

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 24069-2021
HUAURA**

Lima, cuatro de noviembre

de dos mil veintidós

I. VISTOS; el cuaderno de conversión de pena y cuaderno de consulta formado en esta Sala Suprema; y, **CONSIDERANDO:**

Del auto objeto de consulta:

1. Es objeto de consulta, el auto de conversión de pena contenido en la resolución número dos de fecha uno de octubre de dos mil veintiuno, obrante a fojas veinticinco del cuaderno de conversión de pena, expedido por el Primer Juzgado Penal Unipersonal, Flagrancia, OAF y CEED de Barranca de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que resolvió para el caso concreto, ***inaplicar el párrafo final del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1300, modificado por el Decreto de Urgencia N° 008-2020 y Decreto Legislativo N° 1459*** (requisitos para el procedimiento especial de conversión automática de la pena para personas condenadas por el delito de omisión a la asistencia familiar, a fin de reducir el hacinamiento penitenciario y evitar contagios de Covid-19).

2. En el auto de conversión de pena además de constar el ejercicio del control constitucional, se resuelve declarar fundado el pedido de conversión de pena del interno sentenciado Julio Enrique Bazalar Collantes, por el delito de omisión a la asistencia familiar en agravio de Leonardo Marcial Bazalar Condori y Julio Jesús Bazalar Condori, a ochenta y cinco jornadas de prestación de servicios a la comunidad y la inmediata libertad del referido sentenciado del Establecimiento Penal de Carquín.

II. SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA CONSULTA:

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 24069-2021
HUAURA**

PRIMERO: De conformidad con el artículo 408 del Código Procesal Civil, la consulta procede contra las resoluciones de primera instancia que no son apeladas, en las que el Juez prefiere la norma constitucional a una legal ordinaria, lo que se advierte del contenido de la resolución número dos de fecha uno de octubre de dos mil veintiuno, obrante de fojas veinticinco del cuaderno de conversión de pena, expedida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria, Flagrancia, OAF y CEED de Barranca de la Corte Superior de Justicia de Huaura, desde que: **a)** la decisión final del Juzgado, en cuanto a la conversión automática de la pena, no fue impugnada por el sujeto sentenciado, no obstante haber sido debidamente notificado con dicho acto procesal; y, **b)** el juzgador ha escogido dar prevalencia a los preceptos constitucionales (artículos 2 numeral 1 y 7 de la Constitución Política del Estado) frente al precepto legal ordinario (párrafo final del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1300, modific ado por el Decreto de Urgencia N° 008-2020 y Decreto Legislativo N° 1459), en vinc ulación con la solicitud de conversión automática de la pena privativa de la libertad.

SEGUNDO: Siendo competencia de esta Sala Suprema conocer en última instancia el ejercicio del control difuso a través del mecanismo procesal de la consulta, en virtud de lo establecido en el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 3 del Código Procesal Constitucional y artículo 408 del Código Procesal Civil, corresponde que se proceda a verificar la validez del ejercicio del control constitucional difuso aplicado en el presente caso, con antesala sobre un breve comentario acerca de dicho control constitucional.

III. SOBRE EL CONTROL CONSTITUCIONAL:

Acerca del control constitucional, con vista a su regulación constitucional y legal y tratamiento jurisprudencial y doctrinal

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°24069-2021
HUAURA**

TERCERO: 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 constitucionalidad de las normas jurídicas: el Control Difuso y el 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 Política, control que varía según la opción del constituyente.

CUARTO: 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 convierte 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 se constituye en un mecanismo de equilibrio del ejercicio del poder del Estado.

QUINTO: 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 clases de procesos o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación de un precepto constitucional y otro con rango de ley, resolverán la causa con 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 de Justicia. Tal disposición 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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 24069-2021
HUAURA

constitucionalidad, llamado también control difuso, 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"*.

SEXTO: Por su parte, el Tribunal Constitucional nacional 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 Molinera Inca Sociedad Anónima, Expediente N° 01735-2010-PA/TC, sentencia del dos de septiembre de dos mil diez, se dejó establecido que: *"2. (...) el control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del juez al que el artículo 138 de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas, enunciado en el artículo 51 de nuestra norma fundamental. El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no es un acto simple, requiriéndose, para que sea válido, 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 (artículo 3 de la Ley N° 23506). b) Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia. c) Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haber sido interpretada de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional". (STC N° 0195-2004-AA/TC, fundamento 16)"*. 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 Política

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 24069-2021
HUAURA

del Estado. El control de constitucionalidad se ejercita con el único propósito de resolver una “controversia”, concepto que según el constitucionalista 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, etcétera¹.

SÉPTIMO: El mismo el Tribunal Constitucional mediante sentencia recaída en el Expediente N° 01680-2005-PA/TC, de fecha once de mayo de dos mil cinco, en cuanto a los parámetros en los que debe circunscribirse el ejercicio del control constitucional difuso, ha dejado establecido que:

“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 absuelven 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.

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 aptitud 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.

¹ CARPIO MARCOS, Edgar. Control difuso e interpretación constitucional Módulo 4 del Curso de Formación: Código Procesal Constitucional. Academia de la Magistratura. Lima, octubre de 2004, página 29.

CONSULTA
EXPEDIENTE N°24069-2021
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 actore).

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 (...).

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, es en este Tribunal en el que la Constitución ha confiado su custodia 'especializada' (...).

