

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TC EN EL CASO EL FRONTÓN: CUANDO LAS FORMAS SON MAS IMPORTANTES QUE LOS DERECHOS¹

Juan Carlos Ruiz Molleda²

Luego de una larga espera, el Tribunal Constitucional (TC) expidió sentencia en el conocido caso de El Frontón (Exp. N° 03173-2008-PHC/TC). En ella, convalida y respalda en los hechos, la sentencia de segunda instancia en el proceso de hábeas corpus presentado por Teodorico Bernabé Montoya, la cual ordenaba dejar sin efecto -tenerla por no presentada- la denuncia fiscal contra 24 presuntos responsables de la ejecución extrajudicial de 118 personas en el caso El Frontón. En otras palabras, convalida la impunidad de estas graves violaciones a los derechos humanos.

A continuación analizaremos y rebatiremos los argumentos “formalistas” en que se funda la sentencia de mayoría, y sustentaremos por qué consideramos que al Instituto de Defensa Legal (IDL) le asistía la razón y el derecho, y en consecuencia, porque este Alto Tribunal, debió pronunciarse sobre el fondo de la controversia, ordenando la continuación del proceso penal contra los autores de la matanza de El Frontón³.

Este artículo tiene fundamentalmente tres partes, en una primera se presentan de manera sucinta los antecedentes del caso para poder entender el caso, en un segundo momento, se brindan elementos para entender porque era importante que el TC resuelva el fondo del asunto, cual es la impunidad de graves violaciones a los derechos humanos, habida cuenta que se trata de un órgano cuya función central es la defensa de los derechos fundamentales, para finalmente, analizar y evidenciar la inconsistencia de los argumentos utilizados por el TC, los cuales desnaturalizan los procesos constitucionales. Terminamos con un comentario final donde recapitulamos algunas ideas.

1.- Antecedentes del caso

En agosto de 2000, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia en el caso “Durand y Ugarte” en la cual establece la responsabilidad internacional del Estado peruano por la matanza producida en el establecimiento penal de “El Frontón” los días 18 y 19 de junio de 1986. Posteriormente, en mayo de 2001, en cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana, el Ministerio Público abrió investigación contra varias decenas de efectivos de la Marina de Guerra y algunos civiles como presuntos responsables de la ejecución extrajudicial de más de 118 personas en el establecimiento penal de “El Frontón”.

Luego, en diciembre de 2004, el Ministerio Público solo formuló denuncia penal contra 11 efectivos de la Marina como autores del delito de asesinato en agravio de Norberto Durand Vargas y Gabriel Ugarte Rivera y otros. Más adelante, en enero del año 2005, el Primer Juzgado Penal Supraprovincial de Lima abrió proceso penal contra 10 efectivos de la Marina por la comisión del delito de homicidio calificado (uno de los denunciados falleció con anterioridad a la formulación de la denuncia).

En mérito a las investigaciones que se mantuvieron en el Ministerio Público respecto al caso de la matanza en el penal “El Frontón”, la Tercera Fiscalía Penal Supraprovincial, en fecha

¹ Este artículo recoge ideas desarrolladas por el autor en diferentes artículos sobre el tema: “La obligación constitucional de los jueces de cumplir las sentencias. A propósito del caso El Frontón”, en: Revista Jurídica del Perú. Derecho privado y público, Número 92, octubre 2008, Lima, Normas Legales, págs. 58-74; “Finalidad de las normas procesales constitucionales. A propósito del caso El Frontón”, en: Revista Jurídica del Perú. Derecho privado y público, Número 93, noviembre 2008, Lima, Normas Legales, págs. 57-69. También en artículos escritos y publicados en el portal de Justicia Viva.

² Abogado, profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP, y miembros del equipo profesional del Instituto de Defensa Legal.

³ El autor de este artículo no es un tercero imparcial, junto con el abogado Carlos Rivera del Instituto de Defensa Legal es abogado patrocinador de los familiares de las víctimas de la matanza de El Frontón.

14 de febrero de 2007, formuló una nueva denuncia penal contra otros 24 efectivos de la Marina, también por la comisión del delito de homicidio calificado. Entre los denunciados se encontraba Teodorico Bernabé Montoya, quien en abril del 2007 presentó un Hábeas Corpus (HC) contra dicha decisión del Ministerio Público argumentando que la denuncia violaba su derecho al debido proceso toda vez que se estaba denunciando un hecho (delito) que por el transcurso del tiempo se encontraba prescrito.

Si bien en primera instancia, el juez del Décimo Juzgado Penal de Lima declaró infundado el HC, esta decisión fue apelada y en julio de 2007 y la Tercera Sala Penal de Reos Libres de Lima, declaró fundada la demanda, argumentando que efectivamente la matanza en el penal “El Frontón” no era una grave violación a los derechos humanos, ya que era un delito común y consecuentemente había prescrito en junio de 2006. Además, la sentencia declaró que la denuncia penal presentada por la Tercera Fiscalía Penal Supraprovincial se daba por no presentada.

Ante tal decisión, el Instituto de Defensa Legal (IDL) –en representación legal de la familia Durand Ugarte- acudió al TC porque consideró que la sentencia de la Tercera Sala Penal de Reos Libres de Lima era inconstitucional y contradecía la sólida jurisprudencia que el TC había emitido en materia de Derechos Humanos, en la que uniformemente declaraba que es responsabilidad del Estado investigar las graves violaciones a los derechos humanos. El pedido de fondo de la demanda del IDL era que el Tribunal Constitucional debía declarar la nulidad de la referida sentencia y reiterar que los crímenes de lesa humanidad y las graves violaciones a los derechos humanos son imprescriptibles.

Más adelante, el 27 de junio de 2008 el Tribunal Constitucional emite una resolución en la cual declara que ha admitido a trámite el recurso del IDL y el 27 de agosto se realizaron los informes orales en la Vista de la Causa ante el pleno de dicho colegiado. Finalmente, el 15 de diciembre del año 2008, el TC expide la sentencia recaída en el exp. N° 03173-2008-PHC/TC.

2.- ¿Por qué era importante para el TC pronunciarse sobre el fondo?⁴

La decisión en el caso el Frontón era de suma importancia y trascendencia para el estado constitucional de derecho y los derechos fundamentales en el Perú. Tenía el desafío de tomar una decisión consistente con la Constitución Política y con las obligaciones internacionales del Perú, lo cual suponía revocar la sentencia de la Tercera Sala Especializada en lo Penal para procesos con reos libres de Lima, que dispuso el archivo de la denuncia fiscal en el caso de la matanza de El Frontón. Sin embargo, claudicó y optó por no ingresar al fondo del asunto.

De lo que se trataba en buena cuenta era de acatar las sentencias de fondo y de reparaciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en el Caso Durand y Ugarte, en las cuales el tribunal interamericano ordenó investigar los hechos y procesar y sancionar a los responsables. Sin embargo, el TC optó por abdicar de su rol de garante de las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado, convalidando la sentencia de la mencionada Tercera Sala Especializada, lo cual supone, mantener en la impunidad la matanza de El Frontón, lo cual riñe con la idea de estado constitucional de derecho, además de desconocer normas, valores y principios propios del derecho constitucional y el derecho internacional.

Lo que estaba en el fondo era nada menos que el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH en este caso. En esta parte, debemos precisar que, si bien el Estado ya había

⁴ Retomamos algunas ideas desarrolladas en un artículo titulado “El desafío del Tc en el caso el Frontón” elaborado en coautoría con María Clara Galvis Patiño, el 14 de agosto del año 2008 por el portal de Justicia Viva y que puede ser consultado en: <http://www.justiciaviva.org.pe/noticias/2008/agosto/14/desafio.htm>.

cumplido parcialmente con las sentencias de fondo y reparaciones emitidas por la Corte IDH en el Caso Durand Ugarte, éstas deben ser cumplidas en su totalidad, y nos referimos concretamente a la investigación, el procesamiento y la sanción penal de los responsable, cosa que hasta ahora no se ha hecho. El derecho a la ejecución de las sentencias se desconoce no sólo en casos de total incumplimiento, sino ante supuestos de cumplimiento defectuoso, parcial o incompleto. El fundamento de esta exigencia es el principio jurídico de “identidad total entre lo ejecutado y lo establecido en la sentencia”.

El TC pretende con esto lavarse las manos, pero esto no es así. En la sentencia del Caso Durand y Ugarte del 3 de diciembre del 2001, la Corte IDH precisó *“[q]ue supervisará el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Sentencia y dará por concluido este caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en aquélla”* (punto resolutivo 6). En otras palabras, la Corte IDH ha señalado que no cierra el caso hasta que el Estado no cumpla totalmente la sentencia. Es más, la propia Corte IDH ha señalado que *“la obligación de cumplir con lo dispuesto en la sentencia del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (pacta sunt servanda) y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida”*⁵..

Con relación al argumento según el cual los delitos cometidos en El Frontón habrían prescrito, debemos afirmar que es incompatible con la jurisprudencia vinculante de la Corte IDH. En efecto, tal como ésta ha señalado en su jurisprudencia reiterada y constante respecto de casos de varios países del continente, entre otros en el Caso La Cantuta, *“el Estado no podrá volver a aplicar las leyes de amnistía [...] ni podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ni el principio non bis in idem [...] o cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables”*⁶. Esta regla jurisprudencial ha sido reiterada desde la sentencia del Caso Barrios Altos, cuando el tribunal interamericano señaló que *“son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”*⁷.

En el Caso La Cantuta la Corte IDH va más allá y establece que *“en cumplimiento de su obligación de investigar y en su caso sancionar a los responsables de los hechos, el Estado debe remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que mantengan la impunidad, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y los procedimientos respectivos y así evitar la repetición de hechos tan graves como los presentes. El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y, en su caso, sancionar penalmente a los responsables de los hechos de la Cantuta”*⁸.

Es más, en el Caso Goiburú vs. Paraguay, la Corte IDH ha reconocido que el acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos tiene naturaleza de

⁵ Resolución de 27 de noviembre del 2002, sobre cumplimiento de sentencia en el Caso Durand y Ugarte, párrafo 11.

⁶ Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párrafo 226.

⁷ Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párrafo 41.

⁸ Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párrafo 226. Ver también

norma de ius cogens: *“El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables”*⁹.

Asimismo, los magistrados del TC han desconocido su obligación de realizar un control de “convencionalidad”, es decir, de aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos cada vez que ella entre en conflicto con una norma o disposición de derecho interno con la cual sea incompatible: *“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”*¹⁰.

Resulta claro entonces, que la decisión adoptada por el TC que convalida la declaratoria de la prescripción de la acción penal incumple tanto la sentencia de la Corte IDH en el Caso Durand y Ugarte como la jurisprudencia interamericana sobre la obligación de los Estados de investigar, juzgar, y sancionar las graves violaciones de derechos humanos y, además, viola indefectiblemente el derecho a la tutela judicial efectiva, en general, y el derecho a la eficacia de las sentencias, en particular, contenidos ambos en el artículo 139 inciso 3 de la Carta Política. Se ha violado adicionalmente, el artículo 139 inciso 2, que señala que ninguna autoridad puede dilatar la ejecución de las resoluciones.

Asimismo, se ha violado el artículo 44 constitucional, que señala que uno de los deberes primordiales del Estado es *“garantizar la plena vigencia de los derechos humanos”*, uno de los cuales es el derecho a la justicia. Se desconoce de igual manera, el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que señala que es finalidad de los procesos constitucionales defender los derechos fundamentales y la supremacía normativa de la Constitución.

Pero no sólo eso, la sentencia del TC que incumple la sentencia de la Corte IDH es inconsistente con la jurisprudencia vinculante y consolidada del propio TC. En efecto, esta decisión es absolutamente incompatible con la propia jurisprudencia del TC cuando señala que las decisiones de la Corte IDH se deben cumplir: *“En consecuencia, al Tribunal Constitucional, en el presente caso no le queda más que ratificar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la ratio decidendi, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso”*¹¹.

⁹ Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 131.

¹⁰ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

¹¹ Sentencia del TC recaída en el exp. N° 00007-2007-PI/TC, FJ. 36.

