

## ¿EXISTE ACTUACIÓN DE SENTENCIA IMPUGNADA EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO?

Gerardo ETO CRUZ\*

*Al insigne maestro Héctor Fix-Zamudio,  
pontífice del derecho procesal constitu-  
cional*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Exordio conceptual: el ocaso del procesalismo clásico y la actual tutela de urgencia.* III. *La elaboración del Código Procesal Constitucional.* IV. *El texto definitivo del Código Procesal Constitucional.* V. *¿Cuándo empieza a hablarse de la existencia de la actuación de sentencia impugnada?* VI. *La posición de Domingo García Belaunde: la no existencia de la actuación de sentencia impugnada.* VII. *Los planteamientos de la doctrina constitucional peruana: pros, contras y silencios en torno a la actuación de sentencia impugnada.* VIII. *Una ojeada panorámica a la legislación comparada.* IX. *¿Qué es lo que ocurrió en la Comisión que elaboró el Código Procesal Constitucional?* X. *Entre la voluntad del legislador y la voluntad de la ley.* XI. *Las disposiciones y normas vinculadas a la actuación de sentencia impugnada: las orillas contrapuestas.* XII. *¿Ante qué tipo de actuación de sentencia nos encontramos?*

### I. INTRODUCCIÓN

No es de extrañar que cuando entra en vigor una norma, y con mayor razón si se trata de un complejo cuerpo normativo como el Código Proce-

\* Profesor de Derecho constitucional general y teoría del Estado, Teoría general de los derechos humanos y Derecho procesal constitucional en la Universidad Nacional de Trujillo y la Academia de la Magistratura.

sal Constitucional (en adelante CPC), existan entre sus disposiciones y normas<sup>1</sup> o las reglas<sup>2</sup> que ella contiene, un conjunto de temas e institutos que parecieran estar *encriptados* y que luego, con las contribuciones de la doctrina y la jurisprudencia, se deben ir develando y aclarando; aunque se corra el riesgo de que una equivocada y acaso precipitada interpretación del *arcano* de la norma pueda, a la postre, convertir al exégeta en *heresiarca* sobre el sentido y el espíritu de lo que interpreta.

A la fecha, pese a que el CPC ha cumplido un *bienio*, dentro de la abigarrada producción de sentencias del Tribunal Constitucional (en adelante TC), incluyendo todas las que han sido declaradas como precedente vinculante y, por tanto, con efectos normativos,<sup>3</sup> no se detecta absolutamente ninguna línea jurisprudencial en torno al instituto de la actuación de la sentencia impugnada que ahora nos ocupa, en el entendido si se encuentra regulada o no en los procesos de amparo.

Por lo pronto, el grueso de autores da por cierto que, efectivamente, el CPC habría cubierto este instituto que, para la legislación procesal comparada en general no es una novedad, pero para el sistema procesal peruano sí, y en especial para nuestra jurisdicción constitucional; puesto que en otros países los procesos constitucionales cuentan con esta modalidad de tutela de urgencia, conforme veremos luego.

Probablemente los diversos autores, tomaron como referencia la edición por decirlo así, *cuasi oficial* del CPC elaborado por sus *autores reales*, esto es, el grupo que tuvo la *iniciativa académica* de elaborar el Anteproyecto. Allí, conforme veremos luego, oficialmente se afirmaba que el CPC comprendía a la institución procesal de la actuación de sentencia impugnada. Mas luego, a través de una entrevista que le formulara José Palomino Manchego a Domingo García Belaunde, quien en los hechos ejerció una labor de dirección o de presidente de dicha Comisión, manifestó que el tema no había quedado claro; y que, en su opinión no se encuentra regulado. La posición de Domingo García Belaunde, y probablemente con él de *casi* todos los miembros de la Comisión es que este instituto procesal no está normado. Empero, por ahora, consideramos que

<sup>1</sup> Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 2a. ed., Barcelona, Gedisa, 1997.

<sup>2</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta Agostini, 1993.

<sup>3</sup> Véase Carpio Marcos, Edgar y Grández Castro, Pedro (coords.), *El precedente constitucional*, Lima, Palestra, 2007.

nos encontramos ante un *campo de Agramante*. Y, lo más seguro es que el TC sea quien diga la *última palabra*. No olvidemos que, por lo menos oficialmente, el CPC proscribió el amparo contra el amparo; y ello está más que claro en el artículo 5o., inciso 6; sin embargo, el TC ha inflexionado esta fórmula normativa y ha sostenido lo contrario. Lo mismo puede suceder con el instituto que ahora comentamos y quizás, más temprano que nunca tengamos una posición del TC en torno a este tema, en donde aclare los presuntos enigmas que se ciernen sobre esta figura. Salvo, claro está, que por vía de una reforma se aclare esta redacción un tanto anfibia con que se encuentra actualmente diseñada, pues el ideal es que antes que el TC se pronuncie sobre esta situación, bien podría el legislador aclarar el tema, optando en todo caso por la no regulación de este instituto procesal; hasta verificarse una futura incorporación o no y no dejar al arbitrio discrecional del juez (sistema *ope iudicis*).

En consecuencia, interesa aquí, en estas líneas, acercarnos a ver qué es lo que está ocurriendo con este tema; si en realidad se encuentra regulado o no; en todo caso, ver cómo es que se han presentado los hechos y luego expresar algunas conclusiones tentativas en torno a los pros y los contras que este instituto entraña. Es decir, se trata de ver si el instituto de la actuación de la sentencia impugnada se ubica dentro del sistema del *ope legis*; lo cual supondría que la actuación de sentencia impugnada sí es procedente en tanto se encuentre regulado en sede normativa; o del *ope iudicis*, donde el instituto normativamente no existiría, pero bien puede el juez decidir su procedencia; o finalmente, un *tercer sistema*, que bien puede ser identificado como *híbrido o mixto*, donde aparte de que sí está previsto en el Código se le otorga al Juez como una facultad discrecional motorizar su utilización, ponderando bajo ciertas pautas razonables,<sup>4</sup> su procedencia o no. Éstas y otras interrogantes más justifican las líneas que vienen a continuación.

## II. EXORDIO CONCEPTUAL: EL OCASO DEL PROCESALISMO CLÁSICO Y LA ACTUAL TUTELA DE URGENCIA

En los últimos tiempos se han planteado dos grandes alternativas para hacer frente a la profunda crisis en que se debate la impartición de justi-

<sup>4</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

cia en diversas partes del orbe.<sup>5</sup> Así, una de ellas es precisamente *huir de la jurisdicción* y que los propios interesados utilicen una *justicia conciliativa*, ya que la rémora de la lentitud, los mil vericuetos para acceder a una incierta tutela; sumado a una impronta autoritaria y no exenta de conductas de corrupción de quienes asumen la jurisdicción representando al Estado, en rigor no solucionan los conflictos, generando más bien una mayor desilusión; de allí que, más que acercarse a ella —la jurisdicción— hay que huir en bandada y utilizar una justicia alternativa. A esta opción, el arsenal teórico lo identifica como las vías de *conciliación, mediación o arbitraje* y del cual existe una ubérrima bibliografía al respecto.

La otra alternativa frente a la crisis de la justicia es, en primer lugar, llamar a la calma a los que quieren correr espantados de la jurisdicción y persuadir a que debemos seguir en ella,<sup>6</sup> tener fe; pero para esto, como un paciente enfermo, es necesario introducir en la jurisdicción remedios que mejoren los achaques y males que afronta. Así, este sector alarma de que es necesario impulsar tutelas distintas a la ordinaria<sup>7</sup> puesto que uno de los reales y dramáticos males es la solución tardía de las decisiones jurisdiccionales. Y no sin razón los teóricos sostienen que uno de los campos menos transitados en la teoría general del proceso es el referido a la actividad de ejecución. Este sector impulsa complejas categorías como son las denominadas tutelas de urgencia, ya sean sumarias, autosatisfactivas, cautelares innovativas o tutelas anticipatorias que permitan, con tales remedios impulsar nuevos horizontes de solución a los conflictos que los ciudadanos tienen. Así, los ciudadanos hoy recurren a los organismos jurisdiccionales para obtener una *tutela de urgencia* y hacer frente a la vorágine de los tiempos más dinámicos y complejos, pues ya no sólo se trata de la defensa de los clásicos y ortodoxos *derechos subjetivos privados*; sino de una compleja, variada y heterodoxa gama de *derechos públi-*

<sup>5</sup> Un primer avance dentro del largo camino de nuestra era republicana es el plan elaborado por la Comisión especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia-CERIAJUS. *Plan nacional de reforma integral para la administración de justicia*, Lima, 23 de abril de 2004, p. 647. El plan nacional completo elaborado por CERIAJUS puede verse en [www.congreso.gob.pe/comisiones/2004/ceriajus/Plan\\_Nacional\\_ceriajus.pdf](http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2004/ceriajus/Plan_Nacional_ceriajus.pdf).

<sup>6</sup> Véase con todo las reflexiones de Rawls, John, *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, 4a. reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

<sup>7</sup> Bordalí Salamanca, Andrés, “Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 12, núm. 2, diciembre de 2001, pp. 51-66, específicamente p. 52.

*cos subjetivos*; que no son más que los derechos fundamentales en su versión individual, social, colectiva o difusa,<sup>8</sup> que exige pronunciamientos jurisdiccionales más rápidos y eficaces.

Uno de los frutos maduros del procesalismo moderno es la revolución que se ha introducido en torno a la necesidad de que los justiciables cuenten con una idónea y oportuna *tutela jurisdiccional de urgencia* que asegure en términos reales la *ejecución* de una sentencia, no sólo definitiva; sino que se anticipe a los efectos de la misma. La doctrina ha sido frontal y sin medias tintas ha empezado a desarrollar los procesos urgentes lo que, a su vez, comprende la tutela jurisdiccional diferenciada en la expresión acuñada por Proto Pisani.

