



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

ANÁLISIS A LA DOCTRINA DE LA REPRESIÓN DE ACTOS HOMOGÉNEOS

Luis Castillo-Córdova

Perú, abril de 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

ANÁLISIS A LA DOCTRINA DE LA REPRESIÓN DE LOS ACTOS HOMOGÉNEOS

Luis Castillo Córdova*

INTRODUCCIÓN

La sentencia al EXP. 04878-2008-PA/TC, ha sido aprovechada por el supremo intérprete de la Constitución para poner de manifiesto su doctrina jurisprudencial acerca de una institución del proceso constitucional de amparo (necesariamente extendible al proceso de hábeas corpus y de hábeas data), que bien empleada está llamada a convertirse en un rápido y eficaz instrumento de aseguramiento de posiciones iusfundamentales ganadas en un proceso constitucional. Es una doctrina que, al margen de la oscuridad y a veces imprecisión con la que ha sido expuesta, tiene corrección constitucional. De ella, a lo largo de estas páginas se analizará algunos de sus elementos más importantes, con la finalidad de aclarar en la mayor medida posible el significado de los mismos, cuando no de realizar precisiones conceptuales necesarias.

LA COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL COMO JUSTIFICACIÓN DE LA REPRESIÓN DE ACTOS HOMOGÉNEOS

Cambio de criterio por parte del TC

Uno de los fundamentos atribuidos a la doctrina de la represión de actos homogéneos es la garantía de la obligatoriedad de las sentencias ejecutoriadas. En este punto, el TC cambia un criterio jurisprudencial anterior: la mencionada doctrina no tiene por finalidad asegurar la plena eficacia de la cosa juzgada constitucional, sino más bien garantizar el cumplimiento de las sentencias ejecutoriadas, en el entendido que “no hay cosa juzgada sin ejecutoria, pero sí ésta sin aquélla”¹. Este cambio de criterio jurisprudencial merece el siguiente análisis.

Análisis del cambio de criterio

Significado de resolución final

Los dos modos de entender lo que es resolución final

En el artículo 6 CPCons., se recogen los dos requisitos que se han de verificar para que en los procesos constitucionales (de amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento) se configure cosa juzgada. Tales dos requisitos son: debe tratarse de una decisión *final*; y debe haber *pronunciamiento sobre el fondo*. La expresión resolución final, tiene la siguiente posible y doble interpretación. La primera es entender por ella la última resolución decisoria –sentencia– generada en el seno de un proceso constitucional, ya sea la de primera o segunda instancia, o la del Tribunal Constitucional, y se ajuste o no al derecho constitucional vigente. La segunda es entender por ella la última resolución decisoria –sentencia– que se genere en un proceso constitucional, ya sea la de primera o segunda instancia, o la del Tribunal Constitucional, siempre y cuando se ajuste al derecho constitucional vigente. El primer entendimiento es sólo formal, el segundo es también material.

Este segundo modo de entender lo que es “decisión final” parece ser el sostenido por el TC desde la creación de la figura de la cosa juzgada constitucional. A través de ella, se

* Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura.

¹ EXP. N.º 04878-2008-PA/TC, del 20 de marzo del 2009, F. J. 3.



reconoce que una resolución adquiere la calidad de cosa juzgada sólo si es una sentencia que se emite con ajustamiento a la norma constitucional vigente, ya sea la directa o expresamente estatuida (valores, principios, derechos, todos de rango constitucional), como la adscrita a ella (las *ratio decidendi* que son precedente vinculante y las que no lo son)². La cosa juzgada constitucional sólo tiene operatividad práctica si es que existe un mecanismo dirigido a cuestionar una resolución judicial final –sentencia– que haya sido emitida en contravención al derecho constitucional. ¿Existen tales mecanismos?

Los dos mecanismos que hacen operativa la cosa juzgada constitucional

b.1. El primer mecanismo: el proceso de amparo

Dos mecanismos son posibles de sostener, uno desde la norma procesal constitucional, desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional el otro. El primero es el proceso de amparo, y su justificación es la siguiente: en el artículo 4 CPConst. se ha establecido que procede el amparo contra resoluciones que vulneren la tutela procesal efectiva, y se ha dispuesto que por tutela procesal efectiva se entiende “aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan (...) sus derechos (...) a la obtención de una resolución fundada en derecho”. Cuando una persona que es parte en un proceso constitucional (o también judicial), ha obtenido una resolución que contraviene el derecho constitucional vigente –que no haya sido formulado como precedente vinculante, en cuyo caso aún no podría hablarse de decisión o resolución final porque es posible de cuestionarla a través del recurso de agravio constitucional³, ve vulnerado su derecho a obtener una resolución judicial fundada en derecho y, por tanto, ve vulnerada su tutela procesal efectiva, lo que permite la procedencia del amparo constitucional.

Si bien es cierto el amparo contra amparo no está exento de dificultades, lo que justifica –como lo he manifestado en otro lado– o la reducción al mínimo de las posibilidades de su interposición⁴, o su reforma legal o constitucional⁵; lo cierto es que con base en una interpretación de los artículos 4 y 5.6 CPConst., es posible sostener la procedencia de una demanda constitucional contra una sentencia firme en un proceso constitucional, tal y como lo ha manifestado el TC⁶.

Lo relevante de este primer mecanismo es que para la interposición de un amparo contra resoluciones emanadas de un proceso constitucional (o judicial) se ha previsto un plazo, fuera del cual la presentación de la demanda deviene necesariamente en improcedente (artículo 44 CPConst.). Si una sentencia última dentro de un proceso constitucional (o judicial ordinario) es emitida en contravención con el derecho constitucional válido y transcurren los treinta días de plazo para interponer la demanda sin que ésta se interponga, ¿habrá adquirido la calidad de cosa juzgada y, por consiguiente, el carácter de inmutabilidad?