En esa misma línea, esta decisión es incompatible con la propia jurisprudencia vinculante de este colegiado cuando señala que: *“La ejecución extrajudicial, la desaparición forzada o la tortura, son hechos crueles, atroces, y constituyen graves violaciones a los Derechos Humanos, por lo que no pueden quedar impunes; es decir, los autores materiales, así como los cómplices de conductas constitutivas de violación de derechos humanos, no pueden sustraerse a las consecuencias jurídicas de sus actos”*¹² (Resaltado nuestro)

Convalidar la prescripción supone cambiar la jurisprudencia constitucional sobre un conjunto de temas, como aquélla sobre tutela judicial efectiva y derecho a la eficacia de las sentencias; la jurisprudencia sobre derecho a la verdad; aquella que desarrolló la tipología sobre hábeas corpus; toda la jurisprudencia consolidada que ha desarrollado el rango constitucional de los tratados de derechos humanos, así como la que ha reafirmado la aplicación inmediata de los mismos y la ejecución de las sentencias de la Corte IDH. Igualmente, aquella que señala que no hay zonas exentas de control constitucional y la que precisa la fuerza normativa de la Constitución. Por demás, todo esto es imposible de realizar en el contexto de este proceso, habida cuenta que si el problema jurídico que debía resolver el TC estaba relacionado con la prescripción de la acción penal y el archivo de un proceso, no podía revertir todas estas líneas jurisprudenciales consolidadas, dado que no era objeto de debate en este caso.

Como podemos ver en definitiva, el archivo y la declaratoria de prescripción dicha decisión es incompatible con los tratados internacionales de los que el Perú es parte, con la jurisprudencia vinculante de la Corte IDH, con la Constitución de Perú y la jurisprudencia constitucional vinculante del TC, que exigen tanto una efectiva protección del derecho a la justicia como la garantía de la eficacia de las sentencias. Ello, además de comprometer la responsabilidad internacional del Estado¹³, que ha sentado un nefasto precedente en materia de erradicación de la impunidad de las graves violaciones de derechos humanos.

La sentencia del TC ha violado el derecho a la ejecución de las sentencias

Los magistrados del TC que han expedido la sentencia del TC recaída en el exp. N° 03173-2008-PHC/TC, han violado el artículo 139 inciso 2 de la Constitución que reconoce el derecho fundamental a la ejecución de las sentencias, sean estas expedidas por un órgano jurisdiccional nacional o supranacional.

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

*(...) 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. **Tampoco puede dejar sin efecto***

¹² Sentencia del TC recaída en el exp. N° 2488-2002-HC/TC, f.j. 5.

¹³ Según la Corte IDH en el Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, en el párrafo 67, “Este Tribunal ha establecido que la responsabilidad internacional de los Estados, en el marco de la Convención Americana, surge en el momento de la violación de las obligaciones generales, de carácter erga omnes, de respetar y hacer respetar –garantizar– las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona, recogidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado [...] En efecto, dicho artículo impone a los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y garantía de los derechos, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad internacional en los términos previstos por la misma Convención y según el Derecho Internacional general. Es un principio de Derecho Internacional que el Estado responde por los actos y omisiones de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial, aun si actúan fuera de los límites de su competencia “ (párrafo 67). Más adelante agrega que “La responsabilidad internacional del Estado se funda en “actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana” . Para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios . Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención , omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones o que exista una obligación del Estado que haya sido incumplida por éste” (párrafo 68)

resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución.
(resaltado nuestro)

Para entender la situación actual y lo que en ella se juega, es preciso de manera previa revisar qué dijo la Corte IDH en el caso *Duran y Ugarte vs. Perú*.

El 16 de agosto de 2000, la Corte IDH emitió sentencia de fondo en el caso *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. En dicha resolución, en el numeral 146 la Corte por unanimidad señala que: *“7. Decide que el Estado está obligado a hacer todo el esfuerzo posible para localizar e identificar los restos de las víctimas y entregarlos a sus familiares, así como para investigar los hechos y procesar y sancionar a los responsables”*.

Posteriormente, el 3 de diciembre de 2001 la Corte IDH expidió sentencia de reparaciones en el mismo caso. En dicha resolución la Corte señala que:

*“4. Que el Estado debe efectuar, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 39 y 40 de la presente Sentencia, las siguientes reparaciones no pecuniarias:
(...) c) investigar y sancionar a los responsables de los hechos, en virtud del punto resolutivo séptimo de la sentencia de fondo dictada por la Corte el 16 de agosto de 2000, y seguir impulsando la investigación que se tramita ante la 41 Fiscalía Penal de Lima, por el delito de homicidio en perjuicio de 30 personas, entre las cuales se encuentran Nolberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera...”*

Con fecha 27 de noviembre de 2002, la Corte Interamericana expidió una sentencia de supervisión de cumplimiento en el Caso *Durand y Ugarte (Vs. Perú)*. En la parte resolutive de dicha resolución esta Corte señala que:

“1. Declarar que, de acuerdo con el principio pacta sunt servanda, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estado tiene el deber de dar pronto cumplimiento a todo lo ordenado en las sentencias de 16 de agosto de 2000 y 3 de diciembre de 2001 dictadas por la Corte IDH en el Caso Durand y Ugarte”.

Luego, agrega la Corte que:

“2. Requerir al Estado que proceda a investigar, procesar y sancionar a los responsables de los hechos”.

Finalmente con fecha 5 de agosto de 2008, la Corte IDH expidió resolución de supervisión de Cumplimiento de Sentencia en el *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. En ella, en su parte resolutive, luego de reconocer lo que ha cumplido el gobierno¹⁴ precisa las obligaciones que están pendientes de cumplimiento:

14 “1. Que de conformidad con lo señalado en los Considerandos 5 a 8 de la presente Resolución el Estado ha dado cumplimiento total al requerimiento de pagar la cantidad de US\$125.000,00 (ciento veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América) a Virginia Bonifacia Ugarte Rivera de Durand y Nolberto Durand Vargas, padres de Nolberto Durand Ugarte y a la vez, hermana y cuñado, respectivamente, de Gabriel Pablo Ugarte Rivera (punto resolutive segundo de la Sentencia).

2. Que de conformidad con lo señalado en los Considerandos 17 a 20 de la presente Resolución el Estado ha dado cumplimiento total al requerimiento de disponer en una Resolución Suprema, la publicación del acuerdo de “una expresión pública de solicitud de perdón a las víctimas por los graves daños causados” y una ratificación de la voluntad de que no volverán a ocurrir hechos de este género (punto resolutive cuarto inciso b) de la Sentencia).

3. Que de conformidad con lo señalado en la presente Resolución, el Estado ha dado cumplimiento parcial, en lo pertinente, a los siguientes puntos resolutive de la Sentencia de Reparaciones y Costas:

a) publicar la Sentencia de Fondo dictada por la Corte el 16 de agosto de 2000 en el Diario Oficial El Peruano (punto resolutive cuarto inciso a) de la Sentencia); y

b) identificar y entregar los restos de Norberto Durand Ugarte a sus familiares (punto resolutive cuarto inciso d) de la Sentencia)”.

“4. Que mantendrá abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento de los puntos pendientes de acatamiento en el presente caso, a saber:

[...]

c) investigar y en su caso sancionar a los responsables de los hechos, en virtud del punto resolutivo séptimo de la sentencia de fondo dictada por la Corte el 16 de agosto de 2000, y seguir impulsando la investigación que se tramita ante la 41 Fiscalía Penal de Lima por el delito de homicidio en perjuicio de 30 personas, entre las cuales se encuentran Norberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera (punto resolutivo cuarto inciso c) de la Sentencia);

y

[...]. (Resaltado nuestro)

Son estas sentencias las que han sido incumplidas por el TC cuando expide la sentencia recaída en el exp. N° 03173-2008-PHC/TC, que convalida la impunidad de la matanza de El Frontón y deja en la indefensión a los familiares de las víctimas. Como podemos apreciar, la sentencia del TC debía pronunciarse por el acatamiento de la sentencia de la Corte IDH, y lo que hizo fue incumplirlas. Con ello el TC ha desconocido el derecho humano y constitucional a la ejecución de las sentencias, el cual tiene cobertura tanto en la Constitución Política como en los instrumentos de protección internacional de los derechos humanos.

Consecuencias de la sentencia del TC en materia de derechos humanos

La expedición de la sentencia recaída en el exp. N° 03173-2008-PHC/TC, ha traído graves y nefastas consecuencias para la expectativa de justicia de los familiares de las víctimas de la matanza de El Frontón y para las víctimas y para los familiares, en todos los casos de graves violaciones a los derechos humanos. En primer lugar, la consecuencia más directa es que la denuncia contra Teodorico Bernabé Montoya quedará archivada definitivamente. De hecho ocurrirá lo mismo en relación a los otros 23 marinos denunciados en esa misma denuncia. Con ello una parte del caso de la matanza de “El Frontón” quedará en la absoluta impunidad.

En segundo lugar, otra consecuencia es que resulta casi seguro que los efectivos de la Marina actualmente procesados en el Poder Judicial presentarán tanto la sentencia de la Tercera Sala Penal con Reos Libres y la reciente sentencia del Tribunal Constitucional argumentando que a ellos les asiste el mismo derecho, con lo cual se pondrá como objetivo clausurar y archivar de manera definitiva la investigación judicial del caso. En tercer lugar, es altamente probable que los perpetradores de violaciones a los derechos humanos en otros casos decidan seguir los pasos de Bernabé Montoya porque esa estrategia resulta ganadora y finalmente ahora hay la certeza que no será cuestionada por el Tribunal Constitucional.

En cuarto lugar, el TC en su afán de construir una cobertura legal a personajes del poder directamente involucrados en el caso, han terminado generando una situación de desamparo sobre muchas víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, al haber recortado sustancialmente su margen de intervención en casos de violaciones a los Derechos Humanos, abdicando de las funciones encomendadas por la propia Constitución. Finalmente, la sentencia del Tribunal Constitucional constituye un lamentable ejemplo de cómo un ente llamado a proteger los derechos de las personas termina sometido a las presiones políticas y se convierte en un instrumento de impunidad.

3.- Análisis de los argumentos de forma utilizados por el TC en el Caso El Frontón

La sentencia del TC evita pronunciarse sobre el fondo del asunto, pues dice que carece de competencia. Con ese fin invoca argumentos de forma. En primer lugar, pone en cuestión la

competencia del TC para conocer el recurso de agravio constitucional, luego, cuestiona y niega la legitimidad procesal de IDL para intervenir en el proceso, a continuación, más adelante, cuestiona la legitimación activa en los procesos constitucionales de los *amicus curiae*. También cuestiona el hecho que las sentencias no acatadas por la sentencia en segunda instancia, no sean precedentes vinculantes, para terminar cuestionando el supuesto “anarquismo procesal”.

3.1.- La competencia del TC para conocer el recurso de agravio constitucional

En relación con el primer argumento, lo que hace el TC es cuestionar la dación del precedente vinculante (exp. N° 4853-2004-PA/TC) que crea el recurso de agravio constitucional a favor del precedente, que es el que habilita la legitimidad activa de IDL en el presente caso, en representación de las víctimas de la matanza de El Frontón. La posición de esta sentencia, es que no se ha cumplido con los requisitos establecidos para su dación y que fueron fijados por el propio TC (exp. N° 0024-2003-AI/TC¹⁵) llegando a señalar que “[de] los cinco presupuestos básicos para la aprobación de un precedente vinculante, este Tribunal constata que el fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC no cumple con ninguno de estos presupuestos básicos para haber sido aprobado como precedente vinculante” (f.j. 5)¹⁶.

