

Precisiones en relación al caso “El Frontón” y sus implicancias

ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA*

I. INTRODUCCIÓN

La decisión del Tribunal Constitucional emitida en el caso “El Frontón” (STC Exp. n.º 01969-2011-HC/TC), a través de la cual cuatro magistrados de su actual composición subsanamos la sentencia de fecha 14 de junio de 2013, ha sido objeto de diferentes opiniones e inusitadas repercusiones. Por mi parte, he dejado sentada mi posición de manera pública, abarcando por lo menos dos aspectos. En primer lugar, el referido al sentido de lo que resolvimos. En segundo término, he hecho mención a los evidentes peligros relacionados con que se nos haya denunciado constitucionalmente a cuatro magistrados por el sentido de un pronunciamiento jurisdiccional, el cual fue emitido en el ejercicio regular de nuestras competencias y dentro de una causa aun en trámite.

Considero que este es un momento en el cual, ante los riesgos que se ciernen, no es dable quedarse en silencio o ponerse de lado. Tampoco basta con efectuar lecturas críticas de una resolución con la cual se puede o no coincidir, sin referirse a la utilización más propia de un escenario político que quiere darse al caso: una acusación por prevaricato y por infracción constitucional formulada a cuatro magistrados del actual Tribunal Constitucional del Perú. Formular críticas a lo resuelto, opinable como casi todo pronunciamiento jurisdiccional, sin pronunciarse a continuación sobre los cargos injustamente presentados ante el Congreso contra esos cuatro magistrados puede implicar, quiérase o no, dar el pretexto para proporcionar sustento académico a una actuación política que, de materializarse, vulneraría aspectos propios de todo Estado Constitucional que se precie de serlo. En puridad, lo pertinente es, como ya lo han hecho muchos, coincidir con lo resuelto; o, en su caso, discrepar con lo resuelto, pero aclarar que aquí no se configuran los supuestos necesarios para que proceda una acusación constitucional; o, finalmente, avalar una construcción argumentativa que, con todo respeto, solamente busca apuntalar la vulneración de la autonomía del Tribunal Constitucional y la independencia de sus jueces y juezas.

Prefiero, pues, aprovechando la posibilidad que se me brinda, explicar una vez más lo resuelto en el auto por el cual hoy se nos cuestiona, y levantar así algunas objeciones que se han hecho frente

* Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú. Catedrático de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Procesal Constitucional en las universidades Pontificia Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, de Piura e Inca Garcilaso de la Vega. Profesor Principal y ex Director General de la Academia de la Magistratura. Profesor visitante o conferencista invitado en el Instituto Max Planck y el Tribunal Constitucional federal alemán, las universidades de Bolonia y La Sapienza (Italia), entre otras universidades y centros de estudios de Alemania, Francia, Italia, España, entre otros países europeos, latinoamericanos, asiáticos y africanos. Integrante de las mesas directivas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, la Red Peruana de docentes de Derecho Constitucional, y las Asociaciones Peruanas de Derecho Administrativo y de Derecho Procesal. Integrante de, entre otras entidades, la Asociación Mundial y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; la Asociación Internacional, el Instituto Internacional y el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Perito por la Comisión ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Autor o coautor de diversos libros y artículos en materias de su especialidad.

a dicha decisión. Finalmente, explicitaré cuáles son los riesgos a los que nos llevaría acoger lo que algunos sectores del Congreso vienen planteando.

A estos efectos voy a dividir el presente artículo en varias partes. Inicialmente anotaré cuales son los hechos que explican la configuración del presente caso. Luego, pasaré a anotar de qué se nos acusa en relación al caso “El Frontón” y, de la mano de ello, explicaré cuáles son los alcances de lo que el Tribunal Constitucional ha resuelto sobre el particular. Luego pasaré a responder algunas afirmaciones que, a mi parecer, y con todo respeto, no responden a la realidad. Por último, incidiré en las repercusiones que puede tener lo que aquí se viene discutiendo. Iniciaré entonces mi explicación de inmediato.

II. LOS HECHOS QUE EXPLICAN EL PRESENTE CASO

1. Como es de conocimiento general, en el año 2000, mediante el caso “Durand y Ugarte contra Peru”, la Corte Interamericana volvió a condenar al Estado Peruano por lo sucedido en 1986, en la entonces cárcel “El Frontón”. Allí efectivos de la marina, aduciendo seguir órdenes superiores, aparentemente habrían asesinado a una serie de presos luego de un motín. Lo más grave de estos hechos estuvo vinculado a que muchos de los presos que finalmente aparecieron muertos al parecer no perdieron la vida en un enfrentamiento directo con las fuerzas del orden, sino, según se alega, luego de haberse rendido a esas fuerzas.
2. En cumplimiento de la sentencia "Durand y Ugarte", el Ministerio Público, primero, y luego, el Poder Judicial peruano, determinaron que se hacía necesario juzgar a integrantes de la Marina de Guerra del Perú, los cuales presuntamente eran los responsables de lo ocurrido.
3. Buscando evitar la continuación de ese proceso ya en trámite, esos marinos iniciaron un proceso de Hábeas Corpus, destinado a paralizar la labor de investigación de la judicatura penal ordinaria ya iniciada. Para ello alegaron una supuesta falta de motivación en el auto apertorio de dicho caso y, además, que los delitos que se les imputan ya habrían prescrito.
4. En estricto cumplimiento de lo dispuesto por la Corte en “Durand y Ugarte”, la judicatura ordinaria peruana descartó en dos instancias o grados el hábeas corpus presentado por los marinos. Y es que admitir lo que ellos solicitaban, y sobre todo la prescripción de los delitos imputados, habría despojado de toda responsabilidad a los acusados, pues, aun si se siguiera el proceso contra ellos, lo resuelto al respecto no tendría mayor relevancia práctica, pues aun luego de especificárseles alguna responsabilidad, se señalaría que sus delitos ya habrían prescrito. Es en este contexto que, mediante recurso de agravio constitucional, los marinos en cuestión denunciaron al Tribunal Constitucional.
5. Una vez que el proceso llegó al Tribunal Constitucional, el ponente de la causa, el entonces magistrado Carlos Mesía, intenta que el Tribunal Constitucional se atribuya para sí la competencia de calificar un delito como prescrito y la consideración de un delito como de lesa humanidad. Esas tareas en el Perú siempre habían sido consideradas como propias del juez penal ordinario. Es más, el entonces magistrado Álvarez había defendido esa misma postura en casos anteriores (como, por ejemplo en el caso “Mantilla”, STC Exp. n.º 01607-2012-HC, en el cual Álvarez señaló que no correspondía al juez constitucional