En concepto del TC, esa sentencia es y seguirá siendo inconstitucional porque no habrá adquirido la calidad de cosa juzgada constitucional. En un caso concreto en el que fueron cuestionadas un conjunto de resoluciones de amparo por supuestamente haberse apartado de la jurisprudencia vinculante del TC (y por tanto, haber vulnerado el derecho

² Sobre la norma constitucional adscrita cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*, Palestra, Lima 2008, ps. 135–136.

³ EXP. N.º 4853-2004-PA/TC, del 19 de abril de 2007, F. J. 40.A.

⁴ “La reducción al mínimo del amparo contra amparo a través del recurso de agravio constitucional”, *Gaceta Constitucional* número 1, enero de 2008, ps. 33–42.

⁵ “Algunas cuestiones en torno al amparo contra resoluciones judiciales”, en *Gaceta Constitucional*, número 14, febrero 2009, ps. 34–35.

⁶ EXP. N.º 4853-2004-PA/TC, citado, F. J. 5.

constitucional adscrito vigente), manifestó éste que “es evidente que en el presente caso las resoluciones judiciales [de amparo] que se dictaron contraviniendo la interpretación jurídica de este Colegiado y los efectos normativos de la sentencia 009–2001–AI/TC y del precedente vinculante sentado a través de la sentencia 4227–2005–AA/TC, nunca adquirieron la calidad de cosa juzgada constitucional”⁷.

b.2. El segundo mecanismo: el conflicto de competencia por menoscabo

Sin embargo, una cosa es la posibilidad de que una resolución no pueda adquirir la calidad de cosa juzgada (constitucional) por haberse emitido en contra de la norma constitucional vigente, y otra bien distinta la existencia de un mecanismo jurídico que permita su cuestionamiento. De modo que corresponde preguntarse si procede cuestionar la constitucionalidad de una sentencia constitucional (o judicial) emitida en contra del derecho constitucional vigente, cuando se ha vencido el plazo para interponer una demanda de amparo. De esta manera se ingresa al segundo mecanismo para cuestionar la constitucionalidad de las resoluciones judiciales emitidas en contra de la norma constitucional vigente. Tal mecanismo es el proceso constitucional de conflicto de competencias y fue puesto en marcha con la sentencia al EXP. N.º 0006–2006–PC/TC.

En este proceso competencial el TC abrió las puertas para evaluar la constitucionalidad de sentencias obtenidas en procesos constitucionales que cumplieran los siguientes tres requisitos: primero, que contravenían la Constitución por haberse emitido al margen de la jurisprudencia vinculante del TC (y con ello haber vulnerado el vigente derecho constitucional adscrito); segundo, que habían sido emitidas con una antigüedad mayor a los treinta días al momento de presentar la demanda competencial, que es el plazo para interponer la demanda de amparo; y tercero, que conformen una lista de sentencias que en conjunto podrían significar un ejercicio de la función judicial que menoscabase el ejercicio de alguna otra función atribuida al órgano estatal, en este caso al órgano ejecutivo, es decir, que configurase un *conflicto de competencias por menoscabo de atribuciones constitucionales*. Luego de verificar que las resoluciones judiciales habían cumplido con los mencionados requisitos, el TC falló de la siguiente manera: “Declarar FUNDADA la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial, en cuanto menoscaba las atribuciones constitucionales reconocidas al Poder Ejecutivo en el artículo 118º, incisos 1 y 9 de la Constitución Política del Estado. En consecuencia, NULAS las siguientes resoluciones judiciales:”, enumerando luego una larga lista de resoluciones tanto de juzgados como de salas, ya sea superiores o supremas.

b.3. Críticas al segundo mecanismo

Este segundo mecanismo es criticable porque aniquila el bien jurídico constitucional seguridad jurídica. No se trata, como en el caso de la previsión del amparo contra resolución judicial en general y contra sentencia constitucional en particular, de la determinación del contenido razonable del mencionado bien jurídico constitucional (al disponer 30 días como plazo para cuestionar una resolución final mediante amparo), el cual rige a la vez que otros principios constitucionales como el de supremacía y normatividad de la norma constitucional que reclama la nulidad de resoluciones inconstitucionales; sino que de lo que se trata es de la completa liquidación de su contenido constitucional.

En efecto, con el segundo mecanismo no es posible tener la seguridad de que una decisión última en un proceso competencial independientemente del tiempo que transcurra mantendrá sus efectos, pues no es posible asegurar que en el futuro no podrá ser anulada

⁷ EXP. N.º 0006–2006–PC–TC, del 13 de febrero del 2007, F. J. 71.



por inconstitucional. En realidad, en cualquier momento, importando poco que haya transcurrido incluso diez años desde que es expedida la sentencia en un proceso constitucional⁸, podría ser cuestionada y anulada, desapareciendo por completo el beneficio jurídico de la seguridad jurídica de su validez y con ella de la validez jurídica de las consecuencias que de ahí se desprendan. Y es respecto de este segundo mecanismo que se genera la crítica más fuerte que puede plantearse a la figura de la cosa juzgada constitucional: finalmente genera el riesgo de que ninguna resolución judicial o de un proceso constitucional que ponga fin a un proceso, puede llegar a tener la seguridad de que en el futuro no será anulada.