El voto singular del ex presidente del TC Landa Arroyo, sale a responder a este argumento, señalando que solo basta cumplir con uno no solo y no con los 5 que señala la sentencia recaída en el exp. N° 0024-2003-A/TC: “Si hay algo que la resolución de la mayoría debió resolver previamente, ello es determinar si dichos presupuestos son concurrentes o alternativos. Es evidente que son alternativos, pues de una leal interpretación se deriva que no es necesario que todos ellos concurren previamente al establecimiento de un precedente vinculante sino que basta la presencia, cuando menos de uno de ellos” (f.j. 42 del voto singular de Landa Arroyo). A juicio de Landa Arroyo, si se cumple uno de los supuestos de creación “sí se cumple, cuando menos, uno dichos presupuestos, concretamente el que se refiere el punto b) que dice: “[c]uando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma”. (f.j. 42 del voto singular de Landa Arroyo)

Coincidimos con el voto en minoría, pues estimamos muy difícil la expedición de precedentes vinculantes si habría que cumplir con los cinco supuestos: “(i) La existencia de interpretaciones contradictorias, (ii) La comprobación de interpretaciones erróneas de alguna norma perteneciente al bloque de constitucionalidad, (iii) La necesidad de llenar un vacío

¹⁵ Los cinco presupuestos básicos para la aprobación de un precedente vinculante, que son: “(i) La existencia de interpretaciones contradictorias, (ii) La comprobación de interpretaciones erróneas de alguna norma perteneciente al bloque de constitucionalidad, (iii) La necesidad de llenar un vacío legislativo, y (iv) La corroboración de normas que sea susceptibles de ser interpretadas de manera diversa, y (v) La necesidad de cambiar un precedente vinculante. También se debe revisar la sentencia recaída en el exp. N° =3741-2004-AA/TC sobre los presupuestos para su expedición que completa lo señalado en la sentencia recaída en el exp. N° 0024-2003-AI/TC .

¹⁶ Analiza uno a uno los supuestos para creación del precedente pero irlos descartando: (i) “En la praxis judicial no existía interpretaciones contradictorias del inciso 2) del artículo 202º de la Constitución, ni del artículo 18º del Código Procesal Constitucional. La interpretación pacífica, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es que el Tribunal sólo conoce las demandas desestimadas en segundo grado; (ii) Asimismo, tampoco sirvió para aclarar alguna interpretación errónea de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad; (iii) Tampoco existía ningún vacío legislativo, ya que tanto la Constitución como el propio Código Procesal Constitucional tienen contemplados de manera precisa los casos en los que es posible interponer un Recurso de Agravio Constitucional. Ello quiere decir, que un precedente vinculante no puede reformar el texto expreso de la Constitución pues está únicamente puede ser reformada siguiendo el procedimiento previsto en su artículo 206.º. Además conforme al principio de interpretación conforme a la Constitución el Tribunal Constitucional, y por ende, el recurso de agravio constitucional, sólo procede contra resoluciones denegatorias; (iv) No existían interpretaciones diversas de la Constitución o del Código Procesal Constitucional. Muy por el contrario, lo que se observa es que el precedente vinculante del fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC, ha sido concebido en abierta contradicción con la Constitución, el Código Procesal Constitucional y los presupuestos básicos para la aprobación de un precedente vinculante establecidos en la STC 0024-2003-AI/TC; (v) Y, por último, tampoco se estableció con la finalidad de cambiar algún precedente vinculante preexistente”. (f.j. 5)

legislativo, y (iv) La corroboración de normas que sea susceptibles de ser interpretadas de manera diversa, y (v) La necesidad de cambiar un precedente vinculante” (exp. N° 0024-2003-AI/TC).

El TC es inconsistente consigo mismo

Como hemos visto, el TC se ha pronunciado en contra de la revisión, ante este Tribunal, de sentencias estimatorias en segunda instancia de procesos constitucionales, por considerar que esta fue creada a través de un precedente vinculante sin cumplirse los cinco requisitos que el propio TC exigía, sin embargo, ello entra en contradicción con la sentencia expedida en el caso de El Frontón, donde reconoce su validez. En dicho pronunciamiento (Caso el Frontón), reconoce que el camino procesal para cuestionar la sentencia del Poder Judicial en el proceso de Habeas Corpus que declaró la prescripción de los delitos cometidos en dicha matanza, era el amparo contra amparo, es decir, el amparo contra una sentencia estimatoria en segunda instancia y que según una interpretación literal del artículo 202 inciso 2 no debería subir al TC:

“Que por ello, este Tribunal considera que la sentencia de segunda instancia del presente proceso de hábeas corpus tiene la calidad de cosa juzgada, con efectos interpartes, en tanto se encuentre subsistente, pues quien se considere afectado por su contenido tiene expedida la vía del proceso de amparo contra amparo si los plazos procesales lo permiten” (exp. N° 03173-2008-HC/TC, f.j. 8).

¿En qué quedamos? ¿Se puede revisar o no en sede constitucional (justicia constitucional) una sentencia estimatoria en segunda instancia expedida en un proceso constitucional? El TC admite esta posibilidad en su sentencia, y luego en ella misma dice que no es posible bajo ningún punto de vista. Esta posición es incongruente e inconsistente y solo genera confusión entre los operadores del sistema de justicia, afectando gravemente la seguridad jurídica.

Como muy bien señala el voto singular del magistrado César Landa (exp. N° 03173-2008-HC, f.j. 49). En dicha oportunidad, este magistrado llamo la atención que *“la resolución de la mayoría carece de coherencia narrativa cuando señala, en su considerando 8, que quien se considere afectado por la sentencia de segunda instancia del presente hábeas corpus puede recurrir al amparo contra amparo. Sin embargo, en la lógica de una interpretación literal o textualista, que propugna la mayoría, sería más bien una figura no prevista en la Constitución o proscrita en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, a tenor del artículo 5°.6 del Código Procesal Constitucional. Peor aún si el amparo contra amparo ha sido incluida como precedente en la STC 4853-2004-AA/TC, que es precisamente la que ahora se pretende dejar sin efecto. Un magistrado constitucional debe caracterizarse por la coherencia de sus decisiones, pero no es positivo que sea el reflejo más bien de obvias contradicciones con ellas”*.

Habría que recordarle al TC lo establecido por el mismo en un fallo en el *Caso Giuliana Llamoja* sobre la fundamentación de las sentencias. En dicha ocasión el TC dijo que: *“la incoherencia narrativa se presenta cuando existe un discurso confuso, incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión, produciéndose así una manifiesta incoherencia narrativa, y cuya consecuencia lógica puede ser la inversión o alteración de la realidad de los hechos, lo que la hace incongruente e inconstitucional”*. (Exp. N° 00728-2008-PHC/TC, f.j. 20).

El recurso de agravio constitucional excepcional a favor del precedente vinculante tiene fundamental constitucional¹⁷

El recurso de agravio constitucional a favor del precedente, no son excesos tienen fundamento constitucional y es coherente y consistente con los fines de los procesos constitucionales. Se trata de una solución, con sustento constitucional sólido, ante el problema recurrente de la falta de respeto y acatamiento de los precedentes vinculantes por los jueces del Poder Judicial, problema que se hizo más álgido a propósito de los casos de casino y tragamonedas.

Tal como lo señalamos en su oportunidad¹⁸, el fundamento de este recurso que hoy intenta negar el Presidente del TC¹⁹, es la doctrina de este mismo colegiado que señala que no hay zonas exentas de control constitucional, pues ello supondría que el poder constituido (El Poder Judicial y sus sentencias que se desvinculan de precedentes vinculantes) está por encima del poder constituyente y de la propia Constitución. Es decir, se reconocería que los jueces están por encima de la Constitución. Y ello no es posible constitucionalmente, pues se *“estaría admitiendo la posibilidad de decisiones arbitrarias lo cual está vedado en un Estado de Derecho, donde no deben quedar zonas exentas de control”* (EXP. N.º 0090-2004-AA/TC, f.j. 17). Con esa lógica por ejemplo, no debería de existir el amparo electoral ni la sentencia del FONAVI, pues la Constitución expresamente ha prohibido la revisión en sede jurisdiccional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones.

Como sabemos, solo podía ser revisado por el TC las resoluciones en segunda instancia en los procesos de habeas corpus y amparo, cuando estos era denegatorios, más no cuando los mismos eran estimatorios, por mandato expreso del artículo 202 inciso 2 de la Constitución. Sin embargo, esta interpretación literal de la referida disposición constitucional, sólo generaba el sistemático incumplimiento de los jueces de los precedentes vinculantes.

Ante esta situación la solución que adoptó el TC en la sentencia que crea el recurso de agravio constitucional en favor del precedente (exp. N.º 4853-2004-PA/TC, f.j. 32) fue acertada desde nuestro punto de vista. Este señaló que cuando el artículo 202 inciso 2 de nuestra Constitución Política señala que el TC conoce en última y definitiva instancia de las resoluciones “denegatorias” en los procesos constitucionales, *“ello no debe ser interpretado como que está proscrita por la Constitución la revisión por este Colegiado, vía recurso de agravio constitucional, de una decisión estimatoria de segundo grado cuando ésta haya sido dictada en desacato de algún precedente constitucional vinculante, emitido por este Colegiado. El concepto “denegatorio” requiere pues de un nuevo contenido a la luz de los principios de interpretación constitucional y de la doble dimensión que expresan los derechos fundamentales y su tutela por parte de este Colegiado en el contexto del actual Estado Social y Democrático de Derecho”* (exp. N.º 4853-2004-PA/TC, f.j. 32).

Teníamos una norma constitucional como es el artículo 202 inciso 2, que “impedía” la vigencia y la supremacía de la propia Constitución Política, al limitar la posibilidad de ejercer control de constitucionalidad sobre las resoluciones judiciales estimatorias en segunda instancia en procesos constitucionales. Esta norma entraba en contradicción con un conjunto de normas constitucionales que garantizan la fuerza normativa de la Constitución (artículos 38, 45, 46, 51 y 138), y con el propio artículo 200 inciso 2 que reconoce el proceso de amparo ante cualquier violación de derechos fundamentales.

¹⁷ Sobre la condiciones y los presupuestos básicos de los precedentes vinculantes ver las sentencias recaídas en los exp. N.º 0024-2003-AI/TC y 03741-2004-AA/TC.

¹⁸ Ver nuestro artículo “Creación de recurso de agravio constitucional garantizará el respeto de los precedentes vinculantes expedidos por el Tribunal Constitucional”. Ver: http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2007/junio/07/informe_juridico.doc.

¹⁹ Discurso del Presidente del Tc Juan veragra Gotello al asumir el cargo el 6 de enero del año en curso.

Como se puede advertir, el problema era que la interpretación literal del artículo 202 inciso 2 de nuestra Carta Política, desconocía los principios de *unidad de la Constitución y concordancia práctica*, pues en su pretensión de defender la literalidad de dicha norma, “sacrificaba” la eficacia del control de constitucionalidad a cargo del TC, con lo que despojaba a la norma suprema de una garantía jurisdiccional eficaz de protección. Además, lejos de optimizar el modelo de control de constitucionalidad, la interpretación la recortaba y la dismunía. Según el primero, la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un: *“‘todo’ armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto”*.²⁰ Por su parte, el segundo principio exige que toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta *“optimizando su interpretación”*²¹.

La consecuencia es evidente: ante un caso de vacío o de lagunas, el TC tiene que integrar y dar una solución al problema que se le plantea. Las sentencias interpretativas son las soluciones que se dan ante los silencios, los vacíos y las omisiones legislativas del Congreso que constituyen violaciones de los derechos humanos o una vulneración de la norma suprema²². La solución dada fue reinterpretar una norma constitucional (artículo 202 inciso 2) y una norma legal (artículo 18 del CPC) con el objeto de impedir la generación de vacíos y desórdenes. Se trataba en buena cuenta de impedir que las omisiones legislativas y constitucionales generen situaciones de mayor violación de la Constitución Política y afectación de derechos fundamentales²³. La cobertura constitucional de la reinterpretación solo es posible, a través de una interpretación sistemática de los principios constitucionales de “conservación de la ley”, “interpretación desde la Constitución Política”, “no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley”, “primacía de la Constitución” y “concordancia práctica”.

Asimismo, permitir que continuara el desconocimiento de los precedentes vinculantes por parte de los magistrados del Poder Judicial suponía, en los hechos, la abdicación por parte del TC de sus funciones constitucionales. Como el mismo TC lo ha reconocido, por mandato constitucional (artículo 201º) no sólo tiene la facultad sino también la obligación de defender la jurisdicción que la Constitución le reconoce, bajo el imperativo de tutelar los derechos fundamentales y la supremacía jurídica de la Constitución, de acuerdo con el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional²⁴. En efecto, le correspondía al TC *“no sólo preservar sus atribuciones y facultades que la Constitución le reconoce respecto de los procesos constitucionales que son de su competencia, tal como lo dispone el artículo 3º de su Ley Orgánica, sino también vigilar que sus sentencias sean cumplidas plenamente y en su oportunidad, al constituir concreciones finales de la propia Norma Fundamental. Si el Tribunal no pudiera disponer el cumplimiento obligatorio de todos aquellos actos necesarios para el cabal cumplimiento de sus sentencias, entonces estaría en cuestión su carácter de ‘órgano de control de la Constitución’ y se contravendría flagrantemente los artículos 200º, 201º y 202º de la Constitución”*. (exp. N° 006-2006-PCC/TC, f.j. 8).

