

ANALISIS JURIDICO PENAL DEL CASO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

César Augusto Nakazaki Servigón
Abogado, Profesor de Derecho Penal
de la Universidad de Lima y de la Universidad
Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque

La protección del derecho a la libertad personal del ciudadano Luis Guillermo Bedoya de Vivanco que realizó el Tribunal Constitucional al declarar, vía recurso extraordinario, fundado el hábeas corpus interpuesto contra la Sala Penal Superior Especializada en Delitos contra la Administración Pública, ha generado un gran debate político y jurídico.

El análisis que a continuación se presenta tiene por finalidad contribuir a la discusión nacional en el plano jurídico, a fin de establecer si la cuestionada decisión del Tribunal Constitucional contribuye o no a la lucha de la sociedad, **a través del derecho**, contra la corrupción.

El examen de la sentencia del Tribunal Constitucional se efectúa tomando como punto de partida la denuncia constitucional interpuesta por el Congresista Daniel Estrada Pérez, quien imputa a los magistrados la comisión de los delitos de usurpación de funciones, incumplimiento de deberes de función, avocamiento indebido de autoridad a procesos judiciales en trámite, y prevaricato, descritos en los tipos penales de los artículos 361, 377, 410 y 418 del Código de 1991.

1.- El privilegio de la inviolabilidad impide como causa personal de exclusión de la pena el sometimiento a antejuicio y proceso penal a los miembros del Tribunal Constitucional.

En principio podría establecerse que la interposición de una denuncia constitucional pretendiendo la pérdida de la inmunidad por la supuesta comisión de delito por los miembros del Tribunal Constitucional resulta manifiestamente

improcedente, ya que gozan del privilegio de la inviolabilidad consagrado en el artículo 201 segundo párrafo de la Constitución de 1993.¹

El artículo 201 de la Ley Fundamental establece que los integrantes del Tribunal Constitucional <gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas>, por tanto al igual que aquellos tienen el privilegio de la inviolabilidad que garantiza el artículo 93 de la Carta Política.

Marcial **RUBIO CORREA** afirma que el artículo 93 de la Constitución consagra a la inviolabilidad parlamentaria, entendida como la irresponsabilidad del congresista por las opiniones y votos que emita en el ejercicio de la función, ya sea en comisiones o en el pleno. Afirma el autor nacional que la inviolabilidad impide a la autoridad u órgano jurisdiccional denunciar o someter a proceso penal al congresista por sus votos, pues no puede ser atacado por los mismos.²

Enrique **BERNALES BALLESTEROS** sostiene que el parlamentario no es responsable ante autoridad ni tribunal alguno por sus votos; reconoce a la inviolabilidad como estatuto personal del parlamentario, como un privilegio intrínseco al cargo y a la función; una garantía política para los votos dados en el ejercicio de la función parlamentaria.³

Los profesores de la Universidad Complutense de Madrid José Antonio y Angel Luis **ALONSO DE ANTONIO** definen a la inviolabilidad como una garantía parlamentaria sustantiva que **excluye la responsabilidad jurídica** de los parlamentarios por los votos y opiniones manifestados en el ejercicio de la función parlamentaria.⁴

¹ La Constitución de 1979 en el artículo 297 reconoció el privilegio de la inviolabilidad a los Integrantes del Tribunal de Garantías Constitucionales.

² Marcial Rubio Correa, Estudio de la Constitución Política de 1993, Tomo 4, Páginas 79 y 80, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 1999.

³ Enrique Bernaldes Ballesteros, La Constitución de 1993, Análisis comparado, Páginas 446 y 447, RAO Editora, Lima, Perú, 1999.

⁴ José Antonio y Angel Luis Alonso de Antonio, Derecho Parlamentario, Página 87, J.M. Bosch Editor, Zaragoza, España, 2000.