Junto a esta crítica es posible sostener también que con ella el TC termina premiando la negligencia. Ello es así debido a que este segundo mecanismo ha sido creado en beneficio de la parte negligente que o no impugna la resolución que dice agraviarle (impidiendo que llegue a ser firme como exigencia del artículo 4 CPConst.); o no ha interpuesto el respectivo recurso de agravio constitucional cuando la resolución que le agravia ha vulnerado derecho constitucional adscrito al apartarse indebidamente del precedente vincualnte; o no ha acudido al amparo constitucional en el plazo previsto legalmente (artículo 44 CPConst.); en uno u otro caso, es la propia negligencia de la parte que se dice agredida en su derecho fundamental la que le cierra las puertas del amparo, que finalmente el TC abre y de modo generoso.

A modo de conclusión sobre el significado de decisión final

De lo que se lleva manifestado es posible sostener una mayor corrección constitucional en el segundo modo de entender el concepto *decisión final*, que en el primero. La justificación se encuentra en el hecho de darle validez jurídica sólo a aquello que se ajusta plenamente a la Constitución, de modo que aquello que la contraviene debe ser invalidado en sus efectos jurídicos, cuando no expulsado del ordenamiento jurídico vigente. Sin embargo, debe cuidarse –y mucho– de que este entendimiento constitucionalmente correcto no resulte siendo lesivo a la Constitución misma. Esta inconstitucionalidad se produciría si en el intento de dejar sin efecto resoluciones firmes obtenidas en procesos judiciales o procesos constitucionales, se menoscabase el contenido constitucional de bienes jurídico–constitucionales como el de seguridad jurídica.

Actualmente existen dos mecanismos procesales a través de los cuales la figura de la cosa juzgada constitucional pretende eficacia plena. El primero es el amparo constitucional, que procede contra una resolución judicial emitida con menoscabo de derechos fundamentales procesales (debido proceso formal) y materiales (debido proceso sustantivo), es decir, contra resoluciones judiciales que a pesar de ser decisión o resolución final y firme, son inconstitucionales. El amparo contra amparo, o el amparo contra resoluciones judiciales, se manifiesta como un instrumento *debido* para hacer realidad el segundo modo de entender la expresión “decisión final”: aquel que considera resolución final a la resolución última en un proceso constitucional, siempre y cuando se ajuste al derecho constitucional vigente. Y es *debido* por dos razones. Primera, porque efectivamente se muestra idóneo al permitir la evaluación constitucional de una sentencia que pone fin a un proceso judicial ordinario o a un proceso constitucional; y segunda, porque no contraviene precepto constitucional alguno, en particular, porque no menoscaba el contenido constitucionalmente protegido del bien jurídico seguridad pública, al prever un plazo razonable de impugnación constitucional de la sentencia.

El segundo mecanismo es el proceso de conflicto de competencias por menoscabo, el cual si bien es cierto se muestra idóneo para alcanzar la finalidad que se persigue, a saber, la

⁸ En la mencionada sentencia se dejaron sin efecto inclusive sentencias del año 1997 y 1998.

evaluación de la constitucionalidad de resoluciones con la que se termina un proceso constitucional; más allá de la inapropiada ayuda a la negligencia, termina generando una inaceptable situación de inconstitucionalidad: el aniquilamiento de la seguridad jurídica como bien jurídico constitucional, como ya se explicó arriba.

Por lo que, el entendimiento constitucionalmente correcto de “decisión final” y, la consecuente figura de la cosa juzgada constitucional, sólo llega a justificar el amparo constitucional y no el conflicto de competencias por menoscabo, como instrumentos a través de los cuales hacer realidad la cosa juzgada constitucional.

Significado de pronunciamiento sobre el fondo

Según el artículo 6 CPConst., el segundo requisito que se ha de verificar en una sentencia de un proceso constitucional es que haya “pronunciamiento sobre el fondo”. Dar contenido a esta expresión es una tarea menos complicada que la de dar contenido a la expresión “decisión final”. La razón es la siguiente: es pacífico afirmar que el fondo de una cuestión atañe a la pretensión planteada con una acción, la cual en un proceso constitucional necesariamente tiene que ver con la plena vigencia del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales. De modo que habrá pronunciamiento sobre el fondo cuando en la sentencia se haya determinado si ha habido o no agresión del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, ya sea por amenaza (cierta e inminente) o por violación efectiva.

Lo relevante en este punto es llegar a establecer si para que haya pronunciamiento sobre el fondo necesariamente el análisis de la existencia o no de una agresión al contenido constitucional de un derecho fundamental debe manifestarse en la decisión. Normalmente lo que ocurre es que si el caso presentado al juez constitucional cumple con alguna de las causales de improcedencia de la demanda, éste la declara improcedente sin entrar a examinar el fondo del asunto. Sin embargo, ha habido casos en los que el Tribunal Constitucional a pesar de haberse configurado una causal de improcedencia de la demanda, no dejaba de analizar si había habido o no vulneración de algún derecho fundamental debido a la importancia o trascendencia del caso.

Así, por ejemplo, antes de la entrada en vigor del actual Código Procesal Constitucional, era causal de improcedencia el cese o imposibilidad material de regresar las cosas al estado anterior, con independencia del momento en que ello hubiese ocurrido. Fue el caso resuelto en la sentencia al EXP. N.º 2366–2003–AA/TC, del 6 de abril del 2004, en la que manifestó lo siguiente: “[p]ese a que en supuestos como el presente el Tribunal Constitucional opta por no emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, en este específico caso, sin embargo, considera imperioso un examen de los hechos producidos, a efectos de que situaciones como las aquí descritas no vuelvan a producirse y para que los criterios aquí enunciados sirvan, en el caso de que tales comportamientos se repitan, para graficar cómo es que este Colegiado habrá de encararlos en lo sucesivo”⁹.

