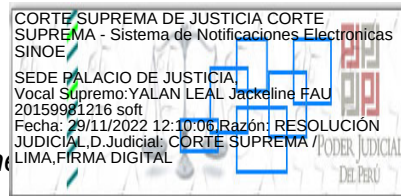


*Corte Suprema de Justicia de la República
Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente*



**CONSULTA
EXPEDIENTE N°14855-2021
HUAURA**

Lima, cuatro de noviembre
de dos mil veintidós

I. VISTOS; con el acompañado

1. Motivo de la elevación en consulta

Es materia de consulta la sentencia de conformidad, contenida en la resolución número seis, de fecha veinticuatro de junio de dos mil veintiuno, obrante a fojas veintiséis, expedida por el Primer Juzgado Penal Unipersonal para procesos de Flagrancia, Omisión a la Asistencia Familiar y Conducción de Vehículo en Estado de Ebriedad y Drogadicción de Huaral de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que declaró inaplicable el inciso 3 del artículo 57 del Código Penal, por incompatibilidad constitucional con el artículo 4 de la Constitución Política del Estado - Derecho al Interés Superior del Niño.

2. Resolución elevada en consulta

Mediante sentencia de conformidad, contenida en la resolución número seis, de fecha veinticuatro de junio de dos mil veintiuno, obrante a fojas veintiséis, expedida por el Primer Juzgado Penal Unipersonal para procesos de Flagrancia, Omisión a la Asistencia Familiar y Conducción de Vehículo en Estado de Ebriedad y Drogadicción de Huaral de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que declaró inaplicable el inciso 3 del artículo 57 del Código Penal, por incompatibilidad constitucional con el artículo 4 de la Constitución Política del Estado y, en mérito de ello, se condenó a Frank Kelvyn Borja Infantes como autor del delito Contra la Familia en la modalidad de omisión a la asistencia familiar en agravio de Luis Adrián Snayder Borja De la Cruz, representado por Nedalit Vanessa De la Cruz, a pena privativa de libertad de tres años y seis meses suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de un año sujeto a una serie de reglas de conducta.

II. CONSIDERANDO:

PRIMERO: DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°14855-2021
HUAURA**

1.1. El Fiscal Provincial del Despacho de Decisión Temprana de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaral, mediante escrito de fecha uno de agosto de dos mil diecinueve, obrante a fojas tres del acompañado, presentó requerimiento de incoación de proceso inmediato contra Frank Kelvyn Borja Infantes por la comisión del delito Contra la Familia - omisión a la asistencia familiar en su modalidad de incumplimiento a la obligación alimentaria, en agravio de Luis Adrián Snayder Borja de la Cruz. Generándose con dicho requerimiento el Expediente N°2269-2019-0-1302-JR- PE-01.

1.2. Mediante resolución número uno de fecha cinco de agosto de dos mil diecinueve, obrante a fojas siete del acompañado, se resolvió señalar fecha para llevarse a cabo la audiencia única de incoación de proceso inmediato el diecinueve de agosto de dos mil diecinueve, a las diez horas de la mañana.

1.3. Por resolución número dos de fecha diecinueve de agosto de dos mil diecinueve¹, se declaró fundado el requerimiento de incoación de proceso inmediato contra Frank Kelvyn Borja Infantes, por el delito de omisión a la asistencia familiar en agravio de Luis Adrián Snayder Borja De la Cruz representado por Nedalit Vanessa De la Cruz Contreras y se impuso en el mismo acto la medida de coerción personal de comparecencia simple contra el citado imputado.

1.4. Mediante escrito de fecha veintidós de agosto de dos mil diecinueve, obrante a fojas quince del acompañado, el Fiscal Provincial Penal del Despacho de Decisión Temprana de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaral, presentó requerimiento de acusación contra Frank Kelvyn Borja Infantes por la comisión del delito Contra la Familia en la modalidad de omisión a la asistencia familiar, sub tipo, de incumplimiento a la obligación alimentaria, en agravio de su menor hijo Luis Adrián Snayder Borja De la Cruz representado por Nedalit Vanessa De la Cruz Contreras. Tal requerimiento generó un incidente con el Expediente N°2269-2019-61-1302-JR -PE-01.

¹ Mediante resolución número seis de fecha veintiocho de setiembre de dos mil veinte, se tiene por reemplazado el acto de audiencia de fecha diecinueve de agosto de dos mil diecinueve, acto de audiencia que se dictó la resolución número dos.

