a la izquierda sólo cuando el flujo vehicular de la dirección en conflicto esté detenido, anulando así toda posibilidad de accidente.

60°	Regula la obligación de la PNP de apagar las luces del semáforo cuando dirijan el tránsito en una intersección semaforizada.
61°	Regula la obligación de los peatones de acatar no solo las disposiciones reglamentarias que rigen el tránsito, sino además las indicaciones del efectivo policial asignado al control del tránsito.
68°	Regula las atribuciones de la PNP para dar indicaciones en el cruce de calzadas, tanto en intersecciones señalizadas como no señalizadas.
75°	Regula la obligación de los peatones de someterse a las pruebas que le solicite el efectivo policial de tránsito, para determinar su grado de intoxicación por alcohol, drogas, estupefacientes u otros tóxicos, o su idoneidad, en ese momento, para transitar, estableciéndose incluso presunción legal en su contra en caso de negativa.
82°	Regula la obligación del conductor no solo de acatar las disposiciones reglamentarias que rigen el tránsito, sino además, las indicaciones de los efectivos policiales de tránsito.
91°	Regula la obligación del conductor de portar y exhibir al efectivo policial de tránsito que se lo solicite, tanto su DNI, como su licencia de conducir vigente, tarjeta de identificación vehicular, certificado de inspección técnica vehicular, certificado SOAT, permiso de circulación para vehículos especiales y autorización para uso de lunas o vidrios oscurecidos o polarizados.
94°	Regula la obligación de los conductores de someterse a las pruebas que le solicite el efectivo policial de tránsito, para determinar su grado de intoxicación por alcohol, drogas, estupefacientes u otros tóxicos, o su idoneidad, en ese momento, para conducir, estableciéndose incluso presunción legal en su contra en caso de negativa.
106°-A	Regula la potestad del efectivo policial de tránsito de brindar instrucciones al ciclista, contrarias a las disposiciones reglamentarias que rigen el tránsito de los vehículos automotores y a los dispositivos de regulación del tránsito.

108°	Regula la potestad del efectivo policial de impedir la continuación de la marcha del conductor que denote discapacidad física no contemplada en la licencia de conducir.
117°	Regula la obligación de la PNP de inscribir las papeletas por infracciones y las medidas preventivas señaladas en el RNT, cuando sean impuestas en la vía pública, en el Registro Nacional de Sanciones.
122°	Regula la obligación de los usuarios de la vía pública de circular respetando no solo los mensajes de los dispositivos de control de tránsito y el mandato de las normas legales y reglamentarias correspondientes, sino además las instrucciones de los efectivos policiales de tránsito.
104°-A	Regula la obligación de acatar las disposiciones de la PNP sobre circulación de vehículos en casos de situaciones de desastre natural o emergencia, cuando la autoridad competente, ante tales situaciones, no haya restringido el acceso a determinadas vías.
150°	Regula la potestad que tiene el efectivo policial de tránsito de hacer retroceder un vehículos en los cruces, cuando se trate de vías urbanas.
204°	Regula la definición de un vehículo como detenido, cuando se encuentre inmovilizado en la vía, entre otras razones, por orden de un efectivo policial de tránsito.
234°	Regula la potestad de los efectivos policiales de tránsito de dar preferencia respecto a las normas de circulación, a favor de los discapacitados, sean conductores o no, de los diplomáticos extranjeros acreditados en el país y los profesionales en prestación de un servicio público o privado de carácter urgente y bien común, en razón de sus necesidades.
256°	Regula la potestad de la PNP de dar autorización para el uso de lunas o vidrios oscurecidos o polarizados.
261°	Regula la obligación del conductor de portar la tarjeta de identificación vehicular del vehículo que conduce y mostrarla al efectivo policial de tránsito cuando se

	la solicite,
275°	Regula las obligaciones del conductor implicado en un accidente de tránsito, entre las cuales se encuentra el suministrar sus datos y presentar los documentos que le requiera el efectivo policial interviniente, denunciar inmediatamente la ocurrencia ante la Comisaría PNP de la jurisdicción, someterse al dosaje etílico, entre otras.
277°	Regula la potestad del efectivo policial, en casos de accidentes de tránsito, de retener el o los vehículos intervenidos, durante un plazo no mayor de 24 horas, para realizar el trámite correspondiente al peritaje técnico y constatación de daños, así como la obligación de retener la licencia de conducir del conductor en caso de accidente de tránsito con daños personales a terceros.
292°	Regula la facultad de la autoridad competente de sancionar las infracciones de tránsito.
299°	Regula las clases de medidas preventivas que pueden ser impuestas por el efectivo policial de tránsito, tales como la retención de licencia de conducir, la retención del vehículo, la remoción del vehículo y el internamiento del vehículo en un depósito vehicular, estableciendo además los supuestos y los procedimientos a seguirse para ello.
307°	Regula la potestad del efectivo policial de exigir al intervenido que se someta a una serie de pruebas, como el test "HOGAN" y/o pruebas de coordinación y/o equilibrio, el uso de alcoholímetro y otros, para determinar la presencia de intoxicación por cualquier sustancia que le impida la coordinación, estableciendo una presunción legal en su contra en caso de negativa.
324°	Regula el apoyo que puede brindar el efectivo policial de tránsito a la autoridad que resulte competente para la detección de infracciones por incumplimiento de las normas de tránsito terrestre, así como las acciones que puede realizar en caso se detecten infracciones, entre otros.
327°	Regula el procedimiento a seguir por parte del efectivo policial de tránsito para

	la detección de infracciones e imposición de la papeleta, que se puede realizar mediante tres vías: 1) intervención para la detección de infracciones del conductor en la vía pública, 2) detección de infracciones a través de medios electrónicos, computarizados u otro tipo de mecanismos tecnológicos y 3) detección de infracciones por denuncia ciudadana.
328°	Regula el procedimiento que debe seguir el efectivo policial de tránsito ante la presunción de que el conductor se encuentra en estado de intoxicación por injesta de alcohol o de sustancias estupefacientes.

En ese sentido, un correcto entendimiento de las normas de tránsito y seguridad vial, contenidas en el TUO del Reglamento Nacional de Tránsito, que funciona en este caso como norma complementaria a la penal, nos ayudará a entender que estas funciones policiales de tránsito y seguridad vial comprenden tanto aspectos de fiscalización, control, dirección y vigilancia del tránsito y la seguridad vial, como también actuaciones preventivas y de investigación, en cuyo ámbito, si un sujeto realiza una propuesta corruptora, estará inmerso en esta particular agravante.

#### **6.4. PENALIDAD**

En cuanto a las consecuencias jurídicas del delito, la agravante del artículo 398-B del Código Penal, si lo leemos en concordancia con el artículo 398-A, nos presenta dos niveles de sanción penal. No obstante, lo peculiar de esta agravante –como ya lo hemos adelantado-, a diferencia de otras previstas en el Código Penal, es que no modifica el marco de la pena privativa de libertad, sino solo

adiciona una pena principal y conjunta como lo es la inhabilitación definitiva para obtener autorización para conducir.

Así, en concordancia con el primer párrafo del artículo 398-A, el delito de cohecho activo propio en el ámbito de la función policial, en su modalidad agravada, seguirá teniendo una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, pero se le adicionará, de manera conjunta, la pena de inhabilitación principal consistente en la cancelación o la incapacidad definitiva, según sea el caso, para obtener autorización para conducir, de conformidad con el inciso 7 del artículo 36.

Por su parte, en concordancia con el segundo párrafo del artículo 398-A, el delito de cohecho activo impropio en el ámbito de la función policial, en su modalidad agravada, se seguirá sancionando con una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años, y se le adicionará, como pena conjunta, la inhabilitación principal consistente en la cancelación o la incapacidad definitiva, según sea el caso, para obtener autorización para conducir, de conformidad con el inciso 7 del artículo 36.

Cabe recordar que la modalidad propia del cohecho siempre se sanciona con mayor severidad que la modalidad impropia, pues en esta última, a diferencia de la primera, se considera que el agente no busca torcer la voluntad del agente policial, solo le ofrece, entrega o promete un donativo o alguna otra ventaja o beneficio, para que este realice u omita actos propios de la función policial, sin faltar a las obligaciones que se derivan de ella. La modalidad propia, en cambio, tiene mayor reprochabilidad, en la medida que lo que finalmente busca el agente

es torcer la voluntad del funcionario policial, es decir, pretende que el efectivo policial incumpla o viole sus funciones derivadas del tránsito o la seguridad vial.

Por otro lado, nótese que como en esta circunstancia agravante del artículo 398-B ya se incorpora de manera expresa la pena de inhabilitación principal del inciso 7 del artículo 36, ya no será posible que se aplique lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 426 del Código Penal, pues esto solo podría hacerse – conforme lo indica la misma norma- si en el propio tipo penal no se contempla la pena de inhabilitación. No será entonces viable que se apliquen los supuestos de inhabilitación previstos en los incisos 1, 2, 4 y 8 del artículo 36, solo se podrá aplicar el inciso 7.

Dejamos para el siguiente capítulo un análisis más profundo de esta pena de inhabilitación, en cuanto a su naturaleza y sus alcances, y para la parte medular de esta investigación el análisis sobre su constitucionalidad material, por ser el punto más crítico que se viene cuestionando actualmente ante los tribunales, y que ha merecido sendos pronunciamientos de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema.

Ahora bien, cabe tener presente también que, tal como lo ha dejado establecido la Corte Suprema en múltiples de sus ejecutorias<sup>10</sup>, cuando los hechos se subsumen en la modalidad agravada de un tipo penal (como podría ser, en este caso, el tipo penal de cohecho activo en el ámbito de la función policial en su

---

<sup>10</sup> Tales como la Casación 640-2017/Ica del 18 de abril de 2018, el Recurso de Nulidad 393-2018/Sullana del 24 de julio de 2018, el Recurso de Nulidad 1960-2019/Lima Sur del 2 de marzo de 2020, entre otros.

modalidad agravada –artículo 398-A en concordancia con el 398-B del Código Penal-), al momento de determinar la pena concreta no se aplica el sistema de tercios. En ese sentido, siendo agravante única, la pena se determinará con criterio de proporcionalidad, dentro de los márgenes mínimo y máximo previstos para este delito –obviamente referido a la pena privativa de la libertad, pues en torno a la inhabilitación, esta agravante la contempla como definitiva-.

De otro lado, hay que destacar que, de manera similar al tipo base del artículo 398-A, y a diferencia de los demás delitos de corrupción de funcionarios, con esta agravante tampoco se contempla la pena de multa. Distinto era el caso antes del 7 de enero de 2017, cuando aún no estaba legislado el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial ni esta agravante, y estos hechos se tipificaban en el artículo 397 del Código Penal, como cohecho activo genérico, pues este último sí contemplaba –y sigue contemplando actualmente- este tipo de pena.

En ese sentido, y de manera análoga a lo comentamos en nuestro análisis del artículo 398-A, concluimos que la incorporación de esta agravante a nuestra legislación, en realidad, no ha traído consigo necesariamente una sanción mayor, pues, en principio, la pena privativa de la libertad no varía en relación con el tipo base, y solo se ha agregado la pena de inhabilitación definitiva para conducir – de cuestionable constitucionalidad, como lo vamos a ver más adelante-, en perjuicio de la pena de multa, que no se contempla como pena conjunta en este delito, sea en su tipo base como en su modalidad agravada.

## **CAPÍTULO VII**

### **NATURALEZA JURÍDICA Y ALCANCES DE LA PENA DE INHABILITACIÓN DEFINITIVA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 398-B DEL CÓDIGO PENAL**

#### **7.1. LA PENA DE INHABILITACIÓN**

El artículo 28 del Código Penal regula las clases de penas que se le aplican a los transgresores de la ley penal, entre las cuales se encuentran las Penas Limitativas de Derechos, que se desarrollan a partir del artículo 31, y son la Prestación de Servicios a la Comunidad, la Limitación de Días Libres y la Inhabilitación. Así, en específico, la pena de Inhabilitación se regula entre los artículos 36 al 40, es decir, en 5 artículos, el primero de los cuales se refiere a los supuestos de inhabilitación, el segundo a sus formas, el tercero a la duración de la inhabilitación principal, el cuarto a la duración de la inhabilitación accesoria, y, el último, a la inhabilitación accesoria en los delitos culposos de tránsito.

El Código Penal no conceptúa la pena de inhabilitación, por lo que, para definirlo hay que acudir a la doctrina y a la jurisprudencia. En ese contexto, Yshií (2019) nos dice que:

la inhabilitación es una pena limitativa de derechos que implica privar al penado de uno o más derechos políticos, civiles y profesionales. El fundamento para su imposición como pena consiste en que el agente infraccionó un deber especial

propio del cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o se prevaleció de su posición de poder o dominio para cometer el delito. (p. 109)

Por su parte, García (2019) nos dice que:

la inhabilitación solamente se le podrá imponer a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito. Su sentido comunicativo consistiría en poner de manifiesto a nivel de la sociedad que el autor ha fracasado en el desenvolvimiento de la actividad en la que se cometió el delito, por lo que se procede a privarle o suspenderle de la posibilidad de seguir realizando tal actividad. (p. 964)

Asimismo, Hurtado (2011), nos dice que:

la inhabilitación impone la privación o suspensión del goce de uno o más derechos, pero de forma diferente a como se hace con la pena privativa de libertad o la pecuniaria. Así por ejemplo, con la pena de inhabilitación se sancionan, sobre todo, actos que violan deberes especiales o que implican el abuso de posiciones de poder, de capacidades o de habilidades técnicas. (T.II, p. 304)

Por su parte, a nivel jurisprudencial, el Acuerdo Plenario 2-2018/CJ-116, del 18 de julio de 2008, emitido en el IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial, ha definido a la pena de inhabilitación, sosteniendo que:

consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo,

función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quién se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir. (Fundamento 6°)

De todo lo anterior, podemos entender que la pena de inhabilitación implica siempre la suspensión o la cancelación de determinados derechos, incluso varios de ellos de nivel constitucional, que están catalogados como derechos políticos, profesionales, económicos y civiles. La razón de su imposición siempre será que el agente del delito infraccionó un deber especial propio del cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o se prevalió de su posición de poder o dominio para cometer el delito. En otras palabras, la inhabilitación que se le impone al agente debe guardar necesariamente una relación de idoneidad con el deber especial infringido o con la posición o dominio del que se ha prevalido para cometer el delito.

En ese sentido, un miembro de la Policía Nacional que solicita una coima para no imponer una Papeleta de Infracción de Tránsito, deberá ser merecedor, además de la correspondiente pena privativa de libertad, de una pena de inhabilitación, consistente en la privación del cargo o función como miembro de dicha institución, pues aquí ha infringido su deber especial de actuar con imparcialidad y probidad en el ejercicio de su función, deber que está previsto expresamente en la Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú. En otras palabras, al mercantilizar la función policial en beneficio propio, afecta directamente los referidos deberes, así como atenta contra el correcto y normal funcionamiento de la institución policial, perjudicando además la imagen de dicha entidad ante la sociedad, con lo que la inhabilitación que le corresponde estará

en correspondencia con el deber infringido. En clave de proporcionalidad, ello refleja un claro cumplimiento del sub principio de idoneidad.

## **7.2. FORMAS DE APLICAR LA PENA DE INHABILITACIÓN**

Nuestro Código Penal ha precisado que hay dos formas de aplicar la pena de inhabilitación: como pena principal o como pena accesoria, lo cual guarda relación con su importancia o rango interno. No obstante, dicha codificación no define en qué se diferencian. Por ello, importante será para ese cometido acudir nuevamente a la doctrina y a la jurisprudencia.

Así, en cuanto a la pena de **inhabilitación principal**, Yshií (2019), nos dice que es un tipo de pena limitativa de derechos, que:

se impone como una sanción independiente sin sujeción a otra pena, en tanto ha sido valorada por el legislador como una consecuencia jurídica de la infracción penal. En tal sentido, aparece regulada acompañando a un delito en particular de la Parte Especial o en ley penal complementaria. (p. 126)

Por su parte, Prado (2018, p. 81) nos dice que la inhabilitación tiene la condición de pena principal siempre que esté regulada de modo específico o general como pena conminada.

De otro lado, en el Acuerdo Plenario N° 2-2008/C-116, del 18 de julio de 2008, se indicó que “la inhabilitación cuando es principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra pena, esto es, de manera autónoma

aunque puede ser aplica (sic) conjuntamente con una pena privativa de libertad o de multa” (Fundamento 7°). Agrega, asimismo, que:

la autonomía de la inhabilitación principal está en función a su conminación en un tipo delictivo concreto de la parte especial del código penal o de leyes especiales complementarias. Por ello, aun cuando en algunos tipos legales, como los contemplados en los artículos 177°, 181°-B y 398° del Código Penal, se indique que la inhabilitación conminada es accesoria, por su propia ubicación sistemática y legal debe entenderse que es principal. (Fundamento 7°).

Así, tanto la doctrina como la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema se decantan en resaltar la importancia de la ubicación sistemática de la pena de inhabilitación para considerarla como pena principal. En ese sentido, será tal si está prevista en la parte especial, acompañando a algún delito específico. Asimismo, no depende de alguna otra pena, se puede aplicar de manera autónoma, aunque ello no quiere decir que no se la pueda aplicar de manera conjunta con alguna otra pena, sea privativa de libertad o multa. Igualmente, no necesariamente tiene que aparecer en el mismo artículo que regula el tipo penal, pues también es aceptado que se la regule en la parte final del capítulo o título respectivo.

Ejemplo de lo anterior son la mayoría de los delitos contra la administración pública (Título XVIII del Código Penal), en donde en cada tipo penal actualmente se prevé una pena de inhabilitación, y si no lo está, ello se suple con la regulación contenida en el artículo 426 del Código Penal, que establece penas de

inhabilitación –siempre principal- para todos los delitos previstos en los capítulos II y III del referido título XVIII.

Ahora bien, en cuanto a la **inhabilitación accesoria**, Yshií (2019) nos dice que esta:

no tiene existencia propia y solo se aplica acompañando a una pena principal, que generalmente es privativa de la libertad. Se trata de una pena complementaria que se impone cuando el hecho cometido por el agente constituyó un abuso de autoridad, cargo, profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela o actividad regulada por la ley. (p. 131)

En ese mismo sentido podemos encontrar el Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116, en donde se ha dejado sentado que:

la inhabilitación accesoria no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando a una pena principal, generalmente privativa de libertad, es, pues, complementaria y castiga una acción que constituye una violación de los deberes especiales que impone un cargo, profesión, oficio o derecho –se basa en la incompetencia y el abuso de la función- (artículos 39° y 40° del Código Penal). (Fundamento 7°)

En tal contexto, solo queda por decir que, por su condición de accesoria, no es obligatoria la imposición de esta pena, esto es, es facultativa. Ello encuentra sustento en que este tipo de pena, a diferencia de cuando actúa como principal, no guarda relación alguna con algún tipo penal en específico.

Volviendo a los delitos contra la administración pública, vemos que en algún momento se generó controversia, y decisiones contradictorias de los jueces, cuando con la Ley 29758, del 21 de julio de 2011, se modificó el artículo 426 del Código Penal, para establecer la pena de inhabilitación accesoria para los delitos cometidos por funcionarios públicos (capítulo II del título XVIII). Algunos jueces la aplicaron tal cual, mientras que otros, apelando a su verdadera naturaleza jurídica, no se dejaron llevar por el *nomen iuris* previsto en la norma y la consideraron como pena de inhabilitación principal, con las consecuencias que ello acarreaba.

En la propia Corte Suprema se dio esta contradicción de criterios, en casos similares sobre peculado doloso, pues mientras la Sala Penal Permanente, en el Recurso de Nulidad 2471-2017/Apurímac, del 03 de octubre de 2018, estableció que dicha pena de inhabilitación era principal y conjunta, la Sala Penal Transitoria, en el Recurso de Nulidad 1315-2014/Lima, del 14 de marzo de 2016, aplicó dicha pena de inhabilitación como accesoria.

Otro de los tipos penales que padeció de este defecto fue el de cohecho activo específico, previsto en el artículo 398 del Código Penal, al cual, con la Ley 28355 del 06 de octubre de 2004, se le introdujo como pena a imponer la de inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3 y 4 del artículo 36. Defecto que además fue continuado por una nueva modificatoria al mismo artículo, mediante la Ley 30111, del 26 de noviembre de 2013. No obstante, tal error fue recién corregido por el Decreto Legislativo 1243, del 22 de octubre de 2016, que eliminó el carácter de accesoria de esta inhabilitación y la consideró principal,

como siempre debió ser. Este decreto legislativo también corrigió el mismo defecto que existía en el ya mencionado artículo 426, con lo cual esta controversia quedó zanjada.

Por cierto, y con todo lo que ya hemos mencionado, es fácil advertir que la pena de inhabilitación definitiva prevista en el artículo 398-B del Código Penal, para el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial en su modalidad agravada, es, en definitiva, una pena de inhabilitación principal, que se aplica de manera conjunta con la pena privativa de libertad, que se prevé en el artículo 398-A.

### **7.3. DURACIÓN DE LA PENA DE INHABILITACIÓN**

Nuestro Código Penal de 1991, en su versión original, no contempló la inhabilitación perpetua, la cual fue eliminada intencionalmente por el legislador, conforme se aprecia de la exposición de motivos de dicho cuerpo normativo, al indicar que “la inhabilitación experimenta importantes modificaciones con respecto al Código Penal vigente. En primer lugar, se suprime el carácter perpetuo de la inhabilitación y se fija en 5 años el máximo de su duración (artículo 38°)”.

Es así que, una de las principales preocupaciones de nuestro legislador era eliminar el carácter perpetuo de la inhabilitación, con el objeto de buscar coherencia con el sistema de penas previsto en su origen en dicho cuerpo penal, pues si vemos su texto original, vamos a verificar que no existía tampoco pena

privativa de libertad de carácter perpetuo, ya que su duración máxima se previó en 25 años.

No obstante, de un análisis histórico vemos que han sido las modificaciones posteriores las que han introducido la denominada “cadena perpetua” para la pena privativa de libertad, ocurriendo lo propio con la pena de inhabilitación, en donde también se contempla actualmente la pena de “inhabilitación perpetua o definitiva”, por ejemplo, en los delitos contra la administración pública, conforme se aprecia de las modificaciones introducidas al Código Penal por el Decreto Legislativo 1243 del año 2016, el Decreto Legislativo 1367 del año 2018, y la Ley 31178 del año 2021, así como también expresamente se regula la inhabilitación definitiva en el artículo 398-B del Código Penal, para el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial en su modalidad agravada, y que es el motivo principal del presente capítulo. De este modo, se retomó la clasificación entre **inhabilitaciones temporales y perpetuas**, entendiéndose por las primeras las que suspenden por un determinado período de tiempo el derecho objeto de inhabilitación, mientras que las segundas son las que privan definitivamente este derecho.

Así, de acuerdo a nuestra actual normativa penal, para los delitos contra la administración pública, por ejemplo, la pena de inhabilitación será perpetua cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos (ver artículo 426 del Código Penal, modificado por la Ley 31178):

- El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o por encargo de ella.

- La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, y,
- El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.

Cabe señalar que el carácter perpetuo de la inhabilitación, sobre todo para el caso de los delitos funcionariales, ha merecido adeptos, pero además detractores. Así, por ejemplo, Rodríguez (2019) nos dice que:

consideramos que la pena de inhabilitación permanente (siempre que no esté acompañada de pena privativa de libertad efectiva) es el mecanismo más idóneo para prevenir la comisión futura de delitos graves de corrupción, a la vez de ser un vehículo que evita los efectos negativos de una posible pena privativa de libertad. Y es que, por un lado, reduce drásticamente las probabilidades de que el corrupto afecte nuevamente la administración pública, a la vez que le ofrece un camino más estigmatizante y desocializador que la cárcel. (p. 10).

No obstante, lo cierto es que, esta suerte de muerte civil del condenado, y las penas de duración indeterminada en general, desde el punto de vista de la prevención general negativa, no han cumplido, en la realidad, con su fin de disuadir a la sociedad de evitar la comisión de determinados delitos graves. Veamos tan solo el caso de la pena de cadena perpetua, respecto a la cual no hay un solo estudio que avale que haya disminuido la tasa de criminalidad de los delitos especialmente graves sancionados con ella.

Es así que, como lo señala Roxin (2007, como se citó en Yshií, 2019, p. 137), la prevención general negativa ha sido reemplazada por la prevención general positiva, según la cual la pena tiene la misión de demostrar frente a la comunidad jurídica la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico y, de esta manera, reforzar la fidelidad jurídica de la ciudadanía. Incluso, expresa que, para la teoría de los fines de la pena, la prevención general puede alcanzarse con métodos que son extrapenales (no solamente el control, sino también la pedagogía social o aseguramiento técnico de los objetos en peligro), de modo que la política criminal eficaz tiene que ir mucho más allá que el propio Derecho.

Pese a estas críticas, la inhabilitación perpetua ha ido abarcando cada vez mayores delitos considerados graves, lo que responde, muchas veces, a un facilismo del legislador por usar el derecho penal para pretender con él acallar los graves problemas sociales, sin pensar que esta rama del derecho es de última ratio y de carácter subsidiario, es decir, siempre debe ser el último medio de control social.

Ahora bien, respecto a los distintos problemas surgidos en la jurisprudencia en relación a la duración de la pena de inhabilitación, en el Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116 se establecieron importantes criterios a tener en cuenta por todos los jueces penales de la República, tales como que, la pena de inhabilitación, cuando se aplica de manera conjunta, siempre empieza su cómputo desde que la sentencia quede firme, y no desde que se cumpla la pena privativa de libertad. Igualmente, que la inhabilitación accesoria se extiende por igual tiempo que la pena principal, pero no puede ser superior al tiempo de duración de la pena de

inhabilitación principal de carácter temporal, es decir, 10 o 20 años, según sea el caso.

#### **7.4. MODOS DE IMPONER LA PENA DE INHABILITACIÓN**

Una clasificación implícita que nos trae el Código Penal, tiene que ver con el modo de imponer la pena de inhabilitación, esto es, a su conminación o no en el tipo penal y respecto al contenido del derecho restringido. Así, tenemos las **inhabilitaciones específicas**, que están expresamente previstas en el tipo penal, como ocurre con los delitos cometidos por funcionarios públicos, y guardan estrecha conexión entre el delito cometido y el ejercicio del derecho que se afecta. La taxatividad en su regulación garantiza seguridad jurídica para el justiciable, y claridad para el juzgador al momento de su imposición.

Cabe precisar que este tipo de inhabilitaciones específicas, es propia por excelencia de la pena de inhabilitación principal prevista en el artículo 38 del Código Penal.

En contraparte, se regulan las **inhabilitaciones genéricas**, que Yshií (2019, p. 143) las identifica en tres supuestos: **i)** la que corresponde a la inhabilitación accesoria del artículo 39 del Código Penal, pues deja a potestad del juzgador la facultad de poder definir los derechos que son materia de restricción, pero dentro del catálogo de las inhabilitaciones previstas en el artículo 36 y motivando siempre “la conexión que debe existir entre el delito cometido y el ejercicio del derecho afectado”; **ii)** las introducidas por reformas legislativas a la parte

especial, como por ejemplo, la producida por la Ley 30838, que incorporó el artículo 184-A “inhabilitación” a los delitos de violación de la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público, al establecer que “El juez impone como pena principal la inhabilitación prevista en el artículo 36 del presente Código, según corresponda (...)”; y, **iii**) cuando “la propia naturaleza de la inhabilitación que regula el artículo 36 requiere una precisión judicial”, como por ejemplo, los numerales 3 (suspensión de derechos políticos que señale la sentencia) , 4 (incapacidad para ejercer profesión, comercio, arte o industria, que debe especificarse en la sentencia) y 8 (privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito). La aplicación de este último supuesto, obviamente exige una motivación especial en la sentencia condenatoria, que determine con precisión el vínculo existente entre la infracción penal cometida y el derecho a restringirse.

Respecto a estas inhabilitaciones genéricas, debe señalarse que las mismas están asociadas básicamente a la pena de inhabilitación accesoria, y su aplicación se justifica pues la misma no corresponde al grado habitual en la comisión del delito y, por ende, corresponde a la parte acusadora solicitarla expresamente, caso contrario, el órgano jurisdiccional no podrá aplicarla.

## **7.5. ACUERDOS PLENARIOS RELACIONADOS CON LA PENA DE INHABILITACIÓN**

Hasta cierto punto ya hemos adelantado que dos son los acuerdos plenarios que han emitido las Salas Penales de la Corte Suprema, en cumplimiento de su rol de concordar la jurisprudencia penal, respecto a la pena de inhabilitación: el primero de ellos fue el Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116, sobre “alcances de la pena de inhabilitación”, y el segundo fue el Acuerdo Plenario N° 10-2009/CJ-116, sobre “ejecución de la pena de inhabilitación y recurso impugnatorio”.

### **7.5.1. Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116: “Alcances de la pena de inhabilitación”**

Este acuerdo plenario toca cinco tópicos relacionados con la pena de inhabilitación, de los cuales solo desarrollaremos los que son pertinentes para el desarrollo de la presente investigación. El primero de ellos relacionado a la **“Regulación de la pena de inhabilitación en el Código Penal”**, respecto a lo cual indica que:

6° La pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quién se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir.

7° La pena de inhabilitación, según su importancia o rango interno, puede ser principal o accesoria (artículo 37° del Código Penal). La inhabilitación cuando es principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra pena,

esto es, de manera autónoma, aunque puede ser aplicada conjuntamente con una pena privativa de libertad o de multa. En cambio, la inhabilitación accesoria no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando a una pena principal, generalmente privativa de libertad, es, pues, complementaria y castiga una acción que constituye una violación de los deberes especiales que impone un cargo, profesión, oficio o derecho –se basa en la incompetencia y el abuso de la función- (artículos 39° y 40° del Código Penal).

La autonomía de la inhabilitación principal está en función a su conminación en un tipo delictivo concreto de la parte especial del código penal o de leyes penales complementarias. Por ello, aun cuando en algunos tipos legales, como los contemplados en los artículos 177°, 181°-B y 398° del Código Penal, se indique que la inhabilitación conminada es accesoria, por su propia ubicación sistemática y legal debe entenderse que es principal. (Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116, Fundamentos 6°-7°)

El segundo tópico está relacionado con el **“Contenido de la pena de inhabilitación”**, en relación a lo cual indica que:

**8°** El artículo 36° del Código Penal señala taxativamente los derechos que pueden ser objeto de la pena de inhabilitación. Comprende hasta ocho ámbitos precisos y corresponde a los tipos delictivos identificarlos. Sin embargo, en el caso del artículo 39° del Código Penal será el órgano jurisdiccional el que defina los derechos objeto de afectación punitiva, pero siempre dentro del catálogo establecido por el citado artículo 36°.

En la relación de derechos afectados, algunos tienen un carácter genérico y otros, en cambio, requieren de una precisión judicial. Los incisos 3), 4) y 8) del

artículo 36° del Código Penal, por ejemplo, demandan del juez que, motivadamente, identifique los derechos comprendidos por la inhabilitación. A este efecto es de tener en cuenta, desde una perspectiva preventivo especial que la pena debe quedar vinculada al oficio o cargo de los cuales el sujeto se ha valido o podría valerse en el futuro para cometer el delito. En consecuencia, pues, el derecho comprendido por la inhabilitación ha de estar claramente relacionado con el delito cometido por el penado. Por tal razón, la motivación exigida debe abarcar, entre otras cuestiones, la conexión que se da entre el delito cometido y el ejercicio del derecho afectado mediante dicha pena. (Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116, Fundamento 8°)

El tercer tópico abordado está relacionado con la **“Duración y cómputo de la pena de inhabilitación”**, en relación a lo cual indica lo siguiente:

9° El término de la inhabilitación, en caso de ser impuesta como pena conjunta, corre paralelamente a las otras penas principales, y se computa a partir de la fecha en que la sentencia queda firme. Por tanto, no es de aceptar que el cómputo de la inhabilitación principal recién se inicia una vez cumplida la pena privativa de libertad, pues de ser así aquella alternativa en la vida del condenado tendría la inadmisibles consecuencia de alterar los cómputos correspondientes al fallo. Es más, si la inhabilitación recién comenzase después de cumplida la pena privativa de libertad, sería el caso que un penado podría votar en prisión, y aún ejercer un cargo público, aunque con las incomodidades propias de su estado. Pero al margen de estos argumentos está la regla sobre el cómputo de la prisión preventiva, pues si la pena de inhabilitación no rigiese durante el tiempo en que el condenado está privado de su libertad, no tendría sentido esa previsión.

En el caso de la pena de inhabilitación accesoria, ésta se extiende por igual tiempo que la pena principal. Luego, el artículo 39° del Código Penal debe interpretarse sistemáticamente en función a la duración asignada a la pena de inhabilitación principal en el artículo 38° de ese Cuerpo de Leyes. En consecuencia, la inhabilitación accesoria no puede ser superior a cinco años<sup>11</sup>.

**10°** La inhabilitación accesoria, como ha quedado expuesto, siempre es temporal. La inhabilitación principal es, asimismo, temporal, pero existen excepciones en función a la “naturaleza de las cosas”, por la definitividad del derecho o actividad objeto de privación. Así:

- A.** Taxativamente, de conformidad con el inciso 6) del artículo 36° del Código Penal, modificado por la Ley N° 29106, la cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego es perpetua, y siempre y cuando la pena que conlleva el delito cometido es doloso y merezca pena privativa de libertad superior a cuatro años.
- B.** El inciso 8) del artículo 36° del Código Penal importa una privación definitiva de títulos honoríficos. Sin embargo, una vez terminada la condena el penado podrá obtener los mismos u otros distintos –no los recupera, sino que por una acción ulterior podrá ser acreedor a títulos honoríficos, claramente diferenciados del anterior, definitivamente perdido-.
- C.** Respecto del inciso l) del artículo 36° del Código Penal: *“Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular”*, como la norma alude a una relación de derecho público e indica “privación”, es de entender que el penado pierde el cargo, no solo su

---

<sup>11</sup> Aunque, actualmente, de acuerdo a la modificatoria del artículo 38° del Código Penal, efectuada por el Decreto Legislativo 1367 del año 2018, la pena de inhabilitación principal se puede extender hasta 10 años, 20 años o es perpetua, según sea el caso.

ejercicio –privación de titularidad-. Se trata por tanto de una privación definitiva –no es una pena perpetua sino instantánea, a pesar de que sus efectos sean de carácter permanente, como aclara Jacobo López Barja de Quiroga-. Solo en la suspensión se impide el ejercicio de un derecho o actividad, de forma que aquél se recupera tras cumplir la pena. En este caso, la pena surte el efecto de privar de los derechos desde que la condena queda firme, por lo que en este caso la inhabilitación importará la pérdida del empleo o cargo público que el autor haya adquirido con anterioridad a la sentencia, aunque fuere con posterioridad al delito (Conforme: Zaffaroni/Slokar). (Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116, Fundamentos 9°-10°)

El cuarto tópico que aborda el acuerdo plenario está referido a aspectos procesales, que no lo vamos a abordar aquí. El quinto tópico se refiere a la **“Ejecución de la pena de inhabilitación”**, en cuyas partes pertinentes indica lo siguiente:

15° La ejecución de la pena de inhabilitación, sea que haya sido impuesta como pena principal o accesoria, requiere, como paso previo, que al adquirir firmeza la sentencia condenatoria el órgano jurisdiccional de instancia que la dictó cumpla con lo dispuesto en el artículo 332° del Código de Procedimientos Penales. Esto es, que remita el testimonio de condena respectivo para su inscripción en el Registro Judicial y, si correspondiera, al Instituto Nacional Penitenciario y al Establecimiento Penal donde se encuentra el reo. A continuación, ese mismo órgano judicial debe remitir la causa al Juez Penal competente para dar inicio al proceso de ejecución. Éste último procederá, en lo pertinente, a lo siguiente:

(...)

F. Si se dicta la suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para portar o hacer uso de armas de fuego se deberá remitir testimonio de condena al organismo respectivo del Ministerio del Interior encargado de su control; y, si se dicta la suspensión o cancelación de la autorización para conducir vehículos, el testimonio de condena se remitirá a los organismos competentes del Ministerio del ramo o del Gobierno Regional, así como del Ministerio del Interior encargado del control del tránsito.

(...)