Esta resolución, o cualquier otra en la que el TC –o el juez constitucional de primera o segunda instancia– ha declarado en el fallo la improcedencia de la demanda debido a la configuración clara de una causal de improcedencia, y que en la parte considerativa de los fundamentos jurídicos ha analizado los hechos a fin de establecer si ha ocurrido o no una agresión iusfundamental, ¿se debe considerar como resolución con “pronunciamiento sobre el fondo” a fin de beneficiarle del carácter inmutable propio de la cosa juzgada? Hay razones para responder positivamente esta pregunta, fundamentalmente porque son casos en los

⁹ EXP. N.º 2366–2003–AA/TC, del 6 de abril del 2004, F. J. 3.



que no es posible volver a plantear la demanda constitucional, como efectivamente ocurre cuando se ha configurado cosa juzgada. Por ejemplo, si se ha vencido el plazo para interponer una demanda constitucional, el agraviado no podrá demandar por los mismos hechos. Esto significará la imposibilidad de que el agraviado pueda subsanar alguna deficiencia –como por ejemplo agotar la vía previa– que luego le permita demandar nuevamente por los mismos hechos ocurridos. Por lo que en estos casos sí se habrá configurado pronunciamiento sobre el fondo, de modo que si es resolución última, se habrá configurado cosa juzgada, sin que pueda volverse a demandar por esos mismos hechos. Nada impide que se presente una nueva demanda constitucional por hechos nuevos aún sustancialmente iguales a los anteriormente ocurridos.

Consecuentemente, habrá pronunciamiento sobre el fondo en aquellas sentencias en las que en los considerandos se ha examinado si ha existido o no verdadera agresión de un derecho fundamental al margen del contenido del concreto fallo.

Garantizar la obligatoriedad de las sentencias ejecutoriadas como justificación de la represión de actos homogéneos

En la sentencia que ahora se comenta, el TC ha manifestado que la figura de la represión de actos homogéneos no tiene por finalidad asegurar la cosa juzgada constitucional, sino más bien asegurar la obligatoriedad de las sentencias ejecutoriadas. Visto lo que significa la cosa juzgada predicada de los procesos constitucionales (artículo 6 CPConst.), conviene analizar si acierta o no el TC con la formulación de esta finalidad, análisis que se realizará desde un doble ámbito.

Sentencias finales que se pronuncian sobre el fondo y no transgreden la Constitución

El primer ámbito viene conformado por aquellas sentencias finales en un proceso constitucional que se pronuncian sobre el fondo y que se ajustan plenamente a los mandatos constitucionales, ya sea a los expresamente recogidos como a los de naturaleza adscrita. Respecto de este tipo de sentencias es posible afirmar que con el concepto que de la figura de represión de actos homogéneos da el TC¹⁰, sólo es posible aplicarla cuando la decisión o resolución final se ha pronunciado sobre el fondo. En efecto, un elemento fundamental que exige la aplicación de la represión de actos homogéneos es que en la resolución final se haya establecido la existencia de un acto agresor de un derecho fundamental. Si no existiese este acto agresor, no habría nada que sirviera de parámetro para reprimir actos futuros homogéneos. Sólo podrá establecerse que determinado acto se ha de reprimir porque es sustancialmente homogéneo a uno expresamente definido como agresor en la sentencia final; si no hay pronunciamiento sobre el fondo, no hay nada que extender en el futuro, se requiere necesariamente la previa determinación del acto agresor.

Así, en los casos de los procesos constitucionales, necesariamente se formulará la represión de actos homogéneos de sentencias finales que se han pronunciado sobre el fondo de la cuestión, es decir, sobre sentencias que han adquirido la calidad de cosa juzgada según el artículo 6 CPConst. Esto ocurrirá en la mayoría de casos en los cuales la resolución final que se pronuncia sobre el fondo lo hace respetando la norma constitucional vigente. En estos casos lo que se garantiza no es la obligación de una sentencia ejecutoriada, sino la de una sentencia con calidad de cosa juzgada.

Sentencias finales que se pronuncian sobre el fondo y que transgreden la Constitución

Sin embargo, conviene preguntarse lo que ocurre con las sentencias finales que se pronuncian sobre el fondo, pero que se han emitido contraviniendo el derecho

¹⁰ EXP. N.º 04878-2008-PA/TC, citado, F. J. 3.

constitucional vigente que no se formula como precedente vinculante¹¹. ¿Es posible respecto de ellas predicar la figura de la represión de actos homogéneos? Con base en el entendimiento constitucionalmente correcto de “decisión final” dado anteriormente, una resolución final que se pronuncia sobre el fondo y que no se ajusta a la norma constitucional, no ha adquirido realmente la calidad de cosa juzgada (constitucional) y, consecuentemente, no debería tener efectos jurídicos y, mucho menos, permitir que esos efectos jurídicos se extiendan en el futuro. Consecuentemente, no sería permisible pedir la represión de actos homogéneos respecto de sentencias en procesos constitucionales que siendo finales y habiéndose pronunciado sobre el fondo, vulneran la Constitución. Esta formulación teórica tendrá relevancia sólo si es posible encontrar una vía procesal que permita su ejecución.

