

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28887-2022
HUAURA**

Lima, veintidós de mayo
de dos mil veintitrés

I. VISTOS:

El expediente judicial digital, y el cuaderno formado en esta Sala Suprema.

II. ANTECEDENTES:

❖ **Materia de consulta**

Es materia de consulta la **inaplicación** del inciso 3 del artículo 57 del Código Penal, por ser, a juicio del juez que ejerció control difuso, incompatible con el artículo 4 de la Constitución vigente, realizada en la sentencia signada con número de resolución siete, de fecha veintiuno de junio de dos mil veintidós.

1. Audiencia única de proceso inmediato

Del registro de audiencia única de juicio inmediato, se tiene que con fecha veintiuno de junio de dos mil veintidós se instaló la audiencia en la que el acusado, Luis Alberto Poma Pilar, admitió su responsabilidad por el delito contra la familia en la modalidad de Omisión a la Asistencia Familiar, delito previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo 149 del Código Penal.

2. Fundamentos de la sentencia de conformidad

Se desprende de la sentencia de conformidad contenida en la resolución número siete, de fecha veintiuno de junio del año dos mil veintidós, emitida por el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Proceso Inmediato para Delito de Flagrancia, Omisión a la Asistencia Familiar y Conducción en Estado de Ebriedad de Huaral de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que aprobó el control difuso sobre la base de los siguientes fundamentos:

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28887-2022
HUAURA**

- Indica que la aplicación del inciso 3 del artículo 57 del Código Penal colisiona con lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución que resguarda el interés superior del niño, en tanto, la imposición de una pena efectiva no resultaría idónea por que el sentenciado privado de su libertad estaría impedido de buscar recursos económicos que le permitan cumplir con sus obligaciones.
- El inciso 3 del artículo 57 del Código Penal no fomenta el cumplimiento de lo que se pretende tutelar.

III. CONSIDERANDO:

PRIMERO: De la cuestión fáctica en concreto

Dado que el control difuso se realiza en concreto y no en abstracto, resulta relevante determinar cuáles han sido los hechos fijados por el juzgador para subsumirla a la norma correspondiente, y luego establecer si dicha norma transgrede la Constitución, para poder ser inaplicada. Al respecto, tenemos los siguientes hechos relevantes:

- El acusado tiene a su cargo dos alimentistas.
- Del Certificado de Antecedentes Penales N° 4158240 que obra en el requerimiento de acusación, el imputado Luis Alberto Poma Pilar registra sentencias por delito de incumplimiento de obligación alimentaria: Expediente N° 1848-2018 (trece de noviembre de dos mil dieciocho), Expediente N° 2975-2019 (veintiocho de enero de dos mil veinte), Expediente N° 2853-2015 (dos de mayo de dos mil diecisiete).

SEGUNDO: De la norma presuntamente contraria a la Constitución

El Juez ha ejercido el control constitucional difuso respecto de la siguiente norma:

Código Penal

Artículo 57.- Requisitos

El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes:

- 1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.*
- 2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan*

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28887-2022
HUAURA

inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación.

3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.

El plazo de suspensión es de uno a tres años. (...)"

TERCERO: Norma constitucional presuntamente vulnerada

Según el Juez que ha ejercido el control constitucional difuso existe incompatibilidad con la siguiente norma constitucional:

Constitución 1993

Artículo 4º: - *La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.*

CUARTO: Del mecanismo procesal de la consulta

En reiteradas sentencias, la Corte Suprema ha afirmado que el mecanismo procesal de la consulta opera como una suerte de garantía procesal, que tiene como fin último que la resolución emitida por el órgano jurisdiccional sea acorde a la Constitución, y que la medida correctiva de inaplicación de la norma al caso concreto sea la más adecuada y pertinente desde una mirada constitucional. En ese sentido, se entiende que la consulta tiene por finalidad asegurar el interés de la ley, teniendo en cuenta que se trata de un mecanismo procesal que busca verificar el control de legalidad de la resolución por haberse contrastado con el texto constitucional, lo que permite al máximo intérprete jurisdiccional asegurar la correcta interpretación y aplicación de la ley dentro del marco de la Constitución.

En nuestro sistema jurídico, el mecanismo procesal de la consulta opera por mandato legal, conforme ha sido previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código Procesal Constitucional; siendo que corresponde a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema validar el ejercicio del control difuso realizado por el juez, en todos

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28887-2022
HUAURA**

sus niveles; de allí su importancia como mecanismo procesal que busca consolidar el ordenamiento jurídico observado desde la Constitución y el caso concreto.

Durante los últimos años nuestra jurisprudencia ha venido asentando el criterio de limitar el conocimiento de la consulta por parte de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República cuando exista doble conforme; al respecto, debe precisarse que la jurisprudencia de la Corte Suprema no ha sido uniforme respecto de dicho tema pues ha tenido dos criterios claramente marcados: Por un lado, en algunos casos como las resoluciones recaídas en los Expedientes N.ºs 966-2006/Arequipa, 1288-2009/Lima, 1593-2007/Lima, 1618-2004/Lima, entre otros, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema se pronunció declarando nula la elevación en consulta en razón de la existencia de doble conforme; y por otro lado, a pesar de existir doble conforme, se pronunció sobre el fondo de la sentencia en consulta, sin haber declarado nula la resolución que dispuso la elevación de los actuados en consulta, como es de verse de las resoluciones recaídas en los Expedientes N.ºs 2133-2005/Chincha, 3818-2009/Lima, 3311-2010/Lima, 2618-2011/Lima, 9214-2015/Lima, 17741-2017/Lima.

Al respecto, es necesario indicar que nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto al sistema judicial, contempla un esquema jerarquizado, cuya estructura consta de diversos niveles, según se determina en el artículo 26 del Texto Único Ordenado de Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por el Decreto Supremo N°017-93-JUS:

- La Corte Suprema de Justicia de la República
- Las Cortes Superiores de Justicia, integradas por Jueces Superiores
- Los Juzgados Especializados y Mixtos
- Los Juzgados de Paz Letrados
- Los Juzgados de Paz.

Con relación al control constitucional difuso, debe señalarse que en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se establece que en todo tipo de procesos en los que los jueces ejerzan control constitucional difuso por existir incompatibilidad entre la norma aplicable al caso concreto y la Constitución, estos elevarán en consulta

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28887-2022
HUAURA**

dicha sentencia, siempre que la misma no hubiese sido impugnada. Tal criterio también se aplica a las sentencias de segunda instancia que calcen dentro de este precepto.