16° El control de la efectividad de las prohibiciones o incapacitaciones impuestas, como queda expuesto, corresponde al Juez Penal, quien deberá comunicar e instar la vigilancia correspondiente a la autoridad administrativa competente – nacional, regional o municipal- y, en todo caso, a la policía.

Al cumplirse el tiempo de duración de la pena de inhabilitación, el penado recupera, de pleno derecho, sin necesidad de resolución judicial, el goce del ejercicio de los derechos suspendidos o afectados, con exclusión –claro está- de aquellas privaciones definitivas de derechos ya indicadas en el fundamento jurídico pertinente. (Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116, Fundamentos 15°-16°)

#### **7.5.2. Acuerdo Plenario N° 10-2009/CJ-116: “Ejecución de la pena de inhabilitación y recurso impugnatorio”**

Este acuerdo plenario pretende precisar algunos aspectos que no quedaron tan claros en el Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116, sobre todo en sus párrafos 9° y 15°. Así inicia recalcando un asunto de especial importancia cuando se estudia la naturaleza y fines de la pena de inhabilitación, sea esta principal o accesoria:

**6°** (...) Esta pena se caracteriza por privar al condenado de algunos derechos – personales, profesionales o políticos-; o por incapacitarlo para el ejercicio de diversas funciones o actividades –públicas inclusive-. Su aplicación se rige por un criterio de especialidad que implica, desde la perspectiva legal y judicial, que cualquiera sea su condición y operatividad –pena principal o accesoria- dicha sanción estará siempre en función a la naturaleza del delito de que se trate y al principio de proporcionalidad. (Acuerdo Plenario N° 10-2009/CJ-116, Fundamento 6°)

Ahora bien, en cuanto al tema principal de este acuerdo plenario, vemos que lo que medularmente analiza es un tópico ligado al derecho procesal penal, esto es, si la ejecución de la pena de inhabilitación tiene carácter provisional o suspensiva ante la presentación de algún recurso impugnatorio contra la sentencia condenatoria. Así, respecto a ello, se establece que:

**8°.** Es evidente que la regulación del momento inicial de la ejecución de una pena es un ámbito que incumbe al legislador procesal –el Código Penal, por lo demás, no ha establecido un precepto al respecto-. En su relación con los recursos, puede existir, como regla, el sistema de ejecución provisional o el sistema suspensivo. En la legislación procesal penal nacional se ha optado por ambos modelos. En este contexto cabe precisar lo siguiente:

**A.** Si se examina el régimen del NCPP, podrá advertirse, en el caso de la sentencia condenatoria, la inclinación por el primero modelo: la impugnación no tiene efecto suspensivo – así lo dispone el artículo 402°.1 NCPP como regla específica frente a la genérica del artículo 412°.1 NCPP-, con la excepción de la imposición de las penas de multa o limitativas de derechos,

una de las cuales es, por cierto, conforme al artículo 31°.3 del Código Penal, la pena de inhabilitación. Ello significa, entonces, que sólo las sentencias que imponen penas privativas de libertad y restrictivas de libertad que consignan los artículos 29° y 30° del Código Penal –en adelante, CP- se cumplen provisionalmente pese a la interposición de un recurso impugnatorio contra ellas. Por tanto, si el condenado estuviera en libertad y se impone pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el Juez Penal, interpuesto el recurso, según lo autoriza el artículo 402°.2 NCPP, podrá optar por su inmediata ejecución o por imponer alguna restricción de las previstas en el artículo 288° NCPP. A su turno, el Tribunal de Revisión, en caso se hubiera optado por la inmediata ejecución de la pena impuesta, podrá suspenderla, atendiendo a las circunstancias del caso, según el artículo 418°.2 NCPP. Tal efecto suspensivo concluirá cuando la sentencia quede firme.

En consecuencia, la pena de inhabilitación conforme a las disposiciones pertinentes del NCPP no se ejecuta hasta que la sentencia condenatoria adquiera firmeza. Rige plenamente, en este dominio, el denominado sistema suspensivo.

- B.** Distinta es la regulación normativa adoptada por el ACPP. En efecto, su artículo 330° admite expresamente el sistema de la ejecución inmediata o provisional para todas las penas, salvo las de internamiento, relegación, penitenciaría o expatriación. Cabe anotar que las tres primeras penas no fueron ratificadas por el CP de 1991, por lo que en dicho caso el aludido precepto procesal carece actualmente de significación alguna. La sentencia condenatoria impugnada, sólo si impone pena de expatriación, exigirá que el encausado quede “...entre tanto, bajo vigilancia de la autoridad política” –así

lo precisa el artículo 331° *in fine* ACPP-. Al respecto es pertinente señalar que si bien la pena de expatriación ha sido reconocida en el artículo 30°.1 CP, su legitimidad es inaceptable desde la perspectiva superior del artículo 22°.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cual ha determinado que el Congreso discuta su posible exclusión. En cambio, la pena de expulsión del país, que igualmente es una pena restrictiva de libertad, prevista en el artículo 30°.2 CP sólo para extranjeros, no tiene ese grave vicio de ilegitimidad y, por ende, será posible instrumentar los mecanismos de vigilancia adecuados si su aplicación promueve la interposición de un recurso impugnatorio.

En consecuencia, la pena de inhabilitación según las normas del ACPP –con diferencia del régimen del NCPP- se ejecuta provisionalmente (no hay al respecto ninguna regla de excepción similar a la contenida en el NCPP). Siendo así, no hace falta esperar la firmeza de la sentencia condenatoria que la imponga para comenzar a ejecutar la pena de inhabilitación. El sistema que para esta clase de pena sigue el ACPP, ante la interposición de un recurso, es el de la ejecución provisional.

**9°.** En conclusión, resulta obvio, entonces, que los alcances de la pena de inhabilitación respecto del Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, funcionan plenamente en aquellos Distritos Judiciales en los que se dictó la referida pena con arreglo al NCPP, en especial los fundamentos jurídicos 9° y 11°. Esta pena se ejecuta una vez que la sentencia condenatoria que la impuso adquirió firmeza. Por ende, el plazo de ejecución se inicia desde esa fecha, no antes.

Distinto es el caso de la pena de inhabilitación impuesta bajo el régimen procesal del ACPP, pues la impugnación que se interpone contra ella no tiene efecto suspensivo. Así las cosas, concedido el recurso impugnatorio, se remitirán las copias pertinentes al Juez de Ejecución -Juez Penal según el ACPP y la Ley Orgánica del Poder Judicial- para que inicie el procedimiento provisional de ejecución, según las reglas sancionadas en los fundamentos jurídicos 15° al 16°. Por otro lado, en aplicación supletoria del artículo 380° del Código Procesal Civil, si la sentencia es anulada o revocada se declarará la ineficacia de todo lo actuado sobre la base de su vigencia. El Juez Penal, en este caso, precisará las actuaciones que quedan sin efecto atendiendo a lo resuelto por el superior. (Acuerdo Plenario N° 10-2009/CJ-116, Fundamentos 8°-9°)

## **7.6. NATURALEZA JURÍDICA Y ALCANCES DE LA PENA DE INHABILITACIÓN DEFINITIVA PREVISTA EN EL ART. 398-B DEL CÓDIGO PENAL**

### **7.6.1. Texto legal**

Habiendo sentado las bases respectivas, ahora sí toca analizar lo concerniente a la pena de inhabilitación prevista específicamente en el artículo 398-B del Código Penal, incorporado por el artículo 3 del Decreto Legislativo 1351, del 7 de enero de 2017, el cual tiene el siguiente texto legal:

#### **Artículo 398-B.- Inhabilitación**

En los supuestos del artículo 398-A, 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, se le impondrá además inhabilitación consistente en la cancelación o incapacidad definitiva, según sea el caso, para obtener autorización para conducir, de conformidad con el inciso 7 del artículo 36.

Como la propia norma lo indica, la referida inhabilitación se regula de conformidad con el inciso 7 del artículo 36 del Código Penal, cuyo texto es el siguiente:

**Artículo 36.- Inhabilitación**

La inhabilitación produce, según disponga la sentencia:

(...)

7. Suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo.

**7.6.2. Antecedentes de la aplicación de la pena de inhabilitación para conducir vehículos**

Como ya hemos adelantado, la pena de inhabilitación principal se concibió en un inicio como pena temporal –el texto original del Código Penal decía de 6 meses a 5 años-, nunca definitiva. Fue recién con la Ley 29106, del año 2007, que se introdujo la inhabilitación definitiva, pero para el caso de la obtención de licencia o certificación para portar o hacer uso de armas de fuego.

En relación a la autorización para conducir, el texto original del inciso 7 del artículo 36 del Código Penal de 1991 decía expresamente que:

**Artículo 36. Inhabilitación**

La inhabilitación producirá, según disponga la sentencia:

(...)

7. Suspensión o cancelación de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo.

Respecto a este texto, Bramont y Bramont-Arias (1995) comentaban que:

La diferencia entre la **privación** y la **suspensión** radica en que la primera supone la pérdida de derechos o actividades, mientras que la suspensión únicamente es la privación temporal del ejercicio de los mismos derechos o actividades.

**Cancelar** es anular, abolir o derogar un derecho o una actividad. (p. 212)

En así que, en cuanto a la suspensión o cancelación de la autorización para conducir, los mismos autores indicaban que “se refiere y abarca todas las infracciones cometidas con vehículos de motor, aunque el presunto reo no estuviera legalmente habilitado para conducir o no poseyera breveté” (p. 212).

Este inciso 7 fue modificado por la Ley 29439, del año 2009, la cual tuvo entre sus objetivos el castigar con mayor severidad las conductas ilícitas contra la vida, el cuerpo y la salud vinculadas a la conducción en estado de ebriedad o drogadicción (homicidio culposo, lesiones culposas y conducción en estado de ebriedad o drogadicción). Así, este inciso pasó a tener el siguiente texto:

7. Suspensión o cancelación de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo o incapacidad para obtenerla por igual tiempo que la pena principal.

Finalmente, este inciso 7 fue nuevamente modificado por el artículo 1 de la Ley 30076, del año 2013, con el siguiente texto:

7. Suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo.

Esta Ley 30076 también modificó el artículo 38 del Código Penal, con el siguiente texto:

**Artículo 38. Duración de la inhabilitación principal**

La inhabilitación principal se extiende de seis meses a diez años, salvo los supuestos de incapacidad definitiva a que se refieren los numerales 6, 7 y 9 del artículo 36 del Código Penal.

Se entiende entonces que es recién a partir de la Ley 30076, del año 2013, que la inhabilitación para conducir puede tener el carácter de definitiva. Antes solo se regía como inhabilitación temporal, de 6 meses hasta 5 años.

Ahora bien, conforme ya lo hemos dejado entrever cuando hemos mencionado a la Ley 29439, este tipo de inhabilitación previsto en el inciso 7 del artículo 36 ha estado ligado desde su inicio, ya sea como pena principal o accesoria, a los supuestos de lesiones o muertes ocasionadas como consecuencia de conducción de vehículos motorizados bajo los efectos del alcohol o drogas, o cuando el suceso se produzca por inobservancia de las normas de tránsito, o bien, por el peligro concreto de que tales acciones se produzcan por los mismos motivos. En ese contexto, desde sus orígenes, el Código Penal incorporó el siguiente texto en su artículo 40:

#### **Artículo 40.- Inhabilitación accesoria en los delitos culposos de tránsito**

La pena de inhabilitación prevista en el artículo 36°, inciso 7, de este Código podrá aplicarse como accesoria en los delitos culposos de tránsito.

En ese contexto, el tercer párrafo del artículo 111 del Código Penal, que regula el **Homicidio Culposo**, prevé la pena de inhabilitación del inciso 7 del artículo 36 para quien cometa este delito utilizando vehículo estando el agente bajo los efectos de drogas o alcohol, o cuando el delito resulte de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito. Esta misma pena de inhabilitación se prevé también en el artículo 124, último párrafo, del Código Penal, para las **Lesiones Culposas** cometidas en similar contexto (se incorporó por la Ley 27054 del año 1999). Y, por último, el artículo 274 del mismo Código estipuló desde su inicio a dicha pena de inhabilitación para el delito de **Conducción en Estado de Ebriedad o Drogadicción**.

Es así que, sean dichos delitos de peligro concreto o abstracto, lo importante que se destaca es que desde sus orígenes la pena de inhabilitación para conducir, tanto en su vertiente temporal como definitiva, solo estuvo dirigida para quienes transgredían el deber de cuidado de conducir un vehículo motorizado en condiciones óptimas que reduzcan al mínimo los peligros que tal actividad conlleva por propia naturaleza. No existía otro delito en que se aplicara este tipo de inhabilitación.

No obstante, mediante el Decreto Legislativo 1351, del año 2017, se produjo una situación inédita. No solo se regularon nuevas modalidades de cohecho pasivo y activo específicos vinculados a la función policial, sino que, además, se extendió

la inhabilitación prevista en el artículo 36, inciso 7, para el agente que cometa la modalidad agravada de este delito, esto es, cuando dicha función policial esté vinculada específicamente al tránsito o la seguridad vial. La regulación pertinente se incorporó como artículo 398-B del Código Penal, y previó la pena de inhabilitación consistente en la cancelación o incapacidad definitiva, según sea el caso, para obtener autorización para conducir.

Con lo anterior, pasamos de imponer la pena de inhabilitación para conducir vehículo motorizado para los delitos que impliquen violación de un deber de cuidado, a imponer dicha pena, también, para quienes estén inmersos en actos de corrupción de un efectivo policial que esté ejerciendo funciones de regulación del tránsito o la seguridad vial. En otras palabras, pasamos de cautelar con esta inhabilitación la vida, el cuerpo y la salud de las personas, a cautelar el correcto y normal funcionamiento de la administración pública.

Es así como, sin más, nació esta inhabilitación para conducir para quien cometa el especial delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial en su modalidad agravada, regulación que no ha sufrido modificación alguna hasta la actualidad.

### **7.6.3. Contenido de la pena de inhabilitación prevista en el artículo 398-B del Código Penal**

Una primera impresión que tenemos cuando leemos de manera detenida el artículo 398-B del Código Penal, es que este hace referencia a la “autorización para conducir”. Para entender lo que significa, obviamente debemos dirigirnos a

la norma especial de la materia, que es en este caso el Reglamento Nacional de Tránsito – Código de Tránsito, aprobado por Decreto Supremo N° 016-2009-MTC y sus múltiples modificatorias, el mismo que en su artículo 2 define lo que es una Licencia de Conducir, indicando lo siguiente:

**Licencia de Conducir:** Documento oficial emitido en forma física o electrónica por la autoridad competente, que autoriza a su titular a conducir un vehículo a nivel nacional.

Una definición similar también la tiene el Reglamento Nacional del Sistema de Emisión de Licencias de Conducir, aprobado por Decreto Supremo 007-2016-MTC, y sus modificatorias, que en su artículo 2 establece lo siguiente:

**Licencia de Conducir:** Documento oficial emitido en forma física o electrónica y registrado en el Sistema Nacional de Conductores – SNC, por la autoridad competente, que autoriza a su titular a conducir un vehículo de transporte terrestre a nivel nacional.

Igualmente, el artículo 107 del referido Reglamento Nacional de Tránsito define quién requiere tramitar una licencia de conducir:

**Artículo 107.- Licencia de conducir.**

El conductor de un vehículo automotor o de un vehículo no motorizado de tres ruedas o más, fabricado para el transporte de personas y/o mercancías, debe ser titular de una licencia de conducir vigente de la clase y categoría respectiva.

La licencia de conducir es otorgada por la autoridad competente conforme a lo dispuesto por el Reglamento Nacional de Licencias de Conducir vehículos automotores y no motorizados de transporte terrestre.

Ahora bien, para la obtención de dicha licencia o autorización para conducir, se prevé todo un procedimiento administrativo, que se encuentra debidamente detallado en el Reglamento Nacional del Sistema de Emisión de Licencias de Conducir, que implica el verificar un mínimo nivel de destreza en el manejo y conocimientos en normas de tránsito que debe poseer el conductor, luego de lo cual la autoridad competente le expedirá la licencia respectiva que lo autorizará a conducir un vehículo por el territorio nacional (aunque otros países también pueden admitir su valor para su territorio), para lo cual se regulan determinadas categorías, que están vinculadas al tipo de vehículo que se le autoriza conducir a la persona.

Una segunda impresión que tenemos de la revisión detenida del artículo 398-B del Código Penal, es que este ha preferido incorporar expresamente la pena de inhabilitación consistente en la **cancelación** o la **incapacidad definitiva**, según sea el caso, para obtener autorización para conducir, y no solo se remite al artículo 36 inciso 7, como lo hacen los demás tipos penales que contienen esta misma pena de inhabilitación. Entendemos que ello es así pues lo que ha querido el legislador es dejar en claro que para este especial delito no es aplicable la “suspensión” de la autorización para conducir, que también se prevé en dicho inciso. En otras palabras, ha querido descartar cualquier posibilidad que se aplique una inhabilitación “temporal” para conducir.

En ese contexto, por **cancelación** de la autorización para conducir debemos entender, como ya hemos adelantado, la anulación, abolición o derogación del derecho que tenía la persona para conducir un vehículo motorizado.

Cabe precisar que el artículo 309 del Reglamento Nacional de Tránsito incorpora como una sanción administrativa aplicable a los conductores por las infracciones previstas en dicha norma, entre otras, la “cancelación definitiva de la licencia de conducir e inhabilitación del conductor”. Esta se desarrolla en el artículo 313 del mismo Reglamento, del siguiente modo:

### **Artículo 313.- Sanciones no pecuniarias**

**1. Sanción no pecuniaria directa:** las sanciones de suspensión y cancelación de licencia de conducir, así como la de inhabilitación para obtener una nueva licencia de conducir, se imponen de manera directa, por la comisión de alguna de las infracciones tipificadas a las que se atribuye dicha sanción conforme al numeral I. Conductores/as de Vehículos Automotores del Anexo I “CUADRO DE TIPIFICACIÓN, SANCIONES, MEDIDAS PREVENTIVAS Y CONTROL DE PUNTOS APLICABLES A LAS INFRACCIONES AL TRÁNSITO TERRESTRE” del presente Reglamento.

La reincidencia en la comisión de una misma infracción a las que se refiere el presente numeral, se sanciona con el doble del periodo de suspensión o inhabilitación temporal original, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 312 del presente Reglamento.

**2. Por acumulación de puntos:** Las autoridades competentes en el ejercicio de su potestad sancionadora pueden imponer sanciones de suspensión o cancelación de licencia de conducir o inhabilitación del conductor de acuerdo a las reglas establecidas en el Reglamento del Sistema de Control de Licencias de Conducir por Puntos.

El numeral I. Conductores/as de Vehículos Automotores del Anexo I “CUADRO DE TIPIFICACIÓN, SANCIONES, MEDIDAS PREVENTIVAS Y CONTROL DE PUNTOS APLICABLES A LAS INFRACCIONES AL TRÁNSITO TERRESTRE” del presente Reglamento, señala los puntos asignados a cada infracción de tránsito.

**3. Aplicación sucesiva:** Independientemente de la aplicación de cualquier sanción no pecuniaria directa que pudiera corresponder, es posible aplicar sanciones por acumulación de puntos si concurre el supuesto del inciso 2 del presente artículo; ejecutándose, de ser el caso, los periodos de suspensión y/o inhabilitación en forma sucesiva.

**4. Reducción de puntos:** El conductor con licencia de conducir hábil que no haya acumulado cien (100) puntos firmes y que no haya sido pasible de sanción no pecuniaria directa, podrá reducir treinta (30) puntos del Sistema de Control de Licencias por Conducir por Puntos, previa acreditación de haber aprobado el Curso de Seguridad Vial para Conductores, conforme a lo establecido en el Reglamento del Sistema de Control de Licencias de Conducir por Puntos.

Igualmente, el artículo 317 del Reglamento Nacional de Tránsito establece la sanción para quien tramite u obtenga una Licencia de Conducir que se encuentre suspendida o cancelada:

**Artículo 317.- Sanción por tramitación y obtención de Licencia de Conducir que se encuentre suspendida o cancelada**

Queda prohibida la tramitación de un duplicado, recategorización, revalidación, canje o nueva licencia de conducir de cualquier clase, por el infractor

cuya licencia de conducir se encuentre retenida, suspendida o cancelada o se encuentre inhabilitado para obtenerla.

La inobservancia de esta disposición constituye infracción muy grave.

Respecto a lo anterior, si bien las normas del Reglamento Nacional de Tránsito no reglamentan la pena de inhabilitación de cancelación de autorización para conducir prevista en el artículo 398-B del Código Penal, pues aquellas son de carácter administrativa, mientras que la prevista en la norma punitiva es de carácter penal; sin embargo, importante será considerar que, de acuerdo a dicho Reglamento, quien tenga una licencia de conducir cancelada, no podrá tramitar un duplicado, recategorización, revalidación, canje o nueva licencia de conducir de cualquier clase.

Dicha medida administrativa es aplicable pues, como vamos a ver del Reglamento Nacional del Sistema de Emisión de Licencias de Conducir (D.S. 007-2016-MTC), este hace referencia no solo a las licencias canceladas por faltas administrativas, sino también a las que han sido canceladas por mandato judicial. Así, su artículo 26 establece lo siguiente:

#### **Artículo 26.- Cancelación de Licencias de Conducir**

26.1. La Licencia de Conducir se cancela automáticamente, en los siguientes supuestos:

- a) Por declaración de no apto en la evaluación médica y psicológica, para la revalidación de la Licencia de Conducir.
- b) Por mandato legal o judicial.
- c) Por fallecimiento del titular.

- d) Cuando haya sido expedida a favor de quien es titular de otra Licencia de Conducir y esta se encuentre retenida o suspendida.
- e) Por renuncia del titular a su licencia.

26.2. La autoridad que otorga la Licencia de Conducir es la competente para declarar su cancelación, la cual produce efectos a partir de su notificación.

Es así entonces que, la cancelación de la autorización para conducir que se aplica a quien se encuentre inmerso en la agravante del artículo 398-B del Código Penal, significa necesariamente una anulación de la licencia de manera definitiva o perpetua, de tal modo que su titular no podrá tramitar otra en lo sucesivo. Además, esto es así, por cuanto, si hacemos un símil con la interpretación realizada en el Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116 para la “cancelación” de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego, este la define como una inhabilitación de carácter perpetua.

Por otro lado, por **incapacidad definitiva** para obtener autorización para conducir, debemos entender el impedimento para que el condenado por la modalidad agravada del artículo 398-B del Código Penal, que no cuente con Licencia de Conducir, pueda obtenerla en el futuro. En otras palabras, se elimina a una persona el derecho a obtener o tramitar en el futuro una Licencia de Conducir, así tenga las destrezas necesarias de manejo o el conocimiento suficiente de las normas de tránsito.

Según Cabanellas (1994), debe entenderse por incapacidad, entre otras acepciones, la “carencia de aptitud legal para ejercer derechos y contraer obligaciones” o también se le asimila con la “Inhabilidad” (T. IV. p. 367).

Así, las incapacidades pueden ser temporales o definitivas. En este caso el artículo 398-B del Código Penal la ha legislado como “definitiva”, por lo que, es de entenderse, que esta es una medida necesariamente perpetua: el condenado nunca podrá obtener una Licencia de Conducir.

#### **7.6.4. Naturaleza jurídica y características**

La cancelación o la incapacitación definitiva para obtener autorización para conducir vehículos implica necesariamente una limitación de un derecho civil y, ciertamente también, de uno de carácter profesional, en el caso que el condenado se dedique el transporte público de pasajeros.

Esta inhabilitación así vista es necesariamente **principal**, pues está expresamente regulada en el propio tipo penal (artículo 398-B del Código Penal), y se aplica de manera conjunta con una pena privativa de libertad (cuyos límites máximos y mínimos están descritos en el artículo 398-A del Código Penal).

Como ya lo hemos adelantado, es igualmente una inhabilitación de carácter **perpetua**, tanto en su forma de “cancelación” (para quien en ese momento tiene una Licencia de Conducir), como en su forma de “incapacidad definitiva” (para quien aún no tiene dicha Licencia). En ambos casos, el condenado nunca más podrá obtener una Licencia de Conducir. Además, se concluye que es perpetua porque de manera intencionada el legislador ha obviado en el artículo 398-A la posibilidad de incluir la “suspensión” de la autorización para conducir, expresamente prevista en el artículo 36 inciso 7, y que es la única medida de dicho inciso de carácter temporal.

Por último, estamos ante una inhabilitación **específica**, pues de manera taxativa está prevista en el artículo 398-B del Código Penal. No requiere, en consecuencia, que el Juez module o defina su contenido. Simplemente si tiene el condenado Licencia de Conducir, dispondrá su cancelación, y oficiará a la entidad correspondiente para que se registre la medida, no pudiendo obtener otra posteriormente. Si el condenado no tiene Licencia de Conducir, dispondrá la incapacidad definitiva para obtenerla, oficiando igualmente a la autoridad competente para el registro correspondiente.

En cuanto a si esta inhabilitación definitiva o perpetua guarda estrecha relación con el delito cometido, que en este caso es uno de corrupción de funcionarios, nos pronunciaremos más adelante, pues tiene relación con el sub principio de idoneidad de la pena. Igualmente nos pronunciaremos más adelante si su carácter de perpetua supera el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto. Estos dos tópicos, forman parte del punto medular de esta investigación, es decir, del capítulo IX.

## **CAPÍTULO VIII**

### **EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA DETERMINACIÓN DE LAS PENAS**

#### **8.1. LA DETERMINACIÓN DE LA PENA**

Una vez que ya tenemos establecido la existencia de un hecho con características delictivas, y constatada la vigencia del interés del Estado en castigar tal conducta, es que surge el momento de determinar las consecuencias jurídico-penales que le corresponden a quienes hayan tenido participación en la comisión del delito. En ese sentido, la determinación de la pena viene a ser un procedimiento técnico y valorativo a cargo del juez que ha de permitir, una vez calificados los hechos probados, la concreción cualitativa, cuantitativa y a veces ejecutiva de la sanción penal (Prado, 2000, pp. 95-96).

En principio, son tres los sistemas que se han ideado para determinar la pena. La primera de ellas es el sistema francés utilizado en el Código Penal de ese país de 1791, el cual establecía penas fijas determinadas absolutamente por el legislador. En contraposición a ello, se encuentra el sistema de penas indeterminadas, propio del derecho anglosajón, en donde se deja un amplio arbitrio al juzgador para determinar la sanción que le corresponde al infractor de la ley penal. El tercer sistema es uno de carácter intermedio, en donde el legislador establece determinados límites mínimos y máximos de la sanción

penal prevista, así como circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y determinados criterios específicos, a efectos de que el juzgador, tomando en cuenta todo ello, fije la pena concreta que le corresponde al delincuente.

Según el Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008, emitido en el IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema, el sistema de penas adoptado por el Perú es el **intermedio o ecléptico**:

Es importante destacar que en nuestro país se ha adoptado un sistema legal de determinación de la pena de tipo intermedio o ecléptico. Esto es, el legislador solo señala el mínimo y máximo de pena que corresponde a cada delito. Con ello se deja al juez un arbitrio relativo que debe incidir en la tarea funcional de individualizar, en el caso concreto, la pena aplicable al condenado. Lo cual se hará en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (artículos II, IV, V, VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal), bajo la estricta observancia del deber constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales. (Fundamento 7°)

Ahora bien, el sistema por el cual se determina la pena según nuestro Código Penal es uno de carácter complejo y tiene incidencia en dos ámbitos: el legislativo y el judicial. Es así que, es el legislador quien establece el tipo de pena que se va a imponer al hecho cometido, así como sus contornos mínimos y máximos, lo cual constituye el marco penal abstracto. Dentro de ese marco es que el juzgador determinará la pena concreta, pero no lo hace a su libre albedrío, pues el legislador, además, regula determinados criterios generales que concretan

parcialmente tal marco abstracto, lo que en doctrina se suele denominar el marco abstracto-concreto. Así, el legislador regula una serie de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, así como establece determinadas reglas complementarias para determinar el nuevo marco penal abstracto en los supuestos de concurso de delitos. Luego también se establecen determinadas circunstancias específicas, que tomará en cuenta el juez para imponer la pena concreta en contra del infractor de la ley penal.

Volviendo al **marco penal abstracto**, cabe recalcar que es el legislador quien establece las **clases de pena** que se pueden aplicar a determinado delito, regulando, así, a la pena privativa de libertad, a las penas restrictivas de la libertad, a las penas limitativas de derechos y a la pena de multa. También regula las formas de aplicar estas penas, pudiendo ser penas únicas o penas compuestas o alternativas. De igual modo, se pueden imponer dos penas no de forma compuesta, sino una como principal y otra como accesoria, como sucede, por lo general, con la pena de inhabilitación, que se la aplica como accesoria cuando el delito constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela o actividad regulada por ley, en cuyo caso esta pena debe ser solicitada expresamente por el fiscal y ser impuesta de manera taxativa por el juez.

Al igual que el legislador establece las clases de penas, también fija sus **límites mínimo y máximo** en cada tipo penal previsto en la parte especial del Código Penal, que servirá de contorno dentro del cual el juez determinará o

individualizará la pena concreta, atendiendo a determinadas reglas y circunstancias que también son reguladas por el legislador. Una de estas reglas es la denominada “regla de los tercios” (artículo 45-A del Código Penal), que permite dosificar la pena de una manera más técnica, disminuyendo en cierta medida el criterio discrecional del juzgador, pues de la presencia de circunstancias agravantes o atenuantes, también legisladas en el Código punitivo, dependerá la individualización de la pena dentro de los denominados tercio superior, intermedio o inferior.

En ese sentido, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en una ejecutoria del año 2020, ha señalado al respecto que:

Por tanto, una vez fijada por el legislador con carácter general y abstracto la pena correspondiente, el juez establecerá la pena concreta en función al sistema de tercios, según la presencia de circunstancias agravantes y atenuantes genéricas, conforme a los numerales 2 y 3 del tercer párrafo del artículo 45-A del Código Penal. La pena final puede, incluso, modificarse si se presentan las denominadas “reglas de reducción de pena por bonificación procesal” (conformidad procesal, confesión sincera, terminación anticipada). (Casación N° 68-2019/Lambayeque, Fundamento 2).

Ahora bien, la determinación del marco penal abstracto por el legislador no opera de manera arbitraria, sino que se informa necesariamente por determinados principios que limitan el *ius puniendi*, siendo los principales el **principio de legalidad** y el **principio de proporcionalidad**.

No nos vamos a detener por ahora en estos principios, solo diremos que el principio de legalidad tiene su sustento constitucional en el artículo 2, inciso 24, literal d) de la Carta Magna, según en el cual “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

Conforme ya hemos dicho entonces, este principio de legalidad exige al legislador determinar de manera expresa e inequívoca en la ley la conducta que debe considerarse como delito, así como la sanción a imponerse, la cual no se refiere a la pena concreta que se tendrá que imponer al infractor, sino al tipo de pena y a los contornos máximos y mínimos dentro de los cuales el juzgador se moverá para determinar la pena concreta.

De otro lado, en cuanto al principio de proporcionalidad, o llamado también de “prohibición de exceso”, por ahora solo diremos que éste está muy ligado, desde sus inicios, al tema de la determinación de la pena. Así, tal como nos dice Perello (1997):

la formulación inicial del principio de proporcionalidad se encuentra en el ámbito del Derecho penal, en el que prontamente adquirió relevancia, de forma particular, en relación con la determinación de la pena. Ya Beccaria hizo referencia a la proporcionalidad en el orden punitivo en su obra *De los delitos y las penas*, en la que propugnaba que “la pena proporcional a la culpabilidad era la única pena útil”. Igualmente, se reconoce este principio en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que proclamaba que la Ley no

debía establecer otras penas que las estrictas y evidentemente necesarias. (p. 69).

Desde esa perspectiva, con Villavicencio (2013), diremos que este principio de proporcionalidad “consiste en la búsqueda de un equilibrio entre el poder penal del Estado, la sociedad y el imputado. Constituye un principio básico respecto de toda intervención gravosa de este poder, directamente a partir del principio del Estado de Derecho” (p. 115).

Es así que, en mérito a lo anterior, se exige al legislador que, al momento de establecer la pena aplicable a determinada conducta ilícita, así como los extremos mínimos y máximos de ésta, se considere que siempre esta regulación debe superar los tres niveles que conforman este principio: juicio de idoneidad, juicio de necesidad y juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Solo si se superan esos tres niveles de análisis, la pena será válida en términos constitucionales. Volveremos más adelante con este principio, pues es medular para los fines de la presente investigación.

Ahora bien, una vez establecido el marco penal abstracto por el legislador, se tienen que considerar seguidamente determinadas situaciones especiales previstas también por él, que tienen incidencia en dicho marco, constituidas, como dice García (2021) por “situaciones que afectan la proporcionalidad abstracta del delito, por lo que, en principio, modifican el marco penal previsto en el tipo penal correspondiente” (pp. 837-838). En ese contexto, están por un lado las **circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad** (las llamadas circunstancias agravantes y atenuantes genéricas, incluso algunos

incluyen aquí las eximentes incompletas, la tentativa, la imputabilidad restringida o el error de prohibición), y las **circunstancias específicas modificativas del marco penal abstracto** (están previstas para determinados delitos de la parte especial y cumplen la función de crear un marco penal abstracto distinto al indicado para el tipo base, como por ejemplo, el hurto agravado) y, por otro lado, los casos de **concurso de delitos** en sus distintas variantes (concurso real, concurso ideal, delito continuado y delito masa).

Siguiendo la línea prescrita para la determinación de la pena, tenemos que luego de fijado el marco penal abstracto, que eventualmente podrá ser variado por determinadas circunstancias que modifican la responsabilidad penal, toca al juez proceder con la **individualización judicial de la pena**, esto es, realizar todo un proceso complejo tendiente a determinar la pena concreta que le corresponde al infractor de la ley penal, pues conforme nos dice Bramont y Bramont-Arias (1995) “el arbitrio judicial se mueve solamente dentro de los límites residuales que la ley fija, una vez efectuadas las operaciones anteriores” (p. 224).

Ahora bien, dicha individualización no está a la total discreción o arbitrio del juez, sino que está hasta cierto punto regulada, aunque dicha regulación sea un tanto genérica, lo que, en buena cuenta, deja al juez determinados márgenes para su decisión, lo cual, sin embargo, no quiere decir, en lo absoluto, que el juez no deba motivar su decisión de cara a la determinación de una pena no solo legal, sino sobre todo justa.

Lo anterior, ha hecho que prevalezca en la doctrina lo que se denomina la “teoría de la pena proporcional al hecho”, que hace recaer la individualización de la pena

en la gravedad del hecho cometido, que atiende, en buena cuenta, a la responsabilidad objetiva (es decir, el daño producido), a la responsabilidad subjetiva (intensión o grado de negligencia), así como a la culpabilidad individual del autor.

En ese contexto, y como dice García (2021):

la individualización judicial de la pena debe seguir los mismos criterios que informan la determinación legal de la pena. En ese sentido, esta etapa del proceso encargado al juez debe orientarse también por los principios de legalidad y de proporcionalidad. (p. 997)

No obstante, como quiera que el principio de legalidad no determina la pena concreta a imponerse por el juez, será decisivo entonces, como criterio informador de la labor jurisdiccional, la aplicación, una vez más, del principio de proporcionalidad para establecer la pena que de manera individualizada y concreta corresponde que sea aplicada a quién ha cometido un delito. Este principio de proporcionalidad, en esta parte de la individualización judicial de la pena, se manifiesta, al igual que en la determinación legal de la pena, en tres niveles o dimensiones: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Vemos entonces de todo lo anterior, que el principio de proporcionalidad de las penas se ubica en dos ámbitos o niveles: **el legislativo**, al momento de determinar o regular el tipo de pena, así como sus extremos mínimo y máximo, y **el judicial**, al momento de individualizar la pena concreta que le corresponde al infractor de la ley penal. Acorde con ello, San Martín (2012) nos dice que:

Este principio, que en sede penal afecta al injusto del hecho –no a la atribuibilidad del injusto al autor, propio del principio de culpabilidad-, es decir, a la relación entre la gravedad del injusto y la de la pena, se expresa en una triple dimensión: la intervención restrictiva de los poderes públicos debe ser necesaria, adecuada y proporcionada. Ello significa que la proporcionalidad se mide en abstracto y en concreto; la primera, referida al establecimiento de conminaciones legales, y la segunda, circunscrita a la imposición de penas, y en ambos casos exige, como común denominador, que guarden relación valorativa con el hecho cometido, contemplado éste en su significado global. (p. 168-169).