El autor español Joaquín **GARCIA MORILLO** expresa que el objeto de la inviolabilidad es garantizar la libertad del parlamentario en el curso de sus actividades como tal, asegurando que sus intervenciones parlamentarias y sus votos **no puedan acarrearle sanciones jurídicas de ninguna clase**, pues la inviolabilidad impide que se procese al parlamentario como consecuencia de sus votos. Sostiene el autor español que la inviolabilidad es una garantía absoluta pues su protección se proyecta sobre cualquier procedimiento sancionador que tenga como causa la actividad parlamentaria.⁵

Aplicado este marco jurídico al caso tratado se concluye que **al gozar del privilegio de la inviolabilidad los miembros del Tribunal Constitucional, sus sentencias no pueden producirles responsabilidad ni sanción legal.**

Francisco **FERNANDEZ SEGADO**⁶ y Pablo **PEREZ TREMP**⁷ precisan que la independencia de los magistrados del Tribunal Constitucional se protege a través de la garantía de la inviolabilidad, que supone que **no puedan ser perseguidos por los actos que realizan en el ejercicio de sus funciones.**

En el derecho penal la inviolabilidad es una causa personal de exclusión de la pena, que son circunstancias que se haya mas allá del injusto y la culpabilidad, pero que sin embargo impiden la punibilidad o el castigo a la persona por el hecho.^{8 9}

El hecho puede ser delito, es decir, es típico, antijurídico y su autor culpable, pero no es objeto de pena.¹⁰

⁵ Joaquín García Morillo, Obra colectiva, Derecho Constitucional, Volumen II, Cuarta Edición, Página 78, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2000.

⁶ Francisco Fernández Segado, El Sistema Constitucional Español, Dykinson, Madrid, España, 2000.

⁷ Pablo Pérez Tremps, Obra colectiva citada, Página 251.

⁸ Hans Heinrich Jeschek, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Volumen Segundo, Páginas 756 y 757, Bosch Casa Editorial, Barcelona, España, 1981.

⁹ Juan Bustos Ramírez, Manual de Derecho Penal, Parte General, Tercera Edición, Página 102, Barcelona, España, 1989.

¹⁰ Las causas personales de exclusión de la pena no son casos de faz negativa del delito, como si lo son por ejemplo las causas de justificación, su efecto no es eliminar uno de los elementos del delito, sino renunciar a la punibilidad de este.

La inviolabilidad constituye lo que en el derecho penal nacional se regula como excusas absolutorias; situaciones en las que por decisiones de política criminal se renuncia a la pena pese a la comisión de un delito, como por ejemplo en los delitos contra el patrimonio conforme a lo previsto en el artículo 208 del Código Penal; el Estado renuncia a castigar el ilícito penal contra el patrimonio al valorar que el bien jurídico familia merece una mayor protección que el patrimonio.

En el caso del Tribunal Constitucional la necesidad de preservar la libertad de sus componentes como condición indispensable para el cumplimiento de su función, lleva a que en una ponderación de valores o bienes jurídicos, el Estado renuncie a la persecución penal de los miembros del Tribunal Constitucional por cualquier delito que se manifestase en sus sentencias.

La inviolabilidad prohíbe atribuir responsabilidad penal a los magistrados del Tribunal Constitucional por la sentencia que han emitido en la solución de un caso de hábeas corpus a través del recurso extraordinario, así la misma configure la comisión de un delito.

Si la inviolabilidad impide que los miembros del Tribunal Constitucional sean por sus sentencias justiciables penalmente, esto es, no se les pueda abrir causa penal conforme al artículo 5 del Código de Procedimientos Penales; por la misma razón tampoco pueden ser sujetos de antejuicio, ya que este proceso constitucional tiene por objeto levantar la inmunidad para el posterior procesamiento y sanción penal.

En el supuesto que los integrantes del Tribunal Constitucional hubiesen cometido delito al pronunciarse sobre el recurso extraordinario interpuesto por Luis Guillermo Bedoya de Vivanco, no podrían ser sujetos de antejuicio, de causa penal y de pena, pues se vuelve a reiterar que la inviolabilidad precisamente actúa frente a un ilícito penal que se renuncia a

castigar en consideración a un bien jurídico o valor superior, en este caso, la independencia del Tribunal Constitucional para el cumplimiento de su función.

2.- Determinación si la sentencia del Tribunal Constitucional puede configurar delito.

La necesidad de justicia y cultura jurídica impide que el análisis del caso termine con la invocación de una causa personal de exclusión de la pena, pues recuérdese que si bien esta impide la sanción penal de los miembros del Tribunal Constitucional, no así permite afirmar que su sentencia no constituyó delito.

