



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
PIRHUA

# HACIA LA CONSOLIDACIÓN DEL SISTEMA DE PRECEDENTES CONSTITUCIONALES EN EL PERÚ

Luis Castillo-Córdova

Perú, agosto de 2009

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2009). Hacia la consolidación del sistema de precedentes constitucionales en el Perú. *Gaceta constitucional: jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces*, (20), 105-124.



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

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

HACIA LA CONSOLIDACIÓN DEL SISTEMA DE PRECEDENTES  
CONSTITUCIONALES EN EL PERÚ

Luis Castillo Córdova\*

## INTRODUCCIÓN

Una alegría grande fue la que me generó saber que un colega de las características personales y profesionales del Profesor Pedro Grández se había interesado en mi trabajo para luego de estudiarlo tener la gentileza de someterlo a análisis crítico. Tal fue el sentimiento porque estoy convencido que se ayuda *al otro* cuando se le hace ver sus errores, y si alguien se toma la molestia de ayudar al otro es porque hay consideración de por medio. Y eso es de agradecer. Sin embargo, bien pronto fue cambiando ese inicial sentimiento hasta tornarse en pena grande, no porque sintiese que mi posición había sido delatada en sus carencias, que sin duda las tiene, sino por no encontrar manifestadas en su crítica ni las características personales ni profesionales que yo le atribuyo al mencionado Profesor Sanmarquino<sup>1</sup>. No voy a responder todas y cada una de las afirmaciones que escribe el destacado Profesor universitario, necesitaría bastante más que las páginas de las que dispongo. Sólo lo haré de algunas de ellas, elegidas por su importancia para lograr que el lector no tenga una idea equivocada de lo que realmente es mi propuesta y, adicionalmente, para marcar distancias con la forma y fondo de su crítica. Las respuestas irán surgiendo según han ido apareciendo las cuestiones a responder en su escrito de *diálogo*. Voy a pedir perdón desde ya, si el lector encuentra demasiadas referencias personales, he intentado una reducción máxima; y perdón también por las remisiones que haga a mis trabajos anteriores, de otra forma tendría que volver a escribir aquí los análisis que ya he hecho en otro lugar. Finalmente quisiera advertir que en estas páginas emplearé de modo indistinto tanto la expresión “precedente vinculante a favor del precedente” como la expresión “recurso de agravio a favor del precedente”, para hacer referencia al precedente vinculante recogido en el fundamento 40 de la sentencia al EXP. N.º 4853–2004–PA/TC.

## SOBRE EL OLVIDO DEL CASO

## Un necesario recuento

Cuando emprendí la tarea de comentar la sentencia al EXP. N.º 03908–2007–PA/TC, lo hice con la clara finalidad de analizar la decisión del TC de

---

\* Profesor de Derecho Constitucional.

<sup>1</sup> Rápidamente esa situación de desasosiego me llevó a imaginar por lo que tuvo que pasar el Profesor Giovanni Priori cuando, de la crítica que le había hecho el mismo Profesor Pedro Grández, manifestó que “Pedro me ha hecho dudar sobre mi claridad al escribir, porque él señala que digo cosas que nunca he dicho y que tampoco pienso”. GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. *versus* PRIORI POSADA, Giovanni F., “Tribunal Constitucional versus Poder Judicial: ¿Desamparando al amparo? Debate sobre la política jurisdiccional contra el amparo, en *THEMIS* 55, febrero 2008, p. 182.



dejar sin efecto el precedente vinculante que permitía el recurso de agravio a favor del precedente. Desde su dación he manifestado una serie de razones en la dirección de mostrar que su justificación no sólo era débil, sino que llegaba a peligrosas aporías y a consecuencias de dudosa constitucionalidad. Así lo tengo desarrollado en mi trabajo de análisis de la sentencia al EXP. N.º 4853–2004–PA/TC, que como se sabe es la sentencia en la que se emitió el mencionado precedente<sup>2</sup>. Luego de varios meses en los que, como en otras oportunidades, todo hacia pensar que el TC no rectificaría una incorrección, el asunto adquirió notoriedad con la sentencia al EXP. N.º 03173–2008–PHC/TC, sentencia en la que la mayoría de magistrados del TC luego de formular una serie de razones en contra de la dación del precedente vinculante referido al recurso de agravio, realizó una aplicación estricta del mismo. En esa oportunidad tuve la ocasión de publicar un trabajo en el que volví a criticar la dación del mencionado precedente para mostrar mi acuerdo con el parecer de la mayoría<sup>3</sup>. No mucho tiempo después se emitió sentencia en el EXP. N.º 03908–2007–PA/TC en la que (la mayoría de) el TC dejaba sin efecto el recurso de agravio a favor del precedente con argumentos cercanos a los que he manifestado dos años atrás. También he analizado esta sentencia para, con base en argumentos ya sabidos, manifestar mi acuerdo con su derogación<sup>4</sup>. Es precisamente este último trabajo el que es criticado por el Profesor Grández.

#### Consecuencias del recuento

Este recuento que me he permitido realizar, me pone en condición de manifestar lo siguiente. Primero, de los tres trabajos mencionados, los dos últimos no se entienden sin el primero porque es en este donde argumento con detenimiento las razones que a mi entender invalidan la justificación que dio el TC para la permisión del recurso de agravio a favor del precedente, de ahí que en los dos últimos haga expresa remisión al primero. Por lo que no puede afrontarse un trabajo de análisis crítico del tercero de mis trabajos sin conocer el primero.

Segundo, como se puede comprobar, a lo largo de los últimos dos años he mantenido una misma postura y una constante actitud crítica frente a la dación del precedente vinculante a favor del precedente. Si no he modificado mi postura, no entiendo como he podido ser *documentado*, *serio* y *honesto* en los dos primeros trabajos mencionados y he dejado de serlo en el tercero, como mal dice el Profesor Pedro Grández<sup>5</sup>. Por el contrario, siempre he procurado –

---

<sup>2</sup> “El Tribunal Constitucional como creador de derecho constitucional”, en SÁENZ DÁVALOS, Luis, *El nuevo régimen procesal del amparo contra amparo en la jurisprudencia constitucional*, Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional número 3, Palestra, Lima 2007, ps. 13–75.

<sup>3</sup> “¿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*, número 13, enero 2009, ps. 75–89.

<sup>4</sup> “El adiós al precedente vinculante a favor del precedente”, en *Gaceta Constitucional*, número 17, ps. 95–109.

<sup>5</sup> Afirma el Profesor Pedro Grández que “[s]i bien en otras ocasiones, el profesor Luis Castillo se ha mostrado como un crítico documentado e incluso mordaz frente a las decisiones del TC, en

y procuraré– conducirme con seriedad y honestidad, porque estoy convencido que es la única manera de lograr resultados alentadores en un campo en el que se *enseñanza* hasta con las actitudes. Por lo demás, creo que a estas alturas de mi trabajo académico, quienes me han escuchado en foros distintos o han leído mis escritos, objetivamente no pueden dudar de mi seriedad y honestidad, al margen de que compartan o no mis posiciones.

Tercera, precisamente porque he procurado seriedad y honestidad en mi trabajo es que en la introducción del artículo que critica el Profesor Pedro Grández, resalto el único hecho que me interesará en el análisis, aunque ciertamente no el único que trae la sentencia: “el TC ha dispuesto dejar sin efecto el precedente vinculante a favor del precedente vinculante”<sup>6</sup>. Y a partir de ese hecho formulo las tres cuestiones constitucionalmente relevantes que a mi modo de ver trae la sentencia al EXP. 03908–2007–PA/TC. Esta circunscripción se encuentra plenamente justificada porque conforma el mismo asunto que me ha interesado desde el inicio: la viabilidad –o si se quiere, su justificación– constitucional del contenido de la regla en que consiste el precedente vinculante a favor del precedente. Pienso que no tiene ninguna objeción plantear así la cuestión, aunque ello signifique desenvolverse en un plano abstracto de análisis, como lo he hecho desde el primero de los tres trabajos antes mencionados. Así, en ninguno de ellos he planteado la siguiente cuestión: en el caso que resuelve la sentencia, ¿el TC formula el precedente vinculante o lo deja sin efecto como consecuencia de una necesaria vinculación con el caso? Podría haber indicios de informalidad o de deshonestidad de mi parte si habiéndome planteado esta pregunta en el primero y/o segundo de mis trabajos, conscientemente omitiese hacerlo en el tercero para intentar ocultar alguna grave falencia en mi postura.

#### ¿Informalidad y deshonestidad?

Pero no ha sido así, no he planteado esta cuestión en ninguno de mis tres escritos, y ya que el Profesor Grández plantea la cuestión de la sentencia al EXP. N.º 03908–2007–PA/TC, resulta conveniente formularla no sólo de esa sentencia sino también de la recaída en el EXP. N.º 4853–2004–PA/TC. No es relevante plantear la cuestión respecto de la sentencia al EXP. N.º 03173–2008–PHC/TC debido a que en ella no hay ni la dación ni la derogación de ningún precedente vinculante, sino –en estricto– la aplicación del recurso de agravio a favor del precedente vinculante.

---

esta ocasión sin embargo, ello no ha ocurrido, por lo que antes de avanzar conviene precisar que el título de este comentario, quiere recordar con cierta nostalgia al *crítico* serio y honesto de nuestro máximo Tribunal”. GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P., “El precedente a la deriva. Diálogo con un crítico del Tribunal Constitucional”, en *Gaceta Constitucional* N.º 19, p. 100. Y precisamente cita mi primer trabajo sobre el precedente vinculante a favor del precedente (“El Tribunal Constitucional como creador de derecho constitucional”) como muestra de mi *documentación, seriedad y honestidad*. Cfr. nota de pie número 2, en la misma p. 100.