De igual forma, de conformidad con el artículo 408 del Código Procesal Civil, en todos los casos de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, se debe preferir la primera, es decir, proceder a ejercer el control difuso, y elevarse los actuados en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República.

El Código Procesal Civil, al regular el procedimiento de la consulta, no hace referencia al control constitucional difuso que ejercen los Jueces de Paz y Paz Letrado, solo se refiere a la consulta en el caso de determinadas resoluciones de primera instancia que no fueran apeladas, y de segunda instancia cuando no sean recurridas en casación; no obstante, se entiende que cuando los Jueces de Paz y Paz Letrado ejerzan control constitucional difuso respecto de una ley, sus pronunciamientos también deben ser elevados en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.

Por lo tanto, puede aseverarse que la premisa general es que el ejercicio del control constitucional difuso, por mandato legal, tiene que ser aprobado o validado, lo que se realiza a través del mecanismo procesal de la consulta. También se puede afirmar que, por disposición de la ley, la consulta debe proceder en todos los procesos y especialidades de manera obligatoria, por lo que, de las normas mencionadas se desprende que es la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República el órgano jurisdiccional que debe conocer en última instancia el ejercicio del control difuso, a través de este mecanismo procesal.

Es así que la mencionada Sala Suprema es la instancia correspondiente para determinar y analizar el ejercicio del control difuso, incluso cuando exista doble conforme en niveles inferiores, en primer término, porque la norma así lo dispone; y en segundo lugar, porque el recurso de apelación a que se refiere la norma debe entenderse para la Sala Superior, en todos los demás grados o instancias deberán

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28887-2022
HUAURA**

ser elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema; además, porque conceptualmente la consulta ha sido diseñada para que una máxima instancia pueda ejercer el control de legalidad, de tal forma que permita salvaguardar la Constitución y los derechos fundamentales.

QUINTO: Del control constitucional difuso

5.1. Alcances generales

El control constitucional difuso se encuentra regulado en nuestra legislación en el artículo 138 de nuestra Constitución, concordante con el artículo 51 de la misma, que está referido a la supremacía de la Constitución frente a cualquier otra norma. De otro lado, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su numeral 14, regula el control difuso de la Constitución, pero no solamente enuncia el principio, sino que también establece la forma cómo se ejerce. La esencia del método difuso de control de constitucionalidad radica en la noción de supremacía constitucional y en su efectiva garantía, en el sentido de que, si hay actos contrarios con la Constitución, ellos son nulos y como tales tienen que ser considerados y rechazados por los jueces, quienes son, precisamente, los llamados a aplicar las leyes.

El control constitucional difuso no es una institución jurídica propia de nuestro sistema, esta aparece notoriamente en los Estados Unidos de América en el año mil ochocientos tres, con la sentencia expedida por la Corte Suprema de dicho país en el proceso judicial Marbury versus Madison, bajo el sustento de la supremacía constitucional; de dicho pronunciamiento se desprenden dos premisas de suma importancia para el estudio del control constitucional: la primera está referida a que la Constitución es la norma fundamental y suprema de una Nación; y la segunda, a la nulidad de una norma que se dice contraria a la Constitución; de allí es que nace la facultad de los jueces de inaplicar una norma legal que contravenga a la norma constitucional.

El Tribunal Constitucional peruano ha venido reafirmando que el ejercicio del control constitucional difuso corresponde a todos los jueces de la república como un poder-deber, por lo que resulta imperativo y obligatorio que el Juez, en cada caso concreto,

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28887-2022
HUAURA**

analice la constitucionalidad de la ley que va aplicar, conforme se advierte de la sentencia recaída en el Expediente N° 1679-2005-PA/TC [fundamento 2]: “(...) *El control difuso de constitucionalidad de las leyes es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar inaplicable una ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que la ley resulta manifiestamente incompatible con la Constitución. El control difuso es, entonces, un poder-deber del juez consustancial a la Constitución del Estado democrático y social de derecho. Conviene siempre recalcar que la Constitución es una auténtica norma jurídica, la Ley Fundamental de la Sociedad y del Estado, y un derecho directamente aplicable (...)*”.

En esa misma línea, en la sentencia recaída en el Expediente N° 1680-2005-PA/TC-LIMA, el Tribunal Constitucional, citando la anotada sentencia del caso *Marbury versus Madison*, indicó lo siguiente [fundamento 2]: “*El poder de interpretar la ley (...), necesariamente implica el poder de determinar si una ley es conforme con la Constitución. En cualquier causa que involucre dos leyes en conflicto, el juez debe decidir cuál es la que debe regir. Así, si una ley está en oposición con la Constitución, si la ley y la Constitución son ambas aplicables a un caso particular, de manera que la Corte deba decidir esa causa conforme a la ley, sin atender a la Constitución, o conforme a la Constitución, sin atender a la ley; la Corte debe determinar cuál de estas normas en conflicto rige en el caso. Esto es de la misma esencia de los deberes judiciales*”.

En ese sentido, el contexto normativo del control constitucional en nuestro sistema jurídico permite concluir que el control difuso de la constitucionalidad de las leyes es competencia de cualquier órgano jurisdiccional, sin importar la especialidad ni grado, confiándole a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia la tarea de evaluar si este ejercicio jurisdiccional resulta constitucionalmente válido o no. De este modo, será la máxima instancia judicial en materia constitucional la que apruebe o desapruebe el ejercicio del control difuso; con la importante labor de, en primer lugar, analizar lo resuelto por un juez, no necesariamente especialista en materia constitucional; y en segundo lugar, uniformar y fijar criterios respecto de las demás instancias en los asuntos de su competencia.

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28887-2022
HUAURA**

5.2. Marco jurídico del control constitucional difuso

En nuestro ordenamiento jurídico, el ejercicio del control difuso se encuentra regulado normativamente en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política del Estado, en los términos siguientes:

“Administración de Justicia. Control difuso.

Artículo 138.- (...)

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

Asimismo, el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 017-93-JUS, establece un mecanismo de control de la actividad de los jueces cuando apliquen el control difuso en la resolución de los procesos sometidos a su conocimiento, habiendo señalado en su primer y segundo párrafo lo siguiente:

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

Artículo 14.- De conformidad con el Art. 236° de la Constitución¹, 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.

(...)”.

