



CONSULTA
EXP. N° 13825 - 2015
DEL SANTA

Lima, veintitrés de marzo
de dos mil dieciséis.-

VISTOS; y con el acompañado, CONSIDERANDO:

PRIMERO: Es materia de consulta la sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Santa, mediante resolución número trece, de fecha cinco de agosto de dos mil quince, obrante a fojas doscientos catorce, 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, por incompatibilidad constitucional.

SEGUNDO: Debe entenderse por control constitucional a aquel mecanismo que verificará si las leyes contradicen a la Constitución en la forma o el fondo; y hablamos de control de legalidad, cuando se verificará si las normas de menor jerarquía contravienen a normas con rango de ley. Sin embargo, tanto el control de constitucionalidad y de legalidad de las normas jurídicas comprenden la protección de los derechos fundamentales de la persona consagrados en la Carta Magna, en el marco de un régimen democrático de gobierno.

TERCERO: Siendo esto así, en la doctrina y en la legislación comparada existen dos sistemas de control de la constitucionalidad de las normas jurídicas; uno de ellos originario del sistema *Common law* norteamericano, conocido como *Judicial Review*, y que en nuestro medio se le identifica como *control difuso*; este modelo se remota en sus inicios a lo resuelto por el Juez Marshall en el Caso *Marbury vs Madison*¹ en Estados Unidos de Norteamérica en el año mil ochocientos tres; en este caso se señala que todos los jueces y todos los tribunales deben decidir en los casos concretos que le sean sometidos de conformidad con la Constitución, inaplicando la ley que contraviene a ella. El otro, de origen europeo continental, conocido como el sistema de *Control*

¹ALEJANDRO AMAYA, Jorge; "Marbury Vs Madison" – Sobre el Origen del Control Judicial de Constitucionalidad, 1° Edición, Rosario Ediciones AVI SRL, 2013, pág. 113
(...) "De tal modo, la terminología especial de la Constitución de los EE.UU., confirma y enfatiza el principio, que se supone esencial para toda constitución escrita, de que la ley repugnante a la Constitución es nula, y que los tribunales, si como los demás poderes, están obligados por ese instrumento"



CONSULTA
EXP. N° 13825 - 2015
DEL SANTA

Concentrado; doctrina autorizada atribuye su creación a las ideas, vinculadas a la famosa pirámide jurídica, promovidas desde mil novecientos veinte por Hans Kelsen, con la Constitución de Austria, perfeccionada con la Constitución de mil novecientos veintinueve; la característica relevante de este sistema es que deja el control de la constitucionalidad de las leyes en manos de un solo órgano o tribunal ad hoc, con facultad de expulsar del ordenamiento jurídico a éstas cuando contravienen la Constitución, por el fondo o la forma; en este modelo dicho órgano constitucional actúa como legislador negativo.

CUARTO: La Constitución peruana -vigente desde mil novecientos noventa y cuatro- ha adoptado el **sistema mixto de control constitucional**; ello significa que existe instalado en nuestra estructura jurídica constitucional no solo el control en abstracto de la constitucionalidad de las normas con rango de ley, el que se ejerce a través de un órgano constitucional autónomo –Tribunal Constitucional²;- con el poder de decidir cuándo una ley o norma con rango de ley es incompatible en todo o en parte con la Constitución, sea por la forma o por el fondo; sino que además se ha autorizado a los jueces ordinarios –del Poder Judicial- a efecto que ejerzan el control sobre la constitucionalidad de las normas legales en las causas que de manera específica se ventilan ante sus despachos.

Bajo este contexto, debemos entender que el *Control Difuso* de la constitucionalidad de las leyes, es competencia de cualquier órgano jurisdiccional del Poder Judicial, sin importar la especialidad; siendo que la ley no dejará de estar vigente, y solo se inaplicará al caso litigioso. Pudiéndose entender que este modelo, solo se aplicará en una controversia específica, real y concreta, es decir, se aplica a un proceso instaurado, y cuya decisión judicial de inconstitucionalidad, no puede ni va más allá de los límites del proceso mismo; es por ello que se puede asegurar que los efectos de la aplicación de este control solo afectará y/o traerá consecuencias jurídicas a las partes vinculadas al proceso, por ende no es *erga omnes*.