<sup>6</sup> “El adiós al precedente vinculante...”, ob. cit., p. 95.



Respecto de la sentencia al EXP. N.º 04853-2004-AA/TC, el caso presentado fue un amparo contra amparo. El primer amparo fue ganado por el trabajador contra el Gobierno regional de La Libertad. La Dirección regional de pesquería del mencionado Gobierno regional interpuso una nueva demanda de amparo contra la sentencia de segunda instancia que estimaba el primer amparo, invocando violación del debido proceso por no haber pronunciamiento del recurso de apelación interpuesto por el Gobierno regional. El amparo contra amparo es declarado improcedente en ambas instancias. Contra la resolución desestimatoria de segunda instancia se interpone el recurso de agravio constitucional. Así dijo el TC a la hora de precisar el petitorio de la demanda:

“El recurrente solicita, concretamente, que se deje sin efecto la sentencia de fecha 30 de junio de 2003, mediante la cual la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Trujillo declaró fundada en parte una demanda de amparo contra el Gobierno Regional de La Libertad, ordenando, en su parte resolutive, que la emplazada cumpliera con reincorporar a don José Luis Castillo Cava en el puesto de chofer de la Dirección Regional de Pesquería de La Libertad, tras constatar que se habían vulnerado sus derechos al trabajo y al debido proceso. Se trata en consecuencia, de un proceso de ‘amparo contra amparo’ donde además existe una estimación parcial de la pretensión por parte del Poder Judicial en segunda instancia”<sup>7</sup>.

Mientras que respecto de la sentencia al EXP. N.º 3908-2007-PA/TC, el caso presentado fue también un amparo contra amparo. El primer amparo fue ganado en las dos instancias por el trabajador en contra de PROVÍAS. Ésta interpone (nueva) demanda de amparo invocando violación del debido proceso por apartamiento injustificado del precedente vinculante establecido en la sentencia al EXP. N.º 0206-2005-PA/TC. Las dos instancias del amparo contra amparo declaran improcedente la demanda, por lo que interpone el recurso de agravio constitucional. Así fue delimitado el petitorio por el TC:

“en el presente caso se tiene un proceso de ‘amparo contra amparo’ donde, además, existe una estimación total de la pretensión por parte del Poder Judicial en segunda instancia. Teniendo en cuenta ello, corresponde determinar si la demanda cumple los presupuestos para la procedencia del ‘amparo contra amparo’ expuestos en el fundamento 39 de la STC 4853-2004-PA/TC de ser así, habrá de analizarse, si la sentencia cuestionada contraviene el precedente establecido en la STC 0206-2005-PA/TC”<sup>8</sup>.

Como se puede apreciar, en una y otra sentencia se ha formulado un petitorio sustancialmente igual: en ambos casos se trata de un proceso de amparo contra amparo; en ambos casos hay estimación –ya sea parcial o total– de la demanda en el primer amparo. De modo que es posible preguntar de ambas si “¿tenía legitimidad el Tribunal para ingresar al análisis del recurso de

---

<sup>7</sup> EXP. N.º 04853-2004-AA/TC, citado, F. J. 1.

<sup>8</sup> EXP. N.º 3908-2007-PA/TC, citado, F. J. 3.

agravio a favor del precedente?”<sup>9</sup>. Pues bien, si la respuesta respecto de la sentencia al EXP. N.º 3908-2007-PA/TC es negativa, de modo que se deba considerar que estamos “ante un supuesto de avocamiento ‘oficioso’, por decir lo menos, por parte del TC en la derogación de un precedente”<sup>10</sup>, necesariamente negativa debe ser también la respuesta respecto de la sentencia al EXP. N.º 4853-2004-AA/TC.

Y es que efectivamente el caso resuelto en esta última sentencia no tiene la necesaria relación con el recurso de agravio constitucional, por lo que la dación del precedente a favor del precedente no es legítima. Relación que a mi modo de ver sí es posible hallar en la sentencia al EXP. N.º 3908-2007-PA/TC, lo que legitimaría la derogación del precedente vinculante a favor del precedente. En efecto, en el caso que esta sentencia resuelve hay dos elementos que permiten argumentar la relación: sentencia estimatoria de segunda instancia en un proceso de amparo; y el invocado apartamiento de un precedente vinculante (recogido en la sentencia al EXP. N.º 0206-2005-PA/TC). Estos dos elementos son los que definían la procedencia del recurso de agravio a favor del precedente, recurso que no fue interpuesto por PROVÍAS porque aún no había sido emitido el respectivo precedente a la hora de interponer su demanda de amparo contra amparo.

De modo que si por no formular y por ello no resolver en mi último trabajo la pregunta de la necesaria relación entre el caso y la regla en que consiste el precedente vinculante, el Profesor Pedro Grández cree que he dejado de ser *serio* y *honesto* en mis apreciaciones, entonces, a él también deberá extenderse esos calificativos, y acaso con mayor justeza, por las dos siguientes razones. Primera, porque habiendo planteado la cuestión respecto de la sentencia al EXP. N.º 3908-2007-PA/TC, omite hacerlo de la sentencia al EXP. N.º 4853-2004-PA/TC, lo que precisamente le permite defenderla. Segunda, porque hay razones para argumentar que en la sentencia al EXP. N.º 3908-2007-PA/TC sí existía la necesaria relación que justificaba la derogación del precedente a favor del precedente.

Por lo demás, creo que no haber abordado esta cuestión en nada mina la corrección de los argumentos dirigidos a criticar la dación del el recurso de agravio a favor del precedente, sino que se convierte en un argumento más que aboga por su derogación. Por lo que no existe ningún problema de esquema ni con el olvido del caso, como mal anuncia mi crítico.

---

<sup>9</sup> GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P., “El precedente a la deriva...”, ob. cit. p. 102.

<sup>10</sup> Ibidem.



## SOBRE LAS CONDICIONES ESENCIALES PARA LA DACIÓN DEL PRECEDENTE VINCULANTE

### Exigencias esenciales al precedente vinculante

En la jurisprudencia del TC es posible encontrar una serie de exigencias que legitiman la emisión de un precedente vinculante (así como su derogación). Una de ellas es la ya mencionada necesaria relación entre el caso (más estrictamente, entre la solución del caso) y el contenido de la regla en que consiste el precedente vinculante. Hablando acerca de su poder normativo, el TC ha manifestado que su ejercicio supone al menos tres restricciones. Así, “una primera restricción está referida a la relación entre caso y precedente. Como ocurre en los países del *Common Law* (...) esta regla también es válida para nuestro sistema (...) [L]a emisión de un precedente normativo vinculante se sustenta en la ‘*Existencia de relación entre caso y precedente vinculante. En ese sentido, la regla que con efecto normativo el Tribunal Constitucional decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado. El Tribunal Constitucional no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo*’”<sup>11</sup>.

Esta exigencia conlleva a admitir como constitucionalmente correcta la afirmación que la regla en que consiste el precedente vinculante debe formularse desde las *ratio decidendi* de una sentencia y no desde los *obiter dicta* de la misma<sup>12</sup>, como lo ha admitido también el Profesor Grández cuando afirma que “si la identificación de la *ratio* queda en manos del propio Tribunal, como ocurre con la fórmula del precedente constitucional vinculante (...), [l]a pregunta a la que debe darse respuesta aquí sería entonces: ¿qué criterios utiliza el Tribunal para seleccionar la *ratio* en sus decisiones y convertirlas en precedentes constitucionales vinculantes, conforme al artículo VII del Código Procesal Constitucional?”<sup>13</sup>.

Una segunda exigencia es que el precedente debe formularse con carácter general, de modo que “como lo ha señalado la tradición del *Common Law*, el precedente debe constituir una regla de derecho y no puede referirse a los hechos del caso, si bien puede perfectamente partir de ellos”<sup>14</sup>.

Y una tercera exigencia es el consenso que en la mayor medida posible debe reflejar la dación del precedente vinculante. Tiene dicho el Supremo intérprete de la Constitución que

“la regla del precedente constitucional no puede constituir una interpretación de una regla o disposición de la Constitución que ofrece múltiples construcciones; en otras palabras, el precedente no es una técnica para

<sup>11</sup> EXP. N.º 3741-2004-AA/TC, del 14 de noviembre del 2005, F. J. 44-45.

<sup>12</sup> Cfr. “La jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional”, en CASTILLO ALVA, José Luis y CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *El precedente judicial y el precedente constitucional*, ARA editores, Lima 2008, p. 212-214.

<sup>13</sup> GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P., “El precedente a la deriva...”, ob. cit. p. 112.

<sup>14</sup> EXP. N.º 3741-2004-AA/TC, citado, F. J. 46.

imponer determinadas doctrinas u opciones ideológicas o valorativas, todas ellas válidas desde el punto de vista jurídico. Si tal situación se presenta de modo inevitable, debe ser encarada por el Tribunal a través de su jurisprudencia, en un esfuerzo por crear consensos en determinados sentidos. El precedente, en estos supuestos, solo aparecerá como resultado de la evolución favorable de la doctrina jurisprudencial del Tribunal en determinado sentido. Esto último supone que el Tribunal debe abstenerse de intervenir fijando precedentes sobre temas que son más bien polémicos y donde las posiciones valorativas pueden dividir a la opinión pública”<sup>15</sup>.