OCTAVO: Además, en la jurisprudencia antes citada se advierte que a su vez se fijan excepciones a las reglas o parámetros previamente establecidos, como sigue:

- (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.*

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 24069-2021
HUAURA

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 dieciocho de septiembre de dos mil tres (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, advierta 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)".*

NOVENO: Por su parte, esta Sala Suprema 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 constituyen 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**

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 24069-2021
HUAURA

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 han enfatizado las siguientes reglas para el ejercicio del control difuso 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, por lo que 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 (...)”. Tales reglas se valoran en el presente caso por esta Sala Suprema al momento de analizar el ejercicio de control difuso realizado por el Primer Juzgado Unipersonal, Flagrancia, OAF y CEED de Barranca de la Corte Superior de Justicia de Huaura, al expedir la resolución número dos de fecha uno de octubre de dos mil veintiuno.

DÉCIMO: Del mismo modo, esta Sala Suprema en la resolución dictada el veintidós de julio de dos mil catorce en la **Consulta N° 17151-2013** -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, que por el*

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°24069-2021
HUAURA**

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 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

Antecedentes relevantes en vinculación con la solicitud de conversión de la pena privativa de la libertad en el caso concreto

DÉCIMO PRIMERO: En el marco legal invocado, considerando la ilustración de la doctrina traída a colación y la jurisprudencia evocada sobre el tema tratado, desarrollados en los anteriores considerandos, nos encontramos habilitados para efectuar el análisis del ejercicio de control difuso verificado en el caso concreto y, para ello, partimos con un sucinto recuento de los hechos y actos judiciales más trascendentes sobre el procedimiento especial de conversión automática de penas privativas de libertad por penas alternativas que, a su vez, contextualizará lo que ha sido materia de investigación y resolución, así como las razones esgrimidas por la instancia judicial que han sustentado el ejercicio del control de constitucionalidad aplicado.

11.1. Mediante Solicitud presentada el catorce de septiembre de dos mil veintiuno, ante el Primer Juzgado Unipersonal, Flagrancia, OAF y CEED de Barranca², el sentenciado Julio Enrique Bazalar Collantes, al amparo del Decreto de Urgencia N° 008-2020 y el Decreto Legislativo N° 1459, solicitó la conversión automática de la pena que viene cumpliendo en el Establecimiento Penitenciario de Carquín, condenado por el delito de omisión de asistencia familiar, señalando haber

² Inserta de fojas 2 a 6 del cuaderno de conversión.

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°24069-2021
HUAURA**

efectuado el pago de la totalidad de las pensiones devengadas y reparación civil conforme a las copias de las constancias de pago, agregando que ha presentado el mérito de la *“Declaración Jurada de Domicilio”*, quien una vez autorizada su salida del centro penitenciario residirá en el domicilio indicado, por lo que habiendo cumplido con los requisitos previstos en el precitado texto normativo, solicita se proceda a la conversión automática de la pena, considerando la carga familiar y que tiene de acudir con alimentos a sus dos menores hijos.

11.2. El auto de conversión de pena da cuenta en su sección *ANTECEDENTES* que por resolución número tres de fecha veinte de noviembre de dos mil diecinueve, se resolvió: “1. APROBAR el acuerdo celebrado entre el acusado Julio Enrique Bazalar Collantes, su defensa técnica, la representante del Ministerio Público, el actor civil, en presencia de la representante legal de la parte agraviada, 2. CONDENAR a (...) como *autor del delito contra la Familia, en la modalidad de INCUMPLIMIENTO DE DEBERES ALIMENTARIOS, conducta prevista en el primer párrafo del artículo 149 del Código Penal, en agravio de Leonardo Marcial y Julio Jesús Bazalar Condori.* **3. IMPONER** al sentenciado **UN AÑO Y NUEVE MESES DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD SUSPENDIDA EN SU EJECUCIÓN por el plazo de UN AÑO Y NUEVE MESES**, tiempo en el cual se encontrará sujeto a las siguientes reglas de conducta: (...) **3.4** Cumplir con el pago de la reparación civil, en la forma y modo acordados; todo ello bajo expreso apercibimiento de revocarse la suspensión de la ejecución de la pena, imponiéndole once meses de pena privativa de libertad efectiva, (...) **4. FIJAR como REPARACIÓN CIVIL el monto total de CUATRO MIL QUINIENTOS SOLES** que efectuado el descuento de trescientos soles, que han sido entregados de manera directa a la parte agraviada; queda pendiente el monto de **CUATRO MIL DOSCIENTOS SOLES** que será pagado en seis cuotas de setecientos soles cada una (...).

(...) mediante resolución número tres de fecha doce de abril de dos mil veintiuno, emitida en el cuaderno de ejecución de sentencia N° 802-2019-41 el Juez del

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 24069-2021
HUAURA

*Segundo Juzgado de la Investigación Preparatoria, Flagrancia, OAF, CEED de Barranca declaró: **FUNDADA** la revocatoria solicitada por el Ministerio Público, en atención a que no se cumplió con el pago de la reparación civil conforme lo acordado en la resolución tres de fecha veinte de noviembre de dos mil diecinueve (...) disponiéndose su ubicación y captura (...) que mediante resolución cuatro de fecha treinta y uno de agosto del mismo año el juez a cargo del trámite dispone el internamiento del sentenciado **JULIO ENRIQUE BAZALAR COLLANTES** en el establecimiento penal, computándose la pena privativa de libertad efectiva de un año y nueve meses desde su detención, iniciando el veintinueve de agosto de dos mil veintiuno, la misma que vencerá el veintiocho de mayo de dos mil veintitrés. Ante el incumplimiento de la reparación acordado como regla de conducta (...) revocando la pena suspendida, ordena que la pena se cumpla de manera efectiva por el mismo plazo señalado en la sentencia, ordenándose su inmediata ubicación, captura e internamiento. En ese sentido, con fecha diecinueve de junio de dos mil veinte, se detuvo al sentenciado -ver notificación de detención, disponiendo su internamiento al centro penitenciario para el cumplimiento de la pena revocada, según resolución número diez de fecha veinticuatro de junio de dos mil veinte."*

