



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

EL ADIÓS AL PRECEDENTE VINCULANTE A FAVOR DEL PRECEDENTE

Luis Castillo-Córdova

Perú, 2009

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho



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

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

INTRODUCCIÓN

En la sentencia al Exp. N° 03908-2007-PA/TC, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha dispuesto dejar sin efecto el precedente vinculante a favor del precedente vinculante que a su vez fue dispuesto en el fundamento jurídico 40.A de la sentencia al Exp. N° 4853-2004-PA/TC. El hecho en sí mismo no causa –no debería hacerlo– sorpresa alguna, debido a que en una resolución reciente la mayoría del TC, con excepción del magistrado Eto Cruz, ya había adelantado su intensión de dejar sin efecto un precedente vinculante que a su entender no estaba justificado¹. No obstante, la decisión no ha sido pacífica, y buena muestra de ello es el voto singular emitido por los magistrados Landa y Beaumont que acompaña a la primera de las mencionadas sentencias. Tanto de la sentencia como de su voto singular es posible concluir que tres son las cuestiones constitucionalmente relevantes que se presentan en este caso. La primera es determinar si los presupuestos básicos para emitir un precedente vinculante no tienen vinculación alguna debido a que han sido emitidos en un obiter dicta. La segunda es determinar si a la hora de darle contenido a la expresión “resoluciones denegatorias” (artículo 202.2 de la Constitución), ha habido o no una imposición ideológica por parte del TC. Y la tercera es determinar si el amparo contra amparo es o no un mecanismo efectivo para combatir los desacatos manifiestos de los precedentes vinculantes. A resolver estas tres grandes cuestiones se destinan las siguientes páginas.

I. SOBRE LA VINCULACIÓN A LOS PRESUPUESTOS BÁSICOS PARA LA DACIÓN DE PRECEDENTES VINCULANTES

1. La posición de la mayoría

La primera gran cuestión a la que se enfrenta la sentencia al Exp. N° 03908-2007-PA/TC es la de determinar la vinculación a los presupuestos básicos para la emisión de un precedente vinculante. La mayoría ha decidido que tales presupuestos básicos sí vinculan, tan es así que luego de mencionarlos, ha formulado un análisis dirigido a determinar si alguno de ellos se ha cumplido a fin de tener como justificada la emisión del precedente vinculante a favor del precedente.

Así, recordó la mayoría que:

¹ RTC Exp. N° 03173-2008-PHC/TC, del 11 de diciembre del 2008, ff. jj. 4 y 5.



“[d]e acuerdo con la STC Exp. N° 0024-2003-AI/TC, los cinco presupuestos básicos que deben observar las sentencias del Tribunal Constitucional que se pronuncian sobre el fondo para la aprobación de un precedente vinculante, son:

- a. La existencia de interpretaciones contradictorias.
- b. La comprobación de interpretaciones erróneas de alguna norma perteneciente al bloque de constitucionalidad.
- c. La necesidad de llenar un vacío legislativo.
- d. La corroboración de normas que sean susceptibles de ser interpretadas de manera diversa.
- e. La necesidad de cambiar un precedente vinculante”².

2. La posición de la minoría

El voto en minoría manifiesta una posición contraria. Ninguno de esos presupuestos básicos vincularía porque fueron recogidos en un *obiter dicta*. Así manifestaron que:

“[s]i se analiza detenidamente esta sentencia [Exp. N° 0024-2003-AI/TC] es fácil apreciar que todos los considerandos expresados antes del fundamento 1 constituyen indudablemente *obiter dicta*. Ello por cuanto si se prescinde de todas las consideraciones anteriores y se analiza estrictamente la resolución de dicho proceso, únicamente con los argumentos esgrimidos en los fundamentos 1 a 7, la coherencia interna de la sentencia y el sentido del fallo no se alteran en absoluto. Más aún, si se aprecia que la cuestión de fondo resuelta a través de la STC Exp. N° 0024-2003-AI/TC no guarda, para nada, relación con las reglas a seguir para establecer un precedente vinculante (...). En ese sentido, los ‘presupuestos’ supuestamente de ineludible cumplimiento para el establecimiento de un precedente carecen de esa naturaleza y no pueden ser, por tanto, criterio ni justificación válida para intentar dejar sin efecto el precedente vinculante establecido en el fundamento 40 de la STC 04853-2004-AA/TC”³.

3. Mi posición

Mi posición es que hay argumentos fuertes para concordar con la posición de la sentencia de la mayoría y no con el voto en minoría.

a. Algunos elementos configuradores del precedente vinculante

La figura constitucional del precedente vinculante ha sido objeto de varios e importantes estudios en la doctrina peruana⁴. No es mi finalidad mostrar aquí la construcción teórica

² STC Exp. N° 03908-2007-PA/TC, del 11 de febrero de 2009, f. j. 5.

³ *Ibidem.*, voto singular, ff. jj. 5 y 6.

⁴ Así, el libro conjunto coordinado por CARPIO, Edgar y GRÁNDEZ, Pedro. *Estudios al precedente constitucional*. Palestra editores, Lima, 2007. El especial del número 1 de la revista *Jus*

que ya he mostrado en otro lugar⁵, sino solo referir los elementos principales de esa construcción que luego permitan abordar la solución de la cuestión que ahora se analiza. El primer elemento es que en un Estado constitucional suele ocurrir –como de hecho ocurre en el caso peruano– la conjunción de dos conceptos. Por un lado, la Constitución como un orden jurídico formalmente impreciso que reclama de concreciones y materialmente abierto a valores; y por otro lado, el TC como Supremo Intérprete de esa Constitución. Una consecuencia necesaria de esta conjunción es que la interpretación que de la Constitución –y de las disposiciones infraconstitucionales constitucionalizadas– formule el TC, vincula a quienes en el ejercicio de la labor interpretativa están colocados en un nivel inferior a la del Supremo Intérprete. El segundo elemento es que tales interpretaciones son contenidas en las resoluciones jurisdiccionales del TC, en especial en sus sentencias, las mismas que conforman lo que puede denominarse como jurisprudencia del TC, que vista desde los demás intérpretes de la Constitución puede ser denominada *jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional*.

En tercer lugar, las interpretaciones son contenidas en los fundamentos de sus resoluciones. Tales fundamentos pueden ser *ratio decidendi* o pueden constituir *obiter dicta*. Las interpretaciones que son *ratio decidendi* pueden convertirse en precedentes vinculantes (artículo VII del CPConst.). De modo que en el ordenamiento jurídico peruano es posible afirmar que las interpretaciones del TC pueden ser: *ratio decidendi* que son precedentes vinculantes; *ratio decidendi* que no son precedentes vinculantes y *obiter dicta*. Y todas ellas vinculan, porque así lo exige el tercer párrafo del artículo VI del CPConst., aunque no vincularán de la misma manera.

