

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N°14700- 2019
HUAURA

Lima, once de julio de
dos mil diecinueve

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

I. OBJETO DE LA CONSULTA:

Es objeto de consulta la sentencia de fecha doce de abril de dos mil diecinueve, expedida por el Primer Juzgado Penal Unipersonal para Delitos de Flagrancia, Omisión a la Asistencia Familiar y Conducción de Vehículo en Estado de Ebriedad de Huaral, de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que aprobó el acuerdo celebrado entre el acusado, su abogado defensor y el representante del Ministerio Público; en consecuencia, condenó a César Luis Toledo Soriano como autor del delito contra la familia, en modalidad de omisión a la asistencia familiar, en agravio de Álvaro César Toledo Escalante a la pena privativa de libertad de tres años y seis meses, suspendidas en su ejecución por tres años, sujeto a reglas de conducta; se fijó por concepto de reparación civil la suma de cuatro mil setecientos setenta soles; **inaplicó en el presente caso el inciso 3 del artículo 57 del Código Penal por incompatibilidad constitucional con el artículo 3 de la Constitución Política del Estado –derecho al interés superior del niño–**; con lo demás que contiene.

II. ANTECEDENTES PRINCIPALES DEL PROCESO:

2.1. En el requerimiento de incoación del proceso inmediato –fojas uno–, de fecha quince de noviembre de dos mil dieciocho del acompañado, se imputa al procesado César Luis Toledo Soriano haber causado grave perjuicio moral y económico al agraviado Álvaro César Toledo Escalante, toda vez que a la fecha adeudaría la liquidación de pensiones devengadas de fecha dieciséis

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N°14700- 2019
HUAURA

de junio de dos mil diecisiete, por la suma de cuatro mil doscientos cincuenta soles, la misma que fue aprobada y requerida para su pago mediante la resolución número setenta, de fecha siete de julio de dos mil diecisiete, conteniendo el apercibimiento de ser denunciado por delito de Omisión de Asistencia Familiar, en caso de incumplimiento; dicho requerimiento, al cual también hizo caso omiso a pesar de encontrarse debidamente notificado conforme al cargo de la cédula de notificación N° 6 1968-2017-JP-FC, y su respectivo aviso judicial, a través de la resolución número setenta, de fecha siete de julio de dos mil diecisiete -JP-FC. Tales hechos se subsumen en el delito de omisión a la asistencia familiar, en la modalidad de incumplimiento de la obligación alimentaria, previsto en el primer párrafo del artículo 149 del Código Penal.

2.2. Mediante el acta de registro de audiencia única de incoación de proceso inmediato, obrante a fojas veintiséis, de fecha ocho de marzo de dos mil diecinueve, se resolvió instaurarse el proceso inmediato contra Toledo Soriano por la comisión del delito contra la familia, en la modalidad de Omisión a la Asistencia Familiar, en agravio de Álvaro César Toledo Escalante; dictaron la medida de comparecencia simple contra el referido imputado; con lo demás que contiene.

2.3 En ese orden, posteriormente, se emitió el requerimiento de acusación, obrante a fojas treinta, mediante el cual el representante del Ministerio Público acusa al referido procesado por el delito antes indicado, solicitando cuatro años de pena privativa de libertad, y como concepto de pago de la reparación civil la suma de cuatro mil doscientos cincuenta soles correspondientes al periodo del veintiséis de diciembre de dos mil quince al veinticinco de mayo de dos mil diecisiete, al considerar que: el acusado

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N°14700- 2019
HUAURA

cuenta con antecedentes penales contenido en el certificado judicial de antecedentes penales N° 3415859, de fecha quince de noviembre de dos mil dieciocho, corroborando que cuenta con tres sentencias por el delito de omisión a la asistencia familiar en los expedientes N° 728-2014, donde fue sentenciado a cuatro años de pena privativa de libertad condicional rigiendo desde el diecisiete de febrero de dos mil quince; N° 3888-2015, fue sentenciado a tres años y seis meses de pena privativa de la libertad condicional rigiendo desde el trece de julio de dos mil diecisiete y N° 3044-2017, donde fue sentenciado a dos años y siete meses de pena privativa de libertad condicional rigiendo desde el veintiséis de marzo de dos mil dieciocho, siendo que dichas sanciones estaban vigentes al momento de configurarse los hechos materia de esta investigación; por estas razones el referido procesado tiene la condición de habitual, conforme lo prevé el artículo 46-C, siendo esto una circunstancias agravante cualificada.