En este contexto, llama más bien a asombro que la problemática de los procesos de urgencia, en parte, ya ha sido preocupación y reflexión no menos fecunda de los clásicos del procesalismo científico empezando por Calamandrei, Chiovenda, Carnelutti, entre otros. Sin embargo, en los últimos lustros, se viene operando una frontal liquidación a la ideología demoliberal clásica que subyace en el procesalismo ortodoxo de la justicia civil<sup>9</sup> y ha empezado una literatura emergente a desarrollar una concepción mucho más pragmática en torno a la tutela de urgencia acorde a los actuales tiempos versátiles.<sup>10</sup> Es así como se ha desarrollado dentro de la *tutela anticipatoria*, como categoría de la tutela diferenciada, la llamada actuación de sentencia impugnada y que recibe distintos *nomen iuris*.

<sup>8</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, México, Porrúa, 2003.

<sup>9</sup> Monroy Palacios, Juan José y Monroy Gálvez, Juan, “Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales”, en Carbone, Carlos A. (coord.), *Sentencia anticipada (Despachos interinos de fondo)*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, pp. 165-208.

<sup>10</sup> Así por ejemplo pueden apreciarse puntuales temas tales como Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “La ejecución provisional en el proceso civil”, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Lima, t. III, Estudio Belaunde y Monroy, pp. 81-97. Santos, Mabel de los, “Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia”, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, t. IV, Lima, Estudio Monroy, pp. 73-86. De la misma autora, “Resoluciones, anticipatorios y medidas autosatisfactivas”, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, t. III, Lima, Estudio Belaunde y Monroy, pp. 69-78. Marinoni, Luis Guilherme, “Tutela anticipatoria”, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Lima, t. IV, Estudio Monroy, pp. 135-142. Pérez Ragone, Álvaro J. D., “Concepto estructural y funcional de la tutela anticipatorio”, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Lima, t. IV, Estudio Monroy, pp. 199-220.

Por lo general, la aparición de términos o categorías conceptuales en el lenguaje procesal no es fruto de la simple heurística de sus autores; responden más bien a esas innovaciones lingüísticas que las contingencias y el devenir histórico van imponiendo a la comunidad de académicos, y aunque el instituto de la actuación de la sentencia impugnada aparentemente se ubica dentro de la llamada *tutela diferenciada* o procesos alternativos —sinuosos caminos polémicos, que por ahora no es el caso desarrollar— es identificado con distintos *nomen iuris*. La expresión más usual era la utilizada por Chiovenda, “*ejecución provisional de la sentencia*”; otras como “*ejecución provisional en el proceso civil*” (Gozáini, Caballol Angelats); en el mundo lusitano: “*execução provisória da sentença civil*”; en nuestro medio, Monroy Gálvez prefiere utilizar la expresión “*actuación de sentencia impugnada*”.<sup>11</sup> Más allá de los calificativos o los distintos *nomen iuris* con que se le conoce a esta institución procesal, interesa dar respuesta a la interrogante que encabeza esta monografía en homenaje al gran maestro Héctor Fix-Zamudio; para ello nos vamos a permitir desarrollar algunos aspectos preliminares que rodean esta problemática que se ha presentado en nuestro ordenamiento constitucional peruano.

### III. LA ELABORACIÓN DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Conforme ya lo hemos expresado en otra oportunidad, el *iter legislativo* del CPC peruano se gestó en dos etapas; una, que bien puede calificarse como la etapa de *iniciativa académica*; y la segunda, de *iniciativa legislativa multipartidaria*.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Juan Monroy Gálvez utiliza esta última expresión señalando que “si bien existe unanimidad en mantener lo sustancial del nombre puesto al instituto por Chiovenda no nos parece correspondiente con su finalidad denominarlo *ejecución provisoria* o *ejecución provisional*. Fundamentalmente la objeción radica... en el hecho de que la actuación de la sentencia ocurre exactamente como si se tratara de una resolución firme, *ergo*, la ejecución carece, entonces, de provisionalidad”. “La actuación de la sentencia impugnada”, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Lima, t. V, p. 207.

<sup>12</sup> Eto Cruz, Gerardo y Palomino Manchego, José F., “En tres análisis: el primer Código Procesal Constitucional del mundo. Su *iter* legislativo y sus principios procesales”, en Palomino Manchego, José F. (coord.), *Derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, Lima, Grijley, 2005, t. I, pp. 233-308; específicamente 288-291.

El CPC peruano fue ciertamente fruto de una Comisión en la que se autoconvocaron un grupo de académicos de la talla de Domingo García Belaunde, Juan Monroy Gálvez, a la que luego se integraron Francisco Eguiguren Praeli, Jorge Danós Ordóñez, Samuel Abad Yupanqui y Arsenio Oré Guardia. Los mismos autores reconocen que esta iniciativa surge en 1994, pero que se instaló en 1995.

El primer documento oficial de esta comisión de académicos data del mes de octubre del 2000, en donde dan a luz pública el llamado “*Anteproyecto del Código Procesal Constitucional*”, allí en la presentación sus autores expresaban que:

...este es fruto de un trabajo arduo, desinteresado y paciente. El objetivo que nos ha animado a presentarlo a la comunidad jurídica peruana es propiciar un esfuerzo colectivo para mejorarlo y así, dentro de poco, permitir que el país modernice sus actuales procesos constitucionales, unificando una normativa que hoy se encuentra dispersa.<sup>13</sup>

Y, en lo que respecta al tema de ejecución de sentencia impugnada, originalmente el Anteproyecto expresaba un amplísimo precepto, signado siempre en el artículo 22, cuyo tenor en su parte pertinente es como sigue:

Artículo 22. Actuación de sentencias. La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad.

La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es 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, disponer la destitución del responsable, o, incluso, su prisión efectiva hasta por un plazo de seis meses renovables. Cualquiera de estas medidas debe ser incorporada como apercibimiento en la sentencia, sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, las mismas pueden ser modificadas durante la fase de ejecución.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Varios autores, *Código Procesal Constitucional, anteproyecto y legislación vigente*, Lima, Palestra Editores, 2003, p. 5.

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 43 y 44.

La *Exposición de Motivos* en torno al citado artículo 22, establecía en un importante párrafo lo siguiente:

Uno de los temas más acuciantes del proceso moderno, está dado por la tendencia a lograr que las decisiones judiciales se cumplan en sus propios términos; esto es, contrariando tradiciones seculares, no se permita que la actuación de una sentencia se sustituya por su valor patrimonial, cuyo pago viene a ser una suerte de equivalente monetario de la decisión ordenada. Si esto es injusto en el derecho privado, es de entender lo pernicioso que puede significar que el agravio a los derechos constitucionales se resuelva con criterios de resarcimiento metálico. A tal efecto, y a tono con las tendencias actuales, se ha incorporado a la ejecución de sentencias, instrumentos procesales que permitan una exigencia de cumplimiento del decisorio en sus propios términos. En este ámbito, el uso de medidas coercitivas y otros institutos similares —vigentes en sistemas en donde la Constitución y la actuación de las sentencias constituye un valor trascendente en la sociedad— son medios óptimos de conseguir el fin deseado.<sup>15</sup>

Un primer análisis tanto de la norma como de la exposición de motivos, arroja cuando menos lo siguiente: El original artículo 22 del anteproyecto quedó reformado. Así, los propios autores del Código, esto es la Comisión, reconocen que “hay dos cambios sustanciales que sufrió el anteproyecto en el Congreso de la República, fueron los artículos 15 y 22, que regulan las medidas cautelares y las medidas coercitivas”.<sup>16</sup>

Y luego se precisa con mayor amplitud que:

De otro lado, la versión final del artículo 22 elimina la medida coercitiva de prisión incorporada por el Anteproyecto, cuando se trata del incumplimiento de resoluciones dictadas en los procesos de hábeas corpus, *hábeas data*, amparo y cumplimiento. Esta eliminación fue propuesta por la Comisión de Justicia y con ello se excluye una medida eficaz para garantizar el respeto de las decisiones judiciales.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>17</sup> *Idem*.



#### IV. EL TEXTO DEFINITIVO DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Luego de la aprobación legislativa del CPC, el artículo 22 del citado Anteproyecto, quedó, como versión definitiva, la que actualmente conocemos, en los siguientes términos:

*Artículo 22. Actuación de sentencias.*

La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad.

La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es 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, disponer la destitución del responsable. Cualquiera de estas medidas coercitivas debe ser incorporada como apercibimiento en la sentencia, sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, las mismas puedan ser modificadas durante la fase de ejecución.

El monto de las multas lo determina discrecionalmente el juez, fijándolos en unidades de referencia procesal y atendiendo también 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 que el Juez estime pertinente. El juez puede decidir que las multas acumulativas asciendan hasta el cien por ciento por cada día calendario, hasta el acatamiento del mandato judicial.

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.<sup>18</sup>

Hasta aquí, los hechos relacionados a la evolución del CPC y el tema relacionado al instituto de la actuación de sentencia impugnada. Sin embargo, de la lectura del original Anteproyecto, así como de la propia exposición de motivos del mismo, por lo pronto no se observa expresamente que en dicha normatividad, se aluda a la actuación de sentencia

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 332 y 333.

impugnada. Es decir, si nos adentramos al proceso de elaboración del anteproyecto, no se aprecia ni en el primer proyecto (que estuvo terminado en julio del 1996), ni en la segunda versión de enero de 1997, absolutamente nada sobre el referido instituto; la tercera versión que saliera publicada en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*<sup>19</sup> tampoco hace referencia alguna. Los autores reconocen que hubo una cuarta versión (que consistió en “*pequeñas modificaciones en diversas sesiones de trabajo*”).<sup>20</sup> Incluso esta versión definitiva recién fue publicada en el Perú bajo el sugerente título: *Código Procesal Constitucional, Anteproyecto y Legislación vigente*, así como también en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*.<sup>21</sup> Y en ningún momento, ni oficial ni extraoficialmente por parte de esta Comisión de académicos se deslizó la tesis relacionada a que allí se comprendía la actuación de sentencia impugnada.

