



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
PIRHUA

# ¿SERÁ QUE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL HA EMPEZADO A TOMARSE EN SERIO SU DEBER DE AUTOLIMITACION? REFLEXIONES EN TORNO AL CASO EL FRONTON

Luis Castillo-Córdova

Perú, enero de 2009

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2009). ¿Será que el Tribunal Constitucional ha empezado a tomarse en serio su deber de autolimitación? Reflexiones en torno al caso El Frontón. *Gaceta constitucional: jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces*, (13), 75-89.



Esta obra está bajo una [licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. *Los hechos*

Teodorico Bernabé Montoya es uno de los 24 miembros de la Marina de guerra del Perú contra los que la Tercera Fiscalía Penal Supraprovincial de Lima formuló denuncia por la presunta comisión del delito de homicidio calificado en contra de al menos 111 reclusos, muertos en los actos de debelamiento del motín en el Penal “El Frontón” los días 18 y 19 de junio de 1986. Ante esta denuncia, en abril del 2007 el mencionado efectivo militar interpuso demanda de hábeas corpus por supuesta vulneración de su derecho al debido proceso. Su principal argumento fue que se le estaba denunciando por un delito que ya había prescrito. La demanda de hábeas corpus fue declarada infundada en primera instancia por el Juez del Décimo Juzgado Penal. Apelada la sentencia, la Tercera Sala Penal de Reos Libres de Lima revocó la sentencia para dar acogida a la demanda constitucional. Contra esta sentencia estimatoria de segunda instancia, el Instituto de Defensa Legal (en adelante IDL) en representación de los familiares de Norberto Durand Vargas y de Gabriel Ugarte Rivera interpuso recurso de agravio constitucional el cual fue inicialmente rechazado por la Tercera Sala Penal mencionada. Interpuesta la correspondiente queja, ésta fue concedida por el Tribunal Constitucional (en adelante TC). Contra el concesorio del recurso de queja, el demandante en hábeas corpus interpuso recurso de nulidad.

Uno de los principales argumentos que presentó el IDL en su recurso de agravio constitucional, fue el que éste procedía porque así lo había dispuesto el TC en su sentencia al EXP. N.º 4853-2004-PA/TC, en la que emitió el precedente vinculante por el que procedía recurso de agravio constitucional contra una resolución estimatoria de segunda instancia que contravenía precedentes vinculantes. De entre las razones presentadas por el demandante en hábeas corpus se ha de destacar aquella que afirma que el recurso de agravio constitucional no procede contra resoluciones estimatorias de la demanda en segunda instancia, y que en todo caso, si procediese sólo lo sería para discutir su ajustamiento a los precedentes vinculantes, lo que no sería el caso. El TC resuelve el caso en su sentencia al EXP. N.º 03173-2008-PHC/TC firmada por sólo cuatro magistrados, a la que se añaden dos votos singulares; y en ella se decide anular el concesorio del recurso de queja y consecuentemente declarar improcedente el recurso de agravio constitucional.

### 2. *Las cuestiones*

Varias son las cuestiones jurídicamente relevantes que se pueden plantear sobre este caso. La central de fondo es la de determinar si los delitos que supongan grave violación de los derechos humanos prescriben o no. Aquí no abordaré el estudio de esta cuestión, simplemente afirmaré que los referidos delitos no prescriben, y el Estado tiene el deber ineludible de combatir la impunidad en casos de graves violaciones de los derechos humanos. La cuestión que sí abordaré en las páginas siguientes es la de determinar si el TC tenía o no competencia para conocer el recurso de agravio constitucional interpuesto por el IDL. Junto a ella se analizará la justificación y vigencia del precedente vinculante a favor del precedente, debido a que en la resolución de la mayoría se contienen afirmaciones que parecen discutirlo.

## II. ¿CUÁL ES EL CONTENIDO DEL PRECEDENTE VINCULANTE QUE HABILITARÍA EL TC A CONOCER EL RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL?

Afrontar la cuestión de si el TC tenía o no competencia para conocer y resolver el recurso de agravio constitucional presentado por el IDL es un asunto complejo que exige



necesariamente dar respuesta a una serie de preguntas. La primera tiene que ver con la razón invocada por el recurrente como sustento de la procedencia de su recurso. Me refiero a uno de los precedentes vinculantes contenidos en la sentencia al EXP. N.º 4853–2004–AA/TC, el cual tiene la siguiente regla procesal:

“A) Regla procesal: El órgano judicial correspondiente deberá admitir de manera excepcional, vía recurso de agravio constitucional, la revisión por parte de este Colegiado de una decisión estimatoria de segundo grado cuando se pueda alegar, de manera irrefutable, que tal decisión ha sido dictada sin tomar en cuenta un precedente constitucional vinculante emitido por este Colegiado en el marco de las competencias que establece el artículo VII del C.P.Const. En cualquier caso, el Tribunal tiene habilitada su competencia, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja a que se contrae el artículo 19 del Código Procesal Constitucional”<sup>1</sup>.

Como de toda regla, de esta puede afirmarse que está compuesta por un supuesto de hecho y por una consecuencia jurídica. El supuesto de hecho tiene dos elementos constitutivos. El primero es la existencia de una sentencia de segunda instancia que estima la demanda constitucional; el segundo es que ésta haya sido dictada contradiciendo –irrefutablemente– algún precedente vinculante establecido por el TC según el artículo VII CPConst. La consecuencia jurídica de esta regla es que se ha de admitir el recurso de agravio constitucional para que sea resuelto por el TC. Si no hay supuesto de hecho, no hay consecuencia jurídica; si no se cumplen todos los elementos confortantes del supuesto de hecho, no hay supuesto de hecho que permita aplicar la consecuencia jurídica. Consecuentemente, la pregunta que procede formular es la siguiente: en el caso concreto, ¿se cumplían los dos elementos necesarios de configuración del supuesto de hecho de la regla en que consiste el precedente vinculante a favor del precedente? A responder esta pregunta se pasa inmediatamente.

### III. ¿CONCURRÍAN LOS REQUISITOS PARA APLICAR EL PRECEDENTE VINCULANTE A FAVOR DEL PRECEDENTE?

#### 1. Concurrencia del primer elemento del supuesto de hecho de la regla en que consiste el precedente vinculante a favor del precedente

En lo que respecta al primero de los elementos configuradores del supuesto de hecho, no hay duda de la concurrencia del primer elemento. En efecto, no se discute que la sentencia de la Tercera Sala Penal de Reos Libres de Lima declaró fundada la demanda de hábeas corpus presentada por Teodorico Bernabé Montoya. De modo que existe una sentencia de segunda instancia estimatoria de la demanda constitucional de hábeas corpus.