En ese mismo sentido, Fuentes (2008) nos dice que:

En general, de la proporcionalidad se predica el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta). Cabe precisar que el principio de proporcionalidad se erige en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, y por el otro, el interés del individuo en la eficacia de una garantía consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del ius puniendi. Así, la justa medida de la pena se configura como un principio rector de todo el sistema penal. (pp. 19-20).

Luna (2009), en igual sentido, nos dice que:

El principio de proporcionalidad o de prohibición de “exceso”, exige la existencia de un marco punitivo coherente y basado en una armónica articulación del total sistema de penas y medidas de seguridad en el estado que se jacte de ser democrático de derecho y aspire a mantener el respeto a la constitucionalidad. Este principio contiene a su vez dos aspectos principales: una proporcionalidad abstracta (prohibición de conminaciones desproporcionadas al momento de legislar) y una proporcionalidad concreta (prohibición de imposición efectiva de penas desproporcionadas por parte del juzgador). (p. 323).

Sin perjuicio de todo lo anterior, cabe decir también, que a los niveles legislativo y judicial se puede agregar un tercer ámbito, que es el de la **ejecución penitenciaria**, conforme lo ha indicado el Tribunal Constitucional, cuando ha indicado que:

el principio de proporcionalidad tiene una especial connotación en el ámbito de la determinación de las penas, ya que opera de muy distintos modos, ya sea que se trate de la determinación legal, la determinación judicial o, en su caso, la determinación administrativa-penitenciaria de la pena. (STC N° 010-2002-AI/TC, Fundamento 196)

Así, corresponde entonces que este importante principio sea estudiado de manera especial, por lo gravitante que es en la determinación de la pena. En consecuencia, nos centraremos, en lo siguiente, en el análisis de su aplicación tanto en la determinación legal como judicial de la pena, por ser pertinente para el desarrollo de la presente investigación, dejando para otra oportunidad su relación con las normas de carácter administrativa-penitenciaria.

## **8.2. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA DETERMINACIÓN LEGAL DE LA PENA**

El Tribunal Constitucional, desde hace muchos años, ha resaltado la importancia del principio de proporcionalidad en la determinación de la pena por parte del legislador, al indicar que:

El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona. (STC N° 010.2002-AI/TC, Fundamento 195)

La doctrina, de manera aún más concluyente, también se ha pronunciado desde antaño. Así, Bramont y Bramont-Arias (1995) nos dicen que:

El marco legal abstracto se determina, fundamentalmente, en base a la proporcionalidad de la pena con el injusto del hecho y la culpabilidad concurrente. Efectivamente, las figuras delictivas establecen una graduación de las consecuencias penales en atención a la mayor o menor entidad del contenido de

injusto, así como la mayor sanción que acompaña a las lesiones de bienes jurídicos relevantes. También el C.P. señala una penalidad mayor a los delitos dolosos que a los culposos. (p. 224)

Dichos autores continúan diciendo que:

La proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la del injusto culpable se lleva a cabo teniendo en cuenta consideraciones de prevención general, pues la prevención especial desempeña un papel diminuto en la configuración de los tipos delictivos, particularmente con relación a la pena privativa de libertad, cuyo límite máximo puede resultar excesivo (cadena perpetua) y demasiado bajo el límite mínimo (2 días). De manera que concluimos diciendo que el marco legal abstracto o genérico se establece en base a consideraciones de justicia, orientadas según fines preventivos. (p. 224)

Complementando lo anterior, el Tribunal Constitucional ha indicado también que:

En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no solo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador el que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. Este principio, en el plano legislativo, se encuentra en el artículo VII del título preliminar del Código Penal, que señala que “la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...). (STC N° 010-2002-AI/TC, Fundamento 197)

En ese contexto, y conforme ya lo hemos dicho, en la determinación del marco penal abstracto no basta que se considere el principio de legalidad, sino que es necesario y trascendente la observancia del principio de proporcionalidad. Nunca

será igual un delito de lesiones que un homicidio, o un delito de hurto que un peculado, o menos aún un delito tentado que uno consumado, por lo cual, no cabe imponer a situaciones distintas las mismas penas.

Ahora bien, la observancia de este principio de proporcionalidad en la determinación del marco penal abstracto, necesariamente debe transcurrir, conforme ya lo hemos anotado también, por el cumplimiento de tres niveles de análisis, conocido comúnmente como el test de razonabilidad o proporcionalidad: el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Veamos entonces, a continuación, como estos tres niveles de análisis se expresan en la determinación proporcional del marco penal abstracto.

### **8.2.1. El juicio de idoneidad**

El juicio o examen de idoneidad guarda relación con la necesaria correspondencia que debe existir entre el marco penal previsto en la ley y la función asignada al Derecho Penal. No significa desde ningún punto de vista asumir una concepción retribucionista de la pena. Así, dado que es posición mayoritaria, además acogida por el artículo IX del título preliminar del Código Penal, que la función del derecho penal es de carácter preventivo, asumir la proporcionalidad de la pena como un principio rector del *ius puniendi* del Estado significa un necesario correctivo, que limita la posibilidad de asumir a la pena en su puro efecto disuasorio o de terror penal. Ello además no debe sonar extraño, pues, como nos dice Luna (2009) “los límites al *ius puniendi*, por tanto, son propios de un estado democrático, o mejor dicho, caracterizan en menor o mayor

medida la existencia de un auténtico estado democrático de derecho, pues de su esencia es que emanan tales principios limitadores” (pp.318-319).

En otras palabras, la magnitud de la pena establecida no debe corresponder solo con la mayor o menor probabilidad de realización de la conducta delictiva, sino que además debe responder a otros factores distintos a la mera necesidad de la sociedad de imponer una pena. En ese sentido, el principio de proporcionalidad, implicará que se tome en consideración siempre una necesaria correlación entre la gravedad del hecho cometido y la pena establecida en la ley, lo que permite, además, proteger a la persona de probables excesos del grupo social.

En ese sentido, es mayoritaria la postura que alude a la necesaria permanencia del principio de proporcionalidad como correctivo a los excesos que puede significar la concepción puramente disuasoria o preventiva que se asigna a las penas, en la medida que solo se alcanza la prevención de los delitos estableciendo una pena proporcional al hecho previsto en la norma como conducta prohibida. No obstante, hay quienes critican esta postura, pues indican que ello permite que se acojan criterios emocionales o irracionales en la determinación de lo que debe considerarse proporcional según la convicción mayoritaria de la sociedad. En ese entender, se acoge entonces la posibilidad de que exista un conjunto de valores que son opuestos al fin preventivo de la pena y que le sirven de límite. Lo difícil es determinar qué compone esa escala de valores, y que sea ajeno al fin preventivo de la pena.

Respecto a lo anterior, se puede decir, por un lado, que esa escala de valores se determina históricamente, y por otro, que estos límites se encuentran en la propia

persona humana, sin renunciar obviamente al carácter histórico de la realidad, y que ello tendría su punto de partida en el propio programa político-jurídico previsto en la Constitución Política, postura esta última que sería la más aceptable, pues permite tener límites más estables frente a las tendencias de la sociedad en determinado momento.

Por otro lado, la observancia del principio de proporcionalidad no se agota en la necesidad de establecer límites a los fines preventivos de la pena, sino que, además, encuentra sustento en la comprensión restabilizadora del Derecho Penal. Esto se explica, como nos dice García (2021), en que:

Si se asume, como en nuestro caso, que la función de la pena es reestablecer la vigencia de la norma defraudada por el delito, la previsión legal de la pena deberá ser idónea para alcanzar ese fin. Esta idoneidad se alcanza si la pena legalmente prevista responde a la gravedad del hecho legalmente descrito como capaz de cuestionar la vigencia de la norma. Por lo tanto, la pena conminada no solo debe ser cualitativamente una comunicación penalmente relevante, sino que cuantitativamente debe ajustarse a la intensidad del hecho que se encuentra tipificado como defraudador de la norma. (p. 973)

### **8.2.2. El juicio de necesidad**

El examen de necesidad de la pena prevista por el legislador, implica una evaluación sobre si la misma es realmente necesaria para alcanzar los fines de protección que se persiguen, o si, por el contrario, existen penas menos afflictivas a la libertad que se pueden imponer.

Es así que este examen de necesidad se verifica desde dos ámbitos. El primero, relacionado a su necesidad frente a otros mecanismos de control social, lo que se ha solido llamar “principio de mínima intervención”, que implica que el Derecho Penal es de *ultima ratio*, es decir, es el último mecanismo al que se debe recurrir para pacificar los conflictos sociales, cuando todos los demás mecanismos de control social han fracasado. De esto también se deriva que al Derecho Penal solo le toca castigar afectaciones a los bienes jurídicos más importantes (principio de subsidiariedad), y dentro de las mismas a aquellas que son más intolerables (principio de fragmentariedad). Es así entonces, que los denominados delitos de bagatela deben dejarse en manos de mecanismos de control extrapenales, debido a que no afectan de manera significativa los bienes jurídicos fundamentales. Es obvio que, siguiendo esa línea, también quedan fuera del control penal las conductas que afectan bienes jurídicos no fundamentales.

El segundo ámbito tiene que ver con el plano propiamente penal, en el sentido que la evaluación debe estar dirigida también a si el mismo efecto restabilizador o preventivo se puede obtener con una pena menos aflictiva, de las previstas en la propia normativa penal. En ese contexto, si con una pena más severa no se fortalece su efecto preventivo, entonces estaríamos ante una clara infracción del principio de proporcionalidad. Desde esa línea, y siguiendo una vez más a García (2012) “una pena legalmente prevista será proporcional si el efecto preventivo deseado de protección de bienes jurídicos no puede alcanzarse con una pena menos severa cuantitativa o cualitativamente” (p. 835).

### **8.2.3. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto**

El examen de proporcionalidad *strictu sensu* exige que no debe existir un desequilibrio manifiesto, excesivo o irrazonable, entre la sanción penal y la finalidad de la norma. Esto se expresa en una correlación o equivalencia valorativa entre la gravedad del hecho cometido y la sanción penal prevista. En ese sentido, la pena prevista por el legislador y la cantidad de la misma, debe guardar proporcionalidad con el hecho típico.

En torno a ello, San Martín (2012) nos dice que:

la pena debe ser proporcional al delito y la medida de ella se establece sobre la base de la importancia social del hecho –no pueden ser sancionados los delitos con penas desorbitadas que no guarden una efectiva relación de proporcionalidad entre la gravedad de la acción delictiva y la pena prevista en el tipo penal-. Como tal, este subprincipio está relacionado directamente con el principio de culpabilidad que persigue, como uno de sus elementos fundantes, que la pena no exceda la gravedad equivalente a la culpabilidad. (pp. 170-171).

Esta proporcionalidad estricta que debe observar el legislador está en relación con el bien jurídico protegido y la intensidad y modalidad de ataque al mismo, pues como dice Villavicencio (2013) “la importancia de este principio radica en que jerarquiza las lesiones y establece un grado de mínima coherencia entre las magnitudes de penas relacionadas a cada conflicto criminalizado, además que mantiene una adecuada relación con el fin preventivo” (p. 117).

Así, por ejemplo, corresponde que se determine una pena más grave al ataque a bienes jurídicos más importantes como la vida o la integridad física, en

comparación con otros intereses protegidos como la protección al sistema crediticio, entre otros. Igualmente, en cuanto a la modalidad de ataque al bien jurídico, podemos decir que una lesión al bien jurídico necesariamente debe tener una mayor sanción a su sola puesta en peligro. O bien, la lesión a varios bienes jurídicos debería sancionarse con mayor gravedad que la lesión a uno solo de ellos. La conducta dolosa se sanciona también con mayor intensidad que la conducta culposa. Todas estas son solo algunas de las posibilidades que se pueden dar en el sistema penal, pero que nos demuestran palmariamente que, si invertimos la determinación legal de la pena para los supuestos antes mencionados, claramente estaríamos afectando el principio de proporcionalidad.

Ahora bien, la abstracción de la ley penal tiene como consecuencia que la pena que se establezca para determinado hecho típico tenga que formularse de manera general, en base a un límite mínimo o máximo, respecto a lo cual existen varias posturas en relación a cómo deberían establecerse tales extremos. Siguiendo a García (2021), diremos que “el establecimiento del extremo mínimo es el resultado de un proceso de valoración en el que el legislador se pregunta por la pena que se impondría a la afectación más elemental del bien jurídico protegido en la forma de ataque tipificada” (p. 974); y en cuanto al extremo máximo, se dice que “para fijar el extremo máximo, el legislador debe determinar legalmente qué pena impondría al hecho concreto más grave que lesione el bien jurídico protegido y que no entre aún en el ámbito de regulación de una figura agravada” (p. 974).

### **8.3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA**

La individualización de la pena por parte del órgano jurisdiccional tiene que seguir los mismos criterios que se toman en cuenta en la determinación legal de la pena. En ese sentido, el juez debe necesariamente orientarse por los principios de legalidad y de proporcionalidad; no obstante, como quiera que el primero de ellos no determina la pena concreta a imponerse a determinado infractor de la ley penal, pues solo establece sus clases y los contornos de tiempo máximo y mínimo de esta, será entonces determinante, en esta operación de individualización o dosificación concreta de la sanción penal, el principio de proporcionalidad, el cual orientará al juez al momento de imponer la pena exacta que le corresponda al condenado.

Al respecto, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema ha indicado que:

la pena debe satisfacer tanto la legalidad como la proporcionalidad. Es por ello por lo que, para imponer una sanción, ha de cumplirse con la legalidad (situarse en la pena abstracta) y, seguidamente, ha de verificarse la proporcionalidad según las circunstancias del caso; es decir, tomando en cuenta la menor o mayor gravedad del hecho y el nivel de culpabilidad que puede resultar viable (dosificación de la pena concreta). (Casación N° 1192-2019/Huancavelica, Fundamento 3)

Ahora bien, este principio de proporcionalidad, al momento de individualizar judicialmente la pena, se manifiesta también a través de sus tres subprincipios:

idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Veamos cada uno de ellos.

### **8.3.1. El examen de idoneidad**

El enfoque que tiene el examen de idoneidad en la determinación de la pena concreta por parte del juez es distinto al que anotamos para la determinación legal de la pena por parte del legislador, en donde resaltamos que el principio de proporcionalidad sería un límite a lo excesivo que podría significar la configuración de la pena abstracta con una visión meramente preventiva o disuasoria.

En así entonces que, importante será conocer cuál es la función de la pena en este nivel o estadio de la determinación de la pena justa. Para conocer ello, partimos aquí de la idea que ya nos encontramos frente a una persona que ha cometido un hecho con connotación penal, es decir, una persona susceptible de imponerle una pena, para quien el carácter disuasorio del sistema penal no ha tenido efecto. En ese sentido, si bien la imposición de una pena debe reflejar la seriedad de la amenaza penal o la vigencia de la norma penal, sin embargo, ya no cobra mayor sentido que el juez se oriente por un criterio general preventivo o de restabilización. Aquí, por consiguiente, y tal como lo expresa García (2021)

en este nivel del sistema penal, el principio de culpabilidad por el hecho adquiere un carácter esencial para el cumplimiento de la función asignada a la pena. En consecuencia, la labor judicial de sancionar el delito concretamente cometido no puede hacerse al margen de la vigencia del principio de la culpabilidad. (p. 997)

El Tribunal Constitucional también ha confirmado esa posición, al indicar, en un caso de terrorismo, que “donde no hay demostración de culpabilidad no puede tampoco y mucho menos, existir condena” (STC N° 1029-2000-HC/TC, Fundamento 3).

En atención a lo anterior, el examen de idoneidad debe cautelar necesariamente que la pena no se dosifique, en este nivel, con carácter puramente preventivo o de restabilización social, pues de hacerlo así se renunciaría inevitablemente al carácter sancionatorio del Derecho Penal. Será inevitable entonces, para que la pena sea idónea, que las necesidades de la sociedad queden limitadas por el filtro de la culpabilidad del autor. No obstante, como lo dice García (2021):

lo dicho no niega, y esto es importante resaltarlo, que la culpabilidad resulte permeable a las necesidades del sistema social. Pero la determinación de la culpabilidad del autor no se guía únicamente por la necesidad de la pena, sino también por la individualidad de la persona, lo que obliga a apreciar el delito como expresión de su libertad de actuación. (p. 998)

En ese contexto, en resumen, podemos decir que toda pena resultará desproporcional si el órgano jurisdiccional la impone sin considerar la culpabilidad del autor por el hecho. Si la pena que se imponga al autor del hecho se basa solo en criterios de prevención y de necesidades de restabilización social, esta resultará desproporcional y por lo tanto no podrá aceptarse en un sistema penal de la culpabilidad. La función de prevención y de restabilización social solo se cumple plenamente si en la determinación de la pena toma en cuenta la determinación de la culpabilidad del autor en el hecho concreto cometido. En

suma, una pena sin culpabilidad es inidónea y, por tanto, no supera el test de proporcionalidad.

### **8.3.2. El examen de necesidad**

Para superar el examen de necesidad, el juez, al dosificar la sanción penal, debe considerar que necesariamente debe recurrir, entre las sanciones penales previstas por el legislador para el hecho cometido, a la que resulte menos lesiva para el autor, siempre y cuando sea idónea, es decir, se corresponda con su culpabilidad. En tal contexto, si el sistema penal ofrece distintas posibilidades de sanción penal, el juez deberá elegir entre estas a la que resulte menos restrictiva a los derechos del infractor de la ley penal.

El examen de necesidad incorpora a su vez dos manifestaciones fundamentales que debe tomar en consideración el juez al momento de individualizar la pena. La primera, guarda relación a que, si el tipo penal contempla penas alternativas para el delito cometido, el juez deberá elegir de entre ellas a la que resulte menos gravosa para el condenado, salvo que la culpabilidad de este sobrepase esa alternativa menos gravosa, caso en el cual esta última ya no será idónea. Un claro ejemplo de ello lo constituye el delito de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones, previsto y penado en el artículo 366 del Código Penal, el cual contempla penas alternativas de dos a cuatro años de pena privativa de libertad o prestación de servicios comunitarios de ochenta a ciento cuarenta jornadas. Tratándose este caso de penas alternativas, el juez deberá elegir la que resulte menos gravosa a los derechos del condenado, que en este caso será la pena de prestación de servicios comunitarios, salvo que la

culpabilidad del autor obligue al juez a imponer la pena más gravosa, que es la privativa de la libertad.

La segunda manifestación del examen de necesidad, permite al juez prescindir de las penas privativas de libertad cuando estas son muy cortas, a efectos de evitar la desocialización del condenado que se produce por la imposición de este tipo de pena tan gravosa. Es claro pues, que la pena privativa de la libertad tiene un efecto desocializador en la persona, pues lo aparta de la sociedad, pero también es evidente que en la actualidad no se ha encontrado otro tipo de pena que resulte más idónea para delitos graves que desestabilicen el orden social. No obstante, es posible dejar de aplicarla en casos de mínima lesividad al bien jurídico tutelado, sin que ello signifique que se está menguando el fin social de la pena, siempre que se cuide de recurrir a mecanismos alternativos que no debiliten la identidad social garantizada por el Derecho Penal.

En ese contexto, el Código Penal pone a disposición del juez una serie de alternativas punitivas que le permiten en este tipo de situaciones renunciar a aplicar la pena más gravosa que es la privativa de libertad. Entre estas medidas alternativas se encuentran la suspensión de la ejecución de la pena (artículo 57 del Código Penal), la reserva del fallo condenatorio (artículo 62 del Código Penal), la sustitución de penas (artículo 32 del Código Penal) y la conversión de penas (artículo 52 del Código Penal). Así, si el juez, pudiendo hacerlo, por estar frente a hechos de escasa lesividad, no aplica estas medidas alternativas y, por el contrario, impone la pena privativa de libertad, esta pena será evidentemente inconstitucional por no superar el test de proporcionalidad, al no ser necesaria,

ya que la necesidad de prevención general o de restabilización social no requiere la imposición de una pena privativa de libertad efectiva.

En ese sentido, hay quienes han criticado la norma que inaplica la suspensión de la ejecución de la pena para determinados delitos contra la administración pública, como el peculado, previsto en el último párrafo del artículo 57 del Código Penal, ya que en la práctica se dan hechos que configuran el delito de peculado por apropiación, pero que son de muy mínima lesividad, como, por ejemplo, el apropiarse de un paquete de hojas bond o de una docena de lapiceros de una institución estatal.

En casos como estos, parece proporcional que no se aplique una pena privativa de libertad efectiva, sino suspendida, de cara a evitar los efectos perniciosos de hacer ingresar a prisión a una persona que ha cometido un delito de escasa dañosidad social. Es por ello que ya se han dado determinados pronunciamientos judiciales que inaplican tal prohibición legal, por tratarse de una norma desproporcionada y, por ende, inconstitucional. Así tenemos la Consulta N° 10541-2019/Puno, del 20 de junio de 2019, emitida por la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, que aprueba la inaplicación al caso concreto, vía control difuso, de la parte *in fine* del artículo 57° del Código Penal, en un caso referido a un peculado doloso por apropiación de mínima lesividad, por incompatibilidad con los derechos fundamentales a la dignidad de la persona humana, a la libertad ambulatoria y a la resocialización del penado.

De otro lado, un caso en que se aplicó la alternatividad penal, es la Casación N° 1438-2019/Moquegua del 26 de abril de 2021. Aquí la Sala Penal Permanente

de la Corte Suprema estimó que era admisible y proporcional, para un caso de peculado doloso por apropiación, convertir la pena privativa de libertad en una pena de prestación de servicios a la comunidad, en los siguientes términos:

**CUARTO.** Que es claro que la **conversión** de la pena privativa de libertad tiene como presupuesto material que no fuera procedente la condena condicional, que es lo que sucede en el presente caso al amparo del Decreto Legislativo 1351, que modificó el último párrafo del artículo 57 del Código Penal. Sobre esta base el Código penal autoriza al juez a poder convertir la pena privativa de libertad de cuatro años a prestación de servicios a la comunidad. Desde luego esta conversión no es automática y, para decidirla, corresponde al juez evaluar si corresponde hacerlo desde el principio de proporcionalidad y los fines de la pena (en sentido amplio: artículos VIII y IX del Título Preliminar del Código Penal).

El Tribunal Superior ha incidido en el móvil egoísta que impulsó la actuación del agente, pero se trata de una perspectiva muy limitada –que no tendría elementos de racionalidad idóneos- para entender, desde la prevención especial, el rol que ha de tener la pena en incidir en la personalidad del agente, de modo de favorecer su recuperación. Es de reconocer que ha de otorgarse a la culpabilidad –al grado de ella- el criterio principal o preeminente para la determinación de la pena –que se corresponde con lo dispuesto en el artículo 45 del Código Penal y el propio artículo 45-A del mismo Código al destacar en su segundo párrafo la responsabilidad o culpabilidad para determinar la pena-, por lo que debe elegirse una sanción idónea, en tipo y en la medida, para favorecer la resocialización del agente.

**QUINTO.** Que el delito cometido por un servidor público, de menor jerarquía, está referido al apoderamiento de una cantidad limitada de petróleo diésel B cinco, que, por lo demás, reparó aunque tardíamente. El recurrente es una persona sin antecedentes, sin mayor cultura, y no integrado a una red delictiva alguna. No tiene una personalidad criminal definida ni el delito cometido es parte de una carrera criminal; es un delito ocasional y de ejecución única, con exclusión de codelincuencia. No es claro que una pena privativa de libertad de cuatro años efectiva pueda favorecer la resocialización del imputado, más bien una pena de prestación de servicios a la comunidad sería más idónea al fin de resocializador.

**SEXTO.** Que esta conclusión es compatible con lo establecido en el Acuerdo Plenario 9-2019/CIJ-116, de diez de septiembre de dos mil diecinueve. Las prohibiciones del artículo 57 del Código Penal no alcanzan al artículo 52 del mismo Código. La conversión, señaló el párrafo quincuagésimo segundo, está condicionada al cumplimiento estricto del principio de proporcionalidad, adecuada a los fines que se esperan de la pena.

Como se ve, la anterior es una muy buena ejecutoria suprema que sintetiza lo que hemos estado desarrollando sobre la alternatividad penal, de cara a establecer una pena proporcional a la gravedad del hecho cometido.

Por lo demás, resulta ilustrativo lo que nos dice Binder (2004, citado en Villaviencio, 2013) en relación a la necesidad de la pena, como componente del principio de proporcionalidad:

La idea proporcionalidad presupone que se ha usado la pena como último recurso y que se logra satisfacer la necesidad que constituye su único fundamento (si no caemos en el marco de la pena inútil, que no es admisible). Dentro de ese marco

estrecho, proporcionalidad no significa equivalencia entre la gravedad del delito y la pena, sino que el mal que causa la pena es el mínimo posible según el grado de necesidad que surge de la falta de otros instrumentos de respuesta que no sea la violencia. (p. 117)

### **8.3.3. El examen de proporcionalidad en sentido estricto**

El juicio de proporcionalidad *strictu sensu* significa determinar si la gravedad del hecho cometido merece ser castigado con la pena impuesta por el órgano jurisdiccional, dentro del marco abstracto máximo y mínimo previsto por el legislador. En suma, es de apreciar las circunstancias que denoten la gravedad del hecho cometido, y en base a ellas, aplicar la pena considerando esa gravedad. Es así que la pena será proporcional si se corresponde con la gravedad del hecho concreto.

Para determinar si existe esta correspondencia entre la gravedad del hecho concreto y la pena impuesta, la doctrina mayoritaria recurre a la culpabilidad, pero no a la culpabilidad tomada en cuenta como fundamento de la pena, sino a la culpabilidad que sustenta la medición de la pena, la cual ofrece un conjunto de aspectos relevantes para la dosificación de la sanción penal en el caso en concreto. Este límite, de cara a la imposición de una pena proporcional, encuentra su sustento legal en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, en cuanto reza que “la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho”, lo que en términos sencillos significa que la pena a imponer no debe sobrepasar la culpabilidad del autor por el hecho cometido.

Ya hemos dicho que no debe confundirse la culpabilidad como categoría del delito que sirve para fundamentar la pena, de la culpabilidad que sirve como criterio individualizador de la sanción penal. Esta última, como dice García (2021), está referida:

a la responsabilidad del autor por la gravedad socialmente determinada del hecho cometido, esto es, por el injusto culpable concretamente realizado. Por tanto, aquí deben considerarse todos los aspectos del delito que inciden en el juicio de desvalor jurídico-penal. Se trata de un juicio retrospectivo sobre la gravedad del delito cometido, ajeno, por tanto, a la consideración de futuros efectos preventivos. Por otro lado, la valoración de la gravedad del delito para determinar la pena concreta tiene un claro condicionamiento cultural, por lo que no debe tener siempre la misma expresión. (p. 1017)

En la dogmática penal se han ideado diversas teorías para determinar cómo es que la culpabilidad incide en la determinación de la pena concreta. Siguiendo a Bramont y Bramont-Arias (1995, p. 227) diremos que una primera posibilidad es la sostenida por la llamada teoría de la pena exacta o puntual, según la cual el juez ha de hallar la pena que resulte exactamente ajustada a la culpabilidad del sujeto (entendida en sentido amplio). Se trata de una postura retribucionista. Señala la pena exacta, sobre la cual juegan los criterios preventivos, es decir, no contempla en forma autónoma los fines de la prevención. Las críticas que ha recibido esta postura se centran en cuestionar que la culpabilidad pueda llegar a un punto que esté prefijado en el marco legal abstracto, y que no es permeable a consideraciones preventivas.

Una posición contraria es la que considera a la culpabilidad (en sentido amplio) únicamente como límite máximo de la pena, no como límite mínimo. La pena no necesaria desde el punto de vista preventivo debería dejar de imponerse aunque fuese adecuada a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor. Esta posición fue sostenida por Roxin, pero ahora ha cambiado de posición de lege data. Se trata de una posición que concede un margen ilimitado a las consideraciones preventivas en cuanto aconseja atenuar e incluso prescindir de la pena, lo cual ha merecido determinadas críticas, pues ello podría hacer que la pena no corresponda necesariamente con la culpabilidad del autor.

En torno a estas teorías extremas, se han presentado otras más bien intermedias, como la llamada teoría del ámbito de juego, elaborada por la jurisprudencia alemana, que postula que la pena no es puntual, sino que comprende un marco determinado entre un máximo y un mínimo (“espacio de juego”), dentro del cual el juez podría moverse para graduar la pena según las necesidades preventivas (general y especial). Esta teoría ha sido defendida por Roxin.

Igualmente, tenemos la teoría del valor de reemplazo, según la cual el dilema entre culpabilidad (en sentido amplio) y prevención, se resuelve asignando a la culpabilidad la misión de decidir por sí sola la duración de la pena (determinación de la culpabilidad en sentido estricto) y a la prevención la de orientar, por si sola también, la decisión acerca de que si hay que suspender o sustituir la pena por otra medida, o sea, decidir sobre la aplicación de los sustitutos penales (determinación de la pena en sentido amplio).

Cabe precisar que nuestra legislación penal no ha asumido expresamente ninguna de estas teorías, pero el tenor del citado artículo VIII del Título Preliminar se asemeja mucho a la teoría intermedia del ámbito de juego, en tanto establece el límite de la proporcionalidad solo hacía arriba, al establecer que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho.

Lo anterior, sin embargo, ha sido motivo de críticas. Así, García (2021), nos dice que la referida teoría, al no poder determinar unívocamente el marco de la culpabilidad, tira por la borda una de las funciones más importantes de la dogmática penal, cual es la de dar seguridad jurídica, pues deja al juez amplios márgenes de discrecionalidad sin establecer mayores referentes estables. Es por tal razón que resulta plenamente asumible la actual orientación que está tomando la individualización de la pena, en el sentido que la pena concreta sea proporcional al hecho, lo que, al margen de las críticas formuladas, significa que “la pena proporcional al hecho debe determinarse judicialmente teniendo en cuenta la dimensión social y las diversas perspectivas que confluyen en la realización del delito concretamente juzgado” (p. 1019).

## **CAPÍTULO IX**

### **RESULTADOS: ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA PENA DE INHABILITACIÓN DEFINITIVA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 398°-B DEL CÓDIGO PENAL**

#### **9.1. DELIMITACIÓN DEL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD**

Cuando desarrollamos el capítulo I de esta investigación, relacionada con el marco teórico, mencionamos los pocos pronunciamientos de la doctrina que se habían emitido sobre este importante tema de la aparente inconstitucionalidad de la pena de inhabilitación definitiva prevista en el artículo 398-B del Código Penal.

En ese momento, encontramos que solo se habían emitido dos pronunciamientos: el primero, de los autores Hugo Álvarez y Huarcaya Ramos (2018, p. 427-428), quienes abiertamente se decantaban por que dicha pena de inhabilitación entraba en colisión con el principio constitucional de resocialización del penado, de lo cual podemos deducir que, de los niveles del test de proporcionalidad, dichos autores cuestionan que tal norma no superaría el examen de proporcionalidad en sentido estricto.

De igual modo, los mismos autores también se refirieron a la falta de “relación lógica” entre la conducta de corromper a un policía y la incapacidad para conducir, con lo que, ciertamente, se estaría cuestionando, además, que la cuestionada norma no superaría el examen de idoneidad.

Un segundo pronunciamiento, aunque de manera bastante escueta, proviene de Arismendiz Amaya (2018, p. 767), para quien sí existiría una conexión directa entre el delito cometido y el ejercicio del derecho afectado mediante la indicada pena, aunque no explica las razones o fundamentos de su afirmación. No obstante, tal posición también vemos que se relaciona con el examen de idoneidad de la referida pena de inhabilitación.

Ahora bien, cuando hemos planteado los objetivos de la presente investigación, verificamos que el principal de ellos radica en determinar si es inconstitucional la pena de inhabilitación para los autores del delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial en su modalidad agravada, prevista en el artículo 398-B del Código Penal, consistente en la cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir.

Tal objetivo se planteó así, desde los inicios de la presente investigación, en vista de algunos pronunciamientos que había emitido la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, en los que analizaba la aplicación del control difuso respecto al artículo 398-B, pero en relación a casos concretos, es decir, la argumentación jurisprudencial que se tuvo a la vista en ese entonces era el de la aplicación del test de razonabilidad o proporcionalidad ligado básicamente a la determinación judicial de la pena concreta.

Ya hemos visto en el capítulo anterior, que la aplicación del referido test de razonabilidad o proporcionalidad se da en dos ámbitos: en la determinación legal de la pena (establecimiento del marco abstracto de la pena por parte del

legislador) y en la determinación judicial de la pena (dosificación de la pena para el caso en específico por parte del juez).

En ese sentido, siendo entonces el principio de proporcionalidad el límite constitucional, por excelencia, al exceso o abuso del poder estatal, sobre todo cuando éste proviene de la imposición de una sanción penal, corresponde que nuestro examen de constitucionalidad se realice en ambos frentes.

Así, en el presente capítulo nos dedicaremos a examinar la proporcionalidad –y por ende, la constitucionalidad- de la norma cuestionada, pero solo a nivel de la determinación legal de la pena, es decir, nos concentraremos en analizar si la pena determinada en abstracto por el legislador supera o no el indicado test de razonabilidad o proporcionalidad. Dejaremos, entonces, para el siguiente capítulo, cuando analicemos las sentencias emitidas en casos concretos por la Corte Suprema, lo referente al correcto desarrollo del test de proporcionalidad para la determinación judicial de la pena. Con ello, abarcaremos ambos frentes y, por ende, nuestro estudio será ciertamente más provechoso.

## **9.2. APLICACIÓN DEL TEST DE RAZONABILIDAD O PROPORCIONALIDAD A LA PENA DE INHABILITACIÓN DEFINITIVA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 398-B DEL CÓDIGO PENAL**

El Tribunal Constitucional ha dejado claramente establecido que:

En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no solo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino

también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador el que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. Este principio, en el plano legislativo, se encuentra en el artículo VII del título preliminar del Código Penal, que señala que “la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...). (STC N° 010-2002-AI/TC, Fundamento 197)

Esta clara exigencia de seguridad jurídica y justicia material, que lleva implícito el principio de proporcionalidad, obliga pues a que el legislador, cuando determine en abstracto la pena para determinado delito, cuide de que exista una adecuada y justa proporción entre la gravedad del hecho ilícito cometido y la pena con la cual se sanciona, lo que en buena cuenta quiere decir que la pena a imponer debe superar necesariamente el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La doctrina constitucional es clara en establecer que dicha operación funciona de manera excluyente, es decir, si la norma penal no es idónea, ya no cabe continuar con los exámenes de necesidad ni de proporcionalidad en sentido estricto; si es idónea pero no necesaria, tampoco ya será necesario pasar al siguiente nivel de análisis. Por lo que, solo se deberá pasar al nivel de proporcionalidad en sentido estricto, si la norma penal cuestionada ha superado los otros dos niveles anteriores.

No obstante, en nuestro caso, y no con ánimo de contradecir la doctrina constitucional sino más bien con la intención de cubrir todos los posibles ámbitos desde donde se puede analizar la constitucionalidad de la norma *in comento*,

procederemos a continuar con el análisis de proporcionalidad, así la norma no haya superado uno o los dos niveles anteriores. Empecemos.

### **9.2.1. Examen de idoneidad**

Como ya hemos advertido en el capítulo anterior, cuando hablamos de idoneidad en la determinación legal de la pena, nos estamos refiriendo básicamente a verificar si el tipo penal, así como el marco penal regulado por el legislador, se ajustan a la función asignada al Derecho, y desde ese punto de vista, no cabe que la determinación de la pena abstracta solo tenga sustento en puros efectos preventivos o disuasorios, o de necesidades de punición de la sociedad. En ese sentido, el correctivo que se logra con el principio de proporcionalidad, y en específico con el criterio de idoneidad, es que las penas deben ser necesariamente proporcionales a la gravedad del hecho cometido.

