



La ejecución de la sentencia de tutela de derechos como derecho fundamental Breves apuntes e implicancias a propósito del caso Fonavi

Carlos Magno

SALCEDO CUADROS^(*)

SUMARIO:

I. Introducción. II. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la ejecución de las sentencias constitucionales. III. Efectos de la cosa juzgada constitucional según el Código Procesal Constitucional. IV. Posturas y atribuciones del juez encargado de la ejecución de la sentencia constitucional. V. Implicancias en el caso Fonavi.

MARCO NORMATIVO:

- **Constitución Política:** arts. 139 numeral 3 y 200 numerales 1, 2, 3 y 4.
- **Código Procesal Constitucional:** arts. II del TP, 22 y 59.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando los ciudadanos o sujetos de derecho consideran que hay un derecho subjetivo del que son titulares que está siendo vulnerado, acuden ante el órgano jurisdiccional competente del Estado y, ejerciendo el derecho de acción a través de una demanda, proponen una pretensión en busca de la tutela de ese derecho que consideran está siendo afectado. Al acudir ante el órgano jurisdiccional no solo pretenden que el juez o tribunal dicte una sentencia estimatoria que, declarando fundada la demanda, determine que, en efecto, les corresponde el derecho reclamado. Lo que en última instancia pretenden es que cese la vulneración o afectación a su derecho subjetivo, que aquellos otros sujetos que estaban afectando su derecho cumplan con hacerlo efectivo. Es decir, no solo se conformarán con obtener una sentencia favorable; lo que finalmente querrán es que esa sentencia se ejecute hasta sus últimas consecuencias, que el demandado o demandados cumplan con lo que la sentencia les ordena.

Como señala Omar Cairo, "de nada servirían los **procesos constitucionales de tutela de los derechos** sin los instrumentos necesarios para enfrentar la renuencia del demandado a cumplir lo ordenado en la **sentencia constitucional**"⁽¹⁾.

TEMA RELEVANTE

En el presente artículo, el autor analiza el derecho de ejecución de resoluciones judiciales como parte del derecho a la tutela procesal efectiva. Centra el desarrollo de su trabajo en el derecho de ejecución de resoluciones emanadas de procesos constitucionales; así coincide con la doctrina sobre la necesidad de garantizar este derecho para la protección que pretenden desplegar los procesos constitucionales. Asimismo, considera aquellas medidas coercitivas que puede adoptar el juez constitucional para garantizar la ejecución de la sentencia ante la renuencia del obligado, como son las multas o la destitución del funcionario.

Ciertamente, lo manifestado por Cairo Roldán no es válido únicamente para las sentencias constitucionales, sino para cualquier tipo de **sentencia de condena**; es decir, para aquellas sentencias que imponen al obligado el cumplimiento de una prestación, o que le prohíben realizar determinados actos, o le exigen deshacer lo que haya realizado, que resultan de la violación de un mandato o de una obligación. Sin embargo, es en la jurisdicción constitucional, y también en la contencioso-administrativa, donde esa afirmación adquiere especial relevancia, ya que es precisamente en esos fueros jurisdiccionales en que se han presentado los mayores problemas de eficacia en la ejecución de sentencias.

En estos apuntes nos concentraremos en el asunto de la eficacia de la ejecución de las sentencias constitucionales, y más específicamente en el de las sentencias de tutela de derechos, a partir de la doctrina desarrollada por

el Tribunal Constitucional a través de la sentencia recaída en el Expediente N° 4119-2005-PA/TC⁽²⁾ (en adelante, simplemente, STC N° 4119-2005-PA/TC), así como de lo regulado por el Código Procesal Constitucional.

II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

La primera afirmación que el Tribunal Constitucional realiza sobre este tema, a través de la STC N° 4119-2005-PA/TC, con la que no podemos sino estar de acuerdo, es que "[la] ejecución de las sentencias judiciales constituye un asunto medular para la eficacia de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional y Democrático, pero también para la definición del poder jurisdiccional de los jueces, como un auténtico poder independiente para hacer cumplir la Constitución y las leyes"⁽³⁾.

(*) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Egresado de la Maestría en Ciencia Política por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.

(1) OMAR CAIRO ROLDÁN, "El Tribunal Constitucional y la ejecución de las sentencias de los procesos constitucionales de tutela de los derechos". En: *Palestra del Tribunal Constitucional*. Año II, N° 2, Palestra Editores, febrero Lima, 2007, p. 497.

(2) Disponible en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04119-2005-AA.html>>.

(3) STC N° 4119-2005-PA/TC (fundamento 10).