efectuar ese tipo de calificaciones, diciendo expresamente que: “[s]i la conducta imputada a los favorecidos constituye un delito de lesa humanidad, es un asunto que corresponde exclusiva y excluyentemente a la jurisdicción ordinaria y será determinado al final del proceso penal subyacente”). En ese mismo sentido se habría pronunciado también el entonces magistrado Juan Vergara Gotelli.

6. Bien podría decirse aquí, como públicamente lo señaló Álvarez en declaraciones posteriores que se hicieron públicas, que lo resuelto por él y por Mesía y Calle buscaba “blindar” al expresidente aprista Alan García y evitar que se le asigne alguna responsabilidad. Sin embargo, como juez constitucional no me corresponde efectuar ese tipo de aseveraciones. Lo objetivo es que, poco tiempo después, y ya en la resolución de este caso, los ex magistrados Álvarez, Mesía y Calle votaron por habilitar al Tribunal para que califique que no había crímenes de lesa humanidad y, por ende, que los eventuales delitos cometidos habrían prescrito. El proceso para los marinos hasta ese momento imputados podría continuar de una manera más bien simbólica, pues no permitiría sancionar a algún responsable.
7. Otros dos magistrados (Urviola y Eto) votaron en un sentido distinto, señalando que no cabía discutir la calificación ya hecha por el Poder Judicial. Y junto con estos votos se produjo el pronunciamiento del entonces magistrado Vergara Gotelli.
8. Vergara firmó con Mesía, Álvarez y Calle, y expresó su coincidencia con los cuestionamientos que estos tres hicieron a la motivación del auto apertorio de instrucción planteado por la judicatura ordinaria. Sin embargo, al mismo tiempo alcanzó un voto, su expresión de criterio al respecto, en donde especificó que, independientemente de su simpatía o antipatía sobre si lo ocurrido en “El Frontón” constituía crimen de lesa humanidad, él y todo juez o jueza constitucional es incompetente para calificar si un delito ha prescrito o no, ni puede considerar a una circunstancia como crimen de lesa humanidad. El voto de Vergara era, a todas luces, un voto singular en ese extremo, dentro de las diferentes controversias planteadas.
9. Este dato tiene especial relevancia, pues, de acuerdo con la normativa aplicable en el Perú, solamente constituye sentencia aquella parte o extremo de la demanda conocida por el Pleno del Tribunal en la cual la postura asumida obtenga respaldo de la mayoría absoluta de sus integrantes. En ese momento el Tribunal Constitucional peruano solamente contaba con seis miembros. Su mayoría absoluta entonces, necesaria para que cada uno de los extremos de una demanda pueda ser considerado sentencia, era en ese caso de cuatro votos.
10. Lo expuesto tenía innegable incidencia en el caso “El Frontón”, pues si el voto de Vergara se contaba indebidamente con los de Mesía, Álvarez y Calle en lo referido a la calificación de delitos como prescritos o como de lesa humanidad, la continuidad del proceso, aunque se diera, habría sido totalmente despojada de sentido, pues los delitos de los eventuales condenados ya habrían prescrito. En cambio, si el voto de Vergara se entendía en mérito a lo que él expresamente había dicho, en el sentido de que el Tribunal Constitucional no se encuentra habilitado a calificar delitos como prescritos o como de lesa humanidad, Mesía, Álvarez y Calle no podrían detener la actuación del Poder Judicial y revertir su

determinación y sanción de los eventuales responsables que planteaba “Durand y Ugarte c. Perú”

11. Ese indebido cómputo es el que intentó hacerse, pero aquello rápidamente fue percibido por importantes funcionarios y ciudadanos. Es por ello que, primero el Procurador Público Supranacional sobre derechos Humanos (funcionario del Estado peruano responsable de dar cuenta ante el Sistema Interamericano del cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana y así como del seguimiento de los informes y recomendaciones de la Comisión), y luego una serie de entidades, pidieron al Tribunal Constitucional de aquel entonces hacer un nuevo cómputo de votos para ver si se había configurado o no sentencia en el extremo referido a la calificación o no de un delito como de lesa humanidad. Tratándose de pedidos formulados por quienes no eran parte en el proceso, se trataban en rigor de sugerencias para buscar que el Tribunal actúe de oficio y, en ese escenario, no cabía alegar plazo de prescripción o de caducidad para su puesta en conocimiento del Tribunal.
12. Conocidos estos pedidos de actuación de oficio al Tribunal, su anterior composición le confió al entonces magistrado Vergara que prepare una respuesta. Eso es lo que hizo precisamente Vergara, y allí se reafirmó en que, como juez constitucional, no le compete calificar a un delito como prescrito o a un hecho como crimen de lesa humanidad. Resulta claro, entonces, que en ese extremo no coincidía con Álvarez, Calle y Mesía, y, por ende, que no habían votos suficientes para conformar sentencia en ese extremo. Sin embargo, a esta clara posición de Vergara, tal como figura en los actuados del expediente y en declaraciones públicas de Ernesto Álvarez, no se le permitió dar el trámite correspondiente. Lamentablemente se ocultó así la expresa voluntad del entonces magistrado Vergara Gotelli.
13. Cuando la presente composición del Tribunal Constitucional peruano asumió sus cargos, el expediente fue remitido al actual magistrado José Luis Sardón de Taboada. Sardón de Taboada, luego de tener más de un año el expediente en su derecho, presentó una propuesta que no tomaba en cuenta lo ya expresado por Vergara. Los otros actuales integrantes del Tribunal, revisando los actuados del expediente, plantearon la necesidad de contar con otra ponencia.
14. Se procedió entonces, tal como ya se había hecho en casos anteriores, a realizar un correcto cómputo del sentido de los votos de lo resuelto. Al constatarse lo evidente, se corrigió el error material en que se había incurrido y se eliminó del texto de la sentencia aquello que en puridad no contaba con ese carácter por falta de votos conformes.
15. Aun cuando este proceso todavía sigue en trámite, desde el Congreso peruano se ha abierto una acusación constitucional (mezcla de antejuicio y juicio político) contra los magistrados que hicieron este cotejo del sentido del extremo de este voto (Miranda, Ledesma, Ramos y Espinosa-Saldaña).
16. Se acusa a esos magistrados de prevaricato (aduciendo que habilitaron a algunos actores como parte en el proceso fuera del plazo previsto por Ley, cosa que es falsa, pues, ya desde la anterior composición del Tribunal, lo único que se hizo fue acoger sugerencias para que los jueces constitucionales pudieran actuar de oficio, y eso no se encuentra