Los argumentos antes expuestos nos permiten concluir que el recurso de agravio a favor del precedente, que habilita al TC a revisar sentencias estimatorias en procesos constitucionales, no son un acto de “decisionismo” arbitrario ni un exceso, sino que tiene un sustento constitucional. En efecto, independientemente que coincidamos con él, existe una

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibidem.

²² Retomamos aquí lo desarrollado por el autor en: *En defensa del Tribunal Constitucional: 10 razones jurídicas para resguardar sus potestades interpretativas*, Justicia Viva, Lima 2006, págs. 28 y sgts.

²³ Como señala el TC: “[...] la experiencia demuestra que residualmente la declaración de inconstitucionalidad puede terminar siendo más gravosa desde un punto de vista político, jurídico, económico o social, que su propia permanencia dentro del ordenamiento constitucional. Así, pues, los efectos de dicha declaración pueden producir, durante un ‘tiempo’, un vacío legislativo dañoso para la vida coexistencial”. Sentencia recaída en el expediente 0004-2004-CC/TC, f.j. 3.3 (sic), en la demanda que el Poder Judicial interpuso contra el Poder Ejecutivo en materia de presupuesto.

²⁴ Sentencia del TC recaída en el exp. N° 006-2006-PCC/TC, f.j. 7.

fundamentación consistente que es preciso analizar y rebatir, o contra argumentar. Este mecanismo el que IDL ha utilizado.

3.2- La “supuesta” falta de legitimidad procesal de IDL para intervenir en el proceso

Los abogados de IDL si tenían legitimidad para intervenir en el proceso en la medida en que son tercero interesado con legítimo interés, pues son abogados de los familiares de Nolberto Durand Ugarte y de Gabriel Ugarte Rivera, víctimas de la matanza de El Frontón. Sin embargo, esto ha sido desconocido por la sentencia del TC recaída en el exp. N° 03173-2008-PHC/TC. En efecto, el interés de IDL estaba en que una sentencia que confirme la resolución en segunda instancia que ordene dejar sin efecto la denuncia fiscal contra los presuntos responsables de dicha ejecución extrajudicial, tal como el TC ha hecho finalmente, no solo afecta las expectativas de justicia y reparación de los familiares de las víctimas de la matanza de El Frontón, sino que viola su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y mas en concreto, su derecho de acceso al órgano jurisdiccional contenido en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución, así como su derecho a la protección estatal de sus derechos a través del Poder Judicial, consagrado en el artículo 44 de la misma Carta Política.

Según la doctrina, la legitimidad²⁵ del tercero interesado tiene un fundamento distinto al actor y al demandado, *“en tanto no participa en juicio defendiendo directamente una atribución, sino precaviéndose en contra de los posibles efectos que una sentencia pudiera depararle”*²⁶. No se trata de una figura ajena al derecho procesal en general y al derecho procesal constitucional *“de modo indirecto la actuación del tercero interesado tiene el efecto de garantizar a aquel que tiene tal carácter para que no se le perjudique en sus atribuciones, pero ello es como consecuencia de la sentencia y no repito, de la pretensión de satisfacer las competencias que estime propias”*²⁷.

Procesalmente, la legitimación del IDL estaba habilitada por el precedente vinculante contenido en la sentencia recaída en el exp. N° 04853-2004-AA/TC. En el fundamento 40 de dicha sentencia, se señala que un tercero que no es parte en el proceso puede intervenir en el proceso siempre que tenga interés legítimo:

*“B) Regla sustancial: El recurso de agravio a favor del precedente tiene como finalidad restablecer la violación del orden jurídico constitucional producido a consecuencia de una sentencia estimatoria de segundo grado en el trámite de un proceso constitucional. El recurso puede ser interpuesto por la parte interesada o por un **tercero afectado directamente y que no haya participado del proceso**, sea por no haber sido emplazado o porque, tras solicitar su incorporación, le haya sido denegada por el órgano judicial respectivo. El Tribunal resuelve en instancia final restableciendo el orden constitucional que haya resultado violado con la decisión judicial y pronunciándose sobre el fondo de los derechos reclamados”.* (Resaltado nuestro)

²⁵ “Entenderíamos por legitimación la capacidad de activar o poner en marcha un proceso constitucional concreto”. Ver Ignacio Torres Muro, La legitimación en los procesos constitucionales, Editorial Reus, Madrid, 2007, pág. 25; “Un sector de la doctrina entiende por legitimación en los procesos constitucionales como “un derecho a acceder a la jurisdicción constitucional que otorga la posibilidad de iniciar un proceso y de disponer sobre la actividad alegatoria y sobre la pretensión procesal” ver: J. García Roca, El conflicto ente órganos constitucionales. Madrid, 1987, pág. 66. citado por Ignacio Torres, op. cit., pág. 25. Finalmente, “la legitimación se identifica con la capacidad de ser parte principal en un procedimiento constitucional suscitado ante el Tribunal Constitucional”R. Canosa Usera, la legitimación autonómica en el proceso constitucional, Madrid, 1992, pág. 42, citado por Ignacio Torres, op. cit., pág. 25.

²⁶ José Ramón Cossío Díaz, Las partes en las controversias constitucionales, en: Cuestiones Constitucionales, núm. 16, enero – junio 2007, Revista de la Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, pág. 131. Agrega este autor que “Poder considerar que el tipo de interés requerido es legítimo, es decir, donde la afectación no debe darse respecto de una atribución expresamente reconocida por el orden jurídico, sino respecto a la posición que un determinado sujeto pueda tener dentro del orden jurídico. Por lo mismo, no puede exigirse que la posición que sustente el poder u orden que pretenda participar como tercero interesado sea la de una posición en el orden jurídico y siempre en relación con la sentencia”.

²⁷ *Ibidem*.

Queda claro entonces, que el IDL tenía no solo legítimo interés para intervenir por ser defensores de las víctimas de la matanza de El Frontón, sino legitimación activa para intervenir por reconocimiento expreso del precedente vinculante del Tc recaído en el exp. N° 04853-2004-AA/TC.

Pero además, la legitimidad de IDL venía habilitada también por la dimensión individual y colectiva del derecho constitucional a la verdad reconocido por este tribunal, en su sentencia (Genaro Villegas Namuche, exp. N° 2488-2002-HC/TC, f.j. 17).

*“17. Asimismo, el derecho a la verdad, en su **dimensión colectiva**, es una concretización directa de los principios del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno, pues mediante su ejercicio se posibilita que todos conozcamos los niveles de degeneración a los que somos capaces de llegar, ya sea con la utilización de la fuerza pública o por la acción de grupos criminales del terror. Tenemos una exigencia común de que se conozca cómo se actuó, pero también de que los actos criminales que se realizaron no queden impunes. Si el Estado democrático y social de derecho se caracteriza por la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, es claro que la violación del derecho a la verdad no sólo es cuestión que afecta a las víctimas y a sus familiares, sino a todo el pueblo peruano. Tenemos, en efecto, el derecho a saber, pero también el deber de conocer qué es lo que sucedió en nuestro país, a fin de enmendar el camino y fortalecer las condiciones mínimas y necesarias que requiere una sociedad auténticamente democrática, presupuesto de un efectivo ejercicio de los derechos fundamentales. **Tras de esas demandas de acceso e investigación sobre las violaciones a los derechos humanos, desde luego, no sólo están las demandas de justicia con las víctimas y familiares, sino también la exigencia al Estado y la sociedad civil para que adopten medidas necesarias a fin de evitar que en el futuro se repitan tales hechos**”.* (Subrayado nuestro)

Es decir, no solo existía el derecho de los familiares de las víctimas a la protección judicial, sino el derecho a la verdad cuyo titular somos todos los peruanos, independientemente de las víctimas directas de la matanza de El Frontón. Los peruanos y entre ellos el IDL, teníamos un legítimo interés de conocer los hechos. En todo caso debemos de decir que la legitimidad de IDL ha sido establecida y fijada por el propio TC. En efecto, está establecida en primer lugar por el fundamento 5 de la propia resolución expedida por este colegiado que declaró fundado el recurso de queja²⁸. Esta resolución señaló que: “5. *Que de autos se advierte que la entidad recurrente se encuentra legitimada para interponer el RAC, de conformidad con lo dispuesto en el fundamento jurídico 40 de la STC 4853-2004-PA*”.

Queda claro entonces que el IDL si tenía y tiene legitimidad para intervenir en el proceso en la medida en que es abogado de los familiares de Nolberto Durand Ugarte y de Gabriel Ugarte Rivera, víctimas de la matanza de El Frontón, dado que el cierre y el archivamiento del proceso penal contra los autores y responsables, tal como el TC lo ha hecho a través de su sentencia recaída en el exp. N° 03173-2008-PHC/TC, viola no solo el derecho a la efectiva protección judicial de los derechos de estas personas (art. 44 de la Constitución Política) y el derecho de acceso al órgano jurisdiccional contenido de la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139.3 de la Constitución y el artículo 4 del Código Procesal Constitucional), sino la legítima expectativa de justicia y de reparación de los mismos.

La sentencia del TC desconoció que el recurso de queja era el mecanismo procesal más idóneo para tutelar el derecho a la verdad

²⁸ Sentencia del TC recaída en exp. N° 245-2007-Q/TC, Instituto de Defensa Legal contra Teodorico Bernabé Montoya f.j. 5.

Queremos insistir en un punto. La sentencia del TC recaída en el exp. N° 03173-2008-PHC/TC es incompatible con el derecho a la verdad, de rango constitucional, y cuya fundamento se encuentra en el principio de la dignidad humana, y en los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad personal, según una sentencia vinculante de este alto tribunal. (Geranio Villegas Namuche, exp. 2488-2002-HC/TC, FJ. 10). Según el propio TC, *“La Nación tiene el derecho de conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal. Tal derecho se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ellos ocurrieron, así como los motivos que impulsaron a sus autores. El derecho a la verdad es, en ese sentido, un bien jurídico colectivo inalienable”*²⁹.

Asimismo, debemos señalar que en estas circunstancias, el recurso de queja, era herramienta procesal más idónea para hacer valer el derecho a la verdad, el derecho a la tutela judicial, y a la protección judicial de los familiares de las víctimas. En efecto, si partimos de la doctrina dictada por este tribunal en el sentido que no puede haber derechos sin garantías para hacerlos valer (Gernaro Villegas Namuche, exp. 2488-2002-HC/TC, FJ. 10), necesariamente tenemos que concluir que el recurso de queja, en las particulares circunstancias de este caso, es la única forma de defender y proteger el derecho a la verdad, más aún si tenemos en cuenta que tal como lo ha señalado este tribunal, la verdad es un bien jurídico no sólo individual, sino también colectivo inalienable, así como una forma de reparación de las víctimas. En definitiva, no había otra manera de participar en el proceso en ese momento.

No obstante ello, el TC ha optado en su sentencia recaída en el exp. N° 03173-2008-PHC/TC por declarar la prescripción de graves violaciones de derechos humanos como las ejecuciones extrajudiciales que ocurrieron en la Matanza de El Frontón.

3.3.- La legitimación activa en los procesos constitucionales de los *amicus curiae*

Según la sentencia en el caso El Frontón, el *amicus curiae* no puede ser parte en el proceso, y en consecuencia, no puede interponer recursos impugnativos. En consecuencia, IDL que presentó primero un Amicus curiae en el proceso de habeas corpus cuando este estaba en el Poder Judicial, no podía presentar primero un recurso de agravio constitucional y luego un recurso de queja. En palabras del TC el recurso de queja y, por ende, el recurso de agravio constitucional interpuestos por el IDL serían nulos de pleno derecho. El TC deduce del artículo 36.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales tres reglas: *“Del artículo transcrito, puede concluirse que los amicus curiae intervienen en los procesos de tutela de derechos humanos: a) cuando son invitados por el Presidente de la Corte; b) en calidad de terceros y no de partes del proceso; y c) para presentar observaciones por escrito o a participar en la vista”* (f.j. 12).