2.4 Mediante sentencia de fecha doce de abril de dos mil diecisiete, obrante a fojas doce del principal, el procesado Toledo Soriano, acepto los hechos y el pago de la reparación civil, por lo que se le impone al referido procesado una pena privativa de libertad de tres años y seis meses, suspendidas en su ejecución por tres años, sujetos a reglas de conducta; se fijó por concepto de reparación civil la suma de cuatro mil setecientos setenta soles; **inaplicó en el presente caso el inciso 3 del artículo 57 del Código Penal por incompatibilidad constitucional con el artículo 3 de la Constitución Política del Estado – derecho al interés superior del niño–;** con lo demás que contiene.

CONSULTA
EXPEDIENTE N°14700- 2019
HUAURA

III. SOBRE EL CONTROL CONSTITUCIONAL

3.1 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.

3.2 El artículo 138, segundo párrafo de la Constitución Política del Perú, sin importar jerarquías de los órganos jurisdiccionales, encarga a los jueces el respeto a los principios de supremacía de la Constitución y también de jerarquía de las normas. En otras palabras dicho control constituye a los órganos jurisdiccionales en los principales controladores de la legalidad constitucional, debiendo aplicarse dicha facultad solo cuando existe un conflicto real y concreto de intereses en el que debe discernirse la compatibilidad o incompatibilidad constitucional de una norma inferior; pero además, constituye un mecanismo idóneo de control de 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.

3.3 El artículo 14, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que cuando los jueces al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualesquiera clase de procesos o especialidad, encuentre que hay incompatibilidad en su interpretación, de un precepto constitucional y otro con rango de ley, resolverán la causa con

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N°14700- 2019
HUAURA

arreglo al primero, en cuyo caso las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema. Norma que debe ser concordada con el primer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que desarrolla los alcances del control judicial de constitucionalidad llamado también control difuso¹ 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"*.

3.4 Por su parte el Tribunal Constitucional ha fijado los presupuestos que deben tener en cuenta los jueces cuando inapliquen las normas legales por ser incompatibles con las normas constitucionales. Por citar un ejemplo, en el caso Gamero Valdivia, Expediente N° 1109-2002-AA/TC, sentencia del seis de agosto de dos mil, dejó establecido que: *"6. (...) 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*

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

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°14700- 2019
HUAURA**

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”². (Palabra y consonantes destacadas que no aparecen en el original). La disposición bajo comentario establece los márgenes dentro de los cuales el juez puede ejercer la facultad de inaplicar una norma por ser incompatible con la Constitución. El control de constitucionalidad se ejercita con el único propósito de resolver una “controversia”, concepto que según Edgar Carpio no puede entenderse de manera restringida, en el sentido de comprender solo a los conflictos intersubjetivos surgidos al amparo del derecho privado, sino que involucra la solución de cualquier caso concreto penal, administrativo, constitucional, etc.³

3.5 Asimismo, esta Suprema Sala con fecha dieciséis de agosto de dos mil dieciséis ha emitido pronunciamiento respecto de la **Consulta N°1618-2016-LIMA NORTE**, estableciendo que los fundamentos de su segundo considerando constituye **doctrina jurisprudencial vinculante**; en el cual se precisó que: *“2.2.3. El control difuso conlleva una labor compleja que ineludiblemente debe ser observada por los jueces y traducida en la motivación de la decisión judicial, en tanto garantiza que están actuando conforme a los fines de preservar la supremacía de la norma constitucional, que no están vulnerando la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, no están actuando contra el ordenamiento jurídico, ni utilizando el control difuso para fines distintos a los permitidos.”* Y en el fundamento 2.5 ha enfatizado las siguientes **reglas para el ejercicio del control difuso**

² Confrontar además las sentencias recaídas en los Expedientes N°s. 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

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

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N°14700- 2019
HUAURA

judicial: *“i. Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales (...). ii. Realizar el juicio de relevancia, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso,(...) iii. Identificada la norma del caso, el juez debe efectuar una **labor interpretativa exhaustiva** distinguiendo entre disposición y norma;(…). iv. En esencia el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la inaplicación al caso particular, es exigencia ineludible iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia, examinando si la medida legal en cuestión, supera el examen de idoneidad (...), el examen de necesidad (...) y el examen de proporcionalidad en sentido estricto (...).”* Reglas que, en el presente caso, son valoradas por esta Sala Suprema al momento analizar el ejercicio de control difuso realizado por el Quinto Juzgado Especialidad de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque en la sentencia elevada en consulta.

