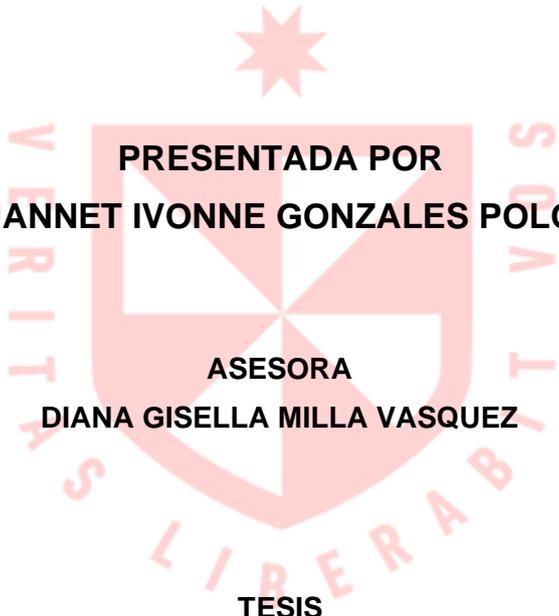


FACULTAD DE DERECHO

UNIDAD DE POSGRADO

**INVALIDEZ MATERIAL DEL DELITO DE CONTUMACIA EN
EL PERÚ**

**(SE PROPONE LA DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 2 DE LA
LEY N° 26641, QUE CONTIENE EL DELITO DE
CONTUMACIA)**



**PRESENTADA POR
JANNET IVONNE GONZALES POLO**

**ASESORA
DIANA GISELLA MILLA VASQUEZ**

TESIS

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRA EN DERECHO EN
CIENCIAS PENALES**

LIMA – PERÚ

2022



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



**FACULTAD DE DERECHO
UNIDAD DE POSGRADO**

**INVALIDEZ MATERIAL DEL DELITO DE CONTUMACIA EN EL
PERÚ**

**(Se propone la derogación del artículo 2 de la Ley N° 26641, que contiene el
delito de contumacia)**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO
DE MAESTRA EN DERECHO EN CIENCIAS PENALES**

PRESENTADO POR:

JANNET IVONNE GONZALES POLO

ASESORA:

DRA. DIANA GISELLA MILLA VASQUEZ

LIMA, PERÚ

2022

DEDICATORIA:

Dedico esta tesis a mi mamá Adela por su ejemplo de abnegación y amor, a mi esposo Aldo y a nuestro hijo Abraham por su amor incondicional.

AGRADECIMIENTO:

Agradezco a Dios por todo lo que me ha dado, a mi familia por su comprensión y a mis maestros Ana Calderón, José Caro y Diana Milla por sus enseñanzas.

ÍNDICE

RESUMEN.....	viii
ABSTRAC.....	ix
INTRODUCCIÓN.....	x

CAPÍTULO I: MARCO TEORICO

1.1. Marco teórico y normativo.....	14
1.1.1. Antecedentes de investigación.....	14
1.1.2. Tratamiento legislativo precedente y actual de la Contumacia	18
1.1.2.1. Antes de la Ley de Contumacia.....	18
1.1.2.1.1. En el contexto de los tratados internacionales.....	18
1.1.2.1.2. En el contexto nacional.....	23
1.1.2.2. Después de la Ley de Contumacia.....	31
1.1.3. Bases teóricas.....	36
1.1.3.1. Tratamiento procesal a la comparecencia del imputado.....	36
1.1.3.2. Presencia del imputado en el proceso penal.....	37
1.1.3.3. Parámetros de validez de las normas jurídicas.....	40
1.1.3.4. Parámetros de vigencia de las normas jurídicas.....	42
1.2. Glosario de términos básicos:.....	45

CAPÍTULO II: METODOLÓGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. Descripción de la situación problemática.....	47
2.2. Formulación de los problemas de la investigación.....	50
2.3. Objetivos de la investigación.....	511

2.4.	Justificación de la investigación.....	51
2.4.1.	Importancia de la Investigación.....	51
2.4.2.	Viabilidad de la Investigación.....	52
2.5.	Limitaciones	52
2.6.	Diseño metodológico	53
2.7.	Tipo de investigación.....	53
2.8.	Técnicas de recopilación de información.....	53
2.8.1.	Análisis de textos.....	53
2.8.2.	Análisis de casos.....	53
2.9.	Aspectos éticos	54
2.10.	Hipótesis de trabajo.....	54
2.10.1.	Hipótesis principal.....	54
2.10.2.	Hipótesis secundarias.....	54
2.10.2.1.	Primera hipótesis secundaria	54
2.10.2.2.	Segunda hipótesis secundaria.....	54

CAPÍTULO III: RESULTADOS

3.1.	El delito de contumacia.....	56
3.1.1.	Aspectos preliminares	56
3.1.2.	Regulación y características típicas	57
3.1.3.	Bien jurídico protegido por el delito de contumacia	73
3.1.4.	El delito de contumacia frente a las garantías materiales y procesales de la Constitución.....	80
3.1.4.1.	Respecto al principio de legalidad penal	80

3.1.4.2. Respecto al principio de lesividad u ofensividad	85
3.1.4.3. Respecto al principio de proporcionalidad de penas	86
3.1.4.4. Afectación al <i>ne bis in idem</i>	88
3.1.4.5. Afectación a la Presunción de inocencia	91
3.1.4.6. Desde garantías materiales y procesales: Invalidez del delito de contumacia	95
3.2. Tratamiento del problema	98
3.2.1. Declaración de inconstitucionalidad	98
3.2.1.1. Por el Tribunal Constitucional.....	99
3.2.2. La inaplicación judicial por inconstitucionalidad.....	101
3.2.3. El desuetudo normativo.....	114
3.3. Análisis de casos	117
3.3.1. En relación al Tribunal Constitucional Peruano	117
3.3.1.1. Sobre el delito de contumacia	117
3.3.1.2. Sobre la suspensión de la prescripción	123
3.3.2. En la Corte Suprema de Justicia de la República.....	129
3.3.2.1. Sobre el delito de contumacia	129
3.3.2.2. Sobre la suspensión de la prescripción	131
3.3.3. En relación con instancias inferiores	135
3.3.3.1. Sobre el delito de contumacia	135
3.3.3.2. Sobre la suspensión de la prescripción	159

CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN

4.1. Discusión y resultados de la investigación.....	165
--	-----

4.1.1. Respecto a nuestra hipótesis principal	165
4.1.2. Al advertirse la invalidez material de este tipo penal.....	170
4.1.3. En el análisis de la jurisprudencia.....	170
4.1.4. Interpretación de resultados	171
4.1.5. Verificación de las Hipótesis secundarias.....	172
4.1.5.1. Verificación de la primera hipótesis secundaria.....	172
4.1.5.2. Verificación de la segunda hipótesis secundaria	172
CONCLUSIONES	176
RECOMENDACIONES.....	178
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	179
REFERENCIAS HEMEROGRÁFICAS.....	188
REFERENCIA ELECTRÓNICAS.....	191
ANEXOS.....	192

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación se evalúa la invalidez material del delito de contumacia a la luz de garantías materiales y procesales que reconoce la Constitución. Ante la confirmación de su incompatibilidad con la Constitución se cuestiona lo siguiente: si corresponde el control difuso o basta el desuetudo normativo. Por otra parte, se cuestiona si el legislador peruano sigue una adecuada técnica legislativa para la creación de normas penales eficaces y evitar problemas de aplicabilidad en nuestra realidad, considerando este caso en particular. Realizado el análisis correspondiente se establece la afectación de garantías materiales y procesales del ordenamiento jurídico como son los principios de legalidad penal y proporcionalidad de la pena, así como la presunción de inocencia y el *ne bis in ídem*; siendo ante ello, la salida más adecuada hasta su derogación, el ejercicio que los jueces penales realicen del control difuso. Y se advierte finalmente, que el legislador no siguió una adecuada técnica legislativa para la creación del delito investigado.

Palabras claves: Contumacia, imputado, validez, vigencia, control difuso, principio de legalidad, proporcionalidad de las penas, presunción de inocencia y *ne bis in ídem*.

ABSTRAC

The material invalidity of the crime of contumacy is assessed in the light of material and procedural guarantees recognized by the Constitution. In the face of confirmation of its inconsistency with the Constitution, another problem arises, in relation to this is the fuzzy control or the dissuetionary regulation is sufficient. Furthermore, it is questioned whether the Peruvian legislature follows an adequate legislative technique for the creation of effective criminal rules and to avoid problems of applicability in our reality, considering this case. The relevant analysis establishes the involvement of material and procedural guarantees of the legal order such as the principles of criminal law and proportionality of the penalty, as well as the presumption of innocence and ne bis in idem; this is the most appropriate exit until its repeal, the exercise that criminal judges carry out of the diffuse check. And it is finally noticed that the legislature did not follow an adequate legislative technique for the creation of the crime under investigation.

Keywords: Contumace, imputed, validity, validity, diffuse control, principle of legality, proportionality of penalties, presumption of innocence and ne bis in idem.

INTRODUCCIÓN

La contumacia en el Perú, entendida como aquella situación en la cual el procesado elude la acción de la justicia, no tuvo un tratamiento especial, sino hasta la dación de la Ley N° 26641 que además de establecer como efecto de la contumacia la suspensión de la prescripción, contiene en su artículo 2° el delito de contumacia, el mismo que se crea en un contexto político especial.

Para Coaguila (2008) era interesante además comprender que la Ley de Contumacia expresaba jurídicamente un estilo de gobierno caracterizado por la transgresión sistemática de la legalidad y un afán esquizofrénico por su reinstalación a pesar de la subsecuente crisis de legitimidad social, la consecuencia directa de esta política ambivalente se refleja en la práctica contradictoria de los tribunales en materia de contumacia y está lejos de solucionarse aún con la vigencia del Nuevo Código procesal Penal (p.390).

En ese ámbito, es a partir de la propuesta del proyecto de ley N° 1420/95- CR del Congresista Fernando Olivera Vega del movimiento político Frente Independiente Moralizador (FIM) que fue posible esta medida, con una interpretación auténtica del principio constitucional de no ser condenado en ausencia que excluía a los reos contumaces. Esta normativa se planteó para evitar la impunidad de los imputados que habían fugado al exterior y cuyos procesos penales estaban camino a la prescripción, por lo que no se vio

mejor manera para paralizar los efectos que disponer legalmente que la contumacia fuera una causa de suspensión de la prescripción, pero además sancionar dicha conducta penalmente.

Esta investigación se centra en el delito contumacia incorporado por la Ley N° 26641 y se planteó como problema de investigación principal si cabía considerar la invalidez material de este a la luz de garantías reconocidas en la Constitución y a partir de este problema principal se consideraron como problemas secundarios, qué medida se debía adoptar en relación a la incompatibilidad con la Constitución, si era adecuado el control difuso o bastaba el desuetudo normativo y si al momento que se incorporó este delito, el legislador peruano siguió una adecuada técnica legislativa.

A partir de la problemática descrita, se pretendió determinar si el delito de contumacia resultaba incompatible con la norma fundamental y los principios rectores del Derecho penal y establecer si era suficiente el desuso de este tipo penal o es que debían los jueces ejercer el control difuso, y evaluar si el legislador peruano siguió una técnica legislativa apropiada en la creación de este tipo penal.

La importancia de esta investigación reside en que el tipo penal objeto de estudio todavía está vigente y no es aplicado por la Judicatura nacional, siendo necesario contribuir en el desarrollo de la dogmática nacional con el análisis teórico de esta situación, pero a su vez plantear soluciones posibles

tomando en consideración que es un tema que se ha mantenido durante muchos años sin una respuesta definitiva.

Según los objetivos planteados y siguiendo las características metodológicas relacionadas a esta tesis que fue realizada con un enfoque cualitativo y basada esencialmente en el análisis documental se desarrollaron cuatro capítulos que a continuación se proceden a detallar:

En el primer capítulo se desarrollaron aspectos relacionados al marco teórico, se identificaron los antecedentes de investigación y se consideró el tratamiento legislativo precedente y actual de la Contumacia. En las bases teóricas se desarrollaron aspectos como el tratamiento procesal de la comparecencia del imputado, los parámetros de validez y vigencia de las normas y se realizó un glosario de términos básicos.

En el segundo capítulo, se hizo la metodología de la investigación, relacionados con el problema de investigación, objetivos, justificación, limitaciones y aspectos de diseño metodológico, en donde se incluyó las hipótesis del trabajo.

En el tercer capítulo referido a los resultados, se efectuó el análisis del delito de contumacia identificado sus principales características típicas y luego se efectuó el análisis en relación a cada una de las garantías materiales y procesales que la Constitución nacional recoge y que se consideraron afectadas con la incorporación de este delito; analizando el delito

contumacia en relación al principio de legalidad penal, al principio de lesividad u ofensividad, al principio de proporcionalidad de penas, al *ne bis in ídem* y a la presunción de inocencia.

En el cuarto capítulo se efectuó la discusión, respecto a los resultados y a la hipótesis principal, así como secundarias y a su correspondiente verificación. Al concluir que el delito de contumacia tal como está regulado no es compatible con las garantías anteriormente mencionadas se determinó la invalidez material de este delito, por lo que se aborda el tratamiento del problema por los Jueces mediante el control difuso y se procedió a examinar algunos de los casos que se han presentado en el ámbito nacional.

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

1.1. Marco teórico y normativo

1.1.1. Antecedentes de investigación

No existe en la doctrina ni en la jurisprudencia un análisis sobre la validez de este tipo penal (delito de contumacia); sin embargo, se han encontrado tesis que se relacionan con el tema, que a continuación se detallan:

De Soto Quispe, Eva Antonia (2015) que sustentó la tesis de maestría titulada: “La condición de contumaz, la suspensión de la prescripción y la carga procesal en el Distrito Judicial de Ucayali, 2011-2012” en la Universidad Nacional Hermilio Valdizán, Perú. Esta investigación estuvo dirigida a determinar la relación existente entre la condición de contumaz, la suspensión de la prescripción y la carga procesal en el Distrito Judicial de Ucayali en el periodo del 2011 – 2012, con esa finalidad se obtuvo la muestra de 24 expedientes referentes a La contumacia, tramitados en las Salas Penales de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, durante el periodo 2011 –2012, se concluyó que: Existe una relación significativa entre la condición de contumaz, la suspensión de la prescripción y la carga procesal en el Distrito Judicial de Ucayali en el citado periodo.

De Quispe Copari, Abelardo Jorge (2017). Sustentó la tesis para optar el título profesional de abogado titulada: “El juzgamiento y condena

del contumaz en el nuevo Código Procesal Penal de 2004". En la Escuela profesional de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional del Altiplano en Puno-Perú. En esta investigación se planteó como objetivo general determinar las consecuencias que producen la declaratoria de la ausencia y la contumacia en el proceso penal regulado por el nuevo Código Procesal Penal y en la administración de justicia. Se concluyó que la declaratoria de la contumacia y la ausencia en el citado Código, genera como consecuencias en el proceso penal la dilación de los procesos en particular de la etapa del juicio oral, por cuanto esta no se instala por la no presencia del acusado contumaz y ausente, según sea el caso, ordenándose el archivo provisional del proceso y disponiéndose la conducción compulsiva del acusado.

Díaz Aliaga, Shasell Alibette (2018). Sustentó la tesis de maestría titulada: "La interrupción del plazo prescriptorio como efecto de la declaratoria de contumacia". En la Escuela de Posgrado de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrello. Se planteó en esta investigación: ¿Cuál es el efecto de la declaratoria de contumacia en el plazo de prescripción de la acción penal contenida en el artículo 1° de la Ley 26641? Concluyéndose que no existe relación entre la suspensión como efecto de la contumacia con la interrupción o suspensión del plazo de prescripción señalados en los artículos 83° y 84° del Código Penal. Asimismo, el artículo 1° de la Ley N° 26641 se refiere a una suspensión *sui generis*, pero cuya validez está afectada

por la obligación de respetar el plazo razonable, la presunción de inocencia, principio de legalidad y los fines de la pena; sin embargo, su deficiente regulación no asegura el citado respeto.

Guerrero Saavedra, Divida, Ricardo (2018) Sustentó la tesis de maestría titulada: “La Constitucionalidad de la Prescripción de la Contumacia en la Ley N° 26641”. En la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo- Perú. En esta investigación analizan a la “contumacia” y la “suspensión de la prescripción” como se encuentran regulados en la Ley 26641.

Concluyendo que la citada Ley no resulta acorde con lo previsto en el artículo 84 del Código Penal, por cuanto este artículo no considera a los actos procesales de contumacia como causa de suspensión del plazo de prescripción y que lo indicado por el Tribunal Constitucional respecto a que la Ley 26641 que dispone la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal para los reos contumaces es de aplicación en la medida que no resulte vulneratoria del derecho al plazo razonable es insostenible.

Huerta Molina, John Franck (2019). Sustentó la tesis de maestría titulada: “Derecho al debido proceso y declaratoria de contumacia en los acusados por los Juzgados Penales Unipersonales de Tarapoto el 2010-2014”. En la Escuela de Posgrado de la Universidad Cesar Vallejo, Perú. En esta tesis se establece la relación entre el derecho al

debido proceso y la declaratoria de contumacia en los acusados por los Juzgados Penales Unipersonales de Tarapoto en el periodo 2010- 2014 y concluyó que existe relación significativa entre el derecho al debido proceso y la declaratoria de contumacia. El derecho al debido proceso en los Juzgados Penales Unipersonales de Tarapoto en el periodo 2010 - 2014 tuvo un alto porcentaje de correcta aplicación con el 63%, se obtuvo como la mayor frecuencia de respuesta por parte de la lista de cotejo analizada previstos para la contumacia. La declaratoria de contumacia en los acusados por los citados Juzgados tuvo un moderado número de resoluciones emitidas, equivalente a 27 resoluciones que resolvieron declarar la contumacia en los acusados por los referidos Juzgados sin verificar los requisitos previstos para la contumacia.

Avellaneda Landeón, Lindón Ronald (2019). Sustentó la tesis de maestría titulada: "La contumacia en el proceso inmediato". En la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Federico Villarreal, Perú. En esta tesis se planteó como problema principal ¿Cuáles eran los motivos para que el Juez acepte el requerimiento de declaratoria de contumacia del acusado que no concurre a la audiencia de juicio oral en el proceso inmediato? y concluyó que el Juez Penal en el proceso inmediato debe declarar la contumacia del acusado que no concurre a la audiencia porque no existe norma que excluye su aplicación en este procedimiento y ésta constituye una forma de garantizar el ejercicio de su derecho de defensa material. Asimismo, si

esa declaración se realiza en el juicio el proceso se debe archivar provisionalmente conforme a lo dispuesto en el artículo 79.5 del Código Procesal Penal; siendo las consecuencias de la declaratoria de contumacia además del archivamiento transitorio del proceso, la expedición de orden compulsiva de conducción en su contra y la interrupción de la prescripción penal.

Alvarado León, José Carlos (2019). Sustentó la tesis para optar el título profesional de abogado en la Universidad Privada Antenor Orrego titulada: “La declaratoria de contumacia interrumpe los plazos prescriptivos, más no la suspensión de los mismos”. La finalidad de la investigación fue la correcta aplicación del artículo 1 de la Ley 26641, concluyéndose que la suspensión regulada en la citada Ley notiene relación con el contenido de los artículos 83 y 84 del Código penal y contraviene el principio del plazo razonable.

1.1.2. Tratamiento legislativo precedente y actual de la Contumacia

1.1.2.1. Antes de la Ley de contumacia

1.1.2.1.1. En el contexto de los tratados internacionales

En el plano internacional se ha reconocido, garantizado y protegido los derechos humanos que gozan todas las personas no solo en sus Estados sino traspasando las fronteras de sus países. En el plano nacional, estos derechos son reconocidos como constitucionales o fundamentales, las normas que regulan o limitan deben interpretarse de conformidad con los Tratados sobre derechos humanos conforme a lo previsto en la Cuarta

Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993. Los Estados protegen estos derechos, para los cual han adoptado su Constitución y diversas leyes. Asimismo, los gobiernos que ratifican los Tratados se comprometen a adoptar medidas y leyes internas compatibles con las obligaciones y deberes de los Tratados.

En tal sentido, el respeto de los derechos humanos requiere el establecimiento del Estado de derecho del país, que se traduce en la aplicación y respeto de las normas internacionales, siendo estas las siguientes:

La Declaración Universal de Derechos Humanos que fue suscrita y proclamada en París - Francia - el 10 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 217 (III) y en nuestro país fue aprobada por el Congreso mediante Resolución Legislativa N° 13282 el 05 de diciembre de 1959. Reconoce importantes derechos fundamentales de las personas y el conjunto de principios por los cuales los representantes de los Gobiernos proclaman su adhesión.

Para Novak, Fabian, Namihás Sandra (2004)

La cuarta disposición final y transitoria de la Constitución vigente establece la obligación de interpretar las normas relativas a los derechos y a las libertades que dicho instrumento reconoce, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, todo lo cual pone en evidencia su indubitable carácter jurídico obligatorio (p.102-103).

La Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, adoptada en la ciudad de Bogotá-Colombia -, en la IX Conferencia Internacional Americana el 02 de mayo de 1948 en que los pueblos americanos reunidos dignificaron a la persona humana y que sus Constituciones reconocen que sus instituciones tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre, con efectos jurídicos, puesto que contiene los derechos humanos consagrados en la Carta de la Organización de Estados Americanos y debe ser tomada en cuenta a efecto de interpretar y aplicar la citada Carta. En los que se encuentran el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona, de igualdad ante la ley, específicamente el derecho a un proceso regular previsto en el artículo XXVI como es la presunción que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Asimismo, que toda persona acusada de la comisión de un delito tiene derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal que se le formule. También se precisan los deberes de las personas.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamado también Pacto de San José de Costa Rica fue firmado el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José Costa Rica y está vigente desde el 18 de julio de 1978.

En esta Convención, se consagra en el artículo 8.2 que toda persona inculpada de la comisión de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: A defenderse personalmente o ser asistido por un abogado defensor que elija, a comunicarse en forma libre y privada con su defensor, a no ser obligado a auto inculparse ni a declarar contra sí mismo entre otros derechos.

En igual sentido, en la Convención Americana no se establece la condena del imputado en ausencia ni la imposición de un delito por su inasistencia al juicio en donde fue citado, sino se establece garantías mínimas del imputado al debido proceso.

En esa misma línea, el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** que fue adoptado por la Asamblea General de los Derechos Humanos el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976, siendo firmado por nuestro país el 11 de agosto de 1977 para ser ratificado el 28 de abril de 1978. En el literal d) del artículo 14.3 consagra que en un proceso toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: A estar presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre

defensor de oficio en forma gratuita si no tuviera recursos económicos como pagarlo entre otros.

Así también, tenemos **el Estatuto de Roma** que es el instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional, adoptado en la ciudad de Roma-Italia - el 17 de julio de 1978 durante la "Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional" entró en vigor el 1 de julio de 2002. En el artículo 67.1 de este Estatuto se establece que en la determinación de cualquier cargo, el acusado tendrá derecho a ser oído públicamente, a una audiencia justa e imparcial, así como a las siguientes garantías mínimas de plena igualdad, que se detallan en el literal d) y que con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 63, el acusado tendrá derecho a estar presente en el proceso y a asumir su defensa en forma personal o a través de un abogado defensor que elija, a que se le informe que tiene derecho a tener un abogado y a que se le nombre un defensor de oficio en caso de no tener los medios económicos para contratarlo.

Siendo así, se verifica que se establecen derechos y garantías al acusado, que deben ser aplicados en el proceso penal y que la contumacia no se contempla, menos aún la creación de un delito por la incomparecencia al juzgamiento por el cargo imputado en su contra como si se ha establecido en el artículo 2º de la Ley N° 26641 materia de la presente investigación al ser incompatible con la naturaleza de los derechos humanos que se garantizan y defienden.

1.1.2.1.2. En el contexto nacional

La Constitución se constituye en la norma fundamental que es la base de nuestro ordenamiento jurídico nacional que controla, defiende y regula los derechos, así como las libertades de todas las personas.

En nuestro país nos han regido desde nuestra independencia en 1821 once Constituciones: La Constitución de 1823, la Constitución de 1826, la Constitución de 1828, la Constitución de 1834, la Constitución de 1839, la Constitución de 1856, la Constitución de 1860, la Constitución de 1920, la Constitución de 1933, la Constitución de 1979 y la Constitución de 1993 que está vigente. Nos referiremos brevemente a las dos últimas.

En la Constitución de 1979.

Según señaló Chanamé (2006)

Se introdujo el Tribunal de Garantías Constitucionales, el Ministerio Público, el sufragio de los analfabetos entre otros. En cuyo título primero se hizo grandes aportes sobre los derechos humanos, buscando poner énfasis en la persona humana, elaborándose un título sobre la persona (p. 259).

Se considera como una de las garantías de la administración de justicia “La de no poder ser condenado en ausencia” (Artículo 233, inciso 10°).

En la Constitución Política del Perú de 1993. El Congreso Constituyente Democrático promulga la nueva Constitución el 19 de diciembre de 1993 que está vigente a los dos días siguientes.

En cuyo artículo 2° establece que toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal, en el sentido que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa, como infracción punible ni sancionado con pena no prevista en la ley conforme lo establece el literal d)y que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad conforme lo prevé el literal e).

Por otra parte, en el artículo 139° de nuestra Carta fundamental consagra principios y derechos de la función jurisdiccional, específicamente en los numerales 3°, 10° y 12° referidos a la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, el principio de no ser penado sin proceso judicial y el derecho a no ser condenado en ausencia respectivamente.

En este sentido, nuestro marco normativo nacional protege los derechos fundamentales de los sospechosos en la comisión de un delito, estableciéndose la prohibición de ser condenados en ausencia, no pronunciándose expresamente por los contumaces.

En el Código penal (Decreto Legislativo N° 635) como texto normativo en donde se regulan los delitos y faltas, así como las sanciones que se le impongan por su comisión, fue promulgado el 03 de abril de 1991 y publicado el 08 de abril de 1991, tiene como objeto la prevención de los delitos y faltas como se señala en el artículo I del Título Preliminar.

En el Título preliminar de este Código se establecen los principios, tales como: Legalidad, lesividad, garantía jurisdiccional, de garantía de ejecución; sin embargo, en ninguno de ellos se hace referencia al castigo del ausente o contumaz y tampoco se encuentra algún principio que justifique su sanción excepcional.

Por otro lado, en la parte especial se consignan los delitos y faltas que se sancionan en nuestra sociedad: es así, que en el rubro de delitos contra la Administración de Justicia encontramos modalidades como: la denuncia calumniosa, ocultamiento de menor a las investigaciones, encubrimiento personal, encubrimiento real, omisión de denuncia, fuga del lugar del accidente de tránsito, falsedad en juicio, obstrucción de la justicia, revelación indebida de identidad, avocamiento ilegal de proceso en trámite, falsa declaración en procedimiento administrativo, expedición de prueba o informe falso en proceso judicial, evasión mediante violencia o amenaza, favorecimiento a la fuga, amotinamiento de detenido o interno, fraude procesal, ejercicio arbitrario de derecho, justicia por propia mano, insolvencia provocada. Además, se tiene el delito de Prevaricato, en sus diversas modalidades, así como el delito de denegación y retardo de justicia.

Como se puede observar no se contempló en su texto el delito de contumacia, siendo las figuras penales más cercanas a este tipo penal, los encubrimientos o actos de obstrucción de la justicia, que cuando se trata de personas cercanas al imputado no se sancionan (prevé una excusa absolutoria), entonces con mayor razón, cuando es el propio imputado el querehúsa u obstruye, puesto que se considera que linda con su derecho de defensa, así como la preservación de su propia libertad, sin embargo, fue incorporado el delito de contumacia con el artículo 2° de la Ley N° 26641, pero lejos de pasar a formar parte del grupo de delitos contra la Administración de Justicia se mantuvo solo, en el texto de la citada ley especial.

Código de procedimientos penales de 1940, que fue aprobado mediante Ley N° 9024 del 23 de noviembre de 1939 y empezó a regir en nuestro país a partir del 18 de marzo de 1940. Se establece la estructura del proceso penal, dividido en dos etapas: la instrucción y el juicio oral; caracterizado por ser secreto, escrito, formal, ritualista y especialmente inquisitorial.

En cuyo artículo 210° prevé que la audiencia o juicio oral no podrá realizarse si es que no está presente el acusado y su abogado defensor y en caso tenga un domicilio señalado en el proceso se le requería para su asistencia ajuicio bajo el apercibimiento de ser declarado reo contumaz y de ordenarse su captura si es reo libre o de revocarse su libertad si tuviera ese beneficio,

señalándose nueva fecha para la audiencia; en caso que no concurra nuevamente se hará efectivo el apercibimiento, declarándolo reo contumaz.

Urquiza (1979) afirmaba que

Al declararlo el Juez instructor contumaz, debe disponer su captura y debe nombrar el defensor de oficio. La jurisprudencia penal, ha establecido que, para declararlo contumaz, es indispensable la citación al inculpado en forma válida. Si no se cumple con este requisito de la notificación válida, el auto que declara contumaz es nulo (p.130).

Norma procesal sobre ausencia y contumacia (Decreto Legislativo N°125) emitida el 12 de junio de 1981 que entró en vigor el 13 de junio de 1981. Se sustituyó al artículo 210° del Código de Procedimientos Penales en el que se citó al reo con domicilio conocido o legal bajo apercibimiento de ser declarado reo contumaz y sino asistía se hacía efectivo el apercibimiento declarándolo como tal; asimismo, se prohibió la sentencia condenatoria contra los reos contumaces y se establecían los supuestos para declarar reo contumaz, tales como: si había rendido su instructiva o fue notificado y rehuía su juzgamiento pese a ser citado por el Juez, o si estando con libertad provisional o vigilancia en las circunstancias indicadas o si estando detenido se fugara para evadir su juzgamiento.

Caro (2007) afirmaba que

El artículo 3° del Decreto Legislativo N° 125 define la institución de la contumacia, como: El contumaz en términos generales, es el imputado que conoce su condición de tal y que está o estará emplazado al proceso para que responda por concretos cargos penales y pese a ello deja de concurrir se aparta voluntariamente del proceso (el encausado es consciente de la existencia de un proceso penal dirigido contra él y decide no acudir a la llamada del órgano jurisdiccional (p.126).

Ley N° 26641 - Ley de contumacia publicada en el diario oficial “El Peruano” el 26 de junio de 1996, se dio en un contexto político especial y nació a partir de la propuesta realizada en el proyecto de ley N° 1420/95-CR por parte del Congresista Fernando Olivera Vega del movimiento político denominado Frente Independiente moralizador (FIM) y fue posible esta medida, con una interpretación auténtica del principio constitucional de no ser condenado en ausencia que excluía a los reos contumaces.

En su exposición de motivos señala que extender la garantía constitucional al prófugo de la justicia, al reo contumaz, es abusar del derecho consagrado en el artículo 139° de la Constitución Política del Perú. Por ello, para evitar la impunidad de los procesados que hubieran fugado al exterior y evitar la prescripción de la acción penal en los delitos en los que se les estaba procesando, la contumacia se constituye en una causa de suspensión de la prescripción.