Seguidamente, el Tribunal Constitucional destaca la relación entre el tipo de organización de la justicia constitucional y la capacidad de la corte o el tribunal para poder llevar al terreno de los hechos la decisión expuesta en términos concretos en su fallo. Al respecto, el tribunal se adhiere a las posiciones que consideran que la diferencia entre modelos de justicia constitucional ya no hay que buscarla en la clásica distinción estática entre los modelos concentrado o difuso, sino en función de las herramientas con que cuenta la corte o el tribunal para la actuación de sus propias decisiones.

En tal sentido, los sistemas de justicia constitucional podrían clasificarse entre los que están mejor dotados para afrontar la tutela de los derechos fundamentales y los que no lo están. En ese contexto, resulta fundamental el estudio de los mecanismos que aseguren la mayor eficacia posible de las decisiones de la justicia constitucional en el ámbito de su actuación como **jurisdicción constitucional de la libertad**.

Ahora bien, el tribunal acota que debe tenerse en cuenta que los mecanismos de ejecución de las sentencias constitucionales varían, tratándose de los procesos de control abstracto, respecto de los procesos de tutela de las libertades. Mientras que en el control normativo abstracto el problema parece ubicarse en el ámbito de la eficacia (temporal, material, o normativa) de las sentencias estimatorias o desestimatorias, en el caso de la tutela de los derechos, el problema suele presentarse más bien en el plano de los concretos actos dictados por la corte o el tribunal; es decir, se trata aquí del cumplimiento, en sus mismos términos, de las obligaciones de hacer o no hacer ordenadas en la sentencia. Seguidamente, nos referiremos específicamente al caso de las sentencias de tutela de derechos: hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento.

1. Consideraciones sobre la ejecución de las sentencias en los procesos de tutela de los derechos

El Tribunal Constitucional considera que la ejecución de la sentencia constitucional en los procesos de tutela de derechos supone la posibilidad de que la tutela ofrecida por este opere generando consecuencias fácticas en el ámbito de los derechos fundamentales. Por lo tanto, la ejecución es el instituto jurídico que permite que el discurso argumentativo del tribunal cobre vida transformando un “estado de cosas” o situaciones concretas en el plano de los hechos.

Asimismo, según el tribunal, los procesos constitucionales tienen una naturaleza especial que supone un distanciamiento del enfoque procesal convencional con que se suele referir la doctrina a la ejecución de la sentencia ordinaria y su íntima vinculación al concepto de cosa juzgada. En tal sentido, siguiendo a Blasco Soto, el Tribunal señala que “el proceso constitucional no se define solo acudiendo a los conceptos clásicos de litigio, acción y pretensión. La valoración de la discordancia entre ley-Constitución excede lo que propiamente se entiende por función jurisdiccional, por lo que se exigen muchas cautelas a la hora de asumir plenamente el aparato conceptual de la cosa juzgada a la sentencia constitucional⁽⁴⁾. A partir de esta afirmación, en la sentencia comentada, el tribunal desarrolla un marco teórico para delimitar las especiales características de las sentencias constitucionales, y luego analiza el distinto tratamiento que ameritan las sentencias en cada uno de los procesos constitucionales. Por nuestra parte, vamos a referirnos especialmente al proceso de amparo.

La primera afirmación que nos parece pertinente poner de relieve, que realiza el Tribunal Constitucional sobre las sentencias constitucionales de tutela de derechos fundamentales siguiendo la clásica clasificación de las sentencias en función del contenido de su parte dispositiva, que las distingue entre sentencias declarativas (que declaran un derecho o una situación jurídica preexistente a la sentencia), sentencias constitutivas (que constituyen un derecho o una posición jurídica con relación a un objeto o situación) y sentencias de condena (que ordenan compulsivamente la realización de determinados actos establecidos en el proceso tras verificarse la transgresión del orden legal), es que estas son, en primer término, sentencias de condena que contienen un mandato ejecutivo y, por tanto, decisiones que pueden ser objeto de ejecución forzosa⁽⁵⁾. No obstante, el juez constitucional no solo “ejecuta” los mandatos de la Constitución referidos a los derechos fundamentales, sino que esta tarea es, a menudo, una ardua actividad de valoración interpretativa, de ponderaciones, en síntesis de “creación” y por tanto, en algún sentido, se trata también

de **sentencias constitutivas**. Por tanto, la ejecutabilidad de estas sentencias no se desprende de la “naturaleza” de condena, sino de la posición que le otorga el sistema constitucional a las decisiones del máximo tribunal jurisdiccional del país.