De igual forma, en el primer párrafo del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se ha regulado el control constitucional en el siguiente sentido:

“Artículo VII. - Control Difuso e Interpretación Constitucional

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
(...)”.

¹. La referencia a la Constitución de 1979 debe ser entendida como hecha al artículo 138° de la Constitución Política vigente.

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28887-2022
HUAURA**

5.3. Algunas reglas sobre el ejercicio del control constitucional difuso

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 1680-2005-PA/TC-LIMA, ha afirmado que el ejercicio del control constitucional difuso es un deber del juez, y que por tanto la necesidad de interpretar la ley con arreglo a la Constitución no solo se presenta como una exigencia lógica y consustancial al carácter normativo de la Ley Fundamental, que de esta manera exige que el derecho infraordenado se aplique siempre en armonía con ella; sino también como un límite al ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes, que demanda que los jueces de toda sede y grado procuren hasta donde sea razonablemente permisible, una interpretación de la ley que armonice con la Constitución.

Desde que se legisló el control constitucional difuso, ya sea legal (Código Civil de mil novecientos treinta y seis) o constitucional (Constitución de mil novecientos setenta y nueve), no existen reglas procedimentales claras; por ello, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 1680-2005-PA/TC-LIMA, de fecha once de mayo de dos mil cinco, ha señalado algunas reglas sobre el particular, estableciendo sus límites conforme se detalla a continuación:

*"5. A) Por un lado, el control de constitucionalidad **se realiza en el seno de un caso judicial**, esto es, luego del planteamiento de un problema jurídicamente relevante que se haya sometido al juez para su dirimencia. El ejercicio de esta delicada competencia efectivamente no puede realizarse fuera del ejercicio de lo que es propio de la función jurisdiccional, pues los tribunales de justicia no son órganos que absuelvan opiniones consultivas en torno a la validez de las leyes. Tampoco órganos que resuelvan casos simulados o hipotéticos, ni entes académicos que se pronuncien sobre el modo constitucionalmente adecuado de entender el sentido y los alcances de las leyes.*

*6. B) En segundo lugar, el control de constitucionalidad solo podrá practicarse siempre que la ley de cuya validez se duda **sea relevante para resolver la controversia sometida al juez**. En ese sentido, el juez solo estará en actitud de declarar su invalidez cuando la ley se encuentra directamente relacionada con la solución del caso, término este último que no puede entenderse como circunscrito solo a la pretensión principal, sino que comprende, incluso, a las pretensiones accesorias que se promuevan en la demanda o se establezcan en la ley.*

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28887-2022
HUAURA

El juicio de relevancia que subyace al ejercicio válido del control de constitucionalidad no solo tiene el propósito de recordar el carácter jurídico del control de constitucionalidad de las leyes, sino también de erigirse como un límite a su ejercicio mismo, puesto que, como antes se ha recordado, en los procesos de la libertad está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes (nemo iudex sine actor).

7. C) En tercer lugar, y directamente relacionado con el requisito anterior, es preciso que quien plantee al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley **acredite que su aplicación le ha causado o pueda causarle un agravio directo**, pues, de otro modo, el juez estaría resolviendo un caso abstracto, hipotético o ficticio. (...)

8. D) Finalmente, el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes **tampoco puede realizarse respecto de leyes o normas con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por este Tribunal** en el seno de un control abstracto de constitucionalidad. Tal límite tiene el propósito de poner en evidencia que, si bien este Tribunal no tiene el monopolio del control de constitucionalidad, pues su 'cuidado' es una tarea que compete a la sociedad abierta de los intérpretes jurisdiccionales de la Constitución, en este Tribunal en el que la Constitución ha confiado su custodia 'especializada'(...)" (resaltado agregado).

Además, se han fijado excepciones a las reglas antes señalada, en el siguiente sentido:

"9.(...) expuestos los alcances de este último límite al ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes, este Tribunal tiene que advertir que, como toda regla, esta tiene sus excepciones; a saber:

(i) En primer término, la restricción de efectuar el control de constitucionalidad respecto de una ley cuya validez fue confirmada por este Tribunal, no rige en todos aquellos casos en los que la ley, posteriormente, haya sido declarada nula o sin efectos jurídicos, por su manifiesta incompatibilidad con un tratado sobre derechos humanos, por un Tribunal Internacional de Justicia en materia de derechos humanos, al cual el Estado peruano se encuentre sometido a su competencia contenciosa.

Ese es el caso, por ejemplo, de las Leyes de Amnistía N° 26479 y 26492, que fueron consideradas incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia Caso Barrios Altos, del 18 de septiembre de 2003 (Cf. STC 0275-2005-PH/TC).

*(ii) En segundo lugar, el juez podrá realizar el control judicial de constitucionalidad de una ley en todos aquellos casos en los que, tras el pronunciamiento de este Tribunal declarando en abstracto la validez constitucional de una ley, **sin embargo, advirtiese***

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28887-2022
HUAURA**

que su aplicación en un caso dado y bajo circunstancias concretas, podría resultar inconstitucional.

Así se sostuvo en las STC N°s. 0009-2001-AI/TC, 0010-2002-AI/TC, 0004-2004-AI/TC, entre otras, donde si bien no se invalidó en abstracto una ley, este Tribunal delegó en el juez ordinario realizar el balancing, precisando que su aplicación podría poner en riesgo determinados bienes constitucionalmente protegidos.

(iii) Por último, cuando pese a la existencia de un pronunciamiento de este Tribunal declarando la validez constitucional de una ley determinada, el Congreso posteriormente modifica la Constitución –respetando los límites formales y materiales a los que está sujeto el poder de la reforma constitucional–, dando lugar a un supuesto de inconstitucionalidad sobreviniente de la ley (Cf. STC N.° 0014-2003-AI/TC y STC N.° 0050-2004-AI/TC)".

Asimismo, el Tribunal Constitucional reafirma en la sentencia recaída en el Expediente 02132-2008-PA/TC – de fecha nueve de agosto de dos mil once, que el control difuso es un poder-deber del juez consustancial a la Constitución del Estado Democrático y Social de Derecho. En dicha sentencia establece criterios que debería seguirse para proceder al control judicial difuso de constitucionalidad de normas legales, dichas reglas son las siguientes:

“...

