

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente  
Corte Suprema de Justicia de la República

**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N°10333 - 2017**  
**DEL SANTA**

Lima, diecinueve de junio  
de dos mil diecisiete.-

**VISTOS;** con el acompañado; y, **CONSIDERANDO:**

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

**PRIMERO.-** Es materia de consulta la sentencia de vista contenida en la resolución número diez, de fecha nueve de mayo de dos mil diecisiete, expedida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, obrante a fojas ciento cuarenta, que aplicando el control constitucional difuso previsto en el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, *inaplica* al caso concreto el inciso 3 del artículo 57 del Código Penal, declarando fundada la apelación, disponiendo la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta por tres años, por un periodo de prueba de dos años, bajo las siguientes reglas de conducta: i) Se le prohíbe al sentenciado ausentarse del lugar donde reside sin autorización del Juez; ii) Se le impone la obligación de comparecer personal y obligatoriamente al juzgado para informar y justificar sus actividades una vez al mes; precisamente, referente a las deudas alimentarias con las que cuenta, y las acciones que viene realizando para poder cumplir con las mismas, asegurando el cumplimiento de las necesidades del alimentista; y, iii) Continuar cumpliendo diligentemente su obligación alimentaria para con el alimentista.

**II.- ANTECEDENTES:**

**SEGUNDO.-** En el caso de autos, se aprecia de sus antecedentes que al condenado Richard Marcos Dulce Collantes se le siguió un proceso de alimentos; en dicho proceso mediante resolución número cuatro de fecha treinta y uno de marzo de dos mil once, se declara fundada en parte la

**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N° 10333 - 2017**  
**DEL SANTA**

demanda de alimentos; y, se ordena al demandado acuda con una pensión alimenticia mensual y adelantada de trescientos con 00/100 soles (S/. 300.00) a favor de su menor hijo Maykol Jesús Dulce Rodríguez; sin embargo, ha incumplido permanentemente con tal obligación; por lo que, a solicitud de la accionante el Juzgado practicó la liquidación de pensiones alimenticias devengadas. Es así que mediante resolución número dieciséis el Juzgado resolvió aprobar la liquidación de pensiones alimenticias devengadas por la suma de dos mil setecientos diecisiete con 72/100 soles (S/. 2,717.72) por el periodo comprendido desde el mes de febrero hasta el mes de octubre de dos mil doce y requerido para que un plazo de tres días cumpla con cancelar dicho monto, obligación que no cumplió pese a haber sido notificado en su domicilio real; es así, que ante la renuencia al pago de las pensiones alimenticias adeudadas, se le apertura juicio oral por el delito de Omisión a la Asistencia Familiar, previsto en el primer párrafo del artículo 149 del Código Penal; cuya norma sanciona la conducta del sujeto agente que no cumple con pagar su obligación de prestar alimentos establecidas mediante una resolución judicial firme, imponiendo dicho dispositivo legal una pena privativa de libertad no mayor de tres (3) años.

**TERCERO:** La sentencia objeto de consulta considera que el supuesto previsto en el inciso 3 del artículo 57 del Código Penal que señala: *El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes: (...) 3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.*”, señalando que dadas las particularidades relevantes de carácter constitucional, referidas a la naturaleza del derecho fundamental a percibir alimentos, cuando el sentenciado por el delito de incumplimiento, procedió a cumplir con pagar la totalidad de las pensiones alimenticias devengadas y reparación civil demandada; se debe proceder a determinar en base del test de proporcionalidad, que la privación de la libertad del sentenciado en el referido proceso, resulta desproporcionada, en tanto que ya no resulta idónea, necesaria, ni estrictamente proporcional para cumplir el fin propuesto, al haberse satisfecho con el pago, muy por el contrario,

**CONSULTA  
EXPEDIENTE N° 10333 - 2017  
DEL SANTA**

continuar privando de la libertad al sentenciado implicaría un menoscabo para el propio bien jurídico que contrariamente la norma pretende tutelar.