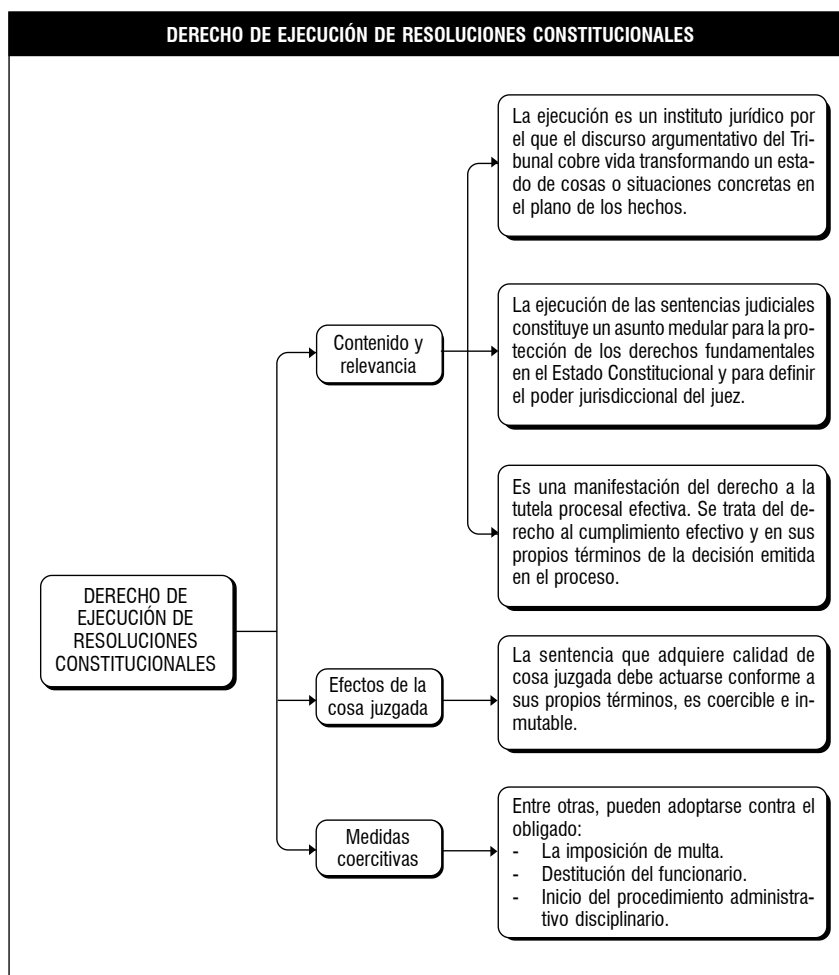
Asimismo, el tribunal considera que la sentencia constitucional no puede ser comprendida ni analizada desde la teoría general del proceso, ni desde las teorías que estudian los efectos de las sentencias desde la perspectiva civil o penal, sino requiere de una teoría nueva que la fundamente, así como de nuevas herramientas de actuación que abandonen la idea clásica de clasificación entre actos de declaración del derecho y actos de ejecución. Entre las peculiaridades de la sentencia constitucional destacan las siguientes:

- Atendiendo a la especial naturaleza de las pretensiones sobre las que se pronuncia (ser bienes indisponibles), las decisiones del juez constitucional, en muchos casos, pueden rebasar las propias alegaciones fácticas o jurídicas de las partes, ya que a partir de determinados hechos presentados por estas, el Tribunal puede definir situaciones con implicancias no solo para las partes, sino también para terceros.
- Así también, según lo dispone el artículo 60 del Código Procesal Constitucional, el juez constitucional, en vía de ejecución, puede “homologar” los casos que se presenten con decisiones ya pronunciadas por el propio juez o por el Tribunal, a efectos de anular el trámite procesal y convertir la admisión de la demanda en ejecución de una sentencia anterior. Esto es impensable en otros procesos y solo se justifica por la especial relevancia y urgencia con que deben ser respondidas las pretensiones en la vía constitucional.
- A partir de lo anterior el Tribunal destaca que “quien decide con tal fuerza y deja en manos de quien no tiene tal poder la ejecución de lo decidido, corre el riesgo de perder en esta fase lo logrado con la sentencia”. Por tanto, es necesario que se otorguen potestades y competencias al juez de ejecución, similares a las que tiene el máximo tribunal al momento de decidir.

(4) Al respecto, a través de la STC N° 4119-2005-PA/TC (fundamentos 23 y 24), el propio Tribunal Constitucional acota que: “En este caso, la orden del juez constitucional está encaminada, como lo establece el artículo 1 del Código Procesal Constitucional, a ‘(...) reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional’, o, en todo caso, a obligar a la autoridad o poder público a cumplir ‘un mandato legal o un acto administrativo’. / La condena, en consecuencia, viene impuesta a partir de la verificación de que se ha violado o amenazado un bien o un derecho de naturaleza constitucional (arts. 5.1 y 38 del mismo CPCConst.) (...)”.