En efecto, y este es el cuarto elemento, la mencionada triple modalidad que adquieren las interpretaciones del TC supone una triple modalidad de vinculación. La vinculación menos intensa proviene del *obiter dicta*. Debido a su carácter persuasivo o admonitorio⁶, el juez puede verse no persuadido por la interpretación contenida en el *obiter dicta*. De ocurrir esto tendrá que mostrar las razones por las que no le persuade la interpretación del TC antes de aplicar la suya propia. Incluso, si le persuadiese la interpretación ahí contenida, el juez puede concluir que el caso concreto que tiene que resolver no es sustancialmente igual al

Constitucional lleva por título “La fuerza vinculante del precedente vinculante y de la jurisprudencia constitucional”, de enero del 2008. Mientras que el especial del número 3 de la revista *Gaceta Constitucional* lleva por título “Alcances y efectos vinculantes de la jurisprudencia constitucional”, de marzo del 2008.

⁵ Cfr. el capítulo III de mi libro *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*. Palestra editores, Lima, 2008.

⁶ STC Exp. N° 0024-2003-AI/TC, del 10 de octubre del 2005, consideraciones previas.



caso respecto del cual se formula el *obiter dicta*, de modo que no aplica la interpretación ahí contenida, no porque no concuerde con ella, sino porque no atañe al caso que ha de resolver.

Un punto intermedio en la vinculación se encuentra en la interpretación contenida en la *ratio decidendi*. La interpretación contenida en una *ratio decidendi* obliga y ha de cumplirse, al margen de que el juez concuerde o no con ella. Este no puede interpretar distinto a la interpretación contenida en ella. Por el contrario, sí puede decidir –razonadamente, se entiende– cuáles fundamentos de la sentencia constitucional son *ratio decidendi* y cuáles son *obiter dicta*; de igual forma, sigue siendo juez de casos concretos y, consecuentemente, podrá decidir –siempre justificadamente– que el caso que tiene que resolver es distinto al caso respecto del cual se formula la *ratio decidendi* y, por esa razón, resuelve no aplicar la interpretación contenida en ella.

Y la máxima vinculación se halla en la *ratio decidendi* que es formulada como precedente vinculante. La interpretación ahí contenida obliga al juez como toda *ratio decidendi*, por lo que no podrá formular una interpretación distinta a la formulada por el TC. No podrá decidir si el fundamento que contiene la interpretación es *ratio decidendi* u *obiter dicta*, sino que deberá asumir necesariamente como *ratio decidendi* la interpretación contenida en un precedente vinculante. No pierde, sin embargo, la posibilidad de decidir razonadamente que al caso que debe resolver no le aplica el precedente vinculante por no corresponder al tratarse de un supuesto de hecho que no es sustancialmente igual al que permitió la formulación del precedente vinculante. Por ello, no todo apartamiento de este es inconstitucional.

b. Requisitos para crear un precedente vinculante

La interpretación constitucional que es emitida bajo la modalidad de precedente vinculante ha de cumplir algunas exigencias de validez jurídica. Algunas de ellas han sido recogidas en el artículo VII del CPConst. Una es que la interpretación constitucional solo podrá formularse como precedente vinculante si es que se hace contener en una sentencia que llega a pronunciarse sobre el fondo de la cuestión que intenta resolver (artículo VII y artículo 6 del CPConst.). Y otra es que el TC debe manifestar de modo expreso que determinada interpretación constituye precedente vinculante. Si no hay tal declaración expresa, la interpretación constitucional valdrá y vinculará como *ratio decidendi* que no es precedente vinculante. Por lo demás, no se ha dispuesto nada acerca del número de votos a favor que ha de tener la sentencia constitucional, por lo que se interpretará que no requiere de ninguna mayoría calificada, sirviendo una mayoría simple.

En la jurisprudencia del TC se han recogido también algunas exigencias a cumplir para la emisión de un precedente vinculante. Así se tienen las siguientes:

- a. La existencia de relación entre el caso que se resuelve y la interpretación que es precedente vinculante. De modo que “la regla que con efecto normativo el Tribunal Constitucional decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado”⁷. Consecuentemente, el fundamento jurídico que contiene el precedente vinculante solo puede ser *ratio decidendi* y *nunca obiter dicta*.
- b. La sentencia en la que se hace contener el precedente vinculante debe tener la calidad de cosa juzgada. Este requisito se desprende ya del artículo VII del CPCConst., de modo que “[l]a decisión del Tribunal Constitucional de establecer que un caso contiene reglas que se proyectan para el futuro como precedente vinculante se encuentra sujeta a que exista una decisión final; vale decir, que haya puesto fin al proceso. Más aún, dicha decisión final debe concluir con un pronunciamiento sobre el fondo; es decir, estimándose o desestimándose la demanda”⁸.

Junto a estas condiciones de uso, el TC ha establecido los presupuestos básicos cuyo cumplimiento justifica el establecimiento de un precedente vinculante. Tales presupuestos básicos fueron ya mencionados anteriormente, y son precisamente respecto de los cuales se plantea la cuestión de si vinculan de modo que sirvan de justificación para dejar sin efecto el precedente vinculante a favor del precedente.

c. La vinculación de los presupuestos básicos

Como ya se manifestó antes, a entender de los magistrados Landa y Beaumont, la lista de cinco presupuestos básicos que llegan a justificar la dación de un precedente vinculante, carece de *la naturaleza de presupuestos de ineludible cumplimiento* debido a que han sido formulados dentro de un *obiter dicta*, y estos no vincularían debido a que “[e]n la jurisprudencia de este Colegiado, además, reiteradamente se ha sostenido que lo que vincula es tanto la *ratio decidendi* como el *decisum*”⁹, mas no la interpretación contenida en un *obiter dicta*.

Sostener que lo que vincula es la *ratio decidendi* y no el *obiter dicta* genera consecuencias nada despreciables y, por desgracia desalentadoras. En estricto, no sería vinculante de ningún modo un buen número de interpretaciones constitucionales formuladas por el TC de los últimos cinco años, debido a que en ese lapso de tiempo no han sido extrañas las

⁷ Ídem.

⁸ Ídem.