#### V. ¿CUÁNDO EMPIEZA A HABLARSE DE LA EXISTENCIA DE LA ACTUACIÓN DE SENTENCIA IMPUGNADA?

Con la sanción del CPC, como Ley 28237 de fecha 31 de marzo de 2004, editorial Palestra que, con anterioridad había publicado el anteproyecto, edita tres meses después de la promulgación y publicación del código una versión donde se reúnen diversos materiales, que de por sí constituye un documento valiosísimo, dado que se publica por vez primera un *estudio introductorio* y consta allí, que lo suscriben todos sus autores. Esta edición no podía pasar desapercibida (como que se agotó pronto), dado que, aparte de dicho *estudio preliminar* y que, constituye en rigor los comentarios de sus propios autores, se incluye oficialmente la propia exposición de motivos, así como los dictámenes tanto de la Comisión de Constitución y Reglamento, como de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso.

Adviértase de plano que el dictamen de la Comisión de Constitución, no alude textualmente y en dichos términos a la existencia de la figura delineada como actuación de sentencia impugnada, tan sólo se aprecia que recono-

<sup>19</sup> *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 3, 2002.

<sup>20</sup> Varios autores, *op. cit.*, nota 13, p. 13.

<sup>21</sup> *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 1, enero-junio de 2004, pp. 251-282.

ce como novedad de la propuesta la “*Actuación de sentencias*: Incorpora a la ejecución de sentencias, instrumentos procesales que permiten una exigencia de cumplimiento del decisorio en los propios términos”.<sup>22</sup>

En estricto, se empieza a hablar de la existencia del instituto procesal de la actuación de sentencia impugnada, cuando aparece en el texto de los propios comentarios que formularan los autores reales del Código. En efecto, en la publicación del citado libro, textualmente se aprecia que sus propios autores afirmaban tajantemente lo siguiente:

Probablemente uno de los hechos más destacados del Código es el haber asumido el instituto de la “actuación de la sentencia impugnada”, según el cual cuando se expide una sentencia en primer grado, ésta debe ser ejecutada con prescindencia de que haya sido apelada. Debemos precisar que esta institución está incorporada en procedimientos constitucionales de Colombia, Bolivia, Venezuela y Uruguay.<sup>23</sup>

## VI. LA POSICIÓN DE DOMINGO GARCÍA BELAUNDE:

### LA NO EXISTENCIA DE LA ACTUACIÓN DE SENTENCIA IMPUGNADA

A raíz del libro homenaje a Domingo García Belaunde, gestado y coordinado por José Palomino Manchego, en el segundo volumen, el citado profesor Palomino Manchego, le formula una entrevista al eximio constitucionalista y gran gestor del Código; y allí existe una interrogante que, a la postre, podría ser —si no es ya— devastadora, en torno a esta situación.

Así, José Palomino Manchego le formula la pregunta en los siguientes términos: “Dentro de las novedades que nos proporciona el Código Procesal Constitucional, se encuentra el régimen de ejecución anticipada de sentencia. ¿Podría ofrecernos una breve explicación de lo que se ha buscado con dicha institución y si la misma tiene antecedentes en el derecho comparado?”.

A lo que el profesor Domingo García Belaunde responde:

Esto en realidad no se ha incorporado...se discutió mucho (en materia de amparo) y al final no hubo acuerdo entre los miembros de la Comisión, y preferimos dejarla tal cual, pues el Código representa un gran consenso en

<sup>22</sup> Varios autores, *op. cit.*, nota 16, p. 234.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 48.

los grandes temas, no necesariamente en los detalles. Lo que pasa es que en el estudio preliminar al código publicado por nosotros, se deslizó esa referencia que por la premura del editor no fue revisada. En la segunda edición en prensa la hemos eliminado. Repito que es un punto de vista respetable, pero no contó con el consenso de todos nosotros, y por tanto no está incorporada en la norma, y tampoco pensó en ella el legislador al discutirla y aprobarla en el Pleno.<sup>24</sup>

Esta respuesta, a nuestro criterio es *demoledora*, y no sólo por provenir de uno de los integrantes de la Comisión elaboradora del Código, sino por ser García Belaunde, quien en los hechos presidió, dirigió y culminó el Anteproyecto y sabe el contexto y los entretelones de lo que se discutió en torno al actual CPC.

## VII. LOS PLANTEAMIENTOS DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL PERUANA: PROS, CONTRAS Y SILENCIOS EN TORNO A LA ACTUACIÓN DE SENTENCIA IMPUGNADA

Interesa verificar si la doctrina, en primer lugar, estima que sí existe el instituto procesal de la actuación de sentencia impugnada, o si por el contrario, niegan o rechazan su existencia. En consecuencia, más allá de lo que puede ser la *voluntad del legislador* o la *voluntad de la ley*, que lo veremos en otro apartado, interesa auscultar cuál ha sido y es el comportamiento de la doctrina peruana en torno a este instituto procesal que tiene sus bemoles positivos y negativos.

De nuestra parte hemos sintetizado la postura académica peruana en tres posiciones; una a favor, otra en contra, y otra que finalmente no se ha pronunciado ni a favor ni en contra, guardando discretamente silencio en torno a ella.

### 1. *Posición a favor*

Esta tesis no solamente reconoce la existencia de esta técnica de aceleración de la tutela de urgencia inmediata; sino que además de ello, están

<sup>24</sup> Palomino Manchego, José F., “El nuevo Código Procesal Constitucional peruano: Alcances, reflexiones y perspectivas (entrevista a Domingo García Belaunde)”, *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, cit., nota 12, p. 1458.

a favor de la figura. Es decir, expresan una actitud, por decirlo así, militante a favor de que exista esta figura procesal.

Así, uno de los primeros en expresar esta posición es Omar Cairo Roldán, quien señala que:

El Código Procesal Constitucional ha recogido un instrumento indispensable para la tutela jurisdiccional de urgencia, propio de los procesos constitucionales de protección de los derechos: la actuación inmediata de la sentencia impugnada de primera instancia. Así el artículo 22 del nuevo código establece que es de actuación inmediata, la sentencia que, dentro de estos procesos, ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer. La actuación inmediata de la sentencia impugnada es una institución reconocida y utilizada con éxito en diversos ordenamientos procesales constitucionales.<sup>25</sup>

Es más, este autor, refiere en otro apartado del mismo libro lo siguiente:

Es necesario revertir la idea según la cual es natural que la apelación contra la sentencia que declara fundada la demanda de amparo sea concedida con efecto suspensivo. Esta situación hoy vigente determina que la sentencia sólo puede ser actuada cuando la apelación es resuelta por el Tribunal de segunda instancia. Como veremos esta opción marcha a contramano con la naturaleza urgente del proceso de amparo.<sup>26</sup>

En esta misma línea, Juan José Monroy Palacios prefiere llamar al instituto como “actuación inmediata de la sentencia no definitiva”, conceptualizándola como, “aquellos supuestos donde se permite que la sentencia expedida en primer grado pueda ser inmediatamente actuada, importando poco si aquella se encuentra dentro del plazo para ser impugnada o si ya lo ha sido a través de recurso de apelación o, según corresponda, por medio del recurso de casación”.<sup>27</sup> Y luego expresa que “en nuestro país dicha categoría aún no es conocida pues reina, de manera absoluta, el efec-

<sup>25</sup> Cairo Roldán, Omar, *Justicia constitucional y proceso de amparo*, Lima, Palestra, 2004, p. 167; una primera versión de carácter periodístico fue la publicada por este mismo autor con el título: “Código Procesal Constitucional. Una nueva justicia constitucional peruana”, *Diario Oficial “El Peruano”*, suplemento de análisis legal, lunes 28 de junio de 2004.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 203.

<sup>27</sup> Monroy Palacios, Juan José, *La tutela procesal de los derechos*, Lima, Palestra, 2004, p. 292.

to suspensivo sobre la impugnación de sentencias”,<sup>28</sup> llegando luego a sostener que, “es necesaria la apertura a este instituto, sin embargo aquella debe efectuarse de manera mesurada, es decir, dirigida inicialmente a supuestos específicos”.<sup>29</sup>

La posición de Carlos Mesía, actual magistrado del TC es de igual temperamento, pues este autor expresamente afirma la existencia de la figura; así, manifiesta que:

uno de los cambios sustanciales operados en los procesos de la jurisdicción constitucional es el relativo al tema de la actuación de la sentencia impugnada. Una sentencia que ha sido pronunciada en primer grado se ejecuta de inmediato sin que sea obstáculo para ello el recurso de apelación que se interponga. La eficacia del proceso constitucional adquiere mayor fuerza. No es necesario esperar más tiempo, que es el que supone una nueva tramitación en la corte y posteriormente ante el tribunal constitucional, para ver en ejecución lo resuelto en la sentencia.<sup>30</sup>

Por cierto, ya en este autor se prevé una preocupación que está tomando cuerpo. Así, en la concisa nota al pie, aclara este autor que, “este criterio no es compartido incluso por algunos autores del anteproyecto del Código Procesal Constitucional, debido a la redacción no muy clara del artículo 22”.<sup>31</sup>

En la misma posición se ubica Walter A. Díaz Zegarra. Así, este autor, desde su posición como vocal afirma que:

Una novedad que puede romper los esquemas tradicionales del proceso ordinario es la ejecución de sentencias estimatorias dictadas en primera instancia en los procesos constitucionales de la libertad, ello debido a que, la norma en comentario sí posibilita que el juez constitucional que en primera instancia falla estimando la demanda interpuesta, puede ejecutar la sentencia dictada por él (prestación de dar, hacer o no hacer), a pesar que haya sido impugnada, conforme a una interpretación literal y teleológica de las normas procesales constitucionales, toda vez que, se trata de la protección de los derechos fundamentales.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 293.

