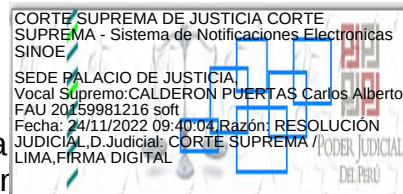


Corte Suprema de Justicia de la República
Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente



CONSULTA
EXPEDIENTE N°15234-2021
HUAURA

Lima, cuatro de noviembre de dos mil veintidós

VISTOS; con el expediente principal, así como el cuaderno de consulta formado en este Tribunal Supremo; y, **CONSIDERANDO:**

I. OBJETO DE LA CONSULTA.

Es materia de consulta ante esta Sala Suprema, la resolución N.º 07, de fecha 21 de julio de 2021, obrante a página 65 del expediente principal, emitida por el Primer Juzgado Penal Unipersonal para Procesos de Flagrancia, OAF y CEED – Sede Huaral de la Corte Superior de Justicia de Huaura, consultada por haber realizado control difuso **inaplicando el Decreto Legislativo N.º 1300 modificado por el Decreto de Urgencia N.º 008-2020 y Decreto Legislativo N.º 1459** en su artículo 4 inciso e), declarando fundado el pedido de conversión de la pena del sentenciado a 58 jornadas de prestación de servicios a la comunidad.

II. REFERENCIAS PRINCIPALES DEL PROCESO.

2.1. Solicitud

Mediante escrito de fecha 05 de abril de 2021 obrante a página 02 del expediente principal, el Defensor Público de José Patricio Alfárez Catunta solicita la conversión de pena por penas alternativas de trabajo comunitario, fundamentando su pedido en que:

- Se ha dispuesto el internamiento del solicitante por el delito de omisión a la asistencia familiar, al haberse revocado la condicionalidad de la pena, ordenando su ejecución de manera efectiva por el término de 2 años y 7 meses.
- Se ha emitido el Decreto de Urgencia N.º 008-2020 a raíz del hacinamiento de los penales para promover el pago de la reparación civil, norma que es de aplicación para los casos de conversión de pena en casos de personas privadas de libertad por el delito de omisión a la asistencia familiar.
- Asimismo, el 14 de abril de 2020 se promulgó el Decreto de Urgencia N.º 1259-2020 que modificó el Decreto Legislativo N.º 1300 que regula el procedimiento

CONSULTA
EXPEDIENTE N°15234-2021
HUAURA

especial de conversión de pena privativas de libertad por penas alternativas sin ejecución de condena, para efectivizar la aplicación de la conversión automática de la pena, por ello, solicita el beneficio penitenciario de conversión de pena por trabajos comunitarios, en consecuencia, se ordene su inmediata libertad del centro penitenciario.

2.2. Auto de Conversión de la Pena

El Juez del Primer Juzgado Penal Unipersonal para Procesos de Flagrancia, OAF y CEED – Sede Huaral de la Corte Superior de Justicia de Huaura, considera que en el presente caso existe un conflicto entre el Decreto Legislativo N.° 1300, modificado por el Decreto de Urgencia N.°008-2020 y Decreto Legislativo N.°1459 en su artículo 4 inciso e) con los artículos 2 numeral 1, 4, 7 y artículo 139 de la Constitución Política, pues la esencia y finalidad de las modificaciones al Decreto Legislativo N.° 1300 es reducir el hacinamiento penitenciario y evitar contagios de COVID-19, que ha cobrado un sin número de vidas, dando la posibilidad de otra sanción de distinta naturaleza para garantizar el derecho a la vida, y la salud. Además, es poco probable que, con las dos exigencias de la norma: el pago íntegro de la reparación civil y además las pensiones alimenticias, el condenado pueda realizar dichos pagos al estar privado de libertad, por tanto, se encuentra justificada la inaplicación de la norma, dado que el sentenciado continuará con el cumplimiento de su condena *extra muros*, lográndose así los fines de la pena.

