

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

**CONSULTA N° 1523 - 2011
JUNIN**

Lima, nueve de Junio

de dos mil once.-

VISTOS; y, CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Viene en consulta la sentencia de fojas noventa y tres, su fecha veintisiete de setiembre de dos mil diez, expedida por el Juzgado Penal Liquidador Transitorio de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa que aplicando el control constitucional difuso, previsto en el artículo 138 de la Constitución Política y en el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, declara de oficio fundada la excepción de naturaleza de acción, a favor de Jorge Cuyo Merma, por el delito autónomo de contumacia en agravio del Estado, al haber inaplicado al caso el artículo 2 de la Ley N° 26641.

SEGUNDO.- La consulta es aquella institución procesal de orden público, que viene impuesta por 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 legalidad de la resolución dictada en la instancia inferior.

TERCERO.- En tal sentido, conforme al artículo 138 segundo párrafo de la carta Fundamental, 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 norma de rango inferior. Asimismo, tratándose de una consulta por incompatibilidad de una disposición constitucional y otra norma de inferior jerarquía, no debe perderse de vista que el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha establecido que cuando los Jueces de cualquier especialidad, al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, entre una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera; así, las sentencias en las que se haya efectuado el control constitucional deben ser elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas.

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

CONSULTA N° 1523 - 2011

JUNIN

CUARTO.- Como se verifica de fojas cincuenta y tres, al acusado Jorge Cuyo Merma se le inicia proceso penal por el delito previsto y penado por el artículo 2 de la Ley N° 26641¹, en razón de habersele declarado reo contumaz por resolución de fojas cuarenta, luego de haber tramitado su libertad provisional, beneficio que le fue concedido por el Juez, sin embargo, la Sala Superior la revocó, ordenando la recaptura del mismo, que hasta la fecha se encuentra en calidad de reo ausente, eludiendo la acción de la justicia.

QUINTO.- La Constitución Política del Perú, 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 (contumacia), quien compareció al proceso penal que se le sigue por delito de violación sexual de menor de edad, conforme se aprecia de fojas cuarenta, tramitando luego su libertad provisional, que en primer término fue concedido, después fue revocado, 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.

SÉTIMO.- 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 Perú, 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

¹ Que establece: "Si el agente se sustrae a la acción penal 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".

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

CONSULTA N° 1523 - 2011
JUNIN

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 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 estas consideraciones: **APROBARON** la resolución consultada que corre a fojas noventa y tres, su fecha veintisiete de setiembre de dos mil diez, que declara **inaplicable** al presente caso el artículo 2 la Ley N° 26641, sin afectar su vigencia; en el proceso penal seguido contra Jorge Cuyo Merma, por el delito de contumacia en agravio del Estado; y, los devolvieron.- Vocal Ponente Torres Vega.-

S.S.

VASQUEZ CORTEZ

TAVARA CORDOVA

ACEVEDO MENA

YRIVARREN FALLAQUE

TORRES VEGA

CARMEN ROSA DIAZ ACEVEDO
Vocal Ponente
de la Sala de Derecho Constitucional y Social
Permanente de la Corte Suprema

21 " 2011