(5) STC N° 4119-2005-PA/TC (fundamento 20), citando a M. DEL CARMEN BLASCO SOTO, “Reflexiones en torno a la fuerza de cosa juzgada en la sentencia dictada en cuestión de inconstitucionalidad”, en *REDC*, N° 41, Madrid, 2004.

- De otro lado, atendiendo al valor y la fuerza que le otorga el sistema jurídico a las interpretaciones del Tribunal Constitucional señaladas por la IV disposición final de la Constitución, por el artículo 1 de su propia Ley Orgánica y por el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, más que a “cosa juzgada” es conveniente referirse a “cosa interpretada”, siguiendo la denominación que se otorga a los efectos de las decisiones de las instancias supranacionales. Al respecto, el tribunal señala que el efecto de **cosa interpretada** de sus decisiones se expresa de dos maneras: primero, ningún juez puede desatender las interpretaciones que realiza el Tribunal Constitucional; y, segundo, los efectos de cosa interpretada se proyectan también a los terceros que llevan sus causas ante la justicia constitucional, quienes podrán invocar tales interpretaciones y hacerlas valer como doctrina jurisprudencial del tribunal. En tal sentido, las interpretaciones del tribunal valen como doctrina jurisprudencial o, llegado el caso y cuando así lo configure el propio tribunal, también como precedente vinculante para todos los poderes públicos.
- Finalmente, atendiendo al poder extrapartes y su sometimiento solo a la Constitución y su Ley Orgánica con que actúa el tribunal, la configuración del proceso queda sujeta, en buena parte, a la capacidad procesal del tribunal para “fijarse” sus propios límites. El tribunal ha encontrado, de este modo, en más de una ocasión, una pretensión distinta o, en algunos casos, incluso ha podido “convertir” un proceso de cumplimiento en amparo a efectos de dar “una mejor protección” al recurrente. Estas “operaciones” procesales se han apoyado en el concepto de “autonomía procesal del TC” desarrollada por la doctrina de Peter Häberle, lo que ha permitido abrir el camino para una verdadera innovación de sus propias competencias. Esta capacidad solo se sustenta en la necesidad de dotar de todo el poder necesario en manos del tribunal para tutelar los derechos fundamentales, más allá incluso de las intervenciones de las partes. No obstante, el tribunal es enfático en señalar que dicho “sacrificio de las formas procesales” encuentra respaldo únicamente en la tutela de los derechos; por lo tanto, toda práctica procesal que se apoye en ese andamiaje teórico para atropellar derechos o disminuir su cobertura debe ser rechazado como un poder peligroso en manos de los jueces.



De otro lado, el Tribunal Constitucional señala que actualmente buena parte de sus decisiones se orientan al control de los actos del Gobierno y de la Administración en general. Ahora bien, es en este ámbito donde se presentan las mayores dificultades para lograr la ejecución de las decisiones jurisdiccionales en general e incluso en los procesos constitucionales; siendo muchas las ocasiones que, en vía acción de cumplimiento, han llegado al propio tribunal pretensiones que hacían referencia al incumplimiento de fallos judiciales. Ello ha llevado al tribunal a tener que dar órdenes precisas o mandatos concretos en sus fallos. Asimismo, ponen de manifiesto la necesidad de contar con una decidida colaboración por parte de la Administración, para hacer efectivas las decisiones no solo del Tribunal Constitucional, sino de toda sentencia judicial.

Teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, el tribunal acota que la responsabilidad de los jueces competentes para conocer los procesos constitucionales de la libertad, no se agota con la emisión de una sentencia fundada en derecho o debidamente motivada, sino que, además, deben garantizar la plena ejecución de sus

decisiones, puesto que de nada valdría una sentencia recaída en un proceso seguido con las garantías previstas en la Constitución y en los tratados vigentes sobre derechos humanos, si es que aquella no puede ser ejecutada.

2. El derecho a la ejecución de resoluciones judiciales como manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

Otro de los aspectos destacados por el Tribunal Constitucional es que el derecho a la ejecución de resoluciones judiciales es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional reconocido en nuestra Constitución por el artículo 139, inciso 3. Al respecto, el tribunal acota que si bien la Constitución no se refiere a la “efectividad” de la tutela jurisdiccional, resulta claro que la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela. En este sentido, el derecho al cumplimiento efectivo y en sus propios términos de aquello que ha sido decidido en el proceso, forma parte inescindible del derecho a la tutela jurisdiccional. Esta obligación constitucional se desprende además del numeral 1) del artículo 25 de la

Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la que el Perú es parte, que dispone que:

“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

En tal sentido, el tribunal ha establecido en la sentencia recaída en el Expediente N° 015-2001-AI/TC (acumulados), que:

“El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, y que no se agota allí, ya que por su propio carácter, tiene una vis expansiva que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal (v. gr. derecho a un proceso que dure un plazo razonable, etc.).