En base a estos criterios, el TC concluye que los *amicus curiae* *“no tienen derecho a la acción y ni siquiera actúan como parte procesal sino sólo como portadores de una opinión cualificada, política o técnica, que el Tribunal desea conocer. Por tanto, el Instituto de Defensa Legal no tenía la capacidad procesal para interponer los recursos de queja y agravio constitucional, pues actuaba como amici curiae y no como parte del proceso de hábeas corpus”* (f.j. 13). Agrega en consecuencia que los recursos presentados por el IDL *“son nulos de pleno derecho por contravenir el principio de legalidad de las formas, ya que los medios impugnatorios sólo pueden ser interpuestos por las partes del proceso y no por los amicus curiae, ya que éstos no tienen la calidad de partes ni mediatizan, desplazan o reemplazan a éstas”*.

²⁹ Sentencia del Tc recaída en el exp. N° 2488-2002-HC/TC, f.j. 8.

En relación con esto, debemos señalar con claridad que no hay ninguna norma procesal ni sustantiva que prohíba la presentación de RAC a aquellos que antes han presentado *amicus curiae*. Habría que invocar el mismo argumento de legalidad procesal para cuestionar al TC cuando intentan que se respete una norma que no existe. Exigir el cumplimiento de una regla que no existía, viola el principio de seguridad jurídica. No podemos ignorar el principio constitucional de seguridad jurídica. Se trata de un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta Fundamental, que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca “asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad”³⁰.

Quienes si han violado las normas procesales son el propio TC. Efectivamente, el TC ya no podía evaluar la procedencia y la legitimación procesal en la sentencia recaída en el exp. N° 03173-2008-PHC/TC, pues ya había admitido el recurso de queja al declararlo fundado³¹. Debíó entrar a analizar el fondo del asunto. Si estimó que no era procedente debíó de hacerlo al momento de declarar fundado el recurso. La sentencia que creó el recurso de agravio constitucional excepcional señala que el TC debe ir al fondo, pues las normas del RAC se aplican a la queja: “El Tribunal resuelve en instancia final restableciendo el orden constitucional que haya resultado violado con la decisión judicial y pronunciándose sobre el fondo de los derechos reclamados”. (04853-2004-AA/TC. FJ. 40) (Resaltado nuestro).

Como podemos ver, si realmente existieron elementos que le hubieran permitido no estimar el recurso, porque no era procedente, debíó de hacerlo al momento de decidir sobre la admisión del recurso, y no en la sentencia recaída en el exp. N° 03173-2008-PHC/TC tal como lo hizo finalmente este alto tribunal.

3.4.- Las sentencias sobre la tipología de los hábeas corpus y el derecho a la verdad incumplidas por la sentencia de la Tercera Sala Penal de Reos Libres de Lima que declaró fundado el Hábeas Corpus, tienen “materialmente” fuerza de precedente vinculante en aplicación del principio *pro homine*

El TC ha señalado como un vicio procesal que el IDL invoque como precedentes vinculantes jurisprudencia que solo tenía carácter de doctrina jurisprudencial³². Refiriéndose al IDL el TC señala: “Invocaron como precedentes vinculantes sentencias del Tribunal Constitucional que sólo constituían doctrina jurisprudencial (STC 2663-2003-HC/TC, Tipología del Hábeas Corpus; y STC 2488-2002-HC/TC, sobre el derecho a la verdad)”³³. Este cuestionamiento solo tiene sentido si se tiene en cuenta que el TC ha señalado que el recurso de agravio constitucional solo procede cuando una sentencia estimatoria en segundo grado, desconoce o se aparta de los precedentes vinculantes fijados por el TC, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional³⁴.

¿Cuál es el problema? Si el Código Procesal Constitucional que entró en vigencia en diciembre del año 2004 introdujo la denominación de “precedente vinculante”, y sabemos bien que la jurisprudencia del TC es vinculante desde antes del Código Procesal

³⁰ Sentencias del TC acumuladas recaídas en los expedientes N° 0001/0003-2003-AI/TC, f.j. 3.

³¹ Sentencia del TC recaída en exp. N° 245-2007-Q/TC, f.j. 5.

³² “La invocación mecánica de doctrina jurisprudencial como si se tratase de precedentes vinculantes, tenía como propósito obviar la interposición de una demanda de amparo para enervar la resolución de segundo grado que declara fundada la demanda de hábeas corpus de don Teodorico Bernabé Montoya. Para ello decidieron utilizar la vía más expeditiva del Recurso de Agravio Constitucional, que el referido fundamento 40 sólo habilitaba en casos de trasgresión de un precedente vinculante. Por tanto esta actividad procesal constituye una abierta festinación de trámites que no se condice con la Constitución, el Código Procesal Constitucional y el precedente vinculante invocado”. (f.j. 7)

³³ Sentencia del TC recaída en el exp. N° 03173-2008-PHC/TC, f.j. 7.

³⁴ “Artículo VII.- Precedente

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”.

Constitucional, la pregunta que debemos de hacernos, es acerca de la naturaleza de las sentencias vinculantes del TC que han creado el derecho a la verdad o que han creado y desarrollado la tipología de los procesos de hábeas corpus, que son anteriores a la entrada en vigencia de este código. ¿Serán doctrina jurisprudencial o precedente vinculante? Una interpretación literal dirá que como no son en sentido estricto y expreso precedente vinculante, no procede el RAC.

No compartimos, esta posición, pues nos parece que es incompatible con la esencia de los procesos constitucionales. La opción interpretativa de IDL ha sido entenderlos como precedentes vinculantes, dado que se trata de sentencias de suma importancia pues están referidas al principio de la dignidad humana y a la tipología de habeas corpus, en consonancia con el principio *pro homine* que nos exige optar por aquella interpretación que maximice la protección de los derechos fundamentales.

Efectivamente, las sentencias vinculantes referidas sobre la tipología de los hábeas corpus y del derecho a la verdad, que han sido violadas por el TC en la sentencia recaída N° 03173-2008-PHC/TC, fueron expedidas por el TC antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional (Ley 28237), cuerpo normativo que adopta la denominación de “doctrina jurisprudencial” (art. VI del título Preliminar del Código Procesal Constitucional) y del “precedente vinculante” (art. VII del título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Asimismo, la sentencia que desarrolla la tipología sobre hábeas corpus (Exp. N.° 2663-2003-HC/TC) fue dictada el 23 de marzo de 2004, la sentencia sobre el derecho a la verdad (Exp. N.° 2488-2002-HC/TC) fue expedida el 18 de marzo de 2004, mientras que será el 31 de noviembre del 2004, la fecha de entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional³⁵.

De otro lado, debemos de precisar que no es que con el Código Procesal Constitucional que la jurisprudencia del TC adquiere fuerza normativa. Esta fue reconocida en normas anteriores. El carácter vinculante de la jurisprudencia del TC no se inicia con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional o con el artículo VI del mismo cuerpo normativo. La fuerza vinculante de la jurisprudencia del TC estaba reconocida en el artículo 9 de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo (Ley N° 23506)³⁶, así como del artículo 8 de la Ley 25398, Ley que complementa las disposiciones de la Ley N° 23506.

La pregunta es ¿Qué naturaleza tienen las sentencias que crearon el derecho a la verdad y la tipología sobre habeas corpus, doctrina jurisprudencia o precedente vinculante? Ante este vacío, y en el marco de la aplicación del principio constitucional contenido en el artículo 139 inciso 8 de la Constitución Política, según e cual no puede dejar de administrarse justicia por vacío o deficiencia de la ley, y de conformidad con el principio *pro homine* y *pro libertatis*, según el cual en caso de duda debe optarse por aquella interpretación que maximice y optimice la protección de los derechos fundamentales, reconocido en el artículo 1 de la Constitución Política, consideramos que ambas sentencias tienen naturaleza de precedente vinculante. El fundamento de ello no solo es la importancia y entidad sustancial de los derechos que tutelan y protegen (la sentencia sobre el derecho a la verdad protege y tiene como fundamento el principio derecho de dignidad humana y la sentencia sobre hábeas corpus la libertad individual y derechos conexos pertenecientes al núcleo duro de los derechos fundamentales), sino la mejor protección que los derechos afectados logran de reputárseles precedente vinculante.

En síntesis, en el presente caso hay dos opciones, o consideramos que la sentencia que crea el derecho a la verdad es doctrina jurisprudencial o le asignamos naturaleza de precedente vinculante. Las consecuencias serán distintas, pues cada una de estas

35 La Ley 28237 fue promulgada el 28 de mayo del 2004, fue publicado el 31 de mayo del mismo año y se fijó como fecha para su entrada en vigencia recién el 31 de noviembre del 2004.

36 Así como del artículo 8 de la Ley 25398, Ley que complementa las disposiciones de la Ley N° 23506.

instituciones tiene mecanismos distintos de protección, pues si bien la doctrina jurisprudencial y el precedente vinculante son vinculantes, la protección que tiene el precedente vinculante es más sólida y eficaz, pues se protege a través del Recurso de agravio constitucional, a diferencia de la doctrina jurisprudencial cuyo mecanismo de protección es el amparo contra amparo, en aplicación del fundamento jurídico 39 de la sentencia del TC recaída en el exp. N° 04853-2004-AA.

3.5.- Sobre el supuesto “anarquismo procesal”

Una idea que atraviesa todo la sentencia del TC es que el IDL viola las normas procesales o trató de festinarse en ellas. Sin embargo eso no se ajusta a la verdad. Lo que ha hecho el DL es hacer una interpretación teleológica de las normas de derecho procesal constitucional desde la Constitución en concordancia con la doctrina y con la naturaleza de los procesos constitucionales, ahí donde las normas procesales callaban. O una interpretación de las mismas en sentido literal, obstaculizaba la efectiva protección de los derechos fundamentales de las víctimas de la matanza de El Frontón y de sus familiares. En efecto, en la sentencia materia de comentario, el TC señala que:

“la justicia constitucional debe guardar un justo equilibrio entre la protección de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica y equidad procesal que aseguran la estabilidad y confiabilidad de los procesos constitucionales. Y es que en el caso sub judice, como ya se señaló, los recursos de queja y agravio constitucional han sido interpuestos con manifiestas infracciones a las reglas procedimentales”. (f.j. 7)

En nuestra opinión, detrás de los argumentos esgrimidos por el TC en su sentencia en el caso el Frontón, existe una concepción de los procesos constitucionales positivista y rígida, que no se condice con el espíritu y la naturaleza de estos, cual es la efectiva y material protección de los derechos fundamentales, reconocida por la doctrina nacional y comparada y por el propio TC en su jurisprudencia comparada.

Se han desnaturalizado los procesos constitucionales

Si el TC considera que el TC no puede pronunciarse sobre un caso donde está en juego la sanción de los responsables y el cumplimiento de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es porque no reconoce en los procesos constitucionales carácter instrumental, o considera que estos son un fin en si mismos. En efecto, la sentencia del TC recaída en el exp. N° 03173-2008-PHC/TC, desconoce la naturaleza que la doctrina y que la propia jurisprudencia del TC asigna a los procesos constitucionales.

Para el TC estas distinciones se dan en cuatro niveles: por su finalidad, por el rol del juez, por los principios que orientan los procesos constitucionales y por su naturaleza. Según este colegiado, una primera diferencia radica en los fines que persiguen ambos tipos de procesos. A diferencia de los procesos constitucionales, los procesos ordinarios no tienen como objetivo hacer valer el principio de supremacía de la Constitución, y no siempre persiguen la tutela de derechos fundamentales³⁷. Una segunda diferencia tiene que ver con la actuación del juez como luego analizaremos. Según este colegiado, en los procesos constitucionales los jueces tienen por razones más trascendentes que en los procesos ordinarios, el deber de controlar la actuación de las partes, a fin de conseguir, dentro de un plazo razonable, la tutela efectiva de los derechos fundamentales³⁸. Lo clave por tanto es entender la relación que existe entre la Constitución y el proceso. Para el TC, este último “no puede ser concebido como un instrumento de resolución de conflictos aséptico y neutral, de cara la realización de determinados valores constitucionales, pues esta es una práctica

³⁷ Sentencia del TC recaída en el exp. N° 0266-2002-AA/TC, f.j. 6.