#### 2. ¿Concorre el segundo elemento

La dificultad se presenta en el reconocimiento del segundo elemento configurador del supuesto de hecho: la contravención de un precedente vinculante. Sobre esto último se ha pronunciado tanto la resolución en mayoría, como cada uno de los dos votos en minoría.

<sup>1</sup> EXP. N.º 4853–2004–PA/TC, del 19 d abril del 2007, F. J. 40.

#### A) La resolución en mayoría

Para los cuatro magistrados que firman la sentencia en mayoría, este segundo elemento no se verificaba en los hechos del caso que se examinaba. Así manifestaron que el recurrente IDL “[i]nvocaron como precedentes vinculantes sentencias del TC 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)”<sup>2</sup>. Por tanto, no se cumplía el segundo de los mencionados elementos porque lo que en todo caso habría contravenido la sentencia de la Tercera Sala Penal fue doctrina jurisprudencial y no precedente vinculante alguno.

#### B) El voto en minoría de los magistrados Eto y Beaumont

Los magistrados Eto y Beaumont intentan justificar la existencia de los precedentes vinculantes con anterioridad a la entrada en vigor del artículo VII del Código Procesal Constitucional. Para estos dos magistrados la figura del precedente vinculante tiene origen en la Constitución y no en el mencionado artículo VII. Así dijeron que “son la igualdad, la seguridad jurídica y los principios de coherencia y de universalización en la argumentación racional, los fundamentos constitucionales del instituto del precedente constitucional vinculante, y no alguna disposición legal”<sup>3</sup>. Consecuentemente, antes de la entrada en vigor del Código Procesal Constitucional ya era posible hablar de “reglas vinculantes para todos los poderes públicos y la colectividad en general”<sup>4</sup>.

Admitido esto, los magistrados Eto y Boumont se disponen a buscar si antes de la expedición de la sentencia de la Tercera Sala Penal, el Supremo intérprete de la Constitución había “establecido ya alguna clara regla jurídica en relación con la imprescriptibilidad de la acción penal contra hechos que constituyan una grave violación de los derechos fundamentales”<sup>5</sup>. Así es que terminan haciendo referencia a los fundamentos 5, 9, 19 y 23 de la sentencia al EXP. N.º 2488–2002–PHC/TC, en los que se hace referencia a la obligación estatal de combatir la impunidad y, consecuentemente, de “la adaptación [sic] de normas restrictivas para evitar, por ejemplo, la prescripción de los delitos que violenten gravemente los derechos humanos”<sup>6</sup>.

#### C) El voto en minoría del magistrado Landa

Para el magistrado Landa, el TC “ha desarrollado y aplicado en forma permanente una jurisprudencia vinculante que permita a los jueces y fiscales cumplir adecuadamente con sus funciones de investigar las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en el período 1980–2000, a partir de una interpretación de los derechos y las obligaciones estatales previstas en la Constitución de 1993 y los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado peruano”<sup>7</sup>. Menciona una serie de sentencias del Supremo intérprete de la Constitución en ese sentido, lo que le permite concluir que a pesar de ella la demanda de hábeas corpus que presentó Teodorico Bernabé Montoya “tiene por finalidad desconocerla en su conjunto, situación que constituye un quebrantamiento del orden jurídico constitucional y frente a la cual el Tribunal Constitucional no puede quedarse pasivo. Por este motivo, se justifica plenamente que una sentencia del Poder Judicial que declara

<sup>2</sup> EXP. N.º 03173–2008–PHC/TC, del 11 de diciembre del 2008, F. J. 7 (iii).

<sup>3</sup> EXP. N.º 03173–2008–PHC/TC, citado, Voto particular de los magistrados Eto y Beaumont, F. J. 17.

<sup>4</sup> Idem, F. J. 19.

<sup>5</sup> Ibidem.

<sup>6</sup> EXP. N.º 2488–2002–HC/TC, del 18 de marzo de 2004, F. J. 23.

<sup>7</sup> EXP. N.º 03173–2008–PHC/TC, citado, Voto particular del magistrado Landa, F. J. 6.



“¿Será que el Tribunal Constitucional ha empezado a tomarse en serio su deber de auto-limitación? Reflexiones en torno al caso El Frontón

fundada una demanda de hábeas corpus, pero que contraviene la jurisprudencia vinculante del Tribunal, pueda ser revisada por éste, a efectos de proceder a su revocación”<sup>8</sup>. En consecuencia, el recurso de agravio constitucional ha sido bien interpuesto debido a que se ha dirigido contra una sentencia que en segunda instancia estima la demanda de hábeas corpus pero alejándose de la jurisprudencia vinculante emitida por el TC.

#### D) Respuesta a la cuestión planteada

##### a. Lo que es la jurisprudencia constitucional vinculante

Para determinar una respuesta adecuada a la cuestión planteada se hace necesario establecer si es lo mismo *precedente vinculante* que *jurisprudencia vinculante*, mencionadas por unos y otros: si es lo mismo, la respuesta dada por los votos singulares sería la acertada; si no es lo mismo, el acierto de localizaría en la resolución de la mayoría. En otro lugar he tratado de responder a esta pregunta con base siempre en la jurisprudencia del TC<sup>9</sup>, ahora simplemente formularé unos concretos elementos de juicio que permita luego poder arribar a una respuesta conclusiva.

Se ha de empezar recordando el carácter abierto e indeterminado de los preceptos constitucionales y la labor de concreción que respecto de ellos realiza el TC como Supremo intérprete de la Constitución. Como ha dicho este Alto Tribunal, los “contenidos [de la Constitución], dada la naturaleza pluralista de la sociedad democrática de la que intenta ser reflejo la Constitución, son en muchos casos ambiguos, indeterminados, vagos, abiertos. En suma, la interpretación constitucional es, en este sentido, una labor de ‘concretización’ y también de intermediación entre el momento constituyente y el momento de aplicación de las disposiciones constitucionales”<sup>10</sup>.

Consecuentemente, las concreciones o determinaciones que realice el TC serán fuente de derecho constitucional. En efecto, cuando el TC interpreta una disposición constitucional estableciendo respecto de ella una determinada concreción, está creando una norma de derecho constitucional. Como tal norma vincula al poder público y a los particulares. En palabras del TC: “[l]as sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado”<sup>11</sup>.

Así, al conjunto de sentencias que recogen estas determinaciones constitucionales puede llamársele *jurisprudencia vinculante*. Y a ella se refiere el Legislador cuando establece que los jueces y tribunales de justicia tienen la obligación de interpretar y aplicar el ordenamiento legal e infralegal “según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos” (segundo párrafo del art. VI CPConst., y Primera disposición final de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional). A esta jurisprudencia vinculante también puede llamársele *doctrina jurisprudencial vinculante* del TC, debido a que “[l]a jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los

<sup>8</sup> Idem, F. J. 8.