⁹ STC Exp. N° 03908-2007-PA/TC, citado, voto singular, f. j. 2.



sentencias instructivas¹⁰, en las que el TC se tomaba la libertad de dar lecciones de Derecho Constitucional en sentencias divagadoras, sin que tal aleccionamiento influyera en la decisión de la sentencia. Así, por ejemplo, ha formulado el marco teórico de la extradición¹¹, de las formas de intervención delictiva¹², de la Constitución medioambiental¹³, del hábeas corpus y de su tipología teórica¹⁴, del recurso de agravio constitucional¹⁵, por solo citar algunos ejemplos. Especial mención deben tener aquellas sentencias tan sumamente extensas que requerían incluso de un sumario, cual monografía académica, para evitarle al lector perderse en una inútil jungla teórica¹⁶. Habría que dejar sin efecto las interpretaciones que en estas sentencias nada tenían que ver con el fallo, lo cual significaría afirmar la inutilidad de buen número de ellas, realizadas por el TC en los últimos años. Afortunadamente es posible sostener que esta manera de ver las cosas presentada por los magistrados Landa y Beaumont en su voto singular, son sumamente deficientes, lo que les hace carecer de razonabilidad y, consecuentemente, de validez argumentativa.

La primera razón que puede alegarse para no compartir la posición de los mencionados magistrados del TC, es que en aplicación de ellos habría que concluir que no sería vinculante la interpretación del TC de que lo vinculante es la ratio decidendi y no el obiter dicta. Tiene declarado el TC –en esa jurisprudencia reiterada, a la que se refiere el voto singular– que “[s]on las razones decisivas para el caso las que vinculan, mas no las consideraciones tangenciales o de aggiornamento (obiter dicta)”¹⁷. Pero lo tiene declarado en un obiter dicta, pues ha sido formulada dentro de una argumentación que nada tiene que ver ni con el fallo. En efecto, la transcrita declaración del TC se recoge en el fundamento 12 de la sentencia al Exp. N° 4119-2005-PA/TC, sentencia cuyos fundamentos son divididos en los siguientes apartados: 1. Precisión del petitorio (fundamentos 1 a 2); 2. Cuestión procesal previa (fundamentos 3 a 9); 3. Ejecución de la sentencia constitucional (fundamentos 10 a 70); y 4. Análisis del caso concreto (fundamentos 71 a 85). De una atenta lectura de esta sentencia es pacífico concluir que los 61 fundamentos jurídicos que

¹⁰ GARCÍA TOMA, Víctor. “El Tribunal Constitucional, la interpretación constitucional y las sentencias manipulativas-interpretativas (normativas)”. Trabajo que se encuentra publicado en: <http://gaceta.tc.gob.pe/img_upload/2b3dbc748b6bb62663f59958d6207845/LA_INTERPRETACION_CONSTITUCIONAL_3.pdf>.

¹¹ STC Exp. N° 3966-2004-HC/TC, del 3 de marzo de 2005. El marco teórico se contiene entre los fundamentos 8 a 35, sin que ello influya para nada en el fallo y en su justificación que va de los fundamentos 36 a 40.

¹² STC Exp. N° 1805-2005-HC/TC, del 29 de abril de 2005, ff. jj. 32 a 37.

¹³ STC Exp. N° 0048-2004-PI/TC, del 1 de abril de 2005, ff. jj. 17 a 38.

¹⁴ STC Exp. N° 2663-2003-HC/TC, del 23 de marzo de 2004, en su largo f. j. 6.

¹⁵ STC Exp. N° 2877-2005-PHC/TC, del 27 de enero de 2006, ff. jj. 2 a 28.

¹⁶ Por todas la sentencia puede verse la STC Exp. N° 0050-2004-AI/TC, del 3 de junio de 2005 y otros acumulados.

¹⁷ STC Exp. N° 4119-2005-PA/TC, del 29 de agosto del 2005, f. j. 12.

conforman el tercer apartado pudieron ser obviados sin que por ello se resienta la argumentación jurídica (decisiva en los fundamentos 71 a 85), y sin que por ello otro hubiese sido el fallo. Consecuentemente, una básica coherencia exigida en toda argumentación lleva necesariamente a afirmar que tampoco podría emplearse la interpretación de que lo que vincula no es el *obiter dicta* si no la *ratio decidendi*, para desacreditar el valor justificativo que la sentencia da a los presupuestos básicos para emitir un precedente vinculante.

La segunda razón es que no es posible sostener –al menos no desde el concreto ordenamiento constitucional peruano– que las interpretaciones del TC que se contienen en los *obiter dicta* no son vinculantes. Como se ha manifestado líneas arriba, afirmar que la posición constitucional del TC es la de Supremo Intérprete de la Constitución¹⁸, tiene como consecuencia necesaria reconocer vinculatoriedad a toda interpretación que formule de la Constitución y del bloque de constitucionalidad¹⁹, e incluso del ordenamiento infraconstitucional cuando lo interpreta desde los valores, principios y normativa constitucional. Esas interpretaciones vinculantes conforman la jurisprudencia vinculante del TC, la cual puede adoptar las siguientes tres modalidades: interpretaciones que son (*ratio decidendi* declaradas como) precedentes vinculantes, interpretaciones que son *ratio decidendi* (no declaradas como precedentes vinculantes), e interpretaciones que son *obiter dicta*. La relación entre aquella y estas es la de género a especie.

Afirmar que el género vincula, exige admitir que la especie también lo hace. La cuestión, entonces, no es saber si vinculan o no, sino cómo vinculan. Y como ya fue argumentado al inicio, los *obiter dicta* vinculan de modo persuasivo o admonitorio, meramente orientativo. Significa esto que la interpretación contenida en un *obiter dicta* puede ser seguida o no por el operador jurídico. Si la interpretación le persuade, la seguirá; si no lo persuade, se apartará y la modificará al formular una interpretación considerada correcta o simplemente mejor. De ocurrir esto último, y precisamente porque sí vinculan, el operador jurídico deberá dar las razones por las que no se ha visto persuadido de seguir la interpretación presentada por el TC en un *obiter dicta*. Por lo demás, no se olvide que el tercer párrafo del

¹⁸ Como ha reconocido con acierto el mismo TC, “[e]n una correcta interpretación de concordancia práctica entre los derechos y principios constitucionales involucrados, la condición del Tribunal Constitucional como Supremo Intérprete de la Constitución, proyectada desde la propia Carta Fundamental, ha sido reconocida a nivel legislativo. En efecto, el artículo 1 de la Ley N° 28301 – Ley Orgánica del Tribunal Constitucional–, establece que ‘El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de (...) control de la constitucionalidad (...)’”. STC Exp. N° 02041-2007-PA/TC, del 9 de agosto de 2008, f. j. 22.

