

“Cuando un voto singular es publicado junto a una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, la opinión minoritaria de uno o varios jueces ve la luz pública (...). Creemos que esta sola ocurrencia abre un gran abanico de posibilidades en el contexto del pluralismo constitucional”

La historia también la escriben los perdedores: el valor del voto singular en el caso “El Frontón” (STC 3173-2008-PHC)

55

José Saldaña Cuba*

I. Introducción

La historia de la humanidad marca los puntos de inflexión en los momentos de disidencia, civilizaciones, conquistas, tiempos de guerra y de paz, revoluciones, reformas, etc. Por ello, pensar distinto, expresarlo, compartirlo y persuadir de ello al resto ha sido el motor de evolución de las sociedades.

En las democracias modernas, el valor de la disidencia es incalculable, al punto que no sería excesivo decir que sin ella dicho sistema sencillamente no sería posible. En el plano judicial, especialmente en el constitucional, la disidencia también se presenta con la forma de votos minoritarios. Como en la historia, en el Derecho, las discrepancias pueden ser el inicio de grandes cambios. Veamos cómo y en qué medida ello ha ocurrido en el Tribunal Constitucional del Perú.

II. Aproximación conceptual al voto singular

La denominación “voto singular” es particular del Tribunal Constitucional del Perú y por esa razón será la utilizada mayoritariamente en este ensayo. Es de destacar, no obstante, que la denominación más difundida de esta institución en el mundo es la de “dissenting opinion”, por ser la acogida en el ámbito judicial norteamericano, donde vio su origen y más amplio desarrollo¹.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ Para un estudio comparado de la institución, ver: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La justicia constitucional. Una visión de derecho comparado. Tomo I. Madrid: Dykinson, 2009. Específicamente, la segunda parte: “Las dissenting opinions”.

Los votos singulares surgen como consecuencia de la discrepancia con la mayoría de integrantes al interior de un colegiado, discordancia de magnitud tal que el juez minoritario (o los jueces minoritarios) considera oportuno formular por escrito su discrepancia en relación a una controversia jurídica concreta. De esta manera, un primer aspecto que se deduce de esta afirmación es que el voto singular tiene un carácter relacional, no existe por sí mismo puesto que no es posible discrepar de nada o con nadie. En ese sentido, Belleau y Jonhson reflexionan:

Las palabras de una dissenting opinion son emitidas por un juez actuando en el ejercicio de sus funciones; estas palabras permanecen imbuidas con la autoridad judicial. Esto hace que la dissenting opinion sea significativamente diferente de otros intentos para persuadir o convencer. Un juez disidente tiene la capacidad de forzar a la mayoría a contestar, explicar, cambiar o acomodar (su posición). Las palabras de una dissenting opinion son un reto directo y la mayoría puede sentirse requerida a dialogar².

56

Una vez analizado lo anterior, veamos algunas de las principales características del voto singular. En primer lugar, en cuanto al contenido del voto singular, si bien en los votos singulares se recurre con cierta frecuencia a argumentos que apelan a la moral pública, creemos que cualquiera que sea la finalidad subjetiva que mueva a un magistrado a formular una opinión minoritaria requiere tener sustento objetivo. En pocas palabras, este voto debe ser justificado jurídicamente, pues un principio de la función jurisdiccional es que sea ejercida con arreglo a la Constitución y a las leyes (artículo 139º de la Constitución Política del Perú); en caso contrario, el voto singular devendría en arbitrario.

En segundo lugar, no puede hablarse propiamente de votos singulares si no pueden ser conocidos por la más amplia opinión pública. La posibilidad de emitir votos separados registrados en actas no accesibles al público, como ha sucedido en algunos países, no satisface los

requerimientos de un concepto moderno del voto singular. Una opinión redactada “para ser guardada en un baúl” elimina casi por completo los beneficios de esta figura ya que las ideas ahí contenidas no podrán alcanzar jamás el “mercado de intercambio de ideas”³; y la posibilidad de que algunos investigadores puedan acceder a ellas en determinadas condiciones apenas atenúa esta limitación.

Finalmente, los votos singulares deben también ser nominativos, es decir, deben estar firmados por los jueces que suscriben la opinión minoritaria. No deja de ser cierto que los votos singulares son anónimos, pero si están motivados jurídicamente y expuestos a la opinión pública, cumplen de entrada muchas funciones importantes; sin embargo, dejan inevitablemente un vacío en relación a la situación subjetiva del juez que emite la opinión. Con los votos singulares anónimos la satisfacción de los estándares democráticos (transparencia, diálogo, etc.) queda a mitad de camino, incluida la responsabilidad del juez frente a la colectividad, que es una forma de control social de la labor jurisdiccional.