Tal vía procesal es el amparo (contra amparo), es decir, es el primero de los dos mecanismos que hacen posible operar la figura “cosa juzgada constitucional”, según se comentó anteriormente. Y lo es porque con el amparo se tiene la posibilidad real de evitar que la represión de actos homogéneos se llegue a manifestar con base en una resolución inconstitucional, y tal posibilidad se concreta a través de una medida cautelar. Con un caso se entenderá mejor. Si una persona P ha interpuesto una demanda de amparo D contra otra persona Q, y como consecuencia de este proceso se ha obtenido en segunda instancia una sentencia que declara fundada la demanda por considerar que el acto A agrede un derecho fundamental, y esa sentencia de segunda instancia es inconstitucional, Q podrá interponer una demanda de amparo contra esta sentencia (amparo contra amparo), en la que podrá solicitar cautelarmente la ineficacia de la sentencia precisamente por inconstitucional. Si fuese el caso que se ha otorgado la medida cautelar y fuese el caso también que Q ha tenido que reiterar el acto A, P no podría solicitar la represión de acto homogéneo porque ha quedado en suspenso la eficacia de la resolución final y, con ella, la consideración de que el acto A vulnera un derecho fundamental.

Acierto sólo parcial del TC

De las dos posibles situaciones, el TC sólo tiene razón respecto de la segunda. Es en aquellas situaciones en las que la sentencia de segunda instancia que declara fundada la demanda constitucional porque ha habido agresión de un derecho fundamental, en las que la figura de represión de actos homogéneos tiene por fundamento garantizar los efectos de una sentencia ejecutoriada. No tiene por finalidad asegurar los efectos de la cosa juzgada constitucional porque ésta no se habría configurado aún, y mal se puede asegurar lo que aún no existe. Respecto de la primera situación, no acierta el TC porque si existe una resolución final que se pronuncia sobre el fondo y no hay contravención de norma constitucional alguna, necesariamente tal resolución habrá adquirido la calidad de cosa juzgada, y la presentación de una solicitud de represión de actos homogéneos tendrá por finalidad asegurar los efectos de la mencionada resolución con calidad de cosa juzgada. Por lo que sólo será relevante diferenciar resolución ejecutoriada de resolución que es cosa juzgada, en aquellos supuestos en los que la resolución final no adquiere la calidad de cosa juzgada; y es irrelevante en aquellos casos en los que el carácter de ejecutoriada como el de cosa juzgada se confunden de modo necesario.

¹¹ Si fuese el caso de resolución de segunda instancia que contraviene precedentes vinculantes (derecho constitucional adscrito), lo procedente es el recurso de agravio constitucional, cuya interposición conllevaría un pronunciamiento del TC, y sus resoluciones siempre serán –al menos formalmente– constitucionales.



RELACIÓN DE LA FIGURA CON OTRAS INSTITUCIONES PROCESALES

Con el cese/irreparabilidad de la agresión luego de presentada la demanda

Según el TC en la sentencia que ahora se comenta, la figura de la represión de actos homogéneos, tiene relación con las dos siguientes instituciones procesales. La primera, que el TC conoce de modo bastante discutible como *institución procesal*, consiste en la sentencia final estimatoria en un caso en el que ha cesado o se ha convertido en irreparable la agresión del derecho fundamental. Sobre esta no hay mayor análisis que formular porque en estricto se trata del cumplimiento del supuesto general para la procedencia de la represión de actos homogéneos. En efecto, con carácter general, la procedencia de la represión de actos homogéneos exige la previa determinación de un acto como agresor de derechos fundamentales. Precisamente el previo establecimiento de un acto como acto agresor iusfundamental, permitirá establecer si un acto posterior es o no sustancialmente homogéneo a aquél. Sin acto previamente calificado de agresor de un derecho fundamental, no es posible aplicar la mencionada represión de actos homogéneos.

Muchos son los supuestos de una sentencia que determina la existencia de un acto agresor de un derecho fundamental. Uno de ellos es el contenido en el segundo párrafo del artículo 1 CPConst: las agresiones iusfundamentales que cesan o se convierten en irreparables luego de presentada la demanda constitucional. De darse este supuesto, el juez debe declarar fundada la demanda, para lo cual antes ha tenido que individualizar el concreto acto agresor del derecho fundamental. Definido tal acto agresor, el demandante ganador de una determinada posición iusfundamental, puede hacerla valer contra futuros actos sustancialmente semejantes al declarado como lesivo de un derecho fundamental.

Aquí no existe ninguna relación especial entre la represión de actos homogéneos y la sentencia estimatoria ante el cese o irreparabilidad del acto lesivo, sino aplicación estricta de lo que es la medida represora. Esto mismo ocurre con la segunda institución procesal, como a continuación se expone.

Con el estado de cosas inconstitucional

La segunda institución procesal es la llamada “estado de cosas inconstitucional”, a través de la cual el TC establece con carácter general que determinada situación de hecho contraviene la Constitución, por ejemplo, por vulnerar un derecho fundamental. El carácter general implícito a la declaración de estado de cosas inconstitucional permite y exige realizar la siguiente diferenciación. Primero respecto de la persona agredida en su derecho fundamental que es demandante en el proceso en el que se declara que determinada situación configura un estado de cosas inconstitucional. Él tiene ganada con la sentencia una posición constitucional, la cual le permite tanto exigir el cumplimiento del fallo a su favor, como solicitar la represión de actos homogéneos posteriores.