CONSULTA
EXPEDIENTE N°14855-2021
HUAURA

1.5. Por resolución número uno de fecha seis de noviembre de dos mil veinte, obrante a fojas tres del expediente principal, se resolvió citar a la audiencia de juicio inmediato dispuesto por el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Huaral para el día quince de junio de dos mil veintiuno.

1.6. Mediante resolución número cuatro de fecha quince de junio de dos mil veintiunos se resuelve: Tener por no instalada la presente audiencia en el extremo de juicio oral por incomparecencia injustificada del acusado. Declarar Reo Contumaz al acusado Frank Kelvyn Borja Infantes, ordenándose su ubicación, captura y conducción compulsiva para que sea puesto en día y hora judicial ante el órgano jurisdiccional.

1.7. Mediante sentencia de conformidad, contenida en la resolución número seis de fecha veinticuatro de junio de dos mil veintiuno, obrante a fojas veintiséis del expediente principal, expedida por el Primer Juzgado Penal Unipersonal para procesos de Flagrancia, Omisión a la Asistencia Familiar y Conducción de Vehículo en Estado de Ebriedad y Drogadicción de Huaral de la Corte Superior de Justicia de Huaura, se declaró inaplicable el inciso 3 del artículo 57 del Código Penal, por incompatibilidad constitucional con el artículo 4 de la Constitución Política del Estado y, en mérito a ello, se aprobó el acuerdo celebrado entre el acusado, su abogado defensor y el representante del Ministerio Público y, además, se condenó a Frank Kelvyn Borja Infantes como autor del delito Contra la Familia en la modalidad de omisión a la asistencia familiar, en agravio de Luis Adrián Snayder Borja De la Cruz representado por Nedalit Vanessa De la Cruz Contreras a la pena privativa de libertad de **tres años y seis meses** suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de un año sujeto a una serie de reglas de conducta.

1.8. En ese contexto, como podemos observar, es objeto de consulta la inaplicación vía control difuso del inciso 3 del artículo 57 del Código Penal, por lo que, en primer término, se procederá a precisar las reglas para el ejercicio del control difuso y luego se verificará si en la sentencia consultada se ha procedido conforme a las mismas, para finalmente determinar si corresponde o no su aprobación.

CONSULTA
EXPEDIENTE N°14855-2021
HUAURA

SEGUNDO: EL CONTROL DIFUSO

2.1. La Constitución Política del Perú, en su artículo 138 prescribe: *“La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”,* asimismo, en el artículo 51 señala que: *“La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.*

2.2. El Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por el Decreto Supremo N° 017-93-JUS, en su artículo 14 señala que: *“[...] cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera. Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. [...] En todos estos casos los Magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece. [...]”* (subrayado agregado).

2.3. El Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente, en su artículo 408 prescribe que: *“La consulta sólo procedente contra las siguientes resoluciones de primera instancia que no son apeladas: 3. Aquella en la que el Juez prefiere la norma constitucional a una legal ordinaria. [...]. También procede la consulta contra la resolución de segunda instancia no recurrida en casación en la que se prefiere la norma constitucional. En este caso es competente la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema”* (subrayado agregado).

2.4. Por su parte, el Tribunal Constitucional en el décimo séptimo fundamento de la sentencia emitida en el Expediente N° 02132-2 008-PA/TC señaló que:

CONSULTA
EXPEDIENTE N°14855-2021
HUAURA

“[...] el control judicial difuso de constitucionalidad de las normas legales es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar inaplicable una ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que aquella resulta manifiestamente incompatible con la Constitución [...]. El control difuso es, entonces, un poder-deber del juez consustancial a la Constitución del Estado Democrático y Social de Derecho. [...]”.

2.5. En resumen, ante un supuesto en donde exista colisión entre una norma legal con una norma constitucional, corresponde que los órganos jurisdiccionales prefieran la última en conservación de la supremacía de la Constitución Política, garantizando la estabilidad de nuestro ordenamiento jurídico y dotando a la Nación de seguridad jurídica.