III. Voto singular y democracia deliberativa

El voto singular emitido en el seno del Tribunal Constitucional carece de eficacia jurídica pues no vincula jurídicamente a las partes; no obstante, posee un valor jurídico de considerable relevancia en el marco del Estado Constitucional, específicamente en cuanto contribuye a la creación de un ámbito institucional para el despliegue de la democracia deliberativa, un espacio de “búsqueda de la verdad”.

Como sabemos, el famoso cuestionamiento de Bickel⁴ a la legitimidad democrática de la jurisdicción constitucional puso a la luz la característica contra mayoritaria de una decisión judicial que aplica directamente la Constitución incluso en contra de las normas aprobadas por el Parlamento. Sin ahondar mucho en ello⁵, nos interesa proponer que existen mecanismos institu-

² BELLEAU, Marie-Claire y JOHNSON, Rebecca. “I beg to differ: interdisciplinary questions about law, language and dissent”, en: Logan Atkinson and Diana Majury editors, *Law, Mystery and the Humanities: Collected essays*. Toronto: University of Toronto Press, 2008. También puede encontrarse el documento completo en la página web: <http://ssrn.com/abstract=972631>, visitada el 7 de junio a las 10:22pm, p. 176.

³ GERKEN, Heather. “Dissenting by deciding”, en: *Stanford Law Review*, vol. 57, Nº 6, 2005, p. 1749.

⁴ BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press, 1962, pp. 16-17.

⁵ Entre la abundante literatura jurídica sobre el tema podemos encontrar posturas que niegan por completo dicho cuestionamiento (por ejemplo Bruce Ackerman en: *La política del diálogo liberal*. Barcelona: Gedisa, 1999), y otros que, reconociéndolo, lo justifican por diversos motivos, tales como el “carácter procedimental” del control constitucional de leyes (es el caso de John Hart Ely en: *Democracia y desconfianza. Una teoría sobre el control constitucional*. Bogotá: Siglo del Hombre editores, 1997), o en aras de la garantía de los derechos fundamentales bajo la propuesta de una “democracia sustantiva” (por ejemplo Luigi Ferrajoli en: *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 1999). El desarrollo del ensayo puede prescindir de estas consideraciones por tener un objetivo diferenciado.

cionales que pueden moderar dicha “deficiencia/insuficiencia”, creando prácticas democráticas al interior del Tribunal Constitucional que fomenten el diálogo entre los jueces, y entre los jueces y la ciudadanía (hacemos referencia implícita a una democracia deliberativa).

Entre estos mecanismos se encuentran la propia motivación jurídica de las sentencias, la audiencia pública de los procesos de inconstitucionalidad, la legitimidad activa de los ciudadanos para interponer una acción de inconstitucionalidad⁶, la intervención de los *amici curiae* y, por supuesto, el objeto de nuestro ensayo, el voto singular.

Si por democracia deliberativa se entiende, de acuerdo a Nino, el sistema político en el que las decisiones son adoptadas por todas aquellas personas que se verán afectadas, se constituye como el sistema más confiable para acceder a la “verdad moral”⁷. Consecuente a ello, surge inmediatamente la interrogante sobre cómo contribuye el voto singular a este modelo de democracia. A nuestro parecer aporta de dos modos: por un lado, incorpora al debate público una mayor cantidad de participantes y, por otro lado, defiende con argumentos jurídicos posturas minoritarias en temas de gran controversia política, originando una saludable expectativa de cambio.

a) Pluralismo y participación a través del voto singular

Cuando un voto singular es publicado junto a una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, la opinión minoritaria de uno o varios jueces ve la luz pública. Debido a que dicha institución conoce controversias de especial relevancia pública, es posible afirmar que la postura allí defendida no sólo los representa a ellos, sino también a otras personas o grupos cuya postura no ha sido compartida por la opinión mayoritaria. Creemos que esta sola ocurrencia abre un gran abanico de posibilidades en el contexto del pluralismo constitucional.