sujeto a plazo) y de haber violado la cosa juzgada (les acusan de cambiar el voto de Vergara cuando lo que hicieron es evitar se siga ocultando el sentido de ese voto, tal como aquí lo hemos explicado).

17. De nada ha servido anotar que el proceso sigue aún en trámite y, por ende, que se viola además de la inviolabilidad de un magistrado en función a sus votos la independencia de los jueces quienes todavía vienen conociendo este proceso. Ambas son garantías expresamente consagradas en la Constitución peruana vigente. Así, con abiertas violaciones del debido proceso y en tiempo récord, se ha declarado admisible y procedente esta acusación constitucional, alegando un prevaricato inexistente y una insostenible violación de la cosa juzgada. Es más, ya desde el lunes 4 de diciembre se amenaza con entregar un informe parlamentario desfavorable a los cuatro magistrados hoy denunciados, que bien podría llevar a destituirlos en cuestión de días. Esto, sin duda, no solo perjudica a los magistrados del Tribunal Constitucional actualmente denunciados, sino también a los jueces ordinarios que vienen siguiendo el proceso penal consecuencia de lo dispuesto en “Durand y Ugarte”.
18. Entre las violaciones más flagrantes al debido proceso que se pueden anotar en este caso se encuentran los adelantos de opinión de varios miembros del Congreso y, sobre todo, de congresistas implicados en los procedimientos de acusación constitucional en su contra ya en trámite. También se puede anotar la alteración del orden del debate de las acusaciones en trámite, buscando así otorgar menos tiempo a la defensa de los magistrados denunciados. Importante es también sin duda la realización de una audiencia para la cual no se le alcanzó a los magistrados o a sus abogados informe alguno sobre las imputaciones existentes en su contra; o en la que participaron como testigos algunos abogados que, lejos de asumir su rol, se convirtieron en defensores acérrimos de la posición contraria a los magistrados denunciados (testigos que en algún caso incluso fueron a mentir en el Congreso, citando incluso hechos falsos y haciendo referencia a inexacta normativa, no aplicable por cierto a las situaciones invocadas).
19. Es pues en mérito a todo lo expuesto que se hace evidente el enorme riesgo que tiene hoy lo aquí reseñado en el cumplimiento de lo resuelto en el caso “Durand y Ugarte”, además de la flagrante violación a los derechos de los actuales magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, y, no menos relevante por ser mencionada al final, la grave crisis institucional que ello generaría en el Perú, así como la imposibilidad de conseguir la plena vigencia de los derechos dentro de su parámetro convencional.
20. Debe también resaltarse que esta injusta actitud contra cuatro magistrados del Tribunal Constitucional, con la cual además busca tener incidencia sobre los diferentes jueces y juezas del Perú, va generando una importante respuesta a nivel nacional e internacional. Así por ejemplo, esta situación ya ha originado pronunciamientos de varios relatores de Naciones Unidas; la presentación de una medida cautelar ante la Comisión Interamericana a la cual se han adherido los magistrados denunciados; y el apoyo expreso de diversas asociaciones mundiales y latinoamericanas de magistrados, el Presidente del Poder Judicial peruano, organizaciones mundiales y peruanas de tutela de derechos humanos, entre muchos otros.

II. ¿DE QUÉ SE NOS ACUSA A LOS MAGISTRADOS DENUNCIADOS POR EL CASO “EL FRONTÓN”?

Aquí hay algunas cosas centrales que aclarar, pues, independientemente de una serie de afirmaciones que, como veremos luego, no responden a la realidad, en el Congreso se acusa a cuatro actuales magistrados del Tribunal Constitucional de haber cometido delito de prevaricato y haber incurrido en infracción constitucional por no respetar la cosa juzgada. Y al lado de esta acusación se formulan una serie de erradas afirmaciones a las cuales pasaré a refutar.

Se pierde de vista, en primer lugar, que los magistrados del TC, al igual que los congresistas, tienen inviolabilidad e inmunidad por sus votos (texto expreso del artículo 201 de la Constitución). Caso contrario, los magistrados no podrían resolver sus casos con independencia (en función a las presiones), y además, pasaría el grueso del tiempo defendiéndose de acusaciones por sus fallos. Se olvida asimismo que estamos ante una causa todavía en trámite. Con todo ello, plantear e incluso aprobar una acusación constitucional contra los magistrados en este caso violaría los artículos 139, inciso 2 (prohibición de interferir en procesos en trámite) y 146, inciso 1, de la Constitución (respeto a la independencia jurisdiccional de los jueces).

Todo lo anotado bastaría para desbaratar la procedencia de la injusta imputación planteada en nuestra contra. Sin embargo, y ya que además se nos acusa de prevaricato y de infracción constitucional, junto a otras aseveraciones, a mayor abundamiento, pasaré a contestar todas y cada una de estas afirmaciones.