Es indispensable llevar más allá el examen a fin de determinar si la sentencia del Tribunal Constitucional configuró o no la comisión de alguno de los ilícitos penales objeto de la denuncia constitucional formulada por el Congresista Estrada; para cuyo efecto se somete a continuación a la resolución del Tribunal Constitucional de fecha 29 de enero de 2002 a la operación de encuadramiento en cada uno de los tipos penales invocados.

2.1) Operación de tipificación de la sentencia del Tribunal Constitucional en el tipo penal de usurpación de funciones del artículo 361 del Código Penal.

La imputación de delito de usurpación de funciones es la siguiente:

Atribuir a los miembros del Tribunal Constitucional la usurpación de la función jurisdiccional al decidir sobre <aspectos sustanciales dentro de un proceso judicial en trámite, como lo son la tipicidad de los delitos investigados, los mandatos de comparecencia o detención, las libertades provisionales o incondicionales y todos los aspectos relativos al fondo y forma del asunto>.

Dentro del tipo penal alternativo del artículo 361 se imputa a los integrantes del Tribunal Constitucional la modalidad típica : ejercicio de funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene el funcionario público.

Dada la brevedad del trabajo el examen de la tipicidad se centra en el elemento acción típica, mediante el análisis si la sentencia del 29 de enero de 2002 se encontró dentro o fuera del ámbito de competencia funcional del Tribunal Constitucional, respondiendo la pregunta:

¿Cuál es el objeto del recurso extraordinario del artículo 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. ?.

El artículo 41 de la Ley N° 26435 establece que el recurso extraordinario apertura una <última y definitiva instancia> en los procesos judiciales de garantía constitucional, en este caso, de hábeas corpus. Conforme a la norma procesal citada la intervención del Tribunal Constitucional se da en la última fase de un proceso judicial de hábeas corpus.¹¹

El artículo 202 inciso 2 de la Carta Política de 1993 es el fundamento normativo para establecer que el Tribunal Constitucional actúa como órgano jurisdiccional en tercera y última instancia dentro del proceso de hábeas corpus.¹²

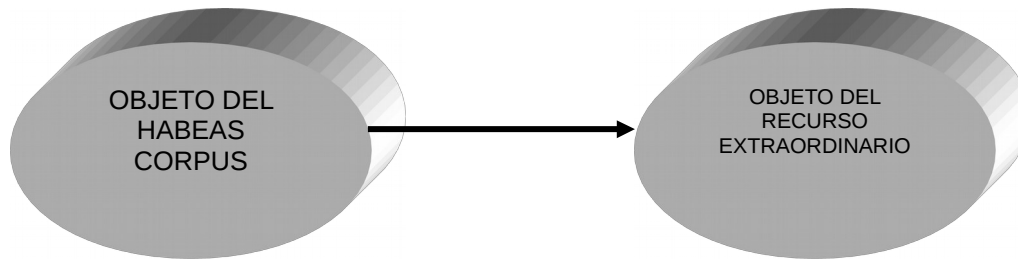
13

El objeto del recurso extraordinario de revisión se determina por la materia del proceso de garantía constitucional que motive su interposición; así en el caso del hábeas corpus, **el objeto de la revisión será la verificación de una indebida denegación de protección judicial al comprobarse la lesión del derecho a la libertad personal como consecuencia de la comisión de un acto arbitrario.**

¹¹ Se discute en la doctrina si en vez de recurso en el fondo se trata de una demanda para el inicio de un proceso especial, la llamada jurisdicción negativa de la libertad.

¹² Marcial Rubio Correa, Obra citada, Tomo 6, Páginas 128 a 130.

¹³ Enrique Bernal Ballesteros, Obra citada, Página 844.



El Tribunal Constitucional a través del recurso extraordinario de revisión es competente para determinar si se ha cometido un acto arbitrario que lesione la libertad de un ser humano, a fin de declarar la violación del derecho constitucional y proceder a brindar la protección indebidamente negada por el Poder Judicial.¹⁴

Dentro del ámbito de competencia funcional del Tribunal Constitucional se encuentra en consecuencia el verificar y suprimir una detención arbitraria.

Siendo la detención arbitraria una forma del acto arbitrario corresponde ahora definirlo a fin de precisar los elementos del objeto de competencia del Tribunal Constitucional.