A) Verificación de la existencia de una norma autoaplicativa o que el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional

18. Debe verificarse si en el caso judicial se aplica o amenaza aplicar (Art. 3° CPCons) una norma legal autoaplicativa, es decir aquella cuya aplicabilidad, una vez que ha entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada (Cfr. Exp. N.° 04677-2004-AA/TC, fundamento 3 y ss.), o de ser el caso verificarse si en el acto o norma infralegal cuestionados en el proceso judicial se ha aplicado la norma legal que se acusa de inconstitucional.

B) Relevancia del control de la ley respecto de la solución del caso

19. El control de constitucionalidad sólo podrá practicarse siempre que la ley sobre la que se duda de su validez sea relevante para resolver la controversia sometida al juez. En ese sentido el juez sólo estará en actitud de declarar su invalidez cuando la ley se encuentre directamente relacionada con la solución del caso, término este último que no puede entenderse como circunscrito sólo a la pretensión principal, sino que comprende incluso a las pretensiones accesorias y también a las que se promuevan en vía incidental.

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28887-2022
HUAURA

El juicio de relevancia que subyace al ejercicio válido del control de constitucionalidad no sólo tiene el propósito de recordar el carácter jurídico del control de constitucionalidad de las leyes, sino también se establece como un límite a su ejercicio, puesto que, como antes se ha recordado, está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes.

C) Identificación de un perjuicio ocasionado por la ley

20. En tercer lugar y directamente relacionado con el requisito anterior, es preciso que quien plantee al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley acredite que su aplicación le haya causado o pueda causarle un agravio directo, pues de otro modo el juez estaría resolviendo un caso abstracto, hipotético o ficticio.

A su vez, para que un planteamiento de esta naturaleza pueda realizarse en el seno del proceso constitucional de amparo contra resoluciones judiciales, es preciso que su aplicación (real o futura) repercuta en el ámbito constitucionalmente protegido de algún derecho sometido a este proceso y que el afectado lo haya cuestionado oportunamente en el proceso ordinario, ya que de otro modo no sería posible atribuir al juez la lesión de alguno de los contenidos del derecho a la tutela procesal, en los términos del artículo 4º del Código Procesal Constitucional.

D) Verificación de la inexistencia de pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional respecto de la constitucionalidad de la ley objeto de control

21. Asimismo, el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes tampoco puede realizarse respecto de leyes o normas con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por este Tribunal en el seno de un control abstracto de constitucionalidad. Tal límite tiene el propósito de poner en evidencia que si bien este Tribunal no tiene el monopolio del control de constitucionalidad, pues su "cuidado" es una tarea que compete a la sociedad abierta de los intérpretes jurisdiccionales de la Constitución, sin embargo es en este Tribunal en el que la Constitución ha confiado su custodia "especializada".

22. De ahí que el segundo párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional prevenga que "Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular", y también que la Primera Disposición Final de la Ley N.º 28301, Orgánica del Tribunal Constitucional, establezca que "Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad".

23. Expuestos los alcances de este límite al ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes, este Tribunal advierte que, como toda regla, ésta tiene sus excepciones. A saber:

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28887-2022
HUAURA

(i) *En primer término, la restricción de efectuar el control de constitucionalidad respecto de una ley cuya validez fue confirmada por este Tribunal no rige en aquellos casos en los que la ley, posteriormente, haya sido declarada nula o sin efectos jurídicos por su manifiesta incompatibilidad con un tratado sobre derechos humanos por un Tribunal Internacional de Justicia en materia de derechos humanos al cual el Estado peruano se encuentre sometido a su competencia contenciosa.*

Ese es el caso por ejemplo de las Leyes de Amnistía N.ºs 26479 y 26492, que fueron consideradas incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso Barrios Altos, de 18 de septiembre de 2003 (Cf. STC 0275-2005-PH/TC).

(ii) *En segundo lugar, el juez podrá realizar el control judicial de constitucionalidad de una ley en todos aquellos casos en los que, tras el pronunciamiento de este Tribunal declarando en abstracto la validez constitucional de una ley; sin embargo él mismo advirtió que la aplicación de la ley, en un caso dado y bajo circunstancias concretas, podría resultar inconstitucional.*

Así se sostuvo en las sentencias N.ºs 0009-2001-AI/TC, 0010-2002-AI/TC, 0004-2004-AI/TC, entre otras, donde, al no invalidar en abstracto una ley, este Tribunal delegó en el juez ordinario realizar el balancing, luego de señalar que su aplicación podría poner en riesgo determinados bienes constitucionalmente protegidos.

(iii) *Finalmente, tampoco es de aplicación el límite al que se hace referencia, cuando, pese a la existencia de un pronunciamiento de este Tribunal declarando la validez constitucional de una ley determinada, posteriormente el Congreso modifica la Constitución –respetando los límites formales y materiales a los que está sujeto el poder de la reforma constitucional–, pudiendo dar lugar a un supuesto de inconstitucionalidad sobreviniente de la ley (Cf. STC 0014-2003-AI/TC y STC 0050-2004-AI/TC).*

E) Búsqueda de otro sentido interpretativo que pueda salvar la disposición acusada de inconstitucionalidad

24. *Dadas las consecuencias que el ejercicio del control difuso puede tener sobre la ley, que es expresión de la voluntad general representada en el Parlamento, el Tribunal ha recordado que la declaración de inconstitucionalidad debe considerarse como la última ratio a la que un Juez debe apelar (STC 0141-2002-AA/TC, fundamento 4 “c”; STC 0020-2003-AI/TC, fundamento 5), habida cuenta que “Los jueces y Tribunales sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional”, conforme dispone la Segunda Disposición General de la Ley N.º 28301, Orgánica del Tribunal Constitucional.*

25. *Así, la necesidad de interpretar la ley conforme con la Constitución no sólo se presenta como una exigencia lógica y consustancial al carácter normativo de la Ley*

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28887-2022
HUAURA

Fundamental, que de esta manera impone que el derecho infraordenado se aplique siempre en armonía con ella, sino también, en lo que ahora importa, como un límite al ejercicio mismo del control judicial de constitucionalidad de las leyes, que demanda de todos los jueces (y de este mismo Tribunal, tanto cuando actúa como Juez de casos, como cuando ejerce el control abstracto de constitucionalidad) buscar, hasta donde sea razonablemente permisible, una interpretación de la ley que armonice con la Norma Suprema del Estado.