³⁸ *Ibidem*.

*propia del positivismo y relativismo procesalista*³⁹. Antes bien, debe entenderse como un instrumento jurídico comprometido con la realización de valores democráticos y con el respeto pleno de la Constitución y de los derechos fundamentales⁴⁰.

La tercera diferencia se fundamenta en los principios que orientan los procesos constitucionales. Si bien es cierto que estos principios nominalmente, son compartidos por ambos tipos de procesos, es indudable que la exigencia del cumplimiento de principios como el de publicidad, economía procesal, socialización del proceso, impulso oficioso, elasticidad y de *favor processum* o *pro actione*, es fundamental e ineludible para el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales. Finalmente, la cuarta tiene que ver con la naturaleza de ambos procesos y que puede enunciarse básicamente en que, a diferencia de los ordinarios, los constitucionales son procesos de tutela de urgencia⁴¹.

No en vano, el Tc ha señalado que de conformidad con el principio de concordancia práctica, *“toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado”*⁴².

Todo esto tiene que ver con una concepción “material” de los procesos constitucionales, es decir, con una visión de estos desde los fines que persigue. El fundamento de esto está en que *“El derecho procesal constitucional es una concretización de la Ley Fundamental”*⁴³. Para el jurista alemán Peter Haberle, esto es así en dos sentidos: en que el derecho procesal constitucional es un derecho constitucional concretizado y que le sirve al TC para concretizar la Ley Fundamental⁴⁴. Como señala otro destacado constitucionalista italiano, Gustavo Zagrebelsky, tanto en los procesos de control abstracto como en los procesos de control concreto (defensa de los derechos o pretensiones subjetivas garantizados por la Constitución), el TC, concretiza la defensa del orden constitucional objetivo, otorgando una respuesta a situaciones concretas a partir de la necesaria interpretación de los preceptos constitucionales relacionados, específicamente a través de los principios constitucionales en los que se regula la categoría jurídica o el derecho protegible que se alegue vulnerado⁴⁵.

Siendo la Constitución una Norma Fundamental abierta, encuentra en el Derecho Procesal Constitucional y, específicamente, en el Código Procesal Constitucional, un instrumento concretizador de los valores, principios y derechos constitucionales, de manera tal que en última instancia, estos informan el razonamiento y la argumentación del juez constitucional⁴⁶.

Esta tesis no es extraña ni ajena a nuestro ordenamiento, ella ha sido recogida por la jurisprudencia del TC nacional. Este ha sostenido que *“...si bien es cierto que el Derecho*

³⁹ Es necesario señalar que ya desde el propio seno del derecho procesal existen autores que viene reclamando la efectiva tutela jurisdiccional y reivindican los fines del proceso. Ver: Giovanni F. Priori Posada “La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso”, en: Revista Lus et Veritas vol. 13 N° 26. -- Lima: Asociación Civil Lus et Veritas (estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP), jun. 2003, págs. 273-292.

⁴⁰ Sentencia del TC recaída en el exp. N° 00006-2006-CC/TC, f. j. 71.

⁴¹ Sentencia del TC recaída en el exp. N° 0266-2002-AA/TC, f.j. 6.

⁴² Sentencia del TC recaída en el exp. N° Exp. N.° 5854-2005-PA/TC, f.j. 12. Vid. STC 1797-2002-HD, Fundamento 11; STC 2209-2002-AA, Fundamento 25; STC 0001-2003-AI /0003-2003-AI, Fundamento 10; STC 0008-2003-AI, Fundamento 5; STC 1013-2003-HC, Fundamento 6; 1076-2003-HC, Fundamento 7; STC 1219-2003-HD, Fundamento 6; 2579-2003-HD, Fundamento 6; STC 0029-2004-AI, Fundamento 15.

⁴³ Peter Haberle, “El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concreto frente a la judicatura del Tribunal Constitucional”, en Revista Pensamiento Constitucional, Año VIII, Año 8, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2001, págs. 29-30.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Gustavo Zagrebelsky, “¿Derecho Procesal Constitucional?”. En Revista Peruana de Derecho Procesal Constitucional, N° IV, Lima, 2001. págs. 409 y sgts.

⁴⁶ *Ibidem*.

Procesal Constitucional recurre, con frecuencia, a categorías e instituciones primigeniamente elaboradas como parte de la Teoría General del Proceso, es el Derecho Constitucional el que las configura y llena de contenido constitucional⁴⁷.

En esa misma línea, el TC ha señalado que:

“Que el derecho procesal constitucional constituye un ordenamiento complejo de naturaleza adjetiva, pero que, debido a la naturaleza del ordenamiento sustantivo a cuya concretización sirve –la Constitución– debe ser interpretado e integrado atendiendo a la singularidad que este presenta respecto al resto del ordenamiento jurídico. Es desde esta comprensión que el Tribunal Constitucional alemán ha destacado la ‘particularidad del proceso constitucional’. Significa ello que el derecho procesal constitucional ‘(...) implica necesariamente un cierto distanciamiento del resto de regulaciones procesales’. En este contexto, en consecuencia, el C.P.Const. tiene que ser entendido como un ‘derecho constitucional concretizado’. Esto es, al servicio de la ‘concretización’ de la Constitución. Por ende, opera en beneficio de la interpretación de la Constitución en cada uno de los procesos constitucionales que el juez y el Tribunal Constitucional conocen con motivo de responder a una concreta controversia constitucional planteada. Por tal razón, esta concretización de la Constitución en cada controversia constitucional impone correlativamente que la hermeneútica de la norma procesal constitucional deba efectuarse conforme [a] una ‘interpretación específicamente constitucional de las normas procesales constitucionales’, una interpretación del Código Procesal Constitucional desde la Constitución (...). Se trata, en definitiva, de una interpretación teleológica de la norma procesal constitucional orientada a la concretización y optimización de los mencionados principios constitucionales materiales”. (Exps. 0025-2005-AI/TC y 0026-2005-AI/TC, Colegio de Abogados de Arequipa y del Cono Norte de Lima contra el CNM, f.j. 15)

De otro lado, en la sentencia recaída en el expediente N° 4903-2005-PHC/TC, el TC ha señalado que:

*“Un excesivo formalismo podría llevar a este Colegiado a señalar que el demandante no ha interpuesto, propiamente, un recurso de agravio constitucional sino uno de apelación, con lo cual no se cumpliría lo previsto en el artículo 18 del Código Procesal Constitucional. Sin embargo, esta no es la posición asumida por el Tribunal Constitucional, porque si bien es cierto que el Derecho Procesal Constitucional recurre, con frecuencia, a categorías e instituciones primigeniamente elaboradas como parte de la Teoría General del Proceso, **es el Derecho Constitucional el que las configura y llena de contenido constitucional**. Esta posición, como es evidente, trasciende la mera cuestión de opción académica o jurisprudencial; por el contrario, significa un **distanciamiento de aquellas posiciones positivistas del Derecho y del proceso que han llevado a desnaturalizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, al hacer depender la eficacia de estos a la aplicación de normas procesales autónomas científicas y neutrales**”⁴⁸. (subrayado nuestro)*

⁴⁷ Sentencia del Tc recaída en el exp. N° 04903-2005-HC/TC, f.j. 3. Agrega el TC a continuación en el mismo f.j. que “Esta posición, como es evidente, trasciende la mera cuestión de opción académica o jurisprudencial; por el contrario, significa un distanciamiento de aquellas posiciones positivistas del Derecho y del proceso que han llevado a desnaturalizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, al hacer depender la eficacia de estos a la aplicación de normas procesales autónomas científicas y neutrales”.

⁴⁸ Sentencia del TC recaída en el exp. N° 4903-2005-PHC/TC, f.j. 3. En la misma sentencia, el TC cita a Peter Haberle quien señala que “la estrechez de un instituto procesal es dinamitada por reflexiones puntuales y objetivas” y agrega que “por parte del Tribunal Constitucional a efectos de la realización de los fines de los procesos constitucionales: garantizar la supremacía jurídica de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional)”. En esa misma línea están las Sentencias del TC recaídas en los expedientes N° 0025-2005-AI/TC y 0026-2005-AI/TC, Resolución, f.j. 15.

Agrega finalmente *“Desde esta perspectiva del Derecho Procesal Constitucional como Derecho Constitucional concretizado, cabe decir que la interpretación de las disposiciones del Código Procesal Constitucional debe tender siempre a la mayor optimización o realización no solo del principio jurídico de supremacía de la Constitución, sino también de los derechos fundamentales; más aún en un proceso constitucional como el de hábeas corpus”*⁴⁹.

Como es evidente, la sentencia del TC recaída en el exp. N° 03173-2008-PHC/TC ha desconocido que las normas procesales constitucionales tienen por objetivo la efectiva protección de los derechos fundamentales. No ha interpretado las normas procesales desde la Constitución misma sino desde un formalismo rígido inconducente. Esto implica, que la interpretación que se haga de ellas, debe hacerse de cara y en armonía con los valores, principios y derechos constitucionales que sustentan la Constitución Política. En otras palabras, existe una estrecha y sólida relación entre la Constitución y el proceso constitucional que no puede ser desconocida en forma arbitraria. Sin embargo, en el presente caso, el TC ha ido contra su propia línea jurisprudencial reiterada:

“...la relación que existe entre la Constitución y el proceso se deriva que éste no puede ser concebido como un instrumento de resolución de conflictos aséptico y neutral de cara a la realización de determinados valores constitucionales, pues esta es una práctica propia del positivismo y relativismo procesalista; antes bien, debe entenderse como un instrumento jurídico comprometido con la realización de valores democráticos y con el respeto pleno de la Constitución y de los derechos fundamentales” (exp. 0006-2006-PC/TC, Ministerio de Comercio Exterior y Turismo contra el Poder Judicial. f.j. 71).

Esta naturaleza plantea exigencias muy concretas a los jueces y a los tribunales a la hora de interpretar el material normativo y responder a una concreta controversia constitucional planteada. En efecto, esta concretización de la Constitución, en cada controversia constitucional, impone correlativamente *“que la hermenéutica de la norma procesal constitucional deba efectuarse conforme [a] una ‘interpretación específicamente constitucional de las normas procesales constitucionales’, una interpretación del Código Procesal Constitucional desde la Constitución (...). Se trata, en definitiva, de una interpretación teleológica de la norma procesal constitucional orientada a la concretización y optimización de los mencionados principios constitucionales materiales”*⁵⁰.

Esto tiene enormes consecuencias prácticas en el caso que nos ocupa, pues demandaba del TC que la interpretación de las normas del código procesal constitucional -como por ejemplo lo referido a la legitimidad de IDL- no se haga de espaldas a los fines que ella persigue, sino en consonancia con los objetivos de las normas procesales, buscando en todo momento de maximizar y optimizar la interpretación de estas, cosa que bien sabemos no se ha hecho.

Como indica el TC *“Desde esta perspectiva del Derecho Procesal Constitucional como Derecho Constitucional concretizado, cabe decir que la interpretación de las disposiciones del Código Procesal Constitucional debe tender siempre a la mayor optimización o realización no solo del principio jurídico de supremacía de la Constitución, sino también de los derechos fundamentales; más aún en un proceso constitucional como el de habeas corpus”*⁵¹.

⁴⁹ Sentencia del TC recaída en el exp. N° 4903-2005-PHC/TC, f.j. 5.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Sentencia del TC recaída en el exp. N° 04903-2005-HC/TC, f.j. 5.

Ciertamente, nadie niega el carácter vinculante y la necesidad de respetar las normas procesales. En ella se juega la legitimidad y el Estado Constitucional de Derecho. Lo que se está señalando es que estas normas procesales no pueden nunca convertirse en un obstáculo para eludir un pronunciamiento sobre los temas de fondo o para la efectiva protección de los derechos; ellas tienen que ser consistentes con la finalidad de todo proceso constitucional. Es por ello, que tal como lo señala el artículo III del Código Procesal Constitucional, el juez constitucional goza de una razonable valoración en la adecuación de toda formalidad a los fines de los procesos constitucionales, de manera tal que, en ningún caso, la supremacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales -artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional- quede subordinada al respeto de las formas por las formas⁵².