<sup>9</sup> *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*, Palestra, Lima 2008, Capítulo III.

<sup>10</sup> EXP. N.º 4853–2004–PA/TC, citado, F. J. 28.

<sup>11</sup> EXP. N.º 3741–2004–AA/TC, del 14 de noviembre de 2005, F. J. 42.

distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo”<sup>12</sup>.

No obstante lo dicho, se hace necesario precisar que las determinaciones o concreciones constitucionales vienen recogidas en los fundamentos jurídicos de las sentencias, los mismos que pueden ser *ratio decidendi* u *obiter dicta*. El efecto vinculante en uno y otro caso es distinto. De los primeros la vinculación es absoluta, es decir, el juez no puede utilizar una interpretación distinta a la formulada por el TC<sup>13</sup>; y de los segundos, la vinculación es relativa, sólo vinculará en la medida que la interpretación realizada por el TC persuada al juez o tribunal de justicia<sup>14</sup>. De forma tal que “[s]on las razones decisivas para el caso las que vinculan, mas no las consideraciones tangenciales o de *aggiornamento (obiter dicta)*”<sup>15</sup>;

b. Lo que es el precedente vinculante

A la par que la *jurisprudencia constitucional vinculante*, el legislador peruano ha previsto la categoría jurídica *precedente vinculante*, el cual ha sido definido como “aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga”<sup>16</sup>, y que se establece con la finalidad de “conferir mayor predecibilidad a la justicia constitucional”<sup>17</sup>. Esta categoría jurídica está prevista en el artículo VII CPConst., el cual exige unos requisitos para su creación: primero, que sean emitidos en una sentencia del TC que adquiera la calidad de cosa juzgada; segundo, que el mismo TC expresamente indique que determinada concreción de la Constitución (*ratio decidendi*) rige como precedente vinculante.

c. Relación entre jurisprudencia vinculante y precedente vinculante

Definida así la *jurisprudencia o doctrina jurisprudencial vinculante* y el *precedente vinculante*, la pregunta que inmediata y necesariamente se abre es la siguiente: ¿es lo mismo hablar de una u otra categoría jurídica? Nadie mejor que el mismo Supremo intérprete de la Constitución para dar respuesta a esta pregunta, el que en referencia a la jurisprudencia vinculante ha manifestado que es “una institución constitucional–procesal autónoma, con características y efectos jurídicos distinguibles del precedente vinculante”<sup>18</sup>. No es lo mismo, pues, hablar de jurisprudencia vinculante que de precedente vinculante. Siendo distintas, hay elementos que les unen y elementos que las separan.

Entre los primeros sobresale que ambas son concreciones constitucionales y por tanto vinculan al poder público y a los particulares. En efecto, en una sentencia del TC, tanto la *ratio decidendi* declarada precedente vinculante como la *ratio decidendi* que no lo es, contienen una determinada interpretación y consecuente concreción de una disposición constitucional, y por ello vinculan de modo efectivo a sus destinatarios. Así, tiene dicho el TC que “tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> EXP. N.º 0012–2005–PI/TC, del 26 de septiembre de 2005, F. J. 4.

<sup>14</sup> Todas las citas se recogen del EXP. N.º 0024–2003–AI/TC, citado, primera consideración previa.

<sup>15</sup> EXP. N.º 4119–2005–PA/TC, del 29 de agosto de 2005, F. J. 12.

<sup>16</sup> EXP. N.º 0024–2003–AI/TC, citado, segunda cuestión previa.

<sup>17</sup> EXP. N.º 3741–2004–AA/TC, citado, F. J. 43.

<sup>18</sup> EXP. N.º 6167–2005–PHC/TC, del 28 de febrero de 2006, F. J. 2.



característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio”<sup>19</sup>.

Entre los elementos que les separan se han de mencionar los tres. El primero es que a través del precedente vinculante el TC ejerce un poder normativo general que no se presenta en la jurisprudencia vinculante no formulada como precedente vinculante. Ha dicho el TC que “si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante (...) el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto”<sup>20</sup>. Y no podía ser de otra forma cuando “la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común”<sup>21</sup>.

El segundo es que si bien es cierto será el juez o tribunal quien determine cuales fundamentos jurídicos de una sentencia constitucional son *ratio decidendi* y cuales son *obiter dicta*, de modo que “la identificación del ámbito de vinculación es competencia del juez que va a aplicar la jurisprudencia vinculante en los términos en que lo hace el referido artículo VI del Código Procesal Constitucional”<sup>22</sup>, necesariamente la concreción constitucional contenida en el precedente vinculante debe ser asumida como *ratio decidendi* y no como *obiter dicta*.

Y una tercera diferencia se concluye desde los artículos VI y VII CPConst. La jurisprudencia constitucional se construye a partir de cualquier resolución del TC y además sin necesidad de afirmar expresamente que se trata de una jurisprudencia constitucional; mientras que el precedente vinculante sólo se configura a partir de las sentencias del TC que adquieran la autoridad de cosa juzgada, y deben ser expresamente referidos como tales.

Por lo tanto, el precedente vinculante comparte con la jurisprudencia vinculante la esencia jurídica: ambas son concreciones que de la Constitución realiza el TC a través de sus distintas resoluciones. Pero no toda jurisprudencia constitucional es precedente constitucional. Ambas vinculan, pero no del mismo modo<sup>23</sup>, el precedente lo hace de modo general, al modo como vincularía una ley, y la *ratio decidendi* no declarada precedente vinculante no, la generalidad la tendrá que obtener paso a paso, según vayan siendo aplicadas por los distintos jueces y tribunales. En esta línea, un precedente vinculante siempre vinculará como *ratio decidendi* a los operadores jurídicos, mientras que la jurisprudencia vinculante podrá hacerlo también como *obiter dicta*. Y, en fin, si no hay la mención expresa de la regla o norma general que se estatuye como precedente, no hay precedente, sólo habrá jurisprudencia vinculante.

d. No concurre el segundo elemento del supuesto de hecho

De lo dicho puede llegarse a concluir que el precedente vinculante es distinto a la jurisprudencia vinculante, y entre ambas hay una relación de género a especie: los precedentes vinculantes es un tipo de jurisprudencia vinculante que no se confunde con ella.

<sup>19</sup> EXP. N.º 3741-2004-AA/TC, citado, F. J. 43.

<sup>20</sup> Ibidem.

<sup>21</sup> EXP. N.º 0024-2003-AI/TC, citado, segunda cuestión previa.

<sup>22</sup> EXP. N.º 6167-2005-PHC/TC, citado, F. J. 2.