DÉCIMO SEGUNDO: El párrafo último del artículo inaplicado conforme a sus modificatorias, regula que en los casos de conversión automática de la pena privativa de libertad de una persona condenada por el delito de omisión de asistencia familiar únicamente le es exigible la certificación del pago íntegro de la reparación civil y de la deuda alimenticia actualizada al momento que se solicita la conversión. Así, primigeniamente el Decreto Legislativo N° 1300, en su artículo 4, prevé los requisitos para el procedimiento especial de conversión de penas, determinando que:

Artículo 4.- Requisitos. Para el procedimiento especial de conversión de penas, el Juez debe verificar los siguientes documentos: a) Copia certificada de la sentencia consentida o ejecutoriada; b) Antecedentes judiciales; c) Informes del órgano técnico de tratamiento del Instituto

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°24069-2021
HUAURA**

Nacional Penitenciario- INPE, que acrediten una evaluación favorable cuando la pena impuesta no sea superior a dos (02) años o dos evaluaciones favorables continuas, cuando ésta sea mayor de dos (02) y hasta seis (06) años; d) Documento emitido por el INPE que acredite el régimen penitenciario en que se encuentra el interno. e) Declaración jurada del interno señalando la dirección del domicilio o residencia habitual, al momento de egresar del establecimiento penitenciario.

12.1. Posteriormente, por Decreto Legislativo N° 1459 de 14 de abril de dos mil veinte, que optimiza la aplicación de la conversión automática de la pena para personas condenadas por el delito de omisión de asistencia familiar, a fin de reducir el hacinamiento penitenciario y evitar contagios de COVID-19, en su artículo 3 se dispuso incorporar un párrafo final al artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1300, en los siguientes términos:

*“Artículo 4.- Requisitos. Para el procedimiento especial de conversión de penas, el Juez debe verificar los siguientes documentos: [...] **e) Declaración jurada del interno señalando la dirección del domicilio o residencia habitual, al momento de egresar del establecimiento penitenciario.***

*En los casos de conversión automática de la pena privativa de libertad de una persona condenada por el delito de omisión de asistencia familiar **únicamente es exigible el requisito señalado en el literal e), debiendo además de ello solo requerirse la certificación del pago íntegro de la reparación civil y de la deuda alimenticia actualizada al momento que se solicita la conversión.*** (Énfasis de este Colegiado Supremo).

12.2. Finalmente, dicho Decreto Legislativo en su Única Disposición Complementaria Transitoria, dispuso que: *Durante el periodo que dure la Emergencia Sanitaria a nivel nacional declarada por el Decreto Supremo N° 008-2020-SA, no se exigirá para los casos de conversión automática de pena privativa*

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 24069-2021
HUAURA**

de libertad de una persona condenada por el delito de omisión de asistencia familiar el requisito señalado en el literal e) del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1300, Decreto Legislativo que regula el procedimiento especial de conversión de penas privativas de libertad por penas alternativas, en ejecución de condena.

12.3. Como se advierte, a partir de la glosada norma (modificatoria) se prevé de manera expresa que en tanto dure el periodo de Emergencia Sanitaria a nivel nacional declarada por el Decreto Supremo N° 008-2020-SA, no será exigible para los casos de conversión automática de pena privativa de libertad de aquellos sentenciados por el delito de omisión de asistencia familiar el requisito señalado en el literal e) del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1300, debiendo requerirse únicamente la certificación del pago íntegro de la reparación civil y de la deuda alimenticia actualizada al momento que se solicita la conversión, conforme a lo previsto en el último párrafo del artículo en comento.

DÉCIMO TERCERO: El auto de conversión de la pena emitido por el Primer Juzgado Unipersonal, Flagrancia, OAF y CEED de Barranca de la Corte Superior de Justicia de Huaura, materia de consulta, considera que en el caso concreto la acreditación del requisito de pago de la deuda alimenticia actualizada al momento que se solicita la conversión de la pena deviene inaplicable, sustancialmente por los siguientes fundamentos:

“3. (...) el espíritu del Decreto Legislativo N° 1459 radica fundamentalmente en este estado de emergencia sanitaria nacional, en el descongestionamiento del hacinamiento de los establecimientos penitenciarios a nivel nacional para personas sentenciadas por el delito de Omisión a la Asistencia Familiar, por ser considerados focos de alto riesgo de contagio del COVID-19 para los internos o internas (...) a fin de proteger la vida y la Salud de estas personas, derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política del Estado; (...)”³.

³ Numeral 3 de la parte considerativa del auto objeto de consulta.

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 24069-2021
HUAURA**

DÉCIMO CUARTO: En mérito a los fundamentos citados en el auto de conversión de pena materia de consulta, se advierte que el Primer Juzgado Unipersonal, Flagrancia, OAF y CEED de Barranca de la Corte Superior de Justicia de Huaura considera que el párrafo final del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1300, modificado por el Decreto de Urgencia N° 008-2020 y Decreto Legislativo N° 1459, deviene incompatible con lo normado en el artículo 2 numeral 1 y 7 de nuestra Constitución Política, cuyos textos enuncian:

❖ *Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona*

Toda persona tiene derecho:

1. *A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.*

❖ *Artículo 7.- Derecho a la salud. Protección al discapacitado*

Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

14.1. El Primer Juzgado Unipersonal, Flagrancia, OAF y EED de Barranca de la Corte Superior de Justicia de Huaura considera que las normas de orden constitucional transcritas se verían vulneradas si se aplicara el precitado párrafo final del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1300, modificado por Decreto de Urgencia N° 008-2020 y Decreto Legislativo N° 1459, concluyendo que es incuestionable el conflicto existente entre el citado dispositivo legal y, particularmente, el derecho fundamental a la vida del sentenciado y el interés superior del niño, toda vez que la exigencia del pago de las pensiones alimenticias

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°24069-2021
HUAURA**

actualizada al momento de presentación de la solicitud de conversión de pena, importaría no solo la afectación de los derechos precitados, sino además del derecho a la salud, la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, por lo que debe preferirse la Constitución Política a la ley, conforme a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 138 de la Carta Magna.