El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido.

Asimismo, como lo ha sostenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el arret ‘Hornsby c/ Grecia’, sentencia del 13 de marzo de 1997, en criterio que comparte este Colegiado, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales forma parte de las garantías judiciales, pues ‘sería ilusorio’ que ‘el ordenamiento jurídico interno de un Estado contratante permitiese que una decisión judicial, definitiva y vinculante, quedase inoperante, causando daño a una de sus partes (...)’⁽⁶⁾.

No obstante, el tribunal precisa que si bien la ejecución de resoluciones judiciales es un derecho fundamental, no es absoluto en su ejercicio. De ahí que pueda haber limitaciones a su ejercicio provenientes del ejercicio de otros derechos y de la propia actividad legislativa en el afán de preservar también la protección de otros bienes constitucionales. En tal sentido, dicho colegiado ha establecido dos límites a las restricciones de los derechos fundamentales: un límite formal, en el sentido de que toda restricción a los derechos fundamentales solo puede realizarse mediante ley del Congreso (principio de legalidad de las restricciones) y un

límite sustancial, en la medida en que las restricciones de los derechos fundamentales deben respetar el principio de proporcionalidad consignado en el artículo 200 de la Constitución.

III. EFECTOS DE LA COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL SEGÚN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Sin perjuicio de lo señalado por el Tribunal Constitucional sobre la “cosa juzgada” y la “cosa interpretada”, debe tenerse presente que el Código Procesal Constitucional únicamente alude a la cosa juzgada. Al respecto, en su artículo 6 señala que: “En los procesos constitucionales solo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo”.

Ahora bien, existen determinadas características señaladas por el Código Procesal Constitucional sobre la cosa juzgada constitucional, que detallaremos seguidamente.

1. El derecho a la ejecución de la sentencia en sus propios términos

Las sentencias con autoridad de cosa juzgada, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 22 del referido código, deben actuarse conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. Es decir, existe un derecho de los justiciables a que las sentencias o resoluciones judiciales firmes se ejecuten respetando su intangibilidad, inmodificabilidad o invariabilidad.

Sobre el particular, el propio Tribunal Constitucional, a través de la sentencia recaída en el Expediente N° 1546-2002-AA/TC considera que:

“(…) la sentencia que adquiere calidad de cosa juzgada tiene dos atributos esenciales: es coercible y es inmutable. La sentencia es coercible, ya que puede ser ejecutada compulsivamente en caso de eventual resistencia del obligado, como lo señala el artículo 715 del Código Procesal Civil, y es inmutable, porque ningún juez podrá alterar los efectos del fallo ni modificar sus términos, salvo las excepciones a que se refieren los artículos 178 y 407 del acotado”.

La ejecución de la sentencia modificándose sus propios términos, o su no ejecución, implicarían una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva. En tal sentido, el tribunal considera que la

tutela solo será realmente efectiva cuando se ejecute el mandato judicial; siendo dicha ejecución, por tanto, parte vital y esencial del derecho consagrado en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución.

En ese sentido, el incumplimiento de lo establecido en una sentencia con carácter de cosa juzgada implica la violación, lesión o disminución antijurídica de un derecho fundamental, situación frente a la cual, el tribunal considera que tiene la obligación de reparar tal violación o lesión con toda firmeza.

2. La preeminencia de las sentencias dictadas por los jueces constitucionales

Según el citado artículo 22 del código, las sentencias dictadas por los jueces constitucionales prevalecen sobre las sentencias de otros órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad. La referida preeminencia de las sentencias dictadas en sede constitucional, según lo señalado por Carlos Mesía, es una manifestación del principio *favor processum*, el cual informa todas las etapas de los procesos constitucionales, incluida la ejecución de la sentencia. Entonces, la ejecución de una sentencia en materia constitucional debe ser realizada antes que el de cualquier proceso ordinario⁽⁷⁾.

Esta acotación es sumamente importante, ya que frente a la eventual existencia de otras sentencias o resoluciones sobre la misma materia, emitidas por jurisdicción distinta a la constitucional, queda establecida la regla de que siempre primará lo dispuesto en sede constitucional.

3. Plazo de ejecución de la sentencia

Según el artículo 59 del Código Procesal Constitucional, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 22 del mismo código, la sentencia firme que declara fundada la demanda debe ser cumplida dentro de los dos días siguientes de notificada. Tratándose de omisiones, este plazo puede ser duplicado.

Según la misma norma, si el obligado no cumpliera con lo ordenado dentro del plazo establecido, el juez queda habilitado para empezar a hacer uso de las potestades y atribuciones sancionadoras y coercitivas que le otorga el propio Código Procesal Constitucional, a las que haremos referencia seguidamente.