Pero el examen de idoneidad no se agota en ello, sino que además comprende el afirmar la vigencia de la norma, la llamada función restabilizadora, para lo cual el efecto comunicativo de la pena debe ajustarse o guardar relación directa con el hecho que defraudó esa vigencia normativa. En otras palabras, la cantidad y calidad de la pena que se establezca en la ley, tiene que guardar relación con la gravedad de dicha defraudación. En ese sentido, si no hay relación comunicativa alguna entre la pena y el hecho ilícito cometido, no podrá hablarse que se haya restablecido la expectativa defraudada y, por ende, la norma tendrá un serio defecto de idoneidad. Como nos dice García (2012) “le pena debe no sólo ser cualitativamente una comunicación penalmente relevante, sino que cuantitativamente debe ajustarse a la intensidad del hecho defraudador” (p. 834).

Así las cosas, vemos que, en el caso de la norma cuestionada -el artículo 398-B del Código Penal-, esta sanciona con la pena principal de inhabilitación consistente en la “cancelación” o “incapacidad definitiva”, según sea el caso, para obtener autorización para conducir, a los agentes que hayan cometido el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial en su modalidad agravada.

Vemos, de primera intensión, que la pena es de extrema gravedad, pues como ya lo hemos advertido anteriormente, es una inhabilitación “de por vida”, es decir, perpetua, según la cual, si al momento de los hechos el conductor tenía una licencia para conducir, ésta quedará cancelada definitivamente, y si no la tenía, quedará incapacitado de manera definitiva para obtener una. De tal suerte que, así el agente sea una persona que tenga un excelente record de conductor, o así esta sea la primera infracción de tránsito que le sea detectada, o así dicha papeleta sea por una infracción de tránsito de mínima gravedad, nada de ello importará, pues si ese conductor, con el ánimo de evitar la imposición de la papeleta, trata de corromper al efectivo policial que se la quiera imponer, se hará acreedor a la cancelación definitiva de su licencia de conducir.

Lo anterior es así, porque esta pena de inhabilitación no se impone porque el agente sea un mal conductor, o porque haya violentado alguna norma de tránsito, ni siquiera esta pena tiene relación alguna con el deber de cuidado que debe tener todo conductor al maniobrar un objeto que puede causar un daño a las personas, es decir, que tiene el carácter de riesgoso o peligroso. Se impone porque, luego de cometida la infracción de tránsito, y siendo merecedor de una

papeleta de infracción, el conductor trata de torcer la voluntad del efectivo policial para que éste no cumpla con su función de poner, efectivamente, tal papeleta.

Esta pena no busca preservar, en consecuencia, la vida o la salud de las personas frente a un conductor que negligentemente no toma los cuidados necesarios al momento de maniobrar un objeto riesgoso (vehículo), como sí ocurre con los delitos de Homicidio Culposo (artículo 111, tercer párrafo, del Código Penal), Lesiones Culposas (artículo 124, último párrafo del Código Penal) y Conducción en Estado de Ebriedad o Drogadicción (artículo 274 del Código Penal), que son los únicos otros delitos en donde se impone similar pena, y en los cuales, efectivamente, hay una transgresión del deber de cuidado de conducir un vehículo motorizado en condiciones óptimas que reduzcan al mínimo los peligros que tal actividad conlleva por propia naturaleza.

El efecto comunicativo que tiene la pena de inhabilitación para conducir en estos tres delitos es evidente, ya que se busca, desde el punto de vista preventivo, dar el mensaje a la sociedad de que deben tomar los debidos cuidados al momento de maniobrar un vehículo, es decir, que esta actividad se realice en condiciones óptimas, sin estar bajo los efectos del alcohol o drogas, que puedan alterar su percepción y, consecuentemente, causar algún daño a las personas.

Nótese que, en estos casos, por sí mismas, las conductas indicadas implican en primer término una infracción a las normas de tránsito. Conducir en estado de ebriedad o drogadicción, y más aún, causar algún daño a la vida o salud de las personas en ese estado, están prescritos como infracciones al Reglamento Nacional de Tránsito (ver apartado 6.3 del capítulo VI de esta tesis). Pero ello,

además, por su gravedad y por cuestiones de política criminal, han sido también contempladas en el catálogo de delitos contenidos en el Código Penal. Hay entonces una íntima relación entre el deber de cuidado, que ha sido defraudado, y la pena de inhabilitación para conducir, que surge como una consecuencia necesaria a la infracción de ese deber.

No obstante, no ocurre esto con la pena de cancelación o incapacidad definitiva para conducir, prevista en el artículo 398-B, pues aquí, como ya hemos adelantado, no se sanciona la puesta en peligro por parte del conductor, ni siquiera se exige un daño concreto como consecuencia de su mal manejo, o de un manejo negligente, o en condiciones no óptimas, de su vehículo. Lo que se sanciona es querer quebrantar el principio de imparcialidad que rige la función pública, y en esa línea, intentar que no le impongan la papeleta de infracción de tránsito que, seguramente, merece.

Se sanciona, entonces, un momento posterior a la comisión de la infracción de tránsito. Hay un primer momento, constituido por la conducta que constituye una infracción de tránsito, que se sanciona administrativamente mediante una papeleta de infracción, y hay un segundo momento que, si bien guarda cierta relación con el primero, no tiene vinculación alguna con algún quebrantamiento de las normas de tránsito, sino con actos ilícitos que pretenden torcer la imparcialidad del funcionario policial y afectar el correcto y normal funcionamiento de la administración pública mediante un acto de soborno; no obstante lo cual, paradójicamente, esta segunda conducta, y no la primera –por lo general, salvo

que sea una infracción muy grave-, se sanciona con una inhabilitación definitiva para conducir.

El Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, ha sido claro en establecer que a través de la pena de inhabilitación:

“se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quién se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir”. (Fundamento 6°)

Agregando que:

es de tener en cuenta, desde una perspectiva preventivo especial, que la pena debe quedar vinculada al oficio o cargo de los cuales el sujeto se ha valido o podría valerse en el futuro para cometer el delito. En consecuencia, pues, el derecho comprendido por la inhabilitación, ha de estar claramente relacionado con el delito cometido por el penado. Por tal razón, la motivación exigida debe abarcar, entre otras cuestiones, la conexión que se da entre el delito cometido y el ejercicio del derecho afectado mediante dicha pena. (Fundamento 8°)

Conforme ya lo hemos dicho anteriormente, desde sus orígenes la pena de inhabilitación para conducir, tanto en su vertiente temporal como definitiva, solo estuvo dirigida para quienes transgredan el deber de cuidado al momento de conducir un vehículo, y ello explica por qué el artículo 40 del Código Penal, que nunca fue modificado, establece hasta la actualidad que “la pena de inhabilitación prevista en el artículo 36°, inciso 7, de este Código podrá aplicarse como accesoria en los delitos culposos de tránsito”. Es así que, los delitos específicamente comprendidos en esta clase de inhabilitación han sido el

Homicidio Culposo, las Lesiones Culposas y la Conducción en Estado de Ebriedad o Drogadicción, conforme ya lo hemos anotado. No existía otro delito en que se aplicara este tipo de inhabilitación, y esto era así porque solo en estos delitos se podía infraccionar el deber de cuidado para conducir un vehículo, que era el presupuesto lógico, conexo y vinculado estrechamente con esta inhabilitación para conducir.

No obstante, y conforme ya lo estamos viendo, la inhabilitación para conducir, prevista en el artículo 398-B del Código Penal, no guarda relación comunicativa alguna con el acto de tratar de corromper a un funcionario policial, ni con el bien jurídico general y específico que se protege por este delito. El agente de este delito, no se vale de su condición de conductor para tratar de sobornar al efectivo policial, tampoco se prevalece de esa condición para cometer el delito de corrupción. Simplemente busca quebrantar la voluntad de la administración pública, sin ninguna infracción de algún deber especial que tenga por su condición de conductor de un vehículo motorizado.

En ese sentido, si el agente del delito quebrantó su deber especial de conducir su vehículo respetando las reglas de tránsito, corresponde que por esa conducta se le sancione con una papeleta de infracción. Es más, dicta la experiencia que siempre en los casos de delitos de cohecho activo específico con la agravante del artículo 398-B del Código Penal, se apareja a los actuados la respectiva papeleta de infracción por la inobservancia de alguna norma del Reglamento Nacional de Tránsito, es decir, esa papeleta finalmente se impone, pero no es el sustento del acto de corrupción, solo sirve para acreditar una circunstancia

precedente o antecedente. En ese contexto, la pena de inhabilitación definitiva *in comento*, nunca guarda relación con esa infracción de tránsito, sino que pretende sancionarse con ella actos de corrupción, de diferente connotación y sin vinculación alguna con la infracción de normas de conducir.

En ese sentido, si como lo ha dicho la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, que en la idoneidad o adecuación:

lo primero que se debe indagar es si la restricción constituye un medio idóneo o adecuado para contribuir a la obtención de una finalidad legítima. Toda medida que implique una intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. (Casación N° 1945-2018/Ventanilla, Fundamento 22).

Pues es claro que la pena de inhabilitación definitiva para conducir del artículo 398-B del Código Penal, no supera el examen de idoneidad o adecuación, ya que cualitativamente no constituye una comunicación penalmente relevante, por lo que infracciona el principio de proporcionalidad, en esta vertiente de falta de idoneidad, siendo, por ende, evidentemente inconstitucional.

### **9.2.2. Examen de necesidad**

Habiendo concluido que la pena de inhabilitación definitiva para conducir, prevista en el artículo 398-B del Código Penal, es inconstitucional por no superar el juicio de idoneidad, no debería pasarse al siguiente nivel de análisis, constituido por el juicio de necesidad. No obstante, y conforme ya lo hemos advertido al inicio, entraremos a este examen solo con fines pedagógicos, y para cubrir todos los posibles espacios de análisis de constitucionalidad de esta

norma. Por lo que aquí, para hacer este examen de necesidad, vamos a ponernos por un momento, a manera de ejercicio mental, en el supuesto que la indicada norma es idónea y que, por lo tanto, ha superado el primer nivel de análisis.

En ese sentido, para empezar nuestro análisis diremos que el juicio de necesidad significa, conforme ya lo hemos desarrollado *in extenso* en el capítulo anterior, verificar si existen otros mecanismos de control idóneos, distintos al penal, para proteger los bienes jurídicos afectados (principio de mínima intervención); y asimismo determinar si el mismo efecto preventivo o restabilizador se puede conseguir con otra pena menos aflictiva dentro del propio sistema penal.

En ese contexto, en el caso del delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial en su modalidad agravada, vemos que lo que se persigue es proteger el correcto y normal funcionamiento de la administración pública y, en específico, la imparcialidad y probidad con que debe actuar el efectivo policial en su función de tránsito o seguridad vial. Esta modalidad de cohecho activo específico, conforme lo hemos visto en los capítulos V y VI, tiene relevancia penal, y de acuerdo al avance de la legislación en la materia, aún no es posible someter este tipo de casos a otros mecanismos de control social, como podría ser el administrativo u otro.

Lo anterior, dado que, lo que se busca es que los particulares no interfieran, o traten siquiera de interferir, en el desarrollo de las funciones policiales. Ya hemos dicho en un capítulo anterior que, con el cohecho activo vinculado a la función policial, se protege el bien jurídico de posibles interferencias externas, es decir, de los particulares que pretendan perturbar la labor policial, a diferencia del

cohecho pasivo en el ámbito de la función policial, en donde se busca atacar la afectación al bien jurídico desde adentro. En otras palabras, con ambas modalidades, se busca proteger al bien jurídico de posibles ataques o interferencias que pudieran darse desde ambos frentes, y de allí la importancia que se penalicen severamente estas conductas ilícitas.

En cuanto al otro extremo, relacionado a si existen otros mecanismos menos aflictivos dentro del propio sistema penal, vemos que sí los hay, pues si consideremos, como es lógico, que lo que persiguen los conductores o choferes con el acto de corrupción es “ahorrarse” lo que supondría pagar una Papeleta de Infracción de Tránsito, que como vemos del Reglamento Nacional de Tránsito son bastante altas -sobre todo cuando se trata de infracciones propiciadas por choferes de transporte público, que son los que generalmente están inmersos en la agravante del artículo 398-B-, es que resultaría razonable y proporcional que, en lugar de cancelarle al conductor su licencia para conducir –que como ya hemos visto es una medida no idónea, por su falta de conexión con el deber infringido-, se imponga una multa ejemplar al conductor, además, obviamente, de la pena privativa de libertad que corresponda y la respectiva reparación civil.

Al respecto, ya reparamos en el capítulo V, apartado 5.5, y en el capítulo VI, apartado 6.4, de esta investigación, que desde que se incorporaron a nuestra legislación, mediante el Decreto Legislativo 1351, los delitos de cohecho vinculados a la función policial en sus distintas variantes (artículos 395-A, 395-B, 398-A y 398-B del Código Penal), uno de los efectos que se produjo es que se eliminó la pena de multa para estos delitos, lo cual hasta cierto punto resultaba

paradójico, pues esto determinó que estos sean los únicos delitos de corrupción de funcionarios que no cuenten con dicha pena.

En ese sentido, resulta llamativo que en el delito *sub examine*, en donde se evidencia una clara motivación de los conductores a infraccionar la ley penal para evadir el pago de una cuantiosa papeleta de infracción de tránsito, no se imponga, justamente aquí, la pena de multa. Es claro que, si para estos delitos se impusiera una multa ejemplar, dicha pena tendría efectos preventivos y disuasivos bastante efectivos, pues el conductor ahora no solo tendría que pagar la cuantiosa papeleta de infracción y la reparación civil a favor del Estado, sino, además, la pena de multa, que, para estos casos, evidentemente sí sería una pena idónea en relación con el deber infringido.

Hay que señalar, asimismo, que antes de la inclusión de estas modalidades de cohecho específico mediante el Decreto Legislativo 1351 del año 2017, el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial en su modalidad agravada se castigaba solamente como cohecho activo genérico (artículo 397 del Código Penal), el cual sí contemplaba -y contempla hasta la actualidad- la pena de multa. Es evidente entonces que la asistematicidad provocada por dicho Decreto Legislativo, ha originado que justamente en el delito vinculado a papeletas de tránsito, de incidencia básicamente económica, no haya pena de multa alguna, y más bien se haya previsto una pena tan inidónea como lo es la inhabilitación definitiva para conducir.

Lo anterior, resulta aún más cuestionable si vemos que –conforme lo explicamos en el capítulo IV, apartado 4.6, de esta investigación- el legislador –en este caso,

el Poder Ejecutivo- no incluyó en la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1351 ni una sola línea sobre las razones de la inclusión de esta inhabilitación definitiva para conducir en el artículo 398-B del Código Penal, ni menos justificó por qué se eliminó para los delitos de cohecho en el ámbito de la función policial la pena de multa. Esto pues revela la improvisación del legislador, y la forma irreflexiva como se incluyó una norma de este tipo en nuestra legislación, que, como estamos viendo, carece en lo absoluto de un criterio de proporcionalidad.

Nos queda solo decir que, al parecer, la inclusión de esta pena de inhabilitación *in comento* en el Código Penal, solo ha sido una reacción –bastante elemental- del legislador, por la gran cantidad de casos que se han dado –y se dan- en torno a las conductas de choferes de transporte público que pretenden corromper a efectivos policiales cuando ejercen funciones en el tránsito o la seguridad vial, particularmente, cuando van a imponer papeletas por infracciones ocasionadas por dichos choferes, conforme lo hemos visto de las estadísticas que hemos compartido en el acápite 6.2 del capítulo VI de esta investigación.

En el contexto antes mencionado, es evidente entonces que, para el delito *in examine*, sí existe una pena menos aflictiva, cuantitativa y cualitativamente hablando, como la pena de multa, que bien puede tener el mismo efecto preventivo o restabilizador que la inidónea pena de inhabilitación definitiva para conducir, pero que, a diferencia de esta, no afecta otros derechos constitucionales del conductor inmerso en este delito, como podría ser el derecho al trabajo, al libre desarrollo de la personalidad, entre otros, por lo que, con ello

concluimos que esta pena, así como está prevista, no supera en lo absoluto tampoco el juicio de necesidad.

### **9.2.3. Examen de proporcionalidad en sentido estricto**

Conforme hemos anotado en los apartados anteriores, la norma *sub examine* no supera ni el examen de idoneidad ni el de necesidad. Ante ello, no correspondería que se pase al tercer nivel de análisis, constituido por el juicio de proporcionalidad *strictu sensu*. No obstante, como ya lo hemos dicho anteriormente, con fines pedagógicos lo vamos a hacer, para lo cual vamos a ponernos, por un momento, en el supuesto hipotético que la pena de inhabilitación definitiva para conducir, prevista en el artículo 398-B del Código Penal, es no solo idónea, sino además necesaria.

Ya hemos indicado en el capítulo VIII de esta investigación que el examen de proporcionalidad en sentido estricto exige que no deba existir un desequilibrio manifiesto, excesivo o irrazonable, entre la sanción penal y la finalidad de la norma, lo cual se expresa en una correlación o equivalencia valorativa entre la gravedad del hecho y la sanción penal prevista. En suma, la pena prevista en abstracto por el legislador y la cantidad de la misma, debe guardar una relación de proporcionalidad con el hecho típico.

Al respecto, en el caso de la norma en estudio, vemos que la misma no supera claramente el test de proporcionalidad en sentido estricto. Esto fácilmente lo podemos demostrar tan solo con un estudio sistemático de nuestro Código Penal,

de donde podemos deducir hasta tres grandes razones que, en específico, nos dirigen a esa conclusión.

La **primera razón** guarda relación con un comparativo que se puede realizar con los demás delitos previstos en el Código Penal que contemplan similar pena de inhabilitación para conducir vehículos motorizados. Así, diremos que, conforme ya lo hemos podido desarrollar en capítulos anteriores, la inhabilitación para conducir prevista en el inciso 7 del artículo 36 ha estado ligada desde su inicio, ya sea como pena principal o accesoria, a los supuestos de lesiones o muertes ocasionadas como consecuencia de conducción de vehículos motorizados bajo los efectos del alcohol o drogas, o cuando el suceso se produzca por inobservancia de las normas de tránsito, o bien, por el peligro concreto de que tales acciones se produzcan por los mismos motivos. El artículo 40° del Código Penal es congruente con ello, cuando señala que “La pena de inhabilitación prevista en el artículo 36°, inciso 7, de este Código podrá aplicarse como accesoria en los delitos culposos de tránsito”.

Así, vemos que el tercer párrafo del artículo 111 del Código Penal, que regula el Homicidio Culposo, prevé la pena de inhabilitación del inciso 7 del artículo 36 para quien cometa este delito utilizando vehículo estando el agente bajo los efectos de drogas o alcohol, o cuando el delito resulte de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito. Esta misma pena de inhabilitación se prevé también en el artículo 124, último párrafo, del Código Penal, para las Lesiones Culposas cometidas en similar contexto (se incorporó por la Ley 27054 del año 1999). Y, por último, el artículo 274 del mismo Código estipuló desde su inicio a dicha pena

de inhabilitación para el delito de Conducción en Estado de Ebriedad o Drogadicción.

Es así que, sean dichos delitos de peligro concreto o abstracto, lo importante que se destaca es que desde sus orígenes la pena de inhabilitación para conducir, tanto en su vertiente temporal como definitiva, solo estuvo dirigida para quienes transgredan el deber de cuidado de conducir un vehículo motorizado en condiciones óptimas que reduzcan al mínimo los peligros que tal actividad conlleva por propia naturaleza. No existía otro delito en que se aplicara este tipo de inhabilitación, hasta que por el Decreto Legislativo 1351, del año 2017, se la incorporó para el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial en su modalidad agravada, según se ve del artículo 398-B del Código Penal.

Lo que llama la atención de todo lo anterior, es que los artículos 111 (tercer párrafo), 124 (último párrafo) y 274 del Código Penal, indican que se aplicará “inhabilitación, según corresponda, conforme al artículo 36, inciso 7)”, es decir, se remiten a la norma de la parte general, que, como ya sabemos, dice que la inhabilitación produce, según disponga la sentencia “7. **Suspensión**, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo” (negrilla agregada). Mientras que el artículo 398-B del Código Penal, cuya constitucionalidad examinamos, indica que “(...) se impondrá además inhabilitación consistente en la **cancelación** o **incapacidad definitiva**, según sea el caso, para obtener autorización para conducir, de conformidad con el inciso 7 del artículo 36” (negrillas agregadas).

Nótese entonces que para los delitos comunes de los artículos 111, 124 y 274 del Código Penal, existe la posibilidad no solo de cancelar la licencia o de incapacitar definitivamente para conducir al agente infractor de la ley penal, sino, además, de **suspender** dicha licencia, es decir, en claro respeto del principio de proporcionalidad, se da la posibilidad que el juez disponga solo una inhabilitación temporal y no necesariamente definitiva.

Sin embargo, el artículo 398-B *sub examine*, no da esa posibilidad, pues solo incorpora como sanción a la inhabilitación de cancelación de la licencia de conducir (para quien tenga una licencia), o de incapacidad definitiva para obtenerla (para quien no la tenga). En ambos casos la inhabilitación es definitiva o perpetua, excluyéndose expresamente la posibilidad de disponer la “suspensión” de la licencia, es decir, no da margen al juez para disponer una inhabilitación temporal de la autorización para conducir.

A lo anterior, hay que agregar que, en los delitos previstos en los artículos 111, 124 y 274 del Código Penal, hay no solo delitos de peligro, sino, además, delitos de resultado, es decir, en donde se produce la muerte de una persona de manera culposa (delitos contra la vida) o donde se producen lesiones en el cuerpo (delitos contra la integridad física), en cuyos casos el conductor del vehículo ha actuado bajo los efectos del alcohol o drogas o con inobservancia de las normas de tránsito. Es decir, son delitos graves, que afectan bienes jurídicos más importantes que el correcto y normal funcionamiento de la administración pública; de tal modo que, resulta claramente desproporcional, en sentido estricto, que para dichos delitos que lesionan bienes jurídicos más importantes, haya la

posibilidad de que el juez sancione al conductor con una inhabilitación temporal de su licencia de conducir, mientras que para un delito de menor envergadura, como lo es el de cohecho activo en el ámbito de la función policial agravado, se sancione con una inhabilitación definitiva o cancelación de la licencia.

Más aún vemos esta desproporción cuando detectamos, en la práctica judicial, que los condenados por el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, con la agravante del artículo 398-B del Código Penal, en realidad no llegan a lesionar el bien jurídico protegido, pues ante el intento de soborno al efectivo policial (que por política criminal este hecho se ha elevado a la categoría de delito independiente agravado), generalmente éste rechaza la oferta corruptora e interviene al infractor, poniéndolo a disposición de las autoridades. Es decir, el conductor no logra su propósito de quebrar la imparcialidad y probidad del funcionario policial, pues, incluso, al final siempre se le impone la papeleta de infracción de tránsito, que forma parte de los actuados de la carpeta fiscal. En ese sentido, no resulta razonable ni proporcional que para quienes simplemente intenten afectar el bien jurídico protegido por los delitos de corrupción –sin éxito–, tengan una pena más severa –e incluso inidónea como ya hemos visto– que para quienes lesionen de manera efectiva bienes jurídicos más importantes, como la vida o la integridad física de las personas. Así las cosas, la pena de inhabilitación definitiva del artículo 398-B del Código Penal, deviene en claramente desproporcionada y, por ende, inconstitucional.

La **segunda razón** radica en que esta pena de inhabilitación definitiva para conducir no se corresponde con el nivel exigido en los delitos contra la

administración pública para imponer alguna inhabilitación de carácter perpetua. Esto, por cuanto, de un estudio sistemático de los delitos contra la administración pública, y en especial, de los artículos 384 (colusión simple y agravada), artículo 387 (peculado doloso y culposo), 389 (malversación) y 426 (inhabilitación) del Código Penal, vemos que, los únicos supuestos en que se imponen penas de inhabilitación perpetua en los delitos contra la administración pública (de los incisos 1, 2, 4 y 8 del artículo 36<sup>12</sup>), de acuerdo a la modificación realizada por la Ley N° 31178, del año 2021, son los siguientes:

1. Cuando el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o por encargo de ella.
2. Cuando la conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo. En los casos de colusión y malversación, será siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las diez unidades impositivas tributarias.
3. Cuando el agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.

---

<sup>12</sup> “**1.** Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección policial”; “**2.** Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público”; “**3.** Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia”; y “**8.** Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito”.

4. Adicionalmente, en el delito de peculado, se contempla además el supuesto en que el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias.

Como vemos de lo anterior, para que se contemplen penas de inhabilitación perpetua en los delitos contra la administración pública, mediante Ley 31178 se introdujeron supuestos bastantes graves. Es decir, no basta solo estar incurso en un determinado delito, sino que, además, se deben dar los supuestos de gravedad antes mencionados; esto, obviamente, en claro respeto del principio de proporcionalidad. Cabe precisar que estos supuestos que agravan la pena de inhabilitación, hasta el punto de ser perpetua, son aplicables, conforme lo indica el artículo 426, para los delitos previstos en los artículos 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal, es decir, extrañamente se excluye de ellos a los delitos de cohecho activo y pasivo vinculados a la función policial, por lo que si un grupo de miembros de la Policía Nacional comete este delito especial como integrantes de una organización criminal, por ejemplo, no se le podrá imponer estas inhabilitaciones perpetuas.

Ahora bien, en el contexto antes mencionado, para lo que nos interesa para nuestro examen de constitucionalidad, vemos que el artículo 398-B contempla la pena de inhabilitación definitiva para conducir, para quienes hayan tratado de corromper a un agente policial que haya estado ejerciendo funciones de tránsito o seguridad vial, es decir, con la sola constatación de la consumación de este hecho se aplica una pena de inhabilitación de carácter definitiva o perpetua, sin

que haya supuesto relevante de agravación alguno para que se imponga una pena tan severa, pues solo se atiende al débil argumento de la naturaleza de la función policial *in comento*.

Lo anterior, evidentemente, demuestra que esta pena de inhabilitación definitiva para conducir prevista en el artículo 398-B del Código Penal, es inconstitucional, porque no supera el examen de proporcionalidad en sentido estricto, ya que, a diferencia de los demás delitos contra la administración pública, se impone, sin más, una inhabilitación definitiva o perpetua, sin que se consideren mínimamente estándares de gravedad relevantes, como sí se hace para todos los demás delitos de esta especialidad. Si una pena de inhabilitación quiere cumplir mínimos estándares de proporcionalidad no es posible pues que, con un fundamento tan débil, se la imponga con carácter de definitiva o perpetua. Deberían, mínimamente, haberse contemplado niveles de gravedad, como se hace en los demás delitos contra la administración pública.

Y la **tercera razón** radica en que la pena de inhabilitación definitiva para conducir del artículo 398-B, no se condice, en gravedad, con las penas de inhabilitación previstas para el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial del artículo 398-A, es decir, cuando se pretenda corromper a un efectivo policial en otras funciones que no sean del tránsito o la seguridad vial.

En efecto, si vemos el artículo 398-A del Código Penal, y lo concordamos con el artículo 426, primer párrafo, del mismo código, vamos a concluir que el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial tiene contemplada, aparte de la pena privativa de libertad, una pena de inhabilitación principal de entre 1 a 5 años,

de conformidad con los incisos 1, 2, 4 y 8 del artículo 36. Es decir, cuando el agente pretenda corromper a un miembro de la Policía Nacional, siempre que sus funciones no estén ligadas al tránsito o la seguridad vial, se le impone una inhabilitación principal siempre temporal –de uno a cinco años- y no perpetua. Pero cuando se pretenda corromper a un agente policial que esté realizando funciones del tránsito o seguridad vial, de acuerdo al artículo 398-B del Código Penal, la pena de inhabilitación –en este caso, para conducir- será definitiva o perpetua.

En tal sentido, si partimos del supuesto hipotético de que una persona pretenda corromper a un miembro de la Policía Nacional que ejerza funciones en la lucha contra el terrorismo, el narcotráfico, el crimen organizado, entre otros delitos graves, vemos que, para estos casos, la pena de inhabilitación que se le va a imponer al infractor de la ley penal será siempre una de carácter temporal. Pero cuando esta misma persona pretenda corromper a un miembro policial que ejerza funciones del tránsito o seguridad vial, que evidentemente es un interés social de menor entidad que la lucha contra el terrorismo, el narcotráfico o el crimen organizado, se impondrá una inhabilitación para conducir de carácter definitiva o perpetua.

Vemos pues, entonces, una clara desproporción en la sanción penal prevista para el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial en su modalidad agravada, que convierte a esta inhabilitación definitiva para conducir en inconstitucional; la cual, además, por ser excesiva, podría terminar afectando otros derechos de nivel constitucional, como el derecho al trabajo, al libre

desarrollo de la personalidad, entre otros, que ya veremos con mayor detalle en el capítulo siguiente, cuando analicemos las sentencias emitidas por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, en casos específicos.

Como corolario de lo anterior también debemos decir que, esta desproporción aquí detectada, que atiende solo a la naturaleza de la función policial comprometida, nos debería llevar a reflexionar si en realidad es pertinente considerar de mayor gravedad, o de una gravedad especial, a la conducta de corrupción que involucre la función policial del tránsito o seguridad vial, pues, como acabamos de ver, existen funciones policiales de mayor importancia en la sociedad, como la lucha contra el narcotráfico, el terrorismo, el crimen organizado, entre otros, para los cuales no se ha establecido alguna agravante específica.

### **9.3. CONCLUSIONES DE ESTE CAPÍTULO**

En este capítulo estelar de la presente investigación, se ha podido determinar, luego de aplicar el test de razonabilidad o proporcionalidad al artículo 398-B del Código Penal, que la pena de cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir prevista en dicha norma, es claramente inconstitucional, ya que no supera ninguno de los niveles que conforman este examen.

Así, no supera el examen de idoneidad, porque la sanción de inhabilitación definitiva para conducir no guarda conexión con el deber infringido, es decir, se

pretende castigar con una pena pensada para delitos que tienen relación con infracciones a las normas tránsito por parte de conductores que se encuentren en estado de ebriedad o drogadicción, y que pongan en peligro o causen una lesión efectiva a la vida o integridad física de las personas, a un contexto totalmente distinto, que es el hecho de querer sobornar a un efectivo policial, y con ello, pretender quebrar su imparcialidad y probidad en el ejercicio de sus funciones de tránsito o seguridad vial.

Tampoco supera el examen de necesidad, pues claramente existe otra pena que puede tener mejor o igual capacidad preventiva y restabilizadora que la pena de inhabilitación definitiva para conducir, que es la pena de multa, la cual, además de sí ser idónea, es menos aflictiva que la indicada pena de inhabilitación, y no afecta otros derechos, como al trabajo, al libre desarrollo de la personalidad, entre otros. No obstante, extrañamente la pena de multa ha sido dejada de lado en los delitos de cohecho en el ámbito de la función policial.

Por último, no supera tampoco el examen de proporcionalidad en sentido estricto, pues de un estudio sistemático de nuestro Código Penal, vemos que es desproporcional en relación con otros delitos comunes en donde también se contempla la pena de inhabilitación para conducir, además que no cumple las exigencias previstas en los delitos contra la administración pública para imponer una pena de inhabilitación perpetua, que requiere determinada graduación atendiendo a la gravedad de la conducta, y, por último, incluso es incongruente con la pena de inhabilitación prevista para el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial del artículo 398-A del Código Penal.

## **CAPÍTULO X**

### **DISCUSIÓN: ANÁLISIS DE SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE SUPREMA**

#### **10.1. PRECISIÓN PREVIA**

En el capítulo anterior, hemos determinado que, al hacer un análisis de constitucionalidad de la pena de inhabilitación definitiva para conducir, prevista en el artículo 398-B del Código Penal, esta no supera el test de razonabilidad o proporcionalidad, en sus tres niveles, es decir, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Dicho análisis se hizo en el marco de la aplicación del principio de proporcionalidad a la determinación legal de dicha pena, es decir, el examen efectuado ha girado en torno al marco penal abstracto previsto por el legislador.

En ese sentido, ya hemos adelantado cuando hemos planteado nuestros problemas, que la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema ha resuelto diversos casos concretos en donde, vía control difuso, ha inaplicado el referido artículo 398-B del Código Penal, por considerar que no supera el test de razonabilidad o proporcionalidad, pero esta vez desde el ámbito de la determinación de la pena concreta por parte del juez.

En tal contexto, con el fin de tener un panorama completo en torno a la aplicación del indicado test de razonabilidad o proporcionalidad, tanto a la determinación

legal de esta pena, como a su determinación judicial, es que este capítulo servirá para analizar las distintas sentencias que, en vía de consulta, ha emitido la referida Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, sobre la inaplicación vía control difuso del artículo 398-B del Código Penal. Así, no solo nos limitaremos a presentar tales pronunciamientos en sus partes más esenciales, sino que principalmente los comentaremos y analizaremos, a fin de establecer si se ha efectuado un examen de constitucionalidad adecuado, y si, efectivamente, tal pena, vista desde su determinación judicial, resulta inconstitucional por violar el principio de proporcionalidad.

Precisamos que no estamos analizando todas las sentencias que se han emitido sobre el tema *in comento*, ya que solo se han listado las principales, es decir, un grupo representativo de ellas (las seis más relevantes), pues en las demás solamente se repite el argumento, por lo que los comentarios y análisis que se hagan a las sentencias listadas, servirán para todas las demás que no se han incluido expresamente, pero que sí se mencionan en la parte bibliográfica de esta investigación.

Por último, también se ha agregado el análisis de una interesante sentencia que hemos encontrado, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en un proceso de revisión de sentencia del NCPP, que resulta relevante para darnos cuenta como es que dicha Sala Penal considera y hace suyos los fundamentos de la Sala Constitucional y Social, contenidos en sus diversas decisiones que absuelven consultas sobre la inconstitucionalidad del artículo 398-B del Código Penal, para invalidar la pena de inhabilitación definitiva de la

autorización para conducir impuesta por el juez penal, y en su lugar imponer una pena de inhabilitación temporal.

## **10.2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE FECHA 25/09/2017, EMITIDA POR LA SALA CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA, MATERIA DE LA CONSULTA N° 17112-2017/LIMA.**

### **10.2.1. El caso**

- Se trata de un conductor de transporte público que, con fecha 2 de marzo de 2017, fue intervenido por un efectivo policial de tránsito, al constatarse que recogía y dejaba pasajeros fuera del paradero y rutas autorizados (infracción al Reglamento Nacional de Tránsito), quien, a solicitud de la autoridad policial, entregó sus documentos personales y los del vehículo, no obstante, dentro del Certificado de Revisión Técnica se encontraba doblado un billete de 20 soles, que por referencia del propio conductor, era para que el efectivo policial lo apoye y no le imponga la papeleta de infracción, lo que originó que sea inmediatamente detenido y puesto a disposición de la dependencia policial, por estar inmerso en el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial.
- El Ministerio Público incoó el proceso inmediato, acompañando el acuerdo de terminación anticipada con el imputado, en donde se propuso la inaplicación del artículo 398-B del Código Penal, basado en principios de razonabilidad y proporcionalidad. Tal acuerdo fue rechazado por el Juez de Investigación Preparatoria, bajo el argumento de que tal inhabilitación para conducir no vulnera el derecho al trabajo del imputado, debiendo entenderse el artículo cuestionado

como una pena limitativa de derechos prevista en la ley, y que, aprobar dicho acuerdo implicaría una contravención al principio de legalidad.

- Apelada que fue dicha decisión por parte del Ministerio Público, la Segunda Sala de Apelaciones de Lima declaró, por mayoría, nula la resolución apelada, así como inaplicable el artículo 398-B del Código Penal, vía control difuso, por incompatibilidad con el artículo 2, inciso 15, de la Constitución (derecho al trabajo). La sentencia así emitida, fue elevada en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema.

#### **10.2.2. Fundamentos principales de la Sala Constitucional y Social Permanente**

- El imputado se sometió al proceso de terminación anticipada, esto es, ha reconocido los hechos imputados; y durante la secuela de los hechos demostró una conducta de abierta colaboración, coadyuvando con las investigaciones, expresando su voluntad de corregir su conducta y acreditando el resarcimiento de los daños ocasionados; verificándose, además, que no cuenta con antecedentes penales, lo que constituye un elemento a tener en cuenta.
- La inhabilitación prevista en el artículo 398-B del Código Penal no hace más que vulnerar el derecho fundamental a trabajar libremente, así como el derecho al libre desarrollo y bienestar y a la protección de la familia y otros vinculados, así como los principios de igualdad ante la ley, de proporcionalidad -en cuanto a la pena- y de resocialización del penado, que tiene impacto en la dignidad de la persona humana, todo ello teniendo en cuenta las circunstancias particulares para este caso, pudiéndose considerar la inhabilitación para conducir como una medida excesiva y desproporcionada, que afectaría también al entorno más

cercado del imputado y con grave afectación de sus derechos constitucionales.