El concepto de acto arbitrario no es determinado por el derecho penal, la parte especial no lo desarrolla adecuadamente; una excepción a este insuficiente tratamiento es el caso del maestro italiano Giuseppe Maggiore quien pese al tiempo transcurrido sigue vigente gracias a la profundidad de análisis que da el trabajar la dogmática jurídico penal sobre el soporte que constituye la Filosofía del Derecho.¹⁵

MAGGIORE define el acto arbitrario como todo acto que concreta algún abuso de los poderes atribuidos al funcionario público.¹⁶

¹⁴ Francisco Fernández Segado, Obra citada, Páginas 1102 y 1103.

¹⁵ César Augusto Nakazaki Servigón, La actuación de los Ejecutores Coactivos: ¿ Delito de Abuso de Autoridad a nivel nacional?, *Ius ex Praxis*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Enero-Diciembre 2000, # 31, Página 199 a 200.

¹⁶ César Augusto Nakazaki Servigón, Obra citada, Página 199.

El acto arbitrario puede producirse de dos maneras; mediante la violación de la ley; o a través del ejercicio abusivo de funciones discrecionales que no pueden ser materia de inspección de legitimidad.¹⁷

MODALIDADES DE ACTOS ARBITRARIOS SEGUN MAGGIORE

- a) Violación de la ley o de inobservancia de las formas legales prescritas.
- b) Incompetencia relativa, es decir, exceso en los límites de la competencia.
- c) Abuso de los poderes discrecionales.¹⁸

En el caso de la sentencia objeto de análisis, el Tribunal Constitucional consideró que la detención de Luis Guillermo Bedoya de Vivanco configuró un acto arbitrario por inobservancia de las formas legales prescritas, esto es, la implementación de la medida cautelar de detención en el proceso penal, de forma excepcional y solamente cuando se verifique la concurrencia de los tres presupuestos materiales del artículo 135 del Código Procesal Penal, vigente en este extremo.

Para poder establecer si la medida cautelar de detención es un acto arbitrario, el Tribunal Constitucional es competente para verificar si el Juez Penal inobservó la forma legal, es decir, si ordenó la privación de la libertad de una persona sin la concurrencia de prueba suficiente, pena probable y peligrosidad procesal.

¹⁷ César Augusto Nakazaki Servigón, Obra citada, Página 199.

¹⁸ César Augusto Nakazaki Servigón, Obra citada, Páginas 199 y 200.

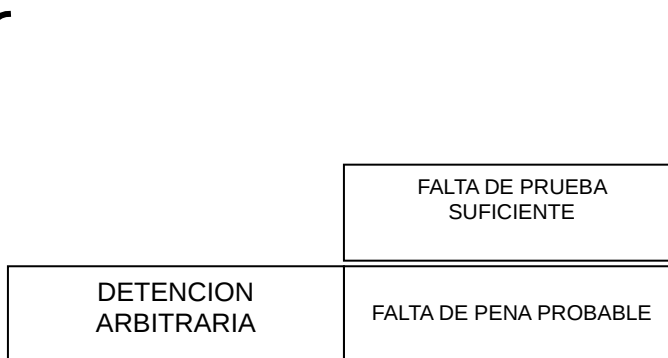
La privación de la libertad de un procesado, que constitucionalmente debe ser tratado como inocente, no es arbitraria si se fundamenta en los tres presupuestos materiales de la detención; por el contrario se vuelve arbitraria cuando falta uno solo de éstos.

Si el Tribunal Constitucional es competente para verificar y hacer cesar una detención arbitraria, de igual manera lo es, por ser antecedente necesario, para examinar si la decisión judicial se basó en la apreciación de prueba suficiente, en un pronóstico de pena probable superior a los cuatro años de privación de la libertad y en un juicio de peligro procesal concreto.

Así por ejemplo el Tribunal Constitucional es competente para verificar si la medida cautelar de detención se basó en el presupuesto material de la prueba suficiente, lo que supone revisar la operación provisional de valoración de la prueba que se tuvo que hacer para implementar la medida coercitiva personal. Sin embargo es necesario precisar que el objeto de tal valoración probatoria no permite la aplicación del principio in dubio pro procesado, ya que de lo que se trata es de revisar si el juez penal alcanzó o no verosimilitud de la comisión del delito de peculado en el grado de complicidad; la regla probatoria aplicada equivocadamente en la sentencia funciona como consecuencia de la insatisfacción de la carga de la prueba asignada al Ministerio Público en la fase de sentencia.