III. NO HEMOS COMETIDO PREVARICATO NI VIOLADO LA COSA JUZGADA

El delito de prevaricato (art. 418 C.P.) constituye un delito especial (ya que solo lo pueden cometer jueces y fiscales de todos los niveles) que protege el correcto funcionamiento de las labores de impartición de justicia. En ese escenario se reconocen hasta tres modalidades de prevaricato: a) cuando se dicta una resolución o dictamen *contrarios al texto expreso y claro de la ley*; b) cuando en la resolución o dictamen se *citan pruebas inexistentes o hechos falsos*, y; c) cuando se dicta una resolución o dictamen apoyándose en *leyes ficticias o derogadas*.

La modalidad referida a “contravenir el texto expreso y claro de la ley” suscita críticas, por cuanto establece una preferencia por la interpretación literal de la norma, sin tomar en cuenta que existen diversos métodos de interpretación, máxime en el marco de un Estado Constitucional. En todo caso, esta modalidad se aplicaría cuando no exista dudas sobre el significado del enunciado legislativo, lo que deberá evaluarse en el caso concreto. Asimismo, el prevaricato solo puede cometerse por dolo (conciencia y voluntad de realizar la acción). Se consuma con la sola formación del dictamen o resolución, aunque justo es anotar que otro sector de la doctrina considera necesario que exista un perjuicio contra un litigante, a partir de la resolución o dictamen emitido. Por otro lado, el ejercicio del control difuso por parte de los jueces (art. 138 Constitución) constituye una causa de justificación (autorización) para inaplicar una norma de rango legal, por lo que en dicho supuesto no se configura el delito de prevaricato.

En cualquier caso, la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre este delito establece algunas precisiones: (1) cuando existan diversas de interpretaciones sobre la aplicación de una norma, no se configura el delito; (2) no basta con identificar una contravención con la ley, la cita de hechos falsos o pruebas inexistentes, sino que se tiene que acreditar el dolo.

Luego de todo lo aquí expuesto, el auto dentro del Exp. n.º 01969-2011-PHC/TC, por el cual se subsana la sentencia del 14 de junio de 2013, y declara no tener por incorporados el fundamento 68 y el punto 1 de la parte resolutive (donde se expresa que los hechos ocurridos en el penal “El Frontón” no configuran delito de lesa humanidad) no constituye delito de prevaricato, ni tampoco involucró una violación de la cosa juzgada. Ello, por cuanto:

- a. No configura alguna de las modalidades típicas del delito de prevaricato, *especialmente la referida a la contravención del texto expreso y claro de la ley*. Debe quedar claro que el auto bajo análisis ha sido dictado de oficio, a partir del hecho que el Procurador Público Supranacional sobre Derechos Humanos y diversos organismos pusieron en conocimiento del Tribunal Constitucional la duda sobre si existían los votos válidos en la sentencia del 14 de junio de 2013 para determinar si es al Poder Judicial o al Tribunal Constitucional a quien corresponde calificar que los hechos ocurridos en “El Frontón” constituyen o no delitos prescritos, o configuran o no crímenes de lesa humanidad. Los plazos y condiciones en el artículo 121 del Código Procesal Constitucional son exigibles solamente para quienes son parte en el proceso, y no para quienes sin ser parte del proceso sugieren líneas de acción a los jueces.
- b. La decisión controvertida en este punto radica en el cómputo del sentido del voto emitido por el magistrado Vergara Gotelli, en razón a la confusa comprensión que inicialmente se le proporcionaba. En todo caso, y luego de la sola lectura de los actuados del proceso, la mayoría de magistrados del Tribunal Constitucional ha adoptado una posición al respecto, la cual se encuentra además debidamente motivada, en el libre ejercicio de sus votos u opiniones, sobre las que no deben responder, de acuerdo con lo expresamente planteado en el texto constitucional.
- c. Sobre la pretendida violación al principio de la cosa juzgada (art. 139, inciso 2 de la Constitución), queda claro cómo, de acuerdo a la posición que hemos asumido la mayoría de magistrados del Tribunal Constitucional, luego de cotejar el sentido del voto del exmagistrado Vergara en el referido auto y su posterior pronunciamiento recogido dentro de los actuados del mismo expediente, la pretendida descalificación de los hechos cometidos en “El Frontón” como crímenes de lesa humanidad no tenía los votos para configurar sentencia. Esto en mérito a que el voto del exmagistrado Vergara Gotelli omitió pronunciarse sobre ello y, más bien, se decantó por trasladar al juez ordinario penal dicha determinación. Por ende, en este extremo, al no existir una decisión válida hasta ese momento, no existió cosa juzgada, tema sobre el cual volveré luego. La emisión del auto de subsanación en el Exp. n.º 01969-2011-PHC/TC no quiso ni pudo vulnerar esa cosa juzgada.
- d. Como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera, cuando la aplicación de una norma es ambigua o presenta diversas interpretaciones no se configura el delito de prevaricato, al no existir un texto expreso y claro derivado de la ley que se esté incumpliendo. En el presente caso, queda claro que existen diversas interpretaciones respecto del sentido del voto del magistrado Vergara Gotelli, ante lo cual la mayoría de magistrados del Tribunal asumió una interpretación válida, en el ejercicio de sus funciones, que además se encuentra debidamente motivada.

- e. De otro lado, tampoco se acredita dolo (intención o voluntad) de cometer prevaricato por parte de los magistrados firmantes del auto hoy impugnado (Exp. n.º 01969-2011-PHC/TC). Al contrario, se advierte que la controversia suscitada es estrictamente interpretativa, por lo que la decisión de la mayoría de magistrados en este caso constituye una manifestación de su libertad de opinión a la hora de cotejar un erróneo cómputo de votos. Esta es una materia sobre la cual, tal como lo señala el artículo 14 de la Ley n.º 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, los magistrados de este Tribunal no deben responder.