Segundo, respecto de las personas que no fueron parte en el proceso en el que se obtiene la sentencia que declara que determinado estado de cosas es inconstitucional. La cuestión jurídica relevante surge cuando la persona u órgano que ha originado el estado de cosas inconstitucional, no ha cesado el o los actos que configuran tal estado de cosas, o los ha cesado sólo respecto de quien fue demandante en el proceso constitucional inicial, en uno y otro caso ha incumplido el “requerimiento específico o genérico a uno o varios órganos públicos a fin de que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar la acción u omisión, *per se*, violatoria de derechos fundamentales”¹². En este supuesto, ninguna de las otras personas a las que les afecta el estado de cosas inconstitucional, tienen ganada aún ninguna posición constitucional mientras no se expida una sentencia que así lo declare, es

¹² EXP. N.º 04878-2008-PA/TC, citado, F. J. 17.

decir, en estos casos se hace necesario el inicio de un proceso constitucional en el que separadamente o conjuntamente, todas ellas sean parte demandante; de modo que la sentencia favorable disponga respecto de cada uno de ellos la posición constitucional ganada. En este proceso constitucional que inicien no se discutirá si los hechos denunciados constituyen o no vulneración de un derecho fundamental, porque eso ya fue resuelto en la sentencia en la que se ha establecido el estado de cosas inconstitucional; sólo se discutirá si los hechos denunciados son los mismos que los hechos en los que consiste la declarada situación de inconstitucionalidad, y una vez constatado que es así, declarar fundada la demanda. Respecto de cada uno de ellos también puede ocurrir que habiéndose inicialmente cumplido la sentencia por parte de quien creó el estado de cosas inconstitucional, éste vuelva a cometer igual agresión, en cuyo caso cada uno de ellos podrá solicitar la represión de actos homogéneos.

Al igual que ocurría con la primera *institución procesal* analizada antes, en este caso también se trata de la aplicación estricta de lo que es la medida represora de actos homogéneos. Establecida por el TC que una determinada situación es inconstitucional por violar derechos fundamentales, todos aquellos que se hayan visto afectados también por esa situación de inconstitucionalidad, interpondrán su respectiva demanda constitucional para obtener la propia declaración protectora de su concreto derecho fundamental agredido. Obtenida esta declaración y de volverse a dar un acto sustancialmente homogéneo al que fue declarado como agresión de un derecho fundamental en el correspondiente proceso constitucional, el agredido no deberá volver a plantear una nueva demanda constitucional, sino que apelará a la figura de represión de actos homogéneos para solicitar la desaparición de la nueva agresión iusfundamental.

Por lo que en ninguna de las dos instituciones procesales se trata del surgimiento de ninguna relación en particular, sino se trata de que en ambos casos se constata que un determinado acto ha sido calificado como agresión de un derecho fundamental, y a partir de ahí, quien ganó a su favor esa declaración, puede pedir que actos futuros sustancialmente semejantes al calificado como agresor, sean reprimidos sin acudir a un nuevo proceso constitucional.

SOBRE LOS PRESUPUESTOS PARA CONOCER UN PEDIDO DE REPRESIÓN DE ACTOS HOMOGÉNEOS

Enunciación de los requisitos

Tal y como se plantea la figura de la represión de actos homogéneos lesivos de un derecho fundamental, dos requisitos son necesarios para definir su procedencia. El primero es que en la sentencia que pone fin al proceso se halla individualizado un determinado acto y se le haya calificado de acto agresor de un derecho fundamental. El segundo requisito es que el demandado agresor del derecho fundamental haya cumplido el fallo de la sentencia que declara fundada la demanda constitucional y, consecuentemente, haya cesado el acto agresor. El tercer requisito es que el agresor haya reiterado posteriormente el acto inicialmente calificado de agresor de un derecho fundamental. A estos requisitos ha hecho referencia el TC con alguna imprecisión que se mostrará inmediatamente.

Primer requisito

Respecto del primer requisito ha manifestado que es necesaria la “existencia de una sentencia ejecutoriada a favor del demandante en un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales”¹³. Como ya se manifestó antes, esto será así sólo cuando la

¹³ Idem., Apartado 2.4.1.



sentencia final que ha identificado un acto como agresor de un derecho fundamental y ha declarado fundada la demanda, haya sido emitida en contravención al derecho constitucional vigente. En este supuesto, la represión del acto agresor de un derecho fundamental se formula sobre una resolución ejecutoriada que no ha alcanzado la calidad de cosa juzgada constitucional. Pero no lo será cuando la sentencia final que declara fundada la demanda ha sido emitida sin contravenir el derecho constitucional vigente, y no lo será porque en este caso necesariamente se ha obtenido la calidad de cosa juzgada con base en el artículo 6 CPConst.

La otra precisión que respecto de este primer requisito puede formularse es la siguiente: también, como ya fue puesto de manifiesto anteriormente, no se trata tanto de que en la sentencia se haya declarado fundada la demanda para que luego proceda la represión de actos homogéneos, sino que lo esencial es que en la sentencia se halla identificado un determinado acto como agresor de un derecho fundamental. Como ya se ejemplificó, no ha sido extraño a la jurisprudencia del TC los casos en los que debiendo declarar improcedente la demanda por cumplimiento de una causal de improcedencia no relacionada con la agresión de un derecho fundamental, por la importancia jurídica y trascendencia social del asunto, no ha dejado de pronunciarse sobre el fondo y ha declarado que determinado acto es vulnerador de derechos fundamentales. En estos casos, es posible que a pesar de que el fallo declara improcedente la demanda –por ejemplo, por causal de prescripción para interponer la demanda de amparo–, se haya llegado a identificar un acto como agresor de un derecho fundamental y, consecuentemente, pueda solicitarse la represión de actos homogéneos ante una eventual futura repetición del acto agresor.