Para entender mejor el contexto en cómo surgió esta Ley, algunos diarios nacionales trataron este tema, así tenemos:

En el diario “la República” (18 de enero de 2011) se puede observar la noticia que refiere que la Corte Suprema declaró inaplicable la Ley de contumacia y cumplió con las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La inaplicabilidad se presentó en los procesos seguidos al expresidente Alan García Pérez y se declaró prescritos los juicios que el líder aprista tenía pendientes por presunta corrupción en el caso BCCI y el Tren Eléctrico de Lima. Paralela a esta decisión, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República acordó, también por unanimidad, aceptar las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que se dejen sin efecto las órdenes de captura expedidas desde 1992, contra García Pérez. Tras estas decisiones, la ley de contumacia continuó vigente, puesto que en el caso del expresidente la inaplicabilidad derivó que esta ley fue expedida cuando ya habían comenzado los juicios contra García, por lo que no podía ser retroactiva.

En el diario Expreso (26 de febrero de 2019) se advierte nuevamente de este suceso ligado con la Ley de contumacia y del caso que se presentará con el ex presidente Alán García, en el sentido que: “En el affaire del expresidente Alan García se dio el veredicto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en contra de los efectos retroactivos de leyes procesales *ex post facto* se dijo: con fundamento en el análisis y las conclusiones del informe, la

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, recomienda al Estado del Perú: a) Adoptar las medidas necesarias para dejar sin efecto la Ley 26641 y las disposiciones finales primera y segunda de la Ley 27163 (...)."

En el debate de esta ley se estableció: Que como existía un vacío en la Constitución de 1993 se requería aclarar que el principio de no ser condenado en ausencia comprende solo al reo ausente, quien desconoce que tiene un proceso y no al reo contumaz quien conoce que tiene un proceso en curso y es prófugo de la justicia para evadir su responsabilidad, por ello se hace una interpretación auténtica; asimismo, se suspenden los plazos de prescripción del delito instaurado para evitar que opere la prescripción. Asimismo, consideraron la necesidad de efectuar una interpretación de carácter legal, aplicable para combatir el delito y evadir la impunidad.

Otros Congresistas en cambio, señalaron que no se puede distinguir donde la ley no distingue y la Constitución no dice "ausentes y contumaces", sino que emplea la acepción genérica "ausentes" y el principio de no ser condenado en ausencia es una norma preexistente a Tratados Internacionales. Sostienen que es una ley para el ex- mandatario Alan García llamada "la ley anti -Alan" y la ley no puede ser retroactiva, haciendo alusión al artículo 6° del Código Penal que prevé que la ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho y el expresidente García tenía la condición de asilado político; por tanto, no puede ser contumaz.

Cabe señalar que, solo fue materia del debate el artículo 1° de la Ley N° 26641 y no el artículo 2° de esta Ley, que es materia de investigación.

Al respecto, Bernales (1996) sostuvo que:

La norma está ciertamente orientada al caso del Expresidente Alan García Pérez. Si bien es cierto que en apariencia contradice el precepto constitucional que establece que nadie puede ser condenado en ausencia también debe reconocerse que la Carta manda que no quepa amparo alguno al abuso del derecho, actitud a todas luces asumida por el ex -mandatario. Sin embargo, la ley referida no podrá aplicarse al referido caso, como se sabe, toda norma, en principio, es irretroactiva. La retroactividad benigna consagrada constitucionalmente sólo es permitida en caso que el dispositivo sea favorable al procesado. Por lo demás, una rigurosa interpretación constitucional del proceso abierto al expresidente García permite concluir que éste ya se encuentra en curso, con normas aplicables al proceso y términos prescriptivos inmodificables. Por lo mismo, el principio de legalidad es el que prima sobre toda otra consideración” (p. 566).

1.1.2.2. Después de la Ley de contumacia

En el año 2000 al concluir el gobierno del expresidente Alberto Fujimori Fujimori ante la criminalidad ascendente en nuestro país, dado principalmente por el aparato paraestatal dirigido por el citado expresidente

conjuntamente con su asesor Vladimiro Montesinos y las altas autoridades del Gobierno, originó que se dieran las leyes anticorrupción para investigarlos, signados con los Números: Ley N° 27378 del 21 de diciembre de ese mismo año, que otorgaba beneficios por colaboración eficaz en la criminalidad organizada, Ley N° 27379 de la misma fecha que le otorgó facultades al Ministerio Público para realizar las investigaciones preliminares, solicitar medidas excepcionales limitativas de derechos (detención preliminar, comparecencia restrictivas, impedimento de salida, incautación, etc.), Ley N° 27686 del 19 de marzo de 2002 que instituyó la vídeo vigilancia en la actividad policial para determinados delitos, entre otras.

Asimismo, se dio el Decreto Legislativo N° 925 del 20 de febrero de 2003 referido a la extensión de la colaboración eficaz.

También se dio la Ley de seguridad ciudadana Ley N° 27934 que incorpora lo previsto en el artículo 106° del Código Procesal Penal que regula la intervención del Ministerio Público y de la Policía en la investigación preliminar del delito; asimismo, se dio la Ley N° 27939 que regula el procedimiento de las faltas de competencia de los jueces de paz letrados y la Ley N° 27994 del 6 de junio de 2003 en la que se indicó que los informes finales que elaboraban los jueces penales en los procesos penales en la vía ordinaria solo tenían que contener una relación de las diligencias actuadas en el proceso así como en los incidentes y la situación jurídica de los imputados y no las conclusiones ni las opiniones que antes se consignaban

en dichos informes finales antes de ser elevados a las Salas Superiores Penales.

- **Código procesal penal de 2004** (aprobado por Decreto Legislativo N° 957) que cambió el tratamiento del proceso penal reformándolo a un sistema predominantemente acusatorio, que tiene como propósito incorporar la oralidad para darle mayor celeridad y eficacia al proceso penal. También se cambia la estructura del proceso y los roles de los protagonistas que intervienen en él mismo.

En cuyo artículo 79° del referido Código definió a la contumacia y cuando era declarada por el Juez, a requerimiento del Fiscal o de las demás partes, previa constatación, cuando el imputado tiene conocimiento de que es requerido por la autoridad judicial y no se presenta voluntariamente a su juzgamiento, cuando fuga del establecimiento o del lugar donde está detenido o no obedece la orden de detención o prisión o se ausenta sin autorización del Juez o del Fiscal del lugar de su domicilio (Art. 79.1 del N.C.P.P).

Asimismo, se precisan las consecuencias que se dan al declararse la contumacia, siendo estas: la designación de un abogado defensor de oficio o el nombrado por su familia (Art. 79.3 del N.C.P.P), no se suspende la investigación preparatoria ni la etapa intermedia (Art. 79.4 del N.C.P.P), se sigue juzgando a los demás imputados porque el proceso continuo para ellos. En el caso que la declaración de contumacia se realice en el juicio oral

el proceso de archiva provisionalmente para el contumaz y se prohíbe la condena al contumaz y se posibilita que sea absuelto (Art. 79.5 del N.C.P.P).

Una vez que se presenta al proceso el contumaz cesa su condición, se realiza la diligencia para la que fue citado y se debe dejarse sin efecto el mandato de conducción compulsiva (Art. 79.6 del N. C.P.P).

Directiva Nº 012-2013-CE-PJ denominada “Directiva para el procedimiento del acto de lectura de Sentencia Condenatoria previsto en el Código de Procedimientos Penales de 1940 y en el Decreto Legislativo Nº 124”. Resolución Administrativa Nº 297-2013-CE-PJ de fecha 28 de noviembre de 2013.

Esta Directiva también se refiere al Código Procesal Penal del 2004, en cuyo artículo sexto, señala sobre el acto procesal de la lectura pública de la sentencia (condenatoria o absolutoria), que el Juez Penal Unipersonal o el Colegiado, leerá la sentencia, sin la presencia del acusado, pero con la asistencia del abogado defensor del mismo o del nombrado de oficio, en caso en los procesos penales del Código de Procedimientos Penales de 1940 y en proceso sumario del Decreto Legislativo Nº 124, es factible proceder válidamente al acto de lectura de sentencia del acusado que no asiste, solo si éste ha tenido la posibilidad de ejercer su derecho de defensa mediante el conocimiento o su participación de las diligencias de la instrucción o de las sesiones del juicio oral según corresponda, pero no

asiste a la lectura de sentencia y las partes que no están asistiendo serán notificadas en sus respectivos domicilios (Artículo 396, inciso 3º).

Decreto Legislativo N° 1206, Decreto legislativo que regula medidas para dotar de eficacia a los procesos penales tramitados bajo el Código de Procedimientos Penales de 1940 y el Decreto Legislativo N° 124, comenzó a regir el 22 de setiembre de 2015 y en relación a las normas aplicables a la contumacia y ausencia establece que es el Fiscal quien debe identificar el domicilio real del imputado para formalizar la denuncia penal y el Juez solo podrá abrir instrucción cuando en la formalización de denuncia se haya constatado el domicilio real del imputado (Art. 121 A).

Asimismo, el Juez es quien declara contumaz cuando voluntariamente el imputado tiene conocimiento que es requerido y no se presenta a las actuaciones procesales, en caso de fuga, no obedezca una orden de detención, se ausente sin autorización del lugar donde reside. La resolución ordenará la conducción compulsiva del acusado y la designación de un abogado para su defensa, no se suspende la instrucción, no se varía la situación de los demás imputados y cuando se presenta el contumaz o ausente se debe dejar sin efecto el mandato de conducción compulsiva.

Se incorpora además el artículo 285 B que prevé que así el imputado tenga la condición jurídica de contumaz no se impide que se cite para el acto de lectura de sentencia.

1.1.3. Bases teóricas

1.1.3.1. Tratamiento procesal a la comparecencia del imputado

Desde el momento en que se imputa la comisión de un delito a un ciudadano, el sujeto tiene dos posibilidades al ser citado por la autoridad:

1. Concurrir ante la autoridad que lo cita, en cuyo caso debe estar enterado de los cargos en su contra y de sus derechos, además de ser asistido por un abogado de su libre elección o que se designe uno de oficio, a permanecer en silencio.
2. No concurrir y ser considerado inocente hasta que se dicte una sentencia consentida o ejecutoriada que lo declare culpable o confirme la inocencia del imputado.

Seguidamente, se procederá a analizar ambos casos:

En el primer caso, al ser citado por la autoridad deberá ser informado de los hechos que se les imputan en forma verbal y por escrito, se les informa sobre los derechos que tienen para ejercer su derecho a la defensa, entre ellos: el comunicarse con su familia si está detenido, a elegir un abogado y en caso de no contar con uno que le sea designado uno de oficio en forma gratuita, el derecho de impugnar la privación de la libertad en caso de habersele impuesto, el ser llevado sin demora ante un juez u otro funcionario competente a fin de evitar cualquier tipo de abuso y para que se examine inmediatamente los motivos de su detención.

En el segundo caso, el imputado puede no concurrir a la citación que se le hace, estando a que tiene la presunción de inocencia hasta que se dicte una sentencia que lo declare como inocente o que determine su responsabilidad en la comisión del delito que se le imputa.

Al respecto Montero, San Martín y Gimeno coinciden en afirmar que es un deber, una obligación o carga de comparecer al proceso penal y éstos dos últimos autores sostienen que si el imputado no asiste a la citación de la autoridad en forma justificada o decide voluntariamente no ir al proceso penal al que es citado, se arriesga a que se le dicte la orden de captura, a que se le declare rebelde y en definitiva a que se le declare contumaz.

Como se puede ver, la consecuencia de no concurrir a la citación de la autoridad será la rebeldía que no es otra cosa que la contumacia.

Siendo así, el Juez lo declara contumaz, remite las órdenes de ubicación y captura y una vez capturado el procesado, también la norma rodea de ciertas garantías al imputado que se encuentra en esa situación.

1.1.3.2. Presencia del imputado en el proceso penal

Si el imputado concurre al proceso tiene amplios derechos desde que es citado ante la policía hasta que es juzgado y es que se deben respetar sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. En ese sentido, siendo sospechoso de la comisión de un presunto delito tiene el

derecho al debido proceso que implica el respeto de los derechos y garantías mínimas que debe tener toda persona sometida a un juicio, para que su proceso se tramite y resuelva con justicia.

A decir de Baytelmany (2005)

Acorde con el artículo 44° de la Constitución el nuevo modelo procesal procura un equilibrio entre las garantías del individuo y la eficacia en la persecución del delito. En cuanto a las garantías, el nuevo Código reconoce ampliamente los derechos del imputado desde las primeras diligencias investigativas, entre los cuales el derecho fundamental a la presunción de inocencia se erige como la piedra de toque de toda su construcción normativa (p.15).

Estando en el proceso, el imputado será titular de una serie de derechos, entre los cuales se tiene: El derecho que tiene de acceder y ser juzgado por un juez o Tribunal competente, independiente, e imparcial, a ser juzgado sin demoras, el derecho de defensa, el derecho a ser oído, el derecho a no ser obligado a declarar contra uno mismo o confesarse culpable, el derecho de ofrecer e interrogar testigos, el derecho a un juicio público, el derecho a la instancia plural, el derecho a la igualdad ante la ley y ante los tribunales, el derecho de presunción de inocencia, el derecho de no ser sometido a juicio ni condenado dos veces por el mismo delito (principio *non bis in idem*), el derecho de no ser sujeto de aplicación retroactiva de un ley, salvo que le seamás favorable al reo, el derecho a ser juzgado solamente por delitos previamente tipificados en la ley (principio del *nullum crimen, nulla pena, sine*

lege), entre otros que se encuentran reconocidos en el ordenamiento nacional.

Roxin (2000) relacionó la presencia del imputado en el proceso penal con el derecho de ser oído y otras garantías como la inmediación, así señala:

La presencia del imputado en el proceso tiene directa relación con un principio del Derecho procesal penal actual que consiste en que, nadie puede ser condenado sin antes haber sido oído, además de la necesidad de inmediación, esto es, que el Tribunal se forme un concepto sobre la personalidad del sujeto. De modo que Roxin refiriéndose a este punto, sostiene que un juicio no puede llevarse a cabo sin el acusado (p. 520).

También la presencia del imputado en el proceso permitirá realizar un debido contradictorio porque este podrá aceptar o negar los cargos realizados por la fiscal, y tiene la opción de guardar silencio. En esta situación se puede materializar más claramente la igualdad de armas.

En este sentido, Maier (2003) resaltó el aspecto del contradictorio.

La presencia del imputado obedece a razones de equilibrio procesal, añadiendo que el derecho de defensa no se satisface con una “razonable oportunidad de audiencia” para ejercer la defensa material, sino que reclama – literalmente – el “ser oído” en el sentido de una audiencia real con el tribunal, todos de cuerpo presente (inmediación); por otro lado, tiene relación con la pena privativa de libertad, puesto

que para su aplicación resulta imprescindible contar con la presencia del imputado (p.217).

En ese ámbito, la problemática planteada es sí el imputado en su condición natural de libertad, conocedor de la existencia de un proceso penal instaurado en su contra tiene el deber de concurrir al mismo y como tal asumir que su inasistencia en forma voluntaria tendrá como consecuencia que sea declarado reo contumaz, se ordene su ubicación y captura, se le cite a la audiencia y con su concurrencia o no se defina su situación jurídica con una sentencia o que su presencia en el proceso garantiza otros derechos fundamentales que no pueden ser restringidos como es el de ser condenado sin haber sido oído, el ejercicio de su derecho de defensa material y el principio de inmediación para ser juzgado.

Creemos que si el imputado tiene conocimiento del proceso penal y es citado para que responda por los cargos que se le imputan y no asiste, tiene que asumir las consecuencias de sus actos, como es el ser declarado contumaz mediante una resolución debidamente motivada y que se ordene su ubicación y captura; sin embargo, ello no implica que se emita una sentencia condenatoria sin haber sido oído ante el magistrado que lo condenará porque restringiría su derecho a la defensa material y a ser oído, asimismo al principio de inmediación con el Juez que lo sentenció.

1.1.3.3. Parámetros de validez de las normas jurídicas

Es de precisar que las normas de derecho no están aisladas unas de otras, sino se presentan al interior del ordenamiento jurídico, que es una estructura jerárquica, en la cual la norma inferior se funda en la norma inmediata superior y así sucesivamente, hasta llegar a lo que Kelsen denomina “la norma fundamental”.

En ese sentido, Kelsen (1987) afirmaba

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, y es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución; existiendo el principio de legalidad o de legitimidad, en mérito al cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la misma; dicho principio es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto (p.106).

El Tribunal Constitucional Peruano alude sobre el concepto de validez a la relación de compatibilidad entre dos normas de distinto rango. Por tanto, sostiene que existen dos tipos de validez: La validez formal y la validez material.

Validez formal que corresponde cuando una norma ha sido creada conforme al proceso de su producción jurídica, es decir siguiendo las pautas establecidas sobre competencia y procedimiento que dicho ordenamiento prevé, y Validez material que corresponde cuando no es incompatible con

las materias, principios y valores de las normas jerárquicamente superiores. (Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente N° 0014-2003-AI/TC de 10 de diciembre de 2003, fundamento jurídico 15)

En el caso de Ley de contumacia no existía un problema de invalidez formal, puesto que fue emitida por el Congreso conforme al procedimiento de sanción de una ley, pero sí tendría problemas de invalidez material por afectar derechos y principios de relevancia constitucional.

1.1.3.4. Parámetros de vigencia de las normas jurídicas

La vigencia de una norma jurídica depende de que haya sido aprobada y promulgada por los órganos competentes; por tanto, comienza a regir y a ser obedecida una vez que ha sido publicada conforme lo establece el último extremo del artículo 51° de la Constitución Política.

La norma válida es que, en adición a estar vigente, cumple con los requisitos de no incompatibilidad con otras de rango superior de forma y fondo, como se haya previsto en el artículo 51 y artículo 138 segundo párrafo de la Constitución. En tal sentido, toda norma válida es por definición vigente, pero no necesariamente toda norma vigente es válida.

Según indicó Torres (1999)

La norma jurídica conserva su validez al prescribir la conducta humana y no por coincidir con la realidad y en cuanto a la vigencia de la norma señala que tiene que sustentarse en la base social, cultural entre otros, imperantes en un determinado tiempo y lugar (p.257).

Coincidió con Rubio (2008) quien afirmaba que “La vigencia de la norma general es un fenómeno cierto en el tiempo, que ocurre en un determinado momento” (p.33).

Asimismo, nuestra Constitución Política en el artículo 103° prevé que la ley, desde que está vigente, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo.

En lo que se refiere a la aplicación de las normas generales en el tiempo, recogida en la Ley de reforma constitucional N° 28389 se establece las siguientes reglas: Desde que la ley entró en vigor se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y la ley no tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo.

Siguiendo la línea de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional, consideró que si el desuetudo (o desuso) de una ley pueda culminar con su derogación, es una hipótesis de ineficacia de las normas jurídicas que en nuestro ordenamiento no tiene asidero; no siendo admisible la derogación de una ley, ya sea por su desuso o por la existencia de prácticas o costumbres *contra legem*. Se indicó que en la exclusión de la norma por desuetudo como criterio para determinar la vigencia o derogación de las leyes subyace la afirmación de un principio ínsito al Estado Constitucional de Derecho cual es

el principio de seguridad jurídica, como complemento esencial para el ejercicio de los derechos fundamentales, para el desarrollo de la vida en sociedad y una garantía consustancial de la conformación de una sociedad libre y democrática (Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente N° 047-2004-AI/TC del 24 de abril de 2006, fundamentos jurídicos 75- 76).

En nuestro Tribunal Constitucional en la acción de inconstitucionalidad citada, cuando nos referimos a la validez de las normas, establece que una norma jurídica sea vigente, sólo es necesario que haya sido producida de acuerdo con los procedimientos mínimos y necesarios previstos en el ordenamiento jurídico, siendo aprobada por el órgano competente, en tanto que su validez depende de su coherencia y conformidad con las normas que regulan el proceso de su producción jurídica.

La Ley de contumacia aprobada por el Congreso el 18 de junio de 1996 promulgada por el expresidente Alberto Fujimori Fujimori el 25 de junio de 1996, fue publicada en el diario oficial “El Peruano” el 26 de junio de 1996 y conforme lo establece nuestra Constitución Política del Perú en el artículo 109° “La Ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”.

En ese sentido, esta Ley N° 26641 estuvo en vigencia al día siguiente de su publicación en el citado diario “El Peruano” esto el 27 de junio de 1996 y hasta la fecha es de obligatorio cumplimiento, por cuanto no ha sido

derogada expresamente ni abrogada pese a que se ha modificado el Código Procesal Penal.

2.2. Glosario de términos básicos:

- **Abrogar.** Dejar sin efecto total o parcialmente una norma a través de otra.
- **Acción de inconstitucionalidad.** Acción de garantía constitucional formulada contra una norma legal que es contraria a la Constitución o ha sido aprobada o promulgada sin seguir las formas prescritas por ésta, formulada ante el Tribunal Constitucional.
- **Acción penal.** Es la acción que promueve el Ministerio Público cuando comete un delito.
- **Ausencia.** Institución en la que el imputado desconoce la existencia de un proceso instaurado en su contra en consecuencia no se presenta al mismo.
- **Bien jurídico.** Es el objeto de protección del sistema penal.
- **Contumacia.** Se entiende como la desobediencia del imputado de concurrir al proceso penal en forma voluntaria cuando tiene conocimiento de este.
- **Constitucionalidad.** Adecuarse a lo establecido en la Constitución.
- **Control Difuso.** Es la facultad que otorga la Constitución a los jueces para inaplicar una ley para un caso concreto que es contraria a la Constitución, sin derogarla.
- **Derogación.** Dejar sin efecto una ley o una norma jurídica.
- **Desuetudo.** Desuso de una costumbre o de una ley.

- **Imputado.** Es la persona a quien se le atribuye la comisión de un delito.
- **Legislador penal.** Es un ciudadano elegido por el pueblo, quien forma parte del Congreso de la República y se encarga de la redacción de leyes.
- **Principio de legalidad.** Es la primacía de la ley sobre otra norma. No puede castigarse una acción u omisión que no esté previamente calificada en la ley como delito.
- **Principio de ofensividad o lesividad.** En todo delito debe existir un bien jurídico lesionado.
- **Principio de proporcionalidad de penas.** Tiene que ser acorde con la lesión que se quiso infringir y con los fines de la pena.
- **Proceso penal.** Es un conjunto de actos encaminados a investigar y sancionar de darse el caso a quien resulte responsable de la comisión de un hecho punible.
- **Validez de la norma.** Una norma es válida cuando está en vigor.
- **Vigencia de la norma.** Una norma se encuentra vigente desde el día siguiente al de su publicación, salvo disposición contraria de la misma norma.

CAPÍTULO II:

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. Descripción de la situación problemática

El 26 de junio de 1996 se introduce a través del artículo 2º de la Ley N° 26641 denominada “Ley de Contumacia” una nueva figura penal que señala: “Si el agente se sustrae de 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.” Diferente tipo penal que hasta la fecha está vigente.

En la misma Ley se prevé en el artículo 1º que la contumacia es causal de interrupción de la prescripción de la acción penal; pero se viene aplicando en la práctica judicial como una causa de suspensión (véase sentencia de Alberto Fujimori sobre matanza de Barrios Altos y la Cantuta del 7 de abril del 2009 emitida por la Sala Penal Especial de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República y el Recurso de Nulidad N° 1835-2015 Lima de fecha 7 de diciembre de 2016 de Ernesto César Schutz Landázuri emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República).

En la presente investigación se considera el delito de Contumacia que debe desarrollarse teniendo en cuenta los requisitos de la declaración prevista en el artículo 3º del Decreto Legislativo N° 125 y el Código

Procesal Penal del 2004 (Decreto Legislativo N°957). Ambas normas establecen que la contumacia es una consecuencia jurídica del imputado que al tener conocimiento que es citado a la autoridad judicial no concurre por lo que se emite una resolución judicial y se requiere que existe un proceso judicial, en que el imputado tenga conocimiento de la existencia de dicho caso y que no tenga la voluntad de apersonarse a dicho proceso.

Desde que crearon el delito de contumacia, no existe en la doctrina ni en la jurisprudencia un análisis sobre la validez de este tipo penal (el que no es aplicado generalmente en casos concretos). El examen de validez deberá efectuarse a la luz de principios rectores del Derecho penal, tales como: De legalidad, proporcionalidad de la pena, la intervención penal mínima y el debido proceso (derecho de defensa y la presunción de inocencia).

Por otro lado, esta situación procesal que surge a partir de la ausencia del imputado pese a ser válidamente notificado, es decir, que tiene conocimiento del proceso instaurado en su contra y denota una voluntad de sustraerse de la acción de la justicia y genera dentro de ese marco una serie de consecuencias negativas (sometimiento al proceso en las condiciones en las que se encuentre y la orden de captura).

Por ello, considerando como señala Montero, Ortells, Gómez y Montón (1996) que "(...) la presencia del imputado-acusado es para el Estado, para el órgano jurisdiccional correspondiente, un deber ineludible y para aquél el derecho no renunciable que, por tanto, puede calificarse de derecho - deber" (p. 84).

Pero con la norma analizada, también configuraría un delito.

Asimismo, San Martín (2003) ha indicado los inconvenientes de esta norma en el sentido que:

Un primer problema de la ley es que utiliza como sinónimas dos categorías de Derecho penal material (reguladas por lo demás en el Código penal), refiriéndose a la interrupción y suspensión de la prescripción, y añade: que otro problema de la Ley es que, sin apoyo del derecho comparado, crea un delito sobre la base de un mero incumplimiento de una obligación procesal que, a su juicio, no constituye un bien jurídico constitucionalmente relevante, tanto más sila conducta procesal del imputado, aun cuando censurable, puede obedecer a una línea defensiva que de uno u otro modo se encuentra proyectada sobre el derecho constitucional a la defensa (p. 285).

En esa misma línea Roy (1998) ha señalado que:

Ni siquiera el bien jurídico puede ser la función jurisdiccional, encunto el derecho a la presunción de inocencia lo descarta." y agrega "En el hipotético y negado caso que lo fuera, no alcanza el grado

mínimo como para justificar la intervención del Estado a través del delito y la pena (p.105).

Como se puede apreciar en el ámbito jurisprudencial se ha inaplicado este tipo penal por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema y la doctrina nacional se opone a su existencia; sin embargo, este tipo penal se ha mantenido vigente hasta la actualidad, lo que muestra la presente investigación que centrará su análisis en su vigencia y validez.

2.2. Formulación de los problemas de la investigación

Por lo expuesto, corresponde plantear el siguiente problema de investigación:

¿Cabe considerar la invalidez material del delito de contumacia a la luz de garantías materiales que tienen relevancia constitucional?

Y sobre el desarrollo del problema principal, corresponde plantear como problemas secundarios:

- ¿Ante la confirmación de su incompatibilidad con la Constitución corresponde el control difuso o basta el desuetudonormativo?
- ¿El legislador peruano sigue una adecuada técnica legislativa para la creación de normas penales eficaces y evitar problemas de aplicabilidad en nuestra realidad, considerando este caso en particular?

2.3. Objetivos de la investigación

- Determinar si el delito de contumacia resulta incompatible con la norma fundamental y los principios rectores del Derecho penal.
- Establecer si es suficiente el desuso o es necesario el control difuso sobre el delito de contumacia.
- Señalar si el legislador peruano sigue una técnica legislativa para la creación de normas penales, considerando este caso en particular.

2.4. Justificación de la investigación

2.4.1. Importancia de la Investigación

Consideramos que la investigación a realizar tiene relevancia jurídica, puesto que, tenemos vigente un tipo penal que no es aplicado por la Judicatura nacional y sobre el cual no ha existido un control difuso inicial; y nunca concentrado, existiendo dudas sobre su validez material a la luz de los principios y garantías materiales del Derecho penal y que tienen relevancia constitucional. Además, es conveniente establecer su vigencia, dado que el desuso o desuetudo normativo se presenta en este caso, siendo necesario un pronunciamiento expreso sobre su validez o vigencia.

Por otra parte, tiene relevancia práctica por los efectos negativos que genera para el procesado y para el sistema penal en general por la contradicción que puede producir en el propio Código penal que, por ejemplo: No castiga el hecho de sustraerse de la detención al regular

en los delitos contra la Administración de Justicia el delito de encubrimiento.

A través de esta investigación, no sólo se busca la derogación o modificación de la norma en cuestión, sino el poner en cuestión la labor del legislador penal que genera situaciones y consecuencias jurídicas que no han sido sometidas a un filtro constitucional.

En ese sentido, el legislador debe tener una técnica legislativa para crear normas penales que van a ser utilizadas por los operadores judiciales que respondan no sólo a la realidad, sino que guarden coherencia con los principios y normas constitucionales y penales, a fin que sean válidas y garanticen la seguridad jurídica para todos los ciudadanos en nuestro país.

2.4.2. Viabilidad de la Investigación

Se cuenta con la experiencia académica, la bibliografía, los recursos materiales para la obtención de esta y pese a la falta de tiempo se generarán espacios de dedicación y disciplina para concretar esta investigación.

2.5. Limitaciones

En el desarrollo de la Tesis, se advierte la falta de doctrina y carencia de estadística y producción de procesos en los que se haya declarado reos contumaces y uniformidad de criterios en los

magistrados del Poder Judicial. Sin embargo, superaré dichas limitaciones.

2.6. Diseño metodológico

El método de investigación científica utilizado es el deductivo, se parte de ideas rectoras, generales y abstractas para analizar luego casos concretos. Además, se recurre a algunos métodos propios de las ciencias jurídicas, como el método funcional o teleológico tratando de observar la finalidad y utilidad de las medidas adoptadas, así como el método dogmático a través del cual por el estudio de los juristas obtenemos las características de las instituciones involucradas.

2.7. Tipo de investigación

La investigación que se realiza es de tipo descriptivo – explicativa, se pretende descomponer todos los aspectos relacionados al tema y encontrar razones por las que debe expulsar la norma que criminaliza la contumacia del ordenamiento jurídico nacional.

2.8. Técnicas de recopilación de información

2.8.1. Análisis de textos

Se recurre a la doctrina penal analizando diversas normas, libros, artículos y comentarios de juristas nacionales y extranjeros.

2.8.2. Análisis de casos

Se estudiará los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, Resoluciones de las Salas Penales y Constitucional y Social de la Corte Suprema, así como algunas resoluciones de los Jueces Superiores y especializados en lo Penal.

2.9. Aspectos éticos

Declaro bajo juramento que han sido debidamente identificadas y citadas las fuentes de información que he utilizado; asimismo que el trabajo de investigación ha sido realizado observando las pautas metodológicas de la Universidad.

2.10. Hipótesis de trabajo

2.10.1. Hipótesis principal

El delito de contumacia es inválido materialmente a la luz de la Constitución Política del Perú, al afectar garantías y principios rectores del Derecho penal.

2.10.2. Hipótesis secundarias

2.10.2.1. Primera Hipótesis secundaria:

El desuetudo normativo no es el mecanismo apropiado para expulsar del sistema normativo una norma que adolece de validez material sino más bien su control constitucional.

2.10.2.2. Segunda Hipótesis secundaria:

El legislador peruano en este caso en particular no siguió una adecuada técnica legislativa para la creación del delito de contumacia, razón por la cual generó problemas de aplicación en nuestra realidad.