<sup>23</sup> De ahí que haya dicho el TC que entre una y otra existe una diferencia de grado. EXP. N.º 6167-2005-PHC/TC, citado, F. J. 2.

De ahí, por ejemplo, que el TC haya considerado que “el precedente es una técnica para la ordenación de la jurisprudencia”<sup>24</sup>.

Llegado a este punto ya es posible regresar al caso resuelto en la sentencia al EXP. N.º 03173–2008–PHC/TC, debido a que ya se tienen los elementos de juicio necesarios para resolver la cuestión anteriormente planteada. La respuesta es que no se configura el supuesto de hecho de la regla en que consiste el precedente vinculante a favor del precedente, y por tal razón no es aplicable al caso la consecuencia jurídica de que pueda interponerse válidamente el recurso de agravio constitucional contra resolución estimatoria de segunda instancia. Lo que en todo caso –*prima facie* o de modo verosímil<sup>25</sup>– parece haber es un alejamiento de una *ratio decidendi* no declarada precedente vinculante, o si se quiere de jurisprudencia o doctrina constitucional vinculante.

A esta conclusión podría presentársele la siguiente objeción. La diferencia entre jurisprudencia vinculante y precedente vinculante es irrelevante a efectos primero, de poner fin a la situación de inconstitucionalidad creada con el apartamiento indebido de una interpretación concretizadora de la norma constitucional; y a efectos, segundo, de permitir la intervención del TC a fin de cumplir convenientemente su función de supremo guardián e intérprete de la Constitución.

Sin embargo, esta objeción puede ser contestada de la siguiente manera. Primero, las formas en el derecho también cuentan. Así como con acierto el magistrado Landa recordaba que –salvo disposición legal en contrario, habría que añadir– en Derecho las cosas se deshacen siguiendo la formalidad exigida para hacerlas; ahora es conveniente recordar que el precedente constitucional se construye según la formalidad establecida en el artículo VII CPConst. Si no se cumple con esta formalidad nos colocamos en el supuesto del tercer párrafo del artículo VI CPConst. Segundo, todo precedente vinculante es jurisprudencia vinculante, pero no toda jurisprudencia vinculante es precedente vinculante, por lo que cuando una sentencia se aparta de una jurisprudencia constitucional no se está apartando necesariamente de un precedente vinculante, que es el caso precisamente que habilita la interposición de un recurso de agravio constitucional contra la resolución estimatoria de segunda instancia.

Tercero, esta relevancia podría desaparecer si la diferenciación (en particular, la exigida formalidad para la diferenciación), impidiera por sí misma hacer frente a la situación de inconstitucionalidad creada por la no sujeción a la jurisprudencia del TC. Ocurre, no obstante, que una resolución de segunda instancia estimatoria de una demanda constitucional que se aparta de precedentes vinculantes, puede ser controlada en su constitucionalidad a través de la interposición de una nueva demanda constitucional (amparo contra amparo, o amparo contra hábeas corpus, o hábeas corpus contra hábeas corpus). No se está negando el control de constitucionalidad sobre la resolución de segunda instancia, se está indicando cuál es el camino a seguir según como está formulado nuestro actual ordenamiento constitucional.

Cuarto, el camino a seguir ha sido diseñado por el Legislador al disponer que por resolución denegatoria se ha de entender las resoluciones que declaran infundada o improcedente la demanda constitucional (artículo 18 CPConst.). Esta decisión legislativa, como se argumentará más adelante, es constitucionalmente correcta y por ello obliga al TC. Dicho de

<sup>24</sup> EXP. N.º 3741–2004–AA/TC, citado, F. J. 44.

<sup>25</sup> EXP. N.º 03173–2008–PHC/TC, citado, Voto particular de los magistrados Eto y Beaumont, F. J. 12.



otro modo, no está exigido constitucionalmente que el control de la constitucionalidad de una resolución de segunda instancia estimatoria de una demanda constitucional deba desenvolverse a través del recurso de agravio constitucional. Cuando el legislador ha decidido, como regla general, que en estos casos el control de la constitucionalidad no se desarrollará a través del recurso de agravio constitucional, no ha incurrido en inconstitucionalidad y, por ello, el TC deberá sujetarse a esa decisión legal.

Quinto, a través del procedimiento legalmente establecido, es decir, a través de un nuevo proceso constitucional, no se niega la posibilidad de intervenir al TC. En efecto, interpuesta la nueva demanda constitucional por el demandado –o por un tercero con legítimo interés– en la primera acción de garantía, la Sala Superior y la Sala Suprema respectiva actuarán como primeras instancias en el intento de anular las sentencias inconstitucionales, lo que de no lograrse, habilitará la intervención del TC a través del recurso de agravio constitucional que interpondrá el demandado en el primer proceso constitucional que es el demandante en el segundo proceso constitucional.

#### IV. ¿CUÁL ES LA JUSTIFICACIÓN DEL PRECEDENTE VINCULANTE A FAVOR DEL PRECEDENTE?

Analizada la primera cuestión de las dos anunciadas en la introducción, corresponde abordar la referida a la justificación y vigencia del precedente vinculante a favor del precedente. La resolución de la mayoría de los magistrados, que es precisamente la que hace sentencia, ha puesto en tela de juicio la justificación, que no la vigencia, del precedente vinculante referido en el apartado anterior. Así, manifestaron que era “necesario evaluar si este fundamento cumplía los presupuestos básicos para ser aprobado como precedente vinculante”<sup>26</sup>. La pregunta que se ha de resolver, entonces, es la siguiente: ¿estaba justificada la dación del precedente vinculante referido en el apartado anterior?

1. No se cumple al menos uno de los presupuestos para la dación de un precedente vinculante

A) Naturaleza alternativa de los presupuestos que legitiman la dación de un precedente vinculante

La decisión en mayoría recuerda que ya anteriormente el TC había establecido los presupuestos básicos para el establecimiento de un precedente vinculante. En efecto, en la sentencia al EXP. N.º 0024–2004–AI/TC, el Supremo intérprete de la Constitución dispuso hasta cinco presupuestos básicos cuyo cumplimiento habilitaba la dación de un precedente vinculante<sup>27</sup>. En su voto particular el magistrado Landa afirma en referencia a este recordatorio que “[s]i 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”<sup>28</sup>. Por la propia naturaleza de los cinco presupuestos que habilitan la dación de un precedente vinculante, ellos no pueden ser exigidos más que de modo alternativo, en ningún caso concurrente<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> EXP. N.º 03173–2008–PHC/TC, citado, F. J. 3.

<sup>27</sup> EXP. N.º 0024–2004–AI/TC, del 10 de octubre del 2005, V apartado de las cuestiones previas.