IV. LO QUE RESOLVIMOS EN REALIDAD

Señalado lo anterior, es importante explicar debidamente ahora lo que resolvimos en el auto que aparece con fecha 5 de abril de 2016, y a la vez, esclarecer algunos puntos respecto a los cuáles ha habido desinformación o se ha propalado datos imprecisos.

Lo primero es indicar que en el mencionado auto el Tribunal Constitucional tan solo corrigió un error material contenido en la sentencia de fecha 14 de junio de 2013. El error fue puesto a conocimiento del Tribunal, en primer lugar, por el procurador público especializado en lo supranacional, mediante un pedido para que el Tribunal subsane este tema de oficio, el cual no fue resuelto a tiempo por la anterior composición del Tribunal Constitucional en mérito a razones que aquí pasaré a explicar. Como consecuencia de ello, le tocó a la actual configuración emitir pronunciamiento.

Según constatamos, el Tribunal Constitucional el año 2013 emitió una resolución con cuatro firmas, de los entonces magistrados Álvarez Miranda, Mesía Ramírez, Calle Hayén y Vergara Gotelli. Vergara, al mismo tiempo, firmó en documento que intitula “voto”, el cual recoge íntegramente su posición al respecto. Allí se comprueba que si bien el exmagistrado Vergara estaba de acuerdo con casi toda la sentencia, no lo estuvo con lo establecido en el fundamento 68 y el punto resolutorio 1, en los cuales se señalaba que los hechos de “El Frontón” no constituían crímenes de lesa humanidad. Y que, por ende, los supuestos delitos a deducir en este tema ya habrían prescrito.

Vergara lo indicó así de manera expresa y clara en su voto. Sostuvo que era “innecesario un pronunciamiento constitucional” acerca de si “los hechos que son materia del proceso penal (...) no constituyen crímenes de lesa humanidad”. Esto debido a que “no es materia de la demanda ni de controversia en el caso de autos” y porque no le compete al Tribunal “calificar si los hechos penales imputados constituyen o no hechos de lesa humanidad”, considerando que “dicha tarea incumbe al juzgador penal ordinario”.

En otras palabras, para Vergara Gotelli (independientemente sobre sus simpatías o antipatías sobre qué constituye delito de lesa humanidad y cómo operaba lo previsto en el Estatuto de Roma en el Perú al respecto), el Tribunal Constitucional no era competente para pronunciarse acerca de si lo ocurrido en “El Frontón” constituía o no delitos de lesa humanidad. Siendo así, es claro que el fundamento y el punto resolutorio en los que se decía que lo ocurrido en “El Frontón” no calificaba como de lesa humanidad no contaba con el apoyo de los cuatro magistrados que se requería para conformar sentencia. En este extremo Vergara no votó con Mesía, Álvarez y Calle.

Siendo así, tras la constatación hecha por la actual composición del Tribunal, permanecieron incólumes los extremos de la sentencia que sí contaban con el apoyo de cuatro magistrados, pero debió disponerse “tener por no incorporados en la resolución el fundamento 68 y el punto 1 de la parte resolutive”, en la medida que no contaban con el respaldo mínimo necesario. Consideramos, ante la flagrante contradicción entre lo dicho por tres exmagistrados con lo anotado por Vergara en un extremo de lo resuelto, que dicho extremo o aspecto sin los votos suficientes para constituir sentencia, solo podría haber sido incluido en la sentencia por error. Se ratificó así el uso de una práctica que, por cierto, no era nueva en el Tribunal Constitucional del Perú.

V. NO DECIDIMOS QUE SE REABRA ALGÚN PROCESO PENAL

Así visto, es claro que el Tribunal Constitucional, por lo menos con su actual composición, no “reabrió” el caso penal vinculado a los hechos de “El Frontón”, como erróneamente ha sido señalado por algunos. Dicho caso no estaba cerrado y los actuales integrantes del Tribunal nunca nos pronunciamos sobre ello.

El caso “El Frontón”, reitero, se encuentra abierto hasta hoy. Primero, porque ha permanecido y permanece vigente lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Durand y Ugarte vs. Perú” (2000), conforme al cual el Estado peruano debe investigar y determinar las responsabilidades que corresponden por lo ocurrido en “El Frontón”. Segundo, porque en sede penal el caso “El Frontón” se encuentra (y permanece) abierto desde antes de que el Tribunal Constitucional emitiera su sentencia del año 2013 (la que ha sido objeto de subsanación). Tercero, porque la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional del año 2013 nunca cerró el caso penal. Por el contrario, incluso los hoy exmagistrados Álvarez, Mesía y Calle disponían de manera expresa: “continúese con el proceso penal a fin de que el Estado peruano cumpla con sus compromisos internacionales asumidos con la suscripción de tratados internacionales de protección de los derechos humanos”.

VI. NO HUBO DECLARACIÓN SOBRE LA CALIFICACIÓN DE “LESA HUMANIDAD”

Asimismo, al acoger de oficio el pedido de subsanación que se le sugirió, el actual Tribunal Constitucional no se pronunció acerca de si lo ocurrido en “El Frontón” constituía o no crímenes de lesa humanidad. Dicha calificación de “lesa humanidad” la hizo el juez que inició el caso penal, decisión que buscó ser cuestionada por parte de la anterior composición del Tribunal Constitucional al emitir su decisión del año 2013.

Siendo así, la actual composición del Tribunal, ya que en este caso en concreto no correspondía hacerlo, no ha establecido un nuevo criterio jurisprudencial, no ha ordenado una investigación y no ha calificado algún hecho como crimen contra la humanidad.

Lo que hizo el Tribunal Constitucional, reitero, fue corregir un error material, el cual consistió en incorporar indebidamente un párrafo y un punto resolutorio que no contaba los suficientes votos a su favor para ser parte de una sentencia. Y es que quiénes opinaban en un sentido tuvieron tres votos cuando requerían de cuatro, de acuerdo con lo planteado en el artículo 10 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.