CAPÍTULO III:

RESULTADOS

3.1. El delito de contumacia

3.1.1. Aspectos preliminares

Según la investigación en la doctrina ni en la jurisprudencia se halla antecedentes de tipificación del ilícito investigado. Sin embargo, tomando en consideración las reglas y principios establecidos en la parte general del Derecho Penal abordaremos en este Capítulo el desarrollo del delito de contumacia, que como se ha indicado, se encuentra regulado en el artículo 2º de la Ley N° 26641 denominada “Ley de contumacia” de fecha 26 de junio de 1996. Esta norma considera que el delito de contumacia será sancionado con la pena privativa de libertad que corresponde al delito por el que se le procesaba y que dio lugar a la declaración de contumacia.

Además, el Juez que resolverá este proceso del que surgió la declaración de contumacia será el competente para conocer también esta imputación, operando una especie de acumulación.

Como se detalla hasta la actualidad se encuentra vigente este ilícito, el mismo que no está comprendido en nuestro Código Penal, sino recién se incorpora con la citada Ley N° 26641 en un contexto socio político especial, con la finalidad de evitar la impunidad de los procesados que hubieran fugado al exterior y que los procesos penales por los que se les investigaba

prescribieran, y para este último propósito, se constituye la contumacia en una causa de suspensión de la prescripción de la acción penal.

3.1.2. Regulación y características típicas

Según afirmamos el delito de contumacia regulado en el artículo 2° de la citada Ley N° 26641 prevé: “Si el agente se sustrae de 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.”

Siendo así, de acuerdo con el tipo penal señalado, la conducta de sujeto activo solo es realizable por quién tenga la calidad de imputado, esto quiere decir que se trata de un delito especial propio y no de un delito común que cualquier persona pudiera cometer.

En la doctrina penal Hurtado (2011) al referirse al sujeto activo indicaba que

En algunas disposiciones, se circunscribe esta condición a un círculo determinado de personas. Conforme a la manera según la cual los tipos legales han sido elaborados, la calidad especial del autor está determinada, en primer lugar, por el hecho de que este es titular de un deber especial y que lo viola mediante su comportamiento. Verbigracia en el caso de abuso de autoridad, solo quien es funcionario público y por tanto, portador del deber de función puede realizar el tipo penal del art.376. El fundamento de la represión es la violación de dicho deber. A esta clase de infracción, se le denomina

“delito especial propio” y no existe un delito común correlativo (p.403-404).

Por otra parte, se puede apreciar que el núcleo del tipo penal reside en la acción de sustraerse de un proceso penal en marcha. Esta conducta reprochada en el tipo penal sería antijurídica por la consideración de que la sustracción del proceso supuestamente afectaría el bien jurídico protegido Administración de Justicia, el cual es de carácter colectivo o supraindividual y está contemplado en el Código Penal siendo afectado por delitos como denuncia calumniosa, encubrimiento personal, encubrimiento real, omisión de denuncia, fuga en lugar de accidente de tránsito, falso testimonio en juicio, falsa declaración en proceso, entre otros.

En este punto del desarrollo de la tesis, nos limitamos a realizar un análisis de las características típicas del delito de contumacia, tomando en consideración que el tipo penal es solo una descripción normativa de la conducta reprochable penalmente. Para efectuar este análisis, es necesario entonces, considerar que la tipicidad es un presupuesto fundamental para el estudio del delito.

Así lo sostuvo Bacigalupo (2004):

Una norma es “típica” o “adecuada a un tipo penal” quiere decir que esa acción es la acción prohibida por la norma. La teoría del tipo penal es, consecuentemente, un instrumento conceptual para la identificación del comportamiento prohibido. La acción ejecutada por

el autor es la acción prohibida por la norma cuando se subsume bajo un tipo penal. En sentido estricto es la descripción de la conducta prohibida por una norma (p. 212).

Es necesario conocer las características del tipo penal para realizar el juicio de subsunción o tipicidad, que es el juicio positivo en cuanto a que la conducta cumple con las condiciones exigidas por el tipo penal. El juicio de tipicidad se realiza fundamentalmente por el Ministerio Público que como titular de la acción penal cuando va a realizar la imputación inicialmente al formalizar la investigación preparatoria y luego, en su acusación.

Zafarroni (2006) señalaba sobre el juicio de tipicidad que:

La interpretación de los tipos penales está estrictamente ligada al juicio por el cual se determina si una acción real y concreta es típica, osea, si constituye materia prohibida, lo que también es un juicio valorativo (jurídico) acerca de una acción y de su obra (un pragma) (p.343).

En la dogmática penal se reconocen diversos elementos al tipo penal, es así, que se hace referencia a elementos descriptivos que corresponden al lenguaje común y elementos normativos o valorativos que requieren una definición especial.

En cuanto a los elementos descriptivos:

“Son referencias a determinados hechos, circunstancias, cosas, estados y procesos corporales o anímicos (ajenos al autor) y que, caso por caso, deben ser comprobadas por el juez cognoscitivamente. Por ejemplo, “matar” (art.106); “bien” (art.185)” (Hurtado, 2011, p.402).

Como se ha mencionado, estos elementos son los que corresponden al lenguaje común, entiéndase que no requieren una definición especial. En el tipo penal materia de análisis al parecer existirían elementos descriptivos como “el agente”, “sustraerse”, “acción de la justicia” y si bien pueden ser entendidos sin una definición particular, por su carácter general deberán ser acotados por el Juez en la interpretación que se realice del tipo penal, verbigracia: “sustraerse” debe entenderse como “no asistir”, “fugar”, “ocultarse”.

Por otro lado, se tiene los elementos normativos o valorativos que son los que requieren una definición especial, de derecho, que puede estar en otra norma o realizada por el Juez, pero acudiendo a principios u otras reglas del sistema jurídico.

Así afirmó Roxin (1997)

Que son normativos todos los elementos cuya concurrencia presupone una valoración (...) En los elementos normativos se pueden hacer ulteriores distinciones, sobre todo entre elementos con valoración jurídica (“ajeno”, “funcionario en el ejercicio de su cargo”, “documento público”) y elementos con valoración cultural (“acciones

sexuales de cierta relevancia”). También se puede diferenciar según que un concepto le deje al aplicador del Derecho un margen de valoración especialmente amplio y esté “necesitado de complementación valorativa” (p. 306)

Siendo así, si bien es cierto el tipo penal en estudio contiene expresiones de uso común, como las que se indicaron en los párrafos anteriores, siguiendo a Roxin de todas formas requerirán una definición especial judicial, lo que hace pensar que propiamente no son elementos descriptivos sino normativos. Sin embargo, es indiscutible que la declaración de contumacia es un elemento normativo, cuya definición derivará de la Ley.

Específicamente, “sustraerse de la acción de la justicia” debe entenderse aplicando el Código Procesal Penal en el numeral 1 del artículo 79° que prevé: que el imputado tiene conocimiento que es requerido y no se presenta voluntariamente a las actuaciones procesales, o fuge del establecimiento o lugar donde se encuentre detenido o preso o no obedezca pese a tener conocimiento de su orden de detención o prisión y se ausente sin la autorización del Fiscal o Juez del lugar donde reside o donde se le asignó para residir y “la declaración contumacia” se verifica en el artículo 3° del Decreto legislativo 125 en base a tres supuestos: 1) El que rindió su instructiva o estuvo bien notificado rehúye el juzgamiento o no hace caso a las citaciones que le hace el juzgador. 2) El que se encuentre en libertad provisional o vigilada proceda como lo indicado en el numeral 1°. 3) El detenido en una dependencia policial o establecimiento penal se da a la fuga

para impedir la acción de la justicia. Se determinaría la declaración de contumacia por el Juez del proceso de oficio o a pedido de parte, resolución que requiere estar debidamente motivada y que contiene la orden de captura en contra del imputado y el nombramiento de un abogado defensor de oficio. Entonces, se ha verificado que este tipo penal afecta garantías de orden constitucional como el principio de legalidad, específicamente la garantía de la ley penal cierta, puesto que el ciudadano al ver este tipo penal integrado solo por elementos normativos no podrá conocer exactamente en qué consiste la conducta que se pretende sancionar.

El legislador dota al tipo penal en comentario de una definición que no será entendida por el ciudadano común a quién se dirige la norma penal, siendo posible señalar que afecta por un lado la garantía de la ley penal cierta y, además, afecta la seguridad jurídica, en tanto no se tiene una regla clara sobre la cuál determinar el comportamiento.

En cuanto a la garantía de ley penal cierta, Mir Puig (2016) ha señalado que:

El postulado de precisión de la ley da lugar al llamado “mandato de determinación” que exige que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles o las penas que pueden acarrear. Constituye éste un aspecto material del principio de legalidad que trata de evitar la burla del significado de seguridad y garantía de dicho principio, burla que tendría lugar si la ley penal previa se limitase a utilizar cláusulas generales

absolutamente indeterminadas. El mandato de determinación se concreta en la teoría del delito a través de la exigencia de tipicidad del hecho, y en la teoría de la determinación de la pena obliga a un cierto legalismo que limite por otra parte necesario ámbito jurisdiccional (p.117).

Como tipo penal, este delito de contumacia estaría constituido por elementos de naturaleza objetiva, que son aquellos que se refieren a los aspectos externos o tangibles de comportamiento típico.

Para Calderón (2005)

Dentro de los elementos objetivos se comprenden todos los estados y procesos que se hallan fuera del dominio interno del autor. Por ejemplo: matar, sustraer, apropiarse, falsificar, los medios utilizados, violencia o intimidación; el sujeto activo (persona que realiza la conducta típica) y el sujeto pasivo (el titular del bien jurídico tutelado) (p.38).

En el caso analizado estarían dados por la condición de imputado del sujeto activo, la acción de sustraerse del proceso penal en su contra y la declaración judicial de contumacia.

Se reconoce también que, todo tipo penal tiene elementos de naturaleza subjetiva, que corresponden al dolo o la culpa. Según a la sistemática de

Código Penal, los tipos penales culposos presentan dicho elemento expresamente, lo que no se da en el delito de contumacia, razón por la cual, el elemento subjetivo que le corresponde es el dolo.

La concepción de dolo según Antolisel (1988) radicó en que:

El dolo se da cuando el sujeto ha querido el hecho que ha realizado, mientras que la culpa se da cuando el hecho en sí no ha sido querido, sino que se ha ocasionado por imprudencia o negligencia, es decir, por inobservancia de las precauciones obligatorias (p. 225)

En el tipo analizado se exige la presencia de dolo, entendido como la conciencia y voluntad de no acudir al proceso y rehuir la acción de la justicia. El sujeto activo que conoce de su situación dentro de un proceso penal decide intencionalmente no acudir más o fugar, ello denota que actúa con un propósito de infringir la norma y conoce de las consecuencias de su conducta.

Creus (1992) quien definió al dolo directo, en el sentido siguiente:

En cuanto a las características del elemento volitivo, el dolo puede presentar distintas intensidades, que representan diferentes formas de su manifestación. En el ápice de intensidad tenemos el dolo directo, que es aquel en el cual el autor quiere la típica violación del mandato y hacia ella endereza su conducta (quiere el resultado o la actividad con la que consume el delito); quiere matar, defraudar, apoderarse de la cosa ajena, etcétera (p.247).

Según la forma de consumación de este tipo penal, se tiene que es un delito de mera actividad o desobediencia, esto es, que se consuma por la realización del comportamiento, sin necesidad de provocar un resultado, esto es, el delito se perfecciona con la sola desobediencia de la ley.

En ese sentido, Roxin (1997) señalaba

Son aquellos en los que la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y por tanto no se produce un resultado separable de ella (...) para comprobar la consumación del hecho, sólo es preciso examinar la concurrencia de la propia acción del autor; (pp. 328-329).

En este delito la consumación se presenta con la declaración de contumacia que se da como resultado de la conducta del imputado de no presentarse al proceso penal en su contra o rehuir a éste. La declaración de contumacia es el momento consumativo; por lo tanto, debe darse las siguientes condiciones para dicha declaración:

- Debe ser judicial, esto es dictado por el Juez a cargo del proceso penal que se sigue al imputado.
- Debe estar contenido en una resolución debidamente motivado.
- Debe haberse dado alguna de las circunstancias previstas en el Código Procesal Penal anteriormente descritas.

Sin embargo, la declaración de contumacia podría ser considerada como una condición de punibilidad, posición de la que discrepamos; puesto que, el

delito sancionado es esencialmente por la condición de contumaz del imputado y no el acto de rehuir a la justicia.

En ese sentido, el imputado tiene conocimiento que es citado por la autoridad judicial y pese a ello voluntariamente no concurre, por lo que se emite una resolución judicial declarándolo contumaz, se ordena su ubicación y captura, designándosele a un abogado defensor de oficio, suspendiéndose los términos de la prescripción de la acción penal instaurada en su contra.

De manera que, la declaración de contumacia no es el resultado de la imputación del delito de contumacia, sino es un requisito de perseguibilidad, esto es, un presupuesto necesario para que el imputado se le atribuya este tipo penal.

Como se señaló, el sujeto activo solo podría ser el imputado, entiéndase aquella persona que tiene un proceso penal instaurado en su contra, lo que necesariamente conlleva en el Código Procesal Penal del 2004 que se haya formalizado investigación preparatoria. Se trata entonces, de un delito especial propio y donde el único que podría tener la calidad del autor sería el imputado.

Hurtado (2011) ha manifestado que

De acuerdo con la manera según la cual los tipos legales han sido elaborados, la calidad especial del autor está determinada en primer lugar, por el hecho de que éste es titular de un deber especial y que lo

viola mediante su comportamiento (...). A esta clase de infracción, se le denomina “delito especial propio” y no existe un delito común correlativo (p. 404).

Finalmente, al ser un tipo penal especial propio en el que el sujeto activo tiene que ser un imputado, ello implica la dificultad en aceptar otras formas de autoría, admitiéndose únicamente la directa; de igual modo, generará dificultades en la consideración de partícipes del delito.

Respecto al sujeto pasivo, que tiene directa relación con el titular del bien jurídico protegido, si considerará al bien jurídico, Administración de Justicia, el sujeto pasivo sería el Estado.

Como afirmaba Caro (2007)

En la comisión de un delito tiene que determinarse, según corresponda la naturaleza de este, al sujeto pasivo que haya sufrido la lesión, o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma penal, de allí que el sujeto pasivo siempre es un elemento integrante del tipo penal en su aspecto objetivo; por tanto, al no encontrarse identificado trae como consecuencia la atipicidad parcial o relativa de la conducta delictiva (...) (p. 633).

Siendo así, no se advierte la lesión o puesta en peligro de una persona o particular, a quien se podría considerar al Estado como titular de la Administración de justicia. Ello quiere decir que, en un supuesto de

imputación de este delito, sería el Procurador Público del Poder Judicial el que se haría cargo de representar los intereses del Estado.

Será importante preguntarse y será objeto de análisis en esta tesis, si se lesionó o puso en peligro el bien jurídico, Administración de Justicia o algún otro interés público. Según nuestra posición consideramos que no, por cuanto el delito que se pretende sancionar es por el hecho de haber sido declarado contumaz en un proceso penal en trámite, lo que ya genera sus propias consecuencias, puesto que declarado reo contumaz el imputado, se ordena su ubicación y captura debiendo sumarse al proceso en el estado en que se encuentre, y ello implicará en algunos casos solo que se proceda a leer la sentencia en su contra, puesto que la situación de contumacia no paraliza el proceso en trámite, es decir, no generó ningún perjuicio al proceso penal que se le siguió.

Este tipo penal tiene una formula singular relacionado a su sanción, puesto que el legislador no prevé una pena propia, sino que acude a la fórmula de remitir a la pena privativa de la libertad que corresponda al delito que fuera materia del proceso en el que el imputado fue declarado contumaz. En este aspecto, consideramos que existe una imprecisión que atenta contra el principio de legalidad penal, pero además contra el principio de proporcionalidad de las penas.

En este orden de ideas, debemos tener presente que la pena a imponer al acusado debe corresponder al grado de responsabilidad o culpabilidad por el

hecho cometido y garantizando que la pena sea acorde con la gravedad de los hechos y teniendo en cuenta la finalidad resocializadora que establece el inciso 22° del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, como principio del régimen penitenciario que tiene como objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a nuestra Sociedad.

Sobre el sistema de determinación legal de la pena, Muñoz (2007) ha sostenido:

Se traduce en la fijación de una pena exacta e inamovible para cada conducta, sino en el señalamiento de unos márgenes, limitados generalmente por un máximo y un mínimo, dentro de los cuales, el tribunal debe adecuar la pena a las circunstancias concretas del hecho y del autor. Tal sistema conocido como de determinación legal relativa, permite combinar las exigencias del legalismo-señalamiento de una cantidad genérica de pena para el delito – con las propias del principio de igualdad, esto es con la necesidad de distinguir en cada caso concreto las específicas modulaciones de la gravedad del hecho y las circunstancias de su autor (p. 523).

También existe un problema con la indeterminación de la pena, por cuanto el delito de contumacia remite al delito materia del proceso que dio origen a dicha situación jurídica. Nuevamente, se afecta los principios de legalidad penal y de proporcionalidad de las penas.

Respecto al principio de legalidad, previsto en el artículo 2°, numeral 24, literal d) de la Constitución Política del Perú en relación con la pena que se

va a imponer en el caso de incurrir en dicha conducta, no se señala en forma específica remitiéndose a la pena privativa de la libertad que corresponde al delito por el que se le procesó al imputado y por el que se le declaró reo contumaz. A lo que cabe preguntarse ¿Si no es pena privativa de libertad que corresponde al delito por el que se le investigaba al imputado cuál sería la pena que se le aplicaría por el delito de contumacia? ¿Ello quedaría al arbitrio del magistrado? Se puede apreciar a través de las interrogantes que se vulneraría esta garantía material de nuestro ordenamiento jurídico por la imprecisión y drasticidad en comparación con las otras penas como la multa, prestación de servicios a la comunidad, entre otras.

De igual modo, la remisión para la imposición de la pena a un delito cuya naturaleza es diferente a la contumacia, por ende, tiene un nivel de lesividad distinto, así como características particulares en el autor, lo que conlleva a generar una incertidumbre no solo para el ciudadano que puede cometer ese delito, sino también para los operadores jurídicos. Siendo clara la afectación a través de la remisión efectuada a la garantía de ley penal cierta que no solo comprende un mandato de definición debida de la conducta a sancionarse sino también de la pena a imponerse.

Para Mantovani (2015) sobre el principio de legalidad formal:

Expresó la prohibición de punir cualquier hecho que, al momento de su comisión, no sea previsto expresamente como hecho ilícito por la ley y con penas que no sean expresamente previstas por ellas: “*nullum*

crimen, nulla poena sine lege". Lo que imprime al hecho el carácter de la crimosidad es su previsión por la ley penal. (p 43)

A lo señalado, se suma que esta sanción, generaría problemas en la determinación judicial de la pena por parte del Juez quien debe establecer la pena que va imponer al procesado con el actual sistema de tercios para la determinación concreta de la pena, en el sentido que se debe identificar el espacio punitivo para poder dividirlo en tres partes y aplicar la pena concreta considerando el primer tercio conforme a las circunstancias del artículo 46° primera parte del Código Penal, el último tercio según las circunstancias del artículo 46° segunda parte y el tercio intermedio conforme a la concurrencia de las circunstancias del artículo 46° primera y segunda parte; así como, por debajo del tercio inferior conforme a las circunstancias atenuantes privilegiadas y por encima del tercio superior según las circunstancias agravantes cualificadas. Ello implica que, al no haberse definido la pena a imponerse en el delito de contumacia no podrá identificarse la pena básica, tampoco determinarse la pena concreta al existir un procedimiento judicial de individualización de la pena en nuestra normativa penal que debe partir de una regla cierta que en este caso no existiría; en consecuencia, generaría problemas al imponer la pena para el caso en particular.

En cuanto al principio de proporcionalidad previsto en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución Política del Perú que prevé:

“(...) Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos el órgano jurisdiccional es

competente examinar la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo (...).”.

De este modo, el principio de proporcionalidad se constituye en un mecanismo indispensable que deberá tener en cuenta, entre otros el legislador penal cuando pretenda limitar los derechos fundamentales o establecer sanciones, así como el juez penal cuando al aplicar la ley determine la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que corresponda en cada caso concreto. En ambos casos, las decisiones adoptadas, ya sea legislativa o judicial, deben resultar idóneas, necesarias y ponderadas respecto de la conducta que ponga en peligro o lesione el bien jurídico protegido (Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional en el expediente N° 0012-2006-PI/TC de 15 de diciembre de 2006, fundamento jurídico 33).

En ese sentido, siendo el principio de proporcionalidad el límite que permite medir o dosificar que el hecho cometido sea proporcional a la gravedad de la pena a imponerse, de manera que se pueda graduar esta, sin afectar los derechos fundamentales no siendo excesivas, pero tampoco simbólicas que atentan contra la prevención general o especial en un estado de derecho en donde se respeten las normas de convivencia social.

De lo que se puede colegir que, en el delito de contumacia al no haberse individualizado la pena, no puede establecer que la pena sea proporcional al delito cometido; por el contrario, se estableció por el legislador una pena

privativa de la libertad sin graduar el mínimo y el máximo de ésta, es decir no se consideró la cuantía de la pena.

3.1.3. Bien jurídico protegido por el delito de contumacia

Se ha presentado diversas teorías sobre el bien jurídico que podemos dividir en concepciones tradicionales y concepciones constitucionales, en las que se han dado muchos conceptos sobre el bien jurídico. Dentro de las variadas definiciones que se encuentran en la dogmática penal sobre el bien jurídico, se tiene las siguientes:

Para Ezaine el bien jurídico protegido es el interés jurídico protegido, es decir, un bien de los hombres reconocido por el derecho y protegido por el mismo (1983, p.42).

Por otro lado, Muñoz y García (2007) ha señalado que los bienes jurídicos son:

Aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social. Entre estos presupuestos se encuentran, en primer lugar, la vida y la salud- negados por la muerte y el sufrimiento-. A ellos se añaden otros presupuestos materiales que sirven para conservar la vida y aliviar el sufrimiento: medios de subsistencia, alimentos, vestidos, vivienda, etc., y otros medios ideales que permiten la afirmación de la personalidad y su libre desarrollo: honor, libertad, etc. A estos presupuestos existenciales e instrumentales mínimos se les llama "bienes jurídicos individuales", en cuanto afectan directamente a la

persona individual. Junto a ellos viene en consideración los llamados “bienes jurídicos colectivos”, que afectan más a la sociedad como tal, al sistema social que constituye la agrupación de varias personas individuales y supone un cierto orden social o estatal. Entre estos bienes jurídicos sociales o universales, se cuenta la salud pública, el medio ambiente, la seguridad colectiva, la organización política, etc. (p.59).

En efecto, los bienes jurídicos son los intereses o valores importantes que tienen protección constitucional y hacen que nos desarrollemos en forma individual como sujetos de derechos y en la Sociedad.

La importancia del bien jurídico radica en que limita la actuación del legislador cuando crea tipos penales orientados a la protección penal a un determinado interés individual o colectivo trascendente; cuyas funciones son: Sistematizar, clasificar e interpretar.

Conforme Mir Puig (2016) sus funciones son:

1º) Función sistemática. El Código penal parte de los distintos bienes jurídicos protegido en cada delito- vida, integridad física, libertad sexual, propiedad, etc. (...) 2º) Función de guía de la interpretación. Una vez determinado el bien jurídico protegido de un delito, la interpretación (teleológica) podrá excluir del tipo respectivo las conductas que no lesionen ni pongan en peligro dicho bien jurídico, 3º) Función de criterio de medición de la pena. La mayor o menor

gravedad de la lesión del bien jurídico, o la mayor o menor peligrosidad de su ataque, influyen decisivamente en la gravedad del hecho. Dentro del margen de arbitrio judicial que la ley concede ello puede servir de base a la concreta determinación de la pena (especialmente cuando no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes o ambas a la vez, supuesto en el que el art. 66, 1, 6° CP permite al Juez o Tribunal imponer la pena “en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho) (p.175).

En nuestro Código penal, el artículo IV del Título Preliminar, prevé: “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”. Este principio es conocido como principio de lesividad u ofensividad, y autores como Prado, V. (1996) sostiene:

Por este Principio se pretende que toda decisión de criminalización primaria que adopte el Estado sea el resultado de la necesidad político-criminal de tutelar un determinado interés individual o colectivo de trascendencia macro o micro social. Por lo que, deviene en arbitrario y antidemocrático toda incriminación de conductas que se dirige únicamente a promover, reforzar o imponer ideas, credos, o valores privativos de determinados grupos minoritarios. Y, por ende, tampoco cabe privilegiar como bienes jurídicos tutelados nociones abstractas o teñidas de connotaciones moralistas (p. 30).

En el caso del delito de contumacia se puede deducir que el interés a proteger es la Administración de Justicia; sin embargo, de acuerdo a lo señalado, en el caso concreto, no requeriría protección, en tanto ya existe un tratamiento procesal de la situación de eludir la acción de la justicia, considerarlo en la vía penal como delito, sería una intervención excesiva del Derecho penal, tomando en cuenta que ya tiene sanción procesal y por ende, no se identifica claramente un interés jurídico que merezca protección en el ámbito penal.

En cuanto a la clasificación de los tipos penales en función de los bienes jurídicos se tiene que los delitos se dividen en “delitos de lesión” y “delitos de peligro” y estos últimos a su vez, en peligro concreto (bienes jurídicos individuales) y peligro abstracto (bienes jurídicos colectivos).

En función a dicha clasificación corresponde preguntarse si el delito de contumacia sería de peligro o de lesión. Si se parte de la idea que se afecta la Administración de justicia, se trataría de una fórmula de peligro abstracto, pues es un bien supraindividual o colectivo, referido a la actividad funcional realizada por los jueces conforme a la Constitución y a las leyes, que se pondría en riesgo por la conducta obstruccionista o de rehusamiento a someterse a la justicia. Sin embargo, esta conclusión no resulta convincente, considerando que se trata de una conducta que ya es sancionada procesalmente y que no ameritaría una intervención penal.

En el esfuerzo de querer considerar al delito de contumacia con el bien jurídico Administración de Justicia, es necesario definir sus alcances, por ello según diversos autores se podría definir de la siguiente manera:

Flores (1987) – ha considerado que:

En términos generales dicese de la función de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado. // Por extensión, se aplica a toda la estructura jurisdiccional de un país. // La nueva Constitución de 1979 dice en su artículo 233, que la potestad de administrar justicia emana del pueblo. Se ejerce por los Juzgados y Tribunales jerárquicamente integrados en un cuerpo unitario, con las especialidades y garantías que corresponden y de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y las leyes establecen (p.161).

Ferreira (1985) ha manifestado al respecto que:

La función general de administrar al Estado contiene la específica de administrar justicia. Esto significa que bastaba con un título para que en él se ubicaran todos los delitos que ofenden a la administración pública, inclusive a los que lesionan su justicia, como lo hace el Código argentino. (p. 193).

Para esta investigación el bien jurídico de Administración de Justicia es general o abstracto y además, un bien colectivo; por lo que el sujeto activo no lesiona a un particular, sino que al desarrollar el imputado la conducta típica de dejar de concurrir a las audiencias o actuaciones procesales a las que es citado, no afecta a ningún ciudadano sino al Estado en el

cumplimiento de una de sus funciones, como es administrar justicia, puesto que con dicha conducta impide, perturba u obstaculiza el funcionamiento regular del proceso y con ello al parecer a la Administración de justicia.

La incomparecencia del imputado dificultaría las investigaciones del delito y finalmente puede provocar que no se sancione la conducta punible; sin embargo, ello no resulta del todo cierto; por cuanto, una vez que el imputado no concurre al proceso penal en curso, se hace efectivo el apercibimiento declarándolo reo contumaz, ordenando su captura a nivel nacional, y el proceso sigue su trámite e inclusive se puede proceder a la lectura de sentencia sin su presencia ante el abogado defensor de su elección o ante el abogado de oficio que es citado previamente para tal efecto, por lo que el proceso penal finalmente concluyó, no se dilató y con ello, se establece que no hubo perjuicio a la Administración de justicia.

Asimismo, el imputado ya fue sancionado al interior del proceso penal al que fue citado, al haberse ordenado su captura a nivel nacional y darse lectura a la sentencia sin su presencia física. Sin embargo, con la aplicación del artículo 2° de la Ley N° 26641 se le considera como que el ahora sentenciado es también presunto autor del delito de contumacia, lo que significa una doble sanción por el mismo hecho, razón por la cual se comprometería también el principio de *ne bis in ídem*, que conforme al Tribunal Constitucional tiene el siguiente alcance:

El derecho a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, esto es, el principio del *ne bis in idem* "procesal", está implícito en el derecho al debido proceso reconocido por el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución. Esta condición de contenido implícito de un derecho expreso se debe a que, de acuerdo con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos y libertades fundamentales se aplican e interpretan conforme a los tratados sobre derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte. Y el derecho al debido proceso se encuentra reconocido en el artículo 8.4° de la Convención Americana de Derechos Humanos, a tenor del cual: "(...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas:(...) 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos". (Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente N° 2050-2002-AA/TC de 16 de abril de 2003, fundamento jurídico 18).

Por lo que concluimos que, en este delito, no existe un bien jurídico propiamente afectado, ya que el tratamiento que se otorga es demasiado general y existe el riesgo de una doble sanción por los mismos hechos.

Por ello, compartimos la opinión de San Martín (2003) quien ha indicado que:

Se genera un delito sobre la base de un mero incumplimiento de una obligación procesal, que a su juicio, no constituye un bien jurídico constitucionalmente relevante, tanto más si la conducta procesal del

imputado, aun cuando censurable, puede obedecer a una línea defensiva que se encuentra proyectada sobre el derechoconstitucional a la defensa (p.285).

3.1.4. El delito de contumacia frente a las garantías materiales y procesales de la Constitución

3.1.4.1. Respecto al principio de legalidad penal

Este principio está reconocido en el artículo 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 3°, 9°, inciso 2 del artículo 11°, inciso 2 del artículo 29 y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos inciso 1 del artículo 15.

El principio de legalidad penal reconocido en el artículo 2°, inciso 24, literal "d" de la Constitución Política del Perú, según el cual "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley". Asimismo, en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, establece que únicamente se puede sancionar como autor de un delito a quien cometió un acto que previamente esté previsto en la ley en forma expresa como ilícito o delito.

Según señala Rosas (2009)

Es Feuerbach quien da el precepto "*Nullum crimen, nulla poena sine lege*" (no hay delito ni pena sin ley que así lo establezca).

En la esfera procesal penal se reconoce mediante “*nulum crimen nulla poena sine iudicio*” (no hay delito ni pena sin previo juicio); o “*nemo iudex sine lege, nemo demen turnisi per legale iudicium*”, según la cual la ley penal sólo puede ser aplicada por los órganos instituidos por ley para esa función y nadie puede ser castigado sino en mérito de un juicio legal. (p.181).

De este principio se derivan algunas consecuencias como la norma penal no puede ser interpretada extensivamente y menos por analogía lo cual está expresamente prohibida en el artículo III del Título Preliminar del Código Penal peruano.