¹⁹ Del cual forma parte el Código Procesal Constitucional



artículo VI del CPConst. es claro al disponer que toda la jurisprudencia vinculante, incluidas las interpretaciones recogidas en *obiter dicta*, es vinculante, de manera que todos los operadores jurídicos deberán tomarla en consideración.

Así, cuando el TC en su sentencia al Exp. N° 03908-2007-PA/TC recoge la lista de presupuestos básicos que justifican la dación de un precedente vinculante para luego analizar que la dación del precedente vinculante a favor del precedente no cumplía ni tan siquiera uno de esos presupuestos, está manifestando que aquella interpretación anteriormente contenida en un *obiter dicta*, le ha persuadido y, consecuentemente, se vincula plenamente a ella y la aplica válidamente para examinar la justificación del mencionado precedente.

d. Lo que hace la sentencia de la mayoría

Las razones presentadas anteriormente permiten afirmar que no es incorrecta –y mucho menos *deleznable en su fortaleza argumentativa* como mal afirma el voto singular–, la justificación presentada por la mayoría en la sentencia al Exp. N° 03908-2007-PA/TC, referida a la evaluación de si se ha cumplido o no al menos uno de los presupuestos básicos para que haya sido emitido el precedente vinculante a favor del precedente. No es incorrecta porque tales presupuestos para la justificada emisión de un precedente vinculante sí son vinculantes porque vinculante es el *obiter dicta* que los contiene.

Pero es que además, al margen de que los mencionados presupuestos básicos se hayan o no recogido en un *obiter dicta* o en una *ratio decidendi*, lo decisivo resulta siendo que ellos contienen reglas plenamente razonables que exigen su cumplimiento a la hora que son expuestas como tales reglas por un órgano con autoridad para hacerlo. De modo que inclusive, si hubiese sido el caso que el TC por primera vez hubiese mencionado los presupuestos básicos en su sentencia al Exp. N° 03908-2007-PA/TC, estas igualmente hubiesen cumplido a la perfección su papel de justificación de la decisión en la medida que desprenden juridicidad –y, por ello vinculatoriedad– al ser ellas enteramente razonables.

En cualquier caso, y hacia futuro, es pertinente poner de manifiesto que incluso aunque se admitiese como verdadera –que no lo es– la no vinculación de las interpretaciones del TC contenidas en los *obiter dicta*, la interpretación constitucional que en una sentencia es contenida en un *obiter dicta* y que posteriormente se hace contener en una *ratio decidendi*, vale y vincula como *ratio decidendi*. Así, por ejemplo, la afirmación de que *son las razones decisivas para el caso las que vinculan, mas no las consideraciones tangenciales o de aggiornamento (obiter dicta)*, inicialmente mencionadas como *obiter dicta* en la sentencia al Exp. N° 4119-2005-PA/TC, luego fue recogida en la sentencia al Exp. N° 0006-2006-CC/TC como *ratio decidendi*²⁰, en tanto fue un argumento relacionado directa y

²⁰ STC Exp. N° 006-2006-PC/TC, del 12 de febrero de 2007, f. j. 40.

necesariamente al fallo de esa resolución. Por lo que tal interpretación a partir de ese momento vale no como *ratio decidendi* sino como *obiter dicta*, con todos los efectos vinculantes que de ahí se le han de reconocer. Así, a partir de la sentencia al Exp. N° 03908-2007-PA/TC, los presupuestos básicos para emitir una interpretación constitucional como precedente vinculante así como su carácter alternativo, vincularán como *ratio decidendi*, en tanto en esta sentencia constitucional han sido recogidos como razones decisivas para sustentar la decisión.

II. SOBRE EL SIGNIFICADO DE LAS “RESOLUCIONES DENEGATORIAS”

1. La posición de la mayoría

La segunda gran cuestión que aquí se examinará está referida al significado de la expresión “resolución denegatoria”. El segundo argumento que da la mayoría en la sentencia al Exp. N° 03908-2007-PA/TC para justificar que el precedente a favor del precedente debe ser dejado sin efecto es que con su dación, el TC impuso una determinada doctrina y opción ideológica. Así se manifestó la mayoría:

“Este Tribunal considera que mediante el precedente vinculante del fundamento 40 de la STC Exp. N° 4853-2004-PA/TC se impuso una determinada posición doctrinaria sobre el significado de la expresión ‘resoluciones denegatorias’ para que el Tribunal Constitucional asumiera competencia vía recurso de agravio constitucional, a pesar de que el constituyente y el legislador como representantes del pueblo concretaron que dicha expresión solo comprendía las resoluciones denegatorias de segundo grado y no resoluciones estimatorias de segundo grado. Además, debe resaltarse que la expresión ‘resoluciones denegatorias’ había adquirido consenso en el constituyente y en el legislador, pues tanto en el inciso 2) del artículo 202 de la Constitución como en el artículo 18 del Código Procesal Constitucional se especifica de manera clara el significado de la expresión ‘resoluciones denegatorias’, al señalarse que contra las resoluciones de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda de hábeas corpus, amparo, hábeas data o cumplimiento procede el recurso de agravio constitucional”²¹.

2. La posición de la minoría

El voto en minoría de los magistrados Landa y Beaumont, por el contrario, defienden la dación del precedente vinculante a favor del precedente, negando que sea verdad esta

²¹ STC Exp. N° 03908-2007-PA/TC, citado, f. j. 7.



denunciada imposición doctrinaria e ideológica. Así manifestaron que el argumento de la mayoría es falaz y carente de racionalidad:

“[e]s falaz porque ningún Tribunal Constitucional del mundo ha desarrollado sus tendencias jurisprudenciales encapsulados en sí mismos y al margen del desarrollo dogmático de las instituciones del Derecho constitucional. Tan es así que la misma idea de que debía existir un Tribunal Constitucional como órgano supremo de control constitucional provino de la mejor doctrina iuspublicista europea (Hans Kelsen) y recogida primigeniamente, entre nosotros, en la Constitución de 1979. Además, la afirmación de la mayoría carece de racionalidad porque el Tribunal Constitucional no impone posición doctrinaria alguna (la mayoría no precisa qué posición doctrinaria es la que supuestamente se ha impuesto), sino que opta inevitablemente interpretando la Constitución y argumentando sus decisiones. Si ello fuese como afirma la mayoría, también tendría que concluirse que el Tribunal ha impuesto autoritariamente la propia institución del cambio del precedente, o de la doctrina de la interdicción de la arbitrariedad, del deber de protección del Estado de los derechos fundamentales, del contenido esencial de los derechos fundamentales, o del principio de proporcionalidad, o del principio de concordancia práctica, solo para poner algunos ejemplos”²².