<sup>29</sup> *Idem*.

<sup>30</sup> Mesía, Carlos, *Exégesis del Código Procesal Constitucional*, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 180.

<sup>31</sup> *Idem*.

<sup>32</sup> Díaz Zegarra, Walter A., *Exégesis del Código Procesal Constitucional*, Lima, San Marcos, 2005, pp. 204 y 205.

Es más, este autor reconoce que existe la posibilidad que, “impugnada una sentencia pueda ser revocada por el superior jerárquico”,<sup>33</sup> a lo que afirma inmediata y contundentemente que “ese riesgo tiene que ser asumido”,<sup>34</sup> aclarando luego que “serán los magistrados constitucionales que mediante una correcta interpretación y aplicación de normas constitucionales resolverán en forma adecuada los conflictos constitucionales y así evitar los riesgos de una errónea solución; sin lugar a dudas este constituye otro reto para los jueces constitucionales”.<sup>35</sup>

Eloy Espinosa Saldaña ha señalado por su parte que “uno de los temas más polémicos vinculados con los diferentes procesos constitucionales, y muy especialmente con los procesos de amparo, es el de la ejecución de las sentencias”.<sup>36</sup> Así, este autor, aunque en términos lacónicos, pero inobjetable en su reconocimiento, señala que “en la línea de lo que ya sucede en otros países, la sentencia emitida en estos procesos deberá ejecutarse muy a despecho de que eventualmente haya sido apelada”.<sup>37</sup>

Mucho más reciente, Martín Hurtado Reyes igualmente se ha ubicado al lado de la orilla de esta tesis del reconocimiento de la actuación de sentencia impugnada. En efecto, luego de reconocer que este instituto procesal, “no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento procesal civil”,<sup>38</sup> expresa que “la ejecución de sentencia impugnada... puede ser considerada como una manifestación de la tutela diferencial”.<sup>39</sup> Este autor es el que con mayor amplitud, aparte de los trabajos de Monroy Gálvez y Monroy Palacios, ha desarrollado esta institución en el Perú. En este contexto, señala Hurtado Reyes lo siguiente:

Merece comentario aparte la regulación de la *actuación inmediata de las sentencias* (artículo 22), especialmente de aquellas sentencias que ordenen en su fallo la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer. Pues en estos casos, se entiende que lo decidido por el juez en su sentencia se

<sup>33</sup> *Idem.*

<sup>34</sup> *Idem.*

<sup>35</sup> *Idem.*

<sup>36</sup> Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, *Código Procesal Constitucional, proceso contencioso administrativo y derechos del administrado*, Lima, Palestra Editores, 2004, p. 120.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 121.

<sup>38</sup> Hurtado Reyes, Martín, *Tutela jurisdiccional diferenciada*, Lima, Palestra Editores, 2006, p. 375.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 374.

debe ejecutar de manera inmediata, sin importar que el demandado haya formulado apelación, pues se entiende que la apelación no suspende el cumplimiento de la prestación ordenada en la misma.<sup>40</sup>

César Proaño Cueva se ubica en este sector e indica que:

era preciso dotarle —a los procesos constitucionales de la libertad— a su vez, de instituciones propias de la tutela de urgencia distinta a la misma sumarización, característica intrínseca que proviene de su naturaleza; así, nos encontramos ahora gracias a la regulación normativa (requerida todavía por muchos, para su actuación judicial) plasmada en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional bajo el título de actuación de sentencias, con una institución que en doctrina ha recibido varias denominaciones.<sup>41</sup>

## 2. Posición en contra

En este sector, bien podríamos desglosar dos posiciones, aquellos que expresamente reconocen la figura, pero que no están de acuerdo, expresando más bien su prudencia, reparos y cautela en su utilización por parte de los justiciables y jueces; y por otro lado, aquellos que inclusive sólo plantean la naturaleza de las sentencias ejecutables en supuestos de sentencias firmes.

Así, en la primera posición se ubica, entre otros Samuel Abad Yupanqui, quien si bien reconoce la naturaleza de urgencia del proceso de amparo, “pues la sentencia de primer grado, que declara fundada la demanda puede actuarse de inmediato pese a haber sido apelada”,<sup>42</sup> por otro lado, expresa sobre lo mismo sus reparos:

esta posibilidad que ya existe en otros ordenamientos, exige un mayor cuidado del juez al momento de conceder el amparo solicitado y debería atender a determinados aspectos desarrollados por la doctrina, entre los cuales nos parece importante tomar en cuenta el límite de la irreversibilidad, es

<sup>40</sup> *Ibidem*, pp. 437 y 438.

<sup>41</sup> Proaño Cueva, César, “La actuación de sentencia impugnada en el proceso de amparo peruano. Vicisitudes de su aplicación”, *Estafeta Jurídica Virtual de la Academia de la Magistratura*, artículo publicado el 2 de octubre de 2006 en [www.amag.edu.pe/webes\\_tafeta2/index.asp?warproom=articles&action=read&idart=213](http://www.amag.edu.pe/webes_tafeta2/index.asp?warproom=articles&action=read&idart=213).

<sup>42</sup> Abad Yupanqui, Samuel B., *El proceso constitucional de amparo*, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 202.



decir, si de hacerlo, se produjeran efectos que la eventual sentencia revocatoria no podrá declararlos ineficaces ni ordenar su reparación. Si bien es cierto, el Código Procesal Constitucional no se refiere a dicho aspecto, ello no impide que así lo pueda interpretar la jurisprudencia.<sup>43</sup>

En igual actitud se muestra Luis Sáenz Dávalos, en donde si bien reconoce, “la actuación inmediata de sentencias incorporadas en el segundo párrafo del artículo 22 del Código”.<sup>44</sup> Más explícitamente el citado letrado del TC expresa *in extensu* lo siguiente:

A pesar de que el dispositivo comentado incorpora el régimen de ejecución anticipada en los términos aquí descritos y que difícilmente harían pensar que se trata de una opción diferente, su redacción para muchos no resulta del todo clara en tanto no consta de modo expreso que las sentencias estimatorias a las que se refiere la norma, sean necesariamente aquellas sobre las cuales existen recursos impugnatorios pendientes.

Si esto es así, podría pensarse que el régimen al que se está refiriendo el artículo 22 es el correspondiente al de la ejecución de sentencia. Sin embargo, tal aseveración quedaría descartada si nos atenemos a que en el artículo 59 del mismo Código, que *strictu sensu*, sí se encuentra referido a ejecución de sentencias, se deja claramente establecido que lo allí normado es “*Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 22...*”.

Con todo, somos de la idea de que a fin de evitar controversias hubiese sido conveniente redactar de una forma mucho más explícita el citado dispositivo.<sup>45</sup>

En esta misma orilla se ubica el profesor Mauricio Raffo, quien al comentar el artículo 22 del CPC expresa:

De una revisión de la norma citada se aprecia que la misma regula una actuación de la sentencia impugnada ope legis, toda vez que la norma legal prevé su procedencia sin condición alguna, no regulando la facultad del juzgador para limitar su aplicación, ni la exigencia al vencedor de la sen-

<sup>43</sup> *Ibidem*, pp. 202 y 203.

<sup>44</sup> Sáenz Dávalos, Luis, “Las innovaciones del Código Procesal Constitucional en el proceso constitucional de amparo”, en varios autores, *Introducción a los procesos constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Lima, Jurista Editores, 2005, p. 136.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 137.

tencia de primer grado de la constitución de garantía, ni el cumplimiento de ningún otro requisito especial de procedencia.<sup>46</sup>

Luego opina que “la regulación del instituto estudiado sin ningún parámetro normativo claro resulta ser peligrosa; por lo que en nuestra opinión sería conveniente, desde un punto de vista general, una regulación mixta, que otorgue al juzgador la facultad de poder decidir, en atención a las particularidades del caso concreto.”<sup>47</sup>

Mucho más determinante es la posición del profesor Elvito Rodríguez Domínguez, quien no sólo no reconoce la existencia expresa de la ejecución anticipada de las sentencias impugnadas, sino que, según este autor, “solamente se ejecuta la sentencia firme por consentida o ejecutoriada (artículo 22 del CPC)”.<sup>48</sup>

### 3. *La postura discreta: silencio en torno a la figura procesal*

Existen otros autores que, si bien han comentado el artículo 22 del CPC, en rigor no se han pronunciado en torno a la ejecución de sentencia impugnada; esto es, no indican si existe o no la figura.

En esta línea se ubica por ejemplo Víctor Julio Ortecho Villena, quien después de aclarar que el Código emplea el término “actuación de sentencia”, le parece más apropiado el de ejecución, “en razón que en todo proceso jurisdiccional, la última etapa es la ejecutiva”.<sup>49</sup>

Igual lectura se aprecia en la opinión del profesor Luis Castillo, cuando señala que, “sólo en el supuesto que se haya declarado fundada (en parte o totalmente) la demanda, existe la posibilidad de *actuar*, entiéndase ejecutar, una sentencia. La actuación o ejecución de la sentencia significará que se regresen las cosas al estado anterior de cometida la amenaza o violación de un derecho constitucional, o que se obligue al funcionario a cumplir con una ley o un acto administrativo”.<sup>50</sup>

<sup>46</sup> Raffo La Rosa, Mauricio, “La actuación de la sentencia impugnada en el nuevo Código Procesal Constitucional peruano”, *Derecho Procesal. III Congreso Internacional*. Lima, Universidad de Lima, 2005, p. 155.

<sup>47</sup> *Idem*.

<sup>48</sup> Rodríguez Domínguez, Elvito A., *Manual de derecho procesal constitucional*, 3a. ed., Lima, Grijley, 2006, p. 368.