Por otro lado, en el inciso 9) del artículo 139° de la Constitución que señala: Nadie será “sancionado con pena no prevista en la ley” esta constituye otra manifestación del principio de legalidad penal, que se manifiesta con el brocardo “*nulla poena sine lege*” que significa que no pueden aplicarse penas que la ley no haya predeterminado al momento de cometerse el delito, siendo esta una garantía más para los ciudadanos frente al poder punitivo del Estado.

Nuestro Tribunal Constitucional peruano sostuvo que “el principio de legalidad exige que por ley se establezcan los delitos, así como la delimitación previa y clara de las conductas prohibidas, conocido como el mandato de determinación que prohíbe la promulgación de leyes penales

indeterminadas”. Como tal, garantiza la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*), la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*), la prohibición de la analogía (*lex stricta*) y de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*). (Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC de 03 de enero de 2003, fundamento jurídico 45)

Además, se indicó que tiene una doble dimensión, como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones; a decir del Tribunal Constitucional de nuestro país “El principio de legalidad constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector del poder punitivo del Estado Social y Democrático de Derecho”; y en su dimensión de derecho subjetivo constitucional garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica (Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 2250-2007-PA/TC de 5 de diciembre de 2008, fundamento jurídico 27)

Rosas (2009) ha señalado que:

Las características de este principio. Se constituye como el soporte de la seguridad jurídica, propia de un Estado Social y Democrático de

Derecho, lo que le permite al ciudadano conocer lo que puede y qué no puede hacer. 1) Limita el poder omnímodo del Juez, ya que lo sujeta de manera exclusiva al imperio de la ley escrita. 2) Obliga al legislador a evitar, con leyes claras, un margen hermenéutico amplísimo y desmesurado en manos del órgano Judicial (p.182).

El artículo II del Título Preliminar del Código Penal establece que la conducta punible debe estar prevista como delito y que la pena o medida de seguridad se encuentren también preestablecidas legalmente. De igual manera, se consideraba en el artículo 3º del Código Penal derogado, en el cual se exigía que la acción u omisión estuviera descrita en forma expresa e inequívoca.

Una de las manifestaciones del principio de legalidad es la garantía de ley penal cierta, que en la concepción inicial del principio de legalidad se buscaba fijar en forma absoluta la conducta, de modo que los ciudadanos supieran qué actos eran prohibidos y con qué penas eran sancionados.

Según Fernández (1992)

La exigencia de “lex certa” no puede entenderse, en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales, es decir, que la certeza de la ley es perfectamente compatible, en ocasiones, con un cierto margen de indeterminación en la formulación de los tipos ilícitos y así, en efecto, se ha entendido por la doctrina constitucional (p. 257).

El delito de contumacia afecta garantías materiales de orden constitucional como el principio de legalidad, específicamente la garantía de la ley penal cierta, puesto que el ciudadano al ver este tipo penal integrado por elementos normativos no podrá conocer exactamente en que consiste la conducta que se pretende sancionar.

Así lo establece Bacigalupo (1989), quien señala que: “El grado de indeterminación será inadmisibles, sin embargo, cuando ya no permita al ciudadano conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos” (p.35).

En ese sentido, se observa que el delito de contumacia no especifica la conducta del imputado ni la sanción se encuentra definida en forma inequívoca por el legislador cuya obligación es la definir la conducta calificada como delito, esto es, se evidencia la vulneración a la ley cierta, entendiéndose el mandato de determinación que constituye uno de los fundamentos del principio de legalidad.

A decir de Castañeda (2005) al referirse al artículo 2 de la Ley de Contumacia señala:

Convirtió a la contumacia en un tipo delictivo, con una pena privativa de libertad igual a la que correspondía al delito por el que se procesaba al contumaz. Lo criticable de esta norma es que fue promulgada con fines políticos, en realidad se trató de una norma con nombre propio para ser aplicada al ex Presidente Alan García, como

en efecto ocurrió, pues con fecha 6 de setiembre de 1996 la Sala Especial de la Corte Suprema de Justicia en opinión dividida lo declaró contumaz y decidió suspender el lapso de prescripción de la acción penal hasta que se ponga a derecho, decisión que al ser confirmada el 4 de abril de 1997 determinó que el afectado recurra a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Según el Informe N° 43/99. Caso 11.688-Alan García Pérez contra Perú, 11 de marzo de 1999 (pp.566-567).

Asimismo, en este delito estudiado, no se ha fijado la pena a imponerse, no señala un máximo ni un mínimo, para poder efectuar el proceso de individualización de la pena y garantizar los principios de legalidad y proporcionalidad de la pena, como se indicó precedentemente.

3.1.4.2. Respecto al principio de lesividad u ofensividad

El principio de lesividad u ofensividad o de protección de bienes jurídicos es el principio legitimador de la intervención punitiva del Estado que recoge nuestro Código penal en el artículo IV del Título Preliminar y que establece: “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.

Define Zaffaroni (2006):

El principio de lesividad exige que en todo delito haya un bien jurídico lesionado. Esta exigencia es una limitación al poder punitivo. Sin embargo, el discurso legitimante de inmediato manipuló el concepto,

racionalizando que si hay un bien jurídico lesionado y sí por ello hay delito y se impone pena, quiere decir que la ley penal protege ese bien jurídico y, con este razonamiento se pasó del bien jurídico lesionado al bien jurídico tutelado, que es tanto como convertir al cordero en lobo. Esto obedecía a que de allí se dedujo que si la ley penal tutela bienes jurídicos, donde haya un bien jurídico importante o en peligro, debería haber una ley penal para tutelarlos y -como vivimos-en una sociedad de riesgo en que todos los bienes jurídicos están en peligro, debe haber leyes penales infinitas (p. 111).

El delito de contumacia es uno de mera desobediencia, y para que se requiera proteger un bien jurídico colectivo tiene que existir un peligro abstracto; sin embargo, en el delito estudiado se trata de un incumplimiento a concurrir al llamado de la autoridad judicial en un proceso penal en curso en que además ya se han establecido sanciones a dicha conducta procesal, no existiendo una protección propiamente de bien jurídico de relevancia penal.

3.1.4.3. Respecto al principio de proporcionalidad de penas

Este principio determina que la respuesta penal debe ser acorde con el hecho cometido y con ese fin, el legislador penal, precisa un margen mínimo y un máximo de la pena en base a ciertos criterios de criminalidad y luego se determina la pena en concreto, a través de una evaluación judicial del caso en particular observando el grado de responsabilidad o culpabilidad del autor por el Juzgador.

Según lo prevé el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal al referirse a la proporcionalidad de las sanciones: “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho”.

Para Puig (2016)

Dos aspectos o exigencias hay que distinguir en el principio de proporcionalidad de las penas. Por una parte, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho (a su “nocividad social”). La necesidad misma de la proporción se funda ya en la conveniencia de una prevención general no sólo intimidatoria, sino capaz de afirmar positivamente la vigencia de las normas en la conciencia colectiva (prevención general positiva). Esta afirmación de las que aconseja apoyar con mayor pena las más importantes que las que lo son menos, con objeto de evitar que aquellas se devalúen (p.139).

Al respecto, Calderón (2005) ha sostenido que:

Denominado también principio de prohibición del exceso. Este principio implica que la pena debe ser adecuada al fin del Derecho penal que es la protección de bienes jurídicos y respeto a la dignidad. La pena no debe sobrepasar las exigencias de necesidad; debemos tener presente que la reacción punitiva es la *última ratio*: a ella se recurre cuando por los medios no penales no se puede garantizar la eficacia del orden jurídico (p. 18)

De este modo, como se ha descrito en el delito de contumacia al no haberse delimitado la pena a imponerse al imputado, sino remitiéndose a la pena que corresponde al delito por el que se le procesa al imputado en cuyo proceso dejó de concurrir, siendo el fin de la pena la protección de los bienes jurídicos y habiéndose determinado que no hay un bien jurídico que proteger no se da la exigencia de necesidad que se requiere, por cuanto con la emisión de la declaración de contumacia y la orden de captura resulta suficiente como medida de sanción a imponer al imputado por no asistir a las audiencias en que se le cita.

Asimismo, se advierte que el legislador no consideró las otras clases de pena como las restrictivas de libertad, limitación de derechos y multa, realizando una determinación abstracta y automática sin ni siquiera realizar una ponderación conforme a la sistemática del Código Penal y los delitos que se encuentran comprendidos en el rubro de la Administración de Justicia.

Además, también se ha hecho notar que, no se fijó el quantum de la pena, con el mínimo y máximo de aquella. Afectándose una vez más una de las garantías materiales de nuestro ordenamiento jurídico.

3.1.4.4. Afectación al *ne bis in idem*

El principio "*ne bis ni idem*" está reconocido en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y si bien no tiene

reconocimiento expreso en nuestra Constitución está implícito en el derecho al debido proceso previsto en el artículo 139 inciso 3° de la Constitución.

Este principio como contenido del derecho al debido proceso es considerado por el Tribunal Constitucional peruano de la siguiente manera:

El principio *ne bis in idem* tiene una doble configuración: por un lado, una versión sustantiva y, por otro, una connotación procesal: En su formulación material, el enunciado según el cual, «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.

El principio del *ne bis in idem* material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el artículo 2°, inciso 24, ordinal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos, —como lo ha expresado este Tribunal en el Caso Encuestas a Boca de Urna, Exp. N.° 0002-2001-AI/TC, Fund. Jur. N.°.

6) a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la

conducta antijurídica. Por ello, el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido.

En su vertiente procesal, tal principio significa que «nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos», es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo). (Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 2050-2002- AA/TC de 16 de abril de 2003, fundamento jurídico 19).

En esa línea, si partimos del presupuesto legal que “nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos” se comete el delito de contumacia cuando el imputado dejaba de concurrir al proceso penal que se le seguía en su contra, sustrayéndose de la justicia, por lo que se le declaraba reocontumaz y se ordenaba su ubicación y captura, leyéndose su sentencia, ello implica que ya fue sancionado por no acudir al llamado de la autoridad judicial; sin embargo por ese mismo hecho comete el presunto delito de contumacia y portanto será sancionado nuevamente por su incomparecencia

ante la citación de la autoridad; lo que a todas luces transgrede el principio del *ne bis in idem*, al verificarse identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Es así como, Castañeda S. (2005) señala respecto a este delito: “Otra crítica que merece esta norma es que una situación procesal fue considerada delictiva, lo que resulta lesiva al principio del *ne bis in idem*” (p. 567).

3.1.4.5. Afectación a la Presunción de inocencia

La presunción inocencia es un derecho fundamental del imputado que implica que durante la investigación y juzgamiento sea considerado inocente y tratado como tal, es decir, que no sea presentado en público como si hubiera cometido el delito que se le imputa, a que no se le llame reo o culpable cuando está siendo investigado o cuando no se ha emitido una sentencia condenatoria firme. Aunque también tiene un contenido en relación con la prueba que implica que reconocido el estado de inocencia del imputado, al que corresponde la carga de la prueba sobre su culpabilidad es al Ministerio Público.

Este derecho es desarrollado desde una perspectiva histórica por García (2008):

(...) aparece enunciada doctrinariamente a mediados del siglo XVIII por el criminalista italiano Cesare Beccaria en su libro “De los delitos y las penas”, en donde sostiene que “a un hombre no se le puede llamar reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede negarle

su protección pública, sino cuando se haya decidido que ha violado los pactos con que se le otorgó”. Dicha conceptualización será recogida por los convencionalistas franceses en la Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano (1789) en donde se consignó que “se presume que todo hombre es inocente hasta que haya sido declarado culpable” Posteriormente se incorporó en la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948) (p.638).

Dada su importancia, la presunción de inocencia se encuentra prevista en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Así también, en la Declaración Universal de Derechos Humanos en el inciso 1 del artículo 11 y reconocido a su vez en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el inciso 2° del artículo 14.

Al igual que, ha merecido, amparo en nuestra Constitución Política en el literal e) del numeral 24 del artículo 2 que establece que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

En tal sentido, vemos que dada la relevancia del derecho de presunción de inocencia tiene protección nacional y también en

el sistema de protección supranacional de los derechos humanos.

Para Ibáñez (2007) el derecho a la presunción de inocencia es una regla que garantiza lo siguiente:

- (i) El tratamiento que debe recibir el acusado durante el proceso, esto significa que el acusado debe ser tratado como inocente sin que pueda imponérsele algún tipo de medida que afecte esa condición hasta que el Juez declare su culpabilidad respecto de los hechos imputados; y,
- (ii) Las reglas probatorias que deben seguirse en un proceso para determinar cuando una persona puede ser considerada como culpable del delito que se le imputa, lo cual significa que el Juez sólo podrá condenar al imputado cuando la acusación ha sido demostrada más allá de toda duda razonable (p.116)

Siendo así, se puede afirmar que el derecho a la presunción de inocencia es el que tiene todo ciudadano en ser considerado inocente de la infracción que se le imputa, esto es como si no hubiese cometido ninguna falta o delito y será en un proceso penal con los medios probatorios que se actúen y valoren en que se demuestre su responsabilidad o no del hecho imputado; siendo el Fiscal quien tiene la carga de probar que el inculpado es culpable y el Juez al valorarlos medios probatorios quien resuelve en un proceso penal si el

procesado es responsable solo cuando no tenga ninguna duda de su responsabilidad en el hecho sucedido.

Cuando Carrión (1999) analiza la ley que establece el delito de contumacia concluye lo siguiente respecto a la presunción de inocencia:

Llegamos a la determinación que, tratándose de este ilícito penal, no hay posibilidad de hablar de la presunción de inocencia prevista por la Constitución.

Bastaría que el procesado se sustraiga a la acción penal (fugándose por ejemplo de un penal donde se hallaba recluido) y en base a ello se le declare contumaz, para ser declarado responsable del delito de contumacia, pasible de ser condenado a una pena privativa de la libertad, igual al que corresponde al delito por el que se le procesa, sin haber sido objeto de una investigación por el Ministerio Público, sin que haya sido denunciado penalmente por el representante de este organismo y sin que se le haya procesado judicialmente, no concediéndose ni la más mínima oportunidad de defenderse. Todo esto nos conduce a concluir que la Ley N° 26641, que regula el delito de contumacia, es inconstitucional y contrario al derecho al debido proceso principio procesal previsto también por la Carta Magna (p. 22)

En ese contexto, es indudable sostener que si el imputado consciente y voluntariamente se sustrae a la acción de la justicia; es decir, deja de

concurrir a las audiencias a las cuales es citado o se fuga del lugar donde se encuentre recluso y se le declara reo contumaz, es presunto autor del delito de contumacia, ello quiere decir que el imputado sería responsable de este ilícito, sin haber sido denunciado e investigado por el Ministerio Público, quien es el encargado de ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte conforme lo establece el numeral 5 del artículo 159 de nuestra Constitución Política, siendo el Fiscal quien conduce desde el inicio de la investigación del delito conforme lo establece el numeral 4 del citado artículo de nuestra Carta Magna; máxime en el Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 957) del 29 de julio de 2004 es el titular del ejercicio de la acción penal y conduce desde el inicio la investigación del delito conforme lo prevé los numerales 1 y 2 del artículo 60.

Ahora bien, la presunción de inocencia es uno de los derechos fundamentales que tiene toda persona para garantizar su libertad. Sin embargo, como se ha visto en el artículo 2° de la Ley 26641, al crear el delito de contumacia trata al imputado como culpable del hecho imputado, quien tendría que demostrar que no ha actuado dolosamente o que no obstruyó la acción de la justicia.

3.1.4.6. Desde garantías materiales y procesales: Invalidez del delito de contumacia

Ciertamente el delito analizado resulta incompatible con las garantías materiales y procesales de nuestro ordenamiento jurídico establecidas en la Constitución de 1993, como son: El principio de legalidad penal previsto en

el artículo 2 inciso 24 apartado d), el principio de proporcionalidad previsto en el último párrafo del artículo 200 y el de presunción de inocencia previsto en el artículo 2 inciso 24 apartado e).

Asimismo, una de las garantías procesales como el principio *non bis in ídem*. Queda claro, entonces, que en la Ley de Contumacia no existe el mandato de determinación ni la pena se ha predeterminado; vulnerándose los principios rectores del Derecho penal como son: los principios de legalidad, proporcionalidad de la pena. Pero, además se advierte que dicha conducta procesal ya mereció una sanción en ese ámbito y no constituye el Derecho penal el mecanismo adecuado para intervenir de acuerdo con el grado de lesividad u ofensividad, así como por la afectación del *ne bis in ídem*.

Ante ello, tenemos presente lo señalado por los magistrados del Tribunal Constitucional sobre el concepto de validez alude a la relación de compatibilidad entre dos normas de distinto rango. Así una norma es válida, siempre que haya sido creada conforme al *iter* procedimental que regula el proceso de su producción jurídica, es decir, observando las pautas previstas de competencia y procedimiento que dicho ordenamiento establece (validez formal) y siempre que no sea incompatible con las materias, principios y valores expresados en normas jerárquicamente superiores (validez material).

Desde esa perspectiva la validez de una norma jurídica puede ser formal y material. Es válida formalmente cuando el proceso de su producción se ajusta al derecho vigente que determina el *iter* de formación de esa norma

jurídica, esto es que haya sido emitida por el órgano competente y a través del procedimiento establecido. En tanto que es válida materialmente cuando su contenido es compatible y coherente con otras normas de rango superior dentro del ordenamiento jurídico (Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 014-2003-AI/TC de 10 de diciembre de 2003, fundamento jurídico 15).

Sobre la base expuesta, podemos establecer que las normas jurídicas tienen que ser coherentes entre sí, sin existir contradicción entre las mismas, de las cuales las normas emanadas de la Constitución son las de mayor jerarquía en nuestra Sociedad y conforme lo prevé nuestra Constitución en el artículo 51° ésta prevalece sobre toda norma legal, la ley sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente. Asimismo, la validez puede ser formal y material. Siendo la validez formal cuando la norma ha sido creada conforme al derecho vigente y validez material cuando es coherente con los principios y valores de la norma superior.

Como se puede observar en el delito investigado, en el aspecto de validez formal fue creado conforme a la ley, aprobada en el Congreso de la República conforme se indicó, consecuentemente no tiene invalidez formal. Sin embargo, desde el punto de vista material al existir incompatibilidad e incoherencia con las garantías materiales y procesales de nuestra Constitución como son: los principios de legalidad, proporcionalidad de la pena, presunción de inocencia y *el ne bis in idem* respectivamente se ha producido la invalidez material del delito de contumacia.

3.2. Tratamiento del problema

3.2.1. Declaración de inconstitucionalidad

En nuestra Constitución Política en el Capítulo XXIII se regulan las garantías constitucionales, entendidas como aquellas acciones destinadas a proteger la supremacía constitucional y la plena vigencia de los derechos fundamentales. Encontrándose acciones como: el Hábeas Corpus, el Amparo y el Hábeas Data en defensa de los derechos fundamentales, y la acción de inconstitucionalidad, la acción popular y la acción de cumplimiento para la protección del supremacía constitucional y legal.

Para Chaname (2006) La acción de inconstitucionalidad se presenta ante el Tribunal Constitucional contra una norma legal que contraviene la Constitución o que ha sido aprobada o promulgada sin observar las formas prescritas por la Constitución y que tiene como objetivo obtener se le declare como inconstitucional (p. 153)

La acción de inconstitucionalidad prevista en el numeral 4 del artículo 200 de la Constitución Política del Perú se interpone contra las normas que tienen rango de ley como leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso entre otras que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo; estableciéndose así la supremacía de las normas constitucionales frente a las otras normas legales de inferior jerarquía.

3.2.1.1. Por el Tribunal Constitucional

Control Concentrado a cargo de El Tribunal Constitucional

Este tipo de control está previsto en el artículo 202 inciso 1 de la Constitución Política que prevé: Corresponde al Tribunal Constitucional: Conocer en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.

Según afirmaba Alva (2005) en nuestro ordenamiento existen dos procesos de control normativo. El proceso de inconstitucionalidad de la ley y la denominada acción popular. Este último procede frente a normas de carácter general, de rango inferior a la ley, y es de competencia exclusiva del Poder Judicial. El Tribunal Constitucional es competente para conocer del proceso de inconstitucionalidad de las leyes se trata de un proceso de control abstracto entre dos normas: la Constitución, que actúa como parámetro, y la ley o normas con rango de ley, que constituyen el objeto del control. En la medida de que en su seno las partes legitimadas para actuar no defienden intereses subjetivos, sino persiguen que el ordenamiento no admita la vigencia de normas contrarias a la Constitución, se trata de un proceso objetivo. En su seno, en efecto, el Tribunal Constitucional depura las leyes y normas con rango de ley que sean incompatibles con la norma suprema del Estado (p.1121)

El delito de contumacia está regulado en el artículo 2° de la Ley N° 26641 como se ha indicado, el que podría ser sujeto de una acción de inconstitucionalidad, al haber infringido las garantías materiales y procesales

de la Constitución que se han descrito en la presente investigación. Sin embargo, hay que tener en consideración que según el artículo 203 de nuestra Constitución esta acción se interpone ante el Tribunal Constitucional y están habilitados para iniciar el proceso de inconstitucionalidad los siguientes:

- El presidente de la República.
- El Fiscal de la Nación
- El defensor del Pueblo
- El veinticinco por ciento del número legal de congresistas
- Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones si se trata de una ordenanza municipal.
- También están legitimados para iniciar proceso el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas antes señalado.
- Los presidentes de los Gobiernos Regionales
- Los Alcaldes Provinciales.
- Los Colegios Profesionales

En suma, el Tribunal Constitucional del Perú al ser el órgano de control de la constitucionalidad, que defiende la Constitución en abstracto. De darse esta acción contra la Ley de contumacia a través de una sentencia de inconstitucionalidad que tiene efectos *erga omnes* se anularía el artículo 2 por su invalidez material o de fondo. Siendo este control corresponde realizarse en instancia única y no cabría ningún recurso.

En el análisis realizado para este caso, la acción de inconstitucionalidad presentaría dos inconvenientes: i. Delimita quienes están facultados para iniciarlo, de conformidad con lo previsto en el artículo 100 del Código Procesal Constitucional, y ii. Existe el plazo de seis años contado desde que la norma ha sido publicada. Este último respecto al delito de contumacia sería el que determina su improcedencia, puesto que la Ley N° 26641, en cuestión, se publicó el 26 de junio de 1996, esto es, no se podría presentar esta acción por cuanto el plazo habría operado.

3.2.2. La inaplicación judicial por inconstitucionalidad

Según se ha investigado existe incompatibilidad del delito de contumacia con los principios de legalidad, proporcionalidad de la pena, lesividad que garantizan los principios constitucionales y penales, ello podría habilitar que en los casos concretos el Poder Judicial haciendo uso de la facultad contenida en el artículo 138° de la Constitución ejerza el control difuso.

El control difuso conocido también como control de origen norteamericano o *judicial review* es aquel que puede efectuar cualquier Juez. Al respecto, Castañeda (2005) señala:

Doctrinariamente, su origen se ubica en los Estados Unidos de Norteamérica, pero no puede dejarse de lado sus antecedentes en el Derecho anglosajón. En efecto, los jueces, hasta antes de los Gloriosa Revolución Inglesa, dejaron de aplicar las disposiciones del derecho legal ordinario cuando fueron contrarias al *Common Law* -o derecho común fundamental- (...)

El control judicial de constitucionalidad de las leyes se define como un control judicial difuso, pues todo juez es competente para inaplicar en un caso concreto, en todo o en parte, una ley por ser inconstitucional. Esto significa que todas las leyes inferiores a la Constitución tienen que ser conformes a ella, no pueden contradecirla, y si una norma entra en conflicto con la Constitución prevalece esta última, aunque sea anterior y no la norma posterior; rige el criterio de *lex superior derogat inferior, y no el lex posterior derogat priori*, propio de la Constitución flexible (pp.473-474).

El control judicial de la constitucionalidad de las leyes previsto en el artículo 138 de la Constitución consiste en que 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.

En ese sentido, es obligación de todos los jueces de inaplicar la norma legal que sea contraria a los principios que establece nuestra Constitución y para tal efecto, los magistrados deben tener en cuenta la doctrina jurisprudencial vinculante que ha dictado la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República que es el órgano con jurisdicción constitucional para conocer con exclusividad el control concentrado de normas infralegales de acuerdo a lo previsto en el artículo 85 del Código Procesal Constitucional y el inciso 5 del artículo 200 de la Constitución Política, además es competente como única instancia

para absolver las consultas que formulen los jueces del control difuso de normas legales e infralegales en general, según lo dispuesto en el 2° párrafo del artículo 14, inciso 3° del artículo 35 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial y conforme a lo previsto en el artículo VI del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, concordante con el artículo 138 de nuestra Constitución.

Enfatizando 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 ilegitimidad, 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 la aplicable permitiendo la subsunción de las premisas de hecho en los supuestos normativos, constituyendo la regla relevante y determinante que aporta la solución prevista por el ordenamiento jurídico para resolver el caso concreto; en tanto la inaplicación permitida es sólo respecto de la norma del caso en un proceso particular. iii. Identificada la norma del 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 es el resultado de la interpretación, por lo que siendo el control difuso la última ratio, 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 jurídica en relación a la aplicación de las normas, vulnerando el orden del sistema normativo. iv. En esencial, el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva 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 fundamentales 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 (de medio a fin), el examen de necesidad (de medio a medio), y el examen de proporcionalidad en sentido estricto (cuanto mayor la intensidad de la intervención o afectación del derecho fundamental, debe ser mayor el grado de satisfacción u optimización del fin constitucional (Sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Consulta N° 1618-2016 Lima Norte de 16 de agosto de 2016, fundamento jurídico 2.5).

Este control difuso o disperso trae como consecuencia que el Juez inaplique en un caso en concreto la ley, además tiene un carácter incidental y producirá sus efectos en el caso concreto. Sobre este tipo de control de

constitucionalidad no habría ningún impedimento, para que sea efectuado sobre el delito de contumacia.

En el delito analizado sí se ha realizado el control difuso por algunos magistrados, siendo posible citar cuatro casos:

Primer Caso:

- Resolución de la Sala Penal Corporativa de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de fecha 07-08-2002, Lima en el proceso seguido contra Iván César Matos Infanzón por delito de contumacia en agravio del Estado que declara inaplicable la Ley 26641-Ley de Contumacia por incompatibilidad constitucional.
- Consulta N° 2902-2002 Lima de fecha 06-11-2002 de la Sala de Derecho Constitucional y Social - Corte Suprema de Justicia de la República.
- Los criterios utilizados por los jueces fueron:

Del que ejerció control difuso:

“La conducta procesal infractora inherente al desarrollo del proceso se sanciona con las normas preestablecida en la Ley Procesal de la materia; en consecuencia, resulta inconstitucional tipificar como delito a aquella conducta cuya licitud o ilicitud se encuentra ya determinada dentro del ordenamiento procesal correspondiente.” (Fundamento 3).

De la Corte Suprema que aprobó la consulta:

“La Ley 26641 crea en su artículo 2 la figura delictiva de la contumacia, a una conducta procesal evasiva, que ya se encuentra regulada en el artículo 210 del Código de Procedimientos Penales, contraviene el principio de la observancia del debido proceso a que se contrae el inciso tercero del artículo 139 de la Constitución, que establece con claridad que ninguna persona puede ser sometida a procedimiento distinto del previamente establecido”
(Considerando quinto)

Desde nuestra perspectiva, la Sala Suprema aprobó la consulta en razón que el artículo 2° de la Ley N° 26641 crea el delito de contumacia por la conducta procesal evasiva del imputado que ya se encuentra regulada en el artículo 210 del Código de Procedimientos Penales y por ello vulnera el principio de la observancia del debido proceso previsto en el artículo 139 inciso 3) de la Constitución Política, ya que ninguna persona puede ser sometida a procedimiento distinto del previamente establecido, creando un delito inmerso en otro que aún está en curso.

Segundo Caso:

- Resolución del Juez de fecha 28-10-2010, expediente N° 1521-2011 Arequipa.

- Consulta Expediente N° 1521-2011 Arequipa, de fecha 09-06-2011 de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente- Corte Suprema de Justicia de la República.
- Los criterios utilizados por los jueces fueron:

Del que ejerció control difuso:

“La resolución materia de consulta ha considerado que la disposición contenida en el artículo 2° de la Ley N° 26641 resulta violatorio de los siguientes derechos: i) derecho de defensa; en virtud de que no se puede obligar a declarar contra sí mismo, en virtud de la cláusula de no incriminación prevista en el artículo 8, párrafo segundo, literal g) de la Convención Americana de Derechos Humanos; ii) legalidad, por cuanto la ley cuestionada no especifica en forma clara y detallada el delito, sino que genéricamente deja a criterio del Juzgador su tipificación para determinar cuándo un justiciable rehúye el juzgamiento o se sustrae de la justicia, además de no ponerse en peligro bien jurídico alguno; iii) presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, pues al calificarse como delito un estado de rebeldía, y sustracción de la acción de justicia, se invierte el sentido de la presunción del “*in dubio pro reo*”, como punible; y iv) el principio del debido proceso, que establece que ninguna persona puede ser sometida a procedimiento distinto del

previamente establecido. En tal sentido concluye, que el delito de contumacia contraviene los derechos emanados de la Constitución, por lo que, no resulta justiciable penalmente la conducta omisiva del procesado al llamamiento judicial, debiéndose declarar fundada de oficio la excepción de naturaleza de acción.” (Fundamento 5)

De la Corte Suprema que aprobó la consulta:

“Por lo 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 citado artículo 210 del Código de Procedimientos Penales, contraviene el principio de 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.” (Considerando octavo)

Desde nuestra óptica, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República aprobó la consulta en razón que el artículo 2° de la Ley N° 26641 crea el

delito de contumacia por la conducta procesal evasiva del imputado que ya se encuentra regulada en el artículo 210 del Código de Procedimientos Penales y por ello vulnera el principio de la observancia del debido proceso previsto en el artículo 139 inciso 3) de la Constitución Política, ya que ninguna persona puede ser sometida a procedimiento distinto del previamente establecido, creando un delito inmerso en otro que aún está en curso; asimismo vulnera el principio de lesividad porque no precisa el bien jurídico.

De un modo general, el enfoque de la Sala Suprema es correcto. Si bien aprueba la consulta refiriéndose que el artículo 2° de la Ley N° 26641 contravenía el principio de la observancia al debido proceso y el principio de lesividad, haciendo solo una referencia a que “tergiversando con ello la estructura propia del delito que requiere de una norma que lo tipifique como tal, también lo es que la resolución materia de consulta indicaba que resultaba violatorio de los derechos de defensa, legalidad, presunción de inocencia e *in dubio pro reo* y del debido proceso; sin que se haya pronunciado sobre la totalidad de derechos vulnerados.

Tercero Caso:

- Resolución del Juez de fecha 26-07-2011, expediente N° 3406-2011 Arequipa.

- Consulta Expediente N° 3406-2011 Arequipa, de fecha 13-12-2011 de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente- Corte Suprema de Justicia de la República.
- Los criterios utilizados por los jueces fueron:

Del que ejerció control difuso:

“Al haberse inaplicado el artículo 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 principios de legalidad, presunción de inocencia y el debido proceso amparados en la Constitución.” (Fundamento 1)

De la Corte Suprema que aprobó la consulta:

“Por lo 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 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.” (Considerando octavo).