Aquí conviene aclarar un punto, frente al cual se ha difundido reiteradamente una información errada. Un caso visto en una sala del Tribunal requiere, para ser resuelto, tres votos conformes en un solo sentido. En cambio, aquí estamos un caso resuelto por el Pleno. Allí, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, las causas se votan por mayoría simple. En ese momento, el Pleno se encontraba conformado por seis magistrados (ya había renunciado Ricardo Beaumont Callirgos), y, por ende, la mayoría simple para configurar algún extremo como parte de la sentencia era la de cuatro votos conformes.

En síntesis, si en un extremo de ese caso no se reunían cuatro votos conformes, en dicho extremo no se había podido configurar sentencia.

VII. NO SE CAMBIÓ NI “REINTERPRETÓ” EL VOTO DEL EXMAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Se ha señalado también que la actual composición del Tribunal habría “reinterpretado” o “cambiado” el voto del exmagistrado Vergara Gotelli. Al respecto, creo que basta con una simple lectura de su voto para verificar que el exmagistrado indicó, sin margen de duda que, si bien puede haber un problema de motivación en la sentencia penal cuestionada, a los jueces constitucionales no les correspondía calificar o no lo ocurrido en “El Frontón” como de lesa humanidad.

La claridad de esto no solo se refleja en su voto, sino también en propuesta de respuesta al pedido de subsanación de oficio que presentó el procurador. Allí el propio exmagistrado Vergara Gotelli explicó, a través de un didáctico cuadro, recogido en el fundamento siete de su pronunciamiento, que él votó en un sentido y con efectos diferentes a lo que votaron los otros tres magistrados. En efecto, el mismo Vergara presentó el siguiente resumen explicativo¹:

CUADRO 1		
MAGISTRADO	POSICIÓN	EFFECTOS
Mesía Ramírez Calle Hayen Álvarez Miranda	En la ponencia de estos tres magistrados se declara FUNDADA en parte la demanda, y en consecuencia NULO el auto de apertura de instrucción, y se dispone que el Juez Penal emita nueva resolución sin que se considere el hecho como delito de lesa humanidad, manteniéndose subsistente los demás extremos de la imputación. Es decir se considera que los hechos imputados no son crímenes de lesa humanidad. Infundado el extremo que cuestiona la apertura del proceso penal. Y dispone que se emita sentencia en	Que el Juez Penal emita nuevo auto de apertura de instrucción, pero sin declarar que los hechos que se imputan a los procesados son crímenes de lesa humanidad, es decir los tres jueces disponen al juez penal de la causa determinado mandato que debe cumplir.

¹ El contenido de este cuadro ha sido difundido a través de diferentes medios de comunicación (Véase la nota 3).

	un plazo razonable	
Vergara Gotelli	Declarar FUNDADA en parte la demanda, NULO el auto de apertura de instrucción, puesto que existe una indebida motivación del juez penal respecto a la prescripción de la acción penal, ya que considera que ha debido evaluarse el momento en que el Perú se adhiere al Tratado Internacional. Infundado el extremo referido a la nulidad del proceso penal. Improcedente respecto de Carlos Castillo Vega.	Que el Juez Penal emita nueva resolución –auto de apertura de instrucción– pronunciándose –como se ha hecho– respecto de la prescripción de la acción penal, conforme a los fundamentos expuestos en el voto.
Urviola Hani Eto Cruz	INFUNDADA la demanda, para que se continúe el proceso a efectos de que el Estado Peruano cumpla con sus compromisos internacionales. Exhorta al Poder Judicial para que en el plazo razonable se emita sentencia penal que corresponda a los favorecidos.	Lo hecho por el Juez Penal es conforme, por lo que expresaron que proseguir el proceso penal contra los favorecidos.

Elaboración: exmagistrado Vergara Gotelli

Los actuales magistrados del Tribunal Constitucional entonces no hemos cambiado nada. La ambigüedad o contradicción entre el voto del exmagistrado Vergara y la sentencia firmada por otros tres exjueces, con la cual nos hemos encontrado los actuales magistrados, surge de los propios actuados. Incluso, y como es de público conocimiento, el propio exmagistrado Álvarez Miranda lo reconoció en una conferencia de julio de este año², en la cual explica que “el fundamento del voto de Vergara (...) se prestaba a una interpretación ambigua”, y que, al leer la propuesta de respuesta de Vergara al pedido de subsanación, se da cuenta que ella no le sirve a los otros tres magistrados para validar la sentencia de 2013. Más aun, y como también ha sido difundido³, existe una comunicación de Álvarez a Mesía donde queda explícita la intención de esconder la voluntad de Vergara: para Álvarez la respuesta de Vergara no era compatible con lo que los otros tres habían resuelto (“el Proyecto adjunto [de Vergara] recoge en forma errada la sentencia (ver cuadro)”), frente a lo cual propone hacer algunas coordinaciones con la finalidad de ocultar la evidente contradicción, que ya había generado repercusiones (“ruego una pronta

² Cfr. “Expresidente del TC confirmó que caso El Frontón no estuvo totalmente definido en sentencia de 2013” En: *Ideele Radio* (Portal web), 4 de julio de 2017, ubicado en: <<http://www.ideeleradio.org.pe/lo-ultimo/expresidente-del-tc-confirmo-que-caso-el-fronton-no-estuvo-totalmente-definido-en-sentencia-de-2013/>> [consultado el 29 de noviembre de 2017] y “Aspectos jurídicos e históricos del caso el Frontón”. En: USMP Oficial (canal de Youtube), 29 de junio de 2017, ubicado en: <<https://www.youtube.com/watch?v=ZmBFg6dGeas>> [consultado el 29 de noviembre de 2017].

³ Por ejemplo en las notas “Álvarez a Mesía: «El fundamento [de Vergara] recoge en forma errada la sentencia»”. En: *Legis.pe* (Portal web), 25 de noviembre de 2017, ubicado en: <<http://legis.pe/alvarez-miranda-mesia-ramirez-fundamento-vergara-sentencia/>> [consultado el 1 de diciembre de 2017], o “TC: Álvarez admitió diferencia de votos en caso El Frontón”. En: *La República* (Diario), 15 de noviembre de 2017, ubicado en: <<http://larepublica.pe/politica/1145391-tc-Alvarez-admitio-diferencia-de-votos-en-caso-el-fronton>> [consultado el 1 de diciembre de 2017].

coordinación a fin de evitar un nuevo problema que dañe innecesariamente la imagen institucional”).