2.6. Ahora bien, el Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Constitucional y Contencioso Administrativo, en el Tema N° 02: El ejercicio jurisdiccional del Control Difuso en Autos y Sentencias, frente a la interrogante *¿cabe la elevación en consulta del control difuso ejercido en autos o solo respecto de sentencias?* y, en todo caso, *¿cuáles deben ser los criterios a ser observados por los jueces para ejercer el control difuso de la constitucionalidad normativa?*, se tiene que el Pleno acordó por unanimidad lo siguiente: “1.- *Procede ejercer control difuso de la constitucionalidad normativa contra autos. Su elevación en consulta deviene obligatoria si dicha resolución no es impugnada.* 2.- *Para el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad normativa, los jueces de la república deberán observar, en ese orden, los criterios de (1) fundamentación de incompatibilidad concreta, (2) juicio de relevancia, (3) examen de convencionalidad, (4) presunción de constitucionalidad, e (5) interpretación conforme*” (subrayado agregado), esto, guarda consonancia con lo desarrollado en la consulta del Expediente N°1618-2016-Lima Norte, la misma que fue emitida por esta Sala Suprema y que constituye doctrina jurisprudencial vinculante; por lo tanto, el examen de la sentencia elevada en consulta se llevará a cabo siguiendo los criterios antes descritos.

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°14855-2021
HUAURA**

TERCERO: CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL CASO CONCRETO

3.1. Es materia de control constitucional, el inciso 3 del artículo 57 del Código Penal que prescribe lo siguiente: *“El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes: 3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual”*.

3.2. La discusión que motivó la elevación en consulta, está enfocado en sopesar el requisito referido a que el agente que cometió el delito de omisión a la asistencia familiar en su modalidad de incumplimiento de obligación alimentaria no tenga la condición de reincidente o habitual para que el juzgador le pueda suspender la ejecución de su pena frente a la protección especial del niño y adolescente consagrado en el artículo 4 de la Constitución Política del Estado que prescribe lo siguiente: *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”* (subrayado agregado).

3.3. El aludido artículo 4 de la Constitución Política del Estado viene a ser el sustento principal del Primer Juzgado Penal Unipersonal para procesos de Flagrancia, Omisión a la Asistencia Familiar y Conducción de Vehículo en Estado de Ebriedad y Drogadicción de Huaral de la Corte Superior de Justicia de Huaura, para declarar la inaplicación del inciso 3 del artículo 57 del Código Penal, pues, alega que de no ser así, se pondría en peligro la protección especial y el interés superior del niño, ya que existiría el riesgo de que si el acusado va a prisión, se limiten las posibilidades de seguir cumpliendo las pensiones alimentarias a favor de su menor hijo, dado que sería más complicado encontrar los recursos económicos que le permitan cumplir con su obligación.

3.4. En ese contexto, esta Sala Suprema considera que es de mucha importancia determinar la factibilidad o no de suspender la ejecución de la pena

CONSULTA
EXPEDIENTE N°14855-2021
HUAURA

aun cuando el agente que cometió el delito de omisión a la asistencia familiar en su modalidad de incumplimiento de obligación alimentaria tenga la condición de reincidente o habitual, esto, a la luz de la protección especial que debe otorgarle la comunidad y el Estado al niño y al adolescente. Obviamente el objetivo es que no se ponga en peligro la subsistencia del niño y el adolescente a través de la pensión alimenticia a la que tienen derecho mientras les corresponda.

CUARTO: En estos términos, la decisión de optar por la inaplicación de una norma infra constitucional coloca siempre al Juez en un escenario de mayores poderes de discrecionalidad en la adopción de la decisión atinente al caso concreto; dado que, al no encontrarse en sujeción a una regla específica que dicte concretamente el modo en que deberá resolverse el asunto (como ocurre normalmente en la subsunción), su decisión se verá necesariamente dotada de mayor libertad.

Es por esta razón, que resulta necesario que el Juez sustente las razones por las cuales inaplica determinada norma. Al respecto, esta Corte Suprema en la **Consulta N° 1618-2016-LIMA NORTE**, reiterando el carácter vinculante de los Acuerdos del Primer Pleno Constitucional, y al amparo de lo previsto en el artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha establecido como doctrina jurisprudencial vinculante las siguientes reglas para el ejercicio del control difuso judicial:

- i. Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales, las que son de observancia obligatoria conforme lo prevé el artículo 109 de la Constitución Política, gozan de legitimidad en tanto hayan sido promulgadas conforme al procedimiento previsto en la Constitución, debiendo suponer a priori que la norma no viene viciada de legitimidad, en ese orden, quien enjuicie la norma esgrimiendo infracción a la jerarquía de la norma constitucional, debe cumplir con la exigencia de demostrar objetivamente la inconstitucionalidad alegada.
- ii. Realizar el juicio de relevancia, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso, debiendo los jueces ineludiblemente verificar si la norma cuestionada es aplicable permitiendo la subsunción de las premisas de hecho en los supuestos normativos, constituyendo la regla relevante y

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°14855-2021
HUAURA**

determinante que aporta la solución prevista por el ordenamiento jurídico para resolver el caso concreto; en tanto la inaplicación permitida es solo respecto de la norma del caso en un proceso particular.