El problema no es si el Tribunal Constitucional puede o no valorar la prueba suficiente, sino entender que este acto tiene un objeto distinto a la valoración probatoria del juez penal; éste aprecia la prueba para determinar la comisión del delito, la responsabilidad penal del imputado, etc.; el Tribunal Constitucional lo hace para detectar si hay una privación indebida del derecho constitucional a la libertad de un ser humano.

**COMPETENCIA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
EN EL RECURSO EXTRAORDINARIO
TRATÁNDOSE DEL HABEAS CORPUS**



La denuncia constitucional del Congresista Estrada y la posición crítica que a partir de la misma se ha presentado a la sociedad, se basa en una premisa no recogida en el orden jurídico: los jueces no podrían cometer actos arbitrarios, por lo que no procedería el hábeas corpus ante una medida cautelar de detención.

Todo funcionario público puede cometer un acto arbitrario, incluido el juez; de allí que en el derecho constitucional se haya impuesto como regla la procedencia del hábeas corpus ante toda detención ilegal o injustificada, aún cuando sea dictada por un funcionario judicial.

El poder debe ser objeto de control, su titular sometido a la ley, de allí que estas manifestaciones del principio de legalidad, soporte del Estado Social y Democrático de Derecho que inspira al sistema penal y procesal penal peruano, no admitan la posibilidad que el juez no cometa actos arbitrarios, y lo más grave que estos no tengan remedio.

La procedencia del hábeas corpus respecto de medida cautelar de detención derivada de un proceso penal se determina mediante la correcta interpretación del artículo 6 inciso 2 de la Ley N° 23506 y del artículo 16 de la Ley N° 25398.

La improcedencia de la acción de hábeas corpus que se establece en la ley es respecto de una resolución judicial que se emita en un proceso regular, por lo que en interpretación en sentido contrario, se puede formular como **regla la**

procedencia del hábeas corpus contra detenciones que emanen de un proceso cautelar penal irregular.

El criterio de la regularidad o irregularidad del proceso cautelar penal es el que determina la procedencia o improcedencia del hábeas corpus respecto de una detención judicial.

La irregularidad del proceso judicial que hace procedente la utilización del hábeas corpus frente a una detención judicial, se verifica con la violación del debido proceso cautelar penal; si la detención no se da dentro de un proceso regular, en el que se tengan las mínimas garantías para justificar legalmente la privación de la libertad por el juez, procederá el hábeas corpus.¹⁹

Procede el hábeas corpus cuando el proceso cautelar penal no ha sido regular; el procedimiento irregular que sirve de causa a la acción de garantía constitucional contra resolución judicial, es aquel en que se ha incurrido en violación o amenaza de violación cierta e inminente de algún derecho constitucional de la persona sometida a proceso judicial; la irregularidad tiene que significar la violación del debido proceso, ya sea por las disposiciones constitucionales, cuanto por los tratados internacionales.²⁰

El proceso cautelar penal deviene en irregular cuando se viola el debido proceso, por lo que **la trasgresión del también llamado proceso legal o proceso justo es por antonomasia el caso de procedencia de la acción de hábeas corpus respecto a una medida cautelar de detención arbitraria.**

El artículo 6 inciso 2 de la Ley N° 23506 y el artículo 16 de la Ley N° 25398 no prohíben la supresión de los efectos de la medida cautelar de detención arbitraria mediante el hábeas corpus y por ende el recurso extraordinario ante el Tribunal Constitucional; tal interpretación responde a la observancia del principio

¹⁹ Domingo García Belaúnde, Lecturas sobre Temas Constitucionales 6, Páginas 73 a 75, Comisión Andina de Juristas, Lima, Perú, 1990.

²⁰ Alberto Borea Odría, Evolución de las Garantías Constitucionales, Página 94, Editorial Grijley, Lima, Perú, 1996.

universal de protección a la libertad que consagran; la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Las normas internacionales en materia de derechos humanos recogen la doctrina de los jueces Holmes y Hugues en el caso Frank v. Magnum, quienes en 1915 establecieron que la necesidad de protección del derecho a la libertad hace que el hábeas corpus sea **un instrumento legal que corte y atraviese todas las formas para ir a la fibra misma del problema, la detención arbitraria; sin tener excusa alguna el juez para la protección de la libertad, en la subordinación a formas que pese haberse cumplido pueden resultar una cáscara vacía.**²¹

Así en el caso de un proceso cautelar penal de detención en el que habiéndose agotado las instancias se mantenga la privación de la libertad indebida del imputado; el hábeas corpus será el recurso legal efectivo para proteger la libertad de la persona.