3. Mi posición

La disposición constitucional “Corresponde al Tribunal Constitucional: (...) 2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento”, es una disposición abierta que requiere de concreción. La imprecisión radica en la expresión “resoluciones denegatorias”. Esta expresión ha sido concretada por el legislador de la siguiente manera: son resoluciones denegatorias a efectos del artículo 202.2 de la Constitución aquellas que declaran “infundada o improcedente la demanda” (artículo 18 del CPConst.). Sobre esta concreción se ha manifestado el TC, y además estableciendo precedente vinculante, para afirmar que sin ser inconstitucional la concreción del legislador, sí es una determinación que puede y debe optimizarse, de modo que por “resoluciones denegatorias” no solo debe entenderse aquellas resoluciones que denieguen la pretensión en una demanda constitucional, sino también aquellas que deniegan la tutela constitucional y el orden objetivo constitucional a través del desconocimiento de los precedentes vinculantes²³.

Ya en otra oportunidad he argumentado que la concreción establecida por el legislador en el artículo 18 del CPConst., es constitucionalmente correcta y, como tal, obliga al TC. Así, tengo manifestado que:

²² Ídem., voto singular, f. j. 9.

²³ STC Exp. N° 04853-2004-AA/TC, citado, f. j. 40.

“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”²⁴.

No voy aquí a repetir los argumentos ya esgrimidos en la referida oportunidad, sino que remito al lector a ellos. Solo creo conveniente afirmar lo siguiente. De modo general es posible sostener que la corrección constitucional acompaña a la postura de la mayoría y está ausente en la justificación del voto singular. En referencia a las razones de este último, habría que decir que, en efecto, ni la doctrina, ni la ideología, ni el valor en sí mismo es malo profesarlo, compartirlo e incluso difundirlo y defenderlo. De hecho, todos los operadores jurídicos contamos con alguna ideología o profesamos determinada doctrina, o nos decantamos por determinado contenido axiológico. Esto es así ya no solo porque negar todo tipo de ideología o doctrina ya es un tipo de ideología y doctrina, sino porque la Constitución del constitucionalismo es una Constitución abierta a valores. Toda actividad hermenéutica que tenga por objeto directo o indirecto a la Constitución, no podrá ser aséptica, porque se trata de realizar concreciones que sean consecuencia de la aplicación o vigencia de un valor y, consecuentemente, de una ideología o doctrina.

Lo rechazable, y además con toda la fuerza posible, es que en una sociedad libre y plural de un Estado constitucional, se intente hacer de lo constitucionalmente permitido, algo prohibido o exigido, y en ese sentido se intente imponer una determinada ideología o doctrina. Como se sabe, que la Constitución sea un marco significa que habrán normas que prohíban u obliguen a hacer algo, y habrán las que permitan hacer o no hacer algo. Esta configuración permite, entre otras cosas, que en determinados casos sea posible más de una respuesta constitucionalmente correcta a determinado asunto, o más de una interpretación constitucionalmente correcta de determinada disposición legal o constitucional. Cuando ocurre esto último, está constitucionalmente prohibido exigir una única respuesta como la correcta, y de exigirse tal exigencia se convierte en imposición.

Por ejemplo, en el artículo 2.4 de la Constitución se ha dispuesto mediante una fórmula abierta que todos tenemos derecho a la libertad de información y expresión “sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos”. De esta fórmula abierta es posible

²⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “¿Será que el Tribunal Constitucional ha empezado a tomarse en serio su deber de autolimitación? Reflexiones en torno al caso El Frontón”. En: *Gaceta Constitucional*, N° 13, enero 2009, p. 86.



concluir que tienen protección constitucional los mensajes comunicativos formados con base en hechos falsos y con expresiones insultantes; y también es posible concluir que tienen protección constitucional solo aquellos mensajes comunicativos formados con base en hechos veraces y que no contengan expresiones insultantes. Cuando el TC concreta el artículo 2.4 de la Constitución y decide la interpretación de que solo tiene protección constitucional los mensajes conformados por hechos veraces y no insultantes²⁵, no está imponiendo nada. La razón es que esta es la única respuesta constitucionalmente correcta, ya que la otra es vulneradora de derechos fundamentales como el honor. O si se quiere, está ejecutando una imposición realizada previamente por el Constituyente: está prohibida la emisión de mensajes comunicativos que agreden derechos fundamentales o bienes jurídico-constitucionales.

Sin embargo, ocurre lo contrario cuando se trata de disposiciones constitucionales imprecisas que admiten más de una respuesta constitucionalmente correcta, y el primero en ser llamado a concretarla ha optado por una interpretación constitucionalmente correcta, a pesar de lo cual el TC establece como mejor una interpretación distinta que es también constitucionalmente correcta. En este caso, obligar a una respuesta distinta es imponer una determinada ideología o doctrina. Es el caso del artículo 202.2 de la Constitución. El Constituyente ha dispuesto que corresponde al legislador dar contenido a la expresión “resoluciones denegatorias” cuando ha dispuesto que “Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías [constitucionales]” (antepenúltimo párrafo del artículo 200 de la Constitución). El legislador ha decidido que por resoluciones denegatorias deban entenderse resoluciones que declaren infundada o improcedente la demanda, y esa respuesta es constitucionalmente correcta, al punto que cuando el TC se ha tenido que pronunciar sobre ella no la ha calificado de inconstitucional, sino de *optimizable*²⁶. Es decir, ha manifestado que la decisión legislativa no es la mejor porque no es la óptima, y el propio TC ha establecido la que a su modo de ver sería la mejor. Y la mejor sería que por resolución denegatoria deba entenderse tanto resoluciones que declaren improcedente o infundada la demanda, como aquellas que declarando fundada la demanda se apartan manifiestamente de un precedente vinculante. Esto último lo formuló a través de un precedente vinculante (el precedente vinculante a favor del precedente). En este caso sí hay imposición por parte del TC en la medida que desatiende la respuesta constitucionalmente correcta establecida por el órgano encargado de darla, para luego sustituirla por una distinta.

Por lo que no es ni falaz ni carente de racionalidad la argumentación efectuada por la mayoría cuando denuncia la imposición de un determinado modo de ver las cosas por parte del TC, habiendo dado el legislador sobre el mismo asunto una respuesta

²⁵ STC Exp. N° 0905-2001-AA/TC, del 14 de agosto de 2002, f. j. 10 y ss.