Segundo requisito

Respecto del segundo requisito ha manifestado el TC que “el cumplimiento de lo ordenado en una sentencia previa de condena constituye un presupuesto para dar inicio al procedimiento previsto en el artículo 60º del Código Procesal Constitucional”¹⁴. La represión de actos homogéneos no es un mecanismo para asegurar el cumplimiento de una sentencia, sino un mecanismo para atacar actos futuros sustancialmente homogéneos al acto agresor. Si emitida una sentencia en la que se declara que determinado acto agrede un derecho fundamental y ordena la cesación del mismo, y el demandado no cumple con lo ordenado, lo que procede no es la represión de actos homogéneos, sino los apremios procesales correspondientes para hacer cumplir el fallo, apremios como por ejemplo los recogidos en el artículo 22 CPConst. Así se ha manifestado el Supremo intérprete de la Constitución: “Si el mandato de dar, hacer o no hacer establecido en una sentencia no se cumple, corresponde aplicar los mecanismos coercitivos previstos en el artículo 22º del Código Procesal Constitucional”¹⁵. En una y otra declaración acierta plenamente el TC. No acierta del todo, por otro lado, cuando respecto de las demandas constitucionales declaradas fundadas en aplicación del segundo párrafo del artículo 1 CPConst., ha manifestado que en estos casos “el mandato judicial no requerirá un cumplimiento inmediato”¹⁶. Y no acierta porque el mandato judicial siempre exigirá cumplimiento inmediato, el cual supondrá la obligación inmediata de que si bien es cierto ha cesado o se ha convertido en irreparable la agresión del derecho fundamental, esta no vuelva a producirse.

Tercer requisito

Respecto del tercer requisito, como se ha dicho, es la realización de un acto sustancialmente homogéneo, sino igual, al declarado como agresor de un derecho

¹⁴ Idem., F. J. 23.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Idem., 24.

fundamental. El acto agresor tiene un elemento objetivo y otro subjetivo, por lo que se ha de afirmar –con el TC– que para calificar de homogéneo a un acto posterior, hay que fijarse en uno y otro tipo de elementos.

Los elementos subjetivos

Respecto de los elementos subjetivos, habrá acto homogéneo si el agredido y el agresor con el nuevo acto son los mismos que fueron demandante y demandado en el proceso en el que se ha establecido determinado acto como acto agresor de un derecho fundamental. Se requiere que el agredido sea el mismo porque lo que busca la figura de la represión de actos homogéneos lesivos de derechos fundamentales es la eficacia de una posición constitucional iusfundamental ganada a través de un proceso. Y la posición constitucional iusfundamental es ganada por determinados sujetos, y al tenerla atribuida ellos, sólo ellos podrán hacerla efectiva u oponerla a terceros. Habrá que tomar en consideración que el beneficiario de una posición constitucional iusfundamental puede ser no sólo una y determinada persona, sino también varias personas (derechos fundamentales colectivos) e incluso indeterminadas personas (derechos fundamentales difusos).

De igual forma, habrá acto homogéneo sólo si el que lo realiza fue el agresor en el acto inicialmente calificado como lesivo de un derecho fundamental. Y es necesario que sea el mismo debido a que toda posición jurídica –como la posición constitucional iusfundamental que intenta ser asegurada por la represión de actos homogéneos– se tiene siempre respecto de alguien. Si cambiase el deudor de la posición jurídica necesariamente variaría la posición jurídica. Es necesario poner de manifiesto que el agresor de un derecho fundamental puede ser una o varias personas, aunque siempre determinadas; pueden ser públicas o privadas; y pueden actuar por cuenta propia o por cuenta ajena. En este último supuesto, es necesario diferenciar al representado del representante: cometida la agresión por éste en ejercicio de la representación, el acto agresor le es imputable a aquél, de modo que se entenderá que se ha cumplido el requisito de *mismo agresor* si el acto posterior es realizado por el representado mismo o por un nuevo representante. En esta lógica, los actos de representación son diferentes de los actos personales, de modo que si la agresión la ha cometido el representante no en ejercicio de la representación sino como acto personal, el requisito será cumplido sólo si éste mismo sujeto vuelve a realizar el acto posterior. Por lo demás, esta lógica vale tanto para cuando el agresor representado es persona natural como jurídica, tanto pública como privada.

Los elementos objetivos

Respecto de los elementos objetivos, se ha de comprobar que el acto posterior comparta con el acto declarado lesivo de derechos fundamentales, unos mismos o sustancialmente iguales elementos fácticos, por un lado; y que tengan la virtualidad de agredir un mismo contenido constitucional de un determinado derecho fundamental. Como lo tengo dicho en otro lado, lo primero supone que “el acto sobrevenido deberá ser considerado como homogéneo aún si trae consigo otras circunstancias fácticas no presentes en el acto declarado inconstitucional, siempre que tales circunstancias sean irrelevantes para considerar configurada la agresión constitucional (por lo que no debe afectar a la esencia o sustancia del acto)”¹⁷. Si esas nuevas circunstancias sí son relevantes, no podrá considerarse el acto posterior como homogéneo. Así, por ejemplo, el fundamento invocado por el agresor para realizar el inicial acto considerado como agresor de un derecho fundamental, cambia

¹⁷ *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, 2ª edición, Palestra editores, Lima 2007, p. 967.



en la realización del acto posterior, no nos encontraremos ante un acto sustancialmente homogéneo.

Lo segundo significa reconocer que el acto agresor genera un determinado perjuicio en el ejercicio de un determinado derecho fundamental, de modo que ese perjuicio debe también verificarse en el acto posterior cuya homogeneidad se intenta determinar. Tal perjuicio puede ser crear un peligro sobre la plena vigencia de un derecho fundamental (amenaza cierta e inminente); o puede ser impedir de modo efectivo el pleno ejercicio de un derecho fundamental (violación efectiva). En esta línea, no se afecta la homogeneidad sustancial “si el acto sobrevenido afecta también otras partes del contenido constitucional del (mismo o de diferente) derecho fundamental agredido, siempre que el juez resuelve reprimir el acto sobrevenido por violatorio de un mismo contenido del derecho fundamental”¹⁸.