(6) Citado en la STC N.º 4119-2005-PA/TC (fundamento 65).

(7) MESÍA RAMÍREZ, Carlos. *Exégesis del Código Procesal Constitucional*. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 180.

IV. POTESTADES Y ATRIBUCIONES DEL JUEZ ENCARGADO DE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL

La legislación anterior al Código Procesal Constitucional no otorgaba al juez constitucional suficientes herramientas jurídicas que le permitan garantizar el adecuado cumplimiento de sus sentencias. De este modo, los obligados tenían muchas posibilidades de incumplir o de desvirtuar los términos de la sentencia, sin ser sancionados por ello.

Dicha situación, que permitía un elevado número de sentencias incumplidas, ha intentado ser superada con la incorporación de normas expresas referidas a la ejecución de las sentencias en el Código Procesal Constitucional. Como refiere Samuel Abad, entre estas normas destacan aquellas que le otorgan al juez **medios compulsorios o medidas coercitivas** que le permiten garantizar el cumplimiento de sus decisiones⁽⁸⁾.

1. Medidas coercitivas

Según el artículo 22, siendo que la sentencia constitucional debe ser de actuación inmediata, para su cumplimiento y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable. Ahora bien, de acuerdo a la misma norma, cualquiera de estas medidas coercitivas debe ser incorporada como apercibimiento en la sentencia, sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, estas puedan ser modificadas durante la fase de ejecución.

Cabe señalar que según el segundo párrafo del artículo 59 del referido código, si el obligado no cumpliera dentro del plazo establecido, el juez se dirigirá al superior del responsable y lo requerirá para que lo haga cumplir y disponga la apertura del procedimiento administrativo contra quien incumplió, cuando corresponda y dentro del mismo plazo. Transcurridos dos días, el juez ordenará que se abra procedimiento administrativo contra el superior conforme al mandato, cuando corresponda y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo.

El juez podrá, asimismo, sancionar por desobediencia al responsable y al superior hasta que cumplan su mandato, conforme a lo previsto por el artículo 22 del mismo código, sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario.

2. Régimen de multas

Respecto a las multas, el artículo 22 del código establece que su monto será determinado discrecionalmente

por el juez, quien lo fijará en unidades de referencia procesal y atendiendo a la capacidad económica del requerido. Su cobro se hará efectivo con el auxilio de la fuerza pública, el recurso a una institución financiera o la ayuda de quien el juez estime pertinente. Asimismo, el juez puede decidir que las multas acumulativas asciendan hasta el cien por ciento por cada día calendario, hasta el acatamiento del mandato judicial. Finalmente, la misma norma establece que el monto recaudado por las multas constituye ingreso propio del Poder Judicial, salvo que la parte acate el mandato judicial dentro de los tres días posteriores a la imposición de la multa. En este último caso, el monto recaudado será devuelto en su integridad a su titular.

3. Responsabilidad penal

De otro lado, de conformidad con el artículo 8 del Código Procesal Constitucional, cuando exista causa probable de la comisión de un delito, el juez dispondrá la remisión de los actuados al fiscal penal que corresponda para los fines pertinentes.

Tratándose de autoridad o funcionario público, el juez penal podrá imponer como pena accesoria la destitución del cargo. Esto en concordancia con el artículo 22 del mismo código.

4. Otras potestades del juez constitucional

Además de las medidas coercitivas que el Código Procesal Constitucional autoriza a aplicar al juez, para lograr la cabal ejecución de la sentencia, el artículo 59 del referido código dispone que el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y, asimismo, mantendrá su competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho.

El mismo artículo dispone que cuando el obligado a cumplir la sentencia sea un funcionario público el juez puede expedir una sentencia ampliatoria que sustituya la omisión del funcionario y regule la situación injusta conforme al decisorio de la sentencia.

5. Sustitución del obligado

Lo importante de la actual regulación sobre la ejecución de las sentencias emitidas en sede constitucional es que, además de las medidas coercitivas señaladas, otorga al juez constitucional la atribución de sustituir al obligado

para lograr el restablecimiento del derecho constitucional afectado a través de la efectiva ejecución de la sentencia.

Esta atribución es sumamente importante ya que es la única que puede permitir la efectiva ejecución de la sentencia en caso de que el obligado se niegue a hacerlo a pesar de la aplicación de los diversos apercibimientos.

Dicha atribución se encuentra establecida en el segundo párrafo del artículo 59 del código, en donde se dispone que si el obligado no cumpliera con cumplir lo ordenado en la sentencia dentro del plazo establecido, el juez "adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo".