Un voto singular no está dirigido a los colegas jueces (a quienes no ha podido convencer), sino a la opinión pública en general. Al respecto Sabino Cassese señala:

Si se considera el funcionamiento interno de la Corte, el disenso se manifiesta no para convencer a la mayoría, pues ésta no ha sido convencida. El juez disidente no escribe para dialogar con la mayoría, sino sobre todo, para hablar con los otros poderes (por ejemplo, el legislativo), o directamente con la opinión pública.⁸

Justificadamente, podría alegarse que el voto singular apenas puede representar la visión de una minoría insignificante (la cual incluso, hipotéticamente, puede llegar a ser constituida sólo por un juez disidente), aunque, del mismo modo, tendrá que aceptarse que al menos un ciudadano más (ese juez) será añadido como un participante adicional en el debate público. Y sirva ello para aclarar que el voto singular no tiene una capacidad para incorporar a la discusión a todos los participantes que el modelo ideal de democracia deliberativa desearía (o sea, todos los afectados por la cuestión constitucional); afirmar lo contrario sería, por lo menos, desproporcionado. Pero, sin llegar a esos extremos, nos mostramos optimistas en cuanto a la potencialidad del voto singular para incorporar a grupos minoritarios que puedan verse representados en las decisiones del Tribunal Constitucional. Del mismo modo piensa Michael Kirby quien considera que:

Las razones de los disensos pueden no predominar en dicho diálogo [deliberación pública] en la forma en que las opiniones mayoritarias lo hacen. Sin embargo, las razones del disenso, haciendo un llamado más allá de las órdenes vinculantes de una Corte, pueden incidir directamente en la opinión y consideración razonable de miembros interesados de la comunidad afectada. Puede promover la discusión pública en una forma más vigorosa de la que ocurriría si el disenso no fuera permitido.⁹

⁶ Según el artículo 203 de la Constitución Política del Perú, “cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones” están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, o, en caso de ser “una ordenanza municipal, está facultado para interponer dicha acción el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado”.

⁷ NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 160.

⁸ CASSESE, Sabino. *Lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, 2009, p. 9. El documento puede ubicarse en la página web: www.cortecostituzionale.it, visitada el 30 de mayo de 2011 a las 7:09pm, p. 15.

⁹ KIRBY, Michael. “Judicial dissent – Common law and Civil law traditions”, en: 123 *Law Quarterly Review* 329, 2007, p. 30. Este artículo puede encontrarse en versión completa en la página web: http://www.hcourt.gov.au/assets/publications/speeches/former-justices/kirbyj/kirbyj_06.pdf, visitada el 13 de mayo de 2011, a las 9:31am.

La referencia a los “miembros interesados de la comunidad afectada” tiene relevancia de cara al pluralismo constitucional. Resulta oportuno anotar cómo en países políticamente heterogéneos como el Perú el voto singular puede actuar reforzando este principio del pluralismo en el debate público pues “se presenta como una forma especial de la pluralista protección de minorías, operando además como un importante elemento de autocritica”¹⁰. Cascajo Castro es de opinión similar cuando, pensando en las condiciones políticas de España, similares a Perú, indica que “no es igual el efecto que produce el ejercicio de la independencia valorativa en sociedades ideológicamente homogéneas y con determinada cultura política, que en sociedades con acusadas fracturas ideológicas y políticas”¹¹.

Por otro lado, el jurista alemán Peter Häberle es uno de los autores que rescata también con gran énfasis la esencia pluralista del voto singular en los siguientes términos: “[...] los votos particulares, en una Constitución del pluralismo, forman parte del elán vital (impulso vital) de la Constitución, son expresión de la publicidad y del carácter abierto de la Constitución, de la apertura de sus intérpretes y del pluralismo constitucional. A la par posibilitan alternativas interpretativas en el sentido de ‘pensar posibilidades’”¹².

b) Argumentos jurídicos para posturas minoritarias

La mayor participación ciudadana en la deliberación a través del voto singular no tendría la importancia que creemos que tiene si, al mismo tiempo, no se produjera en el seno de un órgano jurisdiccional que conoce casos de gran trascendencia política, como es el caso del Tribunal Constitucional. Ello garantiza una cierta calidad debido a que este diálogo viene a producirse entre interlocutores cualificados en materia jurídico-política (magistrados constitucionales), asegurando la satisfacción de los principios de seguridad jurídica y de razonabilidad de las decisiones judiciales.

Por ello, Flanders señala, en coincidencia con este plan-

teamiento, que “a causa de que el razonamiento de la mayoría y los dissents serán comparados inevitablemente y se emitirán juicios acerca de cuál es el mejor razonamiento o la mejor decisión al problema planteado; la existencia del dissent significa también que el interés intelectual, como la preocupación mediática, se incrementa [...]”¹³.