III. SOBRE EL CONTROL CONSTITUCIONAL:

Primero: Examen de constitucionalidad

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

Segundo: Control difuso

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N°15234-2021
HUAURA

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

2.2. A su vez, el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que cuando los jueces al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualesquiera clase de procesos o especialidad, 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. Norma que debe ser concordada con el primer párrafo del artículo VI, del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que desarrolla los alcances del control judicial de constitucionalidad llamado también control difuso¹ y que contiene el siguiente enunciado: *"Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución (...)".*

Tercero: Presupuestos del control constitucional

3.1. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha fijado los presupuestos que deben tener en cuenta los jueces cuando inapliquen las normas legales por ser incompatibles con las normas constitucionales. Por citar un ejemplo, en el caso Gamero Valdivia, Expediente N°1109-2002-AA/TC, sentencia del 6 de agosto de 2002, se dejó establecido que: *"6. (...) El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez (...). El control difuso es un*

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N°15234-2021
HUAURA

acto complejo en la medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no es un acto simple, y para que él sea válido se requiere de la verificación, en cada caso, de los siguientes presupuestos: **a.** Que, en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional. **b.** Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia. **c.** Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional². La disposición bajo comentario establece los márgenes dentro de los cuales el juez puede ejercer la facultad de inaplicar una norma por ser incompatible con la Constitución. El control de constitucionalidad se ejercita con el único propósito de resolver una “controversia”, concepto que según Edgar Carpio no puede entenderse de manera restringida, en el sentido de comprender solo a los conflictos intersubjetivos surgidos al amparo del derecho privado, sino que involucra la solución de cualquier caso concreto penal, administrativo, constitucional, etcétera³.

3.2. Asimismo, esta Sala Suprema con fecha 16 de agosto de 2016 ha emitido pronunciamiento respecto de la **Consulta N° 1618-2016-LIMA NORTE**, estableciendo que el fundamento de su segundo considerando constituye **doctrina jurisprudencial vinculante**; en el cual se precisó que: “**2.2.3. El control difuso conlleva una labor compleja que ineludiblemente debe ser observada por los jueces y traducida en la motivación de la decisión judicial, en tanto garantiza que están actuando conforme a los fines de preservar la supremacía de la norma constitucional, que no están vulnerando la presunción de legitimidad y**

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

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N°15234-2021
HUAURA

*constitucionalidad de las leyes, no están actuando contra el ordenamiento jurídico, ni utilizando el control difuso para fines distintos a los permitidos.” Y en el fundamento 2.5 ha enfatizado las siguientes **reglas para el ejercicio del control difuso judicial**: “i. Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales (...). ii. Realizar el juicio de relevancia, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso, (...). iii. Identificada la norma del caso, el juez debe efectuar una **labor interpretativa exhaustiva** distinguiendo entre disposición y norma;(...). iv. En esencia el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la inaplicación al caso particular, es exigencia ineludible iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia, examinando si la medida legal en cuestión, supera el examen de idoneidad (...), el examen de necesidad (...) y el examen de proporcionalidad en sentido estricto (...)”.*

3.3. Del mismo modo, esta Sala Suprema en la resolución dictada el 22 de julio de 2014 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, por el sólo hecho de haber sido expedidas por el Órgano constitucional que tiene a su cargo la función legislativa, siguiendo para el efecto, todo un proceso de 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:

CONSULTA
EXPEDIENTE N°15234-2021
HUAURA

Cuarto: Normas legales inaplicadas

El auto consultado declara fundado el pedido de conversión de pena del sentenciado José Patricio Alfárez Catunta como autor del delito contra la familia en la modalidad de omisión a la asistencia familiar en agravio de Brayan Samir, Josué Hanover y Fernando José Alfárez Rojas, disponiendo su inmediata libertad y el cumplimiento de 58 Jornadas de prestación de servicios a la comunidad, **inaplicando el Decreto Legislativo N.º 1300, modificado por el Decreto de Urgencia N.º 008-2020 y Decreto Legislativo N.º 145 9 en su artículo 4 inciso e), por incompatibilidad constitucional con los artículos 2 numeral 1, 4, 7 y artículo 139 de la Constitución Política**, que exige como requisito el pago del íntegro de la deuda alimenticia actualizada al momento que se solicita la conversión.