F) Verificación de que la norma a inaplicarse resulta evidentemente incompatible con la Constitución y declaración de inaplicación de ésta al caso concreto

26. Luego de haber agotado los pasos antes referidos, debe verificarse si la norma legal objeto de control difuso de constitucional es manifiestamente incompatible con la Constitución, y si es así, disponerse su inaplicación al caso concreto. En tal verificación resultará de particular importancia identificar aquel contenido constitucionalmente protegido así como la manifiesta incompatibilidad de la norma legal respecto del mencionado contenido constitucional, procedimiento en el que resultará importante superar el control de proporcionalidad, entre otros que se estime pertinente, de modo que se argumente correctamente la decisión judicial.

Algunas de las reglas antes descritas fueron incorporadas en el artículo VII del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional:

“Artículo VII. Control difuso e interpretación constitucional

*Cuando exista incompatibilidad entre la Constitución y otra norma 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.***

*Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad **haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.***

*Los jueces interpretan y aplican 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.**” (negrita y subrayado nuestro)*

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28887-2022
HUAURA**

5.4 La interpretación en el ejercicio del control constitucional difuso

Dado que el ejercicio del control constitucional difuso se realiza en un caso concreto y tiene efectos jurídicos solo entre las partes intervinientes, la evaluación deberá realizarse a partir de los hechos probados (fijación de la cuestión fáctica) para subsumirlos a la norma legal correspondiente, y luego contrastarla con la norma constitucional a fin de verificar la existencia de una colisión con esta; de allí la relevancia e importancia de determinar la cuestión fáctica, ya que la norma en la cual se subsume será la que se enfrente al texto constitucional, siendo que de ningún modo el juzgador puede contrastar la norma legal con la Constitución si no tiene presente los hechos probados, admitir ello implicaría ir contra el texto constitucional.

En relación con la norma constitucional, en general, según Freixes y Remotti la Constitución *“(...) contiene normas jurídicas que pueden adoptar la forma de valores, principios y reglas. Los valores enumeran cláusulas generales o finalidades. Las reglas contienen disposiciones específicas. Valor y regla están positivados, es decir, constan de forma explícita y concreta y pueden claramente apreciarse a través de una simple interpretación lingüística. Los principios se extraen de las reglas constitucionales, y, una vez determinados, tienen proyección normativa (...)”*².

Dicho ello, debe tenerse presente que la técnica de interpretación llamada *“(...) ponderación es un método para la resolución de cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas. Desde luego, no de todas, no de aquellas que pudieran resolverse mediante alguno de los criterios al uso, jerárquico, cronológico o de especialidad. Es obvio que los dos primeros no son aplicables a los conflictos constitucionales que se producen en el seno de un mismo documento normativo”*³.

². Freixes, Teresa, y Remotti Carbonell José. 1992. Los valores y principios en la interpretación constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, págs. 98-99. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79458.pdf>

³. Prieto Sanchís, Luis. 2002. *Derechos Fundamentales. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. Palestra Editores; pág. 212.

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28887-2022
HUAURA

Al respecto, Daniel Vázquez explica el uso adecuado de la técnica de la ponderación en la interpretación constitucional, señalando cómo la doctrina en general lo precisa: *“(...) cuando dos principios entran en colisión, las herramientas mencionadas para la regla no operan, es aquí que se actualiza la ponderación, es precisamente este aspecto el que lleva a Alexy (1993 y 1994) a afirmar que la ponderación es inherente a la aplicación de los principios. En términos de Alexy “Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, más que por las reglas, por los principios opuestos. Esto significa que los principios dependen de y requieren de ponderación. La Ponderación es la forma característica de la aplicación de principios”⁴.*

En esa línea, reafirmando lo anteriormente señalado, el profesor José Carlos Remotti expresa lo siguiente: *“La técnica de la ponderación o balancing resulta, pues, una herramienta clave para la resolución de conflictos entre valores constitucionales, entre principios constitucionales o en, su caso, entre derechos constitucionales, es decir entre instituciones de la misma naturaleza, estructura y función constitucional”⁵.*

Sobre el método de interpretación que debe utilizarse en el ejercicio del control difuso, el profesor José Carlos Remotti⁶ señala: *“Por el contrario, la ponderación no sería la técnica adecuada frente al conflicto que los derechos o demás reglas, valores y principios e instituciones constitucionales pudieran tener con bienes, aspiraciones o intereses sociales extraconstitucionales, puesto que el juez es garante de la Constitución y debe hacerla prevalecer por más clamor social o sintonía que pueda tener con aquellas aspiraciones o intereses sociales que pudieran estar en contradicción con lo establecido por la norma constitucional. Para estos casos es bueno recordar que la ponderación es una herramienta válida para resolver conflictos entre instituciones constitucionales (de la misma naturaleza). Si lo que se pretende es el reconocimiento de una pretensión individual o colectiva*

⁴. Daniel Vázquez. 2016. *Test de razonabilidad y Derechos Humanos: Instrucciones para armar*. Universidad Nacional de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas; pág. 20

⁵. Remotti, José Carlos. 2017. “Prologo” en Cartolin Pastor, Pedro. *El mecanismo Procesal de la Consulta en el Control Constitucional Difuso*; San Marcos; Lima; pág.16.

⁶. Remotti, José Carlos. Ob. Cit. Pág. 17.

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28887-2022
HUAURA

*que esté fuera o en contradicción de los valores, principios o derechos constitucionales, lo que procede es iniciar el proceso de reforma constitucional. Además, la ponderación tampoco procedería en los casos de conflictos que pudieran producirse entre reglas, derechos, contenidos materiales, instituciones valores, principios constitucionales y lo establecido en una norma o disposición con valor de ley. **Lo establecido en una ley no se puede ponderar con lo establecido en la Constitución, sino que se tiene que adecuar a ella.** En ese caso, lo que procedería por parte del juez al ejercer el control difuso es la aplicación del imperativo constitucional, aplicando principios como el de adecuación o conformidad, pero en ningún caso la ponderación. Lo que sí correspondería al juez (...) es analizar si el legislador, al aprobar la ley en cuestión, ha ponderado adecuadamente los intereses en juego respetando las previsiones constitucionales” (negrita y subrayado nuestro).*

En ese sentido, corresponde, en el ejercicio del control constitucional difuso, adecuar la norma a la Constitución, por lo que se requiere utilizar los criterios de aplicación normativa por jerarquía, orden cronológico o de especialidad, dejando de lado el método de interpretación de ponderación; puesto que en el control constitucional difuso está en conflicto una norma de rango legal frente a una de rango constitucional; no obstante, de existir contradicción entre dos principios o normas constitucionales, corresponderá recurrir a la técnica de interpretación de ponderación; en todo caso, respecto de la norma en conflicto, deberá evaluarse si el legislador, al aprobar la ley cuestionada, ponderó adecuadamente los intereses en juego respetando las previsiones constitucionales, como bien lo ha señalado el profesor José Carlos Remotti.