²⁶ STC Exp. N° 04853-2004-AA/TC, citado, f. j. 36.

constitucionalmente correcta. Por eso es también que no aciertan los magistrados Landa y Beaumont cuando afirman que de seguirse el parecer de la mayoría, debería considerarse como una imposición autoritaria “la propia institución del cambio del precedente, o de la doctrina de la interdicción de la arbitrariedad, del deber de protección del Estado de los derechos fundamentales, del contenido esencial de los derechos fundamentales, o del principio de proporcionalidad, o del principio de concordancia práctica”²⁷. Y no aciertan porque de estas instituciones, la primera no ha sido impuesta por el TC debido a que ha sido el legislador quien ha establecido la posibilidad de crear y de modificar el precedente vinculante, y lo ha hecho dentro del marco constitucional. Ninguna del resto de instituciones ha sido impuesta por el TC, debido a que se formulan no como lo permitido sino como lo mandado, de modo que en estos casos no hay posibilidad de dos respuestas constitucionalmente correctas, sino que hay una única respuesta constitucionalmente correcta: la proscripción de la arbitrariedad; el deber estatal de promover la plena vigencia de los derechos fundamentales; las sanciones proporcionadas; la interpretación que no suponga el sacrificio ni de derechos ni bienes jurídico-constitucionales, entre otras razones por exigencias del principio de unidad y sistematicidad de la Constitución.

Consecuentemente, no acierta el voto en minoría cuando manifiesta que “pretender dejar sin efecto el fundamento 40 del precedente de la STC Exp. N° 04853-2004-AA/TC porque supuestamente se omitió lo precisado por el Tribunal Constitucional en el fundamento 46 de la STC Exp. N° 03741-2004-AA/TC no resiste el mayor análisis y, por ende, no puede ser un argumento válido para que dicho precedente se deje sin efecto”²⁸. Y no acierta porque –como se ha visto– sí es sostenible que el TC en el fundamento jurídico 40 mencionado, terminó imponiendo un modo de interpretar la expresión “resoluciones denegatorias” cuando sobre lo mismo el legislador legítimamente había dado una respuesta constitucionalmente correcta.

Solo un juicio más, y esta vez referido del voto en mayoría. No es acertado afirmar que “la expresión ‘resoluciones denegatorias’ había adquirido consenso en el constituyente y en el legislador, pues tanto en el inciso 2) del artículo 202 de la Constitución como en el artículo 18 del Código Procesal Constitucional se especifica de manera clara el significado de la expresión ‘resoluciones denegatorias’”²⁹. Y no lo es porque desde la Constitución no brota necesariamente que por la mencionada expresión deba entenderse solo las resoluciones que

²⁷ STC Exp. N° 03908-2007-PA/TC, citado, voto singular, f. j. 9.

²⁸ *Ibíd*em, voto singular, f. j. 10.

²⁹ *Ibíd*em, f. j. 7.



deniegan la pretensión constitucional (al declarar improcedente o infundada la demanda constitucional).

III. SOBRE LA IDONEIDAD DEL AMPARO CONTRA AMPARO PARA ATACAR RESOLUCIONES QUE DESACATAN PRECEDENTES VINCULANTES

1. La posición de la mayoría

La tercera gran cuestión que trae la sentencia que ahora se comenta está referida a evaluar al amparo contra amparo como remedio procesal efectivo para enfrentar las inconstitucionales sentencias estimatorias de segunda instancia que contravienen de modo manifiesto la interpretación constitucional contenida en un precedente vinculante. La mayoría opina que el amparo contra amparo sí es un mecanismo idóneo y efectivo para llevar a cabo ese cometido. Tiene dicha esta mayoría que:

“Cuando se considere que una sentencia de segundo grado emitida en un proceso de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento ha sido emitida en contravención de un precedente vinculante establecido por este Tribunal, el mecanismo procesal adecuado e idóneo para evaluar ello es la interposición de un nuevo proceso constitucional y no la interposición del recurso de agravio constitucional”³⁰.

2. La posición de la minoría

Posición distinta han mostrado los dos magistrados que firman el voto en minoría, para ellos aceptar que para cuestionar una sentencia estimatoria que viola un precedente constitucional se debe recurrir a un nuevo proceso constitucional:

“Resulta violatorio del principio de economía procesal e incurre en un formalismo desproporcionado en detrimento de quien se ve afectado por una sentencia estimatoria que viola la Constitución a través de un precedente constitucional. Se permite, pues la violación de la supremacía jurídica de la Constitución (artículo 51) y de la interpretación suprema del Tribunal Constitucional (artículo 1, LOTC). En ese sentido, la antinomia de una norma-regla (‘Corresponde al Tribunal Constitucional: (...) 2. [c]onocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento’, artículo 202.2) con una norma de principio (‘La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado’, artículo 51), no puede ser resuelta a favor de una norma que, en su aplicación, supone el fraude a la Constitución y el abuso del derecho (artículo 103); por cuanto recurriendo al texto

³⁰ *Ibíd*em, f. j. 8.

literal del artículo 202.2 se va en contra de la supremacía constitucional que el fundamento 40 del precedente de la STC Exp. N° 04853-2004-AA/TC protege”³¹.

3. Mi posición

Nuevamente mi posición es que existen argumentos para acercarse más a la posición de la mayoría que de la minoría, de modo que es posible sostener corrección constitucional en la primera y no en la segunda. También en otro trabajo tengo argumentado que no son razones fuertes ninguna de las presentadas por el TC en su sentencia al Exp. N° 4853-2004-AA/TC para justificar la corrección constitucional de la interpretación contenida en el precedente vinculante a favor del precedente. Tampoco voy a repetir aquí una argumentación ya presentada extensamente con anterioridad³².

Solo considero oportuno poner de manifiesto los siguientes elementos de juicio. El primero es que la argumentación que da el voto en minoría para rechazar el amparo contra amparo como instrumento para atacar resoluciones de segunda instancia que se separan del precedente vinculante, no son nuevos. En la mencionada sentencia en la que se emitió tal precedente vinculante, tuvo dicho el TC que:

“La interpretación propuesta al no optar por un nuevo proceso para reivindicar el carácter de intérprete supremo y Tribunal de Precedentes que ostenta este Colegiado (artículo 1 de su Ley Orgánica y artículo VII del CPConst.), ha optado por la vía más efectiva para la ejecución y vigencia de sus propios precedentes. El Tribunal actúa de este modo, como lo manda la propia Constitución (artículo 201), en su calidad de máximo intérprete constitucional, con autonomía e independencia para hacer cumplir sus precedentes como parte indispensable del orden jurídico constitucional”³³.