<sup>49</sup> Ortecho Villena, Víctor Julio, *Procesos constitucionales y su jurisdicción*, Lima, Rodhas, 2004, p. 113.

<sup>50</sup> Castillo Córdova, Luis, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Lima, Ara Editores, 2004, p. 292.

En otro apartado, el citado autor refiere que “...en estos casos, cuando la sentencia es la que ha puesto fin al proceso constitucional (no necesariamente emitida por el Tribunal Constitucional), sin que haya sido impugnada venciendo el plazo para ello, debe *actuar conforme a sus propios términos*”.<sup>51</sup>

### VIII. UNA OJEADA PANORÁMICA A LA LEGISLACIÓN COMPARADA

La oferta de esta institución procesal en el mercado comparado resulta de suyo interesante y atractiva, por lo que vamos a apreciar, aunque sea muy someramente, cómo opera y bajo qué supuestos; pues si bien, esta institución difiere del proceso civil clásico, en los predios del derecho procesal constitucional resulta comprensible su amparo, desde que se trata de derechos que requieren una tutela de urgencia; aunque esta institución conforme veremos luego, necesita ser decantada de la forma como realmente está configurada en el Perú, a raíz de su precariedad en la normatividad del aún cuasi novel CPC.

Si bien los autores del CPC tomaron en parte como referencia algunos países de Latinoamérica, esta institución dimana según parece de añejos antecedentes.

#### 1. *Argentina*

Aunque la ley 16986 no comprende la figura procesal en comento, anota Adolfo Rivas,<sup>52</sup> que la Constitución de Salta, sancionada en 1986<sup>53</sup> y reformada en 1998, establece en el artículo 87, referente al amparo, una parte pertinente a dicho instituto, regulando lo siguiente: “Los recursos

<sup>51</sup> *Idem*. Este autor ha publicado una nueva edición de su obra *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, en dos volúmenes, y en el t. I (Lima, Palestra, 2006) opina lo siguiente: “Con la entrada en vigor del Código Procesal Constitucional, una sentencia en un proceso constitucional, en primera instancia, puede ser ejecutada incluso aunque contra ella se halla interpuesto un recurso impugnativo” (p. 438), lo cual ubicaría a este autor dentro de los que reconocen el instituto procesal en comento.

<sup>52</sup> Rivas, Adolfo Armando, *El amparo*, 2a. ed., Buenos Aires, La Rocca, 2003, p. 172.

<sup>53</sup> Sancionada el 2 de junio de 1986; reformada parcialmente, concordada y sancionada por la Convención Constituyente el día 7 de abril de 1998, y jurada el día 8 del mismo mes y año.

nunca suspenden la ejecución de la sentencia cuando la misma acoge la pretensión del amparado”.

Actualmente existe un proyecto de reforma en todo el sistema federal de la Argentina en donde se comprendería en el régimen del amparo a la actuación de sentencia impugnada.<sup>54</sup> Así, la exposición de motivos de este anteproyecto expresa:

La presente iniciativa vigoriza el papel del juez en la sustanciación del proceso amparista al receptor criterios de flexibilidad y dinamismo que caracterizan a este instituto. Con esta finalidad se recogen criterios dominantes en el constitucionalismo provincial.

En general puede decirse que las Constituciones locales que contemplan al amparo destacan la necesidad de la abreviación de los plazos, la rapidez del trámite, la informalidad y el papel activo del juez.

...En síntesis se ha procurado dotar a la presente iniciativa, para decirlo en los términos de Augusto Mario Morello, de una textura dúctil, no formalista que posibilite de modo dinámico una constante adaptación del amparo, como técnica jurídica, a fenómenos y realidades nuevas que muestran un tiempo de corrimientos y aperturas incesantes que incitan al operador —juez o jurista— a repensar la institución amparista para proyectarla siempre hacia el futuro como una garantía esencial de la persona. Destaca también Morello que en los últimos veinte años se ha enriquecido la dimensión constitucional, social y transnacional de las garantías institucionales porque estamos en la edad de las garantías pues sin ellas los derechos no existen.

## 2. *Bolivia*

A raíz del nuevo diseño del control de la constitucionalidad en la Reforma Constitucional de 1994, se dotó a la Constitución Boliviana de un tribunal constitucional, el mismo que hoy se ve regulado orgánicamente

<sup>54</sup> Artículo 23. Recursos. En el proceso de amparo sólo es apelable la sentencia definitiva, la resolución que reconduzca el proceso, la que disponga o rechace medidas cautelares y la que rechace la intervención de terceros.

El recurso será deducido y fundado en el plazo perentorio de tres días. Dentro del mismo lapso el juez o tribunal interviniente decide acerca de la admisibilidad o no del recurso. En caso de concederlo lo hará con efecto devolutivo, salvo que el cumplimiento de la resolución pueda ocasionar un gravamen irreparable, en cuyo caso, con carácter excepcional, se podrá otorgar con efecto suspensivo, véase: [www.gomezdiez.com.ar/files/Proy/Ley/2006/PL1939\\_06.pdf](http://www.gomezdiez.com.ar/files/Proy/Ley/2006/PL1939_06.pdf).

a través de la Ley 1836, Ley del Tribunal Constitucional. En lo que respecta al recurso de amparo constitucional (artículos 94 al 104) la LTC, prescribe en su artículo 102 lo siguiente: “La resolución concederá o denegará el amparo. Será ejecutada, sin perjuicio de la revisión, inmediatamente y sin observaciones...”<sup>55</sup>

### 3. Colombia

En la jurisdicción constitucional colombiana, se regula por medio del decreto 2591, de fecha 19 de noviembre de 1991, la acción de tutela, denominación que asume en ese país el amparo. El artículo 27 del mencionado decreto regula respecto a este tema lo siguiente: “Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirlo sin demora”.<sup>56</sup>

Esta disposición se encuentra complementada por el artículo 31, que prescribe: “Dentro de los tres días siguientes a su notificación, el fallo podrá ser impugnado por el defensor del pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato”.<sup>57</sup>

Las citadas normas no hacen más que desarrollar la acción de tutela ubicada en el artículo 86 del texto constitucional colombiano.

### 4. Ecuador

La actual Constitución de 1998, en el artículo 95, regula también la actuación de sentencia impugnada, en cuya parte pertinente se prescribe que:

<sup>55</sup> Fernández Segado, Francisco, *La jurisdicción constitucional en Bolivia. La Ley número 1836, del 10. de abril de 1998, del Tribunal Constitucional*, México, UNAM, 2002, p. 128. Igualmente a Rivera Santivañez, José Antonio, “El amparo constitucional en Bolivia”, en Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, UNAM-Porrúa, 2006, pp. 81-122, específicamente pp. 116-119.

<sup>56</sup> Brewer-Carías, Allan R., *Instituciones políticas y constitucionales. Derecho y acción de amparo*, 2a. ed., Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1998, t. V. p. 445. Igualmente a Ortiz Gutiérrez, Julio César, “La acción de tutela en la carta política de 1991. El derecho de amparo y su influencia en el ordenamiento constitucional de Colombia”, *El derecho de amparo en el mundo, cit.*, pp. 213-256, específicamente pp. 248-254.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 446.

“Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez dictará la resolución, la cual se cumplirá de inmediato, sin perjuicio de que tal resolución pueda ser apelada para su confirmación o revocatoria, para ante el Tribunal Constitucional”.

Pese a que en la jurisdicción constitucional de Ecuador existe una Ley de Control Constitucional; la reglamentación del amparo y del instituto procesal de la actuación de sentencia impugnada prevista en esta ley curiosamente resulta ser casi nula; salvo que se interprete su desarrollo en los artículos 51 y 55.<sup>58</sup>

## 5. Uruguay

La República Oriental del Uruguay aunque no cuenta con una legislación unificada de jurisdicción constitucional, en la ley 16011, del 19 de diciembre de 1988, regula el amparo y en el artículo 10 de dicha ley incluye sin duda la institución comentada:

En el proceso de amparo sólo serán apelables la sentencia definitiva y la que rechaza la acción por ser manifiestamente improcedente.

El recurso de apelación deberá interponerse en escrito fundado, dentro del plazo perentorio de tres días. El juez elevará sin más trámite los autos al superior cuando hubiere desestimado la acción por improcedencia manifiesta y lo sustanciará con un traslado a la contraparte, por tres días perentorios, cuando la sentencia apelada fuese la definitiva.

El tribunal resolverá en acuerdo, dentro de los cuatro días siguientes a la recepción de los autos. La interposición del recurso no suspenderá las medidas de amparo decretadas, las cuales serán cumplidas inmediatamente después de notificada la sentencia, sin necesidad de tener que esperar el transcurso del plazo para su impugnación.<sup>59</sup>

## 6. Costa Rica

Este país cuenta con una Ley de Jurisdicción Constitucional núm. 7135, del 11 de octubre de 1989. Allí, como anota el profesor Rubén Hernández,

<sup>58</sup> Salgado Pesantes, Hernán. “La garantía de amparo en el Ecuador”; *El derecho de amparo en el mundo*, cit., nota 53, pp. 305-331, específicamente p. 328.