Estas exigencias brotan de la propia *esencia* del precedente vinculante, es decir, de aquello por lo que el precedente vinculante es precedente vinculante y no es otra cosa distinta. En ese sentido son *exigencias esenciales*, para diferenciarlas de las *exigencias accidentales*, cuya ausencia o presencia no viene reclamada por la naturaleza del precedente vinculante<sup>16</sup>. Las exigencias esenciales pueden ser a su vez materiales y formales, según apunten al contenido del precedente o al procedimiento para obtenerlo.

La unanimidad no es una exigencia esencial

Conviene detenerse en la tercera de las mencionadas exigencias. Ella significa que es esencial al precedente vinculante su constitucionalidad con base en razones constitucionalmente correctas (o fuertes en la medida que no hay corrección constitucional en una decisión basada en unas razones a las que puede oponerse otras mejores). Para un TC –como para cualquier otro tribunal–, no es constitucionalmente correcto decidir un determinado modo de interpretar una disposición constitucional cuando tanto esa interpretación como otra distinta están permitidas constitucionalmente. Desde una Constitución que es reflejo de la pluralidad social<sup>17</sup> y que por ello no sólo es un orden fundamental sino también un marco constitucional<sup>18</sup>, es posible que el enunciado lingüístico en que consiste la disposición constitucional, tenga más de dos sentidos interpretativos (o normas). Cuando ambos sentidos interpretativos son constitucionalmente válidos, no es constitucionalmente correcto que el TC imponga uno de ellos como de obligatorio cumplimiento. Este es, a mi modo de ver, el significado que tiene la mencionada tercera exigencia; y el incumplimiento de esta exigencia es una de las principales

<sup>15</sup> Ibidem.

<sup>16</sup> Por ejemplo, es una exigencia accidental la recogida en el artículo VII CPCConst: que el precedente se formule en una sentencia que es cosa juzgada, entendida como “decisión final que se pronuncia sobre el fondo” (artículo 6 CPCConst.). Pues, no habría inconveniente para formular el precedente también de una decisión final que no se pronuncie sobre el fondo, es más, este tendría que haber sido el supuesto de hecho habilitante para emitir el precedente vinculante a favor del precedente.

<sup>17</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid 2007, p. 14.

<sup>18</sup> ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes muebles de España, Madrid, 2004, ps. 20 y ss.



incorrecciones en la que incurre el TC a la hora de crear el recurso de agravio a favor del precedente.

De aquí es posible desprender varias consecuencias. Conviene preguntar, ¿es una consecuencia la necesidad de unanimidad en la decisión del TC a la hora de establecer un determinado precedente vinculante? Resulta útil fijarse en lo ocurrido con el precedente vinculante a favor del precedente que recoge la sentencia al EXP. N.º 4853–2004–AA/TC. La dación de tal precedente fue firmada por todos los miembros del Pleno, sin ningún voto singular ni concurrente. Sin embargo, la unanimidad sólo significó consenso sobre una decisión inconstitucional basada en argumentos constitucionalmente incorrectos. El precedente dado en la sentencia al EXP. N.º 3908–2007–PA/TC por el cual se deja sin efecto el precedente vinculante a favor del precedente, fue emitido sólo con base en una mayoría simple del Pleno, pero dentro del marco de lo constitucionalmente permitido<sup>19</sup>.

¿Hay precedente vinculante en ambos casos? En ambos casos la decisión unánime o mayoritaria creó un precedente vinculante. En estricto, desde un punto de vista esencial y material, el primero de los precedentes fue emitido fuera del marco de lo constitucionalmente permitido, por lo que esencial y materialmente nunca estuvimos frente a un verdadero precedente vinculante. Formalmente hubo la proclamación de una regla jurídica que vinculaba con carácter general, materialmente lo proclamado fue una inconstitucionalidad con base en argumentos constitucionalmente incorrectos<sup>20</sup>.

Y es que la unanimidad no es una exigencia esencial (ni formal ni materialmente), para que exista precedente vinculante. La exigencia esencial es la *corrección constitucional* de las razones que sustentan el precedente y, consecuentemente, la constitucionalidad del contenido del mismo. De modo que es posible pensar en decisiones unánimes inconstitucionales y decisiones mayoritarias constitucionales. Por esta razón no concuerdo con el Profesor Grández cuando propone que “la unanimidad en el acuerdo del Pleno, debería convertirse en una condición material de legitimidad de la regla así estatuida”<sup>21</sup>. La unanimidad por sí misma no dice nada acerca de la legitimidad en la existencia de un precedente vinculante, ello porque nada dice acerca de la corrección constitucional de la justificación de un precedente vinculante, ni –por ello– de la constitucionalidad de su contenido.

Esto mismo es aplicable para las *ratio decidendi* que no son declaradas precedente vinculante, porque de ellas provienen también normas vinculantes de derecho constitucional. Consecuentemente, habrá jurisprudencia

<sup>19</sup> Cuando se contrasta con la realidad, qué vacía de contenido queda la afirmación del Profesor Pedro Grández por la que “[u]n precedente aprobado con el consenso total de los miembros de un colegiado, proyecta autoridad y lo hace más perdurable en el tiempo”. GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P., “El precedente a la deriva...”, ob. cit. p. 104.

<sup>20</sup> De ahí que aunque no guste me reafirmo en que las decisiones del TC formalmente nunca pueden ser inconstitucionales, pero materialmente pueden contravenir la Constitución. Cfr. mi artículo “*Quis custodit custodes*. Los riesgos que implica la justicia constitucional”, en *Actualidad Jurídica* (Gaceta Jurídica), Tomo 149, abril 2006, ps.135–136.

<sup>21</sup> GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P., “El precedente a la deriva...”, ob. cit. p. 105.

vinculante (*ratio decidendi* no declarada precedente vinculante) si existe corrección constitucional en la justificación y, por ello, constitucionalidad en su contenido, independientemente que la sentencia que la contiene haya sido emitida con unanimidad de votos o no. Es decir, puede ocurrir que el contenido de una *ratio decidendi* que no es precedente vinculante haya sido emitida con unanimidad de votos pero su argumentación ser constitucionalmente incorrecta y su contenido inconstitucional; y puede ocurrir también lo contrario. Por lo que tampoco comparto lo sugerido por el Profesor Grández: “[a]quí podríamos sugerir una distinción adicional entre precedente y doctrina jurisprudencial, en el sentido de la necesidad de que en el dictado de normas constitucionales mediante el precedente, sea necesario el acuerdo unánime del Pleno”<sup>22</sup>.

Por lo que antes que unanimidades hay que exigir corrección constitucional en la justificación y constitucionalidad en el contenido del precedente vinculante. Así, la unánime incorrección constitucional mostrada en la justificación del recurso de agravio a favor del precedente, ha sido superada con la mayoritaria corrección constitucional mostrada en su derogación. Y esto es *esencialmente* legítimo.

#### El artículo 13 del Reglamento normativo del TC

Antes de cerrar este apartado me permitiré realizar una precisión en referencia al artículo 13 del Reglamento normativo del TC. Tal y como está dispuesto el ordenamiento legal peruano los precedentes vinculantes pueden provenir tanto de resoluciones de Sala como de resoluciones del Pleno. Desde las exigencias que el legislador peruano ha previsto en el artículo VII CPConst. para la dación de un precedente vinculante, ninguna consiste en que tal precedente provenga de alguna Sala o del Pleno del TC. De modo que es posible concluir la siguiente norma: está constitucionalmente permitido emitir un precedente vinculante desde las Salas o desde el Pleno del TC.

De lo dispuesto en el referido artículo 13<sup>23</sup>, es razonable admitir que con la expresión “jurisprudencia constitucional” empleada ahí, se está haciendo referencia solamente al precedente vinculante. De lo contrario tendríamos que admitir un absurdo: que este artículo 13 está referido de todas las sentencias del TC en la medida que de todas ellas es posible hablar de jurisprudencia constitucional, lo cual vaciaría de contenido a la disposición misma. De modo que lo establecido en ella es que todos los procesos en los que se establezca o se derogue precedentes vinculantes, podrán ser vistos en Pleno *si y sólo si* uno de los magistrados así lo solicita. *Contrario sensu*, tales procesos podrán ser

<sup>22</sup> Ibidem.

<sup>23</sup> Dice el mencionado dispositivo que “[l]os procesos referidos en el artículo 11º, [amparo, hábeas corpus, hábeas data y de cumplimiento] iniciados ante las respectivas Salas de las Cortes Superiores, y todos los que, al ser resueltos, pueden establecer jurisprudencia constitucional o apartarse de la precedente, deben ser vistos por el Pleno, a petición de cualquiera de sus miembros. En tales casos se procede conforme al artículo 5º de la Ley N° 28301”.



vistos en Salas si nadie lo ha solicitado. Por lo que desde este artículo 13 del Reglamento –como no podía ser de otra manera desde que es norma jerárquicamente inferior– se llega a la misma conclusión a la que se arribaba desde el artículo VII CPConst.: está constitucionalmente permitido emitir (o derogar) precedentes vinculantes tanto desde Salas como desde el Pleno<sup>24</sup>.