El procedimiento especial de conversión de pena en ejecución de sentencia de personas condenadas por delito de omisión de asistencia familiar, en el contexto de la pandemia por Covid-19

DÉCIMO QUINTO: Partimos esbozando una breve referencia acerca de los antecedentes legislativos que sobre la materia tratada contempla el ordenamiento jurídico, que nos permitirá tener en claro el propósito u objetivos que han inspirado y orientado el contenido de las normas jurídicas emitidas sobre el particular en el contexto de la emergencia sanitaria declarada en nuestro país.

15.1. *Decreto Legislativo N° 1300 (treinta de diciembre de dos mil dieciséis)*, que regula el procedimiento especial de conversión de penas privativas de libertad por penas alternativas, en ejecución de condena, cuya finalidad es posibilitar una adecuada reinserción social para aquellos condenados que hayan sido sentenciados a penas privativas de libertad no mayores de seis (06) años, que además revistan ciertas características señaladas en la presente norma (artículo 2), siempre que se trata de infracciones de poca lesividad y repercusión social y, cumplan determinados requisitos.

15.2. *Decreto Supremo N° 14-2017-JUS*, referido al Protocolo de actuación interinstitucional para la aplicación del procedimiento especial de conversión de penas privativas de libertad por penas alternativas en ejecución de condena establecidos en el Decreto Legislativo N°1300.

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 24069-2021
HUAURA**

15.3. *Decreto de Urgencia N° 008-2020 (nueve de enero de dos mil veinte)*, por el cual se modificaron los artículos 3 y 11 del Decreto Legislativo N° 1300, estableciendo nuevos supuestos de conversión de pena en los casos de personas privadas de libertad por el delito de omisión de asistencia familiar para promover el pago de la reparación civil y la deuda alimenticia, considerando que la condición de reclusión no asegura el cumplimiento de las obligaciones alimenticias impuestas y, por el contrario, lo dificulta, repercutiendo directamente en la situación de carencia o desabastecimiento que padecen los niños, niñas o adolescentes que son destinatarios legítimos de dicho pago y la necesidad de atender prioritariamente los intereses y las oportunidades que requieren en su condición de población vulnerable, considerando el órgano emisor que resulta conveniente promover egresos penitenciarios de internos condenados por omisión de asistencia familiar, siempre que su otorgamiento esté expresamente condicionado al pago íntegro de las deudas pendientes, pretendiéndose también con dicha medida contrarrestar la superpoblación penal que aqueja al Sistema Penitenciario peruano a nivel nacional.

15.4. Con fecha veintisiete de marzo de dos mil veinte se publicó en el diario oficial “El Peruano” la Ley N° 31011, Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en diversas materias para la atención de la emergencia sanitaria producida por el COVID-19. En el marco de la declaratoria de emergencia sanitaria a nivel nacional que fue promulgada por el gobierno desde el quince de marzo de dos mil veinte (Decreto Supremo N° 044-2020-PCM), se otorgó al Poder Ejecutivo la facultad de legislar por el término de cuarenta y cinco (45) días calendario, contados a partir de la vigencia de la citada ley. En ejercicio de la delegación legislativa expide el **Decreto Legislativo N° 1459**, que optimiza la aplicación de la **conversión automática** de la pena privativa de la libertad a penas alternativas para personas condenadas por el delito de omisión de asistencia familiar, a fin de reducir el hacinamiento penitenciario y evitar contagios de Covid-19.

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 24069-2021
HUAURA**

15.5. *Resolución Administrativa N° 119-2020-CE-PJ*, que habilita competencia a los órganos jurisdiccionales de emergencia de los Distritos Judiciales del país para tramitar solicitudes de conversión automática de penas que presenten las personas condenadas por el delito de omisión a la asistencia familiar.

15.6. La precitada delegación de facultades para legislar conferida al Poder Ejecutivo mediante Ley N° 31011, ha permitido la emisión del Decreto Legislativo N° 1459, publicado el catorce de abril de dos mil veinte, que establece disposiciones de carácter excepcional para optimizar la aplicación de la conversión automática de la pena para personas condenadas por delito de omisión de asistencia familiar, a fin de reducir el deshacinamiento de establecimientos penitenciarios y evitar contagios de la COVID-19, que ha significado la respuesta a pronunciamientos internacionales como la Resolución N° 1/2020, denominada “Pandemia y derechos humanos en las Américas”, del diez de abril de dos mil veinte que regula: “(...) en ejercicio de las funciones que le son conferidas por el artículo 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en aplicación del artículo 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 18.b de su Estatuto, la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos formula las siguientes recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros: [...] 46. Adoptar medidas para enfrentar el hacinamiento de las unidades de privación de la libertad, incluida la reevaluación de los casos de prisión preventiva para identificar aquéllos que pueden ser convertidos en medidas alternativas a la privación de la libertad, dando prioridad a las poblaciones con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del COVID-19, principalmente las personas mayores y mujeres embarazadas o con hijos lactantes (...)”.

15.7. La materialización de la Recomendación ha sido respondida a través de los Decretos Supremos N°s 44-2020-PCM y modificatorias, de fecha veinticinco de marzo de dos mil veinte, que declara Estado de Emergencia Nacional por las

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°24069-2021
HUAURA**

graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19 y la amplía.