En la posibilidad de construir argumentos jurídicos para posiciones minoritarias, el Tribunal encuentra una forma de evitar la exclusión de las minorías y logra convertir en expectativa (de convertirse en mayoría en el futuro) aquello que, de otra forma, sería una derrota total. De esta manera, mientras las decisiones unánimes en casos controvertidos generan indefensión legal e impiden a personas y grupos “continuar la batalla”, los dissents permiten a jueces, abogados, políticos y ciudadanos en general, medir el peso de los argumentos jurídicos mayoritarios y “planear el contraataque”¹⁴.

Esto se produce por el efecto del voto singular en la mejor aplicación judicial del Derecho pues, como señala John Stuart Mill, “si el [dissent] es correcto, nos otorga la oportunidad de intercambiar el error por la ‘verdad’; y si es incorrecto, es también beneficioso, ya que genera una más clara percepción y una viva impresión de ‘verdad’ producida por su colisión con el error”¹⁵.

Asumiendo como verdaderos los dos últimos puntos, es posible concluir afirmando la gran contribución que pueden realizar los jueces a través del voto singular a efectos de la moderación de los cuestionamientos antidemocráticos a la legitimidad del Tribunal. En tal sentido, sostiene Andrew Lynch que:

Ciertamente, hay amplia evidencia de deliberación en estos colegiados, pero ¿provee esto suficiente legitimidad democrática al estar ausente un elemento de representación? [...] Si aceptamos [...] el nexa participativo entre las cortes y el público como un reconocimiento del valor institucional deliberativo de las opiniones disidentes [...] puede con seguridad realzar la

¹⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “La recepción del Sondervotum en Alemania”, en: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 9, Julio-Diciembre, 2009, p. 117.

¹¹ CASCAJO CASTRO, José Luis. “La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española”, en: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 6, N° 17, 1986, p. 1800.

¹² HÄBERLE, Peter. “Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Exposición y crítica”, en: Revista de Derecho de la Universidad de Granada, 3era época, n° 2, 1999, pp. 14-15.

¹³ FLANDERS, Robert. “The utility of separate judicial opinions in appellate courts of last resort: Why dissents are valuable?”, en: 4 Roger Williams University Law Review 401, 1999. Citado por LYNCH, Andrew. “Dissent: The rewards and risks of judicial disagreement in the High Court of Australia”, en: Melbourne University Law Review, 2003, n° 27, p. 740.

¹⁴ HENDERSON, Todd. “From seriatim to consensus and back again”, Documento de trabajo N° 186, Law School University of Chicago: Abril 2008, p. 41.

¹⁵ MILL, John Stuart. “On Liberty”, editado por Elizabeth Rapaport. Hackett Publishing Company, 1859, p. 16. Citado por GERKEN, Heather.. Op. Cit., pp. 115-116.

*reivindicación acerca de la legitimidad democrática del cuerpo judicial. Es suficiente para este propósito reconocer la contribución que la capacidad de disentir puede hacer hacia dicho fin, contrariamente a las objeciones adicionales a los que estaría expuesta la judicial review si fuera ejercido por una corte gobernada por una unanimidad compulsiva*¹⁶.

Sin embargo, es prudente destacar que el voto singular es sólo una herramienta cuyas condiciones permiten la generación de un diálogo beneficioso pero, como toda herramienta, requiere que sea usada adecuadamente por alguien cualificado para tal labor, que en este caso es el juez constitucional.

IV. El caso de estudio: los votos singulares en el Exp. 3173-2008-PHC/TC

En esta sentencia del 11 de diciembre de 2008, el recurso de hábeas corpus llegó a la jurisdicción del Tribunal Constitucional a través del Recurso de Agravio Constitucional (RAC) interpuesto por el Instituto de Defensa Legal (IDL), en calidad de representante de las víctimas de la matanza de El Frontón, solicitando la anulación de la resolución de la Tercera Sala Penal con Reos Libres de la Corte Superior de Lima que declaró fundada la demanda de hábeas corpus interpuesta por el suboficial de la Marina Teodorico Bernabé Montoya, por medio de la cual se dispuso el archivo de la investigación penal.