- Al respecto, se recurre al método de interpretación constitucional, conocido como el test de proporcionalidad, que, para el presente caso, implica 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.
- Así, 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. En ese sentido, se considera que la búsqueda de protección de los derechos de rango constitucional invocados por la Sala Superior, resultan válidos, lo que, aunado a la protección del derecho a trabajar libremente y a la dignidad analizados, se tiene por cumplido este principio de adecuación o finalidad.
- 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, es decir, que el órgano jurisdiccional no tenía la posibilidad de adoptar una medida menos gravosa que la adoptada para obtener la misma protección de derechos fundamentales del imputado. Es así que, dada la particular situación del imputado, 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, por lo que, no existiendo otra posibilidad menos gravosa que la adoptada por el Colegiado Superior, se cumple con este subprincipio.

- Respecto al tercer y último subprincipio, de *proporcionalidad en sentido estricto*, en el presente caso se advierte que los bienes protegidos por la decisión jurisdiccional -a trabajar libremente-, conforme ya se ha precisado, dan plena justificación a la inaplicación de la norma penal, solo en relación al artículo 398-B del Código Penal. Es así que, la intervención del órgano jurisdiccional en el no cumplimiento de la norma legal guarda proporción con la protección de los mencionados derechos fundamentales del imputado. De esto se concluye que también se cumple con este subprincipio.
- En ese sentido, habiéndose determinado, en este caso en 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 Constitución Política del Estado, por lo que se aprueba el control difuso efectuado en la sentencia consultada.

### **10.2.3. Decisión de la Sala Constitucional y Social Permanente:**

- Aprobaron la sentencia emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el extremo que, realizando el control difuso, declaró inaplicable al caso el artículo 398-B del Código Penal.

**S.S. WALDE JÁUREGUI / RUEDA FERNÁNDEZ / WONG ABAD / TOLEDO TORIBIO / BUSTAMANTE ZEGARRA**

### **10.2.4. Análisis y comentarios**

Antes de entrar a analizar si la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema ha efectuado un adecuado control de constitucionalidad de la

pena de inhabilitación definitiva prevista en el artículo 398-B del Código Penal, conviene hacer algunas precisiones previas.

La primera es que el caso que motiva esta ejecutoria data del 2 de marzo de 2017, es decir, de menos de dos meses de entrada en vigencia de la norma penal *in comento*, siendo esta la primera consulta que absolvió la Sala Suprema sobre la materia. Esto refleja que no tuvo que pasar mucho tiempo para que los operadores de justicia adviertan de los defectos de constitucionalidad de esta norma.

La segunda es que la Suprema Corte, de manera errada, considera a la pena de inhabilitación definitiva para conducir del artículo 398-B del Código Penal como una pena accesoria, cuando es evidente que es una pena principal, y además conjunta, conforme ampliamente lo hemos desarrollado en el capítulo VII de la presente investigación.

La tercera es que el caso *sub materia* se refiere a un conductor de transporte público, y el control difuso se aprobó por cuanto se indica que la aplicación de la inhabilitación definitiva para conducir afectaba de manera grave su derecho a trabajar libremente, al libre desarrollo y bienestar, y a la protección de la familia, así como colisionaba con los principios de igualdad ante la ley, de proporcionalidad y de resocialización del penado. En base a ello se inaplica totalmente dicha pena, es decir, no se impone, en su lugar, una pena de inhabilitación temporal, como si se ha hecho en otros casos, conforme lo vamos a ver más adelante cuando analicemos otras ejecutorias supremas.

Una quinta precisión es que se ha aplicado de manera errada el control difuso al caso concreto. Así, la Sala Suprema busca establecer, conforme lo indica la misma sentencia, “si la intervención del órgano jurisdiccional, dejando de aplicar, por considerar inconstitucional en el caso concreto, la norma penal, se justifica o no constitucionalmente”; es decir, para la Sala Suprema, aplicar el control difuso a un caso en concreto significa verificar si **la sentencia de primera instancia**, que inaplica la norma *in examine*, supera los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuando lo que propiamente correspondía era establecer si la aplicación de **la norma penal**, al caso en concreto, superaba o no el test de razonabilidad o proporcionalidad.

Esta aplicación errada del test de razonabilidad o proporcionalidad ha llevado a la Sala Suprema a concluir que “la intervención del órgano jurisdiccional” es idónea porque busca la protección de determinados derechos constitucionales que allí se indican; es necesaria, porque el órgano jurisdiccional no podía adoptar una medida menos gravosa para obtener la misma protección de los derechos fundamentales del imputado; y es proporcional en sentido estricto, porque el no cumplimiento del órgano jurisdiccional de la norma penal, guarda proporción con la protección de los referidos derechos constitucionales. Para la Corte Suprema, bajo tales premisas, “se cumplen” así los tres subprincipios. No advierte, en consecuencia, que en el control difuso no se trata de establecer que se “cumplan” los tres subprincipios para que la norma penal se deje de aplicar por inconstitucional, sino que, dicha inaplicación debe declararse si la aplicación de

la norma penal cuestionada “no supera” algunos de los exámenes que conforman el test de razonabilidad o proporcionalidad.

Ahora bien, hechas estas cinco precisiones, vamos ahora sí a analizar el fondo del análisis de constitucionalidad para el caso en concreto. Así, estamos ante el caso de un conductor de transporte público, que al ser intervenido al tratar de corromper a un funcionario policial para que no le imponga una papeleta de infracción de tránsito, se ha sometido a la justicia, ha reconocido los hechos, se ha mostrado arrepentido de su actuar, ha expresado su voluntad de corregir su conducta y ha acreditado el resarcimiento de los daños causados –entiéndase, ha pagado la reparación civil, o, por lo menos, ha acordado un cronograma de pago de la misma-. Igualmente, el imputado no cuenta con antecedentes penales. Es decir, los elementos para determinar la pena concreta giran a su favor, no habiendo elemento de agravación alguno, salvo el de considerar que estamos ante un tipo agravado (se aplica la circunstancia agravante específica del artículo 398-B), aunque eso parece no considerar la Sala Suprema, pues no da cuenta de ello en su resolución.

Bajo ese contexto, ya hemos adelantado que la Corte Suprema aplica de manera errada el test de razonabilidad o proporcionalidad. En ese sentido, nosotros trataremos de realizar una correcta aplicación del mismo, de acuerdo a los parámetros que ya hemos desarrollado en el capítulo VIII de esta investigación.

En ese contexto, aplicando el **examen de idoneidad** para el caso en concreto, vemos que aquí ya no estamos en una situación *ex ante* la comisión del delito, por lo que no podemos aplicar el examen de idoneidad como lo hicimos a la

determinación de la pena abstracta. En este caso, existe una norma penal, y todos los efectos disuasivos de la misma han fracasado, en tanto estamos ante una persona que ya ha infraccionado la ley penal. En ese sentido, la idoneidad en este nivel, cobra importancia, en función a la culpabilidad del autor. Así, la pena de inhabilitación definitiva para conducir resultará desproporcional si el órgano jurisdiccional la impone sin considerar la culpabilidad del autor por el hecho. Si la pena que se imponga al autor del hecho se basa solo en criterios de prevención y de necesidades de restabilización social, esta resultará desproporcional y por lo tanto no podrá aceptarse en un sistema penal de la culpabilidad.

En el caso que es materia de la sentencia, verificando los elementos que conforman la culpabilidad, vemos que estamos ante una persona mayor de edad, capaz de responder jurídicamente por sus acciones -pues no hay elemento que indique que carezca de sus facultades físicas o mentales-; y por lo tanto, de recibir sanciones penales (imputabilidad); de igual modo, es posible determinar que el imputado conocía o debía conocer, y de valorar, el ordenamiento jurídico penal por la posición social en la que se encontraba, en tanto que se trataba de una norma penal vinculada al tránsito y la seguridad vial, la cual debía internalizar pues su oficio habitual era ser conductor de un vehículo de transporte público (conocimiento del ordenamiento jurídico-penal). Y, por último, le era exigible un comportamiento acorde a Derecho, más aún si había cometido una infracción de tránsito –situación que no está en discusión- y, por lo tanto, no era justificable

que trate de evadir su responsabilidad mediante prácticas corruptas (exigibilidad de otra conducta).

Habiéndose determinado la culpabilidad del autor, vemos que también debe valorarse si la pena se aplica solo con criterios de prevención y de necesidades de restabilización social. Al respecto, diremos que en el presente caso parece que sí, pues la pena de inhabilitación definitiva para conducir, no guarda relación comunicativa alguna con una conducta ligada al intento de corromper a un agente policial, que afecta –como ya hemos visto en capítulos anteriores- el normal y correcto funcionamiento de la administración pública y, de manera específica, la imparcialidad y debida probidad con que debe actuar dicho servidor público.

Si bien, como hemos visto, el sujeto es culpable, sin embargo, la pena de la inhabilitación para conducir, en este caso, no se está imponiendo por tal acto de corrupción, sino por las necesidades de prevención general y de intimidación social, lo cual, de manera evidente, afecta la dignidad de la persona humana al instrumentalizarla para servir a las necesidades de una política penal, que el Estado se ha visto impotente de resolver de otro modo. Es así que, la inhabilitación para conducir que se impone a esta persona no se fundamenta en el mal causado por él, sino en algo que es externo al delito cometido, esto es, al deseo estatal de que otros no deben imitar esta conducta, bajo sanción de que también quedarán inhabilitados para conducir y perderán el oficio que han escogido como parte de su proyecto de vida.

Como nos dice García (2021, pp. 964-965), la inhabilitación para conducir, de manera similar a la inhabilitación para portar o usar armas de fuego, tiene una

finalidad asegurativa “respecto de actividades riesgosas”. Lo que se busca con esta inhabilitación es evitar que el conductor continúe en una actividad para la cual ha mostrado un comportamiento inidóneo, como sucede en los casos en que se conduce en estado de ebriedad o drogadicción, o peor aún, se cause alguna lesión o muerte a otras personas en ese estado. En ese sentido, no resulta acorde pues, a la culpabilidad del autor, el imponerle una inhabilitación para conducir, en supuestos de corrupción de funcionarios. No hay relación comunicativa alguna entre dicha pena y la conducta mostrada por el autor del hecho. En ese sentido, se concluye que, de imponerse esta pena de inhabilitación definitiva para conducir al caso concreto, se haría solo para satisfacer un fin preventivo general, lo que evidentemente resulta inconstitucional, por ser contrario a las exigencias de idoneidad.

Ahora bien, constatado que la aplicación al caso concreto de la pena de inhabilitación definitiva para conducir no supera el examen de idoneidad, no correspondería pasar al siguiente nivel de análisis; sin embargo, lo vamos a hacer, no con ánimos de contradecir la doctrina constitucional, sino solo con motivos pedagógicos. Así, en cuanto al **examen de necesidad**, vemos que este exige al juez, al momento de dosificar la pena, que considere necesariamente que debe recurrir, entre las sanciones penales previstas por el legislador para el hecho cometido, a la que resulte menos lesiva para el autor, siempre y cuando sea una pena idónea, es decir, que se corresponda con su culpabilidad.

En el presente caso, la inhabilitación definitiva para conducir no se ha previsto como una pena alternativa, sino conjunta con la pena privativa de la libertad, por

lo que no existe aquí la posibilidad de que el juez escoja, entre las sanciones penales previstas, la que menos aflicción le cause al autor del hecho. Igualmente, no estamos ante una pena privativa de la libertad de la cual se pueda prescindir su carácter de efectiva, sino ante una pena de inhabilitación definitiva, la cual, no obstante, se muestra inidónea de cara a la culpabilidad del autor, conforme ya lo hemos analizado.

En ese sentido, al tratarse de una pena inidónea, no es posible aquí concretar un examen de necesidad, pues no tiene carácter de alternativa ni es una pena privativa de libertad.

En cuanto al **examen de proporcionalidad en sentido estricto**, tiene que verificarse si la imposición de la inhabilitación definitiva para conducir, para el caso concreto, se corresponde con la gravedad del delito cometido, tomando en cuenta las diversas circunstancias del caso en específico. Así, en el presente caso, si bien estamos ante una conducta grave, pues se trata de un intento de corromper a un agente policial de tránsito, sin embargo, hay que considerar que el autor del hecho no tiene antecedentes penales, lo que se debe valorar conjuntamente con el hecho que la pena de inhabilitación definitiva no contempla la posibilidad de su graduación: solo impone una pena de carácter definitiva, sin posibilidad que sea temporal. En ese sentido, no es posible adaptarla a las necesidades de punición en un caso de un agente primario, como este.

De igual modo, se trata de una persona que se dedica al transporte público, por lo cual, evidentemente, de imponérsele una pena de inhabilitación definitiva para conducir frustraría de manera definitiva su proyecto de vida y su derecho a

trabajar libremente. En este escenario, es claro que no es igual imponer la pena de inhabilitación definitiva para conducir a un conductor de transporte público, cuyo oficio precisamente es ese, que a un conductor de vehículo particular, que no emplea el vehículo para generar ingresos para la subsistencia de él y su familia. En este segundo caso, en donde el vehículo es usado generalmente para trasladarse a su centro de trabajo o para actividades cotidianas o de distracción, dicho instrumento automotor podría ser reemplazado por otra forma de transporte, como el taxi, el transporte masivo de pasajeros, o incluso el sano ejercicio del caminar. En el transportista público la situación es diferente, pues no usa el vehículo para sus actividades cotidianas o de diversión, sino como parte esencial de su oficio de conductor, sin el cual no podrá generar ingresos para él y su familia.

En ese contexto, la libertad de trabajo, prevista en el artículo 2 inciso 15 de la Constitución Política del Estado, a decir de García (2013), implica que la persona:

tiene autonomía de la voluntad, a efectos que con atención a sus aptitudes y dedicación, escoja o desempeñe una determinada profesión u oficio acorde con sus habilidades, preparación, conocimientos, experiencia y expectativas de realización coexistencial y aseguramiento de medios económicos para su subsistencia y el de su familia. (p. 398)

Es decir, la libertad de trabajo, entre otras cosas, garantiza que la persona escoja o desempeñe determinada profesión u oficio, lo que evidentemente tiene relación con la satisfacción de su proyecto de vida.

Y en sintonía con esto, el referido autor además nos dice que:

puede considerarse como irrazonable la regulación del ejercicio de una determinada actividad laboral, cuando el medio que arbitra la norma no se adecua a los fines cuya realización procura o cuando consagra inequívocamente un acto de discriminación o de injusticia. (p. 399).

En ese sentido, ya hemos visto cuando tratamos el examen de idoneidad de la pena abstracta, que esta inhabilitación definitiva para conducir no es acorde con la naturaleza del bien jurídico afectado, de tal modo que, para el presente caso, no resulta razonable ni proporcional que se afecte el derecho a la libertad de trabajo con la aplicación de una norma penal así concebida, resultando, por ende, inconstitucional, que ello ocurra.

En igual sentido, la aplicación para el caso concreto de esta pena de inhabilitación, afecta igualmente los derechos al libre desarrollo y al bienestar, previsto en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución. Así, según el mismo García (2013, p. 162), el derecho al libre desarrollo significa, en puridad “el ejercicio de una facultad que reconoce a cada persona la posibilidad de hacer uso de todas sus potencias físicas, intelectuales y morales en su propio beneficio. Ello a efectos de “coronar” su realización integral como ser humano”. Agrega el citado autor que “mediante este derecho se busca asegurar la realización del plan de vida libremente escogido, y en donde el desarrollo de la persona es expresión de sus aptitudes, intereses, convicciones y deseos mediante su actuación o verificación en el seno de la sociedad”.

En cuando al derecho al bienestar, según el mismo García (2013) éste:

plantea el atributo de aspirar y acceder a la satisfacción de las necesidades materiales indispensables para una existencia digna y compatible con la condición humana (vivienda, vestido, alimentación, etc.). Así como, alejado de situaciones convivenciales perturbadas por la brutalidad y la crueldad que atentan contra la paz interior. (p. 160)

Dentro de ese contexto, es claro que, así como la aplicación de la inhabilitación definitiva para conducir afecta el derecho a trabajar libremente del conductor de transporte público materia del presente caso, es también evidente que afecta su libre desarrollo y su derecho al bienestar, pues no le permite hacer uso de sus potencialidades físicas para desempeñar el citado oficio en su propio beneficio; en otras palabras, no le permite autodeterminarse como ser humano; limita, en buena cuenta, y de manera desproporcionada, aquel espacio de la actividad humana que está sujeta a su propia decisión y voluntad. Tampoco le permite acceder a la satisfacción de sus necesidades indispensables para una existencia digna y compatible con la condición humana; es decir, no le permite acceder a un adecuado nivel de vida, desde que le corta la posibilidad de obtener ingresos económicos para lograrlo con un oficio libremente escogido por él, en uso de su libertad de trabajo.

En ese mismo sentido, con la aplicación de tal pena de inhabilitación definitiva para conducir en el caso en concreto, se afecta asimismo el derecho constitucional a la protección de la familia, prevista en el artículo 4 de la Constitución Política del Estado. Para este efecto, se toma en cuenta que el Tribunal Constitucional ha indicado con relación a este derecho que:

la Constitución vigente, dispone la protección de la familia, reconociéndola como un instituto nacional y fundamental de la sociedad. En virtud de ello, la carta fundamental consagra una serie de mandatos que busca dotar al instituto de protección constitucional adecuada. Así, se tutela la intimidad familiar (artículo 2, inciso 7) y la salud del medio familiar (artículo 7). Ello se vincula a su vez, con lo establecido en el artículo 24, que establece el derecho que tiene el trabajador de contar con ingresos que le permitan garantizar el bienestar suyo y de su familia. De igual manera tendrá que ser apreciado el artículo 13.º que impone el deber de los padres de familia de educar a sus hijos y elegir el centro de educación. (STC N° 06572-2016-PA/TC, Fundamento 7)

Es así que, claramente nuestro Tribunal Constitucional vincula el derecho a la protección de la familia con el derecho laboral a “una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual” (artículo 24 de la Constitución); de tal modo que si se afecta al transportista público su derecho a trabajar libremente, mediante la aplicación de una excesiva pena de inhabilitación, es evidente entonces que se afecta también el derecho a la protección de su familia, que depende de los ingresos que percibe el autor de este delito en su condición de conductor.

Vemos hasta aquí que, si bien con esta pena de inhabilitación definitiva para conducir se ha pretendido intimidar a la sociedad, y especialmente a los conductores que podrían intentar corromper a un miembro de la Policía Nacional de tránsito; sin embargo, la aplicación de esta medida para casos como el presente resulta desproporcionada y excesiva, pues se busca reforzar el fin preventivo general de la pena, sin embargo, este resulta cuestionable cuando se

le concibe como único factor a tomar en cuenta en la aplicación de la sanción penal, ya que instrumentaliza al condenado y afecta su dignidad como persona humana; más aún si, con esta aplicación, se dejan de lado o se afectan gravemente otros derechos de nivel constitucional, como el derecho a la libertad de trabajo, al libre desarrollo y bienestar y a la protección de la familia, conforme lo hemos visto; a lo que habría que agregar que, evidentemente, afecta también el derecho a la igualdad, al tratar irrazonablemente desigual al grupo de conductores inmersos en este delito, afectando inconstitucionalmente sus derechos constitucionales ya mencionados.

En esa medida, bajo el test de razonabilidad o proporcionalidad, la aplicación de esta inhabilitación definitiva, al caso en concreto, no supera el examen de proporcionalidad en sentido estricto, y, por lo tanto, la Corte Suprema hizo bien en inaplicar totalmente dicha pena, y no solo establecer una inhabilitación de carácter temporal, pues, como ya hemos visto, la inconstitucionalidad se da desde la propia pena de inhabilitación por su falta de idoneidad, y no solo desde su duración perpetua. La decisión, entonces, es la correcta, no obstante que su fundamentación tenga muchas falencias.

A lo anterior, conviene agregar lo que ha señalado la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en una ejecutoria del año 2022, en donde indicó que:

la proporcionalidad concreta prohíbe la imposición de una pena exagerada, y desde el principio de humanidad, en su óptima material, la pena no debe suponer un trato degradante y la destrucción del sujeto como ser social, es decir, son

contrarias a este principio penal las penas indefinidas y la pena de muerte.  
(Casación 801-2020/Piura, Fundamento quinto).

Por último, queda por dilucidar si tal pena de inhabilitación definitiva para conducir, afecta también el principio de resocialización del penado. Al respecto, desde una atenta lectura del artículo 139 inciso 22 de la Constitución, coincidimos con Rodríguez (2016), cuando indica que este principio “se limita a la pena privativa de libertad (de allí su referencia al régimen penitenciario) y a la ejecución de dicha pena en un centro carcelario”.

La propia Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema se ha pronunciado en el mismo sentido, cuando en una sentencia del año 2021 señaló que:

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. (Consulta N° 2705-2021/Lima, Fundamento 11.5)

Es así entonces que, el principio de resocialización no es propio, en sentido estricto, de la pena de inhabilitación, lo que no quiere decir que esta no esté rodeada de las debidas garantías, tal como ya hemos visto en los párrafos anteriores.

En atención a todo lo anterior, vemos que, claramente correspondía aplicar el control difuso y, en consecuencia, inaplicar al caso concreto el artículo 398-B del Código Penal, ya que no superaba el examen de idoneidad, necesidad ni de

proporcionalidad en sentido estricto y, muy por el contrario, su aplicación suponía afectar gravemente otros derechos y principios de nivel constitucional, tales como el derecho a la libertad de trabajo, el derecho al libre desarrollo y bienestar, y el derecho a la protección a la familia; así como los principios de igualdad ante la ley y de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena. No así afectaría el principio de resocialización del penado, por los fundamentos ya desarrollados.

### **10.3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE FECHA 02/06/2021, EMITIDA POR LA SALA CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA, MATERIA DE LA CONSULTA N° 9730-2020/LIMA.**

#### **10.3.1. El caso**

- Se trata de hechos ocurridos el 3 de enero de 2020, en que un efectivo policial de tránsito constató que se encontraba circulando un vehículo de categoría M2 (combi) que tenía instalado en parachoque conocido como “mataperros”, que no está permitido para ese tipo de vehículos, motivo por el cual se acercó al conductor y le solicitó sus documentos personales, quién se negó a mostrarlos, por lo que se procedió a su intervención, y ante la insistencia de la autoridad policial, el conductor hizo entrega de sus documentos personales y los del vehículo, verificándose que dentro de la tarjeta de identificación vehicular se encontraba doblado un billete de 10 soles, dinero que, según lo referido por el conductor, era para que el efectivo policial lo apoye porque tenía su licencia de conducir vencida y no le imponga la papeleta de infracción, hecho que motivó su detención y traslado a la dependencia policial correspondiente.

- En el interior del proceso penal, el imputado llegó a un acuerdo de terminación anticipada con el Ministerio Público, el cual fue aprobado por el Juzgado de Investigación Preparatoria, condenando a dicho imputado, por el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, y como tal se le impuso 3 años y 4 meses de pena privativa de libertad suspenda por el lapso de 3 años, bajo reglas de conducta, se le fijó el monto de la reparación civil en 1,000 soles, y se dispuso la inaplicación de la inhabilitación prevista en el artículo 398-B del Código Penal, al considerar el juzgado que tal norma penal entra en conflicto, particularmente, con el derecho fundamental a la dignidad, libre desarrollo de la personalidad y libertad de trabajo, toda vez que el aceptar la inhabilitación definitiva que contempla dicha norma vulneraría el derecho al trabajo del sentenciado, y 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, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso.
- La sentencia así expedida, fue elevada en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema.

### **10.3.2. Fundamentos principales de la Sala Constitucional y Social Permanente**

- De acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se puede afirmar que la Constitución Política asegura el derecho de un desarrollo integral de la persona humana con dignidad, así como a 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. Igualmente, 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 productiva.

- En lo referente a la inhabilitación en materia penal, cabe indicar que, en términos generales, 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. Puede ser de dos tipos: principal y accesoria. En uno y otro caso, como toda sanción, debe estar irradiada de garantías generales, de allí que para la inhabilitación también rigen los principios de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad y lesividad. En cuanto a la garantía de resocialización, esta 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 Código. 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.

- 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 y justificada, requiere pasar por los filtros (reglas) que se establecen en la Casación N° 1618-2016-Lima Norte, esto es, a partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de la norma legal inaplicada, realizar el juicio de relevancia, efectuar una labor interpretativa exhaustiva y aplicar el test de proporcionalidad.
- *Sobre la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad*, 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. En lo concerniente a su aspecto material o de fondo, esto es, a su posible vinculación con la afectación de una norma sustantiva de la Constitución Política, se tiene que es precisamente ello lo que ha de verificarse en la presente consulta.
- *Sobre el juicio de relevancia*, se tiene que lo expuesto por el juzgado en la sentencia consultada, supera este juicio, ya que el caso de autos presenta la imposición de una pena de inhabilitación definitiva para obtener autorización para conducir, lo que en el caso concreto es relevante, desde que, de acuerdo a los antecedentes judiciales del imputado, este tiene como oficio precisamente la conducción de vehículos.
- *Sobre efectuar una labor interpretativa exhaustiva*, se aprecia de la lectura de la sentencia consultada, que esta revela el examen sobre la compatibilidad constitucional de la norma en mención, precisando las razones por las que considera que ella no resiste un exhaustivo examen de constitucionalidad, al considerar que vulnera derechos fundamentales que impedirían el ejercicio del

derecho a trabajar libremente, a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, considerando que no hay posibilidad de otra 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 de la personalidad y a la dignidad, y con ello seguir trabajando y poder cumplir con sus obligaciones de mantener a su familia y cumplir con la regla de conducta impuesta.

- *Sobre la aplicación del test de proporcionalidad*, se tiene que 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: idoneidad, necesidad y ponderación. 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.
- *Respecto al primer nivel de análisis: subprincipio de idoneidad*, se tiene que, 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 solo 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 requiere es el tránsito, donde interviene de modo determinante la seguridad vial y otros derechos colaterales. En ese sentido, en un contexto en que el Perú tiene el tercer lugar en el índice de la percepción de la corrupción a nivel de la región de América Latina, la medida limitativa de derecho es lícita y coherente con los fines constitucionales asignados a la persona humana, superando este primer nivel del juicio.

- *Respecto al segundo nivel de análisis: subprincipio de necesidad*, se tiene que, 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 eficaces que permitan concretar la finalidad pretendida con la medida limitativa de derecho, cuando lo pretendido es impedir que se reincida de modo definitivo 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. No obstante, la propia disposición inaplicada contempla además como pena de inhabilitación unas de menor intensidad: de suspensión o cancelación de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo (que pueden entenderse temporales), situación que no desvirtúa la apreciación del cumplimiento del subprincipio de necesidad cuando la medida persiga la *eliminación definitiva* de la posibilidad de reincidencia en el hecho delictuoso sancionado, pero que, sin perjuicio de ello puede tenerse en cuenta para la medición de la intensidad de la medida, a partir de la evaluación del subprincipio de proporcionalidad propiamente dicho, que corresponder efectuar a esta Sala Suprema. En esa

perspectiva, la medida 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.

- *Respecto al tercer nivel de análisis: subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación*, se tiene en el presente caso que, 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 importa una mayor lesividad, por su perpetuidad, en relación al derecho fundamental laboral aludido, ello se relativiza si atendemos que tal derecho puede verse satisfecho con otro tipo de actividades, distintas obviamente al oficio de conductor pero que, en el caso específico, de acuerdo a los antecedentes del caso penal, era el que desempeñaba el imputado al momento de la comisión del delito juzgado. En ese sentido, reiterando que el control difuso (específicamente aquí el examen de ponderación), debe realizarse en concreto, y verificando los elementos y circunstancias que lleven a determinar en el caso particular que la aplicación de la inhabilitación permanente podría ocasionar al sentenciado una grave lesión a sus derechos fundamentales que han sido invocados, más intenso que la optimización del derecho que se pretende alcanzar, al ser desproporcional en el objetivo, se abre la posibilidad de imponer una medida de *cancelación o suspensión temporal*, permitida por la propia disposición inaplicada, 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 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, cuando 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 3 años y 4 meses, suspendida por 3 años, y que el propio Ministerio Público ha solicitado que la judicatura penal aplique el control difuso en cuanto a la pena de inhabilitación prevista para el delito contemplado en el artículo 398-A del Código Penal.

- En consecuencia, la actuación del Juez de Investigación Preparatoria 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 suspensión o cancelación temporal que corresponde al caso particular, con atención a las circunstancias objetivas generadas en el proceso y, por ello, no corresponde aprobarse la sentencia consultada.

### **10.3.3. Decisión de la Sala Constitucional y Social Permanente**

- Desaprobaron la sentencia consultada emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos de Lima, en el extremo que realiza el control difuso inaplicando al caso concreto el artículo 398-B del Código Penal, por incompatibilidad con los artículos 1 y 2, numerales 1 y 15, de la Constitución Política del Estado.

#### **10.3.4. Análisis y comentarios**

Hay que destacar varios aspectos de esta ejecutoria suprema. Primero, que precisa que la pena de inhabilitación está irradiada de determinadas garantías, tales como los principios de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad y lesividad; descartando la garantía de resocialización, respecto a la cual se la postula “como un principio que obedece a la naturaleza particular de la pena privativa de libertad”. Al comentar y analizar la sentencia anterior, nosotros llegamos también a la misma conclusión. No obstante, contradictoriamente, la propia Sala Suprema, en otro extremo de su sentencia, afirma que esta inhabilitación definitiva “evidencia la privación y afectación del derecho a trabajar libremente y a la resocialización ante la sociedad”, con lo cual muestra una fundamentación deficiente, por ser esencialmente contradictoria.

Un segundo aspecto a destacar, es que reconoce que esta pena de inhabilitación definitiva para conducir es una pena conjunta, aunque no se decanta por precisar si es principal o accesoria.

De igual modo, indica que el artículo 398-B del Código Penal no tipifica un delito, con lo cual, ciertamente, se opone a considerar a dicha norma como, lo que en doctrina se suele denominar, un “tipo penal derivado”. Igualmente, indica que esta norma “solo 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 Código”. Por nuestra parte, estamos en desacuerdo

con tal afirmación, ya que la norma *in examine* no regula procedimiento alguno – ciertamente, es una norma sustantiva, no procesal-, sino que, tal como ya lo hemos desarrollado en el capítulo VI de esta investigación, en realidad, regula una circunstancia agravante específica, lo que explica porqué en la misma se hace la precisión de que la referida pena de inhabilitación solo se impondrá cuando las funciones policiales en juego estén relacionadas con el tránsito o la seguridad vial, es decir, no se aplica a la sola constatación de que el hecho se subsume solamente en el artículo 398-A. Igualmente agrava la punición, no en cuanto a la pena privativa de libertad, pero sí incorporando una pena adicional y conjunta, como lo es la inhabilitación definitiva para conducir.

Otro aspecto que se rescata de la sentencia, es que admite que esta inhabilitación “es total o de por vida”; en otras palabras, considera que esta inhabilitación tiene el carácter de perpetua.

Ahora bien, en cuanto a la aplicación del test de razonabilidad o proporcionalidad, consideramos que, si bien técnicamente ya no incurre en el error de aplicación que se evidenció en la sentencia anterior que hemos analizado, sin embargo, se observa que la argumentación de fondo es deficiente, por las razones que pasamos a desarrollar seguidamente.

Así, en cuanto al **subprincipio de idoneidad**, la sentencia aludida indica que, analizado en abstracto la norma *in examine*, esta supera este examen, dado que la misma persigue 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”. Asimismo, haciendo el examen en concreto, indica

la sentencia que, además, “se brindará mayor protección a la vida y seguridad, desde que el escenario que la norma penal requiere es el tránsito, donde interviene de modo determinante la seguridad vial y otros derechos colaterales”.

El examen de idoneidad, así visto, presenta determinadas falencias. En principio, la Suprema Corte no toma en cuenta que el delito que fue materia de condena no fue uno de conducción en estado de ebriedad o drogadicción, o de lesiones culposas u homicidio culposo por conducir en ese mismo estado, sino que es uno de corrupción de funcionarios, en donde lo que se protege es el correcto y normal funcionamiento de la administración pública. En ese contexto, inhabilitar a una persona para conducir un vehículo en nada asegura que esta no vuelva a corromper a un funcionario público en general, ni a un efectivo policial en particular, ya que lo que solo asegura es que el autor del hecho no volverá a operar un vehículo, nada más. Es por eso que esta búsqueda de evitación de la reincidencia, en realidad, solo sería idónea si se refiriera la condena a algunos de los delitos comunes antes mencionados, pero no a un delito de corrupción de funcionarios, en donde el bien jurídico protegido no guarda relación alguna con la capacidad o no de conducir un vehículo.

Por otro lado, en cuanto a que esta sanción de inhabilitación definitiva para conducir busque la protección de la vida y la seguridad, vemos que nuevamente la Corte Suprema incurre en error, pues con el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial no se sanciona las consecuencias por alguna infracción de tránsito, o por la afectación a la salud o la vida de las personas por inobservar normas de seguridad vial –que, por lo demás, se sanciona con otros

tipos penales comunes-, sino que lo que se sanciona en el artículo 398-A, en concordancia con el 398-B, es un acto posterior a la infracción administrativa, en donde se reprocha la conducta del conductor de querer evadir su responsabilidad mediante un acto de soborno.

En consecuencia, los fundamentos que hemos desarrollado en los dos párrafos que preceden no hacen más que evidenciar que la Corte Suprema no hace un correcto examen de idoneidad, ya que utiliza argumentos que no son pertinentes con la naturaleza del delito y la pena de inhabilitación prevista en la aludida ley penal. Por eso es que también llega a una conclusión errada, en el sentido que sería idónea la aplicación del artículo 398-B al caso en concreto.

Ahora bien, en cuanto al **subprincipio de necesidad**, la Suprema Corte indica que la aplicación de la norma *in comento* al caso concreto supera este examen, desde que no se aprecia la existencia de otras medidas alternativas “menos eficaces” (en realidad debió decir “menos aflictivas o menos gravosas”) que permitan concretar la finalidad perseguida; reiterando aquí que se persigue la no reincidencia en este delito, lo cual, conforme ya hemos visto, es una finalidad no acorde con la naturaleza del delito ni con el bien jurídico protegido.

Adicionalmente a ello, la Corte Suprema indica que el artículo 398-B contempla, además, la pena temporal de suspensión de la autorización para conducir, que es de menor intensidad. Sin embargo, ello se contradice con otro extremo de la misma sentencia, en donde indica que esta inhabilitación “es total o de por vida”, y cuando se refiere a su “perpetuidad”. Y es que, en puridad, esta inhabilitación, así como está regulada en el artículo 398-B, no contempla en lo absoluto una

pena temporal, sino que es una inhabilitación perpetua o definitiva, lo cual se evidencia del hecho mismo que en la propia norma se indique de manera expresa “cancelación” o “incapacidad definitiva”, en ningún momento hace alusión a la “suspensión”. Esta situación, por lo demás, ya la hemos analizado con bastante prolijidad en el capítulo VII de esta investigación.

En ese sentido, podemos concluir que también hay serias deficiencias en el examen de necesidad realizado por la Corte Suprema.

Por último, en cuanto al **subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación**, la Corte Suprema indica que, en abstracto, la aplicación de esta inhabilitación definitiva implica un grado de satisfacción mayor en contraste con el grado de intensidad en la afectación del derecho a trabajar libremente, por cuanto, el condenado podría dedicarse razonablemente a otro oficio, distinto al de conductor. No obstante, haciendo el control concreto de constitucionalidad, la Suprema Corte indica que, en este caso en específico, y dado el oficio de conductor de transporte público que tiene el sentenciado, la inhabilitación definitiva para conducir podría ocasionar una grave afectación a sus derechos a trabajar libremente, al libre desarrollo y bienestar y a la dignidad, lo cual deja abierta la posibilidad de aplicar una pena de inhabilitación temporal, que –según dice- permite la propia norma. Este es el motivo por el que no aprueba la aplicación del control difuso efectuado por el Juez especializado, en tanto que este había inaplicado totalmente la norma, sin fijar una inhabilitación por un determinado período de tiempo.