V. IMPLICANCIAS EN EL CASO FONAVI

Como es de público conocimiento, después de una larga y obstinada resistencia a cumplir con el mandato judicial, derivado de sendas sentencias del Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones (JNE) finalmente cumplió con convocar al referéndum sobre la devolución de los aportes al Fonavi (Fondo Nacional de Vivienda), mediante Resolución N° 331-2008-JNE,⁽⁹⁾ publicada en el diario oficial *El Peruano* el 17 de octubre, complementada mediante Resolución N° 331-A-2008-JNE publicada hoy en el mismo diario oficial, dicho tribunal electoral convocó a Referéndum Nacional para someter a consulta popular la aprobación o desaprobación del "Proyecto de Ley Devolución de Dinero del Fonavi a los Trabajadores que contribuyeron al mismo", Proyecto de Ley N° 864/2001-CR,⁽¹⁰⁾ para el domingo 3 de mayo de 2009.

En este caso, en todo momento nuestra posición fue la siguiente:

- Más allá de la polémica respecto de si el Tribunal Constitucional se equivocó o no al considerar que el Fonavi no es un tributo, como consecuencia de lo cual se pronunció por la procedencia del referéndum solicitado por los fonavistas, al no estar incurso en la prohibición señalada por el artículo 32 de la Constitución; lo cierto es que, jurídicamente, la interpretación del supremo intérprete de la Constitución, manifestada a través de una sentencia con calidad de cosa juzgada, es la única que tiene efectos vinculantes y debe ser acatada, se esté de acuerdo o no con la decisión⁽¹¹⁾.

(8) ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso constitucional de amparo*. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 210.

(9) Disponible en <[http://blog.pucp.edu.pe/media/1309/20081020-331-2008-JNE_\[1\].doc](http://blog.pucp.edu.pe/media/1309/20081020-331-2008-JNE_[1].doc)>.

(10) Disponible en <http://blog.pucp.edu.pe/media/1309/20081020-PL%20864_fonavistas.pdf>.

(11) SALCEDO CUADROS, Carlo Magno. "Últimos alcances sobre la ejecución de la STC respecto al referéndum sobre el Fonavi". En: *Gaceta Constitucional*. Tomo N° 4, Gaceta Jurídica, Lima, abril 2008, pp. 101-102.

- En efecto, independientemente de que la decisión del Tribunal haya sido controvertida, dicho tribunal adoptó la interpretación de no considerar al Fonavi como un tributo dentro de un proceso constitucional y en su condición de supremo intérprete de la Constitución; en consecuencia, tras su pronunciamiento, lo inconstitucional era no convocar a referéndum insistiendo en que el Fonavi es un tributo. Entonces, el incumplimiento de las referidas sentencias por parte del JNE, bajo el argumento de que nadie le puede obligar a convocar a un referéndum a su juicio inconstitucional, no tenía sustento jurídico y constituía una abierta trasgresión al Estado Constitucional de Derecho⁽¹²⁾.
- Por ello, la actitud del JNE en todo el desarrollo de este caso [hasta antes de que dicho organismo cumpla con convocar al referéndum solicitado], no le hacía nada bien a la consolidación de nuestro aún frágil Estado Constitucional de Derecho y, más bien, contribuía a debilitarlo, ya que el mensaje que dicho organismo le transmitía al país es que las decisiones jurídicas del Tribunal Constitucional o del Poder Judicial, pueden incumplirse si se tienen buenas relaciones o confluencia de intereses con el poder político. En consecuencia, al emitir las resoluciones N° 331-2008-JNE y N° 331-A-2008-JNE, el pleno del JNE retornó a los cauces de la legalidad y cesó en su actitud violatoria del orden constitucional. Cabe destacar que fue necesario un sustancial cambio en la composición del Pleno del JNE, para que dicho órgano electoral acate las órdenes judiciales y se “ponga a derecho”.

En este caso, hemos sido testigos de cómo la aplicación de las medidas coercitivas atribuidas al juez encargado de la ejecución de la sentencia por el Código Procesal Constitucional, fue determinante para lograr que el JNE, finalmente, cumpla con el mandato del Tribunal Constitucional.

Ahora bien, es evidente que hacer un referéndum cuesta y, tratándose de una consulta popular en la que debe participar todo el electorado peruano (incluyendo los peruanos residentes en el extranjero), ese costo es de unos 150 millones de soles. Tal situación ha llevado a muchos a preguntarse si podría haber alguna forma de evitar ese gasto y, más bien, destinar ese presupuesto a cubrir la pretensión final de los fonavistas, consistente en la recuperación de sus aportaciones. Al respecto, anteriormente señalé lo siguiente:

“La única manera jurídica de impedir la realización del referéndum

sería si el Congreso de la República aprueba una ley que, a diferencia de la Ley N° 27677 (Ley de uso de los recursos de la liquidación del Fonavi), no modifique sustancialmente la iniciativa legislativa propuesta inicialmente por los fonavistas [es decir, el Proyecto de Ley N° 864/2001-CR]. En tal sentido, incluso en caso de que el referéndum ya haya sido convocado, si se aprobase una ley que se corresponda con la iniciativa legislativa de dichos ciudadanos, el referéndum podría suspenderse porque, entonces, sería innecesario. Sin embargo, en tanto no sea aprobada una ley en ese sentido, el JNE no tiene justificación alguna para incumplir los requerimientos judiciales (...)”⁽¹³⁾.