La acción de hábeas corpus no debe ser entendida como una vía paralela y excluyente, sino como una vía subsidiaria; si la supresión de la detención arbitraria no se logra en el proceso cautelar penal, se tiene que alcanzar en el proceso de hábeas corpus.²²

Es verdad que en principio el juez no debería incurrir en actos arbitrarios pues tiene la responsabilidad de la función jurisdiccional, igualmente es cierto que la incorrección de una medida cautelar debería ser superada en el mismo proceso cautelar penal; pero igualmente verdadero es, que ante la privación indebida de la libertad, el hábeas corpus es el mecanismo legal para suprimirla, sin que exista limitación por forma legal alguna para proteger este fundamental derecho del ser humano.

²¹ Nestor Pedro Sagües, Hábeas Corpus, Segunda Edición, Página 38, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1988.

²² Francisco Fernández Segado, obra citada, Página 1103.

El artículo 15 de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, reconoce expresamente al juez como sujeto activo de detención arbitraria.

La sentencia del Tribunal Constitucional dictada al resolver el recurso extraordinario interpuesto por Luis Guillermo Bedoya de Vivanco es atípica, no puede encuadrar en el tipo penal de usurpación de funciones por la falta del elemento acción típica; la supresión de la detención arbitraria dictada por un juez se encuentra dentro del ámbito de competencia funcional de los magistrados del Tribunal de Garantías Constitucionales.

2.2) Operación de tipificación de la sentencia del Tribunal Constitucional en el tipo penal de incumplimiento de deberes de función del artículo 377 del Código Penal.

La imputación por delito de omisión de deberes de función es la siguiente:

Se atribuye a los miembros del Tribunal Constitucional haber omitido con el deber de motivación establecido en el artículo 9 de la Ley N° 23506 y en el artículo 10 de la Ley N° 25398, al no haber fundamentado en la sentencia del 29 de enero del 2002 las razones por las cuales se apartaron de la jurisprudencia que establecía la improcedencia del hábeas corpus respecto de detenciones dictadas en proceso judiciales regulares, en los que debían resolverse los cuestionamientos a la medida cautelar de detención.

Reducido el examen al elemento típico acción, corresponde verificar si el Tribunal Constitucional omitió su deber legal de motivación al expedir la sentencia mediante la que resolvió el recurso extraordinario interpuesto por Luis Guillermo Bedoya de Vivanco, a fin de justificar su apartamiento de la jurisprudencia establecida.

En la parte considerativa de la sentencia no se aprecia en sus seis fundamentos explicación alguna respecto a una línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional de la cual se considerase se apartaba con la decisión en el Caso Bedoya.

Conforme al oficio N° 095-2002-SG/TC del 8 de febrero del 2002 mediante el cual el Tribunal Constitucional contestó la solicitud de aclaración de la Procuradora Pública del Poder Judicial; se respondió que, sin perjuicio de profundizar el estudio de las resoluciones invocadas por la procuraduría, no se consideraba que las mismas contuvieran una línea jurisprudencial de la cual el Tribunal Constitucional se hubiera apartado.

La denuncia constitucional se soporta en tres sentencias del Tribunal Constitucional no transcritas íntegramente, lo que resulta insuficiente para efectuar la operación de tipificación.

Sin embargo debe reconocerse que en el caso del Tribunal Constitucional signado como N° 465-2001-HC/TC, de los antecedentes y fundamentos de la resolución consignados, se aprecia que frente a una denuncia de variación indebida de la medida cautelar de comparecencia por la de detención, esto es, una eventual detención arbitraria, se calificó a los cuestionamientos como objeciones procesales que debían dilucidarse en la vía ordinaria.

Tal decisión, se conviene con el autor de la denuncia constitucional, resultaría discrepante de la solución del Caso Bedoya; sin embargo es importante recordar que tres decisiones no hacen necesariamente jurisprudencia constitucional, conforme lo determina claramente la Teoría de las Fuentes del Derecho.