Como podemos ver, no solo el Tc ha ido contra su propia jurisprudencia, sino que ha incumplido una regla creada por él para estos casos.

“Esta disposición impone a la jurisdicción ordinaria y a la constitucional exigir el cumplimiento de las formalidades sólo si con ello se logra una mejor protección de los derechos fundamentales. Por el contrario, si tal exigencia comporta la desprotección de los derechos y, por ende, su vulneración irreparable, entonces las formalidades deben adecuarse o, de ser el caso, prescindirse, a fin de que los fines de los procesos constitucionales se realicen debidamente –principio de elasticidad–”⁵³. (subrayado nuestro)

En el presente caso, el cumplimiento de la formalidad, no genera una mayor protección sino una indefensión, una desprotección, razón por la cual, se hace necesaria la aplicación del principio de elasticidad. El TC estaba obligado jurídicamente por su propia jurisprudencia a adecuar las formalidades al fondo, sin embargo, lo que ha hecho el TC es todo lo contrario, es valerse de la forma para generar una situación de indefensión. No se trata de violar ninguna norma procesal, sino de reinterpretarlas en caso de vacío y de laguna tal como ocurre en el presente caso.

No le faltan razón a Reynaldo Bustamante cuando precisa refiriéndose al derecho procesal en general que *“si bien las formalidades apuntan al orden, a la seguridad y a la buena marcha de los procesos o procedimientos, por lo que son también un medio al servicio de la justicia”, cuando tales formalidades resultan desproporcionadas o irrazonables, o cuando el juzgador se apega rigurosamente a ellas quitándoles su verdadero sentido o valor, se produce un ritualismo o abuso de las formas que se traduce en una inutilidad del proceso --o del procedimiento—para alcanzar la justicia*⁵⁴. Agrega este autor que el proceso para ser justo, *“no puede ser conducido en términos estrictamente formales, mecánicos, o conforme a un ritualismo caprichoso, que deje de lado las particulares cuestiones del caso concreto o privilegie las formas por encima de los temas de sustancia, a no ser, en este último caso, que las formas sean razonables y que con su cumplimiento se busque cautelar un derecho o evitar que se produzca un agravio*⁵⁵.

Sobre el punto, la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, y tras advertir que respecto de la adecuada administración de justicia, dicha entidad debe actuar como un órgano “interesado”, manifiesta que *“Por más vueltas que demos a las cosas, lo medular de la función de juzgar (...) es la de que el juez está obligado a buscar la verdad observando las formas sustanciales del juicio, pero sin verse bloqueado por ápices procesales, y realizando los derechos de manera efectiva en las situaciones reales que, en cada caso, se le*

⁵² Sentencia del TC recaída en el exp. N° 0005-2005-CC/TC, f.j. 7.

⁵³ Sentencia del TC recaída en el exp. N° 266-2002-AA/TC, f.j. 7.

⁵⁴ Reynaldo Bustamante Alarcón pág. Derechos Fundamentales y Proceso Justo, ARA Editores, Lima, 2001, pág. 278-279.

⁵⁵ Ibídem, pág. 279.

presentan, conjugando los enunciados normativos con los elementos fácticos del supuesto en juzgamiento (Fallos, 56:428 y 441; 302:1611)⁵⁶.

Como señala el TC, lo expuesto “...no supone en modo alguno que las disposiciones del CPConst. puedan ser desconocidas por los jueces constitucionales. Significa tan sólo que ellas deben ser interpretadas y/o integradas desde y conforme a la Constitución, de modo tal que resulte optimizada la finalidad sustantiva de los procesos constitucionales (artículo II del Título Preliminar del CPConst)”⁵⁷. En definitiva, si bien el derecho procesal constitucional toma prestadas diversas instituciones de la teoría del derecho procesal, esta rama del derecho tiene una entidad especial, la cual tiene su fundamento en la finalidad que persigue, que no es otra que la defensa de los derechos fundamentales y garantizar la supremacía normativa de la Constitución. Es por ello que se dice que el derecho procesal constitucional concreta la Constitución. Es en este contexto en el que el TC debió entender la legitimidad de IDL como tercero interesado. Sin embargo, el TC, en la sentencia recaída en el exp. N° 03173-2008-PHC/TC optó por lo más fácil políticamente, evadió pronunciarse sobre el fondo, y con ello lo que hizo fue “ordinarizar” un proceso constitucional vaciándolo de contenido de manera arbitraria.

El TC ha desconocido el principio procesal constitucional de elasticidad

La herramienta en concreto que tenía el TC para interpretar las normas procesales sin sacrificar la función tuitiva de los derechos era el principio procesal constitucional de elasticidad, que exigía “*adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales*”. (Art. III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). En virtud de este principio, “*se exige al juez que adecue las formalidades que puedan exigirse en el proceso constitucional a la consecución de los fines del mismo, y los cuales no huelga mencionar ahora: asegurar la supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos constitucionales*”⁵⁸. Agrega Castillo Córdova que en realidad este principio “*en sí mismo no es más que un medio para alcanzar la solución justa que involucra la garantía plena de la Constitución y los derechos constitucionales*”⁵⁹.

Lo que este principio propone no es que el juez se desvincule del Derecho como señala Luis Castillo Córdova sino que lo que hace es “*facultándole (y obligándole) a que estas reglas procesales deben ser seguidas sin olvidar la finalidad que se persigue con el procedimiento en concreto: la defensa de un derecho constitucional o de la Constitución misma. El procedimiento, no debe olvidarse, tiene la naturaleza de medio, cuando intenta seguirse de forma que pone en riesgo la consecución del fin, ese acontecer procesal se deslegitima y se convierte en inconstitucional*”^{60,61}.

También conocido como el “Principio de Adecuación de las Formalidades al logro de los Fines de los Procesos Constitucionales”, este principio de elasticidad procesal, “*deja abierta la posibilidad en caso de un conflicto de la norma procesal constitucional con una norma constitucional o de derecho sustancial, se adaptará el procedimiento para el logro de la aplicación y reconocimiento de la norma constitucional, ya que el proceso constitucional es*

⁵⁶ Morello, Augusto. Admisibilidad del recurso extraordinario. Buenos Aires: Librería Editora Platense — Abeledo-Perrot, 1997, pág. 1. Citado por N° 0005-2005-CC/TC, f.j. 6.

⁵⁷ Sentencia del TC recaída en el exp. N° 0005-2005-CC/TC, f.j. 8.

⁵⁸ Luis Castillo Córdova, Comentarios Al Código Procesal Constitucional, Palestra, 2006, Tomo I, pág. 53.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*, pág. 54.

⁶¹ En ese mismo sentido, según Domingo García Belaúnde, de conformidad con el llamado principio de elasticidad, “las formalidades previstas para los actos procesales, deben ser exigidas atendiendo a la función que éstas cumplen en el proceso y en la obtención de su resultado, a criterio del juez” García Belaúnde, Domingo, El nuevo Código Procesal Constitucional del Perú, Revista Provincia, 2005, pág. 12. Presentado al “Primer Coloquio Internacional sobre Derecho Procesal Constitucional”, Universidad de Nuevo León, Monterrey, 23-25 de setiembre de 2004. Ver en: <http://www.articlearchives.com/1019754-1.html>.

*el medio para alcanzar el fin: la primacía de la Constitución y los derechos reconocidos*⁶². La premisa de ello es ciertamente, que “*el proceso constitucional como derecho formal esta al servicio de la carta fundamental y los derechos fundamentales (derecho de fondo o sustancial), y no a la inversa como muchas veces erróneamente se cree, es decir el derecho al servicio del proceso, posición absurda de mucho arraigo en los países que se fundan en sistemas corruptos, ya que se valen de argucias procesales para no reconocer u otorgar derechos a quienes les corresponde*”⁶³. Para Espinoza Zevallos:

*“nunca los mecanismos constitucionales deben entorpecer, dificultar o imposibilitar la preeminencia de la carta política o el respeto de los derechos humanos, ya que de ser así, deberá adecuarse para el logro de la finalidad prevista en el Art. II del T.P., y en caso de deficiencia, defecto o vacío del Código Procesal Constitucional se recurrirá a los otros principios procesales, a la jurisprudencia e incluso a la doctrina procesal específica, ya que toda decisión de los jueces y vocales deben ser el resultado de una correcta aplicación de la norma constitucional sobre la base de una imparcial apreciación de los hechos”*⁶⁴.

Finalmente Espinoza Zevallos agrega que

*“El principio de formalidad procesal no es absoluto, es decir, pese a ser las formalidades previstas en el Código de carácter imperativo, el principio de elasticidad, permite y obliga al magistrado adecuar estas exigencias formales al logro de los fines del proceso constitucional, debiendo ser convalidada esta nueva formalidad si sirve para la consecución de la justicia constitucional”*⁶⁵.

En el presente caso, el TC debió de preguntarse por exigencia del principio de elasticidad, si la regla que el amicus curiae no puede luego presentar recurso de queja ayudaba o era un obstáculo para el cumplimiento de sus fines. La opción del TC fue no adecuar las formalidades sino, simplemente declarar improcedente y convalidar la impunidad de la matanza de El Frontón.

La sentencia del TC es también incompatible con otros principios procesales constitucionales vinculantes para todos los jueces constitucionales

La sentencia del TC recaída en el exp. N° 03173-2008-PHC/TC, sostiene que el IDL no puede presentar recurso de queja porque ya presentó amicus curiae en segunda instancia. Esta tesis, no solo es incompatible con el principio de elasticidad sino con otros principios procesales constitucionales que informan y vinculan la labor de este colegiado. En efecto, esta decisión es incompatible con el principio *pro actione* o *proceso* que exige en caso de duda entre continuar con el proceso o anularlo, optar por continuar con el proceso, y cito textualmente: “*Cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación*”. (Art. III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

Es también incompatible con el principio de dirección judicial o impulso de oficio. Para la doctrina nacional el principio de dirección judicial del proceso es conocido también como el principio de autoridad del juez, e implica el tránsito del juez espectador al juez director⁶⁶. Al principio de impulso de oficio del proceso se le suele definir como aquel “*fenómeno por*

⁶² Rodolfo José Espinoza Zevallos, Los Principios Procesales Específicos Del Código Procesal Constitucional Peruano (Art. III Del T.P.), pág. 10. Ver en: http://akane.udenar.edu.co/derechopublico/Der_procesal_Rodolfo.pdf.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Ibidem, pág. 11.

⁶⁵ Ibidem, pág. 11.

⁶⁶ Jorge Peyrano, El proceso civil, Astrea, Buenos Aires, 1978, pág. 73, citado por Luis Castillo Córdova, op. cit., pág. 44.

virtud del cual se asegura la continuidad de los actos procesales y su dirección hacia el fallo definitivo⁶⁷. Monroy Gálvez precisa que el principio de impulso oficioso consiste en la “*la facultad que se concede al juez para conducir y hacer avanzar autónomamente el proceso – sin necesidad de intervención de las partes- a fin de lograr la consecución de sus fines*”⁶⁸. En esa misma línea, en una jurisprudencia del TC, se precisa que el principio de dirección judicial del proceso⁶⁹ delega en la figura de juez constitucional el poder-deber de controlar razonablemente la actividad de las partes, promoviendo la consecución de los fines del proceso de manera eficaz y pronta⁷⁰.

Este principio se halla también recogido en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, juntamente con el principio de impulso procesal. Dicha disposición señala que

“Artículo II.- Principios de Dirección e Impulso del proceso.- La dirección del proceso está a cargo del Juez, quien la ejerce de acuerdo a lo dispuesto en este Código. El Juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. Están exceptuados del impulso de oficio los casos expresamente señalados en este Código”.

En esa misma línea, es incompatible con el principio de previsión que exige tener en cuenta las consecuencias de una sentencia. En el presente caso, se favoreció la impunidad de crímenes y las graves violaciones a los derechos humanos, lo cual riñe totalmente con la idea de Estado de Derecho que el TC debe defender⁷¹. Esta facultad, se encuentra reconocida en el artículo 81 del Código Procesal Constitucional⁷². En virtud de este, en caso de duda, se preferirá dar trámite al proceso. Dicho principio ha sido invocado por este TC “*imponiendo a los juzgadores la exigencia de interpretar los requisitos y presupuestos procesales en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho de obtener una resolución válida sobre el fondo, con lo cual, ante la duda, la decisión debe ser por la continuación del proceso y no por su extinción*”⁷³.