En lo que respecta al Pleno no está prevista ninguna mayoría calificada para emitir un precedente vinculante. El artículo 5 de la Ley 28301 no desdice esta conclusión al disponer que “[e]l quórum del Tribunal Constitucional es de cinco de sus miembros. El Tribunal, en Sala Plena, *resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos*, salvo para resolver la inadmisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, casos en los que se exigen cinco votos conformes”<sup>25</sup>. La regla general es que las decisiones del Pleno no se adoptan por mayoría calificada, la mayoría simple puede ser incluso de tres votos, lo que ocurrirá cuando por las razones que fuesen sólo hay cinco magistrados en condiciones de conocer y resolver un caso<sup>26</sup>. La excepción es para las sentencias que declaren inadmisibles o improcedentes una demanda de inconstitucionalidad, en cuyo caso se exige una mayoría calificada, pero no por contener un precedente vinculante, sino por estar en juego la vigencia de una ley.

El asunto cambia algo respecto de las Salas, debido a que en el referido artículo 5 de la Ley 28301 se establece que “[p]ara conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y de cumplimiento, iniciadas ante los jueces respectivos, el Tribunal está constituido por dos Salas, con tres miembros cada una. Las resoluciones requieren tres votos conformes”. De aquí se desprende que toda resolución de Sala requiere de tres votos conformes, emitan o no precedentes vinculantes. La exigencia de tres votos (que pueda constituir unanimidad) no viene justificada porque en la sentencia se recoja un precedente vinculante, sino por ser sentencia de Sala, de modo que es posible sentencias de Sala que no crean precedente vinculante alguno y que requieren igualmente tres votos. Pero es que además puede ocurrir que un asunto votado en Sala pueda terminar con tres votos a favor y dos en contra, incluso para la dación (derogación) de un precedente vinculante, caso en el cual tampoco habría mayoría calificada alguna.

---

<sup>24</sup> Hay sentencias del TC (emitidas con posterioridad a la reforma del artículo 13 del reglamento del TC) en las que se emite un precedente vinculante en Sala. Por todas la sentencia al EXP. N.º 3075–2006–PA/TC, del 29 de agosto del 2006, F. J. 10, sentencia emitida por la Sala compuesta por los magistrados García Toma, Alva Orlandini y Landa Arroyo.

<sup>25</sup> La cursiva de la letra es añadida.

<sup>26</sup> La mayoría calificada se exige para declarar la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley: al menos 5 votos. De modo que admitido que es posible emitir precedentes vinculantes en las sentencias de inconstitucionalidad, la exigencia de 5 votos no será porque en la sentencia se incorpora un precedente vinculante, sino porque se declara la inconstitucionalidad.

## SOBRE LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE DEL TC

## Otro necesario recuento para un firme rechazo

Abordar el estudio del precedente (constitucional y judicial) es una labor muy ardua y compleja, además de sumamente delicada. La institución normalmente se le ha vinculado estrechamente al sistema judicial anglosajón (inglés y norteamericano), al punto que se le ha visto como una realidad extraña al sistema judicial continental. Más allá de que entre el *Common Law* y el *Civil Law* hay más puntos de contacto de los que normalmente se destacan, acaso por el *Ius Commune* que hay en los orígenes de ambos, lo cierto es que cuando una institución es recogida en un sistema jurídico concreto, aunque ella sea oriunda de otro distinto, adquiere necesarias particularidades que la singularizan y diferencian incluso del sistema originario. Una de las grandes cuestiones que se han planeado a raíz de la aprobación del Código Procesal Constitucional, es precisamente el significado de sus artículos VI y VII en el concreto ordenamiento jurídico peruano.

En mi libro *Comentarios al Código Procesal Constitucional* apenas desarrollo la institución. Fue a raíz de la sentencia al EXP. N.º 006–2006–CC/TC del 12 de febrero del 2007 que empecé a interesarme con fuerza en el asunto. Como se sabe, en ella el TC declaró nulas determinadas sentencias del Poder Judicial (doce) y dejaba sin efecto otras (siete), y de modo general declaró la nulidad “de todas aquellas otras resoluciones judiciales que hayan sido dictadas contraviniendo la sentencia 009–2001–AI/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227–2005–AA/TC por el Tribunal Constitucional”<sup>27</sup>. Mi interés aumentó cuando reparé en que las sentencias anuladas o dejadas sin efecto habían sido emitidas en todos los niveles judiciales, incluso de la Corte Suprema, y algunas eran tan lejanas en el tiempo que se remontaban al año de 1997.

La referida sentencia colocaba a la autoridad judicial en una disyuntiva inevitable: todos los Jueces y Vocales (superiores y supremos) que emitieron las sentencias anuladas o dejadas sin efecto (y todas las anuladas de modo general), o eran ignorantes que no conocían del precedente vinculante de la sentencia 4227–2005–AA/TC o eran corruptos que aún conociéndolo no lo aplicaron en su afán de torcer el Derecho para beneficiar indebidamente a alguien que les retribuía generosamente. Así, la pregunta que me formulé fue si realmente todos estos magistrados o eran corruptos o ignorantes, o es que el TC se excedía en lo que hizo. Luego de analizarlo llegué a la conclusión de que el TC se excedía, y mucho, en lo que hizo, y uno de sus principales errores fue olvidar que el Juez nunca deja de ser Juez de casos concretos, y esto no varía por la incorporación al sistema de la figura del precedente vinculante. Los casos que conocían los Jueces no eran el caso que había conocido el TC a la hora de formular el precedente vinculante, de modo que lo razonable era examinar los

<sup>27</sup> EXP. N.º 006–2006–CC/TC del 12 de febrero del 2007, punto 1 del fallo.



argumentos que los magistrados del Poder Judicial dieron para no aplicar el precedente vinculante, pues resultaba plenamente legítima su no aplicación si justificaba que el caso era uno sustancialmente distinto al que había dado origen al precedente vinculante<sup>28</sup>.

Por aquella época, en marzo del 2007, recibí la amable invitación del Dr. Eduardo Ferrer Mac Gregor para participar en el libro homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio y el tema de la colaboración por el que me decanté fue el valor de la jurisprudencia del TC peruano. Mi intención fue construir una explicación teórica sobre la vinculación a la jurisprudencia constitucional en general y al precedente constitucional en particular dentro del ordenamiento jurídico peruano. La tercera semana de mayo del 2007 envié mi colaboración y en ella se contenía la base de lo que a mi modo de ver son los elementos al menos básicos que singularizan la jurisprudencia vinculante del TC en el ordenamiento constitucional peruano<sup>29</sup>.

Pocas semanas después, no tengo la constancia exacta de la fecha, el Dr. Luis Sáenz Ávalos me invitó para participar en un libro colectivo que estaba destinado a analizar los precedentes vinculantes recogidos en la sentencia al EXP. N.º 4853-2004-PA/TC. El libro vio la luz en octubre de ese año 2007 y ahí recojo las razones de mi oposición a la justificación y al contenido del precedente que permite el recurso de agravio contra sentencias estimatorias de segundo grado que se apartan del precedente<sup>30</sup>.

Tanto las razones por las que justifico un determinado entendimiento de la jurisprudencia vinculante del TC en el ordenamiento peruano, así como las razones para rechazar el recurso de agravio a favor del precedente, las vengo sosteniendo desde el año 2007. Esto lo destaco para rechazar con firmeza el atrevimiento del Profesor Pedro Grández de juzgar mis intenciones. Tiene escrito que he apelado a artificios “con la única intención de ‘darles la razón’ a la mayoría que suscribió la sentencia [EXP. N.º 3908-2007-PA/TC]”<sup>31</sup>, y que “con el propósito de respaldar la argumentación de la mayoría (...) [y] con ánimo de fustigar los argumentos de los magistrados disidentes” termino por

<sup>28</sup> El trabajo publicado fue “¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?: a propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Palestra del Tribunal Constitucional*, número 4, abril 2007, ps. 573-601. Luego lo publique con el mismo título en *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 77, julio 2007, ps. 19-45; y finalmente en el libro coordinado por 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 número 4, Palestra, Lima diciembre del 2007, ps. 155-190.

<sup>29</sup> Mi colaboración en el libro conjunto fue “La jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo (coordinadores), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio, en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM - Editorial Porrúa, Tomo V, ps. 613-658 (puede consultarse en la web: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2559/32.pdf>). Con el mismo título se publicó también, y junto con las demás colaboraciones peruanas, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo (coordinadores), *Aspectos del Derecho Procesal Constitucional*, IDEMSA, Lima 2009, ps. 165-206.

<sup>30</sup> “El Tribunal Constitucional como creador de derecho constitucional”, citado, ps. 13-75.

<sup>31</sup> GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P., “El precedente a la deriva...”, ob. cit. p.107, nota pie página 31.

incurrir en una serie de errores. Pues bien, tales artificios y errores, de existir, los vengo sosteniendo desde hace un par de años, no los he inventado recién ahora para, cual sometido y manipulable advenedizo que quiere congraciarse con una mayoría del TC, dar la razón a nadie ni fustigar nada. Si me he decantado por la decisión de la mayoría en la sentencia al EXP. N.º 3908–2007–PA/TC, es porque sostienen razones muy parecidas a las que he sostenido desde un inicio; y precisamente por coherencia elemental, eso ha supuesto mostrar las inconsistencias de las razones de la minoría<sup>32</sup>.

#### Un necesario reenvío

En lo que respecta a mi modo de entender la jurisprudencia vinculante y al precedente vinculante en el ordenamiento jurídico peruano, el Profesor Pedro Grández me ha hecho reparar en lo poco claro que he podido ser a la hora de exponer mis razones. Eso me sirve para formularme la conveniencia de una mejor explicación de las mismas en una nueva edición de mi trabajo. Y aunque hay razones para creer lo contrario<sup>33</sup>, prefiero pecar de ingenuidad y pensar que no me he expresado con claridad, antes que pensar que alguien que se dedica a la labor docente, se ha atrevido a formular críticas a una determinada concepción sin conocerla.