<sup>28</sup> EXP. N.º 03173–2008–PHC/TC, citado, Voto particular del magistrado Landa, F. J. 42.

<sup>29</sup> Es posible que por ser *evidente*, los magistrados que firman el voto en mayoría no se haya detenido previamente a resolver la concurrencia o alternatividad de estos presupuestos.

Si no es necesario que se cumplan cada uno de los cinco presupuestos básicos para habilitar al TC a crear un precedente vinculante, conviene saber si en el caso de la dación del precedente vinculante a favor del precedente que se recoge en la sentencia al EXP. N.º 4853–2004–AA/TC, se ha cumplido al menos uno de ellos.

B) Razones que sustentan la corrección constitucional de la interpretación legal del artículo 202.2 CP

Para el voto en mayoría este precedente vinculante “no cumple con ninguno de estos presupuestos básicos para haber sido aprobado como precedente vinculante”<sup>30</sup>. Para el magistrado Landa al menos cumple el siguiente de los cinco presupuestos: “[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”<sup>31</sup>. De este presupuesto se puede concluir que su aplicación requiere la presencia de un dispositivo constitucional, la de una interpretación errónea del mismo, y la determinación de la interpretación acertada. Veamos cada uno de estos elementos.

El dispositivo constitucional es el artículo 200.2 CP en el que se establece que corresponde al TC “[c]onocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento”. La interpretación errónea que habrían estado llevando a cabo los operadores jurídicos es entender por *resolución denegatoria* sólo las resoluciones que declaran *infundada o improcedente* una demanda constitucional. El error consistiría en circunscribir la actividad hermenéutica sólo a la literalidad del enunciado normativo, y con ello negar una efectiva tutela constitucional. Por el contrario, si se acudiese a una serie de principios de interpretación constitucional, en particular al principio de concordancia práctica y al principio de corrección funcional, se obtendría una interpretación correcta del artículo 200.2 CP. Esta interpretación correcta significaría que por *resolución denegatoria* no sólo tendría que entenderse *denegatoria de la pretensión* en la demanda constitucional, sino también *denegatoria de la tutela constitucional*<sup>32</sup>. Ya en otro lado he analizado críticamente y con cierta profundidad el contenido de este razonamiento formulado por el TC<sup>33</sup>, análisis que bien serviría para contestar la posición de los magistrados Eto y Beaumont en lo referido a las razones para “una interpretación también objetiva del concepto ‘resoluciones denegatorias’”<sup>34</sup>, y al que no referiré aquí. Ahora sólo conviene presentar algunas reflexiones en la línea de determinar si se cumple o no el presupuesto básico referido por el magistrado Landa.

Lo primero que se ha de hacer notar es que el acierto de una determinada interpretación tiene que ver con las razones que se presenten para sustentarla. El artículo 200.2 CP emplea

<sup>30</sup> EXP. N.º 03173–2008–PHC/TC, citado, F. J. 5.

<sup>31</sup> EXP. N.º 0024–2003–AI/TC, citado, apartado V.b de las cuestiones previas.

<sup>32</sup> Así dijo el Tribunal Constitucional: “resulta *denegatoria de tutela constitucional* una decisión que respondiendo de manera estimatoria la pretensión contenida en la demanda de amparo, sin embargo desconoce abiertamente el propio orden jurídico constitucional aplicable al caso concreto, orden a los que corresponden en su máxima jerarquía los precedentes vinculantes de este Colegiado”. EXP. N.º 4853–2004–PA/TC, citado, F. J. 34.

<sup>33</sup> “El Tribunal Constitucional como creador de derecho constitucional”, en SÁENZ DÁVALOS, Luis, *El nuevo régimen procesal del amparo contra amparo en la jurisprudencia constitucional*, Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional número 3, Palestra, Lima 2007, ps. 48–75.

<sup>34</sup> EXP. N.º 03173–2008–PHC/TC, citado, Voto particular de los magistrados Eto y Beaumont, F. J. 8.



un término abierto a la hora de definir las resoluciones que serán objeto de recurso ante el TC en última instancia. La expresión que emplea es la de *resoluciones denegatorias*. Los enunciados abiertos de la Constitución deben ser precisados y concretados para su aplicación efectiva. Varios son los intérpretes de la Constitución, entre ellos el Parlamento y el TC, quienes interpretan de modo vinculante la Constitución. Al Legislador se le debe de respetar un margen amplio de interpretación y configuración constitucional. Si se asume la Constitución como un marco, significará que lo que no está ni exigido ni prohibido estará permitido, es decir, en su interior cabrá más de una respuesta constitucionalmente permitida a las cuestiones de relevancia constitucional. Los márgenes de acciones del Legislador le permitirán optar válidamente por una o por otra respuesta dentro de las constitucionalmente permitidas. El Legislador ha interpretado el artículo 202.2 CP de modo que la expresión *resoluciones denegatorias* ha sido precisada y concretada de la siguiente manera: resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda (artículo 18 CPConst.). ¿Es esta interpretación una constitucionalmente permitida?

En el antepenúltimo párrafo del artículo 200 CP se ha establecido que “[u]na ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas”. Esto significa que constitucionalmente se ha establecido que el Legislador, mediante ley orgánica, regulará el trámite de cada una de las acciones de garantía recogidas en el artículo 200 CP. Será él quien prevea el procedimiento que se ha de seguir con cada demanda constitucional: etapas, recursos, requisitos para interponer los recursos, etc. Es al Legislador y no al TC al que le ha correspondido interpretar el artículo 202.2 CP a fin de determinar lo que se ha de entender por *resolución denegatoria*. El TC sólo intervendría en ejercicio de su función de control de la constitucionalidad, para determinar si la interpretación legal cae dentro del marco de lo constitucionalmente permitido.

Cuando el TC ha analizado el significado constitucional del artículo 202.2 CP, no ha denunciado que contravenga una obligación o que transgreda una prohibición constitucional, es decir, no ha hallado inconstitucionalidad alguna<sup>35</sup>. Lo que sí ha afirmado el TC es que la interpretación del legislador puede *optimizarse*<sup>36</sup>. La optimización se obtendría de considerar como *resolución denegatoria* no sólo la resolución que declara improcedente o infundada una demanda, sino también aquellas que estimando la demanda constitucional se apartan de los precedentes vinculantes, convirtiéndose así en resoluciones que *deniegan* la tutela constitucional<sup>37</sup>.