3.6 De otro lado, esta Suprema Sala en la resolución dictada el veintidós de julio de dos mil catorce en la Consulta N°17151-20 13 - cuarto considerando - indicó que *“(…) la inaplicación de una norma legal, que se interpreta contraria a la Constitución Política del Estado, constituye una prerrogativa jurisdiccional de última ratio, por ésta razón no puede ser invocada a menudo en la actividad jurisdiccional; sino por el contrario, atendiendo a la trascendencia que ésta decisión implica, el juzgador deberá tener en cuenta, en principio, todas las leyes expedidas por el Congreso de la República, por el sólo 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*

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N°14700- 2019
HUAURA

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”.

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA

4.1 “Cabe señalar que el Juzgado Penal Unipersonal de Proceso Inmediato para delitos de Flagrancia de Huaral, al emitir la sentencia de fecha doce de abril de dos mil diecinueve –objeto de la presente consulta–, **inaplicó en el presente caso el inciso 3 del artículo 57 del Código Penal por incompatibilidad constitucional con el artículo 3 de la Constitución Política del Estado –derecho al interés superior del niño, sin embargo, esta Sala Suprema advierte que el Juez yerra en la parte resolutive de la presente resolución, materia de consulta, pues es el artículo 4 de la Carta Magna es el que debe primar –;** con lo demás que contiene; siendo que el artículo 57, inciso 3, del Código Penal, prevé:

“Con relación a que se propone una pena con el carácter de suspendida en su ejecución, ante ello es preciso tener en cuenta lo que dispone el artículo 57 del Código Penal, modificado por la Ley N° 30076, el mismo que contempla “El juez podrá suspender la ejecución de la pena siempre que reúna los requisitos siguientes: (...) **c) Que no tenga la condición de reincidente ni habitual**”, en el presente caso, **conforme se ha precisado que el procesado Toledo Soriano tiene la condición de habitual.**

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N°14700- 2019
HUAURA

4.2 No obstante, el juez inaplica, en el presente caso, el artículo descrito líneas arriba, por las siguientes razones:

- En caso *sub examine* al procesado Toledo Soriano se le imputa el delito de omisión a la asistencia familiar, esto es el incumplimiento de las pensiones de alimentos en agravio de un menor de edad, es evidente que el agente tiene la condición de habitual, por tanto le correspondería una pena con carácter de efectiva y no condicional, conforme lo previsto en el artículo 57, inciso 3, del Código Penal.
- Sin embargo, existe un riesgo que si el acusado cumpla con pena efectiva se limiten las posibilidades de que continúe cumpliendo sus pensiones alimentarias, si bien a veces tardíamente, pero cumple; en ese sentido, si el procesado admitió los cargos, se ha sometido a una salida alternativa y el Ministerio Público propuso una pena condicional; advirtiéndose que dicha norma no supera el principio de idoneidad que se quiere titular colisionando con lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política del Estado, esto es el interés superior del niño.
- Asimismo, tampoco dicho artículo no supera el principio de necesidad, por existir una medida menos gravosa como la aplicación de la pena condicional, norma que colisiona con el artículo 4 de la Constitución Política del Estado y el principio del interés superior de niño.
- En caso contrario, si se le aplicara al procesado una pena efectiva no podría este seguir cumpliendo con sus obligaciones alimentarias que tiene incluso las futuras, por lo que la aplicación del artículo 57 inciso 3 del Código Penal no fomentaría el cumplimiento de lo que se pretende tutelar, por lo que se justifica la inaplicación de dicha norma al no superar el test de necesidad, al tener otras medidas que pueden lograr los objetivos, ello además en atención al principio de proporcionalidad

CONSULTA
EXPEDIENTE N°14700- 2019
HUAURA

teniendo otras salidas más eficientes que la pena efectiva, no superando el test de proporcionalidad.

4.3 Lo reseñado precedentemente, cabe señalar que el derecho-principio del interés superior del niño, está previsto en los siguientes instrumentos normativos nacionales e internacionales, así como en la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

▪ La Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita por el Perú el año mil novecientos noventa, reconoce al niño como sujeto de derechos al definirlo según sus atributos y sus derechos ante el Estado, la sociedad y la familia. En su artículo 3 señala:

- 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*
- 2. Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.*
- 3. Los Estados partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así*

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N°14700- 2019
HUAURA

*como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.
(Énfasis agregado).*

Aquí cabe mencionar que la Convención sobre los Derechos del Niño precisa que “[se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad (...)]”.

La Declaración de los Derechos del Niño señala en sus principios 7 y 8 que: “El interés superior del niño deber ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres”, pues “El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro”.