Miguel **REALE** expresa que el derecho jurisprudencial no se forma a través de una sentencia, se exige una serie de decisiones judiciales que presenten una

línea esencial de continuidad y coherencia, un número de resoluciones substancialmente coincidentes respecto del objeto de pronunciamiento.²³

No podría utilizarse en busca de establecer una línea jurisprudencial de improcedencia del hábeas corpus ante detenciones judiciales arbitrarias, el caso del Tribunal Constitucional N° 1228-97-HC/TC, pues en el considerando quinto de la sentencia de dicha causa se dio como razón del rechazo del recurso extraordinario la falta de prueba de la detención arbitraria; es decir no se cuestiona la competencia del Tribunal Constitucional, sino se invoca falta de justificación para intervenir.

Pese a los pocos elementos de juicio con los que se cuenta en este punto, se considera que no es típico el hecho imputado ya que no se tiene claridad sobre la existencia de la línea jurisprudencial que invoca el autor de la denuncia constitucional; es más, respetuosamente, no se observa derecho jurisprudencial sobre el hábeas corpus del Tribunal Constitucional, el mismo que en todo caso todavía está en formación.

2.3) Operación de tipificación de la sentencia del Tribunal Constitucional en el tipo penal de avocamiento indebido de autoridad a procesos en trámite del artículo 410 del Código Penal.

La imputación por el delito de avocamiento de autoridad a proceso judicial en trámite es la siguiente:

Se atribuye a los miembros del Tribunal Constitucional el haberse avocado indebidamente al proceso cautelar penal de detención seguido a Luis Guillermo Bedoya de Vivanco derivado del proceso penal por delito de peculado en el grado de complicidad que se tramita ante el Primer Juzgado Penal Especial.

²³ Miguel Reale, Introducción al Derecho, Página 129, Ediciones Pirámide, Madrid, España, 1984.

El examen se efectúa a nivel de la acción típica, determinando si el Tribunal Constitucional es competente para dejar sin efecto una medida cautelar de detención.

Ya al tratar el cargo de usurpación de funciones se estableció que el Tribunal Constitucional si tiene competencia para proteger la libertad de una persona privada por acto arbitrario del juez penal.

El avocamiento del Tribunal Constitucional al proceso cautelar penal no fue indebido, sino que respondió a la competencia establecida por la ley, de allí que su actuación sea atípica respecto del supuesto típico del artículo 410.

2.4) Operación de tipificación de la sentencia del Tribunal Constitucional en el tipo penal de prevaricato del artículo 418 del Código Penal.

La imputación por delito de prevaricato es la siguiente :

Se atribuye a los miembros del Tribunal Constitucional el haber emitido sentencia en el caso del recurso extraordinario interpuesto por Luis Guillermo Bedoya de Vivanco violando el texto expreso y claro del artículo 6 inciso 2 de la Ley N° 23506 y del artículo 16 inciso b de la Ley N° 25398.

El examen de este extremo de la imputación se hace a nivel del sujeto activo y de la acción típica.

No se comparte el criterio de una aplicación literal de la fórmula normativa del supuesto típico del artículo 418, para sostener que los miembros del Tribunal Constitucional no podrían ser autores del delito de prevaricato porque no son jueces o fiscales.

Como establece la mejor doctrina penal el ámbito del tipo penal, esto es, el significado de los elementos típicos se determina a partir del bien jurídico. El bien jurídico es el concepto central del tipo penal pues a partir de él se definen los elementos que forman el supuesto típico; de allí que deba considerársele como el más importante elemento de interpretación.²⁴

El bien jurídico tutelado por el tipo penal de prevaricato es la función jurisdiccional, conforme se establece en la Sección I Delitos contra la Función Jurisdiccional, del Capítulo III Delitos contra la Administración de Justicia, del Título XVIII del Libro Segundo del Código Penal.