Por lo demás, es necesario que el cumplimiento de los elementos tanto subjetivos como objetivos sea manifiesta, porque “[d]e lo contrario, podría terminarse violando derechos constitucionales del demandado o reclamado, como puede ser su derecho al debido proceso”¹⁹; obviamente, “sin perjuicio de que el demandante inicie un nuevo proceso constitucional contra aquel nuevo acto que considera que afecta sus derechos fundamentales, pero que no ha sido considerado homogéneo respecto a un acto anterior”²⁰.

UNA CONSIDERACIÓN FINAL

La problemática que trajo consigo el caso que resuelve el TC en la sentencia que ha sido objeto de comentario a lo largo de estas páginas, se resuelve al margen de la doctrina de la represión de actos homogéneos. El caso ha sido uno de cumplimiento de sentencia, y no uno que intentara hacer cesar una agresión sustancialmente igual a otra declarada previamente. A la actividad jurisprudencial del TC se le ha reprochado el que a veces sus sentencias largas eran destinadas a teorizar sobre un asunto irrelevante para la solución de la controversia que tenía entre manos, lo cual deslucía grandemente la sentencia y su funcionalidad.

El asunto quedaría sólo ahí si es que el único problema que se podría generar fuese uno de tipo *estético* de la sentencia. Por desgracia no es el único, ni mucho menos el más importante, debido a que permite plantear la pregunta siguiente: que vinculación genera la interpretación mostrada por el TC sobre un asunto que en nada atañe a la solución del caso que examina? Siguiendo la propia jurisprudencia del TC es posible manifestar que una tal interpretación genera sólo una vinculación relativa.

Con base en la jurisprudencia del TC, los fundamentos jurídicos que conforman una sentencia deben ser clasificados en *ratio decidendi* y en *obiter dicta*²¹. La *ratio decidendi* ha sido definida por el TC de la siguiente manera: aquella parte de la sentencia en la que se “expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable, que adopta el Tribunal Constitucional”²². Con otras palabras, es “aquella consideración determinante que el Tribunal Constitucional ofrece para decidir estimativa o desestimativamente una causa de naturaleza constitucional; vale decir, es la regla o principio que el Colegiado establece y precisa como indispensable y, por ende, como justificante para resolver la *litis*”²³.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Idem, p. 968.

²⁰ EXP. N.º 04878-2008-PA/TC, citado, F. J. 42.

²¹ EXP. N.º 4119-2005-PA/TC, del 29 de agosto del 2005, F. J. 12.

²² EXP. N.º 0024-2003-AI/TC, del 10 de octubre del 2005, primera consideración previa.

²³ Ibidem.

Mientras que el *obiter dicta*, llamado por el Supremo intérprete de la Constitución como “razón subsidiaria o accidental”, ha sido definido como “aquella parte de la sentencia que ofrece reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias que, no siendo imprescindibles para fundamentar la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional, se justifican por razones pedagógicas u orientativas, según sea el caso en donde se formulan”²⁴. La finalidad de los *obiter dicta* es “proponer respuestas a los distintos aspectos problemáticos que comprende la materia jurídica objeto de examen (...) orientar la labor de los operadores del derecho mediante la manifestación de criterios que pueden ser utilizados en la interpretación jurisdiccional que estos realicen en los procesos a su cargo”²⁵.

Si los fundamentos jurídicos en una sentencia constitucional pueden ser *ratio decidendi* u *obiter dicta*, siendo el criterio diferenciador la existencia o no de una vinculación necesaria de la interpretación o razón contenida en uno y otro con el fallo, entonces, las interpretaciones que el TC formule en una sentencia que en modo alguno resuelven el fallo deben ser consideradas como *obiter dicta* y no como *ratio decidendi*.

Los *obiter dicta*, ha reconocido el mismo TC, “tiene[n] fuerza persuasiva”, “se justifican por *razones pedagógicas u orientativas*”, se presentan como un medio “para *proponer respuestas* a los distintos aspectos problemáticos que comprende la materia jurídica objeto de examen” en un proceso constitucional, y su finalidad “es *orientar la labor operativa* del derecho mediante la manifestación de criterios que *pueden ser utilizados* en la interpretación jurisdiccional”, de modo que “establece un criterio pro persuasivo o admonitorio”²⁶.

Si las interpretaciones contenidas en un *obiter dicta* tienen carácter persuasivo, significará que esencialmente admite la posibilidad de que el operador jurídico no se sienta persuadido por ellas, de modo que pueda interpretar de modo distinto en un caso concreto que conozca. Es decir, el intérprete –el Juez, por ejemplo– podrá apartarse de las interpretaciones contenidas en los *obiter dicta* debido a su fuerza persuasiva y a su carácter admonitorio. Sí estará obligado, no obstante, a justificar la nueva interpretación que se opone a la presentada por el TC, para no contravenir el tercer párrafo del artículo VI CPConst.

Consecuentemente, en estricto, las interpretaciones que formule el TC sobre un tema jurídico que en nada atañe a la cuestión que debe resolver, podrán ser compartidas y seguidas o no por los operadores jurídicos, y ello porque vinculan no de modo absoluto – como una *ratio decidendi* que es precedente vinculante o una *ratio decidendi* que no es precedente vinculante–, sino de modo relativo: con carácter persuasivo y con finalidad meramente pedagógica. Por lo que resulta aconsejable que el TC en la mayor medida posible se abstenga de formular doctrina sobre asuntos que en nada atañen a la solución del caso que debe resolver.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Todas las citas se recogen del EXP. N.º 0024–2003–AI/TC, citado, primera consideración previa. La cursiva de la letra es añadida.