La Corte Suprema sigue esa misma línea que en el primer caso, considerando como se explicó que aprobó la consulta en base a que el artículo 2° de la Ley N° 26641 crea el delito de contumacia por la conducta procesal evasiva del imputado que ya se encuentra regulada en el artículo 210 del Código de Procedimientos Penales y por ello vulnera el principio de la observancia del debido proceso previsto en el artículo 139 inciso 3) de la Constitución Política, ya que ninguna persona puede ser sometida a procedimiento distinto del previamente establecido, creando un delito inmerso en otro que aún está en curso y vulnera el principio de lesividad porque no precisa el bien jurídico.

Por otra parte, igual en el primer caso aprueba la consulta refiriéndose que el artículo 2° de la Ley N° 26641 contravenía el principio de la observancia al debido proceso y el principio de lesividad, haciendo solo una referencia a que tergiversando con ello la estructura propia del delito que requiere de unanorma que lo tipifique como tal, también lo es que la resolución materia de consulta indicaba que era incompatible con el derecho de defensa y con los principios de legalidad, presunción de inocencia y el debido proceso; sin haberse pronunciado sobre todos los principios vulnerados.

Cuarto Caso:

- Resolución del Juez de fecha 17-06-2011, expediente N° 4201-2011 Arequipa.
- Consulta Expediente N° 4201-2011 Arequipa, de fecha 22-12-2011 de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente- Corte Suprema de Justicia de la República.
- Los criterios utilizados por los jueces fueron:

Del que ejerció control difuso:

“La conducta procesal del inculpado (contumacia), quien compareció al proceso penal que se le sigue por delito de tenencia ilegal de material explosivo, conforme se aprecia a fojas siete, 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.” (Fundamento 6)

De la Corte Suprema que aprobó la consulta:

“Por lo 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 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.” (Considerando sétimo).

Como se acaba de mencionar, se sigue ese mismo criterio para aprobar la consulta en que el artículo 2 de la Ley N° 26641 crea el delito investigado por la conducta procesal evasiva del imputado que ya se encuentra regulada en el artículo 210 del Código Adjetivo citado, vulnerando con ello el principio de la observancia del debido proceso y el referido principio de lesividad.

En definitiva, igual que en los casos precedentes aprueba la consulta e inaplica el artículo 2 de la Ley 26641, refiriéndose a que este contravenía el principio de la observancia al debido proceso y el principio de lesividad, indicando que tergiversando con ello la estructura propia del delito que requiere de una norma que lo tipifique como tal, también lo es que la resolución materia de consulta indicaba que la conducta del imputado correspondía al ámbito de su libertad en el proceso y a la presunción de inocencia, de los cuales la resolución suprema no se ha pronunciado.

3.2.3. El desuetudo normativo

En nuestra realidad las normas jurídicas varían en el tiempo, y por tanto pueden ser derogadas o abrogadas, entiéndase las primeras como suprimidas del sistema jurídico y las segundas como eliminadas de este.

Las derogaciones de las normas a su vez pueden ser expresas y tácitas, siendo expresas cuando la propia ley lo determina y tácitas cuando la ley creada contiene disposiciones que son contrarias a la anterior.

Asimismo, también existe el desuetudo o desuso de las normas jurídicas, que implica inaplicarlas por un tiempo dado que han perdido su eficacia en la realidad. Pero ello, no es amparado legalmente en nuestra legislación, puesto que se recoge como principio que una “ley solo se deroga por otra ley”.

Garrone (2005) entiende el desuetudo como la derogación de la ley por su no uso y se configura cuando la costumbre o el uso social prescinden totalmente de ella y actúan como si no existiera. Ello se debe, como es obvio, del divorcio existente entre la norma y el medio social para el que ha sido establecida (p.261).

En nuestro ordenamiento jurídico, pues, no es admisible la derogación de una ley ya sea por su desuso o, incluso, por la existencia de prácticas o costumbres *contra legem*.

El Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado al respecto:

Se excluye el desuetudo como criterio para determinar la vigencia o derogación de las leyes debido a que subyace la afirmación de un principio ínsito al Estado Constitucional de Derecho: el principio de seguridad jurídica, que es complemento esencial para el ejercicio de los derechos fundamentales, para el desarrollo de la vida en sociedad y una garantía consustancial de la conformación de una sociedad libre y democrática.

Con la proscripción de la *desuetudo*, en efecto, la Constitución procura evitar que las relaciones del ciudadano con el Estado y los particulares se quebranten por una situación de incertidumbre sobre la vigencia de las normas al amparo de las cuales se realizan determinados actos. Se busca proteger al individuo de una de las posibles manifestaciones en que puede tomar cuerpo la arbitrariedad, siempre latente en un sistema normativo en el que no se sepa cuál es el órgano competente para determinar si una norma cayó en desuso, cuándo ésta se habría producido, o qué cantidad de sus destinatarios, que no cumplieron sus mandatos, son suficientes o necesarios para que ésta se declare. El conocimiento de las normas jurídicas, así, no sólo garantiza que el ciudadano tome consciencia no sólo de lo que está permitido o prohibido, sino también del tiempo en que tal

permisión o prohibición está vigente. (Tribunal Constitucional Pleno Jurisdiccional en el Expediente N° 047-2004-AI/TC Sentencia del Pleno Jurisdiccional del 24 de abril del 2006, fundamentos jurídicos 78y 77).

Como se ha podido observar esta situación no es admisible en nuestra realidad jurídica. Para el caso en particular, como es el delito de contumacia, no cabe que por el hecho que los operadores jurídicos no apliquen el artículo 2° de la Ley N° 26641 que está vigente se considere que por desuso no producirá efectos. Las salidas posibles son: La derogación expresa del artículo 2° o que los jueces cumplan con el control constitucional difuso, al no poder a estas alturas declarar la inconstitucionalidad de dicha ley dada la prescripción de la acción correspondiente.

Por otra parte, la situación descrita requiere que los legisladores conozcan nuestro ordenamiento jurídico actual, que exista coherencia y concordancia entre los principios y garantías materiales y procesales de nuestra Constitución que se materialicen en las leyes que dictan.

Como hemos visto la norma jurídica es válida, pero cae en desuso o desuetudo, esto es ya no es utilizada y deviene en ineficaz; pero la norma jurídica no ha sido eliminada del sistema jurídico, sigue vigente y puede generar confusiones en su aplicación.

En el artículo 103 de la Constitución Política se establece que: “(...) la ley solo se deroga por otra ley. También queda sin efecto en mérito a una sentencia que es declarada inconstitucional”.

Asimismo, el artículo I del Título Preliminar del Código Civil establece: “La ley se deroga solo por otra ley. La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquella. Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiera derogado.” La derogación entonces puede ser: a) Derogación expresa, b) Derogación tácita, y c) Derogación indirecta.

En nuestro ordenamiento jurídico, una norma jurídica como la que contiene el delito de contumacia no podría considerarse derogada por el desuetudo o desuso, ni por la costumbre; sigue vigente, aunque no tenga eficacia o no sea utilizada por los operadores del sistema, ello en virtud del principio anteriormente mencionado de que una Ley solo puede ser derogada por otra.

3.3. Análisis de casos

3.3.1. En relación con el Tribunal Constitucional Peruano

3.3.1.1. Sobre el delito de contumacia

La sentencia del Tribunal Constitucional en el **Expediente N° 7021-2005-HC/TC** de fecha 17 de octubre de 2005:

Se interpuso recurso de agravio constitucional contra la resolución de la Sexta Sala Penal para procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha 16 de agosto de 2005 que declara improcedente la demanda de habeas corpus.

Siendo el antecedente que se interpuso demanda de hábeas corpus contra el Juez del 44 Juzgado Penal de Lima por vulneración del debido proceso y de su derecho a la tutela jurisdiccional, con el objeto que se deje sin efecto la resolución que los declara reo contumaz y dispone su ubicación y captura. Afirmó ser procesado por delito de usurpación agravada, juicio en el que el demandado, transgrediendo el artículo 6° del Decreto Legislativo 124, señaló fecha de lectura de sentencia para el 7 de junio de 2005, obviando notificar a las partes procesales para que concurran al acto procesal, incluso a su abogado defensor. Razón por la que no participó en la diligencia; señala que al haber interpuesto declinatoria de competencia un día antes del señalado para lectura de sentencia, su inasistencia se encuentra justificada y que no obstante se levantó un acta en la que firma un pseudo representante de la parte civil.

En el fundamento 6° se indicó que “La controversia en el presente caso, fundamentalmente, gira en torno a precisar la arbitrariedad, o no, de la declaración de contumacia y las órdenes de ubicación y captura dispuestas contra el recurrente. Al respecto, éste alegó que “[...] el día 7 de junio de

2005, se realizó la audiencia de lectura de sentencia, y ante su inasistencia, se le declaró contumaz disponiendo su captura (...).”

En el fundamento 7 se concluyó que el demandante tomó pleno conocimiento de la realización del acto procesal de la lectura de sentencia, y qué haciendo caso omiso a los apercibimientos decretados por el juzgador, no concurrió a la continuación de la diligencia, razón por la cual fue declarado reo contumaz el 6 de julio de 2005 (...). Siendo resuelto se declara Infundada la demanda de hábeas corpus.

En la resolución del Juez del 44 Juzgado Penal que declaró contumaz al demandante del proceso de hábeas corpus solo lo declara contumaz y ordena su ubicación y captura. Hábeas Corpus que ha sido declarado Infundado ante el Tribunal Constitucional.

-En el **Exp. N° 3014-2004-HC** del 28 de diciembre de 2004 , la demanda de hábeas corpus contra la Jueza del Trigésimo Quinto Juzgado Penal de Lima, sosteniendo que la Jueza del Juzgado citado abrió instrucción contra la demandante y otras personas por la presunta comisión de delitos contra el patrimonio (estafa y defraudación), la tranquilidad pública (asociación para delinquir) y contra la administración de justicia (fraude procesal) violando el derecho constitucional del debido proceso al inobservar el texto expreso y claro del artículo 583 del Código Procesal Civil, que establece un procedimiento específico de denuncia penal que debe de observarse en caso que se presuma la connivencia o colusión en un proceso civil de

tercería; asimismo, ha dictado la medida coercitiva de comparecencia con restricciones contra el recurriendo, atentando contra su derecho a la libertad personal.

En el Fundamento 8 estableció que la “la situación jurídica de la accionante en el proceso penal sumario seguido contra su persona, fue declarado reo contumaz, de conformidad con el artículo 2° del Decreto legislativo N° 125, y habiéndose programado la diligencia de lectura de sentencia, no se presentó, no obstante haber sido debidamente notificada, por lo que la declaración de contumacia tiene plenos efectos, correspondiendo a la demandante, si no quiere ser conducida por la fuerza a las instalaciones del juzgado correspondiente, concurrir a dicho lugar en forma voluntaria, “Resolvió: Declarando **Infundada** la demanda de hábeas corpus”.

Como se verifica la procesada fue debidamente notificada, se hizo efectivo el apercibimiento declarado como reo contumaz y presentó su demanda de hábeas corpus la que fue declarada infundada. No se advierte que se le haya denunciado por el delito materia de la investigación.

-En el **Exp. N° 2883-2003-HC** del 27 de noviembre de 2003, el accionante interpone demanda de hábeas corpus contra el Séptimo Juzgado Especializado en lo Penal de Chiclayo y la Tercera Sala Penal o Sala Nacional de Terrorismo, teniendo como objeto que se declare nula la sentencia que le impuso 10 años de pena privativa de la libertad, por el delito de contumacia, tras haber sido absuelto por el delito principal de terrorismo, por jueces “sin rostro”. En el fundamento 4° señala que “... no puede

pretenderse que por el solo hecho de alegarse que el delito de contumacia tiene carácter autónomo y que las resoluciones judiciales expedidas dentro de dicho proceso son regulares, la improcedencia sea indiscutible". Precisa que no se evidencia tal carácter irrefutable, pues los documentos que allí obran resultan insuficientes para resolver la improcedencia; asimismo, requiere que se soliciten copias certificadas del Expediente N°s. 1997-4664- 0-17-01-J-PE-7 (primera instancia, tramitado ante el 7° Juzgado Penal de Chiclayo y 17-2000 (segunda instancia), seguido ante la Tercera Sala Penal Sala Nacional de Terrorismo en contra del recurrente por el delito de contumacia, por ello procede declarar nulo todo lo actuado y ordenar que se admita a trámite la demanda, resolvió declarar nulo todo lo actuado desde fojas 26, ordenando remitir los actuados a la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, para los fines de ley tramitado ante el 7 Juzgado Penal de Chiclayo, declaran Fundada la demanda de Habeas Corpus y remiten copiasde todo los actuado a la Corte Superior de Chiclayo.

En este caso, si aperturaron y procesaron por delito de contumacia y le impusieron 10 años a pesar que fue absuelto por el delito de terrorismo. Declaran fundada la demanda de habeas corpus y nulo todo lo actuado en el proceso penal.

-El **Exp. N° 1342-2001-HC/TC** del 17 de enero de 2002 que tiene como antecedente la demanda de hábeas corpus interpuesto contra la Jueza del 7° Juzgado Penal de Trujillo, quien habría ordenado la detención indebida dela beneficiaria, por no haber asistido a la diligencia de lectura de sentencia,

no obstante que ésta alega no haber asistido por hallarse delicada de salud. Se trata del proceso penal por la presunta comisión del delito de usurpación agravada y daños, en la que la beneficiaria fue declarada reo contumaz por auto, del 12 de marzo de 2001, al no haber concurrido, pese a haber sido citada debidamente a la diligencia de lectura de sentencia que la Judicatura ordenó.

En el 2° Fundamento señaló que: "... la declaración de contumacia conforme a la ley de la materia, constituye una situación procesal que legitima a la Judicatura para ordenar la detención del procesado renuente a acatar el cumplimiento de determinados actos procesales ordenados por el juzgador, supuesto de hecho en el que incurrió la beneficiaria, según se acredita de fojas 5-37 del expediente constitucional, por lo que su captura y posterior internamiento en un establecimiento penal no resultó atentatorio contra su derecho constitucional a la libertad individual". Falló **Confirmando** la resolución apelada, que declaró **Improcedente** la acción de hábeas corpus.

Se trata de una procesada declarada contumaz, no se verifica que se le haya denunciado por el delito de contumacia, quien interpuso demanda de hábeas corpus, el que declarado improcedente.

En este primer grupo de sentencias del Tribunal Constitucional no existió ninguna mención al delito contumacia, salvo en la contenida en el Exp. N° 2883-2003-HC; sin embargo, en este caso no se realiza ningún análisis sobre la inconstitucionalidad del tipo penal y en las demás resoluciones el control constitucional se centra en la declaración de contumacia para efectos

de las órdenes de captura; es decir, solo observa el aspecto procesal de este tema.

3.3.1.2. Sobre la suspensión de la prescripción

- El **Exp. N° 4118-2004-HC**, el 6 de junio de 2005, el accionante demanda hábeas corpus contra la resolución sin número de fecha 22 de setiembre de 2003, expedida por la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Piura, al no haberse tenido en cuenta el pedido de prescripción de la acción penal, el mismo que se ha producido por cuanto a la pena máxima a imponérsele al momento de la comisión del delito era de 6 años y en la actualidad han transcurrido más de 10, encontrándose el beneficiario con mandato de detención, con lo cual se amenaza su libertad individual.

En el fundamento 11 se estableció que "...tratándose de reos contumaces, los plazos de prescripción se interrumpen si es que existen evidencias irrefutables que el acusado rehúye del proceso y hasta que el mismo se ponga a derecho, debiendo el juez declarar dicha suspensión, de conformidad con el artículo 1° de la Ley N°26641(...) los criterios en lo que se fundan esta sentencia tiene efectos vinculantes para todos los operadores jurídicos conforme al artículo 6 del título preliminar del Código Procesal Constitucional." Siendo declarada fundada la demanda y en otro extremo dispuso que se deje sin efecto las órdenes de captura emitidas en la causa signada contra el accionante en el Expediente N° 1119-97.

En el caso, se suspenden los plazos de prescripción y se declaró fundada la demanda.

- En el **Exp. N° 7451-2005-HC** del 17 de octubre de 2005 en el que se interpuso demanda de hábeas corpus contra la Juez del Quinto Juzgado especializado en lo Penal de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima, por haber dictado orden de captura contra el recurrente, solicitando se dejen sin efecto tanto la resolución que lo declara reo contumaz como el oficio remitido por la Policía Judicial, por el que se ordena su ubicación y captura.

En el fundamento 12 se estableció “(...) de acuerdo con lo establecido en el artículo 81 del Código Penal, los plazos de prescripción se reducirán a la mitad si el agente tenía menos de 21 años o más de 65 al tiempo de la comisión del hecho punible. Finalmente, tratándose de reos contumaces, los plazos de prescripción se interrumpen si es que existen evidencias irrefutables de que el acusado rehúye del procesoy hasta que se ponga a derecho, debiendo el juez declarar dicha suspensión de conformidad con el artículo 1° de la Ley N° 26641, que establece que: “Interprétese por la vía auténtica que, tratándose de contumaces, el principio de la función jurisdiccional de no ser condenado en ausencia, se aplica sin perjuicio de la interrupción de los términos prescriptorios, la misma que opera desde que existen evidencias irrefutables que el acusado rehúye del proceso y hasta que el mismo se ponga a derecho. El juez encargado del proceso declara

la condición de contumaz y la suspensión de la prescripción. En el caso de autos, la resolución judicial de fecha 22 de enero de 2004 (a fojas 34), declaró al demandante reo contumaz, situación que no ha variado según se aprecia de la resolución judicial dictada por la Segunda sala Especializada Penal para Reos Libres de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima...”, no existiendo vulneración del derecho a la libertad personal, resolvió declarar infundada la demanda de hábeas corpus.

En este caso, como se aprecia que se declaró reo contumaz al procesado, ordenándose su ubicación y captura, además de ordenarse la suspensión de la prescripción según el artículo 1 de la Ley 26641, resolviendo declarar Infundada la demanda de hábeas corpus.

- El **Exp. N° 00929-2012-PHC/TC** del 5 de setiembre de 2013 la Sala Primera del Tribunal Constitucional tiene como antecedente la demanda de hábeas corpus interpuesto contra los jueces superiores de la Segunda Sala Mixta Descentralizada de la Merced- Chanchamayo y de la Corte Superior de Justicia de Junín, a fin que se declare la nulidad del auto de vista de fecha 31 de agosto del 2010 que declara infundada la excepción de prescripción de la acción penal deducida por la recurrente en el proceso seguido por los delitos de usurpación y daños (Exp. N° 001-2006-0-1511-JM-PE-01). Alega la vulneración al derecho al plazo razonable.

En el punto Consideraciones del Tribunal Constitucional, indicó: “En relación con la actividad procesal de la recurrente consta a fojas 59 de autos que el órgano jurisdiccional al emitir el auto de vista cuestionado desestimó la excepción de prescripción de la acción penal en el proceso porque la recurrente fue declarada reo contumaz por la resolución de fecha 2 de abril de 2008, lo cual se vio confirmado por la resolución de vista de fecha 8 de mayo de 2009 (fojas 73 de autos) que dispuso que continúe su condición de contumaz en virtud de la Ley 26641 y ordenó la suspensión del plazo prescriptorio en razón precisamente de la declaración de contumacia porque la recurrente fue renuente en forma reiterada a acudir al juzgado para la lectura de la sentencia en el proceso en cuestión.(...). En consecuencia, si bien el hecho delictuoso se habría cometido el 23 de agosto de 2005, desde el 19 de diciembre de 2006 el órgano jurisdiccional se vio continuamente impedido de poner fin a la instancia por la incomparecencia reiterada de la actora a la audiencia de lectura de sentencia y por otras maniobras dilatorias de su parte; por lo que a la fecha de la emisión de autos de vista cuestionado (31 de agosto del 2010) a consideración del órgano jurisdiccional el plazo de prescripción de la acción penal por el delito que se sanciona con una pena mayor (usurpación agravada) no había vencido. Así del análisis efectuado es posible afirmar que en el presente caso la suspensión del plazo de prescripción en virtud de la Ley N° 26641 y la consecuente denegatoria de la excepción de prescripción no resultan vulneratorias del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas. Por

lo expuesto declara que en el caso de autos no se violó el derecho al plazo razonable del proceso como elemento del derecho a la libertad individual (...), ha resuelto: declarar infundada la demanda por no haberse acreditado la afectación del delito al plazo razonable del proceso penal”.

En este caso, se aplicó el plazo de suspensión de la prescripción y no se violó el derecho al plazo razonable y en consecuencia declaró infundada la demanda de hábeas corpus.

- En el **expediente N° 03711-2011-PHC/TC** Callao de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional. Tiene como antecedente la demanda de hábeas corpus interpuesta contra los integrantes de la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia del Callao, por la vulneración de su derecho al debido proceso y a la libertad individual. Siendo el objeto de la demanda es que se deje sin efecto la Resolución de fecha 19 de enero de 2011 que confirmó la Resolución de fecha 16 de noviembre de 2009, que a su vez declaró reo contumaz a Carlos Pacheco Ortiz e interrumpió el plazo de prescripción, asimismo solicita se dejen sin efecto las órdenes de captura que se hubieran emitido en su contra, se invoca vulneración del derecho al debido proceso y libertad individual.

En su fundamento 3º indico que: “El artículo 1º de la Ley N° 26641 dispone la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal para los reos contumaces. Respecto a la suspensión de los plazos de

prescripción, en aplicación de la referida Ley N° 26641, el Tribunal Constitucional ha señalado que en caso de mantener vigente la acción penal *ad infinitum* resulta vulneratoria del derecho al plazo razonable del proceso y, en tal sentido, inconstitucional su aplicación. Y es que la prosecución de un proceso penal, sin ningún límite temporal, resultaría, a todas luces, inconstitucional. El poder punitivo del Estado no puede ser ilimitado ni infinito (Cfr. Exp. N° 04959-26008-PHC/TC, Caso Benedicto Jiménez Baca)

En el fundamento 7 señaló por consiguiente la Resolución de fecha 16 de noviembre de 2009 (fojas 65) así como su confirmatoria, Resolución de fecha 19 de enero de 2011 a fojas 6 de autos, por la que se declaró reo contumaz al recurrente y suspendió el plazo de prescripción, no vulnera ninguno de los derechos invocados puesto que es la propia actividad del interesado (como consecuencia de sus renuencia a presentarse ante el órgano judicial competente) la que ha dilatado hasta el momento la duración del proceso penal llevado en su contra. (...) Ha resuelto Declarar infundada la demanda porque no se ha acreditado la vulneración del derecho al debido proceso y a la libertad individual”.

En este caso, se declaró reo contumaz al recurrente, se suspendió el plazo de prescripción e infunda la demanda de hábeas corpus.

En este grupo de sentencias del Tribunal Constitucional se advierte la aplicación del efecto de suspensión de la prescripción de la acción por la

declaración de la contumacia en relación con el plazo razonable, pero no se advierte en los fundamentos ninguna referencia al delito de contumacia.

3.3.2. En la Corte Suprema de Justicia de la República

3.3.2.1. Sobre el delito de contumacia

- En la **Consulta N° 2902-2002** de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República

Se dictó la resolución de fecha 06 de noviembre de 2002 en Consulta del auto de la Sala Penal Corporativa de Apelaciones para Procesos Sumarios con reos libres que declaró inaplicable la Ley 26641- Ley de contumacia- por incompatibilidad constitucional, en la que se señala que resulta inconstitucional tipificar como delito a aquella conducta cuya licitud o ilicitud se encuentra ya determinada dentro del ordenamiento procesal y cuando la Ley citada crea en su artículo segundo la figura delictiva de la contumacia en base a una conducta procesal evasiva que se ya se encuentra regulada en el artículo 210 del Código de Procedimientos Penales que contraviene el principio de la observancia del debido proceso a que se contrae el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución, que establece que ninguna persona puede ser sometida a procedimiento distinto del previamente establecido, por lo que aprueba la resolución de consulta y declara inaplicable la Ley 26641.

En la resolución citada se puede verificar que, la instancia suprema analiza en parte el delito de contumacia determinando su

inconstitucionalidad, pero solo desde el punto de vista que es contraria al debido proceso al estar regulado en el artículo 210° del Código Adjetivo.

- En la **Consulta N° 1521-2011** Arequipa de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Se dictó la resolución de fecha 9 de junio de 2011, siendo materia de consulta la resolución de fecha 28 de octubre de 2010, que declaró de oficio fundada la excepción de naturaleza de acción a favor de Vitaliano Leonidas Chora por el delito de contumacia en agravio del Estado, inaplicando para ello lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley N° 26641, disponiendo el archivo definitivo de los autos y la anulación de los antecedentes generados como consecuencia del proceso. En cuyo artículo 8 indica “Por lo 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 citado 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 un 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. Noveno: 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, posible de persecución penal, tergiversando con ella 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 individuo en particular. Por tales consideraciones: APROBARON la resolución de fecha veintiocho de octubre del dos mil diez, de fojas ciento once, en cuanto INAPLICA en el presente caso, lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley N° 26641, en lo seguidos contra Vitaliano Leonidas Chora Torres, por el delito de contumacia, en agravio del Estado.

En este caso se aprueba la consulta del artículo 2 de la Ley 26641 que inaplica lo mencionado en el citado numeral, por las mismas consideraciones que la Consulta anterior referentes a que la conducta de evadirse del proceso del imputado ya se encuentra regulada en nuestro ordenamiento procesal en el artículo 210, siendo inconstitucional, sin analizar con más profundidad el delito investigado para aclarar las dudas de los magistrados.

3.3.2.2. Sobre la suspensión de la prescripción

-En la **Consulta N° 2217-2011 Lima** de la Sala Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Se dictó la resolución de fecha 13 de setiembre de 2011, siendo materia de consulta la resolución de fecha 6 de setiembre de 2010 que aplicando el control constitucional difuso, declara inaplicable para el caso los artículos 1 y 2 de la Ley N° 26641, en consecuencia se continúe la secuela del proceso según su estado, precisándose quede los fundamentos de la resolución en consulta se advierte que la inaplicación está referida principalmente al artículo 1 de la Ley N° 26641, en cuanto se provee el escrito de la parte agraviada para que no se compute término alguno para la prescripción, siendo impertinente la invocación que se hace del artículo 2 de la Ley N° 26641, en tanto no se ha imputado a la inculpada el delito de contumacia previsto en este artículo, y en el considerando sétimo indica: “Que lo dispuesto por la Ley 26641 tiene sustento válido en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, el fin retributivo de la pena y el carácter preventivo especial de la misma, contemplados en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal vigente, pues resulta evidente que la interrupción del plazo, no está prevista en general para todos aquellos en los que el procesado omite comparecer ante el órgano jurisdiccional, sino específicamente para los supuestos en los que la instrucción penal ha sido conducida por sus cauces normales, esto es cuando el inculpado ha tomado conocimiento formal de los cargos que se le imputan, ha prestado su declaración instructiva, e incluso el proceso ha llegado al estado en que el Ministerio Público formula acusación correspondiente; empero, el acusado rehúye el juzgamiento”; por lo que desaprueba la resolución que declara

inaplicable en el caso los artículos 1 y 2 de la Ley N° 26641, en consecuencia nula dicha sentencia en el extremo materia de consulta y dispusieron se emita nueva resolución en el proceso seguido contra Betty Angélica Soto Corbacho, por faltas contra la persona- lesiones dolosas- en agravio de Sonia Susana Soto Corbacho.

En este caso se desaprueba la aplicación de los artículos 1 y 2 de la Ley 26641, declarando nula la sentencia, sustentando tan solo el artículo 1 referido a la suspensión de la prescripción, pero no fundamenta sobre el artículo 2 de la Ley 26641, atendiendo a que a la imputada no se le había procesado por el delito de contumacia.

- En el **R.N. N° 3056-2013** Lima de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

Se dictó la resolución número 30 de abril del 2015, que estableció en el fundamento cuarto “ (...) Si el órgano jurisdiccional en una resolución que declara contumaz al procesal no sanciona expresamente la suspensión del plazo de prescripción ,ello demo alguno significa que tal plazo se suspende, pues la Ley N° 26641 no atribuye discrecionalidad al juez para suspender no la suspensión de la prescripción, pues ante la declaratoria de contumacia la suspensión debe entenderse como un efecto jurídico necesario -imposible de obviar- que se aplica luego de la primera: por tanto, si el juez declara formalmente la contumacia y omite pronunciarse expresamente sobre

la suspensión, el plazo de prescripción igual se suspende (...) por lo que en el presente caso la dilación que ha sufrido el proceso es imputable al propio procesado, no configurándose, por ende, la declaración de contumacia una vulneración al plazo razonable”. Declararon Nula la resolución que declaró de oficio extinguida por prescripción la acción penal, debiendo continuar el proceso que se le sigue.

En la ejecutoria citada se aprecia que se aplicó el artículo 1 de la Ley 26641, estableciendo la suspensión del proceso aun el juez no lo hubiera consignado de manera expresa en la resolución donde lo declaró contumaz al advertir que la dilación le es imputable al procesado, declaró nula la resolución que declaró de oficio prescrita la acción penal y dispuso se continúe el proceso.

- En el **R.N. 1958-2015** de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Se emitió la resolución de fecha 26 de octubre del 2015, en cuyo numeral 2.4 de sus considerandos indica “ (...)el procesado Samán Calderón fue declarado reo contumaz por resolución de siete de junio del dos mil cuatro (folios doscientos veintitrés) y fue puesto a disposición del órganojurisdiccional el quince de julio de dos mil catorce (folio cuatrocientos noventa y uno) declaración de contumacia que suspendió los plazos prescriptorios, conforme con lo establecido en el artículo uno de la Ley N°

26641; en el caso, por el término de diez años, un mes y ocho días. Considerando los días de suspensión de la prescripción, por la declaración de contumacia, el tiempo extraordinario (nueve años) aún no ha transcurrido (...)” declaran NO HABER NULIDAD en la sentencia que condenó a Omar Alexander Samán Calderón como autor del delito contra el patrimonio, en la modalidad de hurto agravado y le impusieron cuatro años de pena privativa de libertad.

En la ejecutoria citada, se hace referencia al artículo 1 de la Ley 26641 sobre la suspensión de los términos de la prescripción, declarando no haber nulidad a la sentencia condenatoria efectiva que se dictó contra el sentenciado, pero no mencionó el artículo 2 de la citada Ley que es materia de investigación.

3.3.3. En relación con instancias inferiores

3.3.3.1. Sobre el delito de contumacia

-Exp. Nº 44960-2008 de la Tercera Sala Penal para procesos con reos libres de Lima.