<sup>59</sup> Ochs Olazábal, Daniel, *La acción de amparo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1995, p. 75.

el artículo 12 de la LJ le otorga a la sala la facultad de ejecutar sus propias sentencias, salvo en lo relativo a la liquidación y cumplimiento de indemnizaciones y responsabilidades patrimoniales, lo cual deberá ventilarse en la jurisdicción contencioso-administrativa por el procedimiento de ejecución previsto en la LRJCA. Dentro de esta óptica, la sala posee una amplia gama de facultades discrecionales para darle efectividad a sus resoluciones. Inclusive en cada caso puede establecer la modalidad específica de ejecución de la sentencia estimatoria.<sup>60</sup>

### 7. Venezuela

La Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales del 27 de septiembre de 1988, establece en su artículo 30 lo siguiente: “Cuando la acción de amparo se ejerce con fundamento en violación de un derecho constitucional, por acto o conducta omisiva, o por falta de cumplimiento de la autoridad respectiva, la sentencia ordenará la ejecución inmediata e incondicional del acto incumplido”.<sup>61</sup>

Si tomamos en cuenta la legislación procesal ordinaria, en donde se regula en distintos mercados jurídicos como Italia, Francia, España, Brasil, Uruguay entre otros,<sup>62</sup> no cabe más que reconocer que, aún en la legislación ciertamente conservadora del procesalismo civil, se prevé esta figura como ejecución provisional, empero no se trata de sentencias ciertamente definitivas, pues en teoría, la ejecución provisional, normalmente gira en torno a sentencias recurribles.<sup>63</sup>

<sup>60</sup> Hernández Valle, Rubén, “El recurso de amparo en Costa Rica”, *El derecho de amparo en el mundo*, *cit.*, nota 53, pp. 257-304, específicamente p. 303.

<sup>61</sup> Brewer-Carías, Allan R., “Comentarios a la Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales de Venezuela”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXI, núm. 63, septiembre-diciembre de 1988, pp. 1107-1159, específicamente p. 1138.

<sup>62</sup> Hurtado Reyes, Martín, *op. cit.*, nota 36, pp. 376-378; Monroy Gálvez, Juan, “La actuación de sentencia impugnada”, *cit.*, nota 11, pp. 211 y ss.; Santos, Mabel de los, “Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia”, *cit.*, nota 10, pp. 75-86.

<sup>63</sup> Anota Juan Monroy: “Por otro lado, si algo importa del instituto es que la actuación de la sentencia carente de firmeza ocurra de manera anticipada, es decir, tal y como si fuera una decisión firme. Lo que sí resulta de la mayor importancia es identificar el objeto de la actuación. Así, conviene precisar desde ahora que éste no es la sentencia firme porque ella no requiere de un instituto particular para actuarse en tanto su actuación inmediata es una realidad inherente a ella. El objeto de la actuación inmediata es la *sentencia impugnada*”; en “La actuación de sentencia impugnada”, *cit.*, nota 11, p. 208.

Si bien subyace en la legislación procesal constitucional la idea de que se trata de procesos constitucionales con carácter de urgencia, dada la naturaleza de la lesión o agravio constitucional que está en juego; con todo, queda aún por aclarar si ciertamente el CPC ha configurado, en el proceso de amparo, este instituto de remedio de urgencia.

#### IX. ¿QUÉ ES LO QUE OCURRIÓ EN LA COMISIÓN QUE ELABORÓ EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL?

A juzgar por los antecedentes y los intereses académicos de sus autores, no cabe la menor duda, que en el interior de esta Comisión se planteó el tema; y lo más probable es que la propuesta haya provenido de Juan Monroy Gálvez<sup>64</sup> cuya predilección e interés, fue en parte aceptado, aunque lógicamente no con dicho *nomen iuris*. Analizando lo declarado por Domingo García se aprecia la siguiente afirmación: “...se discutió mucho

<sup>64</sup> Desde el punto de vista académico, puede verse de este autor parte de sus reflexiones en *Introducción al proceso civil*, Colombia, Temis, 1996, t. I. También puede verse el libro escrito al alimón con su hijo Juan José Monroy Palacios, *La tutela procesal de los derechos*, *cit.*, nota 25, donde se aprecia los importantes planteos sobre este sugerente instituto procesal.

El conocido procesalista ha venido planteando incluso con anterioridad la reforma al Código Procesal Civil. Así, puede verse ya en el anteproyecto de reforma del CERIAJUS (en cuyo seno participara este ius-procesalista) en el artículo 393, la inclusión de la figura de la actuación de sentencia impugnada. Es interesante resaltar la regulación detallada que esta figura ha merecido en el citado Anteproyecto:

“Artículo 393. Ejecución de sentencia impugnada. La interposición de recurso no suspende la ejecución de las sentencias de condena.

393.I. Suspensión de la ejecución. La Sala Superior que expidió la sentencia impugnada dispondrá, a iniciativa de parte y mediante auto inimpugnable, que la ejecución sea suspendida, total o parcialmente, siempre que se preste caución dineraria por el monto de la ejecución. Cuando la ejecución no tenga contenido patrimonial, la Sala determinará el monto de la caución dineraria atendiendo a criterios de equidad.

392. II. Ejecución parcial de sentencia. Si la sentencia impugnada tuviera más de un decisorio y uno o más de ellos fuesen de condena, éstos podrán ser ejecutados siempre que su actuación no esté condicionada a la adquisición de firmeza de los otros decisorios.

393. III. Sentencias impugnadas no ejecutables. No procede la actuación de las sentencias meramente declarativas o constitutivas, como aquellas que se refieren a filiación, nulidad de matrimonio, nulidad de acto jurídico, resolución de contrato, separación por causal o divorcio, capacidad o estado civil y, en general, todas las que no requieran para su actuación de un posterior proceso de ejecución”. Véase [www.congreso.gob.pe/comisiones/2004/cerijus/Plan\\_Nacional\\_cerijus.pdf](http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2004/cerijus/Plan_Nacional_cerijus.pdf).



(en materia de amparo) y al final no hubo acuerdo entre los miembros de esta Comisión”

De allí concluye García Belaunde, “preferimos dejarla tal cual, pues el Código representa un gran consenso en los grandes temas, no necesariamente en los detalles”. Estas frases, estimamos que debemos aquilatarlas en todo su contexto.

Por lo pronto debemos recordar que algo similar, pero bajo otras circunstancias, se presentó en la Comisión que elaboró el Anteproyecto de la antigua Ley de Hábeas Corpus y Amparo; justamente presidido por Domingo García Belaunde. Allí, en la exposición de motivos de la futura Ley 23506 se había expresado que:

En cuanto a la técnica de trabajo de esta comisión, se ha logrado en la medida de lo posible unificar criterios en diversos puntos del anteproyecto, aspecto sumamente delicado toda vez que, diversos miembros de la comisión tenían puntos de vista muy sólidos que defendían aspectos contrarios. No obstante, en la comisión se ha hecho un esfuerzo para presentar un solo proyecto unitario, de manera tal que el anteproyecto ha sido aprobado y firmado por todos los miembros, sin que ello signifique necesariamente que suscriban todos y cada uno de los artículos del anteproyecto, sino tan sólo un acuerdo en sus lineamientos básicos y generales.

Los aspectos más saltantes de las reuniones han quedado consignadas en las actas que se adjuntan al anteproyecto y a la presente exposición de motivos.<sup>65</sup>

Hubo en dicha elaboración del anteproyecto de la ley 23506 un voto “en minoría” suscrito por Alberto Borea Odría relacionado con “*La procedencia de la acción de amparo en aquellos casos en los cuales sea necesario la previa reglamentación legal*”.

Allí, el profesor Alberto Borea expresaba que “como lo señala el proyecto en la Exposición de Motivos, muchos han sido los puntos en los cuales los miembros de la Comisión hemos armonizado criterios, no obstante haber, en trabajos precisos, sostenido algunos puntos de discordia con lo que ha sido aprobado finalmente en el texto”.<sup>66</sup>

En realidad, viene a colación lo citado precedentemente para ubicar que, en el caso de los debates internos que se realizaron en la Comisión

<sup>65</sup> Borea Odría, Alberto, *El amparo y el hábeas corpus en el Perú de hoy*, Lima, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 1985, p. 344.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 353.

que integraron los profesores Domingo García Belaunde, Juan Monroy Gálvez, Francisco Eguiguren Praeli, Jorge Danós Ordóñez, Samuel Abad Yupanqui y Arsenio Oré Guardia y que elaboraron el Anteproyecto del actual CPC, en realidad, no fue ésta una Comisión Oficial, es decir no fue nombrada por el Gobierno, ni formó parte de alguna Comisión Parlamentaria; a diferencia de la Comisión que elaboró el Anteproyecto de la antigua Ley de Hábeas Corpus y Amparo, que sí fue una *Comisión Especial* nombrada por el Gobierno.<sup>67</sup> De allí que si la Comisión que elaboró el CPC, tenía que sacar un Anteproyecto, era comprensible que el conjunto articulado de codificación procesal constitucional sea más o menos “consensuado”. Y ello, así ha ocurrido.

En este contexto, mal hubiera sido, por decir lo menos, que se publicara el Anteproyecto del Código, con votos en minoría o en discordia en algunos temas, y que, por lo demás, estos asuntos son de por sí normales e inevitables, dado que se concurre con la buena voluntad, aún cuando cada integrante deba inevitablemente ceder en algunos temas.

Es en este marco situacional, donde se entiende y comprende lo que explica Domingo García Belaunde de que el Código representa “un gran consenso en los grandes temas” y “no necesariamente en los detalles”.

No obstante esto, aún sigue a flote la idea que, justamente ellos —los autores del Anteproyecto del CPC— dijera en la primera versión de su “*estudio introductorio*”. En efecto, la madre del cordero está en este breve, pero determinante párrafo, que en nuestro concepto, influyó gravitantemente en muchos autores ya glosados *in extenso*. Veamos, con mayor detenimiento, lo que dice el comentario o estudio preliminar:

Probablemente uno de los hechos más destacados del Código es el haber asumido el instituto de la “actuación de la sentencia impugnada”, según el cual cuando se expide una sentencia en primer grado, ésta debe ser ejecutada con prescindencia de que hay sido apelada. Debemos precisar que esta institución está incorporada en procedimientos constitucionales de Colombia, Bolivia, Venezuela y Uruguay.