No voy aquí a exponerla nuevamente, ni tan siquiera de modo resumido, aunque no podré evitar referirme a alguna parte de ella a la hora de analizar la crítica formulada por el referido Profesor de Universidad. Sí me permitiré –no obstante– sugerir su lectura en las dos últimas publicaciones que tengo sobre ella<sup>34</sup>, y sugerir se repare especialmente en lo siguiente: en la formulación de la cuestión y en los presupuestos de los que parto para responderla, en particular, la base objetiva para realizar la diferenciación entre *obiter dicta* y *ratio decidendi*; así como las razones para justificar los productos interpretativos que pueden concluirse desde los artículos VI y VII del Código Procesal Constitucional. No se olvide que de lo que se trata es de encontrar una significación propia de la institución en el concreto ordenamiento jurídico peruano. Y especialmente no debe olvidarse que aunque el TC sea Supremo intérprete de la Constitución y en su jurisprudencia vinculante se recojan concreciones de la norma constitucional, el Juez no deja de ser Juez de casos concretos. De modo que incluso respecto de (las *ratio decidendi* declaradas como) precedentes vinculantes, el Juez mantiene la posibilidad de no aplicarlo

<sup>32</sup> Esto mismo sirve para hacer desaparecer la duda sembrada por el Profesor Grández de si en mi argumentación estaba o no presente la falacia *non sequitur*, para afirmar su inexistencia. Idem., p. 100.

<sup>33</sup> Es muy significativo que para otros asuntos cite mi libro *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*, pero no lo haga para la crítica de mi modo de entender la jurisprudencia y precedentes vinculantes, libro al que me remito cuando he elaborado mi crítica en “El adiós al precedente vinculante a favor del precedente”.

<sup>34</sup> Me refiero al Capítulo III de *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*; y a CASTILLO ALVA, José Luis y CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *El precedente judicial y el precedente constitucional*, ARA editores, Lima 2008, ps. 175–236.



al no incumbir su aplicación por considerar justificadamente que el caso concreto que debe resolver no es uno sustancialmente igual al que va dirigida la regla en que consiste el precedente.

El carácter persuasivo de la interpretación contenida en un *obiter dicta*

Adicionalmente quiero hacer referencia a lo que creo son dos incorrecciones graves en la argumentación del Profesor Pedro Grández. La primera consiste en que rechazando un modo equivocado de entender lo que propongo acerca de la vinculación al *obiter dicta*, termina admitiendo la misma consecuencia a la que llego con mi propuesta: la razón contenida en un *obiter dicta* también vincula y vincula mientras el Juez no presente una razón diferente que sea mejor o más fuerte. Así, ha escrito que “sin caer en la teoría de la vinculación de los *obiter*, como sugiere Castillo Córdova, (...) desatender esta vinculación al discurso [contenido en un *obiter dicta* incluso], no tiene sustento en la perspectiva de la argumentación como discurso racional”<sup>35</sup>. Entonces, si es así, ¿no será más bien que el modo que propongo de entender el *obiter dicta* y su vinculación a él es compatible con la teoría del discurso?

Si el *obiter dicta* tiene carácter persuasivo vinculará persuasivamente, esto significa que válidamente el intérprete podrá apartarse de la interpretación en él contenida, *si y solo si* muestra razones mejores que las mostradas por el TC, si no lo hace ya sea porque no es posible hacerlo o porque no interesa hacerlo, estará obligado a seguir la razón expuesta por el TC en el *obiter dicta*. Pienso que es sólo respecto de estos supuestos que será posible sostener que “las decisiones del Tribunal Constitucional alcanzan el máximo grado de vinculación cuando ofrecen una mejor protección a los derechos [fundamentales], mientras que, si es posible que en un caso concreto la interpretación realizada por el Tribunal puede ser optimizada con la intervención de los jueces del Poder Judicial, el grado de vinculación disminuye a efectos de incorporar la mejor interpretación que objetivamente ponga de manifiesto la mayor protección que pueda brindar a un bien constitucional determinado”<sup>36</sup>.

Como se aprecia, incluso desde la jurisprudencia del TC, es posible hablar de *optimización de la interpretación* y, consecuentemente, de grados de vinculación o, en términos reprochadores del Profesor Pedro Grández de “intensidades de vinculación”<sup>37</sup>. Y esta posibilidad no debe sorprendernos desde que se trata de interpretar y aplicar las normas legales y reglamentarias “según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional” (artículo VI CConst.), y desde que el TC peruano hace contener sus interpretaciones –por desgracia más veces de lo que sería objetivamente debido– también en las razones accesorias (*obiter dicta*), no se

<sup>35</sup> GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P., “El precedente a la deriva...”, ob. cit. p. 112.

<sup>36</sup> EXP. N.º 4853–2004–PA/TC, citado, F. J. 16.

<sup>37</sup> GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P., “El precedente a la deriva...”, ob. cit. p. 107.

puede afirmar válidamente que el operador jurídico no está en ningún modo vinculado al *obiter dicta*.

De manera que, y en respuesta a la pregunta del Profesor Grández<sup>38</sup>, la utilidad de diferenciar *ratio decidendi* (sea o no precedente vinculante) del *obiter dicta*, será que el operador jurídico tendrá que aplicar siempre la interpretación contenida en la primera, obviamente, tratándose de supuestos de hecho sustancialmente iguales; mientras que podrá plantear una interpretación mejor, u *optimizadora* en palabras del TC peruano, para cuando se trata de un *obiter dicta*. Y la utilidad no es de poca monta, se trata de reconocerle al Juez un espacio de creación constitucional propia pero sin vaciar de contenido el principio de que el TC es el Supremo intérprete –y creador– constitucional. Pero la dinámica del Derecho exige admitir que una razón que en un momento determinado es *obiter dicta*, en el futuro pueda convertirse en *ratio decidendi*, esto ocurrirá cuando el TC la emplea posteriormente en un caso concreto para justificar una determinada decisión, existiendo relación necesaria entre la razón empleada y la decisión misma. A partir de cuando esto ocurra tal razón o interpretación constitucional deja de valer como *obiter dicta* para vincular como *ratio decidendi*<sup>39</sup> (o incluso como precedente vinculante si ese llega a ser el caso)<sup>40</sup>.

La vinculación a la *ratio decidendi* contenida en el precedente vinculante

La segunda es una peligrosa inconsistencia que luego le lleva irremediabilmente a una manifiesta incoherencia. El Profesor Pedro Grández tiene escrito que “sí tiene pleno sentido, también en nuestro entorno, el saber diferenciar entre el *obiter* y la *ratio* en una decisión, de modo que lo que a todas luces es un *obiter*, no puede constituir la regla vinculante [precedente vinculante] que el Tribunal anuncie”<sup>41</sup>. Es decir, si hay que diferenciar entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*, y el precedente vinculante no puede formularse a partir de una razón que es *obiter dicta*, entonces el precedente vinculante necesariamente se formula a partir de la *ratio decidendi*. Sin embargo, en su crítica a mi trabajo, abandona esta idea para reprochar el modo de entender que del precedente vinculante propongo. Así, “la idea de obediencia casi irreflexiva que propone [Castillo Córdova] con relación a la *ratio decidendi* seleccionada por el propio Tribunal como precedente vinculante, en el que como veíamos, el nivel de resignación llega al extremo de creerle a ciegas al Tribunal, sin posibilidad de realizar (...) [¡¡¡ini como ejercicio académico!!!] una

<sup>38</sup> Ibidem.

<sup>39</sup> “La jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional”, en CASTILLO ALVA, José Luis, citado, p. 191.

<sup>40</sup> Acaso con el significación de *judicia dicta*, a la que hace referencia el Profesor Grández, por la que “pueden considerarse como anticipaciones a la forma de resolver controversias futuras”. GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P., “El precedente a la deriva...”, ob. cit. p. 113.

<sup>41</sup> GRÁNDEZ CASATRO, Pedro, “Las ‘peculiaridades’ del precedente constitucional en el Perú”, en CARPIO MARCOS, Edgar, GRÁNDEZ CASTRO, Pedro (Coordinadores), *Estudios al precedente constitucional*, Palestra editores, Lima 2007, p. 106.



lectura alternativa, pues en estos supuestos el Juez *‘deberá asumir necesariamente como ratio decidendi la interpretación contenida en un precedente vinculante’*”<sup>42</sup>.

Lo grave a partir de aquí es que esta idea le permite pasar a formular una posición manifiestamente incoherente. Por un lado critica que se asuma como precedente vinculante lo que el TC ha establecido como tal, y a la vez defiende el recurso de agravio a favor del precedente el cual persigue la nulidad de toda resolución judicial que se aparta de un precedente vinculante. Así, rechaza la idea de que precedente vinculante sea lo que el TC establece como precedente vinculante porque “[n]o hay aquí ninguna posibilidad de distinción entre precedente en sentido formal y precedente en sentido material”<sup>43</sup>. Sobre la *distinción entre precedente en sentido formal y precedente en sentido material*, tiene escrito el Profesor Grández que, “todas las técnicas tanto para la aplicación, como también las distinciones pueden ser deducidas a partir de la relación entre caso y regla precedente, de modo que *cuando no hay relación entre caso y precedente, los operadores pueden válidamente no sentirse vinculados por el precedente*, pese a que esté formalmente anunciado”<sup>44</sup>. De forma tal que si los operadores jurídicos, los jueces por ejemplo, pueden apartarse de un precedente del que no se sienten vinculados, entonces no tiene ningún sentido defender la nulidad de la resolución judicial que se aparta del precedente que es lo que persigue el recurso de agravio a favor del precedente. Si se admite, como lo admite y defiende el mencionado Profesor, la validez del recurso de agravio a favor del precedente, entonces, el juez no podrá apartarse del precedente en ningún caso, no al menos bajo sanción de nulidad.