Se dictó la resolución S/N de fecha 15 de junio de 2016 en la que declararon frustrada la audiencia debido a la incomparecencia de la procesada y atendiendo que de la revisión de los autos se advierte que la procesada había sido notificada en su domicilio real señalado en su instructiva siendo el mismo domicilio que obra en su ficha de RENIEC, cuyo cargo de notificación obraba en autos, habiéndose notificado con anterioridad a esa dirección por cedulón para que concurra a la audiencia programada, pese a ello evidencia

su ánimo de entorpecimiento con la administración de justicia incumpliendo los mandatos judiciales, por lo que se hace efectivo el apercibimiento decretado mediante resolución de fecha 2 de noviembre del 2015, en consecuencia DECLARARON REO CONTUMAZ a la procesada ANA CRISTINA VASQUEZ QUIROZ, debiendo cursarse los respectivos oficios a fin de proceder a su inmediata ubicación y captura, DESIGNARON defensora pública del procesado y ORDENARON: Reservar el señalamiento de audiencia hasta el momento en que se puesta a disposición de esta Superior Colegiado, Dispusieron se cumpla con tramitar las órdenes de ubicación y captura a nivel nacional e internacional de la requerida, ORDENARON que los oficios se reiteren semestralmente.

En este caso, habiéndose notificado al domicilio real que consignaba en su ficha ante RENIEC la procesada, se hizo efectivo el apercibimiento de ser declarado reo contumaz, reservándose el señalamiento de la audiencia, ordenándose su ubicación y captura, pero no se aplicó el artículo 2 de la ley 26641 y no se ejerce el control difuso.

- Exp. N° 1296-2011-0/16539-2010-0. de la Segunda Sala Penal para procesos con reos en cárcel de Lima.

Se dictó la resolución N° 339, de fecha 18 de abril del 2017. En la que indican que el Decreto Legislativo N° 125, literal a) del artículo 3° en su primer apartado reputa contumaz: "...al que habiendo prestado su declaración instructiva o estando debidamente notificado, rehúye el juzgamiento en manifiesta rebeldía o hace

caso omiso a las citaciones o emplazamientos que le fueran hechos por el Juzgado o Tribunal”, de lo expuesto se colige que los acusados tienen plenamente conocimiento de la existencia del proceso dirigido en su contra, conforme se puede establecer de los escritos presentados por los acusados, sin embargo, viene rehuyendo la acción de la justicia, adoptando una posición de rebeldía, ante la Superior Sala, por lo que en aplicación al literal a) del artículo 3º del Decreto Legislativo 125 en concordancia con el artículo 1 de la Ley 26641, DECLARARON REO CONTUMAZ a los acusados RICARDO ROJAS GASPAR Y RODOLFO CHARLES

ARRIAGA ESTACIO, suspendiéndose los plazos de prescripción, de conformidad con el artículo 1 de la Ley 26641, en consecuencia, Reitérese las órdenes de captura cada seis meses, contra los citados acusados, hasta que sean habidos y puesto a disposición de la Sala Penal.

En este caso, se evidencia que los procesados tienen conocimiento del proceso en su contra por los escritos que presentaron, sin embargo, no se presentaron, por lo que se les declaran reos contumaces, se suspenden los plazos de prescripción de conformidad con el artículo 1 de la Ley 26641, se reitera las órdenes de captura, pero no se aplicó el artículo 2 de la citada Ley, que es materia de investigación.

- Exp. 3706-2016 de la Primera Sala Penal de Procesos con reos en cárcel de Lima.

Se dictó la resolución S/N de fecha 25 de octubre de 2017 seguido contra Sandro Puente Avensur, “señalándose fecha para el inicio del juicio oral, llevándose a cabo con la concurrencia del procesado y suspendida a petición del mismo, siendo notificado en audiencia para su concurrencia a los debates orales, bajo apercibimiento de revocarse al comparecencia y ordenarse su captura e internamiento en una cárcel pública, siendo pospuesta para el día 20 de octubre y diferida para el 25 de octubre ,las cuales no se llevaron a cabo por incomparecencia del acusado, conforme a la constancia y razón de la Secretaria de actas (...) y estando a la renuencia del procesado de concurrir a la audiencia y haciéndose efectivo el apercibimiento decretado: Resolvieron Revocar el mandato de comparecencia restringida dictaron mandato de detención contra el acusado, declarándolo CONTUMAZ, ordenando su ubicación y captura y la reserva del juzgamiento”.

Como se verifica se varió la situación jurídica del procesado de comparecencia restringida a detención, declarándolo contumaz, ordenándose su ubicación y captura, no aplicándose el delito de contumacia ni se suspendió los términos de la prescripción.

- **Exp. Nº 20108-2006 del Décimo Octavo Juzgado Penal para procesos con reos en cárcel de Lima.**

Se dictó la resolución S/Nº de fecha 8 de mayo de 2013 estando a que la encausado no ha concurrido a la diligencia de expedición y lectura de sentencia en las fechas programadas, según lo acreditan

las cédulas de notificaciones y que en dos oportunidades la procesada presentó un escrito solicitando la reprogramación de la diligencia de lectura de sentencia, sin embargo pese a acceder a su pedido, no concurrió a la diligencia, Por esas consideraciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 205 y 318 del Código de Procedimientos y artículo 1º de la Ley 26641, se RESUELVE DECLARAR REO CONTUMAZ a la procesada JULIA MARIA SILVA VALENZUELA VIUDA DE MANRIQUE, en consecuencia OFÍCIESE a las dependencias correspondientes a fin de lograr su ubicación y captura.

En este caso, debido a la incomparecencia de la procesada en dos oportunidades, se le declaró reo contumaz, pero no se suspendió los plazos de prescripción conforme al artículo 1 de la Ley de contumacia y menos aún se aplicó el artículo 2 de la mencionada Ley.

- **Exp. N° 45301-2009 del Vigésimo Octavo Juzgado Penal para procesos penales con reos en cárcel de Lima.**

Se dictó la resolución N° 7 de fecha 30 de enero de 2017, en base a la cual se indicó que se tiene el escrito presentado por Marco Antonio Sánchez Candela sumillado “ Presento y Fundamento apelación contra mandato de detención” y a fojas 464 obra el escrito de Marco Antonio Sánchez Candela sumillado “Vario domicilio procesal”; por lo que se desprende que la condición del mencionado

no es la reo ausente como se ha consignado en la sentencia emitida contra Freddy Jhonny Huarache Ventura, por lo que estando a lo establecido en el artículo 121-A numeral 2 inciso a) del Decreto Legislativo 1206, el mismo que señala que “Durante la instrucción el Juez declarará contumaz al imputado cuando a) De lo actuado se evidencia que, no obstante tener conocimiento de que es requerido, no se presenta voluntariamente a las actuaciones procesales, en este sentido se le declaró REO CONTUMAZ al procesado Miguel Ángel Sánchez Candela, por lo que estando a lo dispuesto en el artículo 285-B del mencionado decreto, Déjese en Despacho los autos para resolver, reitérese las orden de ubicacióny captura correspondiente. En este caso, se declaró reo contumaz al procesado, pero no se suspendió los plazos de prescripción ni se aplica el artículo 2 de la Ley de contumacia.

- **Exp. N° 9360-2010 del Trigésimo Quinto Juzgado Penal para procesos con reos libres de Lima.**

Se dictó la resolución S/N° de fecha 13 de marzo del 2013 en la que advirtiéndose que el acusado no se ha presentado a los llamados por el Despacho con la finalidad de llevarse a cabo la diligencia de lectura de sentencia, conforme a lo cargos de notificación que obran en autos, habiéndoseles emplazado tanto al domicilio real señalado en autos como a su domicilio procesal designado, en consecuencia haciéndose efectivo el apercibimiento decretado, DECLÁRESE

REO CONTUMAZ a WALTER RAPHAEL DELGADO DE LA FLOR GOICOCHEA, debiendo de oficiar a la Policía Judicial para la inmediata ubicación y captura del mencionado y puesto que sea a disposición del Juzgado, sin perjuicio de comunicar a la Oficina de requisitorias.

En este caso, se notificó al procesado tanto en su domicilio real como procesal, sin embargo, no asistió por lo que haciendo efectivo el apercibimiento decretado, se le declaró reo contumaz al procesado, ordenándose su ubicación y captura, pero no se aplicó la Ley 26641.

- **Exp N° 7610-2011 del Cuarto Juzgado Penal para procesos con reos en cárcel de Lima.**

Se dictó la resolución N° 82, de fecha 30 de enero de 2015 que indica: que conforme lo establece el artículo 3° inciso a) del Decreto Legislativo 125 se reputa contumaz que habiendo prestado su declaración instructiva o estando debidamente notificado, rehúye el juzgamiento en manifiesta rebeldía o hace caso omiso a las citaciones o emplazamientos que le fueran hechos por el Juez o Tribunal. A estos efectos, el artículo 1° de la Ley N° 26641 exige que el auto que declara la condición de reo contumaz del imputado, solo se dictará desde que "...existen evidencias irrefutables que el acusado rehúye del proceso...".

La acusada ha demostrado rebeldía al llamado judicial al no asistir a las citaciones, evidenciando de esta manera su clara voluntad de rehuir al juzgamiento por su persistencia en su incomparecencia (artículo primero del Decreto Legislativo número ciento veinticinco); en ese sentido, la sentencia expedida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, Exp. N° 3725-2005 de fecha 26 de octubre del 2005, en su séptimo considerando señala “Que al respecto desde una interpretación literal de la norma, persistir se define como mantenerse firme o constante en algo y sus sinónimos más cercanos son: durar, continuar, mantenerse, lo que supone por lo menos dos o más actos de incomparecencia a juicio oral o diligencia a la que sea emplazado...” lo que demuestra la acusada en autos, en consecuencia, en aplicación del artículo 210 del Código de Procedimientos Penales y artículo 3 inciso a) del Decreto Legislativo ciento veinticinco. DECLARESE REO CONTUMAZ a la acusada LUZ ÁNGELA GARCÍA RIVERA, oficiándose a la Policía Judicial para su inmediata búsqueda, ubicación y captura y conducción al local del Juzgado, se oficia a la Oficina de Requisitorias Distrital para la anotación correspondiente, estando a lo dispuesto por el artículo 319 del referido Código, se RESERVA la causa hasta que sea habido y puesto a disposición de la Judicatura. En este caso, se declaró reo contumaz a la imputada por no acudir a las citaciones que le hacían a la acusada, se reservó el proceso hasta que sea habida y no se aplicó la Ley de contumacia.

- **Exp. Nº 22311-2011 del Décimo Segundo Juzgado Penal para procesos con reos libres de Lima.**

Se dictó la resolución S/N de fecha 22 de octubre de 2015, en la que atendiendo que el artículo 3 del Decreto Legislativo 125 que: “Se reputa contumaz: a) Al que habiendo prestado su declaración instructiva o estando debidamente notificado rehúye el juzgamiento en manifiesta rebeldía o hace caso a las citaciones o emplazamientos que le fueran hechos por el Juez o Tribunal...”

El procesado fue notificado en los domicilios que señala habiendo presentado un escrito del 7 de febrero del 2012, mediante el cual solicita la reprogramación de la instructiva y pese a las reiteradas notificaciones del Juzgado no ha concurrido a la diligencia de continuación de instructiva, haciendo efectivo el apercibimiento decretado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Legislativo número 125, SE DECLARA REO CONTUMAZ al procesado JAVIER MONJE RIVERA, oficiándose a la Policía Judicial a fin de que proceda a su inmediata ubicación y captura, reservándose el proceso hasta que se habido.

En el caso, no se presentó a su citación de continuación de declaración instructiva, por lo que haciéndose efectivo el apercibimiento declarado fue declarado reo contumaz, no se aplicó el artículo 2 de la Ley 26641.

- **Exp. N° 3678-2011 del Vigésimo Juzgado Penal para procesos con reos libres de Lima.**

Se dictó la resolución S/N° de fecha 14 de noviembre de 2012 en la que indica que es de apreciarse de autos que el procesado no ha concurrido al Juzgado para la diligencia de continuación de su declaración instructiva, pese haber sido debidamente notificado en reiteradas oportunidades en las direcciones que ha señalado en su declaración instructiva, así como a la dirección que aparece en su hoja de datos identificatorios, elementos de los cuales la Juez considera que existe riesgo de que el procesado eluda la acción de la justicia si es que no se toman las medidas coercitivas pertinentes y oportunas, por lo que declaro REO CONTUMAZ al procesado JEAN PAUL ROBLEDO DUARTE, cuyas generales de ley obran en su hoja de datos identificatorios y de su declaración instructiva.

En este caso, al no haber asistido para su continuación de su instructiva, haciéndose efectivo el apercibimiento decretado, se le declaró reo contumaz, pero no se aplicó el artículo 2 de la Ley 26641.

- **Exp. N° 25774-2012 Del Vigésimo Juzgado Penal de procesos con reos libres de Lima.**

Se dictó la resolución N° 21, de fecha 29 de mayo de 2015 en la que atendiendo a que la Judicatura programó la diligencia de lectura de sentencia para el día 05 de setiembre del 2013, diligencia que no pudo llevarse a cabo por post turno judicial, por lo que se

reprogramó para el 19 de diciembre, citación en la cual el procesado no asistió; es así que, se señaló nueva fecha para el 21 de agosto del año 2014, bajo apercibimiento de ser declarado reo contumaz en caso de incomparecencia; sin embargo, el acusado tampoco acudió a la citación; sin que haya justificado sus inasistencias, verificándose que ha sido debidamente notificado conforme a los respectivos cargos obrantes en autos; haciendo efectivo el apercibimiento decretado, de conformidad con el artículo

210 del Código de Procedimientos Penales, se dispone **DECLARESE REO CONTUMAZ** al acusado Jesús Manuel Osorio Atusparia, ordenándose su inmediata ubicación y captura a nivel nacional.

En este caso, se le citó para la lectura de sentencia, pero no concurrió a pesar de ser notificado, por lo que haciendo efectivo el apercibimiento se le declaró reo contumaz, pero no se aplicó el artículo 2 de la Ley 26641.

- **Exp. N° 20048-2012 del Vigésimo Juzgado Penal para procesos con reos libres de Lima.**

Se dictó la resolución N° 23 de fecha 15 de setiembre de 2015 en la que atendiendo a que la Judicatura programó la diligencia de lectura de sentencia citación a la que el procesado no asistió, se señaló nueva fecha bajo apercibimiento de ser declarado reo contumaz en caso de incomparecencia, sin embargo el acusado tampoco acudió a la citación, sin que haya justificado sus inasistencias, verificándose

que ha sido debidamente notificado conforme a los respectivos cargos obrantes en autos, haciéndose efectivo el apercibimiento decretado, estando a que el encausado tiene pleno conocimiento del proceso, de conformidad con el artículo 210 del Código de Procedimientos Penales se DISPONE: DECLARAR REO CONTUMAZ al acusado Juan Gabriel Trujillo Villanueva, oficiándose su inmediata ubicación y captura a nivel nacional.

En este caso, al acusado se le citó para su lectura de sentencia; sin embargo, no acudió a pesar de ser válidamente notificado, por ello se le declaró reo contumaz, pero no se aplicó el artículo 2 de la Ley 26641 ni el control difuso.

- **Exp. Nº 30041-2012 del Décimo Segundo Juzgado Penal para procesos con reos libres de Lima.**

Se dictó la resolución de fecha 30 de setiembre del 2014 y atendiendo se advierte de autos que los imputados no se han presentado a rendir la continuación de su instructiva señalada en autos, no obstante haberse cursado las notificaciones en sus domicilios reales, conforme se advierte de los cargos obrantes en la causa, por lo que haciendo efectivo los apercibimientos decretados en el proceso y en aplicación de lo dispuesto por el artículo 3 del Decreto Legislativo 125; se resuelve declarar REO CONTUMAZ a los procesados JUNIOR ENRIQUE LOZANO AGUIRRE Y LUZ CLARISA CARRASCO RODRÍGUEZ debiendo oficiarse a la Policía Judicial para la inmediata ubicación y captura.

En este caso, los procesados no acudieron a las citaciones a pesar de haber sido notificados se les declaró reos contumaces; en donde, no se aplicó el artículo 2 de la Ley 26641 ni el control difuso.

- **Exp. N° 6097-2013 del Vigésimo Quinto Juzgado penal para procesos con reos libres de Lima.**

Se dictó la resolución S/N° 9 de junio del 2015 y estando a que el procesado ha tenido conocimiento de la existencia de una causa penal en su contra, pese a lo cual no ha concurrido al local del Juzgado a efectos de realizarse la diligencia de lectura de sentencia en la fecha señalada, conforme se tiene de la resolución N° 20 de fecha 09 de enero del 2015, así como de su reprogramación conforme es de verse de la resolución N° 21 de fecha 6 de abril del año en curso, aun cuando las citaciones respectivas le ha sido debidamente notificadas, en su domicilio real y procesal señalado en autos, conforme es de verse de los cargos de notificaciones obrantes en autos, por lo cual si situación se encontraría dentro de los supuestos contemplados en el literal b) del artículo 3° del Decreto Legislativo 125°, se resuelve, DECLARAR REO CONTUMAZ al acusado EDINSON CUSIYUPANQUI TTITO, y se dispuso se oficie a la Policía Judicial a efectos que proceden a su inmediata ubicación, captura y conducción al local del Juzgado, con conocimiento de la Oficina Distrital de Requisitorias.

En este caso, se citó al procesado para la lectura de su sentencia; sin embargo, no concurrió a pesar de ser notificado, por lo que haciendo efectivo el apercibimiento se le declaró reo contumaz al procesado, no se aplicó el artículo 2 de la Ley 26641 ni el control difuso.

- **Exp. Nº 6871-2013 del Quincuagésimo Cuarto Juzgado penal para procesos con reos libres de Lima.**

Se dictó la resolución de fecha 22 de octubre de 2015 en la que advirtiéndose que el acusado no ha concurrido a la diligencia de lectura de sentencia programada en la fecha a pesar de haber sido notificado válidamente conforme es de verse de los cargos de notificaciones, por lo que haciéndose efectivo el apercibimiento decretado mediante resolución 22 de setiembre del 2015, DECLÁRESE REO CONTUMAZ a VICTOR DAVID ZEGARRA VENTO, cursándose los oficios respectivos, para su inmediata ubicación, captura y conducción al Juzgado del citado contumaz.

En este caso, se le citó para la lectura de sentencia y como no asistió se hizo efectivo el apercibimiento, se le declaró reo contumaz, no se aplicó el artículo 2 de la Ley 26641 pero no se aplicó el control difuso.

- **Exp. Nº 6865-2014 del Décimo Segundo Juzgado Penal para procesos con reos libres de Lima.**

Se dictó la resolución S/N de fecha 8 de junio de 2016 en la que estando a que el artículo 3 del Decreto Legislativo 125 que: “Se reputa contumaz: a) Al que habiendo prestado su declaración instructiva o estando debidamente notificado rehúye el juzgamiento en manifiesta rebeldía o hacer caso a las citaciones o emplazamiento que le fueran hechos por el Juez o Tribunal...”

Que el procesado ha sido notificado en el domicilio que aparece en la copia de su DNI que acompaña en su escrito y en el que aparece en su ficha de inscripción RENIEC, conforme consta en autos, no concurriendo a la instructiva, haciendo efectivo el apercibimiento decretado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo tercero del Decreto Legislativo N° 125, SE DECLARA REO CONTUMAZ al procesado RAFAEL IVAN MADUEÑO LAZARO, oficiándose a la Policía Judicial a fin que proceda a su inmediata ubicación y captura. En este caso, no acudió al Juzgado, se le declaró contumaz, no se aplicó el artículo 2 de la Ley 26641 pero no se aplicó el control difuso.

- Exp. N° 16818-2014 del Décimo Noveno Juzgado Penal para procesos con reos libres de Lima.

Se dictó la resolución S/N° de fecha 3 de mayo de 2017, que la institución de la contumacia no significa necesariamente, un sanción por una conducta obstruccionista o un actuar de mala fe del procesado; sino que conforme lo reconoce el artículo 205 del Código de Procedimientos Penales y de conformidad a lo

establecido en el artículo 121-A del Código de Procedimientos Penales modificado por el artículo 4º del Decreto Legislativo N° 1206, al verificarse que el encausado desconoce del procedimiento judicial, es obligación del Órgano jurisdiccional, declarar su estado y nombrarle abogado defensor de oficio, deberá intervenir en todas las diligencias, quien podrá hacer uso de los recursos legales. En cuanto al caso concreto, de los actuados se observa que el imputado no ha concurrido a prestar su declaración en sede judicial y que el procesado ha sido notificado en la dirección que aparece en su ficha de RENIEC, así como en el domicilio procesal señalado, conforme a los cargos que aparecen en autos. Se resuelve Declararreo contumaz al acusado Miguel Cosquillo Vílchez, y oficiar al departamento de la Policía judicial a fin que proceda a la ubicación, captura y conducción a esa Judicatura del citado procesado a efectos que conozcan los cargos y rinda su instructiva. Nombrándose defensor al abogado de oficio asignado a esta Judicatura.

En este caso, el procesado no concurrió a rendir su instructiva, siendo notificado al domicilio que figuraba ante RENIEC y en el domicilio procesal que señaló, por lo que se hizo efectivo el apercibimiento, se le declaró reo contumaz, pero no se aplicó el control difuso a pesar de inaplicar el artículo 2 de la Ley 26641.

- **Exp. N° 12399-2014 del Vigésimo Segundo Juzgado Penal de procesos penales con reos libres de Lima.**

Se dictó la resolución de fecha 22 de abril del 2016 DECLARESE REO CONTUMAZ al procesado MICHEL REYNALDO PERALTA HUAMANÍ, oficiándose a la División de Requisitorias de la Policía Judicial a fin de que proceda a la ubicación y captura, asimismo, comuníquese al registro correspondiente, RESERVÁNDOSE el proceso hasta que sea puesto a disposición del Juzgado.

En este caso, se le declaró reo contumaz, ubicación y captura y reserva del proceso, sin motivación alguna, no se aplicó el control difuso pese a que no se aplicó el artículo 2 de la Ley 26641.

- **Exp. N° 2973-2015 del Trigésimo Juzgado Penal para procesos con reos libres de Lima.**

Se dictó la resolución S/N° de fecha 30 de marzo del 2016, en la que se advierte del atestado policial, el inculpado en un escrito adjunta una conciliación donde reconoce haber agredido al agraviado y le resarce económicamente con la suma de trescientos soles, asimismo obra otro escrito, donde se pone en conocimiento que con su hijo han acudido al Centro Conciliatorio "VINDEX" y llegar a un acuerdo con la parte agraviada, con ello se demuestra que tiene conocimiento de los hechos imputados en su contra, a pesar de ello, no se ha presentado en la dependencia policial ni al local del Juzgado a desvirtuar las imputaciones en su contra a pesar de haber sido notificados conforme de aprecia a nivel policial y judicial, lo que evidencia ser renuentes al llamado de la justicia, se advierte que los mencionados procesados están eludiendo la acción de la justicia, perturbando la actividad probatoria ente dicha

situación se dicta la medida pertinentes con la finalidad de que no eludan su responsabilidad penal por los actos ilícitos cometido, por lo que estando a lo dispuesto en el artículo 121 –A del Decreto Legislativo 1206, se RESUELVE: DECLARAR REO CONTUMAZ a los procesados IVAN JULIO JUYP A PEÑA y JOSÉ LUIS CUYA YUYPA, como presuntos autores del delito contra la vida. El cuerpo y la salud – lesiones leves- en agravio de Gerónimo Taipe Núñez y otros; oficiándose a la Policía Judicial y al Jefe de Requisitorias del distrito judicial de Lima, para su ubicación y captura a nivel nacional, para que rinda su declaración instructiva, nombrándoles defensora pública.

En este caso, al tener conocimiento del proceso, se declararon reos contumaces, pero no aplican el control difuso a pesar que no aplicaron el delito de contumacia.

- **Exp, N° 5793-2015 del Trigésimo Sexto Juzgado Penal de procesos con reos libres de Lima**

Se dictó la resolución S/N° de fecha 20 de mayo del 2016, que conforme es de verse del proceso el acusado ha sido debidamente emplazado para rendir su declaración instructiva, no obstante tener conocimiento del proceso, ya que se encuentra debidamente notificado del mandato de comparecencia con restricciones dictado en su contra, por lo que hace efectivo el apercibimiento decretado; en consecuencia, es de aplicación el Decreto Legislativo 125, RESUELVE DECLARAR REO CONTUMAZ al acusado FELIX RÓMULO NOLASCO ENRIQUE, ofíciase para su inmediata captura

y Resérvese la causa hasta cuando sea habido y puesto a disposición del Juzgado.

En este caso se le cita para su declaración instructiva, pero al no concurrir se hace efectivo el apercibimiento y se le declara reo contumaz al procesado, pero no se aplica el control difuso por inaplicar el artículo 2 de la Ley 26641 que está vigente.

- **Exp. Nº 10840-2015 del Décimo Juzgado Penal de procesos penales con reos libres de Lima.**

Se dictó la resolución de fecha 21 de abril de 2017, que se señaló fechas para la diligencia de la declaración instructiva de los inculcados, bajo apercibimiento de ley en caso de inconcurrencia, que como es de verse de los actuados los inculcados fueron notificados en sus domicilios señalado en autos con el apercibimiento correspondiente, no habiéndose hecho presente en las fechas señaladas para la diligencia citada, siendo así que el numeral 205 y 210 del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo 125 preceptúa, que tratándose de reo con domicilio conocido o domicilio procesal señalado en autos será requerido para su concurrencia, bajo apercibimiento de ser declarado reo contumaz y ausente y de ordenarse su captura, en tal sentido, habiendo sido notificado los inculcados citados en su domicilio señalado en autos y no habiendo concurrido a la diligencia señalada, haciéndose efectivo

el apercibimiento decretado, se declara REO CONTUMAZ a CANCHARI YAUYO JHEFERSON ENRIQUE y SOTO YATACO ROLANDO GIANCARLO, impartíéndose las órdenes de ubicación y captura a nivel nacional .

En este caso, al no haber asistido para sus instructivas a pesar de ser válidamente notificados, se hizo efectivos los apercibimientos y fueron declarados reos contumaces, no aplicaron los jueces el control difuso al inaplicar el artículo 2 de la Ley de contumacia.

- **Exp. Nº 10668-2015 del Octavo Juzgado Penal para procesos con reos libres de Lima.**

Se dictó la resolución S/Nº de fecha 17 de mayo de 2017, que el inciso 12 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, norma la prohibición de la condena en ausencia, que en el dictamense acusó al inculpado por delito de omisión de asistencia familiar, queha sido notificado para que rinda su instructiva, bajo apercibimiento de ser declarado reo contumaz y ordenarse su inmediata ubicación y captura en caso de inconcurrencia, no habiendo cumplido con concurrir a la citada diligencia, no obstante haberse apersonado a la instancia mediante escrito de fojas 85, por lo que se hace efectivo el apercibimiento decretado, se RESUELVE DECLARAR REO CONTUMAZ al procesado JULIO CÉSAR FLORES HERNÁNDEZ. NOMBRESE: A la defensora pública asignada al Juzgado, quien deberá prestar el juramento de ley, OFICIESE a la Policía Judicial a efectos de que se proceda a la

inmediata ubicación, captura y conducción al Juzgado del encausado, reservándose el proceso hasta que sea habido.

En este caso se le cita al procesado para que rinda su instructiva sin embargo no asistió, por lo que se hizo efectivo su apercibimiento y se le declaró reo contumaz, pero no se aplicó el control difuso por inaplicar el artículo 2 de la Ley 26641.

- **Exp. 3199-2011 del Vigésimo Octavo Juzgado Penal – Reos en Cárcel de Lima**

Se dictó la resolución S/N de fecha 21 de junio de 2019 en la que el procesado presentó un escrito en el que interpone recurso de apelación al mandato de detención que tenía en su contra, el mismo que ha sido notificado debidamente de los actuados del proceso, incluso solicitó la variación al mandato de detención el que fue declarado improcedente y fue notificado al domicilio procesal señalado, sin interponer recurso impugnatorio, por lo que de conformidad con el artículo 121 A numeral 2 inciso a) y c) del Código de Procedimientos Penal, DECLARÓ REO CONTUMAZ al procesado JULIO ANTONIO SALAZAR LÓPEZ, disponiendo que se notifique al domicilio real y procesal que aparecen en autos, actualizando las orden de captura.

En el proceso indicado precedentemente, se aplicó la norma procesal y no la Ley 26641, esto es, se advierte el desuetudo del artículo 2 de la Ley 26641.

- **Exp. 00014-2017-5-5201-JR-PE-02 del Segundo Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria del Sistema Nacional Especializados en Delitos de Corrupción de Funcionarios.**

Se dictó la resolución N° 1 de fecha 22 de agosto del 2017 Auto que declara procedente declaración de contumacia en donde se aplica el artículo 79 CPP en su apartado 1 señala que: “El Juez, a requerimiento del Fiscal o de los demás partes, previa constatación, declarará contumaz al imputado cuando:(...)c no obedezca, pese a tener conocimiento de su emisión, una orden de detención o prisión(...)”.Asimismo señala el “Acuerdo Plenario N° 05-2006 del 13 de octubre del 2006 que establece que el contumaz en términos general, es el imputado que conoce de su condición del y que está o estará emplazado al proceso para responder por concretos cargos penales, y pese a ello deja de concurrir, se aparta voluntariamente del proceso (...)”. Del trámite efectuado a los requerimiento de prisión preventiva se pudo advertir que los imputados fueron asistidos por los abogados de elección , y durante la audiencia de apelación subrogaron a los que actuaron en primera instancia, lo que denota que tiene pleno conocimiento de la orden de prisión que pesa en contra de cada uno de ellos y no obstante se encuentran en calidad de no habidos, en clara desobediencia a la orden impartida incurriendo en el supuesto establecido en la ley e invocado por el Ministerio Público para que sean declarados reos contumaces. Declaró Fundado el requerimiento formulado por el representante del

Ministerio Público, en consecuencia, declárense REOS CONTUMACES a los investigados RAFAEL ENRIQUE SIGUAS DONAYRES y otros, notificándose al familiar que indicaron para que ratifique su defensa, bajo apercibimiento de designarse la defensa de oficio.

En el caso indicado se advierte que se declaró reos contumaces a los procesados, en mérito al artículo 79 del CPP, sin considerar la Ley 26641 ni fundamentarla.

- **Exp. 140-2019-1 del Sexto Juzgado Penal Unipersonal –
Flagrancia de la Corte Superior de Justicia de Lima.**

Audiencia de fecha 14 de noviembre de 2019 se advierte la incomparecencia del acusado, habiéndose cumplido con notificarlo a su domicilio real y a su celular, la Fiscal indica que se tenga por bien notificado y se continúe con la secuela de la audiencia, y la defensa pública no hace observación, mientras que la Juez señala que estando en audiencia única de juicio inmediato y siendo de dos fases, una de control de acusación hasta la emisión del auto de enjuiciamiento y no siendo necesaria la presencia del acusado para la primera fase se da inicio al juicio oral, se declara saneada la audiencia, se dictó el auto de enjuiciamiento, se admiten las pruebas y se dictó la resolución N° 3 en la misma audiencia en donde se DECLARA REO CONTUMAZ al acusado MARIO JESÚS CALIXTRO BAUTISTA (...)ORDENA su CONDUCCIÓN COMPULSIVA por medio de su UBICACIÓN Y CAPTURA

emitiéndose los oficios respectivos para su conducción y puesta a disposición de éste órgano jurisdiccional. SE RESERVA le proceso provisionalmente hasta que sea habido y puesto a disposición el acusado” e indica que la notificación será realizada vía telefónica a los celulares que mencionaron para llevar a cabo la audiencia.