Estimados que el examen de proporcionalidad en sentido estricto efectuado por la Corte Suprema, así visto, es igualmente errado, por cuanto, en principio, parte por decir que no se afectaría gravemente el derecho a la libertad de trabajo sin analizar si, efectivamente, se afecta en específico el derecho a “elegir” dicho trabajo en base a las aptitudes y dedicación, así como a los conocimientos, experiencia y expectativas del penado, que como ya hemos visto en el análisis de la sentencia anterior, tiene también protección constitucional.

Por otro lado, vuelve a errar al considerar aquí que la norma permite una inhabilitación temporal. Además, no toma en cuenta que, un exhaustivo análisis de constitucionalidad –tal como lo hemos hecho al analizar la sentencia anterior, y cuyo caso es sustancialmente similar al presente- nos va a llevar a concluir que la pena de inhabilitación definitiva para conducir, para este caso en concreto, es esencialmente inidónea, es decir, no supera siquiera el primer filtro del test de razonabilidad o proporcionalidad. Por consiguiente, la inconstitucionalidad se evidencia en torno a la pena de inhabilitación para conducir en toda su extensión, y no solo respecto al extremo de su duración.

En ese sentido, y de todo lo antes analizado, podemos concluir que, si bien en esta sentencia se intenta hacer un correcto procedimiento en la aplicación del test de razonabilidad o proporcionalidad, sin embargo, los argumentos de fondo que utiliza para justificar sus conclusiones no se encuentran debidamente fundamentados o, en esencia, son contradictorias, lo que hace que esta sentencia resulte cuestionable.

Por lo demás, cabe señalar que esta no es la única sentencia que se pronuncia con estos argumentos; pues una sentencia bastante similar –casi idéntica- se emitió en la Consulta 9733-2020/Lima, de fecha 9 de junio de 2021, en el caso: Miguel Ángel Maylle Mallqui, con una Sala conformada por los magistrados supremos, y en ella también se desaprobó el control difuso efectuado por el juez especializado.

#### **10.4. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE FECHA 19/07/2021, EMITIDA POR LA SALA CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA, MATERIA DE LA CONSULTA N° 2705-2021/LIMA.**

##### **10.4.1. El caso**

- Se trata de un conductor de transporte público que fue intervenido el día 9 de febrero de 2020 por una efectiva policial de tránsito, quien le solicitó sus documentos, los cuales le fueron entregados por el conductor mediante un portadocumentos que contenía la tarjeta de propiedad y el SOAT, y en medio de ellos dos billetes nuevos doblados que previamente habían sido colocados por dicho chofer, por lo que la efectiva policial interviniente le preguntó por el motivo de los billetes, respondiendo el conductor: *“jefa tengo la licencia de conducir inhabilitada por agotar los puntos, apóyeme, ahí tiene un sencillo, estoy trabajando, no me ponga la papeleta”*, es decir, dicha entrega fue con la finalidad que la efectiva policial no cumpla con el procedimiento correspondiente de imponer la sanción M-04, correspondiente a conducir el vehículo estando con la licencia vencida.

- Tratándose de un caso en flagrancia, se produjo la detención del conductor, y como parte del procedimiento correspondiente, el Ministerio Público formuló requerimiento de proceso inmediato, acompañando el acuerdo provisional de terminación anticipada, por el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, acordándose, aparte de la pena privativa de libertad y la reparación civil, la pena de inhabilitación por un período de un año y ocho meses de suspensión de la licencia de conducir, de conformidad con los artículos 398-B, 36.7 y 426 primer párrafo del Código Penal.
- Dicho acuerdo de terminación anticipada fue desaprobado por el Juzgado de Investigación Preparatoria, y apelada que fue dicha decisión por parte del Ministerio Público, la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró fundado el recurso de apelación, revocando la resolución de primera instancia, y reformando la misma aprobaron el citado acuerdo en sus propios términos, por lo que se dispuso la inaplicación del artículo 398-B del Código Penal, por contravenir lo previsto en el inciso 15 del artículo 2 , el inciso 22 del artículo 139, y lo dispuesto en el literal d) inciso 24 del artículo 2, en interpretación conjunta con el último párrafo del artículo 200, de la Constitución Política. El caso así resuelto, fue elevado en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema.

#### **10.4.2. Fundamentos principales de la Sala Constitucional y Social Permanente**

- En el presente caso, se trata de un conflicto entre lo estipulado en el artículo 398-B del Código Penal y, particularmente, el derecho fundamental a la libertad de trabajo, toda vez que el aceptar la inhabilitación definitiva que contempla la

referida norma penal importaría una condena a que no pueda el condenado desempeñar más su oficio de conductor.

- De acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la Constitución 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. Este derecho a la libertad de trabajo tiene también reconocimiento a través de los tratados internacionales de derechos humanos y, según la doctrina, en virtud de esta libertad ni el Estado ni particular alguno podrá impedir u obligar a una persona a elegir y ejercer una actividad humana productiva.
- La inhabilitación en materia penal, por su parte, es la privación de un derecho a la suspensión de su ejercicio, en virtud de la comisión de un hecho antijurídico que el ordenamiento jurídico califica como delito. Puede ser de dos tipos: principal y accesoria. 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 legalidad, proporcionalidad, culpabilidad y lesividad.
- Por su parte, 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.
- El artículo 398-B del Código Penal regula una pena conjunta a la pena privativa de libertad que aparece prevista en el artículo 398-A del mismo código, por lo

que, 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. Asimismo, el artículo 398-B del Código Penal, cuya incompatibilidad se examina, al contener una norma que establece la incapacidad definitiva 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.

- Evaluando el ejercicio del control difuso en el caso particular, debe considerarse, en primer lugar, que se aprecia que el imputado no cuenta con antecedentes penales, lo cual constituye un elemento a tener en cuenta.
- La inhabilitación prevista en el artículo 398-B del Código Penal, 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 del caso concreto, por lo que, de aplicarse dicha restricción de la inhabilitación definitiva para conducir se puede considerar como una medida excesiva y desproporcionada, que afectaría también a su entorno más cercano y con grave afectación de sus derechos constitucionales.
- Se recurre al método de interpretación constitucional del *test de proporcionalidad*, a través del cual se trata de establecer si la intervención del órgano jurisdiccional, dejando de aplicar, por considerar inconstitucional en el caso concreto, la norma penal *in examine*, se justifica o no constitucionalmente.
- En ese sentido, en cuanto al primer subprincipio, conocido como *el de finalidad*, se tiene que al inaplicarse el artículo 398-B del Código Penal en la resolución de

vista, se pretende la protección a trabajar libremente derivada de la dignidad de la persona humana respecto al acusado y la excesiva pena de inhabilitación definitiva para obtener autorización para conducir a imponerse por el delito cometido. Así, se considera que la búsqueda de protección de tal derecho, de rango constitucional, resulta válido, lo que, aunado a la protección del derecho a trabajar libremente y a la dignidad analizados, se tiene por cumplido este subprincipio de adecuación o finalidad.

- En cuanto al segundo subprincipio, llamado *de necesidad*, de lo que se trata es de establecer si 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 del imputado; siendo que, de acuerdo a lo expuesto, en el presente caso, dada la particular situación del imputado de no tener antecedentes penales y el oficio de chofer que desempeña, el órgano jurisdiccional solo podía detener la gravosa aplicación de la pena prevista en la ley, inaplicando el artículo 398-B del Código Penal. Así, no existiendo otra posibilidad menos gravosa que la adoptada por la Sala Superior, se verifica que la norma analizada no cumple con este subprincipio.
- En cuanto al tercer y último subprincipio, conocido como *de proporcionalidad en el sentido estricto*, se advierte en este caso que el bien protegido por la decisión jurisdiccional -a trabajar libremente-, da plena justificación a la inaplicación de la norma penal, solo en relación al artículo 398-B del Código Penal, pues el imputado tiene el oficio de chofer, es por ello que la intervención del órgano jurisdiccional en el no cumplimiento de la norma legal guarda proporción en protección del mencionado derecho fundamental, de lo que se concluye que la norma penal examinada tampoco cumple con este subprincipio.

- En ese sentido, se tiene 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, sobre todo si estamos ante una persona que tiene el oficio de chofer; 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, haciéndose presente que la Sala Superior, ha dispuesto la inhabilitación de suspensión de autorización para conducir cualquier tipo de vehículo por un plazo de un año y ocho meses, conforme a lo requerido por el Ministerio Público.
- Por otro lado, la Sala Superior ha considerado que la referida incompatibilidad se daría también con el literal d) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución (principio de legalidad), y con el último párrafo del artículo 200 de la Constitución; sin embargo, no ha cumplido con justificar cómo la norma sometida a control difuso sería incompatible con los aludidos artículos constitucionales, debido a que solamente las menciona en su resolución de vista, por lo que termina siendo irrelevante efectuar análisis alguno acerca de la incompatibilidad con aquellos artículos.
- Finalmente, en aplicación del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se apartan de criterios anteriores suscritos respecto de casos similares, en base a lo desarrollado en esta sentencia.

#### **10.4.3. Decisión de la Sala Constitucional y Social Permanente**

- Aprobaron la resolución de vista consultada, dictada por la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, que, ejerciendo el control

difuso, inaplica al caso concreto el artículo 398-B del Código Penal, por incompatibilidad con el inciso 15 del artículo 2, y el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución, en el extremo referido a la inhabilitación.

**S.S. QUISPE SALSAVILCA / YAYA ZUMAETA / YALÁN LEAL / HUERTA HERRERA /  
BUSTAMANTE ZEGARRA**

#### **10.4.4. Análisis y comentarios**

De una simple lectura de esta ejecutoria suprema, vemos que la misma guarda similitud con la Consulta 9730-2020/Lima, que hemos analizado en el acápite anterior, sobre todo hasta antes de aplicarse el test de proporcionalidad, por lo que, en cuanto a los argumentos que se repiten, nos remitimos a nuestros comentarios que hemos realizado en aquella ocasión.

Debemos destacar, sin embargo, que, a diferencia de la ejecutoria suprema anterior, aquí se centra el argumento mayormente en el aparente conflicto entre la pena de inhabilitación definitiva versus el derecho a trabajar libremente, desarrollando este último con una mayor prolijidad.

No obstante, lo que sí resulta criticable de esta sentencia, es que se vuelva a cometer el mismo error en la aplicación del test de razonabilidad o proporcionalidad en que se incurrió en la Consulta 17112-2017/Lima, que analizamos en primer lugar, es decir, buscan dilucidar “si la intervención del órgano jurisdiccional, dejando de aplicar, por considerar inconstitucional en el caso concreto, la norma penal, se justifica o no constitucionalmente”; es decir, el control difuso se hace sobre los términos –o intervención- de la sentencia

examinada y no en torno a la aplicación de la cuestionada norma penal al caso en concreto.

Llama la atención, además, que la composición de magistrados supremos que firman esta sentencia sea la misma que en la Consulta 9730-2020/Lima, pero, paradójicamente, aquí hacen uso del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para apartarse de criterios anteriores suscritos respecto a casos similares, lo que quiere decir que, en cuanto a la forma de aplicar el control difuso, dejan de lado la Consulta 9730-2020/Lima, que estaba mejor desarrollada – aunque no coincidamos con sus fundamentos de fondo-, para adherirse a la forma de aplicar este principio en la Consulta 17112-2017/Lima, que como ya hemos visto, tiene esta seria deficiencia.

## **10.5. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE FECHA 10/09/2021, EMITIDA POR LA SALA CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA, MATERIA DE LA CONSULTA N° 5631-2020/LIMA.**

### **10.5.1. El caso**

- Se trata de un hecho ocurrido el 7 de enero de 2020, en que un efectivo policial de tránsito, que en cumplimiento de sus funciones venía realizando el servicio de patrullaje motorizado, visualiza que un vehículo automóvil se encontraba haciendo taxi colectivo, afectando la fluidez del tráfico vehicular, infringiendo el Reglamento Nacional de Tránsito con Código G-47, por lo que procedió a intervenirlo, y al solicitar al conductor los documentos respectivos, tales como tarjeta de propiedad, licencia de conducir, SOAT y DNI, este solo le entregó un

billete de 20 soles doblado en dos partes, indicando que entregaba dicho dinero para el “desayuno” del efectivo policial y para que no le imponga la papeleta de tránsito, lo que ameritó que dicho agente policial le informe que estaba cometiendo un delito de corrupción de funcionarios, formule la documentación respectiva, y ponga al referido conductor a disposición de la Comisaría PNP.

- Luego de las investigaciones correspondientes, el Ministerio Público formuló requerimiento de proceso inmediato, adjuntando el respectivo acuerdo de terminación anticipada arribado con el investigado, por la presunta comisión del delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, acuerdo que fue aprobado por el Juzgado de Investigación Preparatoria, condenando al referido conductor por el mencionado delito, imponiéndole 3 años y 4 meses de pena privativa de libertad suspendida por 1 año, bajo reglas de conducta, una reparación civil de 1,000 soles, y en cuanto a la pena de inhabilitación señaló que, aplicando el control difuso, se disponía la inaplicación del artículo 398-B del Código Penal, ordenado la elevación en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema para los fines pertinentes.

#### **10.5.2. Fundamentos principales del voto en mayoría de la Sala Constitucional y Social Permanente**

- La norma inaplicada, es decir, el artículo 398-B del Código Penal, es una modalidad de la norma contemplada en el artículo 398-A, que regula el cohecho activo en el ámbito de la función policial, en tanto que alude a actos de corrupción a un miembro de la Policía Nacional en el ejercicio de sus funciones de tránsito o seguridad vial, y que establece que, además de la pena prevista en el artículo 398-A, se impondrá una inhabilitación consistente en la cancelación o

incapacidad definitiva, según sea el caso, para obtener autorización para conducir, de conformidad con el inciso 7 del artículo 36.

- Según el artículo 37 del Código Penal, la pena de inhabilitación puede ser impuesta como principal o accesoria, y en cuanto a la inhabilitación principal, hay parámetros que van desde los 6 meses hasta los 10 años, salvo en los casos de incapacidad definitiva a que se refieren los numerales 6, 7 y 9 del artículo 36, como es el caso de autos, donde el artículo 398-B del mismo cuerpo legal contempla expresamente que la sanción de inhabilitación es definitiva.
- En el presente caso, el juez de investigación preparatoria ha inaplicado, vía control difuso, el artículo 398-B del Código Penal, de lo cual se advierte que ha dejado de aplicar la inhabilitación definitiva sin establecer el tiempo que dure la pena de inhabilitación, soslayando con ello el espíritu de la pena de inhabilitación principal prevista en dicho artículo, en concordancia con el artículo 38 del Código Penal. Hay que tener en cuenta que el juzgado, en la parte considerativa de su sentencia, había sostenido que la inhabilitación definitiva resultaría una medida excesiva y gravosa, más aún cuando conforme al Acuerdo de Terminación Anticipada el representante del Ministerio Público ha solicitado que se aplique la sanción de inhabilitación de 5 meses.
- Para efectuarse el control difuso del artículo 398-B del Código Penal, en el extremo del carácter definitivo de la inhabilitación, no debe realizarse un análisis en abstracto sino en concreto, debiendo verificarse los elementos o circunstancias que lleven a determinar en este caso concreto que la aplicación de la inhabilitación definitiva podría ocasionar al procesado un grave perjuicio en alguno de sus derechos fundamentales.

- En la sentencia materia de consulta, el juzgado, invocando el control difuso para el caso en concreto, inaplica el extremo de la inhabilitación de carácter definitivo, tipificado en el artículo 398-B del Código Penal, sosteniendo que la imposición de esta sanción es sumamente gravosa y excesiva y afecta el derecho al trabajo consagrado en la Constitución, que se encuentra vinculado al derecho a la dignidad de la persona en su contenido al libre desarrollo de la personalidad, para lo cual recurre al test de proporcionalidad; además que ha tenido presente que para el caso en concreto existe contra el sentenciado una pena privativa de libertad de 3 años y 4 meses con la calidad de suspendida por 1 año, y una reparación civil a pagar de 1,000 soles.
- No obstante, para que sea posible conceder el beneficio de la inhabilitación con carácter temporal, se impone la exigencia al órgano jurisdiccional de explicar debidamente las circunstancias particulares que se presentan en el caso en concreto, que nos lleven a inferir que la pena de inhabilitación definitiva consistente en la cancelación o incapacidad definitiva prevista por el legislador colisionaría con un derecho fundamental, lo que no se evidencia de lo argumentado en el fallo revisado; más aún, si tenemos en cuenta que de acuerdo a las reglas del ejercicio del control difuso, su ejercicio requiere de una labor previa como es el de verificar en forma obligatoria una labor interpretativa escrupulosa, con el propósito de agotar los medios para salvar la constitucionalidad de la norma.
- En consecuencia, al evidenciarse que el Juez no ha establecido el tiempo que debe durar la pena de inhabilitación, así como tampoco ha realizado un correcto desarrollo del control difuso en la sentencia consultada, dicha resolución no corresponde ser aprobada.

### 10.5.3. Decisión en mayoría de la Sala Constitucional y Social Permanente

- Desaprobaron la sentencia consultada que, ejerciendo el control difuso, inaplica al caso concreto el artículo 398-B del Código Penal, por incompatibilidad con el artículo 2 inciso 15 de la Constitución Política del Perú, en el extremo referido a la inhabilitación.

**S.S. TOLEDO TORIBIO / YAYA ZUMAETA / HUERTA HERRERA / BUSTAMANTE ZEGARRA**

### 10.5.4. Fundamentos principales del voto singular del juez supremo Toledo

#### Toribio

- El control difuso tiene carácter incidental, en tanto que se da al interior de un proceso, y es concreto o relacional, ya que en su ejercicio no se analiza la norma reputada inconstitucional en abstracto, sino con ocasión de su aplicación a un caso en particular. Por ello también, los efectos del control difuso son *inter partes* y no *erga omnes*, esto es, su alcance está circunscrito a los que participan en la controversia.
- El artículo 398-B del Código Penal no puede interpretarse como inconstitucional, pues, como se tiene expuesto, dicho precepto no hace otra cosa que establecer la inhabilitación consistente en la cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir a aquellos que corrompan a un miembro de la Policía Nacional en el ejercicio de sus funciones, siempre que estas correspondan al tránsito o seguridad vial, es decir, que cometan el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, el cual, por el bien jurídico que protege (el correcto funcionamiento y el prestigio de la administración pública) reviste una gravedad muy alta.

- Es factible afirmar que el artículo 398-B del Código Penal tiene sustento válido en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado y el carácter preventivo del derecho penal y, por tanto, no puede colisionar con el derecho al trabajo consagrado en el inciso 15 del artículo 2 de nuestra Carta Magna, puesto que, si bien existe la obligación de garantizar el ejercicio del trabajo libre, esto no puede ser empleado para limitar el poder punitivo del Estado ni la facultad de dictar políticas públicas orientadas a luchar contra la corrupción que en el Perú ha venido en aumento durante los últimos años y, más aún, si se trata de delitos considerados como muy graves.
- En tal sentido, la inhabilitación prevista en el artículo 398-B del Código Penal de ninguna forma afecta el derecho al trabajo, contemplado en la Constitución, pues, el artículo 28 del aludido Código Penal prevé la existencia de distintas clases de penas que son determinadas en atención a la gravedad de los hechos, naturaleza del bien jurídico protegido y las condiciones del agente responsable, entre las cuales tenemos a las penas privativas de libertad, restrictivas de libertad, limitativas de derechos (incluye la inhabilitación) y la multa; por estas razones, resulta plenamente ajustado a derecho y conforme a la Constitución Política del Estado que la ley penal imponga la cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir a aquellas personas que incurran en el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial.
- De conformidad con el artículo 22 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el suscrito se aparta de cualquier otro criterio anterior que se oponga a las consideraciones antes expuestas.
- Por cuyos fundamentos, mi voto es porque se DESAPRUEBE la sentencia de terminación anticipada materia de consulta.

### **10.5.5. Fundamentos principales del voto en minoría de los jueces supremos Pariona Pastrana y Linares San Román**

- Conforme a la doctrina jurisprudencial vinculante impuesta por esta Suprema Sala en la Consulta N° 1618-2016-LIMA NORTE, incumbe determinar si el artículo 398-B del Código Penal supera o no el Test de Proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad), con el fin de verificar si la misma supera o no el derecho a la libertad de trabajo.
- 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. Así, la sentencia consultada, al inaplicar el artículo 398-B del Código Penal, pretende la protección del libre desarrollo de la persona, bienestar y a la protección de la familia, y otros vinculados como el 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 el caso de autos. El Colegiado Supremo considera que la búsqueda de protección de tales derechos, de rango constitucional, resultan válidos, lo que aunado a la protección del derecho a trabajar libremente y al libre desarrollo y bienestar de la persona señalados

precedentemente, se tiene por cumplido este subprincipio 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 anteriormente; 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 del imputado. A la luz de lo expuesto en la sentencia materia de consulta y de lo actuado en autos, se advierte que, en este caso, dada la particular situación del imputado, esto es, la ausencia de antecedentes penales, el reconocer su responsabilidad y a comprometerse al pago de una reparación civil, y que además este se dedica a ser conductor de vehículo, entre otros descritos en la sentencia consultada, el órgano jurisdiccional solo podía atender a no aplicar esta sanción gravosa de la pena 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 sentido estricto*, se advierte que, en este caso, los bienes protegidos por la decisión jurisdiccional –a trabajar libremente-, conforme se ha precisado, 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 lo que se colige que también se cumple este subprincipio.

- En ese sentido, 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.
- Por tal motivo, se considera que frente a este conflicto de normas jurídicas, donde opera la contradicción entre una norma de carácter legal –artículo 398-B del Código Penal- y otra de carácter constitucional –artículo 2 numerales 1 y 15 de la Constitución Política del Estado-, debe inaplicarse la norma legal y preferirse la norma constitucional, conforme lo manda el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y, en consecuencia, conforme a lo previsto en el artículo 14 del T.U.O. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, corresponde *aprobar* la sentencia consultada que decide inaplicar el citado artículo 398-B del Código Penal y que efectuado el análisis de fondo del caso en concreto se inaplique al procesado la pena accesoria de inhabilitación consistente en la cancelación de la licencia de conducir, en razón de haber cometido el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, previsto en el artículo 398-A del Código Penal.
- Por estas consideraciones, nuestro voto es porque se APRUEBE la sentencia consultada que, ejerciendo el control difuso, resuelve inaplicar al caso concreto el artículo 398-B del Código Penal, por incompatibilidad constitucional con el derecho a trabajar libremente y al libre desarrollo y bienestar previstos en el artículo 2 numerales 1 y 15, respectivamente, de la Constitución Política del Estado.

### 10.5.6. Análisis y comentarios

Lo particular e interesante de esta ejecutoria suprema, es que la misma no solo incorpora fundamentos en mayoría, que se decantan por desaprobar el control difuso aplicado por el juez especializado, sino que, además, tiene un voto singular y fundamentos del voto en minoría; de tal modo que el panorama interpretativo que se puede extraer de esta sentencia es mayor.

En cuanto al **voto en mayoría**, vemos que, una de las primeras precisiones que se pueden destacar de él, es que interpreta que el artículo 398-B del Código Penal “es una modalidad de la norma contemplada en el artículo 398-A”, en tanto que “la norma inaplicada alude a actos de corrupción a un miembro de la Policía Nacional en el ejercicio sus funciones de tránsito o seguridad vial”. En ese sentido, en buena cuenta interpreta que este artículo 398-B contiene una segunda modalidad de cohecho activo en el ámbito de la función policial, pero esta vez vinculado básicamente al tránsito o la seguridad vial, el cual tiene su propia penalidad, pues además de la pena privativa de libertad (que se impone por remisión al artículo 398-A), se aplica la pena de inhabilitación definitiva para conducir.

Al respecto, debemos reiterar lo que expusimos en el capítulo VI de esta investigación, en el sentido que el artículo 398-B del Código Penal, más que una nueva modalidad de cohecho activo en el ámbito de la función policial, incorpora, en realidad, una circunstancia agravante específica, ya que la intensión del legislador ha sido agravar la pena en los supuestos en que los agentes pretendan

corromper a miembros de la Policía Nacional cuando estos ejerzan funciones ligadas al tránsito o la seguridad vial. Así, la agravación consiste no en aumentar el marco legal de la pena privativa de libertad –como usualmente se hace-, sino en agregar una pena principal adicional, consistente en la inhabilitación definitiva para conducir. Aunque, como ya venimos viendo a lo largo de la presente investigación, esta pena de inhabilitación que se adiciona sería, a todas luces, inconstitucional, por lo que, siendo esto así, en la realidad, al inaplicarse dicha norma, no subsistiría agravación alguna de la pena, quedando esta circunstancia especial o específica en, básicamente, inoperativa, ya que tanto el tipo básico como el agravado tendrían, literalmente, la misma pena.

Ahora bien, un segundo aspecto que destacamos del voto en mayoría, es que ya concibe la pena de inhabilitación del artículo 398-B como una inhabilitación principal, la cual la considera una “inhabilitación definitiva”.

En cuanto al fondo del asunto, vemos que esta sentencia es más escueta que las anteriores, pues si bien desapruueba la inaplicación de la norma penal *in comento* vía el control difuso, no lo hace esta vez desarrollando su propio test de razonabilidad o proporcionalidad, sino que ahora solo se basa en dos argumentos: el primero, ligado a que la Sala Suprema cuestiona que el juzgador no haya establecido una inhabilitación temporal, luego de haber inaplicado la inhabilitación perpetua. Dice que con ello se ha soslayado el espíritu de la pena prevista en el artículo 398-B. Y el segundo, en que se cuestiona que el juzgador no habría explicado debidamente las circunstancias particulares que se

presentan en el caso en concreto, que lleven a inferir que la pena de inhabilitación definitiva colisionaría con algún derecho fundamental.

En cuanto al primer argumento, y por lo escueto de la sentencia, consideramos que tal observación no se encuentra debidamente motivada, dado que no explica como así la Corte Suprema puede exigir que se establezca una pena de inhabilitación para conducir de carácter temporal, cuando ello no parece posible de una atenta lectura del artículo 398-B, conforme ya lo hemos comentado en el análisis de las ejecutorias supremas anteriores.

Y en cuanto al segundo argumento, al parecer la Sala Suprema cuestiona un defecto de motivación en la sentencia del órgano de primera instancia. Aunque sí, como vemos, los hechos son sustancialmente similares que los anteriores casos, y los mismos no encierran mayor complejidad, estimamos que la Sala Suprema pudo haber resuelto con mayor prolijidad si correspondía inaplicar la norma penal de inhabilitación vía el control difuso, ya que tenía todos los elementos a la mano.

Aparte de todo lo anterior, no hay más que destacar de este voto en mayoría.

En cuanto al **voto singular** del magistrado Toledo Toribio, este señala estar de acuerdo con el sentido del fallo del voto en mayoría, aunque considera que los argumentos debieron ser otros.

Así, dicho magistrado considera que el artículo 398-B *in examen* no es inconstitucional, pues el delito a que se refiere dicho artículo reviste una gravedad muy alta, tomando en consideración el bien jurídico que protege (el correcto

funcionamiento y el prestigio de la administración pública). Adicionalmente, considera que dicha pena tiene sustento válido en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado y el carácter preventivo del derecho penal; y que de ninguna forma colisiona con el derecho a la libertad de trabajo, ya que este no puede ser empleado para limitar el poder punitivo del Estado ni la facultad de dictar políticas públicas tendientes a luchar contra la corrupción.

Como vemos, es la primera vez que de manera frontal un magistrado supremo rechaza la aplicación del control difuso del artículo 398-B del Código Penal, aunque, como podemos advertir, sus argumentos no son muy convincentes, si lo confrontamos con la evolución de la doctrina en materia de control constitucional. En efecto, resulta cuestionable que se justifique la aplicación de una pena tan severa como la inhabilitación definitiva para conducir atendiendo básicamente a la gravedad del delito cometido, sin que previamente se haga un análisis sesudo en torno a la idoneidad de dicha pena que, como ya hemos visto en apartados anteriores, no supera este primer examen.

Tampoco se puede justificar la aplicación de dicha pena en el solo ejercicio del poder punitivo del Estado o en el carácter preventivo del derecho penal, pues, por el contrario, justamente el principio de proporcionalidad de las penas, en un Estado Constitucional de Derecho, funciona a manera de límite del poder punitivo del Estado, es decir, evita que este se extralimite o caída en excesos en el ejercicio de su facultad punitiva. Igualmente, ya hemos acotado varias veces que la imposición de una pena, atendiendo a su solo carácter preventivo, no es

razonable, y, por ende, trastoca el principio de proporcionalidad, por no guardar correspondencia con la culpabilidad del autor.

Asimismo, no parece de recibo que se deje de lado el factor de la afectación a la libertad de trabajo con la imposición de esta excesiva pena de inhabilitación, pues ya hemos dicho también que dicha libertad no se puede afectar por medidas que no persigan la satisfacción de un fin superior y que no sean idóneas para el objetivo que se proponen.

En consecuencia, si bien es interesante este voto singular, por ser contrario a los votos que usualmente emiten la mayoría de magistrados supremos, sin embargo, no parece estar suficientemente fundamentado. Tal vez hubiese sido más convincente si desarrollaba con sólidos argumentos el test de razonabilidad o proporcionalidad, que permita evidenciar con mayor claridad como así esta pena de inhabilitación definitiva es idónea, necesaria y proporcional en estricto sentido.

Por último, cabe resaltar que el magistrado que suscribe este voto singular, en otra sentencia anterior emitió un voto con argumentos totalmente contrarios a este, conforme puede verse de la Consulta 17112-2017/Lima, que también hemos analizado. No obstante, debemos reconocer que este magistrado se aparta expresamente de su criterio anterior, en aplicación del artículo 22 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por otro lado, en cuanto al **voto en minoría**, suscrito por dos magistrados supremos, quienes se pronuncian por que se apruebe la aplicación del control difuso y, en consecuencia, se inaplique el artículo 398-B del Código Penal, cabe

señalar que los fundamentos del mismo son muy similares a los contenidos en la Consulta 2705-2021/Lima, con todos sus defectos y virtudes, por lo que, para no ser repetitivo, nos remitimos, en lo pertinente, a los comentarios que hicimos a dicha sentencia.

## **10.6. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE FECHA 10/03/2023, EMITIDA POR LA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA, MATERIA DE LA CONSULTA N° 21541-2022 LIMA**

### **10.6.1. El caso**

- Se trata de un conductor de transporte público que habría entregado la suma de 20.00 soles a una agente policial de tránsito, para que no le imponga una papeleta por infringir el Reglamento Nacional de Tránsito (obstaculizar la fluidez vehicular – G47). Dicho conductor reconoció los hechos y se mostró arrepentido de su actuar, por lo que solicitó acogerse al proceso de terminación anticipada, firmándose el respectivo acuerdo con el representante del Ministerio Público.
- En la audiencia especial de terminación anticipada, el Juez de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios y Crimen Organizado de la Corte Superior de Justicia de Lima, aprobó el referido acuerdo de terminación anticipada, en cuanto a la pena privativa de libertad y la reparación civil, y desaprobó el extremo de la inhabilitación acordada conforme al artículo 426 del Código Penal, por lo que, ejerciendo control difuso respecto a este último extremo, inaplicó el artículo 398-B del Código Penal, imponiéndole en su lugar la pena de inhabilitación en concordancia con el artículo 38 del Código Penal, esto es, la cancelación temporal de la licencia de conducir por el plazo de

un año y seis meses.

- Al no ser apelada esta decisión judicial, la causa fue elevada en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, respecto al extremo de la inaplicación del artículo 398-B del Código Penal.

#### **10.6.2. Fundamentos principales de la Sala Constitucional y Social Permanente**

- En el presente caso, el juzgado de primera instancia ha considerado que la aplicación al caso concreto del artículo 398-B del Código Penal, vulnera lo normado en el artículo 2, numeral 15, de la Constitución (derecho a trabajar libremente con sujeción a ley) y en el artículo 139, numeral 22, de la misma norma fundamental (principios de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad).
- En relación al artículo 398-B del Código Penal, se precisa 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 Código. En ese sentido, más que tipificar un delito, establece el procedimiento a seguir para efectivizar la inhabilitación concatenada a la pena privativa de la libertad que contiene el artículo 398-A. Por otro lado, de la lectura del citado artículo 398-B, 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 de razonabilidad y proporcionalidad, así como los vinculados con los fines de la pena.

- La inhabilitación definitiva para conducir del 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 circunstancias del caso en concreto; en ese sentido, la aplicación de dicha pena constituiría, en principio, una medida excesiva y desproporcionada que afectaría gravemente el entorno familiar y derechos constitucionales del condenado.
- A fin de examinar la intervención referida a la incapacidad definitiva para conducir, se requiere pasar por las reglas desarrolladas en la doctrina jurisprudencial vinculante materia de la Consulta N° 1618-2016-Lima Norte, es decir, a partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de la norma legal inaplicada, realizar el juicio de relevancia, efectuar una labor interpretativa exhaustiva y aplicar el test de proporcionalidad.
- Es así que, *sobre la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de la norma legal inaplicada*, se aprecia que la expedición del artículo 398-B del Código Penal, integra el cuerpo normativo del Código Penal, y promulgada conforme a la Constitución, superando el control de producción normativa, siendo, por ende, una norma legal válida y vigente, que además goza de obligatoriedad conforme al artículo 109 de la Constitución.
- En cuanto al *juicio de relevancia*, se tiene que los fundamentos expuestos por el Juez de Investigación Preparatoria superan este juicio, debido a que en el caso de autos se advierte la imposición de una pena de inhabilitación definitiva para obtener autorización para conducir, lo que resulta relevante para el presente caso, ya que en autos se ha acreditado que el imputado tiene como oficio el de conductor de vehículos de transporte público.

- En cuanto a la *realización de una labor interpretativa exhaustiva*, se aprecia de la lectura de la sentencia expedida por el Juez de Investigación Preparatoria, que la misma realiza el examen sobre la compatibilidad constitucional de la norma en mención, precisando las razones por las que considera que ella no resiste un exhaustivo examen de constitucionalidad, al considerar que vulnera derechos fundamentales que impedirían el ejercicio del derecho a trabajar libremente, considerando que no hay posibilidad de otra interpretación constitucional de la misma, en la medida que la aplicación de esta inhabilitación definitiva generaría no solo la afectación del derecho al trabajo, sino también de los principios de proporcionalidad y de resocialización del penado.
- Igualmente, en cuanto a la *aplicación del test de proporcionalidad*, se tiene que este se materializa a través de tres subprincipios: idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Así, en cuanto al *juicio de idoneidad o adecuación*, se tiene que la sentencia consultada, al inaplicar el artículo 398-B del Código Penal, pretende 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 conducir a imponer por el delito cometido en autos; en ese sentido, se considera que la búsqueda de protección de tal derecho de rango constitucional resulta válido, por lo que se tiene por cumplido este subprincipio. Respecto al segundo subprincipio, de *necesidad*, se tiene que a la luz de lo expuesto en la sentencia materia de consulta y de lo actuado en autos, se advierte que dada la particular situación del imputado, esto es, la ausencia de antecedentes penales, el órgano jurisdiccional sólo podía detener la gravosa aplicación de la pena accesoria prevista en la ley, inaplicando el artículo 398-B del Código Penal en el extremo de carácter definitivo, por lo que,

no existiendo otra posibilidad menos gravosa que la adoptada por el juez, se cumple también con este subprincipio. Y en relación al último subprincipio de *proporcionalidad en sentido estricto*, se advierte que, en este caso, el bien protegido por la decisión jurisdiccional –a trabajar libremente-, da plena justificación a la inaplicación de la norma penal, solo en relación al artículo 398-B del Código Penal; así, la intervención del órgano jurisdiccional en el no cumplimiento de la norma legal guarda proporción en protección del mencionado derecho fundamental del imputado, de lo que se concluye que también se cumple con este subprincipio.