Sin embargo, es argumentable que ni se viola la supremacía de la Constitución ni la interpretación suprema del TC, debido a que con el amparo contra amparo es perfectamente posible defender la supremacía de la Constitución y la interpretación suprema del TC, de modo que decantarse por el amparo contra amparo en lugar del recurso de agravio

³¹ *Ibíd.*, voto singular, f. j. 12.

³² CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “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 N° 3, Palestra, Lima 2007, pp. 54-74.

³³ STC Exp. N° 04853-2004-AA/TC, citado, f. j. 37.c.



constitucional ni es un fraude a la Constitución, ni supone el ejercicio abusivo de ningún derecho.

El segundo elemento de juicio es que sí es verdad que la aplicación en abstracto de un juicio meramente económico parecería dar por resultado la conveniencia de acudir directamente al TC y no iniciar un nuevo proceso constitucional para constatar el cumplimiento o no de un precedente vinculante, en la medida que se presume que el TC – como creador del precedente vinculante– es el más entendido para determinar debidamente si ha habido o no apartamiento de sus precedentes. Sin embargo, cuando se trata de la plena vigencia de los derechos fundamentales, la actuación con base en juicios meramente económicos y en marcos abstractos solo puede conllevar decisiones insuficientemente justificadas cuando no abiertamente arbitrarias.

Así, por ejemplo, si solo nos moviésemos por la conveniencia económica de acudir inmediatamente al TC en lugar de acudir al amparo contra amparo, es posible que no se vea –al menos no en su real dimensión– que una sentencia de segunda instancia que se aparta de un precedente vinculante constituye una agresión iusfundamental que es nueva y que por tanto no ha sido debatida aún y que necesariamente requiere de contradictorio. En efecto, denunciar que una sentencia se aparta de un precedente vinculante es denunciar la vulneración del derecho fundamental al debido proceso. En el tercer párrafo del artículo 4 del CPConst., se ha dispuesto que por tutela procesal efectiva se entiende aquella situación jurídica de una persona en la que se respeta su derecho a la obtención de una resolución fundada en Derecho, y una resolución que indebidamente se aparta del precedente vinculante es una decisión que no se funda en Derecho, no al menos en el Derecho Constitucional vigente desde que los precedentes vinculantes son reglas jurídicas que concretan y precisan la norma constitucional y, como tales, son fuente de Derecho Constitucional. Y esa agresión iusfundamental solo se concreta con la notificación de la resolución inconstitucional, de modo que si se permitiese la interposición del recurso de agravio constitucional, el TC tendría por resolver una denunciada agresión que no ha sido objeto de debate previo.

En este punto, la ocurrencia de agresiones iusfundamentales nuevas exige ser tramitadas no por vía de recurso sino por vía de acción, como en todo amparo contra resolución judicial. Esta es la regla general. Para pensar en una excepción debería ser la agresión una mera cuestión de derecho cuya dilucidación debería de correr por cuenta de quien mejor se presume sabe el Derecho Constitucional creado por los precedentes vinculantes, el TC. Pero no es posible pensar en esta excepción porque la cuestión ni es una de mero derecho, ni el TC peruano ha dado muestras de conocimiento de sus propios precedentes vinculantes.

Respecto de lo primero, es claro que si el precedente vinculante es una regla jurídica³⁴, estará compuesto por un supuesto de hecho y por una consecuencia jurídica. Si el problema fuese una cuestión que solo atañe a la consecuencia jurídica, sería posible sostenerla como cuestión de derecho. Pero ocurre que no solo atañe a la consecuencia jurídica, sino que también atañe –y además de modo necesario– al supuesto de hecho. Cuando se denuncia que una sentencia en un proceso constitucional se ha apartado de un precedente vinculante, es necesario saber si en el caso resuelto se presentan los elementos fácticos que conforman el supuesto de hecho de la regla en que consiste el precedente vinculante. Es decir, es necesario saber si el caso que se resuelve es sustancialmente semejante al caso respecto del cual se formuló el precedente vinculante. Solo así se sabrá si la consecuencia jurídica debió de aplicarse o no, es decir, solo así se sabrá si la sentencia se aparta debidamente del precedente vinculante por ser casos sustancialmente diferentes, o se aparta indebidamente al ser casos sustancialmente iguales. Se requiere, entonces, de un contradictorio suficiente que permita alegar la presencia o no de esos elementos fácticos.

Y respecto de lo segundo, efectivamente en un ámbito meramente teórico y general sería posible sostener la conveniencia de que la dilucidación de si hay o no apartamiento indebido del precedente vinculante se lleve a cabo en una única instancia por el creador del precedente vinculante, el TC. Sin embargo, si se ingresa al ámbito práctico y concreto del TC peruano, la realidad nos muestra precisamente lo contrario. Este Alto Tribunal, no solo ha demostrado manifiesto desconocimiento de su propia jurisprudencia vinculante³⁵, sino que algunos de sus magistrados han manifestado que aquella jurisprudencia que conocían, no la conocía bien. Fresco está el intento de los magistrados Landa, Beaumont y Eto de mal aplicar el precedente vinculante a favor del precedente en la sentencia al Exp. N° 03173-2008-PHC/TC. Como se recordará, este precedente tenía el siguiente contenido:

“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*

³⁴ STC Exp. N° 047-2004-AI/TC, del 24 de abril de 2006, f. j. 34.

³⁵ Como el ocurrido a la hora de sustentar la procedencia del amparo contra resoluciones que vulneraban cualquier derecho fundamental sea procesal o constitucional, en la sentencia al Exp. N° 3179-2004-AA/TC, del 18 de febrero de 2005. En esa oportunidad el TC presentó como nuevo un criterio que ya venía aplicando a través de la categoría debido proceso material, plenamente reconocido en su jurisprudencia vinculante.



*constitucional vinculante emitido por este Colegiado en el marco de las competencias que establece el artículo VII del CPConst*³⁶.

De este contenido los mencionados magistrados en sendos votos singulares, entendieron e intentaron la aplicación de la siguiente regla: “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 la jurisprudencia vinculante emitida por este Colegiado*”. Desconocían los mencionados magistrados que “precedente vinculante” es una realidad diferente a “jurisprudencia vinculante”, tal y como ya lo había declarado el mismo TC: “[e]llo configura una institución [la jurisprudencia vinculante] constitucional-procesal autónoma, con características y efectos jurídicos distinguibles del precedente vinculante”³⁷. Desconocían también que sobre la regla contenida en el precedente vinculante no estaban permitidas reinterpretaciones, tal y como también lo había manifestado el TC: “los precedentes son reglas precisas y claras que no admiten un juego interpretativo por parte de los jueces”³⁸.