²Art. 201 de la actual Constitución Política del Estado, establece que: "El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente...".



CONSULTA
EXP. N° 13825 - 2015
DEL SANTA

QUINTO: De la misma manera, corresponde entender que la *Consulta* es una institución procesal de orden público, que viene impuesta por la ley, que no es en esencia un recurso sino un mecanismo procesal a través del cual se impone al órgano jurisdiccional el deber de elevar el expediente al superior y a éste el de efectuar el control de la constitucionalidad de la resolución dictada en la instancia inferior.

SEXTO: En tal sentido, tratándose de una consulta por incompatibilidad de una disposición constitucional y otra norma de inferior jerarquía, el artículo 14° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial³ ha establecido que cuando los Jueces de cualquier especialidad, al momento de resolver, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera; previéndose que respecto de las resoluciones en las que se haya efectuado el control constitucional las mismas deben ser elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueran impugnadas.

SÉPTIMO: Sin embargo, este control constitucional debe ejercerse como *última ratio*, dado que no puede soslayarse la función legislativa que le asigna la Constitución al Congreso de la República, pues por tal hecho las leyes promulgadas se presumen constitucionales, y se entiende que deben guardar estrecha armonía entre sí, así como con la Carta Magna; tal presunción acompaña de igual modo a los demás procedimientos de creación legislativa reconocidos por la Carta Política.

OCTAVO: Bajo este contexto, una de las manifestaciones del carácter eminentemente excepcional que distingue a la prerrogativa del control difuso se

³Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución.

Artículo 14.- De conformidad con el Art. 138 de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.

En todos estos casos los Magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

CONSULTA
EXP. N° 13825 - 2015
DEL SANTA


encuentra prevista en el primer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el cual declara: "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" (subrayado agregado).

NOVENO: En virtud a lo dispuesto por este precepto constitucional, la decisión de optar por la inaplicación de una disposición legal solo puede ser adoptada por el órgano jurisdiccional –en la solución de una controversia– cuando no sea posible desprender de ella una interpretación que para el caso concreto guarde armonía con el texto constitucional o, como lo denomina la doctrina, una interpretación conforme a la Constitución; puesto que, de ser posible para el órgano jurisdiccional desprender del texto legal objeto de análisis una interpretación de este tipo, deberá limitarse únicamente a optar por ella –descartando las interpretaciones que resulten contrarias a los valores constitucionales–, sin afectar para el caso concreto la eficacia de la ley.



DÉCIMO: Al respecto, es preciso tener en cuenta que la inaplicación de una norma legal, que se interpreta contraria a la Constitución, constituye una prerrogativa jurisdiccional de última *ratio*, razón por la cual no puede ser invocada a menudo en la actividad jurisdiccional; sino por el contrario, en atención a la trascendencia que esta decisión implica, el juzgador deberá tener en cuenta que, en principio, todas las leyes expedidas por el Congreso de la República, por el solo hecho de haber sido expedidas por el Órgano constitucional que tiene a su cargo la función legislativa, siguiendo para el efecto, todo un proceso de formación de la ley, que es conocido en la doctrina como el "*iter legislativo*", están amparadas por la presunción de constitucionalidad; por tanto, *a priori* se presume que todas las leyes son constitucionales y que éstas guardan perfecta armonía entre sí y con la Carta Fundamental; por esta razón, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, ha previsto que la inaplicación de una norma legal, solo

CONSULTA
EXP. N° 13825 - 2015
DEL SANTA

puede ser viable cuando no sea factible obtener una interpretación conforme a la Constitución.