Quinto: El procedimiento de conversión de penas

Las normas inaplicadas por el Primer Juzgado Penal Unipersonal, para Procesos de Flagrancia, OAF y CEED -Sede Huaral de la Corte Superior de Justicia de Huaura, regulan el Procedimiento Especial de Conversión de Penas Privativas de Libertad por Penas Alternativas en los casos de personas privadas de libertad por el delito de omisión de asistencia familiar; así:

- El **Decreto Legislativo N° 1300** , que regula el Procedimiento Especial de Conversión de Penas Privativas de Libertad por Penas Alternativas, en ejecución de Condena, publicado en el Diario Oficial *El Peruano*, el 30 de diciembre de 2016, fue modificado por el Decreto de Urgencia N.º 008-2 020, que establece 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, publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 9 de enero de 2020. La modificatoria tenía como fin promover el pago de la reparación civil y de la deuda alimenticia, así como contribuir a la disminución de la sobrepoblación en establecimientos penitenciarios. En ese sentido, señaló en su artículo 3 que: “(...) La pena privativa de libertad de una persona condenada por el delito de omisión de asistencia familiar puede convertirse automáticamente en una

CONSULTA
EXPEDIENTE N°15234-2021
HUAURA

pena alternativa, si certifica ante el juez el pago íntegro de la reparación civil y de la deuda alimenticia acumulada hasta el momento en que solicita la conversión. (...).”

- El **Decreto Legislativo N.º 1459** que optimiza la aplicación de la 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, publicado en el diario oficial El Peruano, el **14 de abril de 2020**, modificando los artículos 3 y 4 del Decreto Legislativo N° 1300, en el marco de la Declaratoria de Emergencia Sanitaria a nivel nacional, de la siguiente manera:

“Artículo 3. Procedencia

[...] La pena privativa de libertad de una persona condenada por el delito de omisión de asistencia familiar puede convertirse automáticamente en una pena alternativa con la sola certificación del pago íntegro de la reparación civil y de la deuda alimenticia acumulada hasta el momento en que solicita la conversión. La certificación del pago se realiza ante el juez sin mediar el desarrollo de la audiencia, a la que se hace referencia en el artículo 6. Para estos supuestos no es aplicable el literal b) del párrafo anterior.”

“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**”. [Resaltado agregado]

CONSULTA
EXPEDIENTE N°15234-2021
HUAURA

Sexto: Razones jurídicas señaladas para la inaplicación de las normas legales

6.1. La resolución, objeto de consulta, considera que el artículo 4 del Decreto Legislativo N.º 1300, modificado por el Decreto de Urgencia N.º 008-2020 y Decreto Legislativo N.º 1459 deviene en inaplicable, por cuanto considera que la misma colisiona con los artículos 2 numeral 1 (derecho a la vida), 4 (protección a la familia), 7 (derecho a la salud) y 139 (Principios y derechos de la función jurisdiccional) de la Constitución Política del Estado, señalando que si la esencia de las modificaciones al Decreto Legislativo N.º 1300 es reducir el hacinamiento penitenciario es poco probable que el condenado pueda cumplir con las dos exigencias prescritas (el pago íntegro de la reparación civil y las pensiones alimenticias) estando en prisión, lo que justifica la inaplicación de las normas porque no se cumple ni con las obligaciones alimentarias, ni con los fines de la pena y se propicia el hacinamiento penitenciario.

6.2. En ese sentido, teniendo en cuenta el desarrollo argumental de la resolución consultada, se desprende que el interno - sentenciado fue privado de su libertad al haberse revocado la suspensión de la pena; sin embargo, el mismo ha procedido a cancelar el monto que por concepto de reparación civil le impusieron en el Expediente N.º 3295-2013 en la suma de cinco mil ochocientos con 00/100 soles (S/. 5,800.00) y es, en base a esto último, que, ante el pedido de conversión de pena la misma fue declarada fundada, modificándose la pena efectiva a una de prestación de servicios a la comunidad; ello como consecuencia de la inaplicación del artículo 4 del Decreto Legislativo N.º 1300, modificado por Decreto de Urgencia N.º 008-2020 y Decreto Legislativo N.º 1459.