Sin embargo, el margen de actuación que constitucionalmente tiene atribuido el Parlamento, le permite escoger entre dos alternativas con grados de eficacia distinta si es que ambas alternativas se colocan dentro de lo permitido constitucionalmente, es decir, que no contravengan una obligación o una prohibición de hacer o no hacer algo. Se podría decir que una decisión legislativa referida a derechos fundamentales y que es factible de optimización, no es constitucional porque incumple la obligación general del Poder público de garantizar la *plena* vigencia de los derechos fundamentales (artículo 44 CP). Esta afirmación sería verdad si la decisión no óptima que tome el Legislador no tiene justificación constitucional suficiente. En el caso de la interpretación legislativa del artículo 202.2 CP – supuestamente– no óptima, se puede detectar la justificación siguiente.

<sup>35</sup> EXP. N.º 4853–2004–PA/TC, citado, F. J. 28–32.

<sup>36</sup> Idem, 36.

<sup>37</sup> Ibidem.

Primera, la resolución de segunda instancia que declara fundada una demanda constitucional, tiende a favorecer al que se dice agraviado en su derecho fundamental y a la vez obliga al demandado o al tercero al que se le viola un derecho fundamental a realizar los actos procesales propios para la defensa de un derecho fundamental: accionar. Quien quiera cuestionar y destruir la protección constitucional otorgada en segunda instancia tendrá que hacerlo vía acción y no vía recurso. En el caso que se examina, no se olvide que se trata de un proceso de amparo o de un hábeas corpus en cuyo trámite se vulnera un derecho fundamental del demandado o de un tercero con legítimo interés, en rigor su derecho a obtener una resolución fundada en derecho (artículo 4 CPConst.), más concretamente, fundada en el derecho constitucional vigente. Pues bien, si en la segunda instancia hay una sentencia que contraviene los precedentes vinculantes, se habrá terminado de configurar una nueva agresión de un derecho fundamental, y frente a agresiones de derechos fundamentales lo que corresponde es accionar no recurrir.

Segunda, el TC afirma que se ha de optimizar la interpretación realizada por el Legislador porque cree que con la interpretación que hace el Legislador del artículo 202.CP, se genera “la posibilidad de que los jueces del Poder Judicial puedan eventualmente estimar una demanda de amparo al margen de los precedentes de este Colegiado, sin que ello pueda ser objeto de control constitucional, lo que en última instancia supone desatender el carácter vinculante de la propia Constitución”<sup>38</sup>. Pero esta creencia no es correcta porque de ocurrir la situación que se describe, la sentencia de segunda instancia que declare fundada la demanda constitucional al margen de los precedentes vinculantes, sí puede ser objeto de control constitucional, este control vendrá a través de un nuevo amparo o hábeas corpus (amparo contra amparo, amparo contra hábeas corpus, hábeas corpus contra hábeas corpus), e incluso –de ser el caso– a través de una demanda de *conflicto de competencias por menoscabo*<sup>39</sup>.

Por lo que se puede concluir que la interpretación del Legislador está justificada no sólo en la mayor protección de una defensa constitucional ganada por quien se dice agredido en su derecho fundamental, sino que además se condice perfectamente con la naturaleza de la respuesta procesal que ha de recibir una nueva violación de un derecho fundamental (la acción y no el recurso), así como por permitir el control constitucional de la decisión de segunda instancia que se aparta del precedente vinculante. Y esta justificación es suficiente, sobre todo mirando a la incorrecta justificación que se ha dado a la supuesta interpretación optimizadora. Por lo tanto, la interpretación del Legislador es una interpretación constitucionalmente correcta. Ante una interpretación del Legislador de esta naturaleza, nace la obligación del TC de respetarla. Ni tan siquiera su mentada autonomía procesal constitucional le alcanza para modificar la interpretación establecida por el Parlamento.

Por lo demás se ha de reparar en el hecho que cuando el TC dice que la interpretación del Parlamento se ha de optimizar del modo que él propone, lo que hace es interferir en el ejercicio de la competencia de desarrollo constitucional que le ha previsto el Constituyente, en particular respecto de las garantías constitucionales previstas en el artículo 200 CP. Interfiere porque pretende modificar la decisión del Legislador: éste dice que son sólo dos los supuestos de resoluciones denegatorias, y el TC dice que no son dos los supuestos sino tres; o dicho de otro modo, para el Legislador el camino o vía procesal que se ha de seguir

<sup>38</sup> Idem, 31.

<sup>39</sup> Como lo ocurrido en la sentencia que resuelve el EXP. N.º 0006–2006–PC/TC, en el que un conjunto largo de sentencias de amparo emitidas por jueces del Poder Judicial fueron declaradas nulas por haber sido expedidas contraviniendo precedentes vinculantes.



para enfrentar la inconstitucionalidad de una resolución de segunda instancia que desconoce precedentes vinculantes, no es el recurso de agravio constitucional sino –como se mencionó ya– el proceso de amparo o de hábeas corpus, mientras que para el TC debería ser el recurso de agravio constitucional. Si el TC pretendiera imponer su respuesta sobre la del Legislador, estaría pretendiendo un ejercicio extralimitado de su función, más allá del claro *menoscabo* de las competencias del Parlamento.

De esta manera puede concluirse que el presupuesto básico del que el magistrado Landa afirmaba su cumplimiento, no se cumple realmente. Ni la interpretación del Legislador (que circunscribe la resolución denegatoria a las resoluciones que declaran improcedente o infundada una demanda constitucional) es incorrecta por ser constitucionalmente permitida; ni la interpretación supuestamente *optimizadora* que intenta hacer prevalecer el TC es correcta porque parte del error de que sin ella se produciría ausencia de control constitucional<sup>40</sup>. No es esta “una posición del interpretativismo textualista”<sup>41</sup>, sino interpretación estricta y ajustamiento a sus competencias y límites por parte del TC.

## 2. *La inexistencia de un necesario consenso*

Sin embargo, existe un argumento más en la línea de sostener la no justificación de la emisión del precedente vinculante a favor del precedente. Y ese argumento tiene que ver con las condiciones extra-normativas que acompañan a este tipo de decisiones. El Supremo intérprete de la Constitución tiene dichas dos afirmaciones relacionadas con este argumento. La primera es que no debe formularse un precedente vinculante sobre una disposición de la Constitución que ofrece varias respuestas constitucionalmente correctas. Así dijo:

“aunque parezca obvio, la regla del precedente constitucional no puede constituir una interpretación de una regla o disposición de la Constitución que ofrece múltiples construcciones; en otras palabras, el precedente no es una técnica para imponer determinadas doctrinas u opciones ideológicas o valorativas, todas ellas válidas desde el punto de vista jurídico”<sup>42</sup>.