15.8. Por su parte, el Poder Judicial en ese contexto nacional emite la también mencionada Resolución Administrativa N° 000119-2020-CE-PJ del quince de abril de dos mil veinte, a través de la cual se resolvió: *“Habilitar competencia a los órganos jurisdiccionales de emergencia de los Distritos Judiciales del país, para tramitar solicitudes de conversión automática de penas que presenten las personas condenadas por el delito de omisión a la asistencia familiar, conforme lo dispone el Decreto Legislativo N° 1300, modificado por el Decreto de Urgencia N° 008-2020. Remitiéndose el informe de la Unidad de Equipo Técnico Institucional del Código Procesal, para los fines pertinentes”*.

15.9. La lectura del texto normativo contenido en el **Decreto Legislativo N° 1459**, a través del cual se modificó el **procedimiento especial de conversión de penas privativas de libertad en ejecución**, comunica que la finalidad inmediata pretendida es que los sentenciados por el **delito de omisión a la asistencia familiar** puedan acceder a este beneficio acreditando el pago de la reparación civil y la deuda alimenticia actualizada. Tal modificación ha suprimido ciertos requisitos de procedencia que limitaban la cantidad de condenados que podían beneficiarse, permitiendo que personas que se encuentran reclusas por una revocación de la suspensión de la pena, o de algún otro beneficio, puedan acogerse a la misma. Ello produce mayor celeridad en este procedimiento de conversión de penas, lo cual se adecúa al estado de emergencia sanitaria que afronta el país por el Covid-19. Su objeto comprende tres aspectos: optimizar el egreso penitenciario anteladamente, promover el pago de la reparación civil y deuda alimentaria y contribuir a la disminución de la sobrepoblación (hacinamiento) penitenciaria.

15.10. Es pertinente anotar que tanto el Decreto de Urgencia N° 008-2020 como el Decreto Legislativo N° 1459, buscan promover la **reconversión** de pena privativa

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°24069-2021
HUAURA**

previo pago de la reparación civil y de la deuda alimenticia acumulada, así como también tienen como fin descongestionar el hacinamiento que existe en los penales, diferenciándose en que ahora el procedimiento especial de conversión de pena se ha simplificado, toda vez que con el mencionado Decreto de Urgencia para la adopción del pedido de conversión se exigía que el juzgador lleve a cabo una audiencia donde se debían evaluar los argumentos planteados por el interno sentenciado; sin embargo, con el Decreto Legislativo precitado dicho procedimiento cambió, ya que no se exige la realización de una audiencia, de allí que haga mención a la conversión automática de la pena.

15.11. En virtud de lo glosado y, considerando la motivación expuesta sobre el particular por el Primer Juzgado Unipersonal, Flagrancia, OAF y CEED de Barranca de la Corte Superior de Justicia de Huaura, es necesario determinar si la inaplicación normativa es válida o justificada constitucionalmente, lo que va en línea con la estructura de trabajo de esta Sala Suprema encaminada a establecer si el control difuso ejercido por el precitado órgano de justicia ha sido válido o no, traducida en la motivación de la decisión judicial, determinando si dicha actuación está conforme a los fines de salvaguardar la hegemonía de las normas constitucionales, sin que se vulnere la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, ni exista una actuación contra el ordenamiento jurídico, ni se utilice el control difuso para fines distintos a los autorizados. Para ello, los lineamientos a seguir serán los establecidos como doctrina jurisprudencial vinculante fijados en la Casación N° 1618-2016-Lima Norte, como ya se ha adelantado.

Evaluación del ejercicio de control difuso en el caso particular

DÉCIMO SEXTO: El caso concreto nos presenta un panorama en el que por medio de la regulación prevista en el párrafo final del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1300, en el caso concreto no procede ría la conversión automática

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 24069-2021
HUAURA**

de la pena privativa de la libertad por pena alternativa, desde que el sentenciado por delito de omisión a la asistencia familiar no ha presentado la certificación del pago íntegro de la deuda alimenticia actualizada al momento que solicitó la conversión y, en ese contexto, la excarcelación del condenado Julio Enrique Bazalar Collantes no procedería, lo que conllevaría a la no concretización de los objetivos inmediatos que se persigue con la norma en mención, como son el reducir el hacinamiento penitenciario y evitar contagios del Covid-19 y sus cepas; además, afectaría los derechos de los beneficiados con la asignación de una pensión alimenticia fijada por el órgano judicial, desde que la continuación de la reclusión del obligado/sentenciado impediría el desarrollo de alguna actividad productiva que le genere ingresos para continuar cumpliendo con el deber/obligación a su cargo; en ese estado de cosas, se hace necesario analizar si la inaplicación del requisito de procedencia señalado (artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1300, modificado por el Decreto de Urgencia N° 008-2020 y Decreto Legislativo N° 1459) puede considerarse como válida o justificada, requiriendo para ello pasar por los filtros (reglas) que se establecen en la Casación N° 1618-2016-Lima Norte, esto es, partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de la norma legal impugnada, realizar el juicio de relevancia, efectuar una labor interpretativa exhaustiva y aplicar el test de proporcionalidad.

16.1. Partimos de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad, esto es, que se encuentra libre de vicios formales o materiales, cuyo contenido se vincule directamente con la optimización de los principios, valores y derechos que pretenden cautelar y proteger. Así, se aprecia que el aspecto formal del precitado texto legal se ve satisfecho, al observarse que su expedición se ha producido dentro del contexto contemplado en el ordenamiento constitucional, según se lee del contenido normativo del artículo 104 de la Carta Magna, sobre la delegación de facultades que el Congreso otorga al Poder Ejecutivo para legislar mediante Decretos Legislativos sobre materia específica y por el plazo determinado establecido en la propia ley autoritativa, que en el caso concreto lo constituye la

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°24069-2021
HUAURA**

Ley N° 31011 (artículo 2 numerales 1 y 7), Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en diversas materias para la atención de la emergencia sanitaria producida por el COVID-19, dentro del plazo de cuarenta y cinco (45) días calendario. En lo concerniente a su aspecto material o de fondo, éste puede vincularse con la afectación a una norma sustantiva de la Constitución Política, por ejemplo, derechos fundamentales, garantías institucionales, principios constitucionales, prohibiciones, entre otros. La infracción material a la Constitución es única, esto es, la que deriva del hecho que una norma con rango de ley afecte una norma sustantiva del texto fundamental, que es lo que ha de verificarse en el presente caso.

