

**CONSULTA N° 3406-2011**  
**AREQUIPA**

Lima, trece de diciembre  
de dos mil once.-

**VISTOS; y CONSIDERANDO:**

**Primero:** Que, es materia de consulta la resolución de fecha veintiséis de julio de dos mil once, de fojas ciento treinta y nueve, expedida por el Juzgado Liquidador Penal Transitorio de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que resuelve declarar Fundado la excepción de naturaleza de la acción a favor de don Leoncio Pucho Mamani, por delito autónomo de Contumacia, en agravio del Estado ordenándose que, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se remita el proceso en consulta a esta Sala Suprema, al haberse inaplicado el artículo 2 de la Ley N° 26641 que prescribe el Delito de Contumacia, por ser incompatible con el derecho de defensa y con los principio de legalidad, presunción de inocencia y el debido proceso amparados en la Constitución

**Segundo:** La Constitución en su artículo 138, segundo párrafo, reconoce su supremacía sobre cualquier otra norma, permitiendo a los jueces la aplicación del control difuso judicial de la Carta Magna, por medio del que se convierte a los órganos jurisdiccionales en los principales controladores de la legalidad constitucional, debiendo aplicarse dicha facultad sólo cuando existe un conflicto real y concreto de intereses en el que debe discernirse la compatibilidad o incompatibilidad de una norma inferior con la Constitución.

**Tercero:** Que, el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo N° 017-93-JUS, establece 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

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

**CONSULTA N° 3406-2011**

**AREQUIPA**

ley, resuelven la causa con arreglo a la primera; y las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia, norma que debe concordarse con el artículo 408 inciso 3 del Código Procesal Civil, conforme a la Primera Disposición Final de dicho código. En ese sentido, la consulta debe ser entendida como una institución procesal de orden público, que viene impuesta por la ley, que no es en esencia un recurso, sino un mecanismo procesal a través del cual se impone el deber al órgano jurisdiccional de elevar el expediente al Superior, y a éste efectuar el control de la legalidad de la resolución dictada en la instancia inferior.

**Cuarto:** Que, con relación al control constitucional, es preciso tener en cuenta que la inaplicación de una norma legal, que se interpreta contraria a la Constitución, 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 que, 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; por ésta razón, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, ha previsto que la inaplicación de una norma legal, sólo puede ser viable cuando no sea factible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

**CONSULTA N° 3406-2011**

**AREQUIPA**

**Quinto:** Que, como se verifica en el caso de autos, a fojas setenta y seis, obra el auto de apertura de instrucción contra el acusado don Leoncio Pucho Mamani, por el delito previsto y penado por el artículo 2 de la Ley N° 26641, en razón de habersele declarado reo contumaz por no haber concurrido al juicio oral, en el proceso penal por el delito contra la libertad sexual que se le sigue al acusado.

**Sexto:** El mencionado artículo refiere que: *"Si el agente se sustrae a la acción de la justicia, y por ello es declarado contumaz, será reprimido con pena privativa de libertad igual a la que corresponde al delito por el que se le procesa. Es competente el Juez que corresponde a la primera acción"*. No obstante lo previsto en ese artículo, debe concordarse también con lo prescrito en el artículo 210 del Código de Procedimientos Penales, el mismo que establece las consecuencias que la declaración de contumacia genera, correspondiendo dicha conducta al ámbito de libertad de la persona, en el trámite de un proceso en el que presume su inocencia.

**Sétimo:** Es preciso mencionar que, la conducta procesal infractora inherente al desarrollo de un proceso, se sanciona con las normas preestablecidas en la ley procesal de la materia; pues, se reconoce como carga de los sujetos procesales, la conducta que éstos adoptan frente a las normas de procedimiento en el ejercicio regular de sus derechos, pudiendo dicha conducta ser o no beneficiosa a sus intereses; así se tiene por ejemplo que la rebeldía, puede ser considerada como un agravante de la decisión final.

**Octavo:** Que, 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 artículo 210 precitado 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

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

**CONSULTA N° 3406-2011**  
**AREQUIPA**

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.

**Noveno:** Que, en ese sentido, cuando el artículo 2 de la Ley N° 26641 tipifica el delito de contumacia lo que hace es transformar una conducta procesal evasiva cuyos contornos han sido delimitados en la ley de la materia en un nuevo injusto, pasible de persecución penal, tergiversando 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 fecha veintiséis de julio de dos mil once, de fojas ciento treinta y nueve, expedida por el Juzgado Liquidador Penal Transitorio de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que declara **INAPLICABLE** el artículo 2 de la Ley N° 26641; en el proceso penal seguido contra don Leoncio Pucho Mamani por el delito de Sustracción a la Acción de la Justicia (contumacia) en agravio del Estado; y los devolvieron. Vocal Ponente: Yrivarren Fallaque.

S.S.


VÁSQUEZ 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