Asimismo, rechaza que precedente vinculante sea todo aquello que el TC dice que es precedente vinculante porque “la crítica y el diálogo entre jueces, indispensable para desarrollar una cultura judicial basada en el precedente, deberá ceder ante el monólogo incontestable del supremo intérprete de la Constitución”<sup>45</sup>. Dicha así, esta afirmación se convierte en una razón más para sostener la incorrección del precedente que contiene el recurso de agravio a favor del precedente: la crítica y el diálogo entre jueces cedería ante la decisión del TC.

Consecuentemente, una exigencia mínima y a la vez básica de coherencia lógica ausente en la argumentación del Profesor Pedro Grández, demanda que si se defiende el recurso de agravio a favor del precedente, no se puede admitir como justificado el apartamiento de un precedente vinculante, aún sólo formalmente formulado. La regla en que consiste el precedente vinculante a favor del precedente es clara: si el juez se aparta manifiestamente de un

---

<sup>42</sup> GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P., “El precedente a la deriva...”, ob. cit. p. 108.

<sup>43</sup> Ibidem.

<sup>44</sup> GRÁNDEZ CASTRO, Pedro, “Las ‘peculiaridades’ del precedente constitucional en el Perú”, ob. cit., p. 106. La cursiva de la letra es añadida.

<sup>45</sup> Ibidem.

precedente vinculante procede el recurso de agravio constitucional para lograr la nulidad de la resolución que dispone el apartamiento<sup>46</sup>.

Es verdad que puede ocurrir y de hecho ocurre –el recurso de agravio a favor del precedente creado en la sentencia al EXP. N.º 04853–2004–AA/TC es una muestra clara– que el TC formule una regla como precedente vinculante sin estar directamente referida al caso que resuelve. Pero esta posibilidad no descalifica en nada el modo de entender que propongo de la jurisprudencia vinculante en el Perú, de hecho, lo consolida porque no la pasa por alto sino que permite determinar incorrecciones en la actuación del TC, aun reconociendo que procesalmente no se pueda hacer nada contra ella (en el sistema jurídico interno) por tratarse del Supremo intérprete de la Constitución.

Me permito recordar que desde inicios del 2006 vengo sosteniendo la posibilidad de que las decisiones del TC sean inconstitucionales, no formalmente porque como Supremo intérprete de la Constitución es la máxima instancia de constitucionalidad, pero sí materialmente<sup>47</sup>. La posibilidad de que nuestro Máximo intérprete de la Constitución se extralimite en el ejercicio de su función es una realidad incontestable. Y precisamente con base en esta posibilidad es que sería infantil creer que el TC en ningún caso puede errar al momento de establecer un determinado precedente vinculante. Lo ha hecho y es previsible que lo vuelva a hacer en el futuro. No existe ningún mecanismo en el derecho interno pensado para declarar la inconstitucionalidad de un precedente vinculante, a pesar de eso la clase académica –y la sociedad en su conjunto, ciertamente– no debe renunciar a analizar críticamente y denunciar las inconstitucionalidades materiales en las que pueda incurrir nuestro TC. Renunciar a ello es renunciar al fundamental interés por hacer que en el sistema peruano se instaure y consolide una justicia constitucional *justa*. Lo he escrito hace más de tres años y lo vuelvo a reiterar ahora: no creamos que por ser Supremo intérprete al TC le esta negada la posibilidad de vulnerar la

<sup>46</sup> Esta incoherencia en la que incurre el Profesor Pedro Grández ya le había sido advertida por el Prof. Priori hace más de año y medio. Así, este le había reprochado a aquél que “[n]o puede pretender Pedro [Grández] convertirse ahora en defensor de la independencia judicial ni de la creación libre del derecho mediante la jurisprudencia, cuando defiende una sentencia que anula la actividad jurisdiccional de los jueces. El poder que el Tribunal Constitucional reclama para sí y que Pedro tanto defiende, no es algo que se aplique a todos los jueces como con astucia argumentativa pretende hacer ver Pedro. Es algo aplicable al Tribunal Constitucional solamente porque éste le ha negado a los jueces toda posibilidad de interpretación, al precisamente crear el recurso de agravio a favor del precedente”. GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. *versus* PRIORI POSADA, Giovanni F., “Tribunal Constitucional versus Poder Judicial, ob. cit., p. 188.

<sup>47</sup> Así, “[e]n este caso, la resolución del Tribunal será considerada constitucional no porque materialmente lo sea, sino porque formalmente no se ha habilitado ningún procedimiento ni se ha previsto ningún órgano para declarar –formalmente, insisto, y con los consiguientes efectos jurídicos derogatorios– su inconstitucionalidad”. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “*Quis custodit custodes*. Los riesgos que implica la justicia constitucional”, en *Actualidad Jurídica* (Gaceta Jurídica), Tomo 149, abril 2006, p. 136.



Constitución. De hecho, tal realidad es consecuencia necesaria de estar sometido a la Constitución y ser esencialmente un poder constituido<sup>48</sup>.

Pues bien, salvo se trate de una regla absurda que estoy convencido nuestro TC nunca enunciará, los jueces en sus resoluciones deben seguir los precedentes vinculantes formulados por el TC, incluso aunque estén convencidos de su incorrección constitucional o crean que es posible oponerles razones mejores<sup>49</sup>. El Juez no discute la concreción constitucional que contiene el precedente, sino que la aplica como consecuencia necesaria de que en nuestro sistema el TC es Supremo intérprete de la Constitución. Pero la aplica sólo a los casos que debería aplicarla, y estos son aquellos casos que cumplen el supuesto de hecho que conforma la regla en que consiste el precedente vinculante. El razonamiento –que no parece entender el Profesor Pedro Grández<sup>50</sup>– no es complicado: la regla en que consiste el precedente está conformada por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, el Juez sólo aplicará la consecuencia jurídica ahí donde se cumpla el supuesto de hecho, por lo que es posible que ocurra que el Juez –juez de casos concretos– argumente justificadamente que se encuentra ante un supuesto de hecho distinto y por ello no aplique (la consecuencia jurídica de la regla en que consiste) el precedente vinculante. Y esto no es apartarse del precedente, esto es aplicación estricta del mismo<sup>51</sup>.

#### SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL PRECEDENTE VINCULANTE A FAVOR DEL PRECEDENTE

##### Necesidad de sujeción a las exigencias esenciales

En el apartado IV de su trabajo el Profesor Pedro Grández ingresa a sopesar las razones en torno a la dación del precedente vinculante a favor del precedente y al precedente que lo deja sin efecto. Empieza recordando que la derogación del precedente ha sido fruto de un juzgamiento de oficio por parte del TC, “una suerte de avocamiento sin causa que genera desconcierto e

<sup>48</sup> Por lo que algo falla en el entendimiento que el Profesor Pedro Grández tiene de mi propuesta sobre la jurisprudencia vinculante en el Perú, especialmente del significado de los precedentes vinculantes cuando concluye que propongo que hay que “creerle a ciegas al Tribunal, sin posibilidad de realizar, al menos como ejercicio académico, una lectura alternativa”. GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P., “El precedente a la deriva...”, ob. cit. p. 108. Las *lecturas alternativas* que desde el ámbito académico y la docencia he manifestado –entre ellas la que corresponde al precedente vinculante a favor del precedente– creo que son suficiente muestra de que el Profesor Pedro Grández teniendo ojos no quiere ver, pues varias de esas lecturas alternativas las tengo manifestadas en los trabajos que él cita en su nota de pie de página número 2.

<sup>49</sup> Por eso, concuerdo con el Profesor Pedro Grández que es posible la existencia de precedentes que pueden ser solo formales pero no materiales. Discrepo con él, sin embargo, cuando justifica la desvinculación del Juez al precedente meramente formal, pues aún en esos casos el Juez se vincula al precedente, sin olvidar nunca que es juez de casos concretos y que como tal no pierde la tarea de determinar si un caso concreto cumple con las exigencias fácticas para aplicar el precedente.

<sup>50</sup> GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P., “El precedente a la deriva...”, ob. cit. p. 108.

<sup>51</sup> Esta posibilidad, como lo dije líneas arriba, hace de la sentencia al EXP. N.º 0006–2006–CC/TC una sentencia altamente cuestionable.

inseguridad jurídica”<sup>52</sup>. Con una práctica así, insiste, “es probable que la obra del Tribunal, al menos en lo que a precedentes vinculantes se refiere, quede reducido a nada”<sup>53</sup>.