**III.- CONTROL CONSTITUCIONAL:**

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

**QUINTO.**- Asimismo, el artículo 138 segundo párrafo de la Norma Fundamental, sin importar jerarquías de los órganos jurisdiccionales, encarga a los jueces el respeto a los principios de supremacía de la Constitución Política del Estado y también de jerarquía de las normas, pero además constituye un mecanismo idóneo de control de los excesos legislativos en que puedan incurrir los Poderes Legislativo y Ejecutivo; de modo tal, que es un mecanismo de equilibrio del ejercicio del poder del Estado. Lo señalado anteriormente concuerda con lo establecido en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que debe ser concordado con el primer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, norma que desarrolla los alcances del control judicial de constitucionalidad llamado también control difuso<sup>1</sup> y que contiene el siguiente enunciado: "*Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución*".

---

<sup>1</sup> ABAD YUPANQUI, Samuel. Derecho Procesal Constitucional. Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N° 10333 - 2017**  
**DEL SANTA**

**SEXTO.**- Por su parte el Tribunal Constitucional ha fijado los presupuestos que deben tener en cuenta los jueces cuando inapliquen las normas legales por ser incompatibles con las normas constitucionales. Por citar un ejemplo, en el caso Gamero Valdivia, Expediente N° 1109-2002 -AA/TC, sentencia de fecha seis de agosto de dos mil dos, dejó establecido: "*(...) El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez (...). El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no es un acto simple, y para que él sea válido se requiere de la verificación, en cada caso, de los siguientes presupuestos: a. Que, en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional. b. Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia. c. Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*"<sup>2</sup>. La disposición en comentario establece los márgenes dentro de los cuales el Juez puede ejercer la facultad de inaplicar una norma por ser incompatible con la Constitución. El control de constitucionalidad se ejercita con el único propósito de resolver una "controversia", concepto que según Edgar Carpio no puede entenderse de manera restringida, en el sentido de comprender solo a los conflictos intersubjetivos surgidos al amparo del derecho privado,

---

<sup>2</sup> Confrontar además las sentencias recaídas en los Expedientes N°. 145-99-AA/TC, sentencia publicada el 16 de marzo de 2000, 1124-2001-AA/TC Sindicato Único de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL, 1383-2001-AA/TC Luis Rabines Quiñones; y 410-2002-AA/TC Julia Soledad Chávez Zúñiga. La referencia a la Segunda Disposición General corresponde a la anterior LOTC, Ley N° 26435, reproducida en la Segunda Disposición Final de la vigente LOTC, Ley N° 28301.

**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N° 10333 - 2017**  
**DEL SANTA**

sino que involucra la solución de cualquier caso concreto penal, administrativo, constitucional, etc.<sup>3</sup>

**SÉPTIMO.**- Asimismo, esta Suprema Sala con fecha trece de marzo de dos mil dieciséis ha emitido pronunciamiento respecto de la inaplicación del inciso 3 del artículo 57 del Código Penal, mediante la **Consulta N° 13825-2015 – DEL SANTA**, señalando que *“debe ser inaplicado en tanto que la pena privativa de libertad efectiva –para el presente caso- no asegura que pueda generar una verdadera prevención en el futuro; siendo que para los alimentistas puede generarse el riesgo de que se limiten las posibilidades de que el imputado pueda continuar cumpliendo con sus pensiones alimentarias (...) con lo cual la aplicación de dicha norma al caso concreto no supera el subprincipio de idoneidad del conocido test de proporcionalidad; (...) por cuanto no supera el perjuicio que puede causarse al mismo bien jurídico que se pretende tutelar.*

*Atendiendo a los fundamentos de la sentencia materia de consulta, esta Sala Suprema conviene precisar que según el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad importa tres sub principios o elementos: “1. Sub principio de idoneidad o de adecuación. De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este sub principio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada. 2. Subprincipio de necesidad. Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental. 3. Subprincipio de*

---

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

**CONSULTA  
EXPEDIENTE N° 10333 - 2017  
DEL SANTA**

*proporcionalidad strictu sensu. Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental' (Sentencia N° 0048-2004-PI/TC, fundamento sesenta y cinco)".*