María Inmaculada **RAMOS TAPIA**, establece que el fundamento del delito de prevaricato es el deber del juez de garantizar la realización del Derecho en la administración de justicia.²⁵

Consecuentemente la determinación sí los miembros del Tribunal Constitucional pueden ser o no sujetos activos de prevaricato, depende de responder a la pregunta; **¿ se ejerce función jurisdiccional al resolver el recurso extraordinario ?.**

Si bien la doctrina discute si es función jurisdiccional la labor del Tribunal Constitucional en el caso del proceso de inconstitucionalidad, ésta es mayoritaria al tratarse de la jurisdicción negativa de la libertad, cuando el Tribunal Constitucional protege los derechos fundamentales del ser humano.^{26 27 28 29}

En el caso de la función de protección de los derechos constitucionales lesionados como consecuencia de actos arbitrarios a través del recurso

²⁴ Hans Heinrich Jescheck, *Obra citada*, Volumen Primero, Página 352.

²⁵ María Inmaculada Ramos Tapia, *El Delito de Prevaricación Judicial*, Página 156, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2000.

²⁶ Marcial Rubio Correa, *obra citada*, Tomo 6, Páginas 128 a 130.

²⁷ Enrique Bernaldes Ballesteros, *obra citada*, Página 844.

²⁸ Aníbal Quiroga León, *El Derecho Procesal Constitucional Peruano*, Instrumentos de Justicia Constitucional, VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Página 29.

²⁹ Pablo Pérez Tremps, *obra colectiva citada*, Página 246.

extraordinario, se comparte la posición del reconocimiento de la calidad de función jurisdiccional del Tribunal Constitucional pues al resolver el recurso extraordinario de revisión “dice el derecho”, al verificar que una persona detenida se encuentra privada indebidamente de su libertad y disponer su restitución.

Así pese a la discusión doctrinaria, se considera que los miembros del Tribunal Constitucional pueden ser sujetos activos del delito de prevaricato.³⁰

Por cierto el reconocimiento de la posibilidad de autoría de prevaricato por los miembros del Tribunal Constitucional, no impide expresar absoluta conformidad con que gocen del privilegio de la inviolabilidad, sobre todo en un país que históricamente no ha sabido garantizar la independencia de los jueces en todos sus niveles.

Respecto de la acción típica imputada, esto es la violación de los artículos 6 inciso 2 de la Ley N° 23506 y del artículo 16 inciso b de la Ley N° 25398, el análisis lleva a concluir que la sentencia del Tribunal Constitucional es atípica, ya que no puede encuadrar en el tipo penal del artículo 418.

En efecto la sentencia del Tribunal Constitucional no violó las leyes invocadas en la denuncia constitucional, pues es incorrecto que estas de forma <expresa y clara> determinen que el hábeas corpus no tenga como objeto hacer cesar la detención arbitraria cometida por un juez, como ya se demostró al tratar el cargo de usurpación de funciones a donde se remite al lector.

En el ámbito de la teoría de la interpretación jurídica hoy se reconoce unánimemente que la existencia de normas jurídicas con sentido único es una aspiración que aún no se alcanza, de allí que la labor del juez sea la de optar entre diversos contenidos posibles de la ley; la opción del magistrado esta sujeta al control de la racionalidad de la fundamentación o argumentación jurídica del juez.³¹

³⁰ María Inmaculada Ramos Tapia, obra citada, Páginas 177 a 185.

³¹ María Inmaculada Ramos Tapia, obra citada, Páginas 253 a 258 .

En tal virtud la opción por el Tribunal Constitucional de uno de los posibles sentidos de las reglas sobre el objeto del recurso extraordinario, en tanto pase el filtro de la razonabilidad, no puede configurar prevaricato.

Finalmente es necesario tener presente que, como dice el autor español Joaquín **GONZALEZ**, en la lucha contra la corrupción se debe actuar con gran cuidado al resolver la pugna : **garantías versus eficacia**, pues no es justificable, so pretexto de una reacción oficial de emergencia frente al avance de la corrupción, el renunciar o sacrificar las garantías penales que son el **escudo de protección a los derechos fundamentales**. Ceder ante el mito de la eficacia sería **luchar contra la corrupción utilizando sus mismas armas**, la violación de la ley, lo que significaría la pérdida de legitimidad de un Estado que es el garante de un proyecto de convivencia basado en los derechos humanos.³²

Al inicio del siglo XXI en plena búsqueda de la sociedad por darle un rumbo al Perú de paz y prosperidad, es indispensable decidir abandonar una práctica constante que se utilizó para enfrentar los grandes problemas sociales, “dejar al Derecho a un costado”.

³² Joaquín González, Corrupción y Justicia Democrática, Páginas 203 a 209, Clamores, Madrid, España, 2000.