16.2. El juicio de relevancia, que comprende el ejercicio del control difuso, significa que el órgano jurisdiccional tendrá que justificar y especificar en qué medida la solución del caso controvertido depende de la validez de la norma que se cuestiona, en cuya situación no es suficiente que la misma sea aplicable y relevante para resolver el conflicto intersubjetivo de intereses que se conoce, sino que, además, la judicatura exponga en qué medida la validez o invalidez del precepto cuestionado condiciona la solución del conflicto sometido a su conocimiento.

En ese propósito, fluye de la sentencia del Primer Juzgado Unipersonal, Flagrancia, OAF y CEED de Barranca de la Corte Superior de Justicia de Huaura que inaplica el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1300, modificado por el Decreto de Urgencia N° 008-2020 y Decreto Legislativo N° 1459, que sobre el particular anota: *“4. (...) se tiene que la esencia y finalidad del Decreto Legislativo N° 1300, modificado por el Decreto de Urgencia N° 008-2020 y Decreto Legislativo N° 1459, es reducir el hacinamiento penitenciario y evitar contagios de COVID-19 (...), da la posibilidad de otra sanción de distinta naturaleza -extra muros-, con lo que se seguiría cumpliendo la condena, y ello además para garantizar el derecho a la vida y la salud -derechos que no le han sido privados al sentenciado-, al igual*

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 24069-2021
HUAURA

que el derecho del interés superior al niño (al ser cumplir la condena extra muro, es posible asegurar el cumplimiento de las pensiones alimenticias). Siguiendo esta línea de ideas, además es poco probable que con una norma que exige el pago de la reparación civil (fuero penal) y además las pensiones alimenticias (fuero civil), el condenado pueda realizar dichos pagos, al seguir privado de su libertad; por ello la aplicación de dicha norma al caso concreto no supera el sub principio de idoneidad del conocido test de proporcionalidad, así mismo tampoco el de necesidad, norma que colisiona con los artículos 2 numeral 1 de la Constitución Política del Perú, por lo que, se justifica la inaplicación de dicha norma al no superar el test de necesidad dado que el sentenciado continuará con el cumplimiento de su condena extra muros lográndose así los fines de la pena, menos el principio de proporcionalidad al exigirle que pese a no tener mayores ingresos deba estar al día con el pago de las pensiones alimenticias – que son cauteladas en el fuero civil, no superando el test de proporcionalidad el Decreto Legislativo N° 1300, modificado por el Decreto de Urgencia N° 008-2020 y Decreto Legislativo N° 14 59, con lo dispuesto en el artículo 3 de la Constitución Política.⁴”

Los términos expuestos por el Primer Juzgado Unipersonal, Flagrancia, OAF y CEED de Barranca de la Corte Superior de Justicia de Huaura, superan el juicio de relevancia, ya que el caso de autos presenta una situación en la que de exigirse el requisito de la certificación del pago íntegro de la deuda alimenticia actualizada al momento que se solicita la conversión, imposibilitaría la realización de los objetivos pretendidos con la norma inaplicada, esto es, reducir la sobrepoblación carcelaria y evitar contagios de Covid-19, propósitos directamente vinculados con los derechos fundamentales a la vida y la salud, además de afectarse los derechos de los niños y adolescentes, inmediatos beneficiarios de las pensiones alimenticias, que en el caso particular se trata de los menores hijos del sentenciado.

⁴ Numeral 4 de la parte considerativa del auto objeto de consulta.

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 24069-2021
HUAURA**

16.3. Efectuar una labor interpretativa exhaustiva, esto es, que el órgano de justicia, en este caso, haya agotado los recursos y técnicas interpretativas para salvar la constitucionalidad del párrafo final del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1300, modificado por el Decreto de Urgencia N° 008- 2020 y Decreto Legislativo N° 1459. Sobre el particular, se aprecia que la lectura de la sentencia revela el examen sobre la constitucionalidad de la norma en mención, precisa las razones por las que considera que dicho articulado no resiste un exhaustivo examen de constitucionalidad, considerando que no hay posibilidad de interpretación constitucional del mismo en la medida en que la aplicación del articulado materia de control constitucional no solo afecta los derechos a la vida y salud del interno sentenciado Julio Enrique Bazalar Collantes, sino también los de sus menores hijos a favor de quien el órgano judicial civil ha fijado una pensión alimenticia.

Aplicación del Test de Proporcionalidad

DÉCIMO SÉPTIMO: En este extremo nos asistimos de los métodos de interpretación constitucional, entre los que se cuentan al test de proporcionalidad, que se constituye en un instrumento metodológico que se emplea para medir si el grado de limitación o restricción de un derecho fundamental, dispuesto por la ley o por alguna medida gubernamental, resulta compatible con la Constitución Política del Estado, con atención a la razonabilidad y proporcionalidad de la afectación del derecho involucrado. En el caso particular, el test de proporcionalidad está referido a una antítesis entre los principios y derechos constitucionales que subyacen tras la aplicación del requisito formal previsto en el modificado artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1300, para la procedencia de la conversión automática de la pena privativa de la libertad, referido a la certificación del pago íntegro de la deuda alimenticia actualizada al momento que se solicita la conversión, en relación con los derechos fundamentales a la vida, la salud, la familia e interés superior del niño.