En el caso indicado se advierte que se declaró reo contumaz al procesado ordenándose su captura, sin tener en cuenta que la Ley 26641 está vigente y no la aplicó sin hacer uso del control constitucional-el control difuso.

- **Exp. N° 1391-2019-1 del Sexto Juzgado Penal Unipersonal –
Flagrancia de la Corte Superior de Justicia de Lima.**

Audiencia de fecha 14 de noviembre de 2019 se advierte la incomparecencia del acusado, habiéndose cumplido con notificarlo, la Fiscal indica que se tenga por bien notificado y se continúe con la secuela de la audiencia, y la defensa pública no formula observación, mientras que la Juez señala que estando en audiencia única de juicio inmediato y siendo de dos fases, una de control de acusación hasta la emisión del auto de enjuiciamiento y no siendo necesaria la presencia del acusado para la primera fase se da inicio al juicio oral, se declara saneada la audiencia, se dictó el auto de enjuiciamiento, se admiten las pruebas y se dictó la resolución N° 3 en la misma audiencia en donde se DECLARA REO CONTUMAZ al acusado FABIO LUIS BARRIOS RIVERA
(...)ORDENA su CONDUCCIÓN COMPULSIVA por medio de su

UBICACIÓN Y CAPTURA emitiéndose los oficios respectivos para su conducción y puesta a disposición de éste órgano jurisdiccional. SE RESERVA le proceso provisionalmente hasta que sea habido y puesto a disposición el acusado” e indica que la notificación será realizada vía telefónica a los celulares que mencionaron para llevar a cabo la audiencia.

Este último caso, es similar al anterior, en que se declaró contumaz al imputado, ordenándose su conducción compulsiva por intermedio de su captura, reservándose el proceso. Sin embargo, no aplicó el artículo 2 de Ley 26641 que está vigente ni hace el control difuso para que sea inaplicable.

3.3.3.2. Sobre la suspensión de la prescripción

- **Exp. Nº 27106-2012 del Segundo Juzgado Penal de procesos penales con reos libres de Lima.**

Se emitió la Resolución de fecha 04 de setiembre de 2014 en la que se indica que se advierte que el encausado ha sido válidamente notificado para el pronunciamiento de sentencia como es de verse del cargo de notificación de SERNOT, no habiendo concurrido, al escrito presentado por el procesado no ha lugar a lo solicitado por carecer de sustento legal, no obstante haber sido debidamente notificado bajo apercibimiento de ser declarado reo contumaz, y que el referido procesado ha demostrado rebeldía al llamado judicial, al no asistir a las citaciones, evidenciando de esta manera su clara voluntad de rehuir al juzgamiento por su persistencia en su

inconcurrencia (artículo 1 del Decreto Legislativo 125); en ese sentido en la sentencia expedida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, Expediente número 3725-2005, de fecha 26 de octubre del 2005, en su sétimo considerando señala “Que al respecto desde una interpretación literal de la norma, persistirse define como mantenerse firme o constante en algo y sus sinónimos más cercanos son: durar, continuar, mantenerse, lo que supone por lo menos dos o más actos de inconcurrencia a juicio oral o diligencia a la que sea emplazado...”, lo que se demuestra el acusado en autos, en aplicación del artículo 210 del Código de Procedimientos Penales, del Decreto Legislativo N°125 y en aplicación del artículo uno de la ley 26641, declárese reo contumaz a ALI QUISPE LOAYZA y SUSPENDER LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN en el proceso que se le sigue, se RESERVA la causa hasta que se habido, sin perjuicio de llamársele mediante edictos a través del diario oficial “El Peruano”, se ORDENA la anotación de impedimento de salida del país del citado procesado. En este caso el procesado no concurre a las citaciones, se declara reo contumaz, se suspende los plazos de la prescripción y se reserva la causa, no se aplica el artículo 2 de la Ley 26641.

- **Exp. N° 626-2014. Del 13º Juzgado Penal de procesos penales con reos libres de Lima.**

Se dictó la Resolución S/N de fecha 5 de octubre del 2015 en la que atendiendo a que la procesada tiene conocimiento del

proceso, mediante la presentación de un escrito en la que solicita fecha para su declaración inductiva y que ha sido citada en reiteradas ocasiones a la Judicatura haciendo caso omiso al emplazamiento efectuado, en aplicación de lo previsto en el artículo 3º del Decreto Legislativo 125, artículo 205, artículo 210, concordante con los artículos 318 y 319 del Código de Procedimientos Penales, se DECLARASE REO CONTUMAZ A LA PROCESADA SUSANA YAEKO ARCINIEGA MATSUMOTO, en consecuencia ordenó la ubicación, captura y conducción al local del Juzgado, asimismo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 26641 suspéndase los plazos de la prescripción.

En este caso, la procesada fue citada para rendir su inductiva en varias ocasiones, presentó un escrito, teniendo pleno conocimiento del proceso, por lo que se hizo efectivo el apercibimiento se le declaró contumaz, se ordena la ubicación y captura, no se aplicó el artículo 2 de la Ley 26641 pero no se hizo el control constitucional.

- **Exp. Nº 7820-2013 del Décimo Tercer Juzgado Penal de procesos penales con reos libres de Lima.**

Se dictó la resolución del 31 de agosto del 2016 en la que se indica que de la revisión de los actuados se advierte que la imputada no ha concurrido a prestar su declaración inductiva, pese a haberse notificado en su domicilio real y procesal, en tal sentido debe

resolverse su situación jurídica y hacerse efectivo el apercibimiento dispuesto en la resolución y atendiendo Primero que el artículo 3º del Decreto Legislativo 125 señala taxativamente los casos en que el procesado debe ser declarado reo contumaz. Que en el presente caso la inculpada no ha concurrido a prestar su declaración instructiva pese a haberse agotado las diligencias necesarias para su ubicación y de haber cursado las respectivas notificaciones a su domicilio real conforme se desprende de los cargos de notificación, **DECLÁRESE REO CONTUMAZ** a la procesada Aydee Ylia Ccente García, debiendo oficiarse para su inmediata ubicación y captura a la División de Requisitorias de la Policía Judicial y poniéndose en conocimiento de la Oficina Distrital de Requisitorias y declarar la suspensión del plazo prescriptorio de la acción penal conforme a lo dispuesto en la parte in fine del artículo 1º de la Ley N° 26641.

En este caso, se le citó a la procesada para que rinda su declaración instructiva pero no acudió, por lo que se le declaró reo contumaz, se suspendió el plazo de la prescripción, pero no se aplicó el artículo 2 de la Ley 26641 y menos aún el control difuso.

- **Exp. 571-2019-1 del Juzgado Penal Unipersonal de Flagrancia, Omisión a la Asistencia Familiar y Conducción en Estado de Ebriedad o Drogadicción del Distrito de Santiago de Surco.** Se llevó a cabo la Audiencia única de juicio inmediato en el proceso signado con el N° 571-2019-1.

Audiencia de fecha 4 de noviembre de 2019 se registró a las 12:29 hrs” Juez: Estando a que se dio el tiempo prudencial de quince minutos y no habiéndose constituido el acusado, a pesar de encontrarse debidamente notificado conforme al requerimiento de acusación y al domicilio que consignara en la audiencia de incoación de proceso inmediato de fecha 26 de setiembre de 2019(...) asimismo se ha cumplido con notificar al domicilio que consignara en RENIEC(...); además se ha cumplido con llamar al teléfono (...) en una primera oportunidad solicitando tolerancia para llegar a la presente audiencia, después llamó quien refiere ser prima del acusado indicando que concurriría toda vez que se encuentra en el Callao; por lo tanto el acusado tiene perfecto conocimiento de la audiencia de hoy día, no habiéndose presentado ninguna justificación legal y siendo este un proceso inmediato; por lo que siendo así se hace efectivo el apercibimiento de la Resolución N° 01, de fecha 02 de octubre de 2019, por lo que se declara Reo Contumaz (...) Resolución Número Dos Estando a los fundamentos de hechos que se registran en audio SE DECLARA REO CONTUMAZ al acusado SADRAC TITO MORAN OTERIO (...) se ordena su inmediata ubicación, captura y conducción a nivel nacional (...) SE SUSPENDE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN CONFORME A LA LEY N° 26641 en sus artículos 1 y 2, disponiéndose el archivo provisional del presente proceso hasta que sea habido y conducido a esta judicatura”

Como se verifica se declaró contumaz al procesado, mencionando la Ley 26641 en sus artículos 1 y 2, suspendiéndose los términos de la prescripción que corresponden al artículo 1 de la citada Ley, pero no el artículo 2 que como es de nuestro conocimiento corresponde al delito de contumacia, por lo que no está fundamentada respecto al artículo 2 de la ley 26641.

CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN

4.1. Discusión y resultados de la investigación

4.1.1. Respecto a nuestra hipótesis principal

Consistente en: **“El delito de contumacia es inválido materialmente a la luz de la Constitución Política del Perú, al afectar garantías y principios rectores del Derecho penal.”** Se ha podido establecer que esta afirmación es correcta puesto que, se ha verificado que el delito de contumacia previsto en el artículo 2° de la Ley N° 26641- Ley de Contumacia - aún vigente vulnera las siguientes garantías y principios de orden constitucional:

Respecto al principio de legalidad penal: Específicamente la garantía de la ley penal cierta, entiéndase el “mandato de determinación” y a la indeterminación de la pena.

Como lo sostiene Roxin (1997) La prohibición de leyes penales y penas indeterminadas (*nullum crimen. nulla poena sine lege certa*). Un precepto penal que tuviera v.gr. el siguiente tenor: “el que infringiere el bien común de modo intolerable, será castigado con pena de prisión de hasta cinco años” convertiría en superfluos múltiples párrafos del Código penal de 1987, pero sería un precepto nulo, ya que no permite reconocer qué características a tener la conducta punible. La punibilidad no estaría “legalmente determinada” antes del hecho, sino que sería el juez quien tendría que fijar

qué conducta infringe el bien común de modo intolerable. Por tanto, la infinita multiplicidad de tipos penales (dentro y fuera del Código penal) es una consecuencia del principio de legalidad). Pero también son inadmisibles las penas totalmente indeterminadas. Así, sí, por ejemplo: se formulará así: “el que dañe o destruya antijurídicamente una cosa ajena, será castigado”, será anticonstitucional y nulo, ya que quedaría sin determinar legalmente qué pena y en qué cuantía se puede imponer (p. 141).

Se verificó que el delito de contumacia vulnera la ley penal cierta, por cuanto la conducta prohibida no será entendida por el ciudadano común a quién se dirige la norma penal, y la pena es indeterminada, al remitirse a la pena privativa de la libertad al proceso del cual era imputado y se le declaró contumaz.

Respecto al principio de lesividad u ofensividad: No existe una protección de un bien jurídico de relevancia penal.

Desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como antijurídica, es decir aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, solo será constitucionalmente (válida) si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad). Como resulta evidente, solo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental (Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente N° 0019- 2005-AI/TC de, fundamento jurídico 35).

En esta investigación se ha determinado que no existe bien jurídico como objeto de protección penal.

- Respecto al principio de proporcionalidad de penas: La indeterminación de la pena, al no fijarse el mínimo y máximo de la pena, sino remitirse a la pena que corresponde al delito por el que se le procesa y al no tener bien jurídico el delito de contumacia no resulta aplicable el principio mencionado; por cuanto la sanción debe guardar relación con el bien jurídico que se protege y con el daño que se hubiera ocasionado, los cuales como hemos mencionado en el tipo penal investigado no existen.
- Afectación al *ne bis in idem*: Con la declaración de contumacia y ordenarse la captura del contumaz, leyéndose su sentencia ya es sancionado; sin embargo, con el delito de contumacia se le sanciona nuevamente, por lo que existe afectación al *ne bis in ídem*.

Según Chunga (2013) la declaración judicial de contumacia tiene carácter constitutivo, puesto que desde el momento en que el juez se pronuncia por la procedencia de la solicitud de declaratoria de contumacia, el imputado adquiere la condición de "imputado contumaz" (...) la declaración judicial exige, a su vez tres requisitos:

La existencia de un proceso judicial (...) El conocimiento por parte del imputado de la existencia de dicho proceso (...) y la voluntad -cierta o presunta- de no apersonarse a dicho proceso (...) La norma que regula las consecuencias de la contumacia es

el artículo 79 del Código procesal penal, el cual indica que uno de los efectos de la misma es expedir las órdenes de “conducción compulsiva” en contra del imputado (...) Puede definirse como la medida coercitiva personal por la un sujeto procesal es trasladado ante el juez penal mediante la fuerza pública con el objeto de asegurar su presentación en juicio”. El Acuerdo Plenario Nro.5-2006 CJ/116 de las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en el segundo y tercer párrafo del considerando ocho señala que la declaración de contumacia entraña una intensificación de las medidas de coerciones personales” ,por lo que exige la expedición de una resolución judicial motivada para que se declare el estado de emergencia del imputado (...) y que a su vez se erige en condición necesaria para dictarlas medidas de coerción limitativas de la libertad del imputado (..) la consecuencia más importante de la constitución en contumaz es la expedición de órdenes de policiales de conducción compulsiva” (pp.237-243)

Resulta evidente que, con la declaración de contumacia del imputado, la conducción compulsiva de este y en algunos casos de la emisión de la sentencia, ya se les sancionó por no haberse presentado al juicio rehusando este; pero con la creación de un delito se le sanciona nuevamente para imputarle además el delito de contumacia, afectándose de esta manera el principio del *ne bis in ídem*.

- Afectación a la presunción de inocencia: Se trata al imputado como culpable del hecho imputado, quien tendría que demostrar que no ha actuado dolosamente o que no obstruyó la acción de la justicia.

Respecto a ello Roy (1998) señala que es una arbitrariedad, disfrazada con ropaje jurídico, conminar de la manera indicada a que un ciudadano, presumiblemente inocente según norma constitucional (Art. 2º Inciso 24, apartado “e”, soporte sumisamente la eventualidad de una condena a pena privativa libertad, y en caso de rehusarse a comparecer, considerarlo como autor de un insólito delito de contumacia (...). Resulta así, que un mismo hecho consistente en que el agente se sustraera la acción de la justicia, con el complemento se le “declare contumaz”, genera dos graves consecuencias jurídico- penales: la comisión de un nuevo delito y la suspensión de la prescripción penal. Es un principio propio del Derecho natural reconocerle a la persona que se sabe perseguida por la justicia, la posibilidad de eludir su detención y juzgamiento valiéndose de un medio tan elemental y a su alcance como es el sustraerse a “la acción de la justicia”, sin que la tal decisión haga suponer al menor su responsabilidad en los hechos investigados” (pp. 106-107).

Ello implica que, con el delito de contumacia se vulnera el principio de presunción de inocencia para el imputado quien tiene la condición del

sospechoso en el primer delito en el que está siendo juzgado; sin embargo, al imputarse la comisión de otro delito se vulneró dicho principio, por cuanto se da un tratamiento al procesado contumaz por un delito, obviándose al representante del Ministerio Público para que actúe conforme a sus atribuciones.

4.1.2. Al advertirse la invalidez material de este tipo penal

Ya que, claramente vulnera los principios y garantías de orden constitucional establecidas en líneas anteriores, correspondería el control constitucional jurisdiccional; sin embargo, en cuanto al control concentrado se ha podido establecer su improcedencia, dado que habría operado el plazo de prescripción para la acción de inconstitucionalidad según está previsto en el artículo 100 del Código Procesal Constitucional y quedaría abierto el control constitucional difuso habilitado por el artículo 138° de la Constitución Política del Perú.

4.1.3. En el análisis de la jurisprudencia

Efectuado en la Justicia Constitucional y Ordinaria se han establecido los siguientes resultados:

Instancias jurisdiccionales analizadas	Invocación del artículo 2° de la Ley N° 26641 – Ley de Contumacia	Inaplicación por control constitucional difuso del artículo 2°
Tribunal Constitucional (08)	Una resolución	Ninguna inaplicación
Salas Penales y Constitucionales de la Corte Suprema (07)	Cinco resoluciones	Cinco resoluciones

Salas Penales Superiores (03)	Ninguna resolución	Ninguna inaplicación
Juzgados Especializados (26)	Una resolución	Ninguna inaplicación

Se puede apreciar en los casos analizados que, no existió más que cinco resoluciones dictadas en las Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República en donde invocan el artículo 2° de la Ley 26641 – Ley de Contumacia- que aprueban cinco resoluciones en Consulta la inaplicación por control constitucional difuso el artículo 2° de la Ley invocada.

Por otra parte, en el Tribunal Constitucional en una sola resolución hizo referencia al delito de contumacia, pero no se hace ningún análisis sobre su inconstitucionalidad.

También en un solo expediente de un Juzgado especializado se emitió una resolución como se ha detallado se invocó el artículo 2 de la Ley 26641, pero no existió fundamentación ni mucho menos la inaplicación por control constitucional difuso del artículo 2 de la acotada Ley de contumacia.

4.1.4. Interpretación de resultados

Se ha establecido que la aplicación del artículo 2 de la Ley N° 26641 es prácticamente inexistente en nuestro país, del total de resoluciones jurisdiccionales analizadas (54) solo en 05 se ha inaplicado el delito de contumacia y considerado el artículo 2° de la Ley de contumacia

que tipifica el delito de contumacia, entonces se puede advertir claramente que es una disposición que no se usa en el sistema jurídico nacional; sin embargo, está vigente.

Por ejemplo: Del total de resoluciones judiciales de primera instancia (26) solo se ha mencionado este artículo en una resolución; sin embargo, no se sustentó ni se aplicó.

Según afirma Coaguila (2018) desde el ámbito penal el caso García (como se le conoce a esta ley) ha merecido diversas opiniones de especialistas en la materia; por un lado, un grupo de lo que consideran que debido a la naturaleza sustancial de la Ley de Contumacia se trata de una norma inaplicable constitucionalmente (...).

Cabe mencionar que la Ley de contumacia no se pudo aplicar al expresidente Alan García Pérez por vulnerar normas constitucionales y legales, tal y como se señaló en el Informe N° 83/00 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 19 de octubre del 2000 como se ha indicado.

4.1.5. Verificación de las Hipótesis Secundarias

4.1.5.1 Verificación de la primera Hipótesis: A partir de la verificación establecida en el punto anterior se puede determinar que nuestra hipótesis consistente en: “El desuetudo normativo no es el mecanismo apropiado para expulsar del sistema normativo una norma

que adolece de validez material sino más bien su control constitucional.”, es válida, puesto que pese a los años que tiene vigente el artículo 2 de la Ley N° 26641 no tiene una aplicación que correspondería a la cantidad de casos en los que se declara la contumacia en los procesos penales; sin embargo, verificado el desuetudo, se establece en nuestro sistema jurídico que una Ley solo se deroga por otra Ley, por lo que las únicas alternativas posibles sobre este tipo penal son: La inaplicación por control difuso o la derogación expresa de este tipo penal.

4.1.5.2 Verificación de la segunda Hipótesis:

Se puede advertir por la vulneración de los principios y garantías constitucionales que explicamos en cuanto a que el legislador peruano en este caso en particular no siguió una adecuada técnica legislativa para la creación del delito de contumacia, razón por la cual generó problemas de aplicación en nuestra realidad.

En este marco, coincidimos con Díez (2013) que es necesario garantizar un espacio legitimatorio propio a la racionalidad legislativa, a la racionalidad a la hora de argumentar y decidir por parte del legislador, referente material éste que no resulta cubierto necesariamente por el principio democrático, más centrado en una aproximación dinámica u operacional al debate legislativo que en un acercamiento prescriptivo a la localidad de la argumentación. Y que poca duda debe haber, sin

embargo, de que su ausencia repercute negativamente en el proceso de formación de la voluntad colectiva. La incorporación de este parámetro material al instrumental de control formal de la constitucionalidad de las leyes permitirá ver los vicios del procedimiento legislativo bajo una luz distinta y complementaria de la que suministra el principio democrático, y es de esperar que coadyuve a un mayor rigor en la evaluación de ciertos defectos del procedimiento. (p.256).

Siendo así, se verifica también que, al momento de elaborar la ley de contumacia no se siguió la racionalidad legislativa, que fuera motivada con fines de una política-criminal basada en los principios constitucionales y penales con arraigo constitucional; siendo coherente con la realidad social, así como sus posibles consecuencias.

En suma, esta hipótesis queda corroborada por dos situaciones: 1. La escasa mención del artículo 2 de la Ley N° 26641 en las resoluciones jurisdiccionales que regularmente cuando utilizan este artículo solo se limitan a mencionarlo, pero sin un sustento suficiente, y 2. El control constitucional difuso que se realiza cuando se observa la contrariedad de esta norma con principios y garantías de la Constitución.

Por ello, concordamos con Rojas (2008) cuando señala que quienes se hallan encargados de proyectar, diseñar la política

criminal del Estado deben tomar conciencia que son fuente productora de legalidad, en suma, de derecho, y que para ello existen principios que informan nuestro sistema jurídico que no pueden ser omitidos, soslayados o cuestionados abierta o sutilmente. (p.122).

Así, en esencia en este caso, la labor del legislador no respetó los principios constitucionales detallados en la presente investigación y por ello se dio el control constitucional difuso por algunos jueces.

CONCLUSIONES

1. Se verifica que el artículo 2 de la Ley 26641 que crea el delito de contumacia, no es compatible con las garantías materiales y procesales de la Constitución, toda vez que vulnera el principio de legalidad penal, principio de lesividad u ofensividad, proporcionalidad de la pena, la presunción de inocencia y *el ne bis in ídem* respectivamente.
2. El delito de contumacia es inválido materialmente a la luz de la Constitución Política del Estado, al afectar garantías y principios rectores del Derecho Penal.
3. La investigación nos permite inferir que el delito investigado está vigente; sin embargo, no es aplicado por los jueces, quienes hace años han dejado de aplicar el control difuso para inaplicar el artículo 2° de la Ley N° 26641, elevando en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República como inicialmente lo hacían en pocos casos, como se ha podido apreciar en las resoluciones analizadas.
4. Asimismo, en la jurisprudencia se aprecia que los jueces declaran reo contumaz, ordenan la captura del procesado que no acude a las audiencias, en algunos casos reservan el juzgamiento y en pocos casos suspenden los términos de la prescripción. En consecuencia, no existe uniformidad de criterio para resolver sobre la contumacia y

menos aún aplican el artículo 2 de la Ley N° 26641 que es materia de la presente investigación.

5. En ese contexto, se evidencia el desuetudo en los últimos años, no siendo el mecanismo apropiado para eliminar este tipo penal vigente, sino es necesario un pronunciamiento expreso por parte de los magistrados sobre la validez de este tipo penal y el control constitucional que deben ejercer en el ejercicio de su facultad jurisdiccional.
6. El delito de contumacia es inconstitucional; sin embargo, al haber operado los 6 años para presentar la acción de inconstitucionalidad; por lo tanto, solo procede el control constitucional a través de los jueces que resuelven el caso en concreto sobre un procesado contumaz, en mérito al artículo 138 de la Constitución Política del Perú, lo que conllevará la consulta ante la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
7. En este caso, el legislador peruano no siguió una adecuada técnica legislativa, puesto que correspondía antes de adoptar esta medida realizar un examen racional sobre su constitucionalidad a la luz de las garantías materiales y procesales descritas de nuestra Constitución y evitar lo que han quedado evidenciado, que es su ineficacia legal.

RECOMENDACIONES

1. Se plantea la derogación del artículo 2° de la Ley N° 26641 que tipifica el delito de Contumacia, por las siguientes razones:
 - a) Por ser una norma contraria a las garantías materiales y procesales de la Constitución Política del Estado.
 - b) Por la inaplicación que se realiza en los casos concretos por vía del control difuso judicial y la verificación del desuetudo normativo, esto es, la ausencia de aplicación en los casos penales con contumaces.
2. Se recomienda además que el legislador debe tener una técnica legislativa que no solo se preocupe del cumplimiento de aspectos formales y procedimentales, sino que necesariamente implique un examen previo de constitucionalidad de las medidas que se deban adoptar, de modo que exista un control preventivo que evite más adelante los problemas que se presentaron con esta disposición.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abanto, M. (2007). Acerca de la teoría de la protección de bienes jurídicos, en Modernas tendencias de la dogmática penal y política criminal, Libro homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez. Lima, Perú: IDEMSA.

Alexy, R. (2002). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, España: Centro de estudios políticos y constitucionales.

Alvarado, J. (2019). La Declaratoria de contumacia interrumpe los plazos prescriptorios más no la suspensión de estos. Tesis para obtener el título de abogado. Universidad privada Antenor Orrego. Lima, Perú.

Avellaneda, L. (2019). La contumacia en el proceso inmediato. Tesis de maestría. Universidad Nacional Federico Villarreal, Lima, Perú.

Alzamora, M. (1987). Introducción a la ciencia del derecho. (10ª ed.) Lima, Perú: Eddili.

Andrés, P. (2007). Justicia Penal, derechos y garantías. Lima, Perú: Palestra-Temis.

Bacigalupo, E. (1989). Manual de Derecho penal. Parte general. Bogotá, Colombia: Temis.

Bacigalupo, E. (2004). Derecho penal. Parte general. Lima, Perú: ARA Editores.

Baytelmany, A y Duce, J. (2005). Litigación penal, juicio oral y prueba. México: Editorial Fondo de Cultura Económica.

- Bernales, E. (1996). La Constitución 1993. Análisis comparado. Lima, Perú: ICS Editores.
- Bustos, J. (1994). Manual de Derecho penal, Parte general. (4ª ed.). Barcelona, España: PPU.
- Bustos, J. y Hormazábal, H. (1997). Lecciones de Derecho penal. Vol. I, Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena. Madrid, España: Trotta.
- Cabanellas, G. (1983). Diccionario jurídico elemental. Buenos Aires, Argentina: Editorial. Heliasta.
- Calderón, A. (2014). Acuerdos Plenarios en materia penal, General, Especial, Procesal y Ejecución. Lima, Perú: EGACAL.
- Calderón, A. (2004). Derecho Procesal Penal. Lima, Perú: EGACAL.
- Caro, J. (2010). Normativismo e imputación jurídico – penal. Estudios de Derecho penal funcionalista. Lima, Perú: ARA editores.
- Carrión, J. (1999). La ausencia en lo Civil y en lo penal. Lima, Perú: Editorial San Marcos.
- Caro, J. (2007). Diccionario de Jurisprudencia Penal. Lima, Perú: Grijley.
- Castillo, L. (2005). Los Derechos constitucionales- Elementos para una teoría general-, Colección de tesis y monografías en derecho. (2ª ed.) Lima, Perú: Palestra editores.
- Creus, C. (1992). Derecho Penal Parte General. (3º. Ed.) Buenos Aires: Argentina, Editorial Astrea.
- Cury, E. (1988.). La ley penal en blanco. Bogotá, Colombia: Temis.

Chanamé, R. (2,000). Diccionario de Derecho Constitucional. Lima, Perú: Praxis S.R.L.

De Páramo A, J. (1984). La Teoría Analítica del Derecho. Madrid, España: Centro de estudios constitucionales.

Díaz, S. (2018). La interrupción del plazo prescriptorio como efecto de la declaración de contumacia. Tesis de maestría. Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, Lima, Perú.

Díez, J. (2013) La racionalidad de las leyes penales. Madrid, España: Editorial Trotta.

Enciclopedia jurídica OMEBA Dere-Diva- (1990) Tomo VIII. Buenos Aires, Argentina: DRISKILL S.A.

Esparza, I. (1995). El principio del proceso debido. Barcelona, España: Bosch.

Espaza (2005). Diccionario de la lengua española – Real Academia Española-, T.VII, (22ª ed.) Lima, Perú: Quebecor World.

Ezaine, A. (1983). Diccionario de Derecho penal. (6ª ed.), Chiclayo, Perú: Ediciones jurídicas Lambayeque.

Faúndez, H. (2004). El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. (3ª ed.) San José Costa Rica: IIDH Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Fernández, F. (1992). El Sistema Constitucional Español. Madrid, España: Dykinson.

Flores, P. (1987). Diccionario de términos jurídicos. Vol. 1. Lima, Perú: Marsol Perú Editores.

Ferreira, F. J. (1985). Delitos contra la administración Pública. Colombia: Editorial TEMIS.

García, V. (2008). Los Derechos Fundamentales del Perú. Lima, Perú: Jurista Editores.

García, D. (2009). Diccionario en Jurisprudencia Constitucional. Lima, Perú: Grijley.

Garrone, J. (2005). Diccionario Jurídico. Tomo II. Buenos Aires, Argentina: Lexis Nexis.

Gimeno, V. Derecho procesal penal. (2ª ed.). Madrid, España: Colex.

Gimeno, V. y Doig, Y. (2005). El Derecho de defensa. En: El nuevo proceso penal. Estudios Fundamentales. Lima, Perú: Palestra.

Gimeno, V./Tourón, C./Garberí, J. (2000) Los procesos penales, Comentarios de la Ley de enjuiciamiento criminal, con formularios y jurisprudencia. T IV. Barcelona, España: Bosch.

Guerrero, D. (2018). La Constitucionalidad de la Prescripción de la Contumacia en la Ley 26641. Tesis de maestría. Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Lima, Perú.

Hormazábal, H. (1991). Bien Jurídico y estado social y democrático de derecho. Barcelona, España: PPU.

Horvitz, M., López M. Derecho procesal penal chileno. (2007) T. 1, Santiago de Chile, Chile: Editorial jurídica de Chile.

Huerta, J. (2019). Derecho al debido proceso y declaratoria de contumacia en los acusados por los juzgados penales unipersonales de Tarapoto del 2010-2014. Tesis de maestría. Universidad César Vallejo. Lima, Perú.

Hurtado, J. (2011). Manual de Derecho penal, Parte General. Tomo I, Lima, Perú: IDEMSA.

Jakobs, G. (1997). Derecho penal. Parte general, fundamentos y teoría de la imputación. Trad., Cuello, J., Serrano, J. (Universidad de Extremadura) (2ª ed.). Madrid, España: Marcial Pons, ed. Jurídicas.

Jakobs, G. (2001). La imputación objetiva en derecho penal. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Lima, Perú: Grijley.

Jakobs, G./Polaino, M. (2007). Las condiciones de juridicidad del sistema penal: Derecho penal del enemigo y concepto jurídico- penal de acción en una perspectiva funcionalista. Lima, Perú: Grijley.

Jakobs, G. /Polaino, M. /Polaino, M. (2010). Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social. Lima, Perú: ARA editores.

Jescheck, H. (1993). Tratado de Derecho penal. Trad. Del Dr. Manzanares, J. (4ª ed.). Granada, España: Comares.

Kelsen, H. (1987). Teoría pura del derecho. Lima, Perú: Ediciones Wisla.

Maier, J. (2003). Derecho procesal penal. Parte general. T.II, Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.

Mantovani, F. (2015). Los Principios del Derecho Penal. Lima, Perú. Editorial Ediciones Legales.

Manzini, V. (1953). Tratado de Derecho procesal penal. Trad. de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin, T.IV, Buenos Aires, Argentina: Ediciones jurídicas Europa- América Chile 2970.