Como es de público conocimiento, el 18 de junio de 1986 se produjo un motín en el penal denominado El Frontón. Al día siguiente, la Fuerza de Operaciones Especiales procedió a la demolición del Pabellón Azul, lo que produjo la muerte o lesiones de un gran número de reclusos. Las investigaciones por estas ejecuciones extrajudiciales se han ido archivando sistemáticamente, impidiendo la imposición de las sanciones correspondientes a los autores del delito¹⁷. De esta forma, el caso se presentó como una oportunidad para que el Tribunal Constitucional establezca un criterio que permita acabar con la impunidad en el delito contra los derechos humanos ocurrido en El Frontón.

Se emitieron dos votos singulares en la sentencia dictada por el Tribunal: uno de ellos por los magistrados Beaumont Callirgos y Eto Cruz; y el otro, por el magis-

trado Landa Arroyo. Ambos votos trataban el tema de fondo del caso (imprescriptibilidad de delitos contra los Derechos Humanos), en contraposición al fallo en mayoría que por cuestiones procesales decide abstenerse de entrar en dicho análisis. Por ende, tenemos, por un lado, dos opiniones minoritarias que resultan muy provechosas para un análisis constitucional sobre este tema; y, de otro lado, tenemos una postura mayoritaria que siendo el criterio vinculante no establece, paradójicamente, criterio constitucional alguno en relación al fondo.

La mayoría decide no ingresar al análisis de fondo por las siguientes razones (fundamentos jurídicos del 3 al 7): 1) el precedente vinculante de la STC 4853-2004-PA/TC, que habilita a interponer RAC contra resoluciones estimatorias a favor del precedente (lo que ha ocurrido en el presente caso), es inválido en la medida que fue aprobado sin cumplir los presupuestos básicos para dictar un precedente; 2) el IDL cambió de *motu proprio* su condición de *amicus curiae* a tercero legitimado, lo que constituye un vicio procesal; y 3) el RAC invoca como precedente vinculante sentencias del Tribunal Constitucional que sólo constituían doctrina jurisprudencial. Concluye diciendo que “este Tribunal considera innecesario analizar el fondo de la cuestión controvertida por cuanto la justicia constitucional debe guardar un justo equilibrio entre la protección de derechos fundamentales y la seguridad jurídica [...] sin que ello implique exceso de formalismo, pues la justicia constitucional no puede amparar ni avalar el anarquismo procesal” (fundamento jurídico 14). De un lado, en el voto singular de los magistrados Beaumont y Eto, se señala, en primer lugar, que “el hecho de que sólo a partir de diciembre de 2004 se encuentre en vigencia el artículo VII del TP del CPConst., no significa que con anterioridad el Tribunal Constitucional no haya emitido determinadas reglas vinculantes para todos los poderes públicos y colectividad en general” y que, además, la regla de imprescriptibilidad de delitos contra los Derechos Humanos “fue establecida con meridiana claridad en la STC 2488-2002-PHC”, que señalaba: “corresponde al Estado el enjuiciamiento de los responsables de crímenes de lesa humanidad y, si es necesario, la adaptación de normas restrictivas para evitar, por ejemplo, la prescripción de los delitos que violenten gravemente los dere-

¹⁶ LYNCH, Andrew. “Dissent: The rewards and...”, Op. Cit., p. 736.

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Durand y Ugarte, sentencia de 16 de agosto de 2000, fundamento jurídico 59 (Hechos probados).

chos humanos”.

En segundo lugar, indican que los problemas de legitimidad del Instituto de Defensa Legal (que intervino primero como *amicus curiae* y luego como partícipe), los cuales fueron aducidos por la mayoría como causales de improcedencia, deben ser superados en aras de la no denegación de justicia a las víctimas de El Frontón. Por ello, el Tribunal afirma que “son demasiado valiosos los bienes constitucionales que resultarían mellados al negar la posibilidad de que proceda el referido RAC”.

Por otro lado, superados los impedimentos procesales en relación al fondo, agregan que no sólo los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles en aplicación de los tratados internacionales sobre la materia, sino que “bien entendidas las cosas, toda grave violación de los Derechos Humanos resulta imprescriptible”¹⁸, ya que “la gravedad de la afectación a los Derechos Humanos deriva de la fuerza axiológica de los concretos derechos que resultan afectados, así como de las circunstancias manifiestamente desproporcionadas e irrazonables en que se produce dicha afectación”¹⁹. Consideran que ello es pertinente al caso en concreto, atendiendo a lo desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al calificar los hechos ocurridos en El Frontón en el caso Durand y Ugarte.