- En esta línea normativa es relevante subrayar que corresponderá a los Estados velar porque en cualquier medida adoptada por instituciones públicas o privadas relativas a los niños, así como en cualquier controversia en la que se vea involucrado, sea imperativo tener como premisa de acción la atención prioritaria al interés superior del niño.
- La Constitución Política de Perú señala en su artículo 4º que “[la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)]”. La tutela permanente que con esta disposición se reconoce tiene una base justa en el interés superior del niño y del adolescente, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, precisándose que en toda medida concerniente al niño y al

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N°14700- 2019
HUAURA

adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo y Ministerio Público, entre otros, se considerará prioritario el principio del interés superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

Por tanto, el fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución otorga radica en la especial situación en que dichos menores de edad se encuentran, es decir, en plena etapa de formación integral, en tanto personas (Cfr. [3330-2004-AA/TC](#), caso *Ludesminio Loja Mori*). Se debe indicar que el artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes precisa que se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad, y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad. Por tanto, entendemos que cuando los instrumentos internacionales aluden al niño como sujeto de derechos (párrafo final del Fundamento Jurídico 8), para nuestra legislación nacional comprende tanto a los niños como a los adolescentes, resultando que en nuestro caso las menores favorecidas son *niñas* (Fundamento Jurídico 1).

- En esta línea, el Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca del interés superior del niño en la sentencia recaída en el Expediente N° 06165-2005-HC/TC (Fundamento Jurídico 14), en la que precisó la responsabilidad de la salvaguardia del principio del interés superior de los niños y adolescentes, y su percepción al señalar:

“La tutela que ha sido prevista en la Norma Fundamental es permanente, pero como se ha ido estableciendo, la responsabilidad no sólo es del Estado, pese a que siempre los reclamos son dirigidos a éste, sino de la comunidad toda.

CONSULTA
EXPEDIENTE N°14700- 2019
HUAURA

Entonces, por más que se reconozca una protección superlativa a los niños y adolescentes (...), ello no es óbice para que este Colegiado acepte y apoye cualquier tipo de actividad que se realice para con ellos” (énfasis agregado).

4.4 En consecuencia, el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no sólo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente.

4.5 En suma, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos. Es en este sentido, que el análisis de una controversia constitucional de los derechos del niño debe realizarse a la luz del interés superior del niño y del adolescente, principio investido de fuerza normativa que en el presente caso debe ser concebido como vértice de interpretación de los derechos (de las menores favorecidas) materia de la

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N°14700- 2019
HUAURA

controversia constitucional que nos ocupa (véase EXP. N° 02079-2009-PHC/TC, fundamento jurídico 13).

4.6 En el presente caso, 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 hijo para su manutención; resultaría contrario 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 privado 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

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N°14700- 2019
HUAURA

cumplimiento de su obligación alimentaria a favor del agraviado, 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 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 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 afectando el interés superior del niño que propugna la Constitución.

4.7 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

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N°14700- 2019
HUAURA

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, sin embargo esta Sala Suprema advierte que el Juez yerra en la parte resolutive de la presente resolución, materia de consulta, pues es el artículo 4 de la Carta Magna es el que debe primar –, 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.

V. DECISIÓN:

Por estas consideraciones, **APROBARON** la sentencia consultada de fecha doce de abril de dos mil diecinueve, expedida por el Primer Juzgado Penal Unipersonal para Delitos de Flagrancia, Omisión a la Asistencia Familiar y Conducción de Vehículo en Estado de Ebriedad de Huaral, de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que aprobó el acuerdo celebrado entre el acusado, su abogado defensor y el representante del Ministerio Público; en consecuencia, condenó a César Luis Toledo Soriano como autor del delito contra la familia, en modalidad de Omisión a la Asistencia Familiar, en agravio de Álvaro César Toledo Escalante a la pena privativa de libertad de tres años y seis meses, suspendidas en su ejecución por tres años, sujeto a reglas de conducta; se fijó por concepto de reparación civil la suma de cuatro mil setecientos setenta soles; **inaplicó en el presente caso el inciso 3 del artículo 57 del Código Penal por incompatibilidad constitucional con el artículo 3 de la Constitución Política del Estado -derecho al interés superior del niño; sin embargo, esta Sala Suprema advierte que el Juez yerra en la parte resolutive de la resolución materia de consulta, pues**

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N°14700- 2019
HUAURA

es el artículo 4 de la Carta Magna el que debe primar –; con lo demás que contiene, y los devolvieron.- Interviene como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

S.S.

PARIONA PASTRANA

ARIAS LAZARTE

RUEDA FERNÁNDEZ

TOLEDO TORIBIO

BUSTAMANTE ZEGARRA

Mceb/cda