Maurach, R. (1994). Actualizada por ZIPF, Heinz, Derecho penal. Parte general. Vol. 1, Buenos Aires, Argentina: Trad. De la 7ª ed.

Alemana por Bofill Genzsch, Jorge y Aimone Gibson, Enrique, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

Meine, I. (2007). "Notas sobre el derecho penal del enemigo y los derechos humanos", en cit., por "Los Caminos de la justicia penal y los derechos humanos, Lima, Perú: IDEHPUCP Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Mir Puig, S. (2016). Derecho Penal Parte General. (10 ed.) Buenos Aires, Argentina: Edit. IB del Montevideo.

Montero, Juan, Ortells, M., Gómez, J., Montón, A. (1996). Derecho jurisdiccional. T.III. Barcelona, España: José María Bosch Editor.

Muñoz, F. y García, M. (2007). Derecho penal. Parte general. (7ª ed.) Valencia, España: Tirant Lo Blanch,

Pozo, J. (2005). Manual de Derecho penal. Parte general. (3ª ed.) Lima, Perú: Grijley.

Pozo, J. (1987). Manual de Derecho penal. Parte general. (2ªed.) Lima, Perú: EDDILI.

Peña, F. (2014). Derecho Procesal Penal. Sistema acusatorio, Teoría del caso y técnicas de litigación oral. Tomo I. (2º ed.) Lima, Perú: Editorial Rhodas.

Prado, V. (1996). Todo sobre el Código penal. T I. Lima, Perú: Notas y comentarios IDEMSA, Moreno.

Quispe, A. (2017). El juzgamiento y condena del contumaz en el Nuevo Código Procesal Penal de 2004. Tesis para optar el título de abogado. Universidad Nacional del Altiplano. Lima, Perú.

- Rosas, J. (2009). Manual de derecho procesal penal con aplicación al Nuevo proceso penal. Lima, Perú: Jurista editores.
- Roy, L. (1998). Causas de extinción de la acción penal y de la pena. (2ªed.). Lima, Perú: Grijley.
- Roxin, C. (2000). Derecho procesal penal. Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor revisada por Julio Mayer. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- Roxin, C. (2004). Problemas actuales de la dogmática penal. Trad., de Abanto Vásquez Manuel. Lima, Perú: ARA editores,
- Rubio, M. (2008). Aplicación de la norma jurídica en el tiempo. Lima, Perú: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rubio, M. (2007). El Sistema jurídico- Introducción al Derecho. (9ª ed.) Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica.
- San Martín, C. (2003). Derecho procesal penal. Vol. 1. (2ª ed.), Lima, Perú: Grijley.
- San Martín, C. (2005). El control constitucional de la subsunción normativa realizada por la jurisdicción penal ordinaria. Ponencia presentada en el primer Seminario del Centro de Estudios Constitucionales “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia penal, con especial referencia a los delitos de corrupción de funcionarios”. Lima, Perú: Centro Cultural PUCP.
- Sar, O. (2004). Constitución Política del Perú, Lima, Perú: Nomos&Thesis.

- Schünemann, B. (2007). El Derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos. Bogotá, Colombia: Universidad Externado.
- Soto, S. (2003). La protección penal de los bienes colectivos en la Sociedad Moderna, Reacciones ante la protección penal de nuevos bienes jurídicos colectivos. Granada, España: Comares Parte II.
- Soto, E. (2015). La condición de contumaz, la suspensión de la prescripción y la carga procesal en el Distrito Judicial de Ucayali, 2011-2012. Tesis de maestría. Universidad Nacional Hermilio Valdizán. Lima, Perú.
- Superti, H. (1998). Derecho procesal penal. Temas conflictivos. Rosario, Argentina: Juris.
- Tambini del Valle, M. (1987). Los Derechos Humanos en el Perú. Lima, Perú.
- Talavera, P. (2004). El Nuevo Código procesal penal. Lima, Perú: Grijley.
- Tirado, J. (2008). El control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la Administración Pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima, Perú: Grijley.
- Torres, A. (1999). Introducción al derecho. Teoría general del derecho. Lima, Perú: Palestra editores.
- Vescovia, E. (1984). Teoría General del proceso. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Villa Stein, J. (2008). Derecho penal. Parte general. (3ª ed.) Lima, Perú: Grijley.

Villavicencio, F/Reyes, V. (2008). El Nuevo Código procesal penal en la jurisprudencia, Lima, Perú: Gaceta jurídica.

Villavicencio, F. (2006). Derecho penal. Parte general. Lima, Perú: Grijley.

Welzel, H. (2003) Estudios de derecho penal. Trad., por Gustavo Aboso y Tea Löw, Montevideo, Buenos Aires, Argentina: IB de F.

Zaffaroni, R. (2005). En torno de la cuestión penal. Buenos Aires, Argentina: B de f, Montevideo.

Zaffaroni, E. (2006). Manual de Derecho Penal. Parte General. (2 ed.). Buenos Aires, Argentina: B de f, Montevideo.

REFERENCIAS HEMEROGRÁFICAS

Cabrera, A. (2013). Estudios sobre Derecho Penal y Procesal Penal. Normas legales. (1° Ed). Gaceta jurídica, Lima, Perú.

Córdova, R. R. (2014). Contumacia y conducción compulsiva en el sistema procesal peruano. Gaceta Penal y Procesal Penal. T (63), 199-208.

Cuadernos de Política Criminal (2004). Segunda época. Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, II, N° 83 Madrid, España: CESEJ.

Chunga H.L. (2013) La contumacia y la conducción compulsiva en el proceso penal. Gaceta Penal y procesal Penal. Tomo (48), 233-245.

Derechos Humanos Recopilación de instrumentos internacionales. Vol.1 (Primera parte) Instrumentos de carácter universal. Publicación de las Naciones Unidas. Número de venta: S.94.XIV.1 (Part 1).

Derecho Internacional de los Derechos Humanos (2004) Manual para Magistrados y Auxiliares de Justicia, Lima, Perú: Academia de la Magistratura.

Coaguila Valdivia, J.F. (2008). Jean Valjean, reo contumaz La suspensión de los plazos de prescripción en el proceso penal peruano a partir de la novela de Víctor Hugo. Actualidad jurídica Gaceta jurídica, Tomo (170), 385-398.

Hernández, C. (2009). Declaración del imputado, derecho de defensa y contumacia en cit., por Actualidad jurídica en Gaceta Jurídica, T. (185).

Higa, S.C. Derecho a la Presunción de Inocencia Desde un Punto de Vista Constitucional. Derecho & Sociedad (40), 113-119.

Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional (2002). Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Coordinadores Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 99, México, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Justicia Constitucional (2005). Revista de Jurisprudencia y Doctrina, Año I, N° 2, agosto- diciembre.

Laurence C.H. (2013). La contumacia y la conducción compulsiva en el proceso penal. Gaceta Penal & Procesal Penal T. (48), 223-245.

Prado, V. La Reforma Penal en el Perú y la Determinación Judicial de la Penal. Revista Derecho y Sociedad (N°32), 228-242.

Rojas, F. (2008). La racionalidad de las normas penales a propósito del control político constitucional y la Re visibilidad de los Decretos Legislativos N°s. 982 al 992. Gaceta Jurídica T (175), 117-122.

Rubio, M. (2005). La vigencia y validez de las normas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: En: Themis, Revista de derecho. (N°51).

San Martín, C. (2004). La Reforma del Proceso Penal Peruano. Anuario de Derecho penal. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 27-68.

Tribunal Constitucional (2006), Centro de Estudios Constitucionales,
Jurisprudencia y doctrina penal constitucional, 2º Seminario. Lima,
Perú: Palestra.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

Chunga H.L. (2012) La contumacia en el Nuevo Código Procesal Penal. En *ITA IUS Esto*. Revista de Estudiantes, Universidad de Piura, Año IV, N°7. Recuperado de http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/12/7_5Chunga-Hidalgo.pdf>

Romero, C. (2001). Corte Suprema declara inaplicable Ley de Contumacia y acata recomendaciones de la CIDH. Recuperado de <https://larepublica.pe/politica/> ,1-2.

Valle R.J. (2019). Jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Expreso. Recuperado de <https://www.expreso.com.pe/opinión/javier-valle-riestra/jurisprudencia-de-la-comisión-interamericana-de-derechos-humanos/>, 1-2.

ANEXOS:

En la CASACIÓN N° 627-2018 -AREQUIPA- “La suspensión de los plazos prescriptorios por declaratoria de contumacia bajo el Código Procesal Penal. No resulta adecuado ni racional mantener la suspensión de la acción penal por contumacia para los casos seguidos con el Código Procesal Penal de 2004, porque dicho efecto fue específicamente establecido para evitar que los procesados rehuyeran la justicia bajo las reglas del Código de Procedimientos Penales de 1940; además, porque lo contrario conllevaría a prolongar irracionalmente los plazos de la acción penal a límites inverosímiles que fueron extendidos con los efectos de la formalización de la acción penal”.

Se dictó el 10 de octubre del 2019 en cuyo fundamento 18° señala: “(...) aunque consideramos que las leyes de contumacia (entre ellas la Ley número 26641 dada tras la incorporación de la garantía constitucional de no ser condenado en ausencia derivan directamente de la propia Constitución Política del Perú (por interpretación auténtica) y no del C. de P.P, no es menos cierto que aquellas sirvieron (y aún sirven) de manera específica para complementar a los procesos seguidos con el viejo modelo procesal. Por ende, a pesar de que la Sala Superior señaló lo contrario, empero, arribó a la misma conclusión que esta Corte Suprema en los considerandos precedentes. En consecuencia, se deberá declarar Infundado el recurso de casación interpuesto por el titular de la acción penal y rechazar su pretensión casacionista al no verificarse vulneración alguna en la aplicación o interpretación de la ley penal ni conexas: además, por guardar relación con el numeral 1, de la 3°disposición derogatoria del CPP de 2004 que señala que en virtud de su vigencia queda derogado, entre otros, el C. de P:de 1940 sobre el cual rige la necesidad de la suspensión de la acción por declaratoria de contumacia, por lo que para el caso de autos existe un derogatoria de tales normas y efectos sobre las causas seguidas con el presente modelo procesal de 2004. (...) DECLARARON INFUNDADA la casación interpuesta por el fiscal superior y en consecuencia NO CASARON el auto de vista del 20-03-2018, que confirmó la resolución del 13-11-2017 que declaró fundada la excepción de prescripción de la acción penal a favor de la procesada Delma Chariarse Bocángel, en la investigación seguida en su contra por el delito de receptación aduanera, en perjuicio del Estado- SUNAT”.

En el mencionado caso, los magistrados de la Sala Penal Permanente de la instancia suprema, declararon Infundada la casación y no casaron el auto de vista que confirmó la resolución del 13-11-2017 que declaró fundada la excepción de prescripción de la acción penal incoada contra la encausada, al no presentarse vulneración en la interpretación de la ley penal ni conexas y porque guarda relación con el numeral 1 de la 3° disposición derogatoria del CPP de 2004 que indica que en mérito de su vigencia queda derogado entre otros el C. de P.P de 1940 sobre el cual se rige la necesidad de la suspensión de la acción penal por declaratoria de contumacia, considerándose una derogatoria de las normas y efectos sobre los procesos que se siguen con el modelo procesal de 2004.

Acuerdo Plenario N° 5-2006/CJ-116

Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

Declaración de Contumacia en la Etapa de Enjuiciamiento. Presupuestos Materiales.

13 de octubre del 2016.

Se establece como reglas de valoración en las etapas de juicio oral en las que se señalan en los párrafos 7 al 13, sistematizado en el 14, constituyendo precedentes vinculantes.

La declaración de reo contumaz no constituye una facultad discrecional de la Sala Penal Superior, sino que requiere del cumplimiento de presupuestos procesales como el correcto emplazamiento al acto oral bajo apercibimiento de la declaración de contumacia, luego en la segunda citación y de persistir en la inconcurrencia voluntaria recién se dictará el auto de contumacia y se actuará de conformidad a lo previsto en el artículo 139° del C. de P.P.

Un Juez recusado o con pedido de inhibición del representante del Ministerio Público, una vez que acepta iniciar el trámite respectivo, no puede dictar una medida limitativa de la libertad como consecuencia de un acto de contumacia al margen de las normas que regulan la recusación y la inhibición o excusa de los magistrados.

Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116

VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República. Asunto: Prescripción: problemas actuales.

16 de noviembre del 2010.

Se establece en el artículo 339.1 del CPP que la formalización de la investigación preparatoria suspende los plazos de prescripción de la acción penal, situación que difiere de la apertura de instrucción regulada por el C. de P.P. de 1940, que no tenía ningún efecto legal sobre la acción penal. El que se aplique esta disposición no vulnera el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas. No contradice los artículos 83 y 84 del código penal. El plazo de suspensión del proceso se produce de acuerdo a lo previsto en la ley.

Debe ser limitada, por lo que el plazo de suspensión no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad del citado plazo.

Se establece como doctrina legal los criterios establecidos en los fundamentos jurídicos 12 al 32.

Acuerdo Plenario N° 3-2012/2012/CJ-116

I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal de los Jueces Supremos de lo Penal integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Asunto: Sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339 ° .1 del CPP 2004.

26 de marzo del 2012

Se establece un límite temporal para la duración de la suspensión de la prescripción de la acción penal, generada por la Formalización de la Investigación preparatoria,

Se acordó establecer como doctrina legal los criterios establecidos en los fundamentos jurídicos 6 al 11.

Se dieron los dos Acuerdos Plenarios mencionados que establecieron como doctrina jurisprudencial vinculante que: a) La aplicación de que se haya regulado no vulnera el derecho fundamental imputado a un proceso sin dilaciones indebidas, b) No contradice los artículos 80 y 84 del C.P. por ser situaciones distintas que regulan supuestos de suspensión y c) Debe ser limitada, por cuanto el plazo de suspensión no puede

prolongarse más del tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo.

DELITO DE CONTUMACIA POR DISTRITOS JUDICIALES EN EL PAÍS

N°	Departamento	Corte Superior de Justicia	Juzgado o Sala Superior			Corte Suprema de Justicia de la República Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
			N°	Delito imputado	Sentencia o Auto	
1	SAN MARTIN	Corte Superior de Justicia de San Martín	1° Juzgado Mixto Penal Liquidador de Rioja	Contumacia	Sentencia	-CONSULTA N° 12730-2015 SAN MARTIN 23-03-2016 -Se absolvió a los imputados César Medina Vásquez y Luis Gónzaga Segovia Delgado como autores del delito de contumacia en agravio del Estado. - Consulta inaplicar el artículo 2 de la Ley N° 26641, por control difuso. Conclusión: APROBARON la sentencia, que resolvió inaplicar para el caso concreto el artículo 2 de la Ley N° 26641, sin afectar su vigencia.
2	AMAZONAS	Corte Superior de Justicia de Amazonas	Sala Penal Liquidadora Transitoria de Chachapoyas	Contumacia	Resolución	-CONSULTA N° 4127-2011 AMAZONAS 22-12-2011 -Se inició proceso penal contra Jhonny Yalta Zumaeta por el delito de Contumacia en agravio del Estado. -Consulta inaplicar el artículo 2 de la Ley N° 26641, por control difuso. Conclusión: APROBARON la resolución consultada de fecha 01 de abril del 2011 que declara inaplicable el artículo 2 de la Ley N° 26641
3	AREQUIPA	Corte Superior de Justicia de Arequipa	Juzgado Penal Liquidador de Camaná	Contumacia	Fundada la Excepción de Naturaleza de Acción	-CONSULTA N° 4201-2011 AREQUIPA 22-12-2011 -Se inició proceso penal contra Víctor Juan Pari Condori por el delito autónomo de Contumacia en agravio del Estado al haber inaplicado al caso el artículo 2 de la Ley N° 26641. -Consulta inaplicar el artículo 2 de la Ley N° 26641, por control difuso. Conclusión: APROBARON la resolución consultada de fecha 17 de junio del 2011 que declara inaplicable el artículo 2 de la Ley N° 26641.

4	AREQUIPA	Corte Superior de Justicia de Arequipa	Juzgado Penal Liquidador de Camaná	Contumacia	Resolución	-CONSULTA N° 3405-2011 AREQUIPA 13-12-2011 -Se inició proceso penal contra Tomasa Panuera Valdivia y otra por el delito de contumacia en agravio del Estado, al haber inaplicado al caso el artículo 2 de la Ley N° 26641. -Consulta inaplicar el artículo 2 de la Ley N° 26641, por control difuso. Conclusión: APROBARON la resolución consultada de fecha 31 de mayo del 2011 que inaplicó el artículo 2 de la Ley N° 26641.
5	AREQUIPA	Corte Superior de Justicia de Arequipa	Juzgado Penal Liquidador Transitorio de Camaná	Contumacia	Resolución que declara fundada de oficio la excepción de naturaleza de acción	-CONSULTA N° 1523-2011 AREQUIPA 09-06-2011 -Se inició proceso penal contra Jorge Cuyo Merma por el delito de contumacia en agravio del Estado, al haber inaplicado al caso el artículo 2 de la Ley N° 26641. -Consulta inaplicar el artículo 2 de la Ley N° 26641, por control difuso. Conclusión: APROBARON la resolución consultada de fecha 27 de setiembre del 2010, que declara inaplicable al caso el artículo 2 de la Ley N° 26641, sin afectar su vigencia.
6	AREQUIPA	Corte Superior de Justicia de Arequipa	Juzgado Liquidador Penal Transitorio de Camaná	Contumacia	Resolución	-CONSULTA N° 1522-2011 AREQUIPA 09-06-2011 -Se inició proceso penal contra Rufino Alejandro Mayta Mamani por el delito de Contumacia en agravio del Estado, al haber inaplicado al caso el artículo 2 de la Ley N° 26641. -Consulta inaplicar el artículo 2 de la Ley N° 26641, por control difuso. Conclusión: APROBARON la resolución consultada de fecha 27 de setiembre del 2010, que declara inaplicable el artículo 2 de la Ley N° 26641.
7	AREQUIPA	Corte Superior de Justicia de Arequipa	Juzgado Liquidador Penal Transitorio de Camaná	Contumacia	Resolución	-CONSULTA N° 1520-2011 AREQUIPA 09-06-2011 -Se inició proceso penal contra Víctor Suárez Aranzaens y otro por el delito de contumacia en agravio del Estado, al haber inaplicado al caso el artículo 2 de la Ley N° 26641. -Consulta inaplicar el artículo 2 de la Ley N° 26641, por control difuso.

						Conclusión: APROBARON la resolución consultada, que declara inaplicable al caso el artículo 2 de la Ley N° 26641.
8	AREQUIPA	Corte Superior de Justicia de Arequipa	Juzgado Liquidador Penal Transitorio de Camaná	Contumacia	Resolución	-CONSULTA N° 1519-2011 AREQUIPA 09-06-2011 -Se inició proceso penal contra Yohnny Huarac Quispe por el delito de contumacia en agravio del Estado, al haber inaplicado al caso el artículo 2 de la Ley N° 26641 que tipifica el delito de contumacia. -Consulta inaplicar el artículo 2 de la Ley N° 26641, por control difuso. Conclusión: APROBARON la resolución consultada de fecha 27 de setiembre del 2010, que declara inaplicable al caso el artículo 2 de la Ley N° 26641, sin afectar su vigencia.
9	AREQUIPA	Corte Superior de Justicia de Arequipa	5° Juzgado Penal especializado en lo penal	Contumacia	Sentencia	-CONSULTA N° 2382-2005 AREQUIPA 25-01-2006 -Se inició proceso penal contra F.P.C, J.R.F.Q y A.G.S por el delito de contumacia en agravio del Estado, al haber inaplicado al caso el artículo 2 de la Ley N° 26641 que tipifica el delito de contumacia. -Consulta inaplicar el artículo 2 de la Ley N° 26641, por control difuso. Conclusión: APROBARON la sentencia consultada de fecha 28 de octubre del 2005, que declara inaplicable la Ley N° 26641, por incompatibilidad constitucional, sin afectar su vigencia.
10	AREQUIPA	C Corte Superior de Justicia de Arequipa	5° Juzgado Penal especializado en lo penal	Contumacia	Sentencia	-CONSULTA N° 2197-2005 AREQUIPA 24-01-2006 -Se inició proceso penal contra J.L-U.P. por el delito de contumacia en agravio del Estado, al haber inaplicado al caso el artículo 2 de la Ley N° 26641 que tipifica el delito de contumacia. -Consulta inaplicar el artículo 2 de la Ley N° 26641, por control difuso. Conclusión: APROBARON la sentencia consultada de fecha 11 de octubre del 2005, que declara inaplicable el artículo 2° de la Ley N° 26641, por incompatibilidad constitucional.

11	CUSCO	Corte Superior de Justicia de Cusco	Juzgado Penal Transitorio de Espinar	Contumacia	Resolución	<p>CONSULTA N° 1510-2010 CUSCO 02-07-2010</p> <p>-Se inició proceso penal contra Félix Hidalgo Quispe Succle por el delito de Sustracción a la acción de la Justicia (Contumacia) en agravio del Estado, al haber inaplicado al caso el artículo 2 de la Ley N° 26641 que crea el delito de contumacia.</p> <p>-Consulta inaplicar el artículo 2 de la Ley N° 26641, por control difuso.</p> <p>Conclusión: APROBARON la resolución consultada de fecha 08 de enero del 2010, que declara inaplicable el artículo 2° de la Ley N° 26641.</p>
12	CUSCO	Corte Superior de Justicia de Cusco	Juzgado Penal Transitorio de Espinar	Contumacia	Fundada la excepción de naturaleza de acción	<p>CONSULTA N° 1364-2010 CUSCO 02-07-2010</p> <p>-Se inició proceso penal contra Valeriano Aparicio Bustamante por el delito de contumacia en agravio del Estado, al haber inaplicado al caso el artículo 2 de la Ley N° 26641.</p> <p>-Consulta inaplicar el artículo 2 de la Ley N° 26641, por control difuso.</p> <p>Conclusión: APROBARON la resolución consultada de fecha 07 de enero del 2010, que declara inaplicable el artículo 2° de la Ley N° 26641.</p>
13	CUSCO	Corte Superior de Justicia de Cusco	Juzgado Penal Transitorio de Espinar	Contumacia	Sentencia	<p>CONSULTA N° 1668-2010 CUSCO 02-07-2010</p> <p>-Se inició proceso penal contra Olgier Soncco Llacasi por el delito de contumacia en agravio del Estado, al haber inaplicado al caso el artículo 2 de la Ley N° 26641.</p> <p>-Consulta inaplicar el artículo 2 de la Ley N° 26641, por control difuso.</p> <p>Conclusión: APROBARON la sentencia consultada de fecha 23 de noviembre del 2009, que declara inaplicable el artículo 2° de la Ley N° 26641.</p>

14	LA LIBERTAD	Corte Superior de Justicia de la Libertad	2° Juzgado Penal	Contumacia	Sentencia	<p>Primera Sala Constitucional y Social Transitoria CONSULTA N° 2550-2006 LA LIBERTAD 24-11-2006</p> <p>-Se inició proceso penal contra E.F.L por el delito de contumacia en agravio del Estado, al haber inaplicado al caso el artículo 2 de la Ley N° 26641.</p> <p>-Consulta inaplicar el artículo 2 de la Ley N° 26641, por control difuso.</p> <p>Conclusión: APROBARON la sentencia consultada de fecha 13 de setiembre del 2016, que declara inaplicable el artículo 2° de la Ley N° 26641.</p>
15	LA LIBERTAD	Corte Superior de Justicia de la Libertad	2° Juzgado especializado en lo Penal de Trujillo	Contumacia	Sentencia	<p>CONSULTA N° 902-2006 LA LIBERTAD 26-05-2006</p> <p>-Se inició proceso penal contra E.A.R.N por el delito de contumacia en agravio del Estado, al haber inaplicado la Ley N° 26641.</p> <p>-Consulta inaplicar el artículo 2 de la Ley N° 26641, por control difuso.</p> <p>Conclusión: APROBARON la sentencia consultada de fecha 10 de marzo del 2016, que declara inaplicable el artículo 2° de la Ley N° 26641.</p>
16	LA LIBERTAD	Corte Superior de Justicia de la Libertad	2° Juzgado especializado en lo Penal de La Libertad	Contumacia	Resolución	<p>CONSULTA N° 2303-2005 LA LIBERTAD 25-01-2006</p> <p>-Se inició proceso penal contra M.A.E.R. por el delito de contumacia, al haber inaplicado la Ley N° 26641.</p> <p>-Consulta inaplicar el artículo 2 de la Ley N° 26641, por control difuso.</p> <p>- Fiscal interpuso recurso de apelación a la consulta. Ante la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Trujillo.</p> <p>Conclusión: NULO el extremo de elevación e INSUBSISTENTE el oficio de elevación contra M.A.E.R. por el delito de contumacia.</p>

17	PUNO	Corte Superior de Justicia de Puno	1° Juzgado Penal	Contumacia	Sentencia	<p>CONSULTA N° 808-2006 PUNO 26-05-2006</p> <p>-Se inició proceso penal contra M.P.C. por el delito de contumacia, al haber inaplicado la Ley N° 26641.</p> <p>-Consulta inaplicar el artículo 2 de la Ley N° 26641, por control difuso.</p> <p>Conclusión: APROBARON la sentencia consultada de fecha 14 de marzo del 2006 que declara inaplicable la Ley 26641.</p>
18	LAMBAYEQUE	Corte Superior de Justicia de Lambayeque	7° Juzgado Penal	Contumacia	Sentencia	<p>CONSULTA N° 1354-2005 LAMBAYEQUE 19-09-2005</p> <p>-Se inició proceso penal contra A.F.G. por el delito de contumacia en agravio del Estado, al haber inaplicado la Ley N° 26641.</p> <p>-Consulta inaplicar el artículo 2 de la Ley N° 26641, por control difuso.</p> <p>Conclusión: APROBARON la sentencia consultada de fecha 03 de junio del 2005 que declara inaplicable la Ley 26641 por incompatibilidad constitucional, sin afectar su vigencia y absuelve al proceso de la acusación fiscal en su contra por delito de contumacia.</p>
19	ICA	Corte Superior de Justicia de Ica	2° Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ica	Contumacia	Resolución de vista en consulta	<p>CONSULTA N° 103-2006 ICA 10-05-2006</p> <p>-Se inició proceso penal contra R.F.A.R. y otro e inaplicable la Ley de contumacia por incompatibilidad constitucional para el caso concreto.</p> <p>-Consulta inaplicar la Ley N° 26641, por control difuso.</p> <p>- Efectúa una interpretación correcta al determinar la inconstitucionalidad de la Ley N° 26641.</p> <p>Conclusión: APROBARON la resolución de vista de fecha 22 de diciembre del 2005 que declara inaplicable la Ley 26641 por incompatibilidad constitucional, sin afectar su vigencia.</p>

20	LIMA	Corte Superior de Justicia de Huaura	2° Juzgado Penal de Huaral	Contumacia	Sentencia	CONSULTA N° 99-2006 HUAURA 10-05-2006 -Se inició proceso penal contra Y.P.C. por el delito de contumacia en agravio del Estado, al haber inaplicado la Ley N° 26641. -Consulta inaplicar la Ley N° 26641, por control difuso. Conclusión: APROBARON la sentencia consultada de fecha 30 de noviembre del 2005 que declara inaplicable la Ley 26641 y absuelve a Y.P.C de los cargos de la acusación fiscal por delito de contumacia en agravio del Estado.
21	LIMA	Corte Superior de Justicia de Huaura	Primer Juzgado mixto de Barranca de la Corte Superior de Justicia de Huaura	Contumacia	Sentencia	CONSULTA 824-2005 BARRANCA-HUAURA 10-06-2005 -Se inició proceso penal contra R.D.V.N. por el delito de contumacia en agravio del Estado, al haber inaplicado la Ley N° 26641. -Consulta inaplicar la Ley N° 26641, por control difuso. Conclusión: APROBARON la sentencia consultada de fecha 25 de enero del 2005 que declara inaplicable el artículo 2° la Ley 26641.
22	LIMA	Corte Superior de Justicia de Huaura	Juzgado mixto de Barranca de la Corte Superior de Justicia de Huaura	Contumacia	Sentencia	CONSULTA 823-2005 -HUAURA 20-06-2005 -Se inició proceso penal contra G.A.Q.G. por el delito de contumacia en agravio del Estado, al haber inaplicado la Ley N° 26641. -Consulta inaplicar la Ley N° 26641, por control difuso. Conclusión: APROBARON la sentencia consultada de fecha 25 de enero del 2005 que declara inaplicable el artículo 2° la Ley 26641.
23	LIMA	Corte Superior de Justicia de Huaura	Sala Superior de la Corte Superior de Justicia de Huaura	Contumacia	Sentencia	CONSULTA 821-2005 - HUAURA 20-06-2005 -Se inició proceso penal contra H.M.P. por el delito de contumacia en agravio del Estado, al haber inaplicado la Ley N° 26641. -Consulta inaplicar la Ley N° 26641, por control difuso. Conclusión: APROBARON la resolución consultada de fecha 25 de enero del 2005 que declara inaplicable el artículo 2°

						la Ley 26641.
24	LIMA	Corte Superior de Justicia de Huaura	Juzgado mixto de Barranca de la Corte Superior de Justicia de Huaura	Contumacia	Sentencia	CONSULTA 810-2005 -HUAURA 20-06-2005 -Se inició proceso penal contra W.J.L. por el delito de contumacia en agravio del Estado, al haber inaplicado la Ley N° 26641. -Consulta inaplicar la Ley N° 26641, por control difuso. Conclusión: APROBARON la sentencia consultada de fecha 25 de enero del 2005 que declara inaplicable el artículo 2° la Ley 26641.
25	LIMA	Corte Superior de Justicia de Barranca- Huaura	Juzgado mixto de Barranca de la Corte Superior de Justicia de Huaura	Contumacia	Sentencia	CONSULTA 809-2005 -HUAURA 20-06-2005 -Se inició proceso penal contra Aidé Julia Béjar por el delito de contumacia en agravio del Estado, al haber inaplicado la Ley N° 26641. -Consulta inaplicar la Ley N° 26641, por control difuso. Conclusión: APROBARON la sentencia consultada de fecha 25 de enero del 2005 que declara inaplicable el artículo 2° la Ley 26641.
26	LIMA	Corte Superior de Justicia de Huaura	2° Juzgado penal de Barranca de la Corte Superior de Huaura	Contumacia	Resolución	CONSULTA N° 917-2004 BARRANCA -Se inició proceso penal contra B.J.V.C. por el delito de contumacia en agravio del Estado, al haber inaplicado la Ley N° 26641. -Consulta inaplicar la Ley N° 26641, por control difuso. Conclusión: APROBARON la resolución consultada de fecha 01 de abril del 2004 que declara inaplicable la Ley 26641.
27	LIMA	Corte Superior de Justicia de Lima	11° Juzgado Penal de Lima	Contumacia	Resolución	CONSULTA N° 488-2003 LIMA 30-04-2003 Se inició proceso penal contra R.G.D por el delito de contumacia en agravio del Estado, al haber inaplicado la Ley N° 26641. -Consulta inaplicar la Ley N° 26641, por control difuso. Conclusión: APROBARON la resolución consultada de fecha 26 de setiembre del 2002 que declara inaplicable la Ley 26641.