Asimismo, en su voto singular el magistrado Landa incide directamente sobre la situación de impunidad en que se encuentran algunas de las graves violaciones contra los Derechos Humanos ocurridas en el Perú. Cita para ello algunas de las conclusiones del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación en relación al caso. Además, se remite a jurisprudencia del mismo Tribunal Constitucional que versa sobre la obligación estatal de investigar y sancionar la comisión de delitos contra los Derechos Humanos. Finalmente, cita la sentencia del Caso Durand y Ugarte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el que se establecen las obligaciones del Estado peruano en la matanza de El Frontón.

Sin dejar margen a dudas, Landa Arroyo concluye que “las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de res-

ponsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables son nulas de pleno derecho”.

Por otra parte, contesta también los argumentos de orden procesal aducidos por la mayoría. En primer lugar, califica como un intento injustificado de abandonar el precedente de la STC 4853-2004-PA/TC lo argüido por la mayoría respecto al no cumplimiento de los presupuestos básicos para dictar un precedente, ya que al menos un presupuesto sí se cumple (fundamentos jurídicos 41 y 42). En todo caso, continúa el magistrado disidente, el requisito para abandonar un precedente requiere el voto de al menos cinco magistrados en una sentencia y no en una resolución, como es el caso. Como segunda conclusión señala que:

Lo que en el fondo se aprecia en la resolución de la mayoría es una posición del interpretativismo textualista que no se condice con la estructura de las disposiciones constitucionales, a partir de reconocer en ellas normas-regla y normas-principio. Constituye un retorno al positivismo más radical cuyos adeptos afirman que la interpretación empieza y acaba en el texto mismo de las disposiciones. Si se asumiera ese punto se derivarían consecuencias de gravedad que puedan terminar afectando inclusive la esfera de competencias que este Tribunal ha ido perfilando a través de su jurisprudencia (fundamento jurídico 46).

Ahora bien, en segundo lugar, el magistrado menciona que la situación del IDL no puede ser un justificante para no ingresar al análisis de fondo, puesto que “un orden procesal constitucional no puede considerar como vicios procesales la legítima defensa procesal de quienes tienen interés en la decisión a adoptarse, sino como mecanismos constitucionales de defensa que deben ser analizados por el Tribunal Constitucional desde la perspectiva de garantizar el derecho de acceso a la justicia y el respeto al principio de elasticidad, reconocido en el artículo III del Título Preliminar” (fundamento jurídico 57).

De esta manera, hemos podido observar dos posturas divergentes: la interpretación mayoritaria, formalista, que sostiene que un adecuado equilibrio entre la pro-

¹⁸ Exp. N° 3173-2008-PHC, Fundamento jurídico 41.

¹⁹ Exp. N° 3173-2008-PHC, Fundamento jurídico 42.

tección de derechos fundamentales y la seguridad jurídica impiden analizar el fondo de la controversia; y, por otro lado, la interpretación minoritaria, (especialmente la del magistrado Landa Arroyo), de carácter activista, que entiende que los obstáculos procesales deben ceder en una medida razonable frente a la necesidad de establecer reglas claras en relación a la imprescriptibilidad de los delitos contra los Derechos Humanos, en aras de acabar con la impunidad reinante en estos delitos y en defensa de los derechos fundamentales de las personas.

Encontramos en esta discrepancia un auténtico punto de quiebre en la interpretación del Tribunal Constitucional. Es posible constatar ello observando el serio enfrentamiento “formalismo contra activismo” (por llamarlo de alguna forma) en un asunto de gran sensibilidad jurídica, social y cultural (como son las violaciones de Derechos Humanos); y en el estilo utilizado

para expresar sus posturas y argumentaciones, con el uso de calificativos tales como “anarquismo procesal”, “incoherencia de las decisiones”, entre otros.

V. *A modo de conclusión*

Podemos concluir señalando que en dichos votos minoritarios se han incorporado los intereses de una minoría desprotegida por la mayoría, como son las víctimas y sus familiares. Esto se realizó a través del desarrollo de sólidos argumentos jurídicos que apelan a los derechos fundamentales, a la jurisprudencia vinculante, tanto nacional como internacional sobre Derechos Humanos y al requerimiento de una interpretación menos positivista y más *pro-homine*. Si todo ello resulta cierto, el “contraataque” constitucional se viene gestando desde el mismo momento de la derrota. La democracia deliberativa vio satisfecha su propuesta. 