La segunda es que si se diera una situación en la que el dispositivo de la Constitución a determinar ofrece múltiples respuestas jurídicamente válidas, el TC deberá actuar con prudencia a fin de crear a través de su jurisprudencia, el consenso necesario en la población en general y los operadores jurídicos en particular, para hacer posible la vigencia efectiva del precedente. Dijo así el Máximo Tribunal de la Constitución:

“[e]l precedente, en estos supuestos, solo aparecerá como resultado de la evolución favorable de la doctrina jurisprudencial del Tribunal en determinado sentido. Esto último supone que el Tribunal debe abstenerse de intervenir fijando precedentes sobre temas que son más bien polémicos y donde las posiciones valorativas pueden dividir a la opinión pública. Esto

<sup>40</sup> Error que me parece también se encuentra en el voto del magistrado Landa (F. 44). Éste destacado jurista habla de “antinomía entre el principio jurídico de supremacía constitucional y la irrevisabilidad de las resoluciones estimatorias”. No hay tal conflicto porque la supremacía constitucional no se ve afectado en lo más mínimo por el hecho de que contra la sentencia de segunda instancia estimatoria de la demanda no proceda recurso de agravio constitucional, pero sí un nuevo amparo o un nuevo hábeas corpus, que son precisamente los mecanismos a través de los cuales se podrá revisar la constitucionalidad de esa sentencia, en particular, si se ajusta o no a los precedentes vinculantes.

<sup>41</sup> EXP. N.º 03173–2008–PHC/TC, citado, Voto particular del magistrado Landa, F. J. 46.

<sup>42</sup> EXP. N.º 3741–2004–AA/TC, citado, F. J. 46.

implica, por otro lado, una práctica prudente que permite al Tribunal lograr el mayor consenso posible en el uso de esta nueva herramienta, lo cual le permitirá una verdadera potestad normativa, como ya se ha dicho”<sup>43</sup>.

Pues bien, para la formulación del precedente vinculante a favor del precedente no se han cumplido ninguna de estas dos exigencias. Que la primera no se ha cumplido queda manifestado con el hecho –argumentado en el apartado anterior– de que la interpretación legislativa del artículo 202.2 CP por la que se circunscribe el significado de *resolución denegatoria* a la resolución que declara improcedente o infundada una demanda, es constitucionalmente permitida, y el intento de sustituirla por una interpretación supuestamente *optimizadora* es consecuencia del intento del TC de imponer su concreta creencia de lo que *es mejor*. Que la segunda no se ha cumplido queda manifestado –para no ir demasiado lejos– en la misma sentencia al EXP. N.º 03173–2008–PHC/TC, en la que más de la mitad de los actuales magistrados del TC son de la opinión que el precedente vinculante a favor del precedente no tiene justificación alguna<sup>44</sup>, muestra del más crudo disenso sobre este asunto.

#### V. ¿ESTÁ VIGENTE EL PRECEDENTE VINCULANTE A FAVOR DEL PRECEDENTE?

Es posible, entonces, sostener que en la dación del precedente vinculante a favor del precedente no se ha cumplido ni tan siquiera uno de los presupuestos que lo justifiquen. Pero lo cierto es que fue emitido por el TC, con lo cual conviene plantearse la siguiente pregunta: ¿está vigente el precedente vinculante a favor del precedente? Sobre este asunto en el voto del magistrado Landa se puede encontrar un desacierto y un acierto.

El desacierto es considerar que “[l]a resolución de la mayoría, aunque no lo diga expresamente, en el fondo, pretende dejar sin efecto el precedente vinculante establecido a través de la STC 4853–2004–AA/TC”<sup>45</sup>. Y es un desacierto porque no parece ser cierto que la mayoría quisiera *dejar sin efecto* el precedente vinculante a favor del precedente. Por el contrario, lo que sí parece hacer es que partiendo de su vigencia efectiva denuncia la falta de justificación en su otorgamiento. Es más, algunos de sus argumentos se han formulado con base en la vigencia efectiva de ese precedente. Por eso es que han argumentado que en el caso no cabía el recurso de agravio constitucional porque no había sentencia de segunda instancia estimatoria que contradijera precedente vinculante alguno<sup>46</sup>. El acierto del magistrado Landa es recordarnos que “las cosas en el Derecho se deshacen de la misma forma como se hacen, el abandono de un precedente vinculante se debe realizar por el mismo procedimiento que el Código Procesal Constitucional prevé para su establecimiento”<sup>47</sup>, lo que permite comprobar una vez más el principal papel que las formas juegan en el Derecho.

El precedente vinculante a favor del precedente sigue plenamente vigente porque en la resolución de la mayoría ni se ha declarado su nulidad, y si lo hubiese hecho está no habría tenido efectos. Se requerirá el procedimiento previsto en el artículo VII CPConst. para

<sup>43</sup> Ibidem.

<sup>44</sup> Opinión a la que se han adherido destacados constitucionalistas del país como es el caso de Domingo García Belaunde y Jorge Power Manchego–Muñoz (cfr. Diario “El Comercio” del día 18 de diciembre del 2008), lo mismo que Carlos Chipoco Cáceda (cfr. Diario “Expreso” del día 24 de diciembre del 2008).

<sup>45</sup> EXP. N.º 03173–2008–PHC/TC, citado, Voto particular del magistrado Landa, F. J. 41.

<sup>46</sup> EXP. N.º 03173–2008–PHC/TC, citado, F. J. 7, (iii) y (iv).

<sup>47</sup> EXP. N.º 03173–2008–PHC/TC, citado, Voto particular del magistrado Landa, F. J. 45.



modificar o abandonar este precedente vinculante, requisitos que no tienen que ver con el número de votos a favor que reciba, sino con la calidad de la resolución en la que se contenga. Más allá de las críticas que los magistrados en mayoría han planteado a la ausencia de justificación en su dación, no es posible ver en la resolución de mayoría ni modificación ni abandono de precedente alguno, por lo que el precedente vinculante a favor del precedente continua plenamente vigente.