UNDÉCIMO: En el caso de autos, se aprecia de sus antecedentes que al condenado Roberto Vicente Pérez Díaz se le siguió un proceso de alimentos; en dicho proceso mediante resolución número cinco, obrante en copias certificadas a fojas treinta y nueve -que contiene la sentencia de fecha treinta de enero de mil novecientos noventa y ocho-, se ordena al citado Pérez Díaz cumpla con pagar mensualmente a favor de su menor hija la suma de ciento veinte Nuevos Soles (S/.120.00) y a favor de su cónyuge la suma de ochenta Nuevos Soles (S/.80.00); el mencionado obligado incumplió con efectuar los pagos oportunamente, pese a estar debidamente notificado en su domicilio real y procesal; tal hecho dio lugar a que el órgano jurisdiccional a cargo del citado proceso, expida la resolución número sesenta y cuatro, obrante en copias certificadas a fojas cuarenta y cuatro, de fecha nueve de julio de dos mil trece; mediante dicha resolución se aprueba la liquidación de pensiones alimenticias devengadas en la suma de tres mil seiscientos cincuenta y tres Nuevos Soles con sesenta y dos céntimos (S/.3,653.62), correspondiente al periodo que va de enero del dos mil doce a junio del dos mil trece; dicha liquidación debidamente aprobada, le fue válidamente notificada, en su domicilio real como en el procesal; pese a ello, el obligado -ahora condenado-, mantuvo su incumplimiento, absteniéndose de abonar las respectivas pensiones mensuales, como la suma aprobada por devengados; tal actitud, renuente al pago de las pensiones alimenticias adeudadas, constituye delito de Omisión a la Asistencia Familiar, previsto en el artículo 149°, primer párrafo, del Código Penal; dicha 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.



DUODÉCIMO: 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*



CONSULTA
EXP. N° 13825 - 2015
DEL SANTA

siguientes: (...) 3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.", 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; al respecto, se acota que el imputado ya cumplió con la obligación alimentaria por lo cual no habría objeto que asegurar por lo que el medio (la pena privativa de libertad efectiva) no resulta idóneo para cumplir los objetivos ni finalidad que pretende sino que puede resultar todo lo contrario, pues encontrándose privado de libertad impedirían al obligado a agenciarse de recursos económicos que le permita cumplir con sus obligaciones alimenticias, por las que precisamente sería condenado; con lo cual la aplicación de dicha norma al caso concreto no supera el subprincipio de idoneidad del conocido test de proporcionalidad; se indica que tampoco satisface el de necesidad, en tanto que existe una medida igualmente satisfactoria menos gravosa como es la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena; menos el test de proporcionalidad en sentido estricto, por cuanto no supera el perjuicio que puede causarse al mismo bien jurídico que se pretende tutelar.

DÉCIMO TERCERO: 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 subprincipios o elementos: "1. Subprincipio 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 subprincipio 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



CONSULTA
EXP. N° 13825 - 2015
DEL SANTA

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 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-P/TC, fundamento sesenta y cinco).

DÉCIMO CUARTO: Ahora bien, de lo actuado en estos autos tenemos que, conforme a los alcances del artículo 149° del Código Penal, el imputado Roberto Pérez Díaz fue condenado a tres (3) años y seis (6) meses de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de tres (3) años bajo reglas de conducta por delito de incumplimiento de obligación alimentaria; al respecto, corresponde mencionar que, como se precisa en la sentencia materia de consulta, el imputado ha cumplido con la obligación alimentaria que fue objeto del proceso de alimentos y por el que fue procesado, conforme puede apreciarse de los pagos presentados en el juicio oral; asimismo se tiene que si bien el imputado cometió el mismo ilícito anteriormente, sin embargo en dichos procesos también ha cumplido con su obligación conforme a los depósitos presentados en autos; esto es, que sobre los hechos por los que ha sido procesado el imputado pone de manifiesto proseguir a dar cumplimiento con su deber de prestar alimentos a favor de los agraviados; no obstante ello, la medida adoptada por los órganos jurisdiccionales de mérito –Juzgado y Sala Superior Penales- de intervenir en la estructura legal vigente en materia penal a efecto de declarar en la sentencia condenatoria materia de consulta la suspensión de la ejecución de la pena, pese a la expresa prohibición legal contenida en el artículo 57° inciso 3 del Código Penal dada la condición de habitual del condenado, conforme lo prevé el artículo 46-C de la misma norma penal –conforme queda establecido en el fundamento diez de la sentencia de vista-, se considera justificada en aplicación de la norma constitucional de proporcionalidad.