Ya he manifestado arriba que, a mi entender, la relación necesaria entre la regla en que consiste el precedente vinculante y el caso desde el cual se formula es una exigencia *esencial*. Por esa razón no hay verdadero precedente cuando éste se formula al margen del caso que resuelve la sentencia que le da origen, y no lo hay porque se ha resentido su *esencia*, será cualquier otra cosa menos precedente vinculante. A pesar de su inexistencia real, su formulación positiva tiene verdaderas consecuencias jurídicas por provenir del Supremo intérprete de la Constitución, entre otras la de vinculación efectiva. Utilizando la diferenciación propuesta por el Profesor Pedro Grández, con la cual concuerdo, se trata de una existencia meramente formal del precedente. Pues bien, no ha habido más que mero reconocimiento y existencia formal del precedente vinculante referido del recurso de agravio creado en la sentencia al EXP. N.º 04853-2004-PA/TC. Ya he puesto de manifiesto líneas arriba que no existió relación entre el caso resuelto en esa sentencia y la formulación del mencionado precedente. Sin duda que todos los precedentes vinculantes –ya sea para emitir una regla vinculante con carácter general como para derogarla– debieran ser emitidos con sujeción no sólo a las exigencias previstas en la norma procesal positiva, sino también con sujeción a aquellas exigencias que brotan de la esencia del precedente y que, aunque no estén positivadas, igualmente tienen carácter jurídico. Y entre ellas la que aquí se ha destacado es la necesaria y directa relación entre el caso y el contenido de la regla que se convierte en precedente vinculante.

Seamos justos con el TC

Dicho esto, he de afirmar que no comparto el pesimismo que el Profesor Grández manifiesta. Sin duda que es de esperar que los precedentes vinculantes que se sostienen en razones constitucionalmente incorrectas y que contienen una regla materialmente inconstitucional, sean dejados sin efecto. Y es deseable que la derogación provenga del propio TC y además en el menor tiempo posible. Pensar que esa necesaria labor de depuración que parece haber emprendido la nueva mayoría del TC va a suponer *reducir a la nada* el trabajo de emisión de precedentes es pensar mal de los magistrados del TC tanto de los que han aprobado los precedentes emitidos, como de los que en el futuro aprueben su derogación. De los primeros porque esa manera de pensar supone admitir que todos los precedentes han sido emitidos con base en una argumentación constitucionalmente incorrecta y/o han establecido una regla materialmente inconstitucional; de los segundos, porque supone admitir que al margen de la corrección constitucional que en su justificación muestren los

<sup>52</sup> GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P., “El precedente a la deriva...”, ob. cit. p. 109.

<sup>53</sup> *Ibidem*.



precedentes emitidos, así como de la constitucionalidad de la regla que cada uno de ellos formula, necesaria e irremediablemente se impondrán razones deficientes o en el mejor de los casos constitucionalmente débiles para justificar la derogación.

Es precisamente este tipo de dudas las que perjudican la autoridad del TC y manchan su majestad. Seamos justos con el TC y reconozcámosle sus aciertos y critiquemos sus errores. Una y otra tarea debe realizarse con la modestia de quien se sabe que no es dueño de la verdad, y con la inteligencia argumentativa para saber presentar razones mejores a otras previamente dadas. La responsable realización de una y otra tarea beneficia la consolidación de la institución. Ser justos con el TC requiere admitir que la gran mayoría de los precedentes vinculantes emitidos se sostienen en razones constitucionalmente correctas y contienen reglas constitucionalmente válidas. Las concreciones constitucionales que suponen estos precedentes, hay que mantenerlas y preservarlas de desencantos y pesimismo. Las otras, afortunadamente las menos, hay que abogar por su reformulación y/o derogación.

#### Razones de la inconstitucionalidad

Uno de los precedentes cuya justificación fue razones constitucionalmente incorrectas y cuyo contenido un mandato inconstitucional, fue precisamente el precedente que dispuso el recurso de agravio a favor del precedente. Como ya dije, en otro lado he justificado las razones que a mi entender son razones mejores y más fuertes que las dadas por el TC en la sentencia al EXP. N.º 04853-2004-PA/TC<sup>54</sup>. No voy a repetirlas aquí, sólo me he de referir indirectamente a alguna de ellas con la finalidad de responder las imprecisiones, cuando no manifiestos errores en los que incurre el Profesor Pedro Grández.

Éste ha escrito que “con relación a las posibilidades actuales del RAC contra una sentencia estimatoria de segundo grado, Castillo Córdova acepta que la disposición contenida en el artículo 202.2 de la Constitución, que se refiere a las ‘resoluciones denegatorias’ como supuesto materia de impugnación ante el Tribunal, es ‘una disposición abierta que requiere de concreción’. Sin embargo, no acepta como ‘concreción’ más que la lectura literal y en abstracto, realizada por el legislador en el artículo 18 del Código Procesal Constitucional. (...). Cualquier intento por identificar otras posibles ‘concreciones’ a la luz de los casos concretos, y esta vez por parte de los jueces, considera que, sería consecuencia ‘del intento del TC de imponer su concreta creencia de lo que es mejor’ ”<sup>55</sup>.

No es discutible, al menos yo no lo discuto, que el artículo 202.2 CP es una disposición abierta, y lo es en la parte que permite la intervención del TC como última instancia frente a *resoluciones denegatorias* de amparo, hábeas

---

<sup>54</sup> “El Tribunal Constitucional como creador de derecho constitucional”, ob. cit., ps. 48-74.

<sup>55</sup> GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P., “El precedente a la deriva...”, ob. cit. p. 110.

corpus, hábeas data y de cumplimiento. Es, por tanto, una disposición que requiere de concreción. El TC siendo el Máximo *concretador* de la Constitución, no es el único. También lo es, entre otros, el Legislador. Éste, para el cumplimiento de su labor de concreción de la Constitución, dispone de un amplio margen de decisión, reconocido en la doctrina<sup>56</sup>, en la jurisprudencia comparada (como la alemana<sup>57</sup> y la española<sup>58</sup>) y en la nacional peruana<sup>59</sup>. La labor de concreción que realice el TC –al igual que la del Legislador– debe sujetarse a la Constitución. En el antepenúltimo párrafo del artículo 200 CP, ha dispuesto el Constituyente peruano que es el Legislador el que está llamado en primer lugar a concretar el artículo 200 CP (en el que se recogen las garantías de amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento). El TC, como Supremo intérprete de la Constitución, intervendrá cuando el Legislador se haya decantado por una concreción inconstitucional, fuera –por tanto– de su constitucional margen de decisión. Ignorar esta premisa es evitar “el camino pedregoso y arduo de la dogmática de los márgenes de acción”<sup>60</sup> del Legislador.

Así, la cuestión se desplaza a saber si –en palabras del Profesor Pedro Grández– “la lectura literal y en abstracto realizada por el legislador en el artículo 18 del Código Procesal Constitucional”<sup>61</sup>, es constitucional o no. De la disposición constitucional contenida en el artículo 202.2 CP, es posible concluir las siguientes dos normas:

**N<sub>1</sub>:** Corresponde al TC conocer en última y definitiva instancia, las resoluciones que declaran improcedente o infundada la demanda de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento;

**N<sub>2</sub>:** Corresponde al TC conocer en última y definitiva instancia, las resoluciones que contravengan de modo manifiesto un precedente vinculante

<sup>56</sup> ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., ps. 31 y ss.

<sup>57</sup> A estos márgenes de acción a favor del Legislador ha hecho referencia el Tribunal Constitucional alemán, con expresiones como “amplio margen que deja la Constitución” (BVerfGE 89, 214 (234)), “margen de apreciación, valoración y configuración” (BVerfGE 88, 203 (262)), “margen de juicio” (BVerfGE 90, 145 (173)), “margen de decisión” (BVerfGE 95, 335 (350)), “un amplio margen de libre configuración” (BVerfGE 97, 167 (176)).

<sup>58</sup> El Tribunal Constitucional español ha hablado de “amplio margen de configuración legal de que goza el legislador” (STC 191/2005, de 28 de julio, F. J. 7) y de la “libertad de configuración del legislador” (STC 194/2006, de 19 de junio, F. J. 5). Incluso, tiene incorporado como criterio hermenéutico el que “la libertad de configuración del legislador (...) debe presidir el control de constitucionalidad” (STC 112/2006, de 5 de abril, F. J. 6) que –por ejemplo– tenga que realizar el Tribunal Constitucional.

<sup>59</sup> El Tribunal Constitucional peruano ha manifestado que “[e]l legislador detenta en el ejercicio de su función una libertad de configuración que le habilita adoptar cualquier medio para alcanzar el objetivo propuesto. La adopción de los medios que considere conveniente es, así, consustancial a su función legisferante, máxime en el contexto de una *Constitución abierta* y de una *Constitución como proceso público*”. EXP. N.º 0025–2005–PI/TC y EXP. 0026–2005–PI/TC, citado, F. J. 97.

<sup>60</sup> ALEXY, Robert. “Verfassungsrecht und einfaches Recht –Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”, *VVDStRL* 61, 2002, p. 14.

<sup>61</sup> GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P., “El precedente a la deriva...”, ob. cit. p. 110.



o que declaren improcedente o infundada la demanda de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento.

El Legislador se ha decidido por  $N_1$  (artículo 18 CPConst.). Cuando el TC ha analizado la decisión del Legislador no ha hallado inconstitucionalidad alguna<sup>62</sup>. Lo que sí ha afirmado el TC es que tal interpretación puede *optimizarse*<sup>63</sup>. Y no podía manifestar su inconstitucionalidad porque efectivamente no hay razones para hacerlo, por lo que acierta de pleno el TC en este punto<sup>64</sup>. Sobre  $N_2$  el TC no ha manifestado ningún juicio de constitucionalidad, no al menos expresamente. Sin embargo, es posible asumir su constitucionalidad si es que a la vez va aparejado con la necesaria posibilidad de contradictorio en el seno del TC. Asumamos, pues, que  $N_2$  es constitucional.