- En ese sentido, se tiene que el artículo 398-B del Código Penal, al establecer la cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir, en el caso concreto, afecta el derecho a trabajar libremente, además colisiona con los principios de proporcionalidad y de resocialización del penado, por lo que resulta adecuada la inaplicación de dicha norma en el presente caso solo en el extremo referido al carácter definitivo.
- Sobre la base de lo señalado, y teniendo en cuenta que el acuerdo provisional de terminación anticipada del proceso sustentado oralmente en audiencia por el Ministerio Público, el imputado y su abogado defensor, en el que se estableció la pena de inhabilitación por el plazo de un año y seis meses; y, la falta en la cual habría incurrido el imputado al obstaculizar la fluidez del tránsito; se concluye que la pena accesoria de inhabilitación consistente en la cancelación o incapacidad para conducir debe ser una de carácter temporal mas no definitiva, graduada prudencialmente y de manera proporcional a la pena impuesta. En ese contexto, corresponde aprobarse la sentencia consultada.

### **10.6.3. Decisión de la Sala Constitucional y Social Permanente**

- Aprobaron la sentencia consultada dictada por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios y Crimen Organizado de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el extremo que ejerciendo el control difuso declara inaplicable al caso en concreto el artículo 398-B del Código Penal por incompatibilidad constitucional, sin afectar su vigencia.

*S.S. DE LA ROSA BEDRIÑANA / AMPUDIA HERRERA / CARTOLIN PASTOR / LINARES  
SAN ROMÁN / CORANTE MORALES*

### **10.6.4. Análisis y comentarios**

Esta sentencia emitida por la Sala Constitucional y Social tiene mucha similitud con la emitida en la Consulta N° 9730-2020/Lima del 02/06/2021, que ya hemos analizado, pero solo hasta antes de aplicarse el test de proporcionalidad, por lo que, hasta ese extremo, nos remitimos al análisis y comentarios que hicimos a la Consulta referida.

Ahora bien, en lo que concierne a la aplicación del test de proporcionalidad, esta sentencia deja de lado la fundamentación de la Consulta N° 9730-2020/Lima y, por el contrario, aplica la fundamentación de la Consulta N° 17112-2017/Lima de fecha 25/09/2017, que también ya hemos analizado y criticado ampliamente, por lo que en los extremos pertinentes nos remitidos al análisis que hicimos a esta última Consulta.

Sin perjuicio de lo anterior, en lo que sí es concluyente esta sentencia es que la inaplicación del artículo 398-B del Código Penal, a diferencia de lo indicado en la

Consulta N° 17112-2017/Lima, no se hace en su totalidad, sino “solo en el extremo referido al carácter definitivo”.

Igualmente, llama la atención que esta sentencia fundamente la pertinencia de la temporalidad de la pena de inhabilitación en dos supuestos: 1) que en el acuerdo de terminación anticipada se estableció la pena de inhabilitación por el plazo de un año y seis meses, y 2) la falta en la cual habría incurrido el imputado de obstaculizar la fluidez del tráfico. Al respecto, es entendible que el primer supuesto sea acogido, ya que, al ser la terminación anticipada producto de un acuerdo entre las partes, corresponde, en principio, que sea respetado por el órgano jurisdiccional, salvo que se advierta alguna irregularidad o ilegalidad manifiesta, lo que, al parecer, la Corte Suprema no habría encontrado.

No obstante, sí es criticable que la Sala Constitucional y Social considere que la inhabilitación debe ser temporal y no definitiva sustentándose en el tipo de falta al Reglamento Nacional de Tránsito que habría cometido el agente (obstaculizar la fluidez del tráfico), ya que, conforme lo hemos señalado en el análisis de sentencias anteriores, el tipo de falta que haya cometido el conductor es completamente irrelevante de cara a la determinación de la pena que le corresponde al delito cometido por el agente, ya que lo que se castiga con el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial es la conducta que afecta el bien jurídico normal y recto funcionamiento de la administración pública, y en específico, el principio de imparcialidad del funcionario policial, que se produce con posterioridad a la infracción administrativa de tránsito.

Hay que reiterar que ambos sucesos son perfectamente diferenciables y tienen

sanciones sustancialmente distintas: mientras la infracción de tránsito -hecho primigenio- se castiga administrativamente -y no penalmente- con la imposición de una papeleta de infracción, el acto de cohecho -que es un acto posterior- se castiga con una sanción de carácter penal -pena privativa de libertad e inhabilitación-.

En ese sentido, no hay forma que se considere como criterio para determinar la temporalidad de la pena de inhabilitación el tipo de infracción de tránsito cometido por el agente, por lo que consideramos que este constituye un error evidente en que incurre la sentencia objeto de análisis.

## **10.7. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE FECHA 10/03/2023, EMITIDA POR LA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA, MATERIA DE LA CONSULTA N° 32370-2022 LIMA**

### **10.7.1. El caso**

- Se trata de un hecho ocurrido el 23 de abril de 2022, en que un conductor de transporte público fue intervenido por una efectiva policial de tránsito, pues este se encontraba circulando su vehículo con la puerta abierta, lo cual constituye infracción al Reglamento Nacional de Tránsito, con código G-14, lo que motivó que le solicite la documentación correspondiente, ante lo cual, el referido conductor entregó su licencia de conducir con su DNI, y entre estos un billete de diez soles, indicando que le ayude porque le habían impuesto una papeleta el día anterior, conducta que generó que la efectiva policial le informe que estaba cometiendo un delito de corrupción de funcionarios y lo ponga a disposición de

la policía anticorrupción.

- Al día siguiente, el conductor intervenido y el Ministerio Público llegaron a un acuerdo de terminación anticipada, acordando imponer al primero una pena privativa de libertad suspendida, una reparación civil de 1,500 soles, así como la inhabilitación para conducir por el término de 1 año y 6 meses.
- Respecto a ello, el Juez de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima emitió su sentencia, aprobando el acuerdo de terminación anticipada en sus propios términos, y, en específico, respecto a la pena de inhabilitación para conducir, consideró que una cancelación definitiva de la licencia del conductor vulneraría su derecho al trabajo así como a su resocialización ante la sociedad, vinculado a la dignidad de la persona humana, motivo por el cual aplicó el control difuso e inaplicó el artículo 398-B, imponiendo una cancelación temporal de la licencia de conducir por el plazo de 1 año y 6 meses.
- Así, el caso fue elevado en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, respecto a la inaplicación del artículo 398-B del Código Penal, solo en el extremo de la cancelación definitiva de la licencia de conducir, por afectación concreta del derecho al trabajo.

#### **10.7.2. Fundamentos principales de la Sala Constitucional y Social Permanente**

- La corrupción es un problema que afecta gravemente la legitimidad de las democracias, distorsiona los sistemas económicos y constituye un factor de desintegración social. La lucha contra la corrupción es tal vez uno de los campos en los cuales la acción colectiva de los Estados es no sólo útil y conveniente, sino

absolutamente necesaria. La corrupción impide que muchos países encaren sus problemas más graves, desalienta la inversión extranjera y nacional, socava la confianza del público en las instituciones y agrava los problemas presupuestarios, puesto que priva a los gobiernos de ingresos arancelarios e impositivos considerables.

- Teniendo en cuenta lo expuesto, el delito de corrupción de funcionarios, denominado en la doctrina como “cohecho” y en el ambiente jurídico y social con expresiones como “corrupción, soborno”, se utilizan para referirse al quiebre de la imparcialidad del funcionario público. Tradicionalmente entendida como pactar la venta de un acto de autoridad que debía ser cumplido gratuitamente.
- En ese contexto, en el delito de cohecho en el ejercicio de la función policial, el efectivo policial es sobornado por un particular, para lo cual ambos sujetos intervienen con el despliegue de dos conductas típicas diferentes y confluyentes entre sí. Por un lado, el comportamiento del efectivo policial que acepta o recibe un donativo con el fin de actuar antijurídicamente, lo que se denomina cohecho pasivo y, por otro lado, tenemos el sujeto “*extraneus*” o particular que la ofrece, el cual comete cohecho activo. Es así que el legislador ha contemplado tales comportamientos delictivos de manera autónoma, cada uno en un respectivo tipo penal independiente, siendo que el efectivo policial responde por el delito previsto en los artículos 395-A y 395-B y el particular por el tipo penal previsto en el artículo 398-A del Código Penal.
- Asimismo, en cuanto a la pena de inhabilitación como consecuencia del delito de cohecho, se tiene que, del texto del artículo 398-B del Código Penal, la inhabilitación se establece como una pena vinculada al artículo 398-A del mismo cuerpo legal, describiéndose el procedimiento a seguirse para aplicar la

inhabilitación conexas a la pena de privación de libertad sancionada en el citado artículo.

- De otro lado, en cuanto al derecho al trabajo, y conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se puede afirmar que la Constitución Política asegura el derecho de elegir alguna actividad lícita, ya sea de carácter intelectual o física, que permita obtener un beneficio económico o espiritual, directo o indirecto, extendiéndose este derecho a la capacidad de variar o concluir con la labor elegida.
- En ese contexto, yendo al caso en concreto, se señala que es evidente la relevancia del ejercicio del control difuso para efectos de resolver el conflicto constitucional que plantea este caso, dado que, la inhabilitación definitiva prevista en el artículo 398-B del Código Penal estaría vulnerando el derecho al trabajo del condenado
- En ese sentido, se puede señalar que no es posible obtener una interpretación conforme a la Constitución, correspondiendo realizar el control difuso de la referida disposición, dado que, la norma precisa que cuando el agente sea miembro de la policía nacional cuyas funciones sean la de tránsito y seguridad vial, además de la pena impuesta por cometer el delito tipificado en el artículo 398-A del Código Penal, nuestro legislador a creído conveniente, con la finalidad de erradicar todo tipo de corrupción, agravar la sanción penal imponiendo una sanción accesoria de inhabilitación concerniente en la cancelación definitiva de la licencia de conducir, prevista en el artículo 398-B; empero, se considera que para flexibilizar la pena accesoria contenida en esta disposición, este debe ser analizada caso por caso, en la lógica de que el sistema judicial no puede tolerar cualquier acto de corrupción; la sociedad en su conjunto debe saber que la

justicia siempre estará en una lucha frontal contra la corrupción, sea de menor o mayor escala. La flexibilización de la pena no puede ocasionar la creación de una cultura de corrupción, ni mucho menos normalizarlos, por más pequeña que esta sea. Por ello, los jueces tienen la obligación de ejercer el control difuso respecto de la norma en cuestión con mucha prudencia y solo en casos excepcionales, analizando la cuestión fáctica en cada caso en concreto, en tanto que, señalar de modo general y en abstracto que la pena accesoria de cancelación definitiva de la licencia de conducir violenta el derecho constitucional al trabajo puede ser contraproducente en la lucha contra la corrupción.

- En este caso, se verifica que el investigado ha reconocido ser el autor del delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial del artículo 398-A del Código Penal; la comisión del hecho se produjo cuando fue intervenido conduciendo un vehículo de transporte público infringiendo las normas de tránsito (Infracción G-14), lo que originó que se le solicite sus documentos y el investigado entregó en ese momento la licencia de conducir con su DNI, y entre estos documentos un billete de 10 soles, indicándole *“señorita ayer ya me pusieron una papeleta por favor ayúdeme”*.
- Igualmente, se verifica que el investigado tenía 30 años de edad al momento de los hechos, fue intervenido en un vehículo de transporte público, es decir, trabaja como conductor, ha reconocido los hechos, no cuenta con antecedentes penales ni judiciales, no opuso resistencia a la intervención, por el contrario, colaboró con la autoridad policial; en consecuencia, ha sido sentenciado como autor del delito mencionado a 3 años y 4 meses de pena privativa de la libertad suspendida por un período de 3 años, una reparación civil de 1,500 soles, además que se le ha impuesto la cancelación temporal de su licencia de conducir por el período de 1

año y 6 meses.

- Estando a esa razón fáctica, resulta atendible el ejercicio del control difuso respecto del artículo 398-B del Código Penal, en tanto que esta resulta muy gravosa y violenta el derecho al trabajo del investigado, dado que está demostrado que el procesado tiene como fuente de trabajo el conducir vehículos de transporte público y suspenderle la licencia de conducir de por vida ocasionaría una violenta transgresión de su derecho al trabajo y entorpecería la resocialización que se promueven en las normas que determinan o establecen las sanciones penales y su impacto en la sociedad.
- En tal sentido, teniéndose presente que los jueces aplican e interpretan las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional, se considera que la protección del derecho de rango constitucional vulnerado inaplicando el artículo 398-B del Código Penal resulta válido, mas aún si durante la secuela del proceso, el investigado ha mostrado en todo momento arrepentimiento de la conducta realizada, su disposición a aceptar los hechos y las consecuencias posteriores.
- En el presente caso, el ejercicio del control difuso del artículo 398-B del Código Penal, en modo alguno puede interpretarse como tolerancia a los actos de corrupción, por el contrario, se ha graduado el tiempo de un año y medio de suspensión de su licencia de conducir, al no tener antecedentes penales ni sanciones de tipo administrativas producto de su trabajo, conforme se observa de la consulta realizada en el sistema de licencias de conducir por puntos, su disponibilidad para aceptar el delito cometido y los efectos que acarrea la imposición de una pena.

- En consecuencia, al no guardar compatibilidad con el artículo 2 numeral 15 de la Constitución, dado que es contraria con el derecho al trabajo protegido en la Constitución, debe aprobarse el control difuso efectuado en la resolución consultada, resultando legal el preferir la norma constitucional a la ley ordinaria, desde que no se ha dejado de aplicar la inhabilitación, sino que solo se ha adecuado la duración de la misma, en atención a circunstancias objetivas generadas en el proceso, dado lo gravoso de la medida para el investigado.
- El Tribunal Supremo deja constancia que al momento de ejercer el control difuso respecto de la mencionada norma debe analizarse la cuestión fáctica en cada caso en concreto; asimismo, cuando se fije el tiempo de la suspensión debe considerarse cada caso, teniendo presente, entre otros elementos, el grado de instrucción, las circunstancias agravantes de la infracción y el accionar del chofer en la comisión del mismo, si es reincidente, o si producto de su obrar ocasiona lesiones o la muerte de una persona, por ello debe analizarse, teniendo en cuenta los principios de proporcionalidad, de lesividad, y sin perder de vista el bien jurídico que en el caso de autos es el correcto funcionamiento de la administración pública y los criterios establecidos en el Reglamento Nacional de Tránsito.

### **10.7.3. Decisión de la Sala Constitucional y Social Permanente**

- Aprobaron la inaplicación del artículo 398-B del Código Penal, en el extremo de la cancelación definitiva de la licencia de conducir, en el caso en concreto, que se encuentra contenida en la resolución emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios y Crimen Organizado de la Corte Superior de Justicia de Lima, que resolvió, entre otros, imponer al sentenciado como pena de inhabilitación la

cancelación temporal de licencia de conducir por el plazo de un año y seis meses.

*S.S. DE LA ROSA BEDRIÑANA / AMPUDIA HERRERA / CARTOLIN PASTOR / LINARES  
SAN ROMÁN / CORANTE MORALES*

#### **10.7.4. Análisis y comentarios**

Una primera cuestión que queremos destacar es que esta sentencia se emitió el mismo día que la Consulta N° 21541-2022, que acabamos de analizar, es decir, el 10 de marzo de 2023, la firman los mismos magistrados supremos (De La Rosa Bedriñana, Ampudia Herrera, Cartolin Pastor, Linares San Román y Corante Morales), y ambas se refieren a casos sustancialmente similares, por lo que los dos pronunciamientos debería tener similar estructura y fundamentación, pero como vemos de una simple lectura de ambas sentencias, las mismas si bien llegan a la misma conclusión, sus fundamentos y estructura son totalmente distintos.

En primer lugar, la sentencia materia de la Consulta 21541-2022/Lima cuenta con 19 páginas, mientras que la sentencia materia de la Consulta 32370-2022/Lima, que estamos analizando, cuenta con 29 páginas.

En segundo lugar, la sentencia objeto de análisis (Consulta 32370-2022/Lima), desde su página 1 a la 5 tiene aspectos introductorios; asimismo, desde su página 5 a la 22 hace un extenso análisis dogmático de diversas figuras jurídicas, tales como “el mecanismo procesal de la consulta”, “del control constitucional difuso”, “del marco jurídico del control constitucional difuso”, “algunas reglas sobre el ejercicio del control constitucional difuso”, “la interpretación en el ejercicio del control constitucional difuso”, “del delito de corrupción”, “el delito de

cohecho en el ejercicio de la función policial”, “de la inhabilitación como consecuencia del delito de cohecho”, y “del derecho al trabajo”; y, por último, recién hace el análisis de fondo a partir de la página 23 al 28, ya que la página 29 no cuenta, pues solo están allí las firmas de los magistrados supremos.

Lo anterior, a nuestro entender, resulta criticable, pues una correcta fundamentación de una sentencia no tiene porqué perderse en extensos análisis doctrinarios que bien pudieron resumirse en pocas páginas y así no hacer tan tediosa su lectura, más aún si el análisis de fondo solo comprende 6 páginas de las 29 que conforman la sentencia. Igual crítica corresponde hacer a que dos casos sustancialmente similares se resuelvan por los mismos magistrados supremos con fundamentos distintos.

Sin perjuicio de lo anterior, en cuanto al fondo de dicha sentencia, cabe recalcar que, a diferencia de la Consulta 21541-2022/Lima, aquí no se hace ninguna aplicación del test de proporcionalidad para determinar la inconstitucionalidad de la perpetuidad de la inhabilitación para conducir; solo se hace alusión a que si bien el Estado no puede tolerar actos de corrupción, para el caso en concreto se considera que el autor ha reconocido los hechos, tenía 30 años de edad al momento de cometerlo, trabaja como conductor, no cuenta con antecedentes penales ni judiciales, no opuso resistencia a la intervención y colaboró con la autoridad policial; por lo que resulta atendible la aplicación del control difuso respecto del artículo 398-B del Código Penal, en tanto que resulta muy gravosa y violenta el derecho al trabajo del condenado, al dedicarse este al oficio de conductor, y suspenderlo en esa actividad de por vida ocasionaría una violenta

transgresión de dicho derecho, además de entorpecerse su resocialización.

Además de lo señalado en el párrafo anterior, la Sala Suprema refiere que también ha considerado para aprobar el control difuso el hecho de que el condenado, durante la secuela del proceso, se ha mostrado arrepentido de su conducta, asimismo que ha aceptado los hechos y las consecuencias posteriores. Igualmente añade que se ha considerado que el condenado no tiene sanciones de tipo administrativas, como se desprende de la consulta realizada en el sistema de licencias de conducir por puntos.

De todo lo anterior, debemos decir que hay diversas circunstancias señaladas por la Sala Suprema que resultan extrañas a un análisis de proporcionalidad de la aplicación de la pena de inhabilitación definitiva para conducir, tales como que no opuso resistencia a la intervención, que colaboró con la autoridad policial, el principio de resocialización (que como ya hemos dicho en varias oportunidades, solo se aplica a la pena privativa de libertad), que se encuentra arrepentido de su conducta, que ha aceptado los hechos, o que no tiene otras papeletas de tránsito; pues, si nos situamos en el tercer subnivel del test de proporcionalidad, es decir, el examen de proporcionalidad en sentido estricto, este tiene que ver con el grado de optimización de cada uno de los principios en conflicto, que en el presente caso serían, básicamente, la potestad sancionatoria del Estado frente al derecho al trabajo del condenado, y los elementos antes indicados nada tienen que ver con estos principios.

En ese mismo sentido, en el último considerando de su parte considerativa, la Sala Suprema vuelve a indicar algo similar, cuando refiere que para determinar

el tiempo de suspensión de la inhabilitación para conducir, debe considerarse, entre otros elementos, “las circunstancias agravantes de la infracción”, “el accionar del chofer en la comisión del mismo”, “si producto de su obrar ocasiona lesión o la muerte de una persona”, además que no se debe perder de vista “el bien jurídico que en el caso de autos es el correcto funcionamiento de la administración pública y los criterios establecidos en el Reglamento Nacional de Tránsito”; todo lo cual obviamente resulta también extraño no solo a un examen de proporcionalidad de esta pena de inhabilitación, sino además a su posible graduación, pues la Sala Suprema no toma en cuenta, una vez más, que lo que se está sancionando en la vía penal no es la infracción de tránsito, sino la conducta posterior del conductor de tratar de sobornar a un policía para que no le imponga una papeleta de infracción.

Conforme a lo anterior, debemos decir que la infracción de tránsito cometida por el agente puede ser, por ejemplo, de muy extrema gravedad, incluso pudo haber ocasionado la muerte o lesiones en una persona, pero eso no es lo que se sanciona en el delito de cohecho activo en la función policial, que solo cautela el bien jurídico normal y recto funcionamiento de la administración pública, por lo que, los criterios antes indicados siempre resultarán totalmente extraños a la hora de determinar la sanción por este especial delito contra la administración pública, que no cautela bienes como la vida, la salud, la integridad física, la seguridad pública, entre otros, que son cubiertos por otros delitos comunes.

## **10.8. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE FECHA 01/12/2021, EMITIDA POR LA SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA, MATERIA DE LA REVISIÓN DE SENTENCIA NCP N° 321-2019 HUÁNUCO**

### **10.8.1. El caso**

- El accionante pide la revisión de su sentencia condenatoria por el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, al amparo del artículo 439°, numeral 6, del Código Procesal Penal, en el extremo que se dispuso la cancelación definitiva de su licencia de conducir, de conformidad con el artículo 398-B del Código Penal, amparándose para ello en que en el Expediente N° 17112-2017/Lima, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema aprobó una consulta efectuada por una Sala Superior de Lima, quien, aplicando el control difuso, había dispuesto la inaplicación a un caso concreto del artículo 398-B del Código Penal, por incompatibilidad con el artículo 2, inciso 15, de la Constitución Política.
- En ese sentido, el accionante indicó que, habiéndose declarado la inconstitucionalidad de la citada norma -que fue aplicada a su persona en la sentencia penal recaída en su contra, dictada a mérito de un acuerdo de terminación anticipada-, solicitó que esta se inaplique en mérito del control difuso de las normas y porque, al ser declarada inconstitucional, tiene efectos retroactivos en materia penal.

### **10.8.2. Fundamentos principales de la Sala Penal Permanente**

- La causal invocada por el accionante es la prevista en el inciso 6 del artículo 439 del CPP, es decir, cuando la norma que sustentó la sentencia hubiera sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional o inaplicable en un caso

concreto por la Corte Suprema. En ese contexto, el accionante ha invocado la Consulta recaída en el Expediente 17112-2017/Lima, que aprobó la inaplicación, vía control difuso, para un caso en concreto, de la pena de inhabilitación definitiva para conducir.

- En efecto, la Sala de Derecho Constitucional y Social en la referida consulta, ha concluido 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 los derechos al libre desarrollo, al 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 tanto, resulta adecuado, proporcional y esencialmente igualitario la inaplicación de dicha pena para el presente caso.
- No se puede soslayar la interpretación realizada por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema en la referida consulta, pues se trata de un caso similar al que es materia de examen; además, el razonamiento resulta correcto desde que se apoya en el test de proporcionalidad como método de interpretación constitucional.
- Así, en cuanto al subprincipio de idoneidad, se considera que la búsqueda de protección del proyecto de vida del imputado, así como su derecho al libre desarrollo, al bienestar, a la protección de la familia, entre otros vinculados; así como, de los principios de igualdad ante la ley, de proporcionalidad -en cuanto a la pena- y de resocialización del penado; además de la protección del derecho a trabajar libremente, derivado de la dignidad de la persona humana respecto al acusado y la excesiva pena accesoria de inhabilitación definitiva para obtener autorización para conducir; resulta válida, por lo que se da por cumplido este

subprincipio.

- Respecto al subprincipio de necesidad, si bien la Sala Constitucional y Social argumenta en su consulta que solo se podía detener la gravosa aplicación de la pena accesoria prevista en la ley inaplicando el artículo 398-B del Código Penal; sin embargo, interpretando de manera sistemática las normas sustantivas y teniendo como referencia el fin resocializador de la pena, así como los demás derechos vinculados al caso, la Sala Penal considera que el órgano jurisdiccional de primera instancia sí pudo haber optado por una medida menos lesiva, con el cual se concrete el fin deseado. Es así que, en el caso en comento, se tiene por satisfecho también este subprincipio.
- En lo referente al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, se tiene que la protección de los bienes protegidos -a trabajar libremente- dan plena justificación a la inaplicación de la norma penal solo en relación con el artículo 398-B del Código Penal. El no cumplimiento de dicha norma legal guarda proporción con la protección de los mencionados derechos fundamentales, de lo que se concluye que se cumple también con este subprincipio, y, en consecuencia, se observa que el análisis del test de proporcionalidad ha sido pertinente y escrupuloso.
- Si bien la Fiscalía Suprema ha señalado que al presente caso no es aplicable la consulta en mención, porque se dictó para un caso en concreto y no se aplica *erga omnes*; sin embargo, cabe precisar que el supuesto previsto en el inciso 6 del artículo 439 del CPP (“cuando la norma que sustentó la sentencia ha sido declarada inaplicable en un caso concreto por la Corte Suprema), en líneas generales, sí se cumple.

- Respecto al otro argumento de la Fiscalía Suprema, de que posteriormente la Sala Constitucional y Social habría tenido un criterio distinto en las consultas recaídas en los Expedientes 9733-2020 y 5631-2020/Lima, en donde se indicó que debía imponerse una pena de inhabilitación temporal; se considera que, en tales expedientes, no se dispuso la inaplicación no porque se contradiga lo señalado en el Expediente 17112-2017, sino porque no se completó el razonamiento precisando el período por el cual debía imponerse la inhabilitación, por lo que no puede afirmarse que tales jurisprudencias respondan a razonamientos contrarios.
- La Sala Penal comparte el razonamiento de la Sala Constitucional y Social, ya que, en el caso, la medida de cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir no resulta proporcional desde que, si bien se ha sancionado al agente del delito no solo por su contravención de las normas de tránsito, sino del correcto funcionamiento de la administración pública en general, también lo es que el objetivo de la pena impuesta, en razón a su fin resocializador preventivo, se puede conseguir con una medida limitativa de inhabilitación de carácter temporal.
- En el presente caso, la inhabilitación tiene el carácter de pena principal y debe ser aplicada en forma conjunta con la pena privativa de libertad impuesta, según lo estipula el artículo 38 del Código Penal (modificado por el Dec. Leg. 1243), en concordancia con el inciso 7 del artículo 36 del mismo Código, que indica que la inhabilitación puede consistir en la suspensión, cancelación o incapacidad para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo.
- Por estos motivos, se considera prudente declarar fundada la demanda del accionante; dejándose sin efecto la medida que dispone la cancelación definitiva

de la licencia de conducir y, pronunciándose como instancia, imponer la medida de inhabilitación por el período de 6 meses para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo, debiendo comunicarse al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

### **10.8.3. Decisión de la Sala Penal Permanente**

- Declararon fundada la demanda de revisión contra la sentencia condenatoria impuesta al accionante, en el extremo en que se dispuso la cancelación definitiva de su licencia de conducir, de conformidad con el artículo 398-B del Código Penal.
- Declararon sin valor legal dicho extremo, y pronunciándose como instancia, impusieron la medida de inhabilitación por el período de 6 meses para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo, de conformidad con el artículo 36, inciso 7, del Código Penal, ordenándose que se oficie al Ministerio de Transportes y Comunicaciones para esos fines.

*S.S. SAN MARTIN CASTRO / SEQUEIROS VARGAS / BERMEJO RÍOS / COÁGUILA CHÁVEZ / CARBAJAL CHÁVEZ*

### **10.8.4. Análisis y comentarios**

Debemos empezar por decir que esta es la única sentencia que hemos encontrado de una Sala Penal de la Corte Suprema que se pronuncia por si es válida o no, en términos constitucionales, la pena de inhabilitación definitiva para conducir prevista en el artículo 398-B del Código Penal.

Esta sentencia fue emitida a mérito de una demanda de revisión de una sentencia condenatoria emitida por un Juez Especializado, por el delito de cohecho activo

en el ámbito de la función policial, y en ella se había aplicado en toda su extensión dicho artículo 398-B del Código Penal, imponiéndole al condenado la pena de inhabilitación definitiva para conducir.

Respecto a este tipo de demandas de revisión de sentencias condenatorias, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema, en su Sentencia Plenaria N° 1-2015/301-A.2-ACPP del 05/05/2015, han señalado que “esta clase de acción tiene por finalidad rescindir sentencias condenatorias” (fundamento primero). Para continuar diciendo que:

La revisión -en tanto medio de rescisión de sentencias firmes- no se ampara en la mera existencia de nulidades procesales en la sentencia o en el procedimiento que la precedió. No se basa en el examen de errores en el juzgamiento o en la valoración de la prueba, menos aun en errores *in iudicando*.

Su fundamento reside en la necesidad de consolidar y preservar derechos y principios tales como la defensa, presunción de inocencia y tutela jurisdiccional. Es decir, se reconoce el valor de la justicia material -que deriva de la verdad histórica de los hechos y la rectitud del juzgamiento- por encima del carácter de cosa juzgada de las resoluciones judiciales, para permitir una impugnación de una sentencia firme, eliminar su eficacia y permitir un nuevo pronunciamiento sobre el mismo objeto procesal.

La acción de revisión tiene un carácter excepcional, pues su objeto es la rescisión de sentencias firmes y, con ello, excepcionar la institución de la cosa juzgada, que integra la garantía genérica de la tutela jurisdiccional. Implica la inculpabilidad de aquellas personas que han sido condenadas con notoria equivocación o error, de modo que su finalidad está encaminada a que prevalezca, sobre la sentencia

firme, la auténtica verdad y, con ello, la justicia material sobre la formal.  
(fundamentos segundo y tercero)

De acuerdo a lo señalado en esta Sentencia Plenaria, la acción de revisión de sentencias condenatorias tiene una finalidad específica, cual es superar el notorio error en que ha incurrido la judicatura en el juzgamiento primigenio y, en ese contexto, preservar la verdad material o histórica -propio de un sistema romano germánico como el nuestro- por sobre la verdad formal -que es propio de otros sistemas jurídicos como el anglosajón-.

Las causales para pedir la revisión de una sentencia condenatoria están previstas en el artículo 439 del Código Procesal Penal, y están incorporadas en 6 numerales, respecto a lo cual, en la misma Sentencia Plenaria, se dice que:

Comprenden defectos gravísimos que indudablemente hacen que el proceso no pueda servir como válido en el Ordenamiento Jurídico. Los motivos se pueden concentrar en tres grupos: **(i)** pruebas falsas o delitos por o contra el juez (artículos 439° apartados 3 y 5 del Nuevo Código Procesal Penal); **(ii)** nuevos hechos o pruebas favorables al condenado (artículo 439° apartados 1, 2 y 4 del Nuevo Código Procesal Penal; y, **(iii)** error jurídico: cuando la ley penal fue declarada inconstitucional o se inaplicó (artículo 439° apartado 6 del Nuevo Código Procesal Penal). (fundamento quinto)

De acuerdo a tal precisión de esta Sentencia Plenaria, la sentencia materia de nuestro análisis está enmarcada en un supuesto de “error jurídico”, en tanto que se ha invocado, para que se revise la sentencia condenatoria, que posteriormente a su emisión se dictó la Consulta N° 17112-2017/Lima, de la Sala de Derecho

Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la cual se aprobó la aplicación del control difuso y, en consecuencia, se validó la inaplicación para ese caso en concreto, de la pena de inhabilitación definitiva prevista en el artículo 398-B del Código Penal.

No deja de llamar la atención la causal invocada, pues lo que se pretende es que se revise la parte de la sentencia condenatoria que impone inhabilitación definitiva para conducir, arguyendo que, de acuerdo al artículo 439, numeral 6, del Código Procesal Penal, procede tal revisión cuando “la norma que sustentó la sentencia hubiera sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional o inaplicable en un caso concreto por la Corte Suprema”.

Y decimos que llama la atención, pues dicho numeral del Código Procesal Penal, al parecer, trata por igual a las declaratorias de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes* (las dictadas por el Tribunal Constitucional en un proceso de control abstracto) y a las inaplicaciones de una norma legal por incompatibilidad con la norma constitucional con efectos para un determinado caso (las dictadas por un juez ordinario en un caso concreto). Es decir, se les da a estas últimas, al parecer, un efecto más allá de su razón de ser -que es solamente el caso en concreto- y, en esa línea, por razones de justicia material, amplía sus efectos para otros casos similares.

En ese contexto, consideramos que la causal invocada en la sentencia materia de análisis, debería ser aplicada de manera excepcionalísima, pues si bien está prevista expresamente en la normativa procesal, para que pueda proceder tendría que revisarse si el caso sujeto a revisión guarda una relación de similitud

tan alta con el caso en donde se resolvió la inaplicación de la norma legal, que no habría ningún resquicio de duda de que, de haberse aplicado similar análisis concreto, el resultado sería el mismo.

En nuestro caso sujeto a análisis, consideramos que sí se da esa similitud de situaciones, ya que ambos -el caso objeto de revisión y el caso en donde se inaplicó la norma legal- se refieren a cohechos activos en el ámbito de la función policial, en donde se entregó una coima similar al efectivo policial para que omita sus funciones ligadas al tránsito y la seguridad vial, y el agente activo del delito es un conductor de transporte público.

Establecido esto, toca ahora analizar el fondo de lo resuelto por la Sala Penal Permanente. Al respecto, llama la atención la sentencia analizada cuando dice, en relación a la Consulta N° 17112-2017/Lima -que se toma como patrón comparativo-, que “el razonamiento resulta correcto desde que se apoya en el test de proporcionalidad como método de interpretación constitucional”, cuando, conforme ya lo hemos dicho cuando analizamos dicha Consulta, esta realiza un deficiente desarrollo del test de proporcionalidad (para no hacer innecesariamente amplió el presente análisis, nos remitimos a lo que expresamos en aquella ocasión). En ese sentido, consideramos que la Sala Penal Permanente bien pudo haber sido crítico del análisis de la Sala Constitucional y Social en cuanto al desarrollo del test de proporcionalidad, así coincida con el fallo -en cuyo extremo también nosotros coincidimos-, no obstante, no lo hizo así.

En ese mismo sentido, se verifica también que la Sala Penal Permanente comete

un error al analizar el subprincipio de necesidad, cuando dice que “teniendo como referencia el fin resocializador de la pena, así como los demás derechos vinculados al caso, este Tribunal considera que el órgano jurisdiccional sí pudo haber optado por una medida menos lesiva (...)”; debido a que, el principio de resocialización, conforme lo hemos visto en el análisis de las sentencias anteriores, solo es aplicable en los casos de penas privativas de libertad, no así de inhabilitación.

Por otro lado, también se advierte otro error en lo razonado por la Sala Penal Permanente cuando dice que “(...) si bien es cierto que se ha sancionado al agente del delito no solo por su contravención de las normas de tránsito, sino del correcto funcionamiento de la administración pública en general (...)”, debido a que no es cierto que el cohecho activo en el ámbito de la función policial sancione la “contravención de normas de tránsito”, sino que, lo que propiamente castiga, es un acto posterior, es decir, la acción del agente de querer torcer la imparcialidad del funcionario policial al entregarle una dádiva para que incumpla con su obligación de imponerle una papeleta de infracción de tránsito, con lo cual, solo lesiona el correcto y normal funcionamiento de la administración pública.

De otro lado, un argumento que hay que destacar de esta sentencia analizada, es que la misma resuelve declarar fundada la demanda de revisión sustentándose no solamente en la Consulta N° 17112-2017/Lima que había invocado el demandante, sino, además, considera como jurisprudencia complementaria las Consultas N° 9733-2020/Lima del 09/06/2021, y N° 5631-2020/Lima del 10/09/2021 -que también ya hemos analizado en esta tesis-, para,

complementando la primera, establecer que lo correcto y proporcional para el caso en concreto es imponer una pena de inhabilitación para conducir de carácter temporal en vez de la definitiva.

En relación a lo anterior, el artículo 444, numeral 1, del Código Procesal Penal, en relación a la sentencia que ha de emitirse en un proceso de revisión, establece que “Si la Sala encuentra fundada la causal invocada, declarará sin valor la sentencia motivo de la impugnación y la remitirá a nuevo juicio cuando el caso lo requiere, o pronunciará directamente la sentencia absolutoria”; es decir, la norma procesal solo establece dos formas de proceder cuando este tipo de demandas son declaradas fundadas: (i) se dispone nuevo juicio cuando el caso lo requiera; o, (ii) se dictará directamente sentencia absolutoria.