iii. Identificada la norma al caso, el juez debe efectuar una labor interpretativa exhaustiva, distinguiendo entre disposición y norma, siendo el primero el texto o enunciado legal sin interpretar y la norma el resultado de la interpretación, por lo que, siendo el control difuso el que se ejerce cuando la disposición no admite interpretación compatible con la Constitución, es obligación de los jueces haber agotado los recursos y técnicas interpretativas para salvar la constitucionalidad de la norma legal; por el contrario, el uso indiscriminado acarrea inseguridad en relación a la aplicación de las normas, vulnerando el orden del sistema normativo.

iv. En esencia, el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva a 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 en cuestión supera el examen de idoneidad (de medio a fin), el examen de necesidad (de medio a medio) y el examen de proporcionalidad en sentido estricto (cuando mayor la intensidad de la intervención o afectación del derecho fundamental, debe ser mayor el grado de satisfacción u optimización del fin constitucional).

QUINTO: Teniendo en cuenta ello, apreciamos que en el caso concreto, la sentencia consultada no cumple con los parámetros señalados en el considerando precedente, ello a efecto de sustentar el control difuso en relación al inciso 3 del artículo 57 del Código Penal, puesto que, si bien señala que se estaría vulnerando el artículo 4 de la Constitución Política del Estado, no analiza cómo es que se estaría afectando el acotado derecho en el caso del imputado, ello de acuerdo a las situaciones particulares de aquel.

En efecto, el juez, tratándose de un delito Contra la Familia en la modalidad de Omisión a la asistencia Familiar, debió motivar debidamente su decisión, no solo porque inaplica una norma que viene premunida de legalidad; sino porque dicha norma al contemplar como requisitos para suspender la ejecución de la pena (...)

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°14855-2021
HUAURA**

c) Que no tenga la condición de reincidente ni habitual, busca brindar protección a los menores en un ámbito tan delicado y vulnerable como es su alimentación; por consiguiente, no resulta suficiente que se invoque, sin mayor desarrollo, incompatibilidad constitucional con el artículo 4 de la Constitución Política del Estado, para pretender dejar de lado una consecuencia punitiva que sin duda fue pensada para optimizar la protección mencionada; además que en el presente caso el **acusado tiene la condición de reincidente**; y que fue sentenciado por otro delito en el Expediente N°773 -2012.

SEXTO: Por el contrario, la consultada contiene argumentos en forma genérica que van orientadas al control abstracto de la norma legal, lo cual no se encuentra en el supuesto previsto en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política del Estado y del artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que autoriza la revisión judicial de las leyes **para el caso concreto que se está decidiendo**; agréguese, que como se tiene explicado en el considerando tercero de esta ejecutoria, **la norma legal al establecer un trato diferenciado entre diferentes, no pierde la presunción de constitucionalidad al no evidenciar vulneración del principio de igualdad**, y más bien, los jueces al inaplicar normas a casos particulares sin cumplir los supuestos para el control difuso, **están vulnerando el principio de igualdad ante la ley, inaplicando injustificadamente y contra los fines del control difuso, la norma que contiene la prohibición de aplicar la suspensión de la ejecución de la pena**; por lo que se desaprueba la sentencia consultada.

III.- DECISIÓN:

Por tales consideraciones: **DESAPROBARON** la sentencia de conformidad, contenida en la resolución número seis, de fecha veinticuatro de junio de dos mil veintiuno, obrante a fojas veintiséis, expedida por el Primer Juzgado Penal Unipersonal para procesos de Flagrancia, Omisión a la Asistencia Familiar y Conducción de Vehículo en Estado de Ebriedad y Drogadicción de Huaral de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que declaró inaplicable el inciso 3 del artículo 57 del Código Penal, por incompatibilidad constitucional con el artículo 4 de la Constitución Política del Estado; en consecuencia, **NULA** la citada

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N°14855-2021
HUAURA

resolución debiendo el aludido juzgado emitir nuevo pronunciamiento en el proceso penal seguido contra Frank Kelvyn Borja Infantes, por el delito de omisión a la asistencia de familiar, en agravio de Luis Adrián Snayder Borja De la Cruz representado por Nedalit Vanessa De la Cruz Contreras; y los devolvieron. ***Interviene como ponente la señora Jueza Suprema Yalán Leal.***
S.S.

CALDERON PUERTAS

BURNEO BERMEJO

YALÁN LEAL

BARRA PINEDA

RUIDIAS FARFÁN

jps/