Es más, y luego de la entrega de ese documento, Mesía tiene durante varios meses el expediente en su despacho sin dar trámite a la respuesta dada por Vergara. Pocos días antes de concluir el mandato de ambos, se devolvió el escrito de Vergara a su autor, y ante ello, Vergara se ratificó en su posición. Incluso Vergara, con su firma, remite el texto a Álvarez, quien no está dispuesto a firmarlo y lo tiene en su poder hasta su salida del cargo.

Como bien puede apreciarse, aquí quienes somos los magistrados hoy injustamente denunciados no cambiamos un voto. Aquí dos exmagistrados ocultaron la voluntad de Vergara que solamente luego nos ha tocado rescatar.

VIII. NOS PRONUNCIAMOS SOBRE UN VICIO EN EL CONTEO DE VOTOS QUE INCIDE EN LA CONFIGURACIÓN DE LA SENTENCIA

Llegado a este punto, vale la pena referirnos al papel de los votos en la conformación de una sentencia. Al respecto, en muchas ocasiones los magistrados pueden suscribir sentencias que tienen un contenido con el que no estén plenamente de acuerdo y, para mostrar su discrepancia, emiten un voto separado, el cual se adjunta como parte de la sentencia. De hecho, existen muchísimos casos en los cuales los magistrados (de la actual y las anteriores composiciones del Tribunal Constitucional) han emitido “votos” o “fundamentos de voto”, en los cuales explican que, si bien están de acuerdo en términos generales con lo resuelto, se apartan de algún contenido o extremo específico de la sentencia. En ese o esos extremos no puede hablarse solamente de una mayor justificación de lo resuelto, sino de una discrepancia o voto singular.

En el caso concreto, es claro que el magistrado Vergara Gotelli estaba de acuerdo con que declare nulo parte del auto de apertura de instrucción que fue cuestionado (pedía que la judicatura motive debidamente el extremo referido a la “lesa humanidad”) y que, a la vez, se oponía a que el Tribunal Constitucional reemplace al juez penal en dicha tarea de calificar un delito como prescrito, o de calificar como de lesa humanidad o no los hechos de “El Frontón”, pues consideraba esas materias como completamente ajenas a sus competencias. Es sobre la base de esta constatación que el Tribunal Constitucional hizo la corrección.

Vale la pena aclarar, por cierto, que esta no ha sido la primera vez en la que el Tribunal Constitucional ha corregido sus resoluciones cuando contienen errores materiales graves en la comprensión del cómputo del sentido de un voto, como ocurrió en este caso. Por ejemplo, el Tribunal incluso ha declarado la nulidad de sus decisiones por problemas de contabilización de votos en los siguientes casos: RTC Exp. N.º 02488-2011-HC/TC-Nulidad, RTC Exp. N.º 03681-2010-HC/TC-Nulidad y RTC Exp. N.º 00831-2010-PHD/TC-Nulidad.

IX. NOTAS SOBRE ALGUNAS RECIENTES CRÍTICAS A NUESTRA DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Recientemente he tomado conocimiento de un trabajo preparado por el profesor de la Universidad de Piura, Luis Castillo Córdova, en el cual entiendo que, trabajando desde la

metodología que suele utilizar para la elaboración de sus textos, pareciera afirmar que los magistrados del Tribunal Constitucional habríamos errado al emitir la resolución por la cual hoy se nos cuestiona.

En lo sustancial, Castillo Córdova fundamenta su trabajo de la siguiente manera: (1) la sentencia de fecha 14 de junio de 2013 fue en su opinión “válidamente emitida”, debido a que cuenta con las firmas suficientes; (2) y, debido a que habría sido válidamente emitida, solo podía ser cuestionada por consideraciones “sustantivas”; (3) la cuestión sustantiva puesta en consideración en este caso sería si es “razonable” que se compute el voto de Vergara Gotelli como a favor de la sentencia suscrita por los magistrados Álvarez Miranda, Mesía Ramírez, Calle Hayén, en el extremo en que se pronunciaron sobre la calificación de lesa humanidad, pese a que tienen fundamentaciones distintas. Concluye que, (4) si bien Vergara (quien votó por la nulidad de la resolución de fecha 9 de enero de 2009, “en la parte referida a la motivación de la prescripción de la acción penal”) y los otros tres magistrados (quienes votaron por la nulidad de la resolución de fecha 9 de enero de 2009, “en el extremo que declara que los hechos materia del proceso penal constituyen crímenes de lesa humanidad”) han usado un fraseo distinto, en el fondo están “haciendo referencia a lo mismo”: a la nulidad del mismo extremo de la resolución de fecha 9 de enero de 2009.

En ese orden de ideas, por último, Castillo Córdova considera incorrecto que se haya decidido “subsana el error material” y “tener por no incorporados en la resolución el fundamento 68 y el punto 1 de la parte resolutive”.

Al respecto, una primera cuestión criticable es considerar que la validez formal de una sentencia dependa únicamente de que haya sido rubricada. Como se sabe, y existe diversa jurisprudencia al respecto de la que hemos dado cuenta, existen vicios formales que implican considerar que una sentencia (o parte de esta) nunca ha tenido existencia jurídica. Es más, hemos presentado hace mucho tiempo ya un cuadro resumen en el que se detallan vicios graves que hacen de una decisión del Tribunal Constitucional nula o inexistente⁴. Siendo así, no es cierto que una decisión sea “válidamente emitida” tan solo porque tiene un número de firmas, y, por ende, que luego de ello solo pueda ser cuestionada por “razones sustantivas”. Hay diversos casos en los que se encontraban “resoluciones” del Tribunal con una “cantidad suficiente” de firmas, pero que perdían validez jurídica (formal) debido a, por ejemplo, falta de audiencia, a problemas de notificación, a errores en la composición de la sala, a errores en el conteo de votos, etc.