SEXTO: **Análisis de la sentencia consultada**

En el orden de ideas expuestas, habiéndose determinado el marco normativo y fáctico en el que se circunscribe la actuación del proceso judicial, corresponde analizar la validez del control difuso del inciso 3 del artículo 57 del Código Penal.

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28887-2022
HUAURA**

1. Consideraciones conceptuales debatidas en el control difuso

➤ **Sobre el delito de omisión a la asistencia familiar y el interés superior del niño y adolescente**

El delito de omisión de prestación de alimentos encuentra su regulación en el artículo 149 del Código Penal vigente, se configura cuanto el obligado omite cumplir la obligación alimentaria establecida en una resolución judicial.

Sobre el particular, si bien, la Constitución vigente estableció en el artículo 2 inciso 24 literal c, que no hay prisión por deudas, es pertinente precisar que tal precepto constitucional –y la garantía que acoge en su texto– no se extiende al caso del incumplimiento de deberes alimentarios que fuera previamente establecido en un mandato judicial. Estableciéndose así una excepción con rango constitucional véase:

*“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...) c. No hay prisión por deudas. **Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios**”.*

Al respecto, es pertinente acotar que la figura de la prisión efectiva por incumplimiento de deuda alimentaria es de data reciente en el constitucionalismo peruano. La ausencia de esta figura se advertía en las constituciones del siglo XIX y las primeras del siglo XX (Constitución de mil novecientos veinte y Constitución de mil novecientos treinta y tres). Fue gracias al intenso debate de filántropos y juristas de mediados del siglo XX que hacían notar la necesidad de su adecuada regulación y reconocimiento expreso en el texto de una Constitución, que la prisión efectiva por deuda alimentaria haría su aparición por primera vez en la Constitución de mil novecientos setenta y nueve. Véase por ejemplo el *Proyecto de Código Penal (mil novecientos veintiocho)* de autoría de los juristas Ángel Gustavo Cornejo y Plácido Jiménez, *La punición del abandono de familia como medio de defender y mejorar el capital humano* (mil novecientos cuarenta y tres) de Luis Guillermo

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28887-2022
HUAURA

Cornejo, *El delito de abandono de familia (mil novecientos cincuenta y ocho)* de la san Marquina Amanda Arenas Barreda, *El delito de abandono de familia en el Perú* (mil novecientos cincuenta y nueve) de María Teresa Olivera D'arrigo, en particular el *Derecho de alimentos (mil novecientos cincuenta y dos)* de la abogada Luz Jarrín de Peñaloza.⁷

Ahora bien, comentando la Constitución vigente el Tribunal Constitucional ha precisado que la Constitución si bien prohíbe la prisión por deudas, dicha garantía está referida a obligaciones que tienen origen en una relación de orden civil, no es el caso, de las obligaciones alimentarias, adviértase:

"4. Precisamente, uno de los límites al derecho fundamental a la libertad personal es el que está previsto en el artículo 2º, inciso 24, literal "e", de la Constitución Política. Tal artículo, si bien recoge como uno de los contenidos constitucionalmente garantizados de la libertad y seguridad personales, que no hay prisión por deudas, ello no excluye que este principio se vea limitado por un mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios. Al respecto, este Tribunal Constitucional (Exp. N. 02982-2003-HC/TC, Exp. N. 02088-2004-HC/TC) ha establecido que cuando la citada disposición constitucional prohíbe la prisión por deudas, con ello se garantiza que las personas no sufran una restricción de su derecho fundamental a la libertad personal por el incumplimiento de obligaciones originadas en relaciones de orden civil. En nuestro ordenamiento constitucional, en principio, no cabe la prisión por deudas. Sin embargo, nuestra propia Ley Fundamental ha establecido una excepción a dicha regla, esto es, en el caso del incumplimiento de deberes alimentarios. Ello tiene su

⁷. Perú. Comisión Parlamentaria Del Congreso. *Proyecto De Código Penal*. Lima: Minerva, 1928. Cornejo, Luis Guillermo. *La Punición Del Abandono De Familia Como Medio De Defender Y Mejorar El Capital Humano*. Buenos Aires: Antología Jurídica, 1943, N°305-306. Arenas Barreda, Amanda. *El Delito De Abandono De Familia*. Tesis Que Para Optar El Grado De Bachiller En Derecho. Lima: Universidad Nacional Mayor De San Marcos, 1958. Jarrín De Peñaloza, Luz. *Derecho De Alimentos*. Lima: Pontificia Universidad Católica Del Perú, 1952. Véase Olivera D'Arrigo, María Teresa. *El Delito De Abandono De Familia En El Perú*. Tesis Para Optar El Grado De Bachiller En Derecho, Lima: Universidad Nacional Mayor De San Marcos, 1959. Ramos Núñez, Carlos (Dir.) Colección «Mujeres Juristas». *Derecho De Alimentos De Luz Jarrín De Peñaloza*. Primera Edición: diciembre de 2019, Número de la Colección: 2, pp. 13-15.

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28887-2022
HUAURA

fundamento en que, en tales casos, están de por medio, no cuestiones pecuniarias o materiales, sino la tutela de los derechos fundamentales como la dignidad de la persona humana, la vida, la salud y la integridad física y psicológica del alimentista. Ésta es la razón por la cual, de acuerdo con la Constitución, el juez, en este supuesto, tiene la facultad y la competencia para ordenar la restricción del derecho a la libertad personal del obligado”.⁸

En efecto, no debe entenderse que se sanciona con prisión efectiva el estado de insolvencia de los acusados, sino que se hace uso del carácter disuasorio del poder punitivo del Estado en desmedro de la libertad individual de los obligados, en tanto, ello permite resguardar derechos fundamentales que encuentran contenido en la Constitución como la dignidad, la vida, la salud y la integridad física y psicológica del menor alimentista dependiente del obligado.