Sétimo: Hacinamiento de los establecimientos penitenciarios

7.1. Aunque la resolución venida en consulta fue emitida mientras estuvo en vigencia el Decreto Supremo que declaraba al país en situación de emergencia por la pandemia provocada por el Covid 19, este Tribunal Supremo debe descartar como argumento para inaplicar las disposiciones en controversia la referida disposición, desde que, conforme lo dispone el Decreto Supremo N.º 130-2022-PCM, publicado en el diario oficial El Peruano el 27 de octubre de 2022, la

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N°15234-2021
HUAURA

situación de emergencia ha concluido; sin embargo, que ese fundamento no pueda ser tenido en cuenta en estos momentos, no significa que no deban evaluarse las demás razones expuestas en la sentencia consultada.

7.2. En esa perspectiva, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.º 05436-2014-PH/TC respecto al hacinamiento en los establecimientos penitenciarios ha declarado que “existe un estado de cosas inconstitucional respecto del permanente y crítico hacinamiento de los establecimientos penitenciarios y las severas deficiencias en la capacidad de albergue, calidad de su infraestructura e instalaciones sanitarias, de salud, de seguridad, entre otros servicios básicos, a nivel nacional”⁴.

7.3. En la misma sentencia ha señalado que *“le corresponde al Estado, en el caso de las personas con restricción de su libertad personal, o privadas legítima y legalmente de ella, garantizar que, como consecuencia directa de dicho acto o disposición, no se vulneren los derechos fundamentales mencionados supra ni los demás derechos que no han sido restringidos de conformidad con la Constitución”*⁵.

7.4. Además, el máximo intérprete constitucional ha referido que el referido hacinamiento vulnera el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles, así como la prohibición de tortura, el respeto a la dignidad humana, su integridad física, psíquica y moral; asimismo ha hecho alusión que se debe respetar la vida de las personas privadas de libertad y en el fundamento 45 ha aludido, entre otros, al respeto al principio de salud, mientras que en los considerandos 49 a 51 ha mencionado los casos *García Asto vs. Perú*, *López Álvarez vs. Honduras* y *Montero Aranguren vs. Venezuela*, en las que desarrolla las notas sobre los derechos vulnerados que aquí se han mencionado.

Octavo: Juicio de proporcionalidad

⁴ Tercer punto resolutivo de la sentencia.

⁵ Fundamento jurídico 13.

CONSULTA
EXPEDIENTE N°15234-2021
HUAURA

8.1. A fin de resolver la presente causa, se hace necesario determinar: (i) si la medida resultaba idónea; (ii) si la medida resultaba necesaria; y, (iii) si la medida resultaba proporcional⁶, para lo cual se tendrá en cuenta lo siguiente:

a. Que, “la idoneidad -conforme lo señala el Tribunal Constitucional- consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin⁷”. Ello supone verificar si entre varias medidas posibles la que se ha optado resulta adecuada para cumplir el objetivo de la norma, que solo puede ser un objetivo constitucionalmente legítimo.

b. Que, el Tribunal Constitucional, en lo que atañe al examen de necesidad ha señalado: “para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir otra medida igualmente efectiva y adecuada para alcanzar el objetivo deseado y que suponga una menor restricción para el derecho fundamental o una menor carga para el titular. Para ello deben analizarse todas las medidas que el legislador podría haber utilizado y escoger la más benigna para el ejercicio del derecho fundamental⁸”.

c. Que, finalmente, en cuanto al juicio de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional ha sostenido que: “(...) para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose las dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental, al representar una valoración ponderativa de intereses contrapuestos, permitiendo la observación de todas las circunstancias relevantes para el caso (...)”⁹. El mismo Tribunal ha establecido un procedimiento para realizar el análisis de la proporcionalidad, por el que: (i) cuanto más grande es la limitación más importante debe ser el interés general que proteja; (ii) a más importancia

⁶ Expediente No. 012-2006-PI/TC, fundamento jurídico 32.

⁷ Expediente No. 00045-2004-PI/TC, fundamento jurídico 38.

⁸ Expediente No. 0030-2004-AI/TC, fundamento jurídico 6.

⁹ Expediente No. 0030-2004-AI/TC, fundamento jurídico 9.

CONSULTA
EXPEDIENTE N°15234-2021
HUAURA

del interés protegido mejor justificación a la limitación; y, (iii) a más intervención del derecho fundamental mayor necesidad de justificación legislativa¹⁰.