**IV. VALORACIÓN:**

**OCTAVO.**- En el presente caso, al efectuar el test de proporcionalidad, que exige la última parte del artículo 200 de nuestra Norma Constitucional, así como también la de poner a buen recaudo los derechos del niño a percibir sus alimentos, en el marco de la protección del interés superior del niño y el adolescente, conforme se expone en la sentencia materia de consulta, se tiene en principio que la norma penal inaplicada tiene como objetivo principal que en caso de reincidentes, evitar que circulen por las calles con el fin de salvaguardar a la sociedad por su peligrosidad, asegurando en principio la seguridad ciudadana, teniendo un efecto de resocialización del individuo, sin embargo tal finalidad no resulta aplicable en el presente caso particular, pues la privación de la libertad impediría al condenado la oportunidad de agenciarse de medios económicos necesarios para cumplir con el deber legal y judicial de acudir con sumas de dinero a su menor hijo para su manutención, resultaría opuesto al propósito de la propia sanción penal impuesta; por el contrario se pondría en riesgo la integridad del menor hijo del condenado, quien se vería privada de la posibilidad de contar con medios que le permitan su alimentación, no pudiendo cumplir con el objetivo que se pretende tutelar, por lo que la ejecución de la pena privativa de libertad efectiva no satisface el sub principio de idoneidad; con la citada conclusión arribada sería suficiente para que quede plenamente justificada la inaplicación de la norma penal sub análisis; no obstante el análisis de los

**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N°10333 - 2017**  
**DEL SANTA**

otros sub principios corroboran lo expuesto líneas arriba; efectivamente se observa que la aplicación de la norma penal citada no supera el test de necesidad, en el presente caso en particular, por cuanto existen otras medidas que pueden lograr lo que en abstracto se pretende con ella, esto es, que pueda seguir cumpliendo con su obligación alimentaria, ya que para alcanzar el objetivo que se pretende existen otras medidas que no resultan limitativas, como lo es la suspensión de la ejecución de la pena efectiva por la de reglas de conducta por un periodo de prueba; por último, tenemos que la norma en estudio -inciso 3 del artículo 57 del Código Penal- tampoco satisface -para el presente caso- el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, pues en el balance del costo y beneficio que resulta de aplicar la citada norma restrictiva, el daño sería mayor en este caso particular, que el beneficio que se pretende lograr; pues la pena privativa de libertad efectiva interviene de manera grave en el derecho del niño y adolescente a percibir alimentos, pues de la comparación de la medida efectiva y el derecho fundamental que se compromete con el medio (pena) resulta afectado el interés superior del niño que propugna la Constitución Política del Estado.

**NOVENO:** En consecuencia, al no satisfacer la aplicación de la norma bajo análisis el test de proporcionalidad, en este caso particular, esta Sala Suprema considera que en el caso de autos se ha presentado un conflicto de normas jurídicas que resultan aplicables al caso en cuestión, de un lado, la norma constitucional que reconoce como un derecho fundamental de la persona el interés superior del niño, artículo 3 de la Constitución Política del Estado, que las medidas restrictivas del derecho fundamental guarden razonabilidad y proporcionalidad y, de otro, la norma contenida en el inciso 3 del artículo 57 del Código Penal, sin que sea posible obtener una interpretación de esta última norma que guarde armonía con el texto constitucional.

**CONSULTA  
EXPEDIENTE N°10333 - 2017  
DEL SANTA**

**DÉCIMO**: En tal sentido, al advertirse que la antinomia se presenta entre una norma de carácter legal y otra de carácter constitucional, debe inaplicarse la primera y preferirse esta última, correspondiendo aprobar la consulta formulada.

**V.- DECISIÓN**:

Por estas consideraciones, **APROBARON** la sentencia contenida en la resolución número diez, de fecha nueve de mayo de dos mil diecisiete, expedida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, **en el extremo** que realiza el control difuso declarando **inaplicable** al caso, el inciso 3 del artículo 57 del Código Penal; en el proceso penal seguido contra Richard Marcos Dulce Collantes, sobre Omisión a la Asistencia Familiar, en agravio del menor de iniciales M.J.D.R.; *y los devolvieron.- Interviene como Juez Supremo Ponente el señor Bustamante Zegarra.-*

**S.S.**

**WALDE JÁUREGUI**

**VINATEA MEDINA**

**RUEDA FERNÁNDEZ**

**TOLEDO TORIBIO**

**BUSTAMANTE ZEGARRA**