Razón por la cual, no es de recibo que, en el marco del ejercicio del control difuso se argumente que con el otorgamiento de la libertad del obligado se busque garantizar y resguardar el interés superior del niño y adolescente. Por cuanto, precisamente son los derechos fundamentales de los alimentistas las que se busca proteger con la figura de la prisión efectiva en el delito de omisión a la asistencia familiar. Máxime que la propia Constitución admite esta excepción.

➤ **Sobre lo regulado en el artículo 57 del Código Penal**

Si bien, se avistan tímidos vestigios de la institución de la suspensión de la ejecución de pena en el Código Penal de mil ochocientos sesenta y tres,⁹ es en el Proyecto del Código Penal de mil novecientos dieciséis de Víctor M. Maúrtua—influído por el Anteproyecto Suizo de mil novecientos quince— que con mayor

⁸. Expediente N° 09068-2005-PHC/TC, Fundamento Jurídico 4 Y 5. También Expediente N° 7361-2005-PHC/TC Fundamento Jurídico 9, Expediente N° 1428-2002-HC/T C Fundamento Jurídico 2.

⁹. *Código Penal del Perú*. Lima: Imprenta Calle de la Rifa, 1863. “artículo 69. Se suspenderá la ejecución de la pena de muerte en la mujer preñada, hasta cuarenta días después del parto; y en el que hubiese perdido madre, padre, hijo o cónyuge, hasta quince días después del fallecimiento. En estos casos no se hará saber la sentencia, sino cuando hayan transcurrido los términos de la suspensión”.

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28887-2022
HUAURA**

precisión se introduce en nuestro ordenamiento penal la institución de la suspensión de la pena bajo el *nomen iuris* de *condena condicional*.¹⁰ Proyecto que con ligeras modificaciones en su arquitectura, derivaría en el Código Penal de mil novecientos veinticuatro.¹¹ Véase lo señalado en el Proyecto de mil novecientos dieciséis:

*“Artículo 40. El juez podrá a su juicio suspender la ejecución de la pena: 1° si la condena se refiere a una no mayor de seis meses de prisión **y a persona que no hubiere sido objeto de ninguna pena anterior nacional o extranjera**; 2° si los antecedentes y el carácter del condenado hacer prever que esta medida le impedirá cometer nuevos delitos; y 3° si el condenado, en cuanto le ha sido posible, ha reparado el daño fijado por el juez. (...)”.*¹²

Proyecto en que Víctor M. Maúrtua, su autor, excluía ya la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena ante supuestos de reincidencia. En similar sentido el Código de Procedimientos Penales de mil novecientos cuarenta exigió para su otorgamiento “que [el imputado] no haya sido objeto de condena anterior” (artículo 286).

En el Código Penal vigente encontramos regulada la institución de suspensión de la ejecución de la pena en el artículo 57 estableciéndose entre las exigencias que se debe cumplir para su otorgamiento que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual (inciso 3). Observamos entonces que desde su introducción en nuestro ordenamiento jurídico la institución que nos ocupa se ha erigido como una facultad del juez a condición de que se cumplan determinados requisitos, entre ellos, la de no tener la condición de reincidente o habitual. Precisamente porque está diseñada para supuestos de delincuentes primarios, funge como una especie de aviso para evitar la reincidencia. A decir, de Manuel G. Abastos la condena condicional florecía como una institución preventiva por excelencia que hundía sus

¹⁰. Estudiaron la institución que nos ocupa estudiosos de la época como Teodosio C. Ballón y Morales de la Torre. Véase Ballón, Teodosio C. *El Proyecto del Código Penal Presentado a la Cámara de Diputados por el diputado ponente Dr. Víctor M. Maúrtua*. Arequipa: Tip. Quiroz Perea, 1919 y Morales de la Torre, R. *La condena condicional*. Lima: Imprenta El Progreso, 1912.

¹¹. Maúrtua, Víctor M. *Código penal Ley N° 4868*. Lima Lib. e Imp. E. Moreno 1924.

¹². Maúrtua, Víctor M. *Proyecto de Código Penal. Presentado por la Comisión Mixta Parlamentaria con la Exposición de Motivos del miembro ponente de dicha comisión, doctor Víctor M. Maúrtua*. *La Revista Del Foro*. Órgano del Ilustre Colegio de Abogados, año IV, N° 8, Lima, agosto de 1917, p. 232.

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28887-2022
HUAURA

raíces en el principio de la individualización penal.¹³ Véase: *“La experiencia ha demostrado que al ocasional le conviene más la pena moral que la pena material; la amenaza de sufrir la condena impuesta, que la ejecución de la misma; la libertad dentro de un régimen de prueba, que el cumplimiento -en la promiscuidad corruptora de las cárceles- de una pena de corta duración.”*¹⁴

Capítulo aparte son los fines constitucionales en los que encuentra fundamento la institución comentada. Sobre el particular si bien el Tribunal Constitucional ha precisado que esta institución encuentra su fundamento constitucional en la resocialización como fin consagrado en el inciso 22 del artículo 139.¹⁵ También ha precisado — con ocasión de conocer el Expediente N° 0014-2006- PI/TC en el que se debatió la constitucionalidad de la reincidencia y habitualidad en el Código Penal—, que la reeducación, la reincorporación y la resocialización, no son los únicos fines de la pena, pues también es obligación del Estado velar por la seguridad de los ciudadanos, como por ejemplo manda el artículo 44 de la Constitución. Véase:

“52. El Tribunal Constitucional disiente del argumento del demandante porque, en primer lugar, no es el Código Penal el parámetro de validez constitucional sino la Ley Fundamental, por más que aquél incorpore determinados principios jurídicos. En segundo lugar, porque, a juicio de este Colegiado, la habitualidad no necesariamente supone que el juzgador penal ingrese en el ámbito de la personalidad del autor, castigando con una mayor pena el modo de vida del autor, que genere un riesgo en la tranquilidad y seguridad de los ciudadanos. Y es que no debe olvidar que la reeducación, la reincorporación y la resocialización, previstas en el artículo 139º, inciso 22, no son los únicos fines de la pena, como se ha señalado en el fundamento 13 de la presente sentencia, sino que es también obligación del Estado proteger otros bienes constitucionales, entre ellos, la seguridad de los ciudadanos, tal como manda el artículo 44º de la Constitución.”¹⁶

¹³. Abastos, Manuel G. *El delincuente en el Código Maúrtua*. Revista de Derecho y Ciencias Políticas Año II, N° II, Lima 1938, p. 310.

¹⁴. *Ibíd.* p. 310.