En esa línea, el 4 de noviembre último, la célula parlamentaria aprista presentó el Proyecto de Ley N° 2834/2008-CR,⁽¹⁴⁾ a través del cual se pretende aprobar una “ley que devuelve los aportes abonados por los trabajadores del Fonavi”. En su exposición de motivos se señala que dicha iniciativa legislativa tiene como antecedente y responde al espíritu del Proyecto de Ley N° 864/2001-CR, presentado por el Jurado Nacional de Elecciones en mérito al “Proyecto de Ley de Devolución de dinero del Fonavi a los trabajadores que contribuyeron al mismo”, a su vez presentado por la Asociación Nacional de Fonavistas del Perú; siendo su pretensión evitar el gasto de entre 150 y 170 millones de soles que irrogaría la realización del referéndum, con el objeto de destinar dichos recursos para la devolución de los aportes de los fonavistas.

También se señala que este proyecto de ley realiza precisiones y mejoras al proyecto de ley de los fonavistas, sin afectar el fondo del asunto, que es devolver a todos los trabajadores que contribuyeron al Fonavi el total actualizado de sus aportes que fueron descontados de sus remuneraciones. En tal sentido, según la misma exposición de motivos, esta iniciativa legislativa ha mantenido las partes medulares del Proyecto de Ley N° 864/2001-CR, por lo que se hará una entrega efectiva de los aportes efectuados por todos los trabajadores beneficiarios.

Hemos comparado ambos proyectos de ley y nuestra impresión es que, en efecto, el proyecto de ley presentado

por la célula parlamentaria aprista trata de responder al espíritu del proyecto de ley de los fonavistas. Sin embargo, también hemos identificado algunos aspectos puntuales del proyecto que sí podrían afectar ese espíritu; los cuales tendrían que ser subsanados para que el proyecto, en caso de ser aprobado, pueda dar lugar a que el juez encargado de la ejecución de la sentencia determine la “sustracción de la materia”, en mérito a lo cual el JNE podría dejar sin efecto el referéndum convocado.

Cabe precisar sobre este punto que, tal como hemos señalado antes en este mismo artículo, de conformidad con el artículo 59 Código Procesal Constitucional, el juez encargado de la ejecución de la sentencia, para lograr su cabal ejecución, mantendrá su competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho. En tal sentido, es únicamente a dicho juez a quien le corresponde determinar si la eventual aprobación por el Congreso de la República del Proyecto de Ley N° 2834/2008-CR, podría dar lugar a la sustracción de la materia, por haberse cumplido, por otro medio, la finalidad de los ciudadanos promotores del referéndum. Es decir, dicha decisión no le correspondería adoptarla al JNE, ya que dicho organismo ha convocado al referéndum no por decisión propia, sino en cumplimiento de un mandato judicial.

Debe tenerse en cuenta al respecto que el referéndum no es un fin en sí mismo, sino es un medio para lograr la aprobación de determinada iniciativa legislativa ciudadana, en este caso, la aprobación del Proyecto de Ley N° 864/2001-CR. En tal sentido, si se logra aprobar el contenido de dicho proyecto a través de otro medio, consideramos que sí debería operar la sustracción de la materia.

Una cuestión final. Los plazos para la realización del referéndum ya han empezado a correr y los organismos electorales en breve término empezarán a ejecutar el presupuesto electoral respectivo. Por tanto, cada vez existen menos condiciones para que, en caso de aprobarse en el seno del parlamento el Proyecto de Ley N° 2834/2008-CR con las debidas adecuaciones, pueda hacerse efectiva la sustracción de la materia.

(12) SALCEDO CUADROS, Carlo Magno. “La ejecución de las sentencias de los jueces constitucionales. A propósito de la sentencia del TC respecto al referéndum sobre el Fonavi”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo N° 2, Gaceta Jurídica, Lima, febrero 2008, p. 79.

(13) SALCEDO CUADROS, Carlo Magno. “Últimos alcances sobre la ejecución de la STC respecto al referéndum sobre el Fonavi”. Ob. cit., p. 107.

(14) Disponible en <http://blog.pucp.edu.pe/media/1309/20081020-PL%20864_fonavistas.pdf>.