## VI. CONCLUSIONES

La sentencia del TC al EXP. N.º seguro que será objeto de muchas críticas. Sin embargo, creo que hay razones y fuertes además, para afirmar que no es válido afirmar que se ha incurrido en grave infracción constitucional<sup>48</sup>. Es verdad que en el fondo subsiste una situación de inconstitucionalidad porque en un caso concreto se ha declarado prescrita la acción penal contra delitos que significan graves violaciones de los derechos humanos, contraviniendo no sólo el derecho humano a la verdad y al debido proceso, sino también liberando al Estado peruano de su obligación, internacionalmente contraída además, de luchar pronta y eficazmente contra la impunidad. Pero a la consolidación de esta situación no contribuye el TC como si lo ha hecho la defensa legal de los familiares de Norberto Durand Vargas y Gabriel Ugarte Rivera. Si ante la subsistencia de la situación de inconstitucionalidad descartamos –como se ha hecho aquí– un incumplimiento de la función por parte del TC, ¿quién, entonces, no ha cumplido debidamente con su deber? La eficacia del sistema de protección constitucional de los derechos fundamentales, como en general todo el sistema de justicia, no sólo recae en el juez constitucional sino también en el demandante de justicia constitucional. Un papel es tan importante como el otro, sin embargo, hay las situaciones en las que la torpeza o negligencia del reclamante de justicia coloca al órgano decisor en una situación que le imposibilita dar la decisión justa. Imagínese una vulneración manifiesta de un derecho fundamental no reclamada a través de amparo dentro del plazo legal previsto para ello. Cuando el juez constitucional ajustándose a la formalidad legal declara improcedente la demanda, no está renunciando al ejercicio de su función de control constitucional. Tal renuncia tampoco ocurre, y por poner otro ejemplo, cuando frente a una resolución judicial manifiestamente vulneradora del derecho al debido proceso, el agredido no la recurre en el plazo legal, sino que vencido éste interpone un amparo contra resolución judicial. El juez constitucional no tendrá otra salida que declarar improcedente la demanda constitucional debido a que no cumple el requisito de firmeza exigido por el artículo 4 CConst. En uno y otro caso, ¿se podrá denunciar válidamente que el juez ha pecado de formalismo y ha preferido la forma antes que salvar el fondo? Me parece que no.

Pues bien, algo semejante ocurre en el caso planteado al TC que ahora se comenta. La mala decisión de la representación legal de los familiares de las víctimas de violación de los derechos humanos, han colocado al TC ante la imposibilidad de declarar sobre el fondo de la cuestión. En lugar de interponer la respectiva demanda de amparo contra la resolución estimatoria de segunda instancia, interpusieron el recurso de agravio constitucional. No reparó la mencionada representación en algo tan básico como sencillo: “jurisprudencia constitucional” es una categoría distinta que “precedente vinculante”, y el precedente establecido en la sentencia al EXP. N.º 4853–2004–PA/TC, permitía el recurso de agravio constitucional contra resolución estimatoria de segundo grado emitida, no con

---

<sup>48</sup> RUÍZ MOLLEDA, Juan Carlos, “10 razones para rechazar la sentencia del TC en el caso de El Frontón: cuando el formalismo es más importante que los derechos fundamentales”, publicado en <http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2008/diciembre/18/ideelemail.pdf>, visitada por última vez el 19 de enero de 2009.

desconocimiento de la jurisprudencia constitucional no declarada precedente vinculante, sino sólo de la jurisprudencia constitucional declarada precedente vinculante. Y aquí no había posibilidad de invocar *iura novit curia*, ni estaba en juego el deber del juez constitucional de adecuar las formalidades a los fines de los procesos constitucionales. No hagamos recaer la responsabilidad en quien no la tiene, y examinemos sin apasionamientos donde estuvo el error para que el sistema de protección no funcionase correctamente.

Adicionalmente a esto, no se debe olvidar que el sistema de protección constitucional de los derechos fundamentales también está pensado para proteger los derechos humanos de todas las personas, incluidas aquellas que han causado perjuicio a la sociedad. Así no se ha de olvidar que Teodorico Bernabé Montoya es persona humana y como tal tiene atribuidos también derechos humanos, entre ellos, el derecho al debido proceso, con el conjunto de garantías procesales y formales que lo conforman. Y una de ellas es la de ser sujeto de procesamiento en un tiempo razonable, y la de no ser sujeto de denuncia una y otra vez por un mismo asunto. En este tipo de casos es fundamental la idoneidad de los abogados defensores de los derechos humanos, pues no creo que sea de recibo que debido a sus errores pueda someterse a una persona a una o varias denuncias y/o procesos penales hasta que por fin, luego de varios intentos fallidos, la defensa acierte en invocar el derecho procesal y sustantivo correcto.

La seriedad del caso exige asimismo colocar en sus justas dimensiones la sentencia al EXP. N.º 03173-2008-PHC/TC. El TC no ha dicho que los delitos que significan graves violaciones de derechos humanos son prescriptibles, no habría podido además. Por lo que no es correcta, ni justa, la afirmación de que con lo resuelto por el TC se abre las puertas a la impunidad. La sentencia del TC no beneficia más que a Teodorico Bernabé Montoya. Si alguno de los demás denunciados por los crímenes ocurridos en “El Frontón” interpusiera una demanda de hábeas corpus, ésta no debería prosperar porque la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad no sólo forma parte del contenido constitucionalmente protegidos de derechos fundamentales como el derecho a la verdad, sino además porque es contenido esencial del deber constitucional del Estado peruano de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44 CP), más allá de que es un deber contraído también internacionalmente y que se manifiesta principalmente en la lucha contra la impunidad (artículos 8 y 25 de la Convención americana de Derechos humanos). Y si ocurriese, como en este caso, que en segunda instancia se estimase la demanda, el representante legal de los afectados –esta vez utilizando acertadamente el Derecho– debería interponer un amparo, el que aunque las instancias primeras rechazasen, terminaría siendo conocido por el TC –a través del recurso de agravio constitucional– y éste debería aplicar su jurisprudencia vinculante no declarada precedente para rechazar el hábeas corpus.

En definitiva, en el caso que se examina no procedía admitir a trámite el recurso de agravio constitucional contra la resolución de segunda instancia estimatoria del hábeas corpus presentado por Teodorico Bernabé Montoya. La contravención de jurisprudencia vinculante del TC por parte de esa resolución, habría supuesto la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, así como al derecho fundamental a la verdad de los representados por el IDL, lo que determinaba la procedencia de un amparo contra hábeas corpus. Consecuentemente, de las respuestas dadas por la mayoría y las minorías en la sentencia al EXP. N.º 03173-2008-PHC/TC, hay argumentos para afirmar que quien más se acercaba a la decisión constitucionalmente correcta fue la resolución emitida por la mayoría de los magistrados. Esta resolución, como se ha argumentado arriba, significa la aplicación ajustada al contenido de la regla en que consiste el precedente vinculante a favor



“¿Será que el Tribunal Constitucional ha empezado a tomarse en serio su deber de auto-limitación? Reflexiones en torno al caso El Frontón

del precedente recogido en la sentencia al EXP. N.º 4853-2004-PA/TC. Ni el TC se ha acobardado al momento de decidir, ni ha renunciado al ejercicio de su función de control constitucional. Tal y como está configurado actualmente el ordenamiento constitucional peruano, su respuesta es jurídicamente válida. Extralimitación y por ende invalidez, habría habido de haberse dado una respuesta distinta. ¿Será que el TC ha empezado a tomarse en serio su deber de autolimitación?