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°24069-2021
HUAURA**

17.1. El juicio de proporcionalidad o test de proporcionalidad, cuyo origen es atribuido a la justicia germánica, es en la doctrina y jurisprudencia internacional no solo el medio más idóneo de arribar a la ponderación, sino también de realizarla. A nivel dogmático Robert Alexy ha establecido una estructura de tres niveles para la aplicación del test de proporcionalidad. El eje del cual parte su teoría es la consideración de los derechos fundamentales como principios. En tanto principios, los derechos fundamentales constituyen mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas y jurídicas. La verificación respecto de las posibilidades de hecho en que pueden ser cumplidos los derechos fundamentales corre a cuenta de los subprincipios de idoneidad y necesidad, en tanto que el análisis respecto de las posibilidades de cumplimiento de los derechos fundamentales en cuanto a sus posibilidades jurídicas, corresponde al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación⁵.

17.2. La proporcionalidad se encuentra estructurada, a su vez, en tres subprincipios o niveles de evaluación: idoneidad o adecuación de la medida, necesidad o indispensabilidad de la medida, y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación de los principios enfrentados, los mismos que la doctrina nacional concibe como una estructura triádica, a saber: idoneidad, necesidad y ponderación⁶. El análisis acerca si la norma impugnada supera el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, es una labor que debe estar precedida de la identificación de los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención.

17.3. Primer nivel de análisis: Subprincipio de idoneidad

⁵ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción de Carlos Bernal. 2ª edición, CEC, páginas 92 y 93

⁶ GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del TC Peruano en: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br>.

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°24069-2021
HUAURA**

17.3.1. El examen de idoneidad de la medida requiere la identificación de un fin de relevancia constitucional y la determinación de si aquélla es idónea o adecuada para lograrlo, esto es, la vinculación de los medios, la finalidad y el objetivo pretendido, donde las medidas se relacionan con fines constitucionales y a la par se persigue el logro de estados de cosas tangibles, de tal manera que se proscriben las medidas que perjudiquen o afecten la vigencia de algún principio constitucional, cuando estas no promuevan, coetáneamente, la vigencia o realización de algún otro.

17.3.2. En el caso que nos convoca se aprecia que la norma penal inaplicada, en virtud de la cual se restringe el derecho del sentenciado a obtener la conversión de la pena privativa de libertad, tiene como finalidad la de garantizar el derecho alimentario de los niños y adolescentes, por lo que al exigirse la acreditación del pago de la manutención alimentaria actualizada hasta la presentación de la solicitud de conversión de pena, en abstracto se aseguraría su finalidad; sin embargo, tal finalidad no deviene aplicable al caso de autos, dado que de no cumplirse con dicho requisito se impediría la conversión de la pena y se mantendría la reclusión del sentenciado Julio Enrique Bazalar Collantes le impediría agenciarse de medios económicos necesarios para cumplir con el deber legal y el mandato judicial de acudir con la pensión alimenticia fijada a favor de sus menores hijos Leonardo Marcial y Julio Jesús Bazalar Condori, por lo que lo contrario generaría justamente poner en peligro inminente ese derecho superior de los menores a percibir los alimentos que por ley le corresponde, desde que la permanencia de la reclusión no coadyuva a tal propósito y, por el contrario, los desampara; asimismo, se debe tener en cuenta el contexto en que se emite la norma objeto de análisis, esto es, en uno en que los centros penitenciarios se encuentran hacinados resultando peligrosos contra la vida y salud por el contagio del Covid-19, siendo también otra de las finalidades perseguidas aminorar los graves perjuicios que se podrían generar con la reducción de personas reclusas, además que con el impedimento para obtener la reconversión de pena se pondría

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°24069-2021
HUAURA**

en riesgo la vida y la salud del interno debido al Covid-19, que justamente la norma pretende evitar con su incorporación en nuestro ordenamiento jurídico. Por lo expuesto, teniendo en cuenta, además, que en el caso particular el mencionado interno ha satisfecho el adeudo alimenticio devengado, se tiene que este primer juicio de idoneidad no es superado por la norma objeto de control.

17.3.3. Con lo expresado hasta aquí sería suficiente para considerar justificada la inaplicación de la norma penal cuestionada; sin embargo, es conveniente verificar si la evaluación de los otros sub principios asienten lo expuesto anteriormente.

17.4. Segundo nivel de análisis: Subprincipio de Necesidad

17.4.1. El examen de necesidad requiere que la medida restrictiva adoptada sea la menos gravosa para el principio constitucional afectado, entre todas aquellas que era posible elegir para promover la vigencia del otro, lo que permite advertir dos etapas: *primero*, establecer la existencia de medidas alternativas que, siendo por lo menos igualmente satisfactorias, permitan satisfacer la finalidad perseguida (necesidad teleológica); y *segundo*, una vez determinada la existencia de estas medidas, establecer si es que se ha elegido aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se interviene (necesidad técnica)⁷.

17.4.2. En el caso particular, buscándose el mínimo de intervención en el derecho fundamental, se aprecia que la aplicación de la norma penal bajo control no supera el test de necesidad, en el presente caso en particular, toda vez que existen otras medidas que pueden lograr lo que en abstracto se pretende con ella, esto es, que el sentenciado Julio Enrique Bazalar Collantes pueda seguir cumpliendo con su obligación alimentaria para con sus menores hijos, ya que para alcanzar el objetivo que se pretende existen otras medidas que no resultan limitativas, como viene a ser la conversión de la pena privativa de la libertad a la pena alternativa limitativa

⁷ Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2009/junio/11/1.pdf>.