En ese contexto, como vemos de la sentencia analizada, aquí la Sala Penal Permanente no emplea ninguna de las dos posibilidades que establece la norma procesal, pues al declarar fundada la demanda no ha ordenado un nuevo juicio, ni tampoco ha dictado sentencia absolutoria, solo ha declarado sin valor legal la inhabilitación impuesta, en su extremo del carácter definitivo -en puridad, el condenado sigue siendo culpable-, y en su lugar, “actuando como instancia”, ha impuesto una inhabilitación para conducir de carácter temporal, por el lapso de seis meses, de tal modo que no se habría cumplido con lo normado expresamente en el Código Procesal Penal.

No obstante, consideramos que la aplicación de los principios de economía y celeridad procesal, hacían imperioso que la Sala Penal Permanente resuelva de esa manera, pues no tiene mucho sentido que se devuelvan los actuados al

juzgado de origen cuando ya se tiene claro el sentido de como se debe resolver el caso y, además, no se requiere valoración probatoria para ello, al ser un tema de puro derecho.

Por último, debemos señalar que la sentencia materia de análisis marca un importante precedente para casos en que no se ha inaplicado el carácter definitivo de la pena de inhabilitación para conducir, ya que a través del mecanismo de la revisión de sentencias los condenados pueden lograr que se les modifique esta pena a una de carácter temporal, al amparo del artículo 439, numeral 1, del Código Procesal Penal.

## **10.9. CONCLUSIONES DE ESTE CAPÍTULO**

El análisis que hemos desarrollado de las sentencias emitidas por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, nos muestran que dicho órgano de justicia aplica de manera deficiente el test de proporcionalidad, sobre todo, en cuanto al subexamen de idoneidad y al subexamen de proporcionalidad en sentido estricto.

Igualmente, se verifica que es casi unánime el criterio (solo con la excepción de la Consulta 17112-2017/Lima, la primera que se dio por este asunto), de que la inconstitucionalidad no se da en cuanto a la pena de inhabilitación para conducir en sí, sino en su carácter de definitiva, y, para salvar dicha inconstitucional, se asume la posición de que debe imponerse una pena de inhabilitación para conducir de carácter temporal, que generalmente va desde los 6 meses hasta 1 año y 6 meses, dependiendo del caso en concreto.

No se observa un análisis detenido sobre la idoneidad de esta pena de inhabilitación para conducir, es decir, si la misma guarda relación con el deber infringido, y en prácticamente todos los casos se advierte que existe error al confundir los criterios para imponer la pena por el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, con la infracción de tránsito cometida por el sujeto. En otras palabras, se usan erradamente criterios relacionados con la infracción de tránsito, para determinar la temporalidad de la pena de inhabilitación, que, en puridad, no guarda relación con dicha infracción administrativa, sino con un momento posterior: el soborno a un efectivo policial para que no le imponga una papeleta de infracción.

Lo que sí compartimos con dichas sentencias, en esencia, es que el subexamen de proporcionalidad en sentido estricto, en el caso de los choferes de transporte público que incurren en este delito, no es superado, porque esta pena de inhabilitación definitiva para conducir afecta severamente su derecho constitucional a la libertad de trabajo, en conexión con los derechos constitucionales al libre desarrollo y bienestar, a la dignidad y a la protección de la familia. Afecta, asimismo, el principio de igualdad ante la ley y de proporcionalidad en la sanción penal. Resaltamos, por otro lado, que no afecta el principio de resocialización, ya que éste es propio de las penas privativas de libertad.

Por último, dejamos constancia que no hemos encontrado para el análisis sentencias en consulta relacionadas con choferes de transporte privado, en donde estimamos que el análisis concreto de constitucionalidad debería ser

distinto, ya que éste no tiene como oficio el de ser conductor de transporte público, es decir, aquí –en principio- no habría afectación a su derecho al trabajo.

## CONCLUSIONES GENERALES

1. La corrupción es un fenómeno complejo, que puede definirse como la conducta del funcionario público o del particular, dirigida a torcer el interés público, en beneficio propio o de tercero. Es percibida como uno de los más graves problemas que enfrenta el país, en tendencia cada vez más creciente, y afecta en mayor medida a las personas que se encuentran en situación de pobreza y pobreza extrema.
2. De acuerdo al Tribunal Constitucional, la lucha contra la corrupción es un principio que se encuentra implícito en el orden constitucional, es decir, debe regir las políticas públicas en aras de lograr un aparato estatal más eficiente, democrático y que responda realmente a los objetivos de lograr el bienestar común. En ese entendido, el Estado ha venido implementando diversas medidas tendientes a combatirla, dirigidas básicamente al endurecimiento de las penas, a la creación de nuevos delitos para tratar de cubrir todos los flancos relacionados con estas conductas, al endurecimiento de las reglas de ejecución penal y a la creación de mayores herramientas para mejorar las posibilidades de investigación de estos delitos.
3. Una de estas medidas, ha sido la incorporación en el Código Penal de los artículos 395-A y 395-B, del Código Penal, que regulan las modalidades

del delito de cohecho pasivo en el ejercicio de la función policial, y los artículos 398-A y 398-B del mismo Código, que regulan las modalidades del delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial. Esta incorporación de nuevos tipos penales específicos se dio mediante el Decreto Legislativo 1351 del año 2017. No obstante, no se verifica con claridad que mediante la Ley 30506, se haya delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre la creación de estos particulares delitos de corrupción de funcionarios.

4. De la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1351, se ha verificado que solo se ha justificado de manera genérica la incorporación de estos delitos al Código Penal, centrándose básicamente en el delito de cohecho pasivo en el ejercicio de la función policial, sin dedicar justificación alguna a la incorporación del delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, ni a su modalidad agravada, ni menos a la pena de inhabilitación definitiva para conducir que se prevé en el artículo 398-B del Código Penal.
5. En el caso específico del delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, previsto en el artículo 398-A del Código Penal, estamos ante un delito de corrupción de carácter específico, pues el destinatario de la acción sobornante solo puede ser un miembro de la Policía Nacional que esté en ejercicio de sus labores oficiales. Se ha legislado en sus dos modalidades: con destino propio y con destino impropio. No obstante, hay un problema de sistematicidad en cuanto a la pena aplicable a este delito, pues, en realidad, su creación no ha traído consigo necesariamente una sanción mayor, ya que si bien se ha ampliado el extremo máximo –más no

el mínimo- de la pena privativa de libertad, sin embargo, en puridad, se ha eliminado para esta conducta la pena conjunta de multa.

6. En el artículo 398-B del Código Penal, lo que se legisla propiamente es una circunstancia agravante específica del delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, que permite aplicar, a quien pretenda sobornar a un efectivo policial en el ejercicio de sus funciones de tránsito o seguridad vial, además de la pena privativa de libertad, la pena conjunta de inhabilitación consistente en la cancelación o incapacidad definitiva, según sea el caso, para obtener autorización para conducir.
7. La incorporación de la circunstancia agravante específica del artículo 398-B del Código Penal a nuestra legislación fue motivada por el gran número de casos sobre esta materia, pues el 35,91% de los detenidos y capturados por corrupción en el período 2015/2022 corresponden a este particular delito, dentro de los cuales principalmente están comprendidos los choferes de transporte público de pasajeros.
8. La inhabilitación consistente en la cancelación o la incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir, prevista en el artículo 398-B del Código Penal, es una pena principal, conjunta, específica y de carácter perpetua, y se aplica al agente que haya cometido el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, siempre que tal función esté vinculada al tránsito o la seguridad vial. Antes de su incorporación para esta clase de delitos de corrupción de funcionarios, solo estaba prevista para el delito de homicidio culposo del artículo 111, tercer párrafo, del Código Penal, el delito de lesiones culposas, del artículo 124, último

párrafo, del Código Penal, y el delito de conducción en estado de ebriedad o drogadicción, del artículo 274 del mismo código; es decir, en donde se haya quebrantado el deber de cuidado de conducir un vehículo en condiciones óptimas, para no afectar la vida o salud de las personas.

9. Efectuando un análisis de constitucionalidad de esta pena de inhabilitación definitiva para conducir, desde el plano abstracto de determinación legal de la pena, se ha verificado, luego de aplicar el test de razonabilidad o proporcionalidad al artículo 398-B del Código Penal, que esta pena es claramente inconstitucional, ya que no supera ninguno de los niveles que conforman este examen.

Así, no supera el *examen de idoneidad*, porque la sanción de inhabilitación definitiva para conducir no guarda conexión con el deber infringido, es decir, se pretende castigar con una pena pensada para delitos que tienen relación con infracciones a las normas tránsito por parte de conductores que se encuentren en estado de ebriedad o drogadicción, y que pongan en peligro o causen una lesión efectiva a la vida o integridad física de las personas, a un contexto totalmente distinto, que es el hecho de querer sobornar a un efectivo policial, y con ello, pretender quebrar su imparcialidad y probidad en el ejercicio de sus funciones de tránsito o seguridad vial.

Tampoco supera el *examen de necesidad*, pues claramente existe otra pena que puede tener mejor o igual capacidad preventiva y restabilizadora que la pena de inhabilitación definitiva para conducir, que es la pena de multa, la cual, además de sí ser idónea, es menos aflictiva que la indicada

pena de inhabilitación, y no afecta otros derechos, como a la libertad de trabajo, al libre desarrollo de la personalidad, entre otros. No obstante, extrañamente la pena de multa ha sido dejada de lado en los delitos de cohecho vinculados a la función policial.

Por último, no supera tampoco el *examen de proporcionalidad en sentido estricto*, pues de un estudio sistemático de nuestro Código Penal, vemos que es desproporcional en relación con otros delitos comunes en donde también se contempla la pena de inhabilitación para conducir, además que no cumple las exigencias previstas en los delitos contra la administración pública para imponer una pena de inhabilitación perpetua, que requiere determinada graduación atendiendo a la gravedad de la conducta, y, por último, incluso es incongruente con la pena de inhabilitación prevista para el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial del artículo 398-A del Código Penal.

**10.** Con vista a las sentencias emitidas en vía de consulta por la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, sobre la inaplicación, vía control difuso, de la pena de inhabilitación definitiva prevista en el artículo 398-B del Código Penal, hemos verificado que, en la realidad, los casos en que se aplica (o inaplica) dicha pena de inhabilitación son todos muy similares, y en los mismos interviene generalmente como autor del hecho un chofer de transporte público de pasajeros.

**11.** En tales casos, haciendo una correcta aplicación del test de razonabilidad o proporcionalidad a la determinación judicial de la pena, hemos verificado

que, para el caso de los choferes de transporte público, la aplicación de dicha inhabilitación definitiva para conducir se torna en inidónea y, por ende, desproporcionada. Asimismo, no supera el examen de proporcionalidad en sentido estricto, en tanto que afecta severamente su derecho constitucional a la libertad de trabajo, en conexión con los derechos constitucionales al libre desarrollo y bienestar, a la dignidad y a la protección de la familia. Afecta, asimismo, el principio de igualdad ante la ley y de proporcionalidad en la sanción penal. No así afecta el principio de resocialización, ya que éste es propio de las penas privativas de libertad.

**12.** La aplicación del examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación no es igual cuando el conductor inmerso en el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial maniobre un vehículo particular, ya que su vehículo no es usado para la generación de ingresos para él y su familia, sino solo para su traslado a determinados lugares o para fines de distracción, por lo que la afectación a su derecho a la libertad de trabajo y otros conexos deviene, en principio, en poco probable. Ello no enerva que esta pena sea claramente inidónea, sin importar si el conductor maniobra un vehículo particular o de transporte público. No obstante, no hemos encontrado jurisprudencia alguna de la Corte Suprema que resuelva esta particular situación.

**13.** No es posible que, de inaplicarse vía el control difuso la pena de inhabilitación definitiva para conducir, se aplique en su lugar una pena de inhabilitación de carácter temporal. Ello, pues la inconstitucionalidad de tal

norma penal no está en función a su duración, sino, principalmente, en relación a su falta de idoneidad, es decir, fundamentalmente no supera el primer examen del test de razonabilidad o proporcionalidad.

## RECOMENDACIONES

1. En el ***plano legislativo***, recomendamos que se derogue el artículo 398-B del Código Penal, por resultar claramente inconstitucional, tanto en el plano abstracto de determinación legal de la pena, como en el plano concreto, cuando se determina judicialmente la pena de los choferes de transporte público de pasajeros inmersos en este delito.  
  
A la par, recomendamos que se incorpore para el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, las penas de inhabilitación, de conformidad con el artículo 36, incisos 1 y 2, del Código Penal, y de multa, a fin de que sea más coherente, armónico y sistemático con los demás delitos de corrupción de funcionarios.
2. En el ***plano constitucional***, hubiese sido recomendable que, al margen de lo anterior, alguno de los órganos legitimados para ello, tales como la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público, u otro, presente ante el Tribunal Constitucional la correspondiente demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 398-B del Código Penal, a fin de lograr su expulsión del ordenamiento jurídico, no obstante, recientemente, con fecha 7 de enero de 2023, ha prescrito la acción para este propósito.
3. En el ***plano judicial***, recomendamos que se mejoren las capacidades en la aplicación del control difuso, a nivel de la Sala Constitucional y Social

de la Corte Suprema, en tanto que se ha evidenciado, de manera frecuente, una errada aplicación del test de razonabilidad o proporcionalidad, lo que no permite llegar a conclusiones asertivas en relación a la tutela que debe prodigar dicho órgano jurisdiccional a las partes, sobre todo, cuando lo que se pretende es imponer una pena tan severa como la inhabilitación definitiva para conducir.

4. Por último, en el ***plano preventivo y funcional***, recomendamos se realicen con mayor frecuencia, campañas de sensibilización al interior de la Policía Nacional, a fin de impulsar la no aceptación de sobornos por parte de los choferes inmersos en el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial agravado, y, por el contrario, actúen procediendo con su inmediata intervención y puesta a disposición de las autoridades pertinentes, para su debido procesamiento penal.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y JURISPRUDENCIALES

### ❖ Libros:

Abanto Vásquez, M. (2014). *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley.

Abanto Vásquez, M. (2003). *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra.

Arismendiz Amaya, E. (2018). *Manual de delitos contra la administración pública*. Lima: Instituto Pacífico.

Benavente Chorres, H. y Calderón Valverde, L. (2012). *Delitos de corrupción de funcionarios*. Lima: Gaceta Jurídica.

Bramont Arias, L. y Bramont-Arias Torres, L. (1995). *Código penal anotado*. Lima: Editorial San Marcos.

Cabanellas, G. (1994). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

Calcina Hanco, A. y Paredes Vera, J. (Dir.) (2021). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley.

Cancho Alarcón, R. y Vásquez Shimajuko, C. (Coord.) (2014). *La imputación del delito y de la pena en los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Ediciones Jurídicas del Centro.

Cancho Espinal, C. (2017). *El quantum del dolor de la pena e imputación penal*. Lima: Editores del Centro.

Carpio Marcos, E. (2002). *Selección de jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Jurista Editores.

Chirinos Soto, E. (1996). *Constitución de 1993*. Lima: Editora Piedul.

Díaz Zegarra, W. (1999). *Los procesos constitucionales*. Lima: Palestra Editores.

Esquiaga Ganuzas, F. (2013). *La argumentación en la justicia constitucional*. Lima: Grijley.

Esquivel Oviedo, J. (Dir.) (2013). *Los delitos contra la administración pública en la jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica Editores.

Ferrajoli, L. y Ruiz Manero, J. (2014). *Un debate sobre principios constitucionales*. Lima: Palestra Editores.

García Caveró, P.:

- (2012). *Derecho penal. Parte general*. Lima. Jurista Editores.
- (2021). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Ideas Solución Editorial.

- García Cavero, P. y Vílchez Chinchayán, R. (Dir.) (2020). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Ideas Solución Editorial.
- García – Pablos de Molina, A. (2009). *Derecho penal. Parte general – fundamentos*. Lima: INPECCP Fondo Editorial.
- García Toma, V. (2013). *Derechos Fundamentales*. Lima: Editorial Adrus.
- García Yzaguirre, J. (2012). *Test de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Arequipa: Editorial Adrus.
- Gómez Mendoza, G. (2011). *Participación y corrupción en la administración pública*. Lima: Editorial Rodhas.
- Gutiérrez Camacho, W. (Dir.) (2013). *La Constitución comentada*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Herrera Paulsen, D. (1987). *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Lima: Eddili.
- Heydegger, F. y Jhuliana C., A. (Coord.) (2013). *Delitos contra la administración pública*. Lima: IDEMSA.
- Hugo Álvarez, J. y Huarcaya Ramos, B. (2018). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Hurtado Pozo, J. (2011). *Manual de derecho penal. Parte general*. Lima: IDEMSA.
- López Barja de Quiroga, J. (2004). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Gaceta Jurídica.

- Martínez Huamán, R. (Dir.) (2020). *La corrupción*. Lima: Editores del Centro.
- Martínez Huamán, R. (2021). *Corrupción de funcionarios y delitos contra la administración pública*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Mesía Ramírez, C. (2004). *Exégesis del Código Procesal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Nolasco Valenzuela, J. y Ayala Miranda, E. (2013). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Ara Editores.
- Paredes Infanzón, J. (2010). *Análisis de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Ley N° 29497*. Lima: Multiservicios La Esperanza.
- Peña Cabrera-Freyre, A. (2010). *Derecho penal. Parte especial*. Tomo V. Lima: IDEMSA.
- Prado Saldarriaga, V.:
- (2018). *La Dosimetría del Castigo Penal. Modelos, Reglas y Procedimientos*. Lima: Ideas Solución Editorial.
  - (2000). *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- Quiroga León, A. (2005). *Derecho procesal constitucional y código procesal constitucional. Estudios*. Lima: Ara Editores.
- Reátegui Lozano, R. (2018). *Corrupción de funcionarios*. Lima. Editorial Iustitia.
- Reátegui Sánchez, J. (2014). *Delitos cometidos por funcionarios en contra de la Administración Pública*. Lima: Jurista Editores.

Reyna Alfaro, L. (Dir.) (2009). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Jurista Editores.

Rodríguez Domínguez, E. (1997). *Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Grijley.

Rojas Vargas, F.:

- (2013). *Derecho penal. Estudios fundamentales de la parte general y especial*. Lima: Gaceta Jurídica.
- (2020). *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Grijley.
- (2021). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Gaceta Jurídica.

Rubio Correa, M.:

- (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- (2005). *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Rubio Correa, M., Eguiguren Praeli, F. y Bernales Ballesteros, E. (2011). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

San Martín Castro, C. (2012). *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Lima, Editorial Grijley.

Salinas Siccha, R.:

- (2023). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Iustitia.
- (2021). *Autoría y participación en los delitos de corrupción de funcionarios*. Lima: Palestra.
- (2019). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Iustitia.

Tribunal Constitucional del Perú (2006). *La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.

Ugarte del Pino, J. (1978). *Historia de las Constituciones del Perú*. Lima: Editorial Andina.

Urquiza Olaechea, J. y Salazar Sánchez, N. (Coord.) (2012). *Derecho Constitucional Penal*. Lima: Idemsa.

Valle-Riestra, J., Carruitero Lecca, F. y Ángeles Gonzáles, F. (2004). *Código Procesal Constitucional*. Lima: Ediciones Jurídicas.

Vargas Meléndez, R. (2021). *El delito de cohecho en la función policial*. Lima: A & C Ediciones.

Villa Stein, J. (2014). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Ara Editores.

Villavicencio Terreros, F. (2013). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley.

Yshií Meza, L. (2019). *Las penas de inhabilitación y multa en los delitos contra la administración pública*. Lima: Jurista Editores.

#### ❖ Artículos

Bernal Ballesteros, M. (2019). *La función policial desde la perspectiva de los derechos humanos y la ética pública*. Revista IUS, vol. 13, núm. 44, Julio-Diciembre 2019, pp. 251-279. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293261227011>

Casas Barquero, E. (1978). *Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código Penal español*. Documentación Jurídica N° 19, págs. 197-263.

Cohaila, E.; Quinteros, V.; Castillo, R. y Chávez, Ch. (2013). *Micro corrupción en la Policía Nacional del Perú: El caso de las coimas de tránsito en Lima Metropolitana*. Ministerio de Justicia. Recuperado de [https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/05/INFORMES-PNP\\_final.pdf](https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/05/INFORMES-PNP_final.pdf)

Fernández Sessarego, C. (2013). *Breves apuntes sobre el “proyecto de vida” y su protección jurídica*. Revista Advocatus N° 28. Recuperado de <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4201/415>  
1

Fuentes Cubillos, H. (2008). *El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena*. Revista Ius Et Praxis. Año 14. N° 2. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v14n2/art02.pdf>

Luna Castro, J. (2009). *La proporcionalidad como principio limitador en la determinación e imposición de las penas*. El derecho mexicano

contemporáneo. Retos y dilemas. Estudios en homenaje a César Esquinca Muñoa. Recuperado de <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/33300>

Martínez Huamán, R. (2019). *Cohecho pasivo propio. Análisis del artículo 393 del Código Penal*. Université de Fribourg. Recuperado de [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20191208\\_03.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20191208_03.pdf)

Oliver C., G. (2004). *Aproximación al delito de cohecho*. Revista de Estudios de la Justicia N° 5. Recuperado de <http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/RECEJ%205/APROXIMACION%20AL%20DELITO%20DE%20COHECHO.pdf>

Perello Domenech, I. (1997). *El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional*. Dialnet. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174691>

Rodríguez Vásquez, J. (2016). *Principio de resocialización y la inhabilitación permanente*. Boletín N° 2. Anticorrupción y Justicia Penal. Recuperado de <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Bolet%C3%ADn-FEBRERO-IDEHPUCP-2-pag.pdf>

Solis Curi, E. (2023). *A propósito del IPC del 2022: ¿cómo vamos en la lucha contra la corrupción?*. IDEHPUCP. Recuperado de

<https://idehpucp.pucp.edu.pe/analisis1/a-proposito-del-ipc-del-2022-como-vamos-en-la-lucha-contr-la-corrupcion/>

#### ❖ Informes y documentos

Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA (2019). *Corrupción y derechos humanos: estándares interamericanos*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf>

Defensoría del Pueblo (2009). *Informe Defensorial N° 142: Fortalecimiento de la Policía Nacional del Perú: Cinco áreas de atención urgente*. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/26648.pdf>

Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI:

- (2021a). *Perú: Anuario estadístico de la criminalidad y seguridad ciudadana 2015-2019*. Recuperado de [https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1805/libro.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1805/libro.pdf)
- (2021b). *Perú: Anuario estadístico de la criminalidad y seguridad ciudadana 2016-2020*. Recuperado de [https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1834/libro.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1834/libro.pdf)

Organización de las Naciones Unidas [ONU] (2004). *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Nueva York. Recuperado de [https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion\\_de\\_las\\_NU\\_contra\\_la\\_Corrupcion.pdf](https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf)

Ministerio de Transporte de la República de Colombia (2015). *Plan Nacional de Seguridad Vial Colombia 2011-2021*. Recuperado de <https://ansv.gov.co/sites/default/files/Documentos/Agencia/mipg/1-5-5-docs-e-informes/1%20-%205%20-%205%20-%2029%20Plan%20Nacional%20de%20Seguridad%20Vial/Plan%20Nacional%20de%20Seguridad%20Vial.pdf>

Policía Nacional del Perú. *Anuarios Estadísticos de la PNP (de los años 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021 y 2022)*. Recuperado de [https://web.policia.gob.pe/anuario\\_estadistico/anuario\\_policial.html](https://web.policia.gob.pe/anuario_estadistico/anuario_policial.html)

Proética:

- (2022). *XII Encuesta Nacional sobre Percepciones de la Corrupción en el Perú 2022*. Recuperado de <https://www.proetica.org.pe/noticias/grave-deterioro-de-las-expectativas-de-la-ciudadania-frente-a-la-corrupcion-segun-encuesta-proetica-2022/>
- (2019). *XI Encuesta Nacional sobre Percepciones de la Corrupción en el Perú 2019*. Recuperado de <https://www.proetica.org.pe/contenido/xi-encuesta-nacional-sobre-percepciones-de-la-corrupcion-en-el-peru-2019/>

#### ❖ Expedientes Legislativos

Congreso de la República del Perú (2016). *Expediente Virtual Parlamentario de la Ley N° 30506 “Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de*

*legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A.”. Recuperado de [https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Expvirt\\_2011.nsf/B8A7D82F30BFAF7305256F260056634D/14FA6B90123CFCAB052580280077043E?OpenDocument](https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Expvirt_2011.nsf/B8A7D82F30BFAF7305256F260056634D/14FA6B90123CFCAB052580280077043E?OpenDocument)*

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2017). *Expediente (antecedentes) que dio origen a la dación del Decreto Legislativo 1351 “Decreto Legislativo que modifica el Código Penal a fin de fortalecer la seguridad ciudadana”*. Recibido con Carta N° 595-2021-JUS/OILC-TAI, del 08/07/2021, de la funcionaria responsable de acceso a la información pública del MINJUS.

#### ❖ **Jurisprudencia**

##### ***Sentencias del Tribunal Constitucional***

STC N° 00016-2019-PI/TC Lima, del 03/12/2020. Caso: Reparación civil a favor del Estado.

STC N° 0007-2018-PI/TC Lima, del 12/11/2019. Caso: Sobre Inhabilitación, reincidencia y habitualidad en materia penal.

STC N° 06572-2016-PA/TC, del 06/11/2007. Caso: Janet Rosas Domínguez contra ONP.

STC N° 01732-2012-PHC/TC La Libertad, del 30/01/2015. Caso: José Armando Castillo Pérez.

STC N° 00017-2011-PI/TC Lima, del 03/05/2012. Caso: Demanda de inconstitucionalidad contra algunas disposiciones de la Ley 29703.

STC N° 0009-2007-PI/TC, 0010-2007-PI/TC (acumulados), del 29/08/2007. Caso: Demanda de inconstitucionalidad contra diversos artículos de la Ley 28925.

STC N° 09826-2006/TC Lima, del 06/03/2007. Caso: Félix Santos Bardales Romero.

STC N° 003-2005-PI/TC Lima, del 09/08/2006. Caso: Legislación antiterrorista.

STC N° 0048-2004-PI/TC, del 01/04/2005. Caso: Demanda de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley N° 28258 – Ley de Regalía Minera.

STC N° 0022-2004-AI/TC, del 12/08/2005. Caso: Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28078, que modifica la Ley de la Policía Nacional del Perú.

STC N° 1670-2003-AA/TC, del 26/04/2004. Caso: José Santiago García Caballero.

STC N° 2050-2002-AA/TC Lima, del 16/04/2003. Caso: Carlos Israel Ramos Colque.

STC N° 010-2002-AI/TC Lima, del 03/01/2003. Caso: Legislación antiterrorista.

STC N° 1029-2000-HC/TC Lima, del 18/01/2001. Caso: Rutaldo Elmer Alejo Saavedra.

***Sentencias de las Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema***

Consulta N° 32370-2022 Lima, del 10/03/2023. Inaplicación al caso concreto del artículo 398-B del Código Penal, por incompatibilidad constitucional con el derecho al trabajo.

Consulta N° 21541-2022/Lima, del 10/03/2023. Asunto: Inaplicación al caso concreto del artículo 398-B del Código Penal, por incompatibilidad constitucional con los artículos 2 inciso 15 y 139 inciso 22 de la Constitución Política del Estado.

Consulta N° 2705-2021/Lima, del 19/07/2021. Asunto: Inaplicación al caso concreto del artículo 398-B del Código Penal, por incompatibilidad con los incisos 15 y 24 del artículo 2, y, el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, en interpretación conjunta con el último párrafo del artículo 200 de la Constitución.

Consulta N° 2704-2021/Lima, del 19/07/2021. Asunto: Inaplicación al caso concreto del artículo 398-B del Código Penal, por incompatibilidad con los incisos 15 y 24, literal d), del artículo 2, y, el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, en interpretación conjunta con el último párrafo del artículo 200 de la Constitución.

Consulta N° 9733-2020/Lima, del 09/06/2021. Asunto: Inaplicación al caso concreto del artículo 398-B del Código Penal, por incompatibilidad con el derecho al trabajo, vinculado a la dignidad de la persona humana en lo

que corresponde al concepto amplio de libre desarrollo de la personalidad.

Consulta N° 9730-2020/Lima, del 02/06/2021. Asunto: Inaplicación al caso concreto del artículo 398-B del Código Penal, por incompatibilidad con los artículos 1, y 2 incisos 1 y 15, de la Constitución Política del Perú.

Consulta N° 5631-2020/Lima, del 10/09/2021. Asunto: Inaplicación al caso concreto del artículo 398-B del Código Penal, por incompatibilidad con el artículo 2, incisos 1 y 15, de la Constitución Política del Estado.

Consulta N° 24001-2019/Huaura, del 25/06/2020. Asunto: Inaplicación al caso concreto de los artículos 36°.7 y 38° del Código Penal, por incompatibilidad constitucional.

Consulta N° 10541-2019/Puno, del 20/06/2019, Asunto: Inaplicación al caso concreto de la parte *in fine* del artículo 57° del Código Penal, por incompatibilidad con los derechos fundamentales a la dignidad de la persona humana, a la libertad ambulatoria y la resocialización del penado.

Consulta N° 17112-2017/Lima, del 25/09/2017. Asunto: Inaplicación al caso concreto del artículo 398°-B del Código Penal, por incompatibilidad con el artículo 2°.15 de la Constitución Política del Estado.

Consulta N° 1618-2016/Lima Norte, del 16/08/2016. Asunto: Inaplicación al caso concreto del artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal, por

incompatibilidad con el artículo 2°.2 de la Constitución Política del Estado.

***Sentencias de las Salas Penales de la Corte Suprema***

Casación 801-2020/Piura, del 04/02/2022. Caso: José Santos Chávez Morales.

Casación N° 1192-2019/Huancavelica, del 07/12/2021. Caso: Luis Alberto Medina Hernández.

Revisión de Sentencia NCPP N° 321-2019 Huánuco, del 01/12/2021. Caso: Raúl Charles Quispe Inga.

Casación N° 68-2019/Lambayeque, del 26/10/2020. Caso: Ina Johana Flores Reaño.

Casación N° 1945-2018/Ventanilla, del 04/12/2020. Caso: Mauro Enrique Ruíz Huarotte.

Casación N° 1074-2018/Puno, del 07/10/2019. Caso: Ulises Papillon Mejía Rodríguez.

Recurso de Apelación N° 14-2018/Pasco, del 09/12/2019. Caso: Armando Janampa Oscátegui.

Recurso de Nulidad N° 2471-2017/Apurímac, del 03/10/2018. Caso: Alfredo Pérez Panduro.

Recurso de Nulidad N° 2084-2017/Callao, del 28/05/2018. Caso: Manuel Cumpa Piscoya.

Revisión de Sentencia N° 503-2017/Callao, del 05/11/2018. Caso: Julio Guillermo Lebrun Madge.

Recurso de Apelación N° 5-2017/Huánuco, del 09/05/2019. Caso: Juan Carlos Ticona Castro.

Recurso de Nulidad N° 2900-2016/Lima, del 12/09/2017. Caso: Yeirzon Alminco Ramírez.

Casación N° 988-2016/Ancash, del 31/03/2017. Caso: Johny Antonio Lázaro Gonzáles.

Recurso de Apelación N° 14-2015/N.C.P.P., del 10/05/2016. Caso: Eloy Guillermo Orosco Vega.

Recurso de Nulidad N° 2298-2014/Callao, del 29/10/2015. Caso: Luis Alberto Meneses Castañeda.

Recurso de Nulidad N° 1315-2014/Lima, del 14/03/2016. Caso: Julio Alejandro Navarro Aguilar.

Recurso de Nulidad N° 454-2014/Amazonas, del 16/05/2016. Caso: Alfonso Llagas Salazar.

Recurso de Nulidad N° 2418-2012/Junín, del 07/02/2013. Caso: Luis Raúl Villanueva Segura.

Recurso de Nulidad N° 3544-2011/Ayacucho, del 16/10/2012. Caso: Luis Alberto Quispe Cabezas.

Recurso de Nulidad N° 1168-2009/Lima, del 20/04/2010. Caso: R. Condori Flores.

Recurso de Nulidad N° 2090-2005/Lambayeque, del 07/06/2006. Caso: Víctor Miguel Carrillo Gonzáles.

### ***Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema***

Acuerdo Plenario N° 10-2009/CJ-116 del 13/11/2009, sobre “Ejecución de la pena de inhabilitación y recurso impugnatorio”.

Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116 del 18/07/2018, sobre “Alcances de la pena de inhabilitación”.

Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116 del 18/07/2008, sobre “Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena”.

### ***Sentencias Plenarias***

Sentencia Plenaria N° 1-2015/301-A.2-ACPP del 05/05/2015. Asunto: “Determinación de la compatibilidad de funciones del juez supremo que ha de conocer de una acción de revisión cuando anteriormente intervino en el proceso penal declarativo de condena que motiva la impugnación”.

### ***Sentencias de Salas Superiores***

Expediente N° 1189-2021-2-1826-JR-PE-02. Resolución N° 03 del 28/10/2021.  
Caso: Rober Richard Morales Carhuachín.

Expediente N° 403-2017-0-1826-JR-PE-01. Resolución N° 04 del 20/06/2017.  
Caso: Beltrán Quilla Quilla.

### ***Sentencias extranjeras***

Corte Constitucional de Colombia (Sala Plena). Sentencia N° C-022/96, del 23 de enero de 1996. Caso: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 40, literal B, de la Ley 48. de 1993.

### **❖ Legislación nacional e internacional**

#### ***Legislación nacional***

Constitución Política del Perú de 1993.

Código Procesal Penal de 2004.

Código Penal de 1991.

Código de Ejecución Penal de 1991.

Ley N° 31305, del 22/07/2021. Ley de reforma constitucional que fortalece la lucha anticorrupción en el marco del levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria.

Ley N° 31178, del 27/04/2021. Ley que modifica artículos del Código Penal respecto de circunstancia agravante derivada de la comisión del delito durante calamidad pública o emergencia sanitaria y dicta otras disposiciones sobre la pena de inhabilitación en el Código Penal y leyes especiales.

Ley N° 30963, del 17/06/2019. Ley que modifica el Código Penal respecto a las sanciones del delito de explotación sexual en sus diversas modalidades

y delitos conexos, para proteger con especial énfasis a las niñas, niños, adolescentes y mujeres.

Ley N° 30838, del 03/08/2018. Ley que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal para fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

Ley N° 30714. del 29/12/2017. Ley que regula el régimen disciplinario de la Policía Nacional del Perú.

Decreto Supremo N° 026-2017-IN, del 13/10/2017. Reglamento del Decreto Legislativo N° 1267, Ley de la Policía Nacional del Perú.

Ley N° 30650, del 19/08/2017. Ley de reforma del artículo 41° de la Constitución Política del Perú.

Decreto Legislativo N° 1351, del 07/01/2017. Decreto legislativo que modifica el Código Penal a fin de fortalecer la seguridad ciudadana.

Decreto Legislativo N° 1351, del 06/01/2017. Decreto legislativo que modifica el Código Penal a fin de fortalecer la seguridad ciudadana.

Decreto Legislativo N° 1296, del 29/12/2016. Decreto legislativo que modifica el Código de Ejecución Penal en materia de beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo o la educación, semi-libertad y liberación condicional.

Decreto Legislativo 1267, del 16/12/2016. Ley de la Policía Nacional del Perú.

Ley N° 30506, del 06/10/2016. Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A.

Decreto Supremo 007-2016-MTC, del 22/06/2016. Reglamento Nacional del Sistema de Emisión de Licencias de Conducir.

Ley N° 30304, del 09/02/2015. Ley que prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena a los delitos cometidos por funcionarios públicos y servidores públicos.

Ley N° 30076, del 18/08/2013. Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana.

Decreto Supremo N° 016-2009-MTC, del 21/04/2009. Aprueba texto único ordenado del Reglamento Nacional de Tránsito – Código de Tránsito.

Ley N° 29316, del 13/01/2009. Ley que modifica, incorpora y regula diversas disposiciones a fin de implementar el Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de América.

Ley N° 27770, del 27/06/2002. Ley que regula el otorgamiento de beneficios penales y penitenciarios a aquellos que cometen delitos graves contra la administración pública.

### ***Tratados internacionales***

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. 2004.

Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional. 2003.

Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción. 2003.

Convenio de Derecho Penal sobre la Corrupción. 1999.

Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que están implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los estados miembros de la Unión Europea. 1997.

Convención Interamericana contra la Corrupción. 1996.