¹⁵. Expediente N° 5303-2006-PHC/TC, Fundamento Jurídico 2: *“(…) el fin del instituto jurídico de la suspensión de la pena es evitar la aplicación de las penas privativas de libertad de corta duración, a fin de salvaguardar los fines de resocialización consagrados en el artículo 139.º, inciso 22), de la Constitución, correspondiendo aplicar penas menos traumáticas”.*

¹⁶. Expediente N° 0014-2006-PI/TC, Fundamento jurídico 52.

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28887-2022
HUAURA**

En esa línea, si bien el Estado ha otorgado al juez la facultad de suspender la ejecución de la pena, esta facultad deberá ser ejercida siempre que se cumplan con los requisitos regulados en el artículo 57 del Código Penal, como es el requisito de no tener la condición de reincidente o habitual.

➤ **Análisis del ejercicio del control constitucional difuso.**

Corresponde analizar si el inciso 3 del artículo 57 del Código Penal que dispone como requisitos para la suspensión de la ejecución de pena que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual, es incompatible con el artículo 4 de la Constitución vigente.

Sobre el particular, este Supremo Tribunal advierte que en el caso objeto de consulta no es posible inaplicar el inciso 3 del artículo 57 del Código Penal, en tanto, del Certificado de Antecedentes Penales N° 4158240 que obra en el Requerimiento de Acusación Fiscal a fojas treinta y uno del Expediente N° 03993-2021-1302-JR-PE-01, se tiene que el imputado, Luis Alberto Poma Pilar, registra sentencias penales por delito de incumplimiento de obligación alimentaria en los siguientes expedientes: Expediente N° 1848-2018 (trece de noviembre de dos mil dieciocho), Expediente N° 2975-2019 (veintiocho de enero de dos mil veinte) y Expediente N° 2853-2015 (dos de mayo de dos mil diecisiete). Por lo que, se concluye que el acusado ha cometido el mismo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años teniendo entonces la calidad de habitual. Asimismo, no pasa desapercibido para este Supremo Tribunal que al momento de emitirse la sentencia de conformidad objeto de consulta, el acusado aun adeudaba el monto de mil soles con 00/100 soles (1,000.00).

Al respecto, no es de recibo para este Supremo Tribunal que mediante la figura del control difuso se pretenda eliminar la exigencia de no tener la condición de reincidente o habitual para otorgar la suspensión de la ejecución de pena, que a juicio de este Supremo Tribunal con acierto se prevé en el inciso 3 del artículo 57 del Código Penal.

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28887-2022
HUAURA**

Para este Supremo Tribunal que se argumente que con la inaplicación realizada se busque preservar el interés superior del niño y adolescente (artículo 4 de la Constitución), no es admisible, en tanto, que precisamente son los derechos fundamentales a la dignidad, la vida, la salud y la integridad física y psicológica del alimentista lo que se busca proteger a través de la prisión efectiva por incumplimiento de obligación alimentaria, que además tiene regulación expresa en un precepto de rango constitucional en el artículo 2 inciso 24 literal c de la Constitución. No es por tanto válido que el fundamento constitucional de la prisión efectiva en delitos de omisión a la asistencia familiar sea usado como argumento en contra, sobre la materia hay reiterados pronunciamientos del Tribunal Constitucional, véase:

“(...) en principio, no cabe la prisión por deudas. Sin embargo, nuestra propia Ley Fundamental ha establecido una excepción a dicha regla, esto es, en el caso del incumplimiento de deberes alimentarios. Ello tiene su fundamento en que, en tales casos, están de por medio, no cuestiones pecuniarias o materiales, sino la tutela de los derechos fundamentales como la dignidad de la persona humana, la vida, la salud y la integridad física y psicológica del alimentista. Ésta es la razón por la cual, de acuerdo con la Constitución, el juez, en este supuesto, tiene la facultad y la competencia para ordenar la restricción del derecho a la libertad personal del obligado”.¹⁷

En efecto, el requisito de no tener la condición de reincidente o habitual para acceder a la suspensión de la ejecución de pena, es a juicio de este Supremo Tribunal una forma en la que el legislador ha pretendido resguardar otros bienes constitucionales que encuentran acogida en la Constitución. Ello en el entendido de que el Derecho Penal como sub-sistema normativo funge de medio para que el

¹⁷ Expediente N° 09068-2005-PHC/TC, Fundamento Jurídico 4 Y 5. También Expediente N° 7361-2005-PHC/TC Fundamento Jurídico 9, Expediente N° 1428-2002-HC/T C Fundamento Jurídico 2.

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28887-2022
HUAURA**

aparato estatal ejerza el *ius puniendi* con el fin de proteger bienes constitucionales, como es precisamente el Interés Superior del Niño.

En ese sentido, no existiría incompatibilidad constitucional entre el inciso 3 del artículo 57 del Código Penal, y el artículo 4 de la Constitución vigente, por cuanto, con la prisión efectiva por deuda alimentaria se busca promover la concretización de los derechos fundamentales a la dignidad, a la vida, a la salud y la integridad física y psicológica de los menores alimentistas, siendo que además la prisión efectiva por incumplimiento alimentario tiene acogida en el artículo 2, inciso 24, literal c, de la Constitución. Por las consideraciones anotadas corresponde desaprobado la sentencia consultada en la que se ejerció el control difuso.

IV. DECISIÓN:

Por los fundamentos expresados, **DESAPROBARON** la **INAPLICACIÓN** del inciso 3 del artículo 57 del Código Penal realizada en la sentencia de conformidad contenida en la resolución número siete, de fecha veintiuno de junio del dos mil veintidós, emitida por el Primer Juzgado Penal Unipersonal para Procesos de Flagrancia OAF, CEED de Huaral de la Corte Superior de Justicia de Huaura; en consecuencia, se **DECLARA NULA** la referida sentencia, debiendo el Juez emitir nueva sentencia, teniendo presente las consideraciones anotadas en la presente resolución; devolviéndose los actuados al juzgado de origen, en los seguidos contra Luis Alberto Poma Pilar por el delito de omisión a la asistencia familiar en agravio de Akemy Yonsu Poma Pastrana y otra. **Juez Supremo Ponente: Cartolin Pastor. S.S.**

DE LA ROSA BEDRIÑANA

AMPUDIA HERRERA

CARTOLIN PASTOR

GALLARDO NEYRA

CORANTE MORALES

Nlq/bma