En un TC que desconoce su propia jurisprudencia, o con magistrados que conociéndola no se ajustan a ella, no es posible confiar la determinación de si una sentencia en un proceso constitucional se ha ajustado o no a los precedentes vinculantes. Lo más probable es que fallen en el intento de hacerlo, como a mi modo de ver erraron en la sentencia al Exp. N° 0006-2006-CC/TC, al anular o dejar sin efecto una serie de sentencias judiciales por supuestamente no haberse ajustado al precedente vinculante, sin justificar convenientemente por qué el apartamiento en cada una de ellas era inconstitucional, pues está constitucionalmente permitida la solución de un caso al margen del precedente vinculante³⁹.

Y, finalmente, un tercer elemento de juicio. El TC ha mostrado una saludable sensibilidad por hacer del principio de igualdad una realidad no solo formal sino también material, y de hecho, muchos y destacables avances se han producido en este punto. Pues bien, no queda en buen lugar esa igualdad material si finalmente se sigue el parecer de los magistrados Landa y Beaumont en el voto singular de la sentencia que ahora se comenta. En efecto, con tal propuesta se genera la siguiente situación: habrán determinados desacatos al precedente

³⁶ STC Exp. N° 04853-2004-AA/TC, citado, f. j. 40. A. La cursiva de la letra es añadida.

³⁷ STC Exp. N° 6167-2005-PHC/TC, del 28 de febrero de 2006, f. j. 2.

³⁸ STC Exp. N° 04853-2004-AA/TC, citado, f. j. 25.

³⁹ Lo tengo argumentado en “¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?: a propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *¿Guerra de las cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial*. Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional N° 4, Palestra, Lima 2007, pp. 155-190.

vinculante que no deberán tomar el camino largo del amparo contra amparo; y habrán los que sí deberán tomarlo. Serán de los primeros aquellos desacatos que se producen en el seno de un proceso constitucional (de amparo, hábeas corpus, hábeas data, cumplimiento); y serán de los segundos aquellos desacatos que se producen en el seno de cualquier proceso judicial ordinario. Solo sería posible afirmar que está justificada esta distinción si es que a su vez se justifica que el desacato en un caso tiene una significación o produce unos efectos distintos al desacato en el otro. Sin embargo, y como lo ha reconocido el mismo TC, en uno y otro caso el apartamiento indebido de un precedente vinculante acarrea igualmente una misma situación de inconstitucionalidad, porque en ambos supuestos se “viola el orden constitucional”⁴⁰ y porque “también resulta denegatoria de tutela constitucional una decisión que (...) desconoce abiertamente el propio orden jurídico constitucional aplicable al caso concreto”⁴¹.

IV. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se han argumentado razones fuertes que justifican lo que ha hecho la mayoría: dejar sin efecto el llamado precedente vinculante a favor del precedente. Así, no es posible sostener que la lista de presupuestos básicos para emitir un precedente vinculante no pueda ser empleada para justificar tal decisión, y no lo es no solo porque las interpretaciones que son *obiter dicta* también vinculan, sino además por la esencial razonabilidad presente en cada uno de los cinco presupuestos básicos. De igual forma, es posible sostener que a través del precedente vinculante a favor del precedente, el TC logró imponer su particular modo de ver las cosas, al considerar que la interpretación que él hacía de la categoría “resoluciones denegatorias” era mejor que la interpretación formulada por el legislador, siendo esta una interpretación constitucionalmente correcta, por lo que al dejársele sin efecto se está dejando sin efecto una acción materialmente inconstitucional. Y, en fin, tal y como está configurado el orden constitucional y legal peruano, el camino que se ha de seguir para enfrentar resoluciones inconstitucionales que se apartan del precedente vinculante es el amparo contra amparo, no solo porque el desacato al precedente vinculante configura una agresión iusfundamental nueva y como tal debe de ser enfrentada a través de una acción y no de un recurso, sino también porque pretender que el camino sea el recurso de agravio constitucional, pone en serio riesgo la plena y suprema vigencia de la Constitución, primero porque coloca en serio riesgo el derecho al contradictorio y el derecho a la igualdad en su dimensión material, y, segundo, porque el TC peruano ha dado sobradas muestras de desconocimiento o mal entendimiento de su propia jurisprudencia

⁴⁰ STC Exp. N° 04853-2004-AA/TC, citado, f. j. 25.

⁴¹ *Ibidem*, f. j. 34.



vinculante, como para encargarle solo a él la constatación del cumplimiento o no de un precedente vinculante.

Más allá del cambio de opinión que en poco tiempo experimentaron los magistrados Eto Cruz⁴² y Landa Arroyo⁴³, es manifiesto que la actual composición mayoritaria del TC tiene la voluntad de modificar algunas de las actuaciones del TC de los últimos cinco años. La sentencia al Exp. N° 03908-2007-PA/TC es una buena muestra de ello. Como ya se ha dicho, hay razones fuertes para afirmar que la modificación llevada a cabo en esta última sentencia es constitucionalmente correcta. Sin embargo, no es ocioso recordar que la revisión que lleven a cabo debe de desenvolverse con base en justificaciones constitucionalmente correctas y en razones fuertes, y especialmente cuando se trata de precedentes vinculantes debido a que se trata de dejar sin efecto normas constitucionales adscritas plenamente vigentes.

⁴² En la sentencia al Exp. N° 03173-2008-PHC/TC el magistrado Eto Cruz manifestó que la decisión del legislador de entender por resoluciones denegatorias solo aquellas que no estiman la pretensión del demandante “sería manifiestamente contraria al derecho fundamental a la igualdad de la parte demandada (...). [N]o solo afecta a la igualdad como derecho subjetivo, sino también como principio”. Fundamento 8 de su voto singular. Por el contrario, en la sentencia al Exp. N° 03908-2007-PA/TC, ya no es inconstitucional la decisión del legislador, sino que es constitucional, y por el contrario, la decisión del TC en el precedente vinculante a favor del precedente, se convierte en una inaceptable imposición.

⁴³ Este magistrado dio por válidos y vinculantes los presupuestos básicos para la emisión de un precedente vinculante, al punto que en su voto singular al Exp. N° 03173-2008-PHC/TC, sostuvo la legitimidad del precedente vinculante a favor del precedente, debido a que al menos cumplía el siguiente presupuesto: cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo sobre la base de una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad (fundamento 42 del voto singular). En la sentencia al Exp. N° 03908-2007-PA/TC, sin embargo, tales presupuestos no tienen eficacia ni vinculan, por lo que no puede ser una razón para dejar sin efecto el precedente vinculante a favor del precedente.