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°24069-2021
HUAURA**

de derechos en la modalidad de prestación de servicios a la comunidad y, con ello, lograr también la finalidad de la norma penal en cuanto persigue disminuir los niveles de hacinamiento en los establecimientos penitenciarios y evitar el contagio por Covid-19, objetivos directamente vinculados con los derechos involucrados tutelados como los de salud, vida y familia, principalmente; en ese orden de ideas, el precepto penal tampoco supera este segundo subprincipio de necesidad.

17.5. Tercer nivel de análisis: Subprincipio de Proporcionalidad en sentido estricto o ponderación

17.5.1. El examen de ponderación implica compulsar los derechos y principios que han entrado en conflicto para determinar cuál de ellos debe prevalecer sobre el otro en el caso concreto, es decir, que en este juicio de ponderación corresponde determinar si el grado de afectación de los derechos constitucionales es menor en comparación con el grado de satisfacción del derecho o bienes constitucionales que se pretende concretar con la medida legislada; en otras palabras, si resulta justificable la inaplicación de la exigencia del cumplimiento del requisito de la certificación del pago íntegro de la deuda alimenticia actualizada al momento que se solicita la conversión de la pena privativa de la libertad por una pena alternativa.

17.5.2. Para el presente caso, el balance del costo y beneficio que resulta de la aplicación del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1300, modificado por el Decreto de Urgencia N° 008-2020 y Decreto Legislativo N° 14 59, consistente en acreditar el pago de la manutención alimenticia actualizada hasta la presentación de la solicitud de conversión de pena, guarda un grado de intensidad de satisfacción menor en contraste con el grado de intensidad de afectación del derecho del niño y adolescente a percibir alimentos, en este caso, a los menores Leonardo Marcial y Julio Jesús Bazalar Condori, dado que de la comparación de la medida efectiva y el derecho fundamental que se compromete con el medio (pena privativa de libertad) resulta afectado el interés superior del niño que protege la Constitución

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°24069-2021
HUAURA**

Política, además de verse comprometidos la afectación de los derechos a la vida y la salud del sentenciado Julio Enrique Bazalar Collantes, al continuar hacinado en el establecimiento penitenciario de Carquín y con potencial riesgo de contagio Covid-19. Esto es así, atendiendo a que si bien es razonable y lógico garantizar el pago de las pensiones alimenticias a cargo del mencionado condenado, sin embargo, en el caso concreto condicionar la conversión de la pena al cumplimiento del pago de las pensiones actualizadas hasta el momento de presentación de la solicitud de conversión referida, significaría la afectación de los derechos fundamentales invocados; por tanto, este tercer y último juicio del test tampoco es superado por la norma penal controlada.

DÉCIMO OCTAVO: Por las razones expuestas, el párrafo final del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1300, modificado por el Decreto de Urgencia N° 008-2020 y Decreto Legislativo N° 1459, al establecer como requisito para la conversión automática de la pena la certificación del pago de la deuda alimenticia actualizada al momento que se solicita la conversión en el caso concreto, colisiona directamente con el derecho de protección a la familia y el derecho alimentario de los menores Leonardo Marcial y Julio Jesús Bazalar Condori, así como los derechos a la vida y la salud del sentenciado Julio Enrique Bazalar Collantes quien permanecería en el Centro Penitenciario de Carquín con el riesgo de contagiarse del Covid-19, recogidos en los artículos 2 numeral 1 y 7 de la Carta Magna, éste último, en atención a que la redacción de la norma penal inaplicada revela que el cumplimiento del requisito para la conversión de la pena implica en lo práctico que el Juez Penal se encuentre en una especie de dependencia a lo que determine el Juez Civil, o, peor todavía sustituirse a él, para definir si el monto exigido corresponde exactamente a la pensión alimenticia actualizada, todo ello para determinar si el sentenciado incurre o no en deuda alimenticia.

DÉCIMO NOVENO: En consecuencia, la actuación del Primer Juzgado Unipersonal, Flagrancia, OAF y CEED de Barranca de la Corte Superior de Justicia

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°24069-2021
HUAURA**

de Huaura, al preferir las normas constitucionales a la ley ordinaria, no hace más que reconocer el principio de jerarquía normativa que nuestro ordenamiento constitucional prevé en su artículo 138 segundo párrafo. En tal virtud, corresponde aprobar el auto de conversión de pena consultado en cuanto inaplica al caso concreto el último párrafo del artículo 4 del Decreto Legislativo N°1300, modificado por el Decreto de Urgencia N° 008-2020 y Decreto Legislativo N° 1459, por incompatibilidad con los artículos 2 numeral 1 y 7 de la Constitución Política del Estado, conforme a las circunstancias y por las razones esgrimidas precedentemente.

V. DECISIÓN:

Por estas consideraciones y de conformidad con lo regulado además por el artículo 409 del Código Procesal Civil, **APROBARON** el auto de conversión de pena emitido por el Primer Juzgado Unipersonal, Flagrancia, OAF y CEED de Barranca de la Corte Superior de Justicia de Huaura, mediante resolución número dos de fecha uno de octubre de dos mil veintiuno, obrante a fojas veinticinco del cuaderno de conversión de pena, en el extremo que realiza el control difuso declarando **inaplicable** al caso el párrafo final del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1300, modificado por el Decreto de Urgencia N°008-2020 y Decreto Legislativo N°1459, por incompatibilidad con los artículos 2 numeral 1 y 7 de la Constitución Política del Estado; en el proceso seguido contra *Julio Enrique Bazalar Collantes*, por el delito contra la familia en su modalidad de omisión a la asistencia familiar, en agravio de los menores *Leonardo Marcial* y *Julio Jesús Bazalar Collantes*; y los devolvieron. ***Interviene como ponente la señora Jueza Suprema Barra Pineda.***

S.S.

CALDERÓN PUERTAS

BURNEO BERMEJO

YALÁN LEAL

BARRA PINEDA

RUIDIAS FARFÁN

Bala/cda..