8.2. Estando a lo expuesto, en cuanto al **juicio de idoneidad** debe responderse a las siguientes interrogantes: (i) ¿La norma que interviene el derecho tiene un fin constitucionalmente válido? y (ii) ¿La norma es apta para conseguir esa finalidad? Al respecto se aprecia que de acuerdo al contenido del artículo 4 del Decreto Legislativo N.º 1300, modificado por el Decreto de Urgencia N.º 008-2020 y Decreto Legislativo N.º 1459, uno de los requisitos para que proceda la conversión de la pena para el delito de omisión a la asistencia familiar radica, no solo en cancelar la reparación civil, sino que también se pague el íntegro de las pensiones alimenticias adeudadas a la fecha en que se solicita la conversión; pero, si bien ello guarda la lógica del caso, el propósito de la norma acotada no se vería cumplida en el caso concreto, toda vez que la privación de la libertad constituiría un impedimento real para cumplir con los objetivos de la ley, desde que le imposibilitaría al condenado la obtención de fuentes económicas para el cumplimiento de su deber alimentario para con sus hijos; por consiguiente, la pena efectiva no promovería el cumplimiento objetivo de lo que se persigue tutelar, que en este caso se vincula con el principio del interés superior del niño, coligiéndose que la no conversión de la pena, por no cumplir con el pago total de los conceptos que la norma indica, no satisface el sub principio de idoneidad.

8.3. En lo que atañe al **subprincipio de necesidad** la interrogante a responder es la siguiente: ¿Existe otra medida igualmente efectiva para alcanzar el objetivo deseado? En este punto debe señalarse que, si bien es cierto que al no haber superado el subprincipio de idoneidad, ya no cabría analizar el presente subprincipio, no está demás manifestar que lo regulado en la norma consultada, atendiendo al hacinamiento de las cárceles en el Perú, revela que la aplicación de la norma penal precitada no supera el test de necesidad, dado que existen otras medidas a través de las cuales se puede conseguir lo que en abstracto se pretende con la norma (pago total de la reparación civil y pensiones alimenticias

¹⁰ Idem.

CONSULTA
EXPEDIENTE N°15234-2021
HUAURA

adeudadas), traducido en que el imputado pueda seguir cumpliendo con su obligación alimentaria, como sería a través de la conversión de la pena.

8.4. Finalmente, en cuanto al **examen de proporcionalidad** debe responderse ¿si el grado de realización del objetivo es equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental? Este Tribunal Supremo estima que no toda vez que, en el balance del costo y beneficio que resulta de aplicar la citada norma prohibitiva, el daño sería mayor en el caso concreto, que el beneficio que se pretende obtener, ya que la pena privativa de libertad efectiva afecta, de un lado, el derecho del niño y del adolescente a percibir alimentos, y, de otra parte, supone vulneración de derechos fundamentales del condenado.

8.5. En efecto, aplicar las normas en cuestión vulnerarían el derecho a la vida y a la salud, en tanto:

- a. El **derecho a la vida** recogido en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución Política del Estado prevé que toda persona tiene derecho **a la vida**, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. Sobre el particular se ha señalado¹¹: *"Nuestra Constitución Política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la **vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección**; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos tales derechos. [STC N° 01535-2006-PA, fundamento 83]. (...)*
12. Así, por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 1) *"Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona."*; por la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 3º) *"Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y*

¹¹ Expediente N° 2005-2009-PA /TC, fundamento 9 y 12.

CONSULTA
EXPEDIENTE N°15234-2021
HUAURA

a la seguridad de su persona."; y por el acto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6°) **"El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente"**, igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica- dispone en su artículo 4° inciso 1), que Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. (...)"

b. En cuanto al **derecho a la salud**, contemplado en el artículo 7° de la Constitución Política del Estado¹², el Tribunal Constitucional ha indicado¹³:
"(...) El derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe proteger tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida, para lo cual debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en ese sentido." Y ha agregado: *"la salud es derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida; y la vinculación entre ambos es irresoluble, ya que la presencia de una enfermedad o patología puede conducirnos a la muerte o, en todo caso, desmejorar la calidad de la vida. Entonces, es evidente la necesidad de efectuar las acciones para instrumentalizar las medidas dirigidas a cuidar la vida, lo que supone el tratamiento destinado a atacar las manifestaciones de cualquier enfermedad para impedir su desarrollo o morigerar sus efectos, tratando, en lo posible, de facilitar al enfermo los medios que le permitan desenvolver su propia personalidad dentro de su medio social. El derecho a la salud*

¹² **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.