Sobre este aspecto recordemos nuevamente lo que expone el propio Domingo García Belaunde, frente a la pregunta del profesor José Palomi-

<sup>67</sup> Mediante Resolución Suprema 059-81-JUS, del 1o. de septiembre de 1981 se nombró dicha Comisión integrada por el doctor Domingo García Belaunde en calidad de presidente y por los doctores Pedro Morillas Gamio, Alberto Borea Odría, José León Barandiarán Hart y Jorge Velarde Santa María.

no Manchego (advíertase aquí que en la interrogante el doctor Palomino da por supuesto que sí existe esta institución procesal): “¿Dentro de las novedades que nos proporciona el Código Procesal Constitucional, se encuentra el régimen de ejecución anticipada de sentencia. ¿Podría ofrecer nos una breve explicación de lo que se ha buscado con dicha institución y si la misma tiene antecedentes en el derecho comparado?”.

A lo que Domingo García Belaunde responde, *prima facie* y en forma determinante que: “Esto en realidad no se ha incorporado...”

Luego aclara: “Lo que pasa es que en el estudio preliminar al Código publicado por nosotros, se deslizó esa referencia que por la premura del editor no fue revisada”.

Esta respuesta por lo menos permite, entre otras lecturas posibles, apreciar que la figura de la actuación de sentencia impugnada sí se había tomado en cuenta pero que, al final, sus propios autores han consensualizado en opinar su inexistencia; muy al margen de lo que la disposición, el texto o la redacción misma del artículo 22 pueda dar más de una interpretación distinta a la que sostienen sus propios autores. Es decir, nos encontramos aquí ante un problema que puede expresarse entre la voluntad del legislador y la voluntad de la ley.

Posteriormente Domingo García prosigue explicando que: “*En la segunda edición en prensa la hemos eliminado*”.

Y, efectivamente, en la actual segunda edición, lo que en la primera edición está en la página 48, en esta segunda edición se encuentra en las páginas 51 y 52, y ciertamente ya no aparece el párrafo donde se reconoce la existencia de la “actuación de sentencia impugnada”; esto es, se ha *suprimido*. De tal manera que la situación se vuelve un campo de Agramante entre el sector que sostiene la tesis de que en el amparo sí existe la institución de la actuación de sentencia impugnada, y los autores del Código, que *a posteriori* han rectificado oficialmente su posición y por consenso expresan no haberla incorporado, y entre los que parece encontrarse el mismísimo Juan Monroy Gálvez.<sup>68</sup>

<sup>68</sup> En esta segunda edición de Palestra, bien pudo Juan Monroy haber publicado una opinión discrepante en torno al tema; sin embargo, como quiera que ha suscrito la última versión; damos por hecho que los autores reales del Código han consensualizado en opinar que esta figura procesal *sensu strictu* no existe. Véase varios autores, *Código Procesal Constitucional, cit.*, nota 16, pp. 51 y 52.

## X. ENTRE LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR Y LA VOLUNTAD DE LA LEY

El CPC se enmarcó bajo los marcos de todo *un procedimiento legislativo*, entendiéndose a este último como la sucesión de actos necesarios para la elaboración de la ley. Como se sabe, el legislador tiene características específicas que explican su propia estructura, en tanto se trata de un organismo colegiado y de naturaleza representativa, en donde se tienen que tamizar las distintas opciones político-partidarias, a fin que el producto acabado —la ley— salga integrando la voluntad de sus miembros en una decisión conjunta. En tal perspectiva, debemos recordar que todo *procedimiento legislativo*, por lo general, comprende hasta tres etapas: La primera fase es la de *iniciativa*, que en nuestro caso se encuentra ubicado en el artículo 107, el cual prescribe el derecho de iniciativa a los congresistas, al presidente de la República, a los otros “poderes del Estado” y a muchas entidades más. La segunda fase es la *constitutiva*, que es el debate y la aprobación de la ley; y la tercera fase es la *integradora de eficacia*, que abarca la sanción, promulgación y publicación.<sup>69</sup>

No cabe duda que nuestro CPC pasó por todo el procedimiento legislativo que la Constitución regula; en consecuencia, el legislador (y aquí entendemos por ficción jurídica quien elaborara el Anteproyecto, como la Comisión Parlamentaria que lo hizo suyo; y que luego, después de las correspondientes comisiones, aprobó prácticamente y en líneas generales todo el Anteproyecto elaborado por los autores reales) no acordó expresamente incorporar en la configuración legislativa del Amparo, el instituto de la actuación de sentencia impugnada.

Aceptándose la situación de que en el *iter* de la elaboración del CPC no primó en la voluntad del legislador la regulación de la figura de la actuación de sentencia impugnada; puesto que, tanto en las dos Comisiones Parlamentarias como en el Pleno, se habló del presunto riesgo o peligro de lo que se estaba incorporando; toda vez que el citado artículo 22, en su proyección original fue objeto de una modificación importante (para su cumplimiento, y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el juez podrá hacer uso... incluso, su prisión efectiva hasta por un plazo de seis meses renovables),

<sup>69</sup> Eto Cruz, Gerardo, “Aprobación de los proyectos de ley”, *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*, Lima, Gaceta Jurídica, 2006, t. II, pp. 185 y ss.

mas no aludía, ni tan siquiera con el *nomen iuris* de la “actuación de sentencia impugnada” o con otro nombre como “ejecución provisoria” o “provisional”, etcétera. Se debería, en este extremo, concluir que, visto desde una interpretación histórica o exegética, en puridad, no existe la figura procesal de la actuación de sentencia; siendo así, mal haría un juez en aplicarla.

Sin embargo, como ha señalado Domingo García, “hoy se admite que el legislador histórico tiene muy poca competencia, y a la larga, tal vez ninguna, sobre todo cuando se extiende el tiempo entre la dación de la norma y el momento en que se interpreta”.<sup>70</sup> Cabe pues, resaltar aquí, parafraseando el pensamiento norteamericano, que la idea del originalismo<sup>71</sup> del CPC resulta determinante, en el sentido que sus autores, no optaron por delinear, por lo menos en el proceso de amparo, la figura de la actuación de sentencia impugnada.

No obstante, al lado de la interpretación histórica o de la voluntad del legislador, hoy en la teoría de la interpretación se habla de la “*voluntad de la ley*”, que es, ciertamente distinta de la “*voluntad del legislador*”. Nos explicamos, en la voluntad del legislador prima lo que quiso históricamente el autor de la norma; mientras que la voluntad de la ley es la norma que tiene vida propia, independientemente de su interpretación histórica u originalista. En buena cuenta, cuando hablamos de la voluntad del legislador y la voluntad de la ley estamos hablando del binomio interpretación histórica frente a la literal, o la interpretación originalista frente a la textualista, o la interpretación estática frente a la dinámica.<sup>72</sup> En tal perspectiva, habría que auscultar ya, en este extremo, si acaso más que la voluntad del legislador, el peso que hoy tiene la disposición normativa pertinente del artículo 22 habilita una interpretación identificada como la voluntad de la ley; en tanto se le puede asignar una interpretación distinta a lo que quisieron sus autores. En este contexto, podría interpretarse, desde el punto de vista de la norma, sumado a la técnica de la

<sup>70</sup> García Belaunde, Domingo, “La interpretación constitucional como problema”, en Ferrer Mac-Gregor (coord.), Eduardo, *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, vol. IV, p. 3421.

<sup>71</sup> Beltrán, Miguel, *Originalismo e interpretación, Dworkin vs. Bork*, Madrid, Civitas, 1989.

<sup>72</sup> Sâgués, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2001, pp. 164 y ss.

concordancia intra-sistemática, que sí es posible que el juez, en la praxis y bajo ciertas condiciones y presupuestos, admita la figura procesal de la actuación de sentencia impugnada. En realidad, nos encontramos aquí frente a lo que Guastini denomina, como la técnica de la “interpretación correctora en general”, en tanto esta interpretación se presenta como “corrección” de la voluntad legislativa, puesto que se da por hecho que el legislador siempre dice exactamente lo que pretende y se mantiene, por ello, que la interpretación literal es la más respetuosa con la intención del legislador. Sin embargo, una interpretación correctora normalmente atribuye a un texto normativo no su significado literal más inmediato, sino un significado distinto.

Al respecto, Guastini es más explícito cuando habla sobre la intención del legislador en el marco de la interpretación correctora restrictiva. En efecto, aquí se presentan dos variantes notables que nos resultan útiles para entender una posible interpretación distinta a lo que hoy han establecido los autores del Código:

- a) En una primera variante del argumento, la intención del legislador se identifica con la voluntad del legislador histórico, “de carne y hueso”, por así decirlo; esto es, con la voluntad de los hombres que históricamente participaron activamente en la redacción y aprobación del documento normativo de que se trate. La averiguación de la voluntad del legislador no puede valerse más que de los llamados “trabajos preparatorios”.
- b) En una segunda variante del argumento, la intención del legislador se identifica no ya con la voluntad del legislador histórico, “de carne y hueso”, sino con una más impalpable, “voluntad de la ley”, considerada en abstracto: la *ratio legis*.

Por otro lado, Guastini expresa que para descubrir la voluntad de la ley hay que atender exclusivamente al texto de la propia ley (o, a lo sumo, al texto de la ley y a las circunstancias sociales que la han ocasionado) y *no*, a los trabajos preparatorios. Desde este punto de vista, en efecto, los trabajos preparatorios reflejan no la “objetiva voluntad de la ley”, sino sólo los “subjetivos modos de entenderla de los legisladores”. En otras palabras, esta estrategia argumentativa desempeña esencialmente la función de desacreditar, por irrelevante el uso de los trabajos preparatorios como instrumento para atribuir significado al texto normativo de que

se trate.<sup>73</sup> Admitida así una eventual existencia de la actuación de sentencia impugnada incorporada en el proceso constitucional del amparo peruano, lleva a suscribir esta segunda variante; en tanto, es lícito y factible encontrar una interpretación que fluye incluso del propio texto normativo del CPC. Veámoslo en un acápite aparte.