Finalmente, es incompatible no solo con un principio procesal constitucional, sino con un principio sustancial del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho constitucional. Nos referimos al principio *pro homine o pro persona* que exige optar por aquella interpretación que maximice la protección de los derechos fundamentales de las personas que han sido víctimas de graves violaciones de derechos protegidos internacionalmente, el cual se haya recogido en el art. 1 de la CP y en el artículo 29 de la CADH. En este caso, se debe maximizar la protección del derecho a la protección judicial (art. 44 de la CP), del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 139.3 de la CP), del derecho a

⁶⁷ Eduardo Couture, F.j.s del Derecho Procesal Civil, 3 edición, 14 reimpresión, Depalma, Buenos aires, 1988, pág. 172. Citado por Luis Castillo Córdova, op. cit., pág. 52.

⁶⁸ Juan Monroy Gálvez, op. cit., pág. 93.

⁶⁹ En esa misma línea, un principio distinto pero complementario es el principio de suplencia de la queja. El es importante porque permite reformar y ratificar la idea de el juez constitucional no es un convidado de piedra sino un impulsor de la efectiva y materia protección y defensa de los derechos humanos y de la vigencia de la Constitución Política. Para el TC, el principio de suplencia de queja, es un principio implícito en nuestro derecho procesal constitucional subyacente a los artículos II y VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en virtud del cual se “puede efectuar correcciones sobre el error o la omisión en la que incurre el demandante en el planteamiento de sus pretensiones, tanto al inicio del proceso como en su decurso”. Sentencia del TC recaída en el exp. N° 05637-2006-PA/TC, f.j. 14

⁷⁰ Sentencia del TC recaída en el exp. N° 2876-2005-HC/TC, f.j. 23.

⁷¹ En el caso de la conocida sentencia sobre terrorismo, el TC señaló que “como en diversas ocasiones se ha tenido oportunidad de advertir en esta misma sentencia al juzgar la validez constitucional de las leyes, este Tribunal Constitucional está en la obligación de prever las consecuencias de sus decisiones y, por lo tanto, modular los efectos que sus decisiones generarán en el ordenamiento”. Ver Sentencia del TC recaída en el exp. N° 010-2002-AI/TC, f.j. 229. No es la única sentencia, ver también en el fallo recaído en el exp. N.° 00053-2004-PI/TC (sin numeración) cuando preciso que “De otro lado, señala que el Tribunal Constitucional deberá modular los efectos de esta sentencia en el tiempo, considerando que resultaría excesivo para la seguridad jurídica si se declara la inconstitucionalidad de algunas ordenanzas con efectos retroactivos”. . También se puede ser la sentencia recaída en el exp. N° 0023-2003-AI/TC, f.j. 89

⁷² cuando precisa que “Cuando se declare la inconstitucionalidad de normas tributarias por violación del artículo 74 de la Constitución, el Tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de su decisión en el tiempo. Asimismo, resuelve lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia”

⁷³ Sentencia del Tc recaída en el exp. N° 6512-2005-AA/TC, f.j. 3. Ver también STC 1049-2003-AA/TC, STC 2302-2003-AA/TC.

la verdad (Genaro Villegas Namuche, exp. 2488-2002-HC/TC) y del derecho principio de la dignidad humana (art. 1 de la CP).

Si partimos de la premisa que el Derecho Procesal Constitucional no es fin en si mismo sino una herramienta al servicio de la vigencia de los derechos humanos y de la supremacía de la Constitución, es fácil razonar y sostener cual es la función del juez al interior de los procesos constitucionales. Si bien las diferentes funciones y atribuciones del juez en el proceso constitucional están contenidas en las diferentes disposiciones del Código Procesal Constitucional, serán los principio procesales del Derecho Procesal Constitucional los que definan de manera general y sustancial cuál es la tarea del juez en el proceso constitucional, más aun si tenemos en cuenta que, al ser normas de naturaleza principialista informan y vinculan al juez en sus diferentes facultades y obligaciones.

Hablamos en consecuencia de principios y de reglas que informan los procesos constitucionales en la medida que constituyen mandatos y exigencias para la adecuación de las decisiones del juez constitucional a los valores y fines perseguidos por los diferentes procesos. Esto significa que tiene una naturaleza normativa vinculante. Es decir, son normas que regulan la actuación del juez constitucional, que orientan el conocimiento, la interpretación y la aplicación de las restantes normas procesales, porque a atraviesan el contenido de las disposiciones del ordenamiento constitucional.

No se trata de aplicar estos principios tal cual se aplican en el proceso civil ordinario sino siempre atendiendo la especial naturaleza de los procesos constitucionales, y “desde” la Constitución y “conforme”⁷⁴ con la Constitución. En tal sentido, el principio de dirección judicial del proceso y en concreto, de los principios de impulso de oficio del proceso, de elasticidad, *pro actione*, y previsión de las consecuencias, en concordancia con el principio pro homine, exigía y exige del juez constitucional una acción más protagónica a favor de los derechos fundamentales, y en este caso, le exigía de oficio adoptar las medidas necesarias para asegurar la protección de los derechos fundamentales de los víctimas de la Matanza de El Frontón. Nada de esto ha sido tomado en cuenta por el TC en su sentencia del TC recaída en el exp. N° 03173-2008-PHC/TC.

Finalmente, debemos preguntarnos si la efectiva protección de los derechos fundamentales puede estar subordinada a la correcta interposición de los recursos impugnativos, en el supuesto en que estos hayan sido mal interpuestos. En nuestra opinión el Estado ha incumplido con su obligación de proteger en forma efectiva y concreta los derechos fundamentales.

El TC no puede cambiar un precedente vinculante con el voto de cuatro magistrados y sin una adecuada motivación

Finalmente, como hemos podido ver, el TC cuestiona la sentencia del TC que creó el recurso de agravio constitucional a favor del precedente, recaído en el exp. N° 4853-2004-PA/TC, y para ello invoca un conjunto de argumentos.

“Que, teniendo en cuenta los cinco presupuestos básicos para la aprobación de un precedente vinculante, este Tribunal constata que el fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC no cumple con ninguno de estos presupuestos básicos para haber sido aprobado como precedente vinculante, por las siguientes razones:”(f.j. 5)

Sin embargo, esto no es jurídicamente posible en la medida en que el Reglamento Normativo por el TC⁷⁵ (arts. 10° y 13°) exige 5 de 7 votos y en este caso el fallo solo cuenta

⁷⁴ María Luisa Balaguer Callejón, Interpretación de la constitución y ordenamiento jurídico, Tecnos, 1997, pág. 111.

⁷⁵ Aprobado mediante Resolución Administrativa N° 095-2004-P/TC.

con 4 votos. De la misma forma esto solo puede hacerse en una sentencia de fondo, cosa que acá no ocurre, y finalmente, para hacerlo debe motivar adecuadamente este cambio de jurisprudencia, cosa que no ha ocurrido tampoco en este caso.

6.- Reflexiones Finales: Recapitulando

Recapitulando, aparentemente, el TC evitó pronunciarse sobre el fondo, para no tener problemas con el gobierno. Intentó lavarse las manos, y para ello apeló a la existencia de vicios procesales como falta de competencia, etc. Sin embargo, ello no es tan cierto, pues con su silencio, si se ha pronunciado de manera tácita por los temas de fondo. Si analizamos las consecuencias prácticas de la sentencia, podemos ver que el TC en los hechos ha convalidado la impunidad de graves violaciones a los derechos humanos.

En relación con los supuestos vicios procesales invocados por el TC, debemos de señalar que, en ningún momento el IDL ha violado la legalidad procesal. No hay ninguna norma procesal o sustancial que prohíba a los que han presentado *amicus curiae* presentar luego recursos impugnativos. En todo caso no se trata de una conducta de mala fe. El IDL presentó un Amicus pues no había otra manera de cautelar los intereses de los familiares de las víctimas, pues en el proceso de habeas corpus, no éramos partes. Lo que es claro, es que nos asistía y nos asiste un interés legítimo, cual es la expectativa de tutela y el derecho a la protección judicial de las víctimas. Estamos ante un vacío, que debió ser interpretado por el TC en favor de la optimización de la protección de los derechos de las víctimas de El Frontón.

Tampoco es cierto que el IDL no tenga legitimidad para presentar el recurso de agravio constitucional y luego recurso de queja. Ha quedado claro que esta tenía razones jurídicas. Primero, la propia jurisprudencia del TC que ha señalado que todo derecho debe contar con un mecanismo procesal para hacerlo valer, y en caso que no exista, el juez esta en la obligación de habilitarlo. En presente caso, estamos ante la disyuntiva de que los familiares de las víctimas de la matanza de El Frontón, tenían un derecho a la protección judicial, sin embargo, por los propios límites de las normas de derecho procesal constitucional, no tenía un mecanismo adecuado y eficiente para protegerlos, con lo cual llegamos al absurdo, de tener derechos, pero no tener procedimientos para reivindicarlos, lo cual es incompatible con la fuerza normativa de la Constitución. También teníamos un legítimo interés por el lado de la dimensión colectiva del derecho a la verdad.

Prueba que nos asistía el derecho es que el recurso de queja fue admitido por el propio TC declarándolo, hasta que se dieron cuenta que era un caso en el que chocaban con el gobierno, momento en el cual, decidieron dar marcha atrás. Lo que ha hecho el TC con sentencia es subordinar el carácter vinculante y la fuerza normativa de los derechos fundamentales, a la existencia de una herramienta procesal, lo cual es sumamente cuestionable en el marco de un Estado Constitucional de Derecho.

También el TC ha pretendido cuestionar la expedición del precedente vinculante, desconociendo su fundamentación. Este fue creado con el objeto de evitar que los jueces incumplan los precedentes vinculantes y la doctrina jurisprudencial del TC, y fue un remedio excepcional, a través del cual, este Alto Tribunal quería defender su función constitucional. Y para ello, se valió de una reinterpretación del artículo 202 inciso 2 de la Constitución cuando restringe la competencia del TC para conocer procesos, cuando estos son denegatorios. Todo esto es desconocido por el TC en su reciente sentencia.

Asimismo, se cuestiona al IDL haber utilizado el recurso de agravio constitucional a favor del precedente, cuando este solo estaba pensado para aquellos casos en que se desacataba precisamente precedentes. También en este caso, estamos ante un vacío. Pues el Código Procesal Constitucional nunca señaló nada sobre la fuerza normativa de la jurisprudencia

vinculante del TC, expedida con anterioridad a la entrada en vigencia de este cuerpo normativo que crea la denominación de precedente vinculante. Había un vacío. Nuestro razonamiento fue atribuirle naturaleza de precedente vinculante a dos sentencias del TC anteriores al nuevo código procesal constitucional, fundamentalmente, en atención a la importancia y a la centralidad de las materias abordadas por esta (tipología de los habeas corpus y derecho a la verdad), en el entendido que, los precedentes vinculantes están reservados para desarrollar temas de mayor importancia, y claro está, cuando estamos ante jurisprudencia consolidada, en este caso, la creación de un nuevo derecho fundamental, y el establecimiento de los tipos de habeas corpus.

Incluso, en el supuesto que el TC tuviera razón y el IDL no tuviera legitimidad para presentar recursos impugnativos, la importancia del tema ameritaba y exigía un pronunciamiento del TC en una materia tan delicada como es la imprescriptibilidad de delitos de lesa humanidad. En más de una ocasión, el TC ha declarado improcedente la demanda, sin embargo, se ha pronunciado sobre el fondo del problema, y ha recordado a las partes y a la comunidad jurídica, su jurisprudencia. Acá no lo hizo, pudiendo hacerlo, nada se lo impedía. El principio de la previsión de las consecuencias de sus fallos, le exigía un pronunciamiento en su condición de supremo y definitivo intérprete de la Constitución. Sin embargo, optó por el silencio. Lo que queda claro entonces, es que este TC no quiso entrar a los temas de fondo. Si hubiese tenido interés y voluntad en proteger efectivamente los derechos de los familiares de las víctimas.