¹³ Expediente N°2945-2003-AA/TC, fundamento 28.

CONSULTA
EXPEDIENTE N°15234-2021
HUAURA

*comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que **el Estado debe efectuar tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida. Ello comporta una inversión en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, así como la puesta en marcha de políticas, planes y programas en ese sentido***¹⁴. [Resaltado agregado].

8.6. Por otra parte, debe advertirse que una de las finalidades de las modificatorias del Decreto Legislativo N.º 1300, por el Decreto Legislativo N.º 1459, fue -en estricto- evitar la sobrepoblación y hacinamiento de los centros penitenciarios, sobre todo de los procesados por el delito de omisión a la asistencia familiar, de no poner en riesgo el derecho a la salud y con ello el derecho a la vida de quien se encuentra sentenciado por el delito antes indicado; por consiguiente, atendiendo que en el caso particular, el sentenciado ha cumplido con cancelar el monto por reparación civil fijado, no resulta justificado la exigencia del cumplimiento -en forma conjunta con la reparación civil- del pago de todas las pensiones alimenticias de manera actualizada al momento de presentar la solicitud de conversión de pena, pues, el no cumplir con dicha medida, implicaría no reducir el hacinamiento penitenciario, además que con la conversión de la pena se facilitaría el cumplimiento del pago de las pensiones alimenticias devengadas y las que pudieran devengarse, que es en estricto el fundamento de la emisión del Decreto Legislativo N.º 1300 en primer lugar.

8.7. En esa perspectiva, las razones que ha esgrimido el Primer Juzgado Penal Unipersonal, para Procesos de Flagrancia, OAF y CEED -Sede Huaral de la Corte Superior de Justicia de Huaura, a efectos de ejercer el control difuso (atendiendo al caso particular de autos), satisfacen los parámetros legales y jurisprudenciales reseñados en la presente resolución; dado que, se aprecia que, si bien uno de los

¹⁴ STC recaída en el expediente N° 2016-2004-AA/TC. FJ. 27.

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N°15234-2021
HUAURA

requisitos para la conversión de la pena, es el pago de la reparación civil y de las pensiones alimenticias, no se debe dejar de lado, que precisamente el pago de las pensiones alimenticias se asegura con la conversión de la pena. En consecuencia, existen factores objetivos suficientes que, en este caso concreto, justifican la inaplicación del artículo 4 inciso e) del Decreto Legislativo N.° 1300, modificado por el Decreto de Urgencia N.° 008-2020 y Decreto Legislativo N.° 1459; por incompatibilidad con el numeral 1 del artículo 2, y el artículo 7 de la Constitución Política del Estado.

III.- DECISIÓN:

Por estas consideraciones, **APROBARON** el auto contenido en la resolución N.° 07, de fecha 21 de julio de 2021, obrante a página 65, emitida por el Primer Juzgado Penal Unipersonal, para Procesos de Flagrancia, OAF y CEED de Huaral de la Corte Superior de Justicia de Huaura, consultada por haber declarado fundado el pedido de conversión de la pena **inaplicando el Decreto Legislativo N.° 1300, modificado por el Decreto de Urgencia N.° 008-2020 y Decreto Legislativo N.° 1459 en su artículo 4 inciso e)**, por incompatibilidad constitucional con los artículos 2 numeral 1, 4, 7 y artículo 139 de la Constitución Política del Perú; en el proceso penal seguido contra José Patricio Alfárez Catunta en agravio de menor de edad de iniciales B.S.A.R por el delito contra la familia en la modalidad de omisión a la asistencia familiar; y, *los devolvieron*. **Interviene como ponente el señor Juez Supremo Calderón Puertas.**

S.S.
CALDERÓN PUERTAS
BURNEO BERMEJO
YALÁN LEAL
BARRA PINEDA
RUIDIAS FARFÁN

Khm/spa