CONSULTA
EXP. N° 13825 - 2015
DEL SANTA

DÉCIMO QUINTO: ¿Se justifica constitucionalmente, en el caso de autos, la intervención del órgano jurisdiccional de inaplicar el artículo 57° inciso 3 del Código Penal? En ese escenario, examinando los hechos acontecidos y el derecho aplicado por la instancia superior, resulta menester efectuar el respectivo estudio del test de proporcionalidad, a efecto de establecer si la intervención de los órganos jurisdiccionales se ajusta a los requerimientos de proporcionalidad, que exige la última parte del artículo 200° de nuestra Norma Constitucional, así como 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; al respecto, se tiene que la norma penal inaplicada, en virtud de la cual se restringe el derecho del condenado a obtener una suspensión de la pena impuesta, tiene como finalidad la de impedir que quienes son reincidentes o habituales, por su peligrosidad y riesgo a la seguridad ciudadana, circulen por las calles o entre las personas poniendo en riesgo la seguridad e integridad física o moral, o el patrimonio de éstas; por lo que al privársele de su libertad se aseguraría tranquilidad ciudadana, y se permitiría –en abstracto- una resocialización del condenado; 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 hija para su manutención; resultaría contrario al propósito de la propia sanción penal impuesta; por el contrario se pondría en riesgo la integridad de la menor hija del condenado, quien se vería privada de la posibilidad de contar con medios que le permitan su alimentación; es notorio que la pena privativa de libertad efectiva de por sí conllevaría en autos a que el imputado se encuentre limitado de seguir con el cumplimiento de su obligación alimentaria a favor de los agraviados, lo que conduce a que el medio o la pena citada como efectiva no fomentaría el cumplimiento del objetivo o lo que se pretende tutelar, de lo que se colige que –como lo ha determinado el *Ad quem*- 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



CONSULTA
EXP. N° 13825 - 2015
DEL SANTA

justificada la inaplicación de la norma penal sub análisis; no obstante el análisis de los 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 existe 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.

DÉCIMO SEXTO: 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 *sub litis*, 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.

DÉCIMO SÉPTIMO: En tal sentido, al advertirse que la antinomia se presenta entre una norma de carácter legal y otra de carácter constitucional, debe



CONSULTA
EXP. N° 13825 - 2015
DEL SANTA

inaplicarse la primera y preferirse esta última, corresponde aprobar la consulta formulada.

Por estas consideraciones: **APROBARON** la sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Santa, mediante resolución número trece, de fecha cinco de agosto de dos mil quince, obrante a fojas doscientos catorce, que **INAPLICA** al caso concreto el inciso 3 del artículo 57° del Código Penal; en los seguidos por Gianella Arline Pérez Vilchez y otra contra Roberto Vicente Pérez Díaz, sobre Omisión a la Asistencia Familiar; y los devolvieron. **Juez Supremo Ponente: Lama More.-**

S.S.

WALDE JÁUREGUI

LAMA MORE

VINATEA MEDINA

RUEDA FERNÁNDEZ

TOLEDO TORIBIO

Pta/Oaa

Dr. PÉDRO FRANCIA JULCA
SECRETARIO
Sala de Derecho Constitucional y Social
Permanente de la Corte Suprema
de Justicia de la República

25 OCT. 2016