#### XI. LAS DISPOSICIONES Y NORMAS VINCULADAS A LA ACTUACIÓN DE SENTENCIA IMPUGNADA: LAS ORILLAS CONTRAPUESTAS

Un breve análisis del CPC lleva a ubicar preceptos claves, para determinar la posibilidad de que el juzgador admita eventualmente, y bajo ciertas restricciones la tutela de urgencia del amparo, disponiendo la ejecución provisional de sentencia, hasta en tanto el superior jerárquico la confirme, o en su caso la revoque.

Por lo pronto, el Código ha establecido en el numeral 17 los contenidos y requisitos mínimos aplicables a los cuatro procesos que forman parte, como querría Mauro Cappelletti, de la jurisdicción constitucional de la libertad. Y luego, a cada proceso constitucional le ha otorgado un tratamiento específico. Así, el artículo 34 prescribe los contenidos y medidas que debe tener una sentencia fundada en *Hábeas Corpus*, lo propio en el numeral 55 se regula la sentencia fundada en amparo y que en parte ha de entenderse aplicable al *Hábeas Data*. Y finalmente, en el artículo 72 se prescribe el contenido de la sentencia fundada en proceso de cumplimiento.

En lo que respecta al proceso constitucional de amparo, el Código le ha dotado de un tratamiento por partida doble. Veamos:

El artículo 22, sumillado preliminarmente por sus propios autores como de “actuación de sentencias”, constituye un conjunto de disposiciones aplicables a los cuatro procesos constitucionales de la libertad. Y en el primer párrafo se encuentran dos disposiciones. La primera expresa lo siguiente: “La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda”.

<sup>73</sup> Agrega más contundente el profesor Guastini lo siguiente: “naturalmente apelar a la voluntad de la ley como cosa distinta de la (relativamente) concreta voluntad del legislador, y especialmente cuando se trata de leyes recientes, no es más que un modo de eludir, dejar de lado o sabotear la política jurídica perseguida por los órganos legislativos, sustituyéndola por la política jurídica del intérprete”, (cfr. Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, UNAM, 1999, pp. 31, 33 y 34).

Aquí estamos ante un fallo que tiene la condición de firme, esto es, que ya es inimpugnable. No está hablando aquí la norma de una sentencia de primera instancia que puede ser recurrible, se trata del supuesto de una sentencia que “ha causado ejecutoria”. Y en este contexto es lógico que dicho fallo, “se actúe conforme a sus propios términos por el juez de la demanda”. Esta disposición normativa del primer párrafo del artículo 22 guarda conexidad con el artículo 17, incisos 4 y 5, pues lo que el juez ejecutor está realizando es disponer que se cumpla con lo que ha quedado firme. Igualmente el citado precepto 22 en la primera disposición normativa, no es más que lo que prescribe el artículo 59: “la sentencia firme que declara fundada la demanda debe ser cumplida dentro de los dos días siguientes de notificada”.

Es decir, la disposición normativa *prima facie* del artículo 22, que *in verbis* expresa “la sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda”, es un apéndice y por lo tanto guarda conexidad con esta otra norma ubicada en el artículo 59: “la sentencia firme que declara fundada la demanda debe ser cumplida dentro de los dos días siguientes de notificada”.

Ahora bien, la verdadera norma, donde presuntamente se reconoce la existencia de la ejecución de sentencia impugnada está ubicada en el segundo párrafo del artículo 22. Allí se aprecia lo siguiente: “La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata”.

¿Qué tipo de sentencia debe actuarse inmediatamente? Es aquí donde el arcano de la norma deberá ser develado y al mismo tiempo rellenado de contenido por el juez. Puesto que si se trata de lo que se indica en la primera parte del artículo 22, no tiene sentido; toda vez que la *executio* de todo fallo es su destino final, a fin de obtener una tutela satisfactoria, y no en su forma provisional, sino definitiva. De acuerdo a la voluntad del legislador cabría aquí, formular la exégesis que la sentencia que ordena la realización de una prestación, es la sentencia firme que se indica en su primer párrafo (“la sentencia que cause ejecutoria...”). Y como hemos señalado, esta parte del artículo 22 guarda conexidad con el artículo 59 del Código.

Hasta aquí no se presentaría ningún problema, y primaría la tesis negativa de la no existencia de la actuación de sentencia impugnada.



Sin embargo, el problema se presenta cuando en el citado artículo 59, la disposición normativa deslinda frontalmente con lo que dice el artículo 22. En efecto, la redacción empieza así: “Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 22 del presente Código, la sentencia firme que declara fundada la demanda debe ser cumplida dentro de los dos días siguientes de ser notificada”.

Con esta redacción el panorama cambia completamente, puesto que, a diferencia de lo que opina Luis Sáenz Dávalos,<sup>74</sup> nosotros estimamos que el primer párrafo del artículo 22 trata *strictu sensu* de la ejecución de sentencia firme, ya inimpugnable.

Empero, el segundo párrafo del artículo 22 no regula la ejecución de sentencia firme, de allí que se entiende la frase “sin perjuicio de lo establecido en el artículo 22...”. Quiere esto decir, a fin de tocar puerto, que bajo esta singladura, bien estaría legitimado un juez para disponer, al hilo del segundo párrafo del artículo 22, en concordancia con el artículo 59, *ab initio*, una medida provisional de actuación de sentencia impugnada, hasta en tanto se defina en segunda instancia.

Por tanto, entre la *voluntad del legislador* —que era por donde habíamos comenzado esta parte— y la *voluntad de la ley*; aquella prohíbe, pero esta permite, la figura procesal que motiva este ensayo.

## XII. ¿ANTE QUÉ TIPO DE ACTUACIÓN DE SENTENCIA NOS ENCONTRAMOS?

Como quiera que estamos virtualmente ante un enigma normativo y que, como bóveda en clave debe ser abierto por el TC cuando le asigne un contenido interpretativo a la existencia o no de esta institución procesal; de nuestra parte, nos ubicamos entre quienes consideran de que sí existe dicha figura; pero que debe ciertamente ser utilizada con prudencia y mesura y diríamos en términos casi excepcionales; y que debe ser el TC el que establezca los supuestos en donde se actúe una sentencia en primer grado. En tal sentido, bien puede apelarse a la técnica de las sentencias con efectos normativos; y así como ha establecido las pautas para la procedencia, por ejemplo, de los procesos de cumplimiento,<sup>75</sup> lo pro-

<sup>74</sup> Sáenz Dávalos, Luis, “Las innovaciones del Código Procesal Constitucional en el proceso constitucional de amparo”, *op. cit.*, nota 42, pp. 136 y 137.

<sup>75</sup> Véanse las STC 0417-2005-AA/TC y STC 0168-2005-PC/TC.

pio podría establecer el colegiado constitucional los supuestos para su procedencia.

Con todo, no está de más desarrollar los criterios tipológicos de esta figura y tomando aquí en versión libre a Osvaldo Alfredo Gozaíni,<sup>76</sup> bien podrían detectarse las siguientes modalidades dependiendo de que la actuación o ejecutabilidad de la sentencia de primer grado, esté supeditada a la facultad del juez (potestad discrecional), o del impulso previsto por el Código (que puede, a su vez, ser de oficio o a pedido de parte).

- a) *Actuación de sentencia ope legis*; cuyo eje característico radica en que está normado o previsto en el Código, por lo que el órgano jurisdiccional debe disponer dicha actuación y no limitar su procedencia.
- b) *Actuación de sentencia ope iudicis*; se caracteriza en que ya no se trata de una obligación que emana de la norma; pues aquí el instituto no se regula; empero la actuación de la sentencia depende del criterio discrecional del juez y aplicando ciertos parámetros de razonabilidad y proporcionalidad y según las circunstancias del caso, el juez juzga la naturaleza irreversible del derecho reclamado.
- c) *La modalidad mixta*; aquí Gozaíni sostiene que este modelo atenúa las distancias entre la norma y los poderes del juez; pero es menester advertir sobre ciertas inconsistencias y algunas dudas sobre cuando procesar y aplicar uno u otro criterio.
- d) *La actuación de sentencia resuelta de oficio*; que en puridad es excepcional y que opera en la legislación procesal francesa; puesto que en todas las demás, la regla es que la actuación sea a pedido de parte.
- e) *La actuación de sentencia impugnada puede ser parcial o total*; según su ejecución se dirija al cumplimiento absoluto de la parte principal de la sentencia, según fuere de hacer, de dar o de no hacer; y como anota Gozaíni, salvo el tema de los costos, costas, etcétera.

Tentativamente bien puede irse diseñando una modalidad que puede identificarse como mixta; esta tipología podría aplicarse bajo ciertas condiciones y presupuestos que el caso amerite y siempre que se solicite a pedido de parte, reuniendo un mínimo de presupuestos como son entre

<sup>76</sup> Gozaíni, Osvaldo Alfredo, "La ejecución provisional en el proceso civil", *op. cit.*, nota 10, p. 89.

otros el grave riesgo de la irreparabilidad del derecho fundamental en juego; o la grave repercusión para el justiciable de la dilación que genera la impugnación de la sentencia; incluso el examen que el propio juez puede hacer sobre la prosperabilidad del recurso de apelación; en fin, éstos y otros presupuestos más podrán ser diseñados por una reforma a propósito de los tres años cumplió nuestro CPC en diciembre de 2007; y estimamos que es preferible que los aspectos procesales sean aclarados o decantados por el legislador antes que por el una inflexión que, a futuro, pueda diseñarle el TC, lo que ello no obsta a que el Colegiado Constitucional le dote, incluso de ciertas pautas que deben tener presente los operadores intérpretes frente a una eventual regulación o no de este instituto. Con todo, el tema no está cerrado y estimamos que convocará a más de una reflexión sobre una futura regulación o sobre una aclaración de su inexistencia normativa.