Ahora bien, y sobre la base del anterior error, el profesor Castillo se ve obligado a señalar que el conteo de votos es un asunto “sustantivo” (de “razonabilidad” en el conteo del voto del exmagistrado Vergara) pues, reiteramos, para él una sentencia formalmente válida solo podría ser cuestionada por asuntos sustantivos. Por mi parte, y de acuerdo con una postura que es mayoritaria en la doctrina y jurisprudencia comparadas, considero que los asuntos sustantivos más bien aluden a la compatibilidad material con la Constitución o con criterios de justicia, y no con

⁴ Por ejemplo en nuestros votos singulares de los casos Sipión Barrios (ATC n.º 03700-2013-AA-Nulidad) y Panamericana Televisión (ATC n.º 04617-2012-AA-Reposición) [este último auto, por cierto, ha sido objeto de estudio en la obra colectiva “¿Son anulables las sentencias del Tribunal Constitucional?”, coordinada por Luis Castillo Córdova], así como nuestro artículo académico “El Tribunal Constitucional y la potestad excepcional de declarar la nulidad de sus propias decisiones”. En: *Revista Peruana de Derecho Constitucional*. Nueva época, Centro de Estudios Constitucionales, Lima, diciembre de 2016.

cuestiones formales (como el conteo de votos), máxime cuando el sentido del voto del magistrado Vergara no deja margen de duda (digamos, no plantea mayor problema interpretativo). En nuestro caso, hemos considerado que el problema en el conteo de votos se refleja en un error material: entendimos que incorporaron el fundamento 68 y el punto resolutorio 1 del fallo por error, pues estos jamás debieron colocarse en el proyecto y correrlo para las firmas finales. No contaban con los votos suficientes para ello, si se realizaba el cómputo de votos correspondiente.

Por último, considero también que hay un problema en tratar de entender los casos únicamente desde la dimensión locutiva o literal de las palabras, lo cual está relacionado con la opción metodológica de la cual parte el profesor de la Universidad de Piura.

En el caso concreto, seguramente es posible hacer el ejercicio de encontrar algún significado que intente hacer coincidir lo que dice el voto del exmagistrado Vergara con lo que señalaron los exmagistrados Álvarez, Mesía y Calle en el punto 1 de su fallo (que, valga precisar, son las únicas palabras que analizó el profesor Castillo en su artículo). Sin embargo, ello no tomaría en cuenta que en el auto por el cual ahora se nos cuestiona a cuatro magistrados del Tribunal también nos pronunciamos sobre el fundamento 68⁵, el cual le da sentido a las palabras que fueron emitidas, a su intención y a los efectos que buscaban.

Así, es claro que la intención y los efectos que buscaba Vergara con su decisión (es decir, las dimensiones locutiva y perlocutiva de las palabras) difieren de las que querían los otros tres magistrados quienes suscribieron la sentencia en mayoría. Esa diferencia no ha sido ni inventada ni forzada por los magistrados quienes suscribimos la subsanación, sino que la ha expresado el propio Vergara, como queda absolutamente claro mediante el cuadro resumen elaborado por él mismo, a través del cual explicitó su parecer (ver *supra*, CUADRO 1). Siendo así, tampoco es cierto que, por lo menos en el extremo controvertido que hoy es de conocimiento general, Álvarez, Mesía y Calle decían lo mismo que Vergara, tal como erróneamente concluye Castillo Córdova en el trabajo al que hacemos referencia.

En suma, la sola presencia de votos no hace formalmente válida una sentencia. Ello máxime si el propio Vergara ha esclarecido el sentido de su voto explicitando que no está de acuerdo con sus tres colegas que suscribieron el fallo. Por ende, lo que el pronunciamiento del Tribunal finalmente abordó fue un tema de carácter formal, referido al indebido conteo de los votos. Constatado el error, este fue subsanado, tal como ha ocurrido en muchos otros casos dentro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú.

CONCLUSIONES

Impartir justicia, en cualquiera de sus diferentes expresiones, no es tarea sencilla, máxime si de lo que se habla es la de realizar una interpretación conforme a la Constitución, inaplicar una norma por inconstitucional o eliminar una norma contraria a la Constitución del ordenamiento jurídico

⁵ “68. En consecuencia, si bien los hechos materia del proceso penal debe ser investigados en virtud del cumplimiento de lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, éstos no pueden ser calificados como crimen de lesa humanidad, y en consecuencia terminado el proceso penal opera la prescripción, sin posibilidad de nuevos procesamientos.”

nacional. Las repercusiones de esta labor tienen consecuencias centrales para la misma viabilidad de todo Estado Constitucional que se precie de serlo.

Es por ello que al juez o a la jueza constitucional, al igual que los congresistas, gozan de inviolabilidad por sus votos. Es por ello que, además, se tutela muy especialmente su independencia jurisdiccional. Aquello no quiere decir que los jueces y juezas constitucionales no puedan emitir fallos discutibles, e incluso cometer errores. Es, en ese tenor, que en el presente trabajo no solamente traigo a colación lo referido a inviolabilidad o no interferencia en procesos pendientes, sino que paso aquí a explicar las razones por las cuales considero que el pronunciamiento que emitimos, la corrección de un error material por un equivocado cómputo de los votos en uno de los extremos de lo resuelto, es una salida conforme a Derecho. Por lo mismo, lo que señalamos se encuentra en las antípodas de un prevaricato o una infracción constitucional.

No me corresponde aquí hacer un juicio de valor sobre si lo planteado contra el Tribunal se incardina en un contexto de generar inestabilidad institucional e incluso de ir más allá. Solamente espero que la entidad a la cual hoy me honro en pertenecer continúe pudiendo desempeñar su labor dentro de los parámetros que el propio fortalecimiento del Estado Constitucional y lo que él involucra así lo reclama.