Así, lo que se obtiene es lo siguiente: de una disposición constitucional es posible concluir dos normas, una y otra válidas desde el punto de vista constitucional, en esta situación el Legislador puede válidamente decantarse por cualquiera de ellas, pues a ello le habilita el margen de decisión que tiene reconocido constitucionalmente. Lo que en este punto ha ocurrido es que habiéndose válidamente decantado el Legislador por  $N_1$  (artículo 18 CPConst.), el TC ha decidido que  $N_2$  es mejor que  $N_1$  –porque a su modo de ver la *optimiza*<sup>65</sup>– y ha intentado imponerla a través de un precedente vinculante. Y el término está bien empleado: lo que aconteció fue una *imposición* porque su decisión la exige por encima de la decisión del Legislador que, como se ha dicho, es igualmente constitucional. Esto, a mi modo de ver, es una clara extralimitación del TC, y una manifiesta inconstitucionalidad al menos por quebrantar el principio de corrección funcional que el mismo TC promueve y defiende<sup>66</sup>.

Con lo que no es cierta la acusación que me lanza el Profesor Grández al afirmar que sólo admito como concreción la recogida en el artículo 18

<sup>62</sup> EXP. N.º 4853–2004–PA/TC, citado, F. J. 28–32.

<sup>63</sup> Idem, F. J. 36.

<sup>64</sup> A esto “[s]e podría decir que una decisión legislativa referida a derechos fundamentales y que es factible de optimización, no es constitucional porque incumple la obligación general del Poder público de garantizar la *plena* vigencia de los derechos fundamentales (artículo 44 CP). Esta afirmación sería verdad si la decisión no óptima que tome el Legislador no tiene justificación constitucional suficiente. En el caso de la interpretación legislativa del artículo 202.2 CP –supuestamente– no óptima, se puede detectar la justificación siguiente (...)”. CASTILLO CORDOVA, Luis, “¿Será que el Tribunal Constitucional ha empezado...”, ob. cit., p. 84.

<sup>65</sup> Las razones de la optimización las tengo analizadas críticamente en “El Tribunal Constitucional como creador de derecho constitucional”, ob. cit., ps. 54–72. A mi modo de ver, el recurso de agravio no es el recurso natural para enfrentar nuevas agresiones iusfundamentales, el camino natural para resolverlas es la acción y no el recurso; no se quebranta el principio de corrección funcional; no se vulnera el principio de normatividad de la Constitución; no se vulnera el principio de igualdad; sí hay la necesidad de un contradictorio; y terminaría por vaciar de contenido el amparo contra amparo.

<sup>66</sup> Tiene dicho el TC que el principio de corrección funcional “exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales”. EXP. N.º 5854–2005–PA/TC, del 8 de noviembre del 2005, F. J. 12.c. Si el TC rompe el margen de actuación del Legislador, está *desvirtuando* su labor de desarrollo (concreción) de los preceptos constitucionales, que –incluso– para el caso claramente el Constituyente ha encargado al Legislador desarrollar el artículo 200 CP.

CPCConst. Pues, admitiendo la constitucionalidad de **N<sub>2</sub>**, lo que no admito es que el TC pretenda modificar una decisión legislativa que es válida desde el punto de vista constitucional. Es una desaprobación bien distinta a aquella que se me achaca.

Pero aún más, en un intento de justificar su crítica, comete el error de afirmar que “el resultado al que se arriba mediante la solución propuesta del segundo amparo contra sentencia estimatoria, no aceptada por cierto en la ‘concreción’ legislativa del artículo 5.6 del Código Procesal Constitucional, resulta en la práctica una suerte de ‘sacada de vuelta’ a este intento de auto restricción en la asignación de significados a los textos constitucionales, del que se proclama ferviente defensor nuestro autor”<sup>67</sup>. Y es un error porque el artículo 5.6 CPCConst. es un caso diferente al artículo 18 CPCConst. en referencia al artículo 202.CP. En efecto, del primero de los mencionados dispositivos legales es posible concluir las siguientes dos normas:

**N<sub>3</sub>**: En ningún caso proceden los procesos constitucionales cuando se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional, ergo, no proceden aunque en el proceso constitucional se haya vulnerado las exigencias formales y materiales del debido proceso;

**N<sub>4</sub>**: No proceden los procesos constitucionales cuando se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional siempre que éste se haya llevado con sujeción a las exigencias formales y materiales del debido proceso<sup>68</sup>.

**N<sub>3</sub>** es inconstitucional y **N<sub>4</sub>** es constitucional. El principio de interpretación conforme a la Constitución<sup>69</sup> exige no considerar inconstitucional el artículo 5.6 CPCConst., siempre y cuando se le interprete según **N<sub>4</sub>**. La diferencia salta rápidamente a la vista: mientras de la disposición recogida en el 202.2 CP se desprendían dos normas constitucionalmente permitidas, de la disposición recogida en el artículo 5.6 CP se desprende una norma inconstitucional y otra constitucional.

Por lo que en definitiva, manifestar que hizo mal el TC a la hora de corregir una decisión constitucional del Legislador, de modo que no está constitucionalmente permitida la imposición que pretendió el TC, no es

<sup>67</sup> GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P., “El precedente a la deriva...”, ob. cit. p. 110.

<sup>68</sup> Otra manera de presentar **N<sub>3</sub>** es: “No proceden los procesos constitucionales cuando se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional que no vulnera ningún derecho fundamental”. Es necesario hacer esta aclaración porque el TC no ha reparado en que la dimensión material del debido proceso exige que la tramitación y resolución del proceso no vulnere ningún derecho fundamental, es esa la solución justa exigida por la referida dimensión material. Cfr. la sentencia al EXP. N.º 3179–2004–AA/TC, de 18 de febrero de 2005, y el comentario que tengo hecho de ella en “Amparo contra resoluciones judiciales: Recordatorio de un viejo criterio jurisprudencial”, en *Diálogo con la jurisprudencia*, Tomo 99, diciembre 2006, ps. 55–73.

<sup>69</sup> Sobre este principio ha manifestado el TC que “no cabe que se declare la inconstitucionalidad de una disposición si, entre sus normas, esto es, los sentidos interpretativos de una disposición legislativa, es posible hallar una que sea compatible con la Constitución”. EXP. N.º 0002–2003–AI/TC, de 27 de junio de 2003, F. J. 7



*cinismo* –como mal afirma el Profesor Pedro Grández<sup>70</sup>– sino la estricta aplicación de la Constitución. En efecto, no aceptar como constitucionalmente válida la regla en que consiste el precedente vinculante a favor del precedente, es una exigencia del respeto al margen de decisión reconocida al Legislador así como al principio de corrección funcional, es decir, es una cuestión de principio. A partir de ahí, la consecuencia que es acudir al amparo contra amparo para hacer cesar la agresión al debido proceso originada por el apartamiento indebido y manifiesto de un precedente vinculante, es también una cuestión de principio. No es cinismo, es apego a los valores y principios constitucionales.

Puestas así las cosas, el Legislador puede perfectamente modificar el artículo 18 CPConst. para dejar de lado **N<sub>1</sub>** y decantarse por **N<sub>2</sub>**. Ya se ha dicho que tanto una como otra posibilidad son constitucionalmente válidas. Sin embargo, de ocurrir esta modificación legislativa, deberá necesariamente ir acompañada al menos de la previsión de un contradictorio en la instancia del TC. Tal contradictorio viene exigido por el requerimiento de interpretación para conocer si efectivamente ha habido o no apartamiento debido del precedente vinculante, entre otras cosas, digámoslo una vez más, porque el Juez sigue siendo Juez de casos concretos y es posible que haya que acreditar la singularidad del caso que no permite encuadrarlo dentro del supuesto de hecho de la regla en que consiste el precedente vinculante supuestamente no seguido<sup>71</sup>.

#### CONCLUSIONES

Todo lo argumentado me permite concluir que hay razones para discrepar con el Profesor Pedro Grández, no sólo en los puntos que he manifestado a lo largo de estas páginas, sino también con la idea que anuncia el título de su trabajo: *El precedente a la deriva*. La depuración a través de la derogación o de la reformulación de precedentes que se sustentan en razones constitucionalmente incorrectas y que en definitiva tienen un contenido inconstitucional, sólo permite el fortalecimiento de la institución. Sin duda que tal depuración debe acontecer con prudencia y limitarse sólo a los precedentes vinculantes que objetivamente adolecen de legitimidad constitucional. Y sin duda también que debe acontecer con sujeción estricta tanto a las exigencias positivadas en el artículo VII CPConst., como a las exigencias que sin estar positivadas brotan de la esencia de lo que es el precedente vinculante. Hay razones para pensar que con la derogación de la regla que permitía el recurso de agravio constitucional a favor del precedente, el sistema de precedentes en el Perú se ha fortalecido, no sólo porque objetivamente ha dejado de existir un precedente vinculante materialmente inconstitucional, sino también porque esta situación ha permitido una mejor comprensión de la institución. Efectivamente, ahora mismo todos somos un poco más conscientes de la complejidad e importancia de los precedentes, y de la altísima responsabilidad

<sup>70</sup> GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P., “El precedente a la deriva...”, ob. cit. p. 111.

<sup>71</sup> “El Tribunal Constitucional como creador de derecho constitucional”, ob. cit., ps. 65–68.

que recae sobre los magistrados del TC en el ejercicio de la facultad de emitirlos o derogarlos. No hay razones para el pesimismo, hay razones –y muchas– para la entrega esforzada en hacer del precedente vinculante un instrumento de fortalecimiento y expansión de la justicia. Por lo que no creo que esta institución se encuentre a la deriva en el sistema peruano, por el contrario, visto con optimismo y hacia el futuro, esta es una oportunidad para empezar a trabajar por su *debida* consolidación.

