

**CONSULTA 3404 - 2011**  
**AREQUIPA**

Lima, trece de diciembre  
del dos mil once.-

**VISTOS; y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Es materia de consulta la sentencia obrante a fojas ciento catorce, su fecha treintiuno de mayo del dos mil once, expedida por el Juzgado Liquidador Penal Transitorio de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que aplicando el control difuso previsto en el artículo 138 de la Constitución Política del Estado, declara inaplicable al presente caso el artículo 2 de la Ley N° 26641, que tipifica el delito de contumacia, por colisionar con el artículo 139, inciso 13, de la Carta Magna.

**SEGUNDO:** La consulta debe ser entendida como una institución procesal de orden público que viene impuesta por la ley y que no es en esencia un recurso, sino un mecanismo procesal a través del cual se impone al órgano jurisdiccional el deber de elevar el expediente al superior y a éste, a efectuar el control de la legalidad de la resolución dictada en la instancia inferior.

**TERCERO:** El artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, prevé la consulta de las sentencias que resuelven el fondo de la cuestión controvertida, en las que la autoridad jurisdiccional avocada a su conocimiento, encontrando incompatibilidad en la interpretación de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelve la causa con arreglo a la primera.

**CUARTO:** Como se verifica de fojas treintiseis al acusado José Segundo Deza Valdivieso, se le inicia proceso penal por el delito previsto y penado por el artículo 2 de la Ley N° 26641, en razón de habersele declarado reo contumaz por resolución de fojas treintidos, al no haber asistido al Juzgado Penal de Camaná, a la diligencia de lectura de sentencia, pese a estar debidamente notificado.

**CONSULTA 3404 - 2011**  
**AREQUIPA**

**QUINTO:** La Constitución Política del Estado, en su artículo 138, segundo párrafo, reconoce el control difuso, el cual constituye el control judicial de la Carta Magna, en virtud del cual se convierte a los jueces en los principales contralores de la constitucionalidad, debiendo aplicarse dicha facultad solo cuando existe un conflicto real y concreto de intereses, en el cual deba discernirse la compatibilidad o incompatibilidad constitucional de una norma inferior.

**SEXTO:** La conducta procesal del inculpado, quien no compareció al proceso penal que se le sigue por delito de omisión de asistencia familiar, conforme se aprecia de fojas ciento catorce, (contumacia), se encuentra determinada en el artículo 210 del Código de Procedimientos Penales, el mismo que establece las consecuencias que su declaración genera, correspondiendo dicha conducta al ámbito de libertad de la persona, en el trámite de un proceso en el que se presume su inocencia.

**SETIMO:** Por tanto, cuando la Ley N° 26641 crea en su artículo 2, la figura delictiva de la contumacia en torno a una conducta procesal evasiva ya regulada en el precitado artículo 210 del Código de Procedimientos Penales, contraviene el principio de la observancia del debido proceso contenido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del Estado, pues ninguna persona puede ser sometida a procedimiento distinto del previamente establecido, en este caso, a uno que pretende generar un delito al interior del trámite de otro que aún no concluye, en virtud de una circunstancia imputable al mismo Estado poseedor exclusivo del *ius puniendi*; además, al no haber precisado el bien jurídico tutelado, colisiona con el principio de lesividad contenido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal.

**OCTAVO:** Consiguientemente, cuando el artículo 2 de la Ley N° 26641 tipifica el delito de contumacia, lo que hace es transformar una conducta procesal evasiva, cuyos efectos han sido delimitados en la ley de la materia en un nuevo injusto, pasible de persecución penal, tergiversando

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

CONSULTA 3404 - 2011  
AREQUIPA

con ello la estructura propia del delito, que requiere de una norma que lo tipifique como tal, así como la existencia de un perjuicio que se infiera a la comunidad o a un individuo en particular.

Por tales consideraciones: **APROBARON** la resolución consultada de fojas ciento catorce, su fecha treintiuno de mayo del dos mil once, que declara **INAPLICABLE** el artículo 2 de la Ley N° 26641, en el proceso penal seguido contra José Segundo Deza Valdivieso, por el delito de contumacia, en agravio del Estado; y los devolvieron.- *Vocal ponente: Vásquez Cortez.*

**S.S.**

VASQUEZ CORTEZ

ACEVEDO MENA

YRIVARREN FALLAQUE

MAC RAE THAYS

CHAVES ZAPATER

CARMEN ROSA DÍAZ ACEVEDO  
SECRETARIA  
de la Sala de Derecho Constitucional y Social  
Permanente de la Corte Suprema

jhc

02 MAYO 2012