

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
ESCUELA DE POSGRADO
Maestría en Derecho Constitucional

La Actuación de Sentencia Impugnada en el Proceso de Amparo

**Tesis para optar el Grado Académico de Magíster en
Derecho Constitucional**

Autor : Javier Villa García Vargas

Asesor : Francisco Eguiguren Praeli

Lima, Mayo de 2009.

INTRODUCCION

La tesis está referida al estudio del instituto de la actuación de sentencia impugnada (¹) en el proceso de amparo que, en mi opinión, es una de las principales novedades e innovaciones que aporta el Código Procesal Constitucional a nuestra legislación constitucional.

El referido instituto está regulado en el segundo párrafo del Artículo 22 del Código Procesal Constitucional. Este confiere al demandante el derecho a solicitar al juez de primer grado, que emitió una sentencia estimativa de condena, su ejecución aún cuando la sentencia no estuviera firme.

En el primer capítulo de la tesis se analiza consideraciones generales referidas al instituto de la actuación de sentencia impugnada tales como concepto, origen, naturaleza jurídica y las distintas modalidades legislativas que puede adoptar el referido instituto.

Se menciona que el instituto de la actuación de sentencia impugnada no es una nueva técnica procesal, ni una creación del Código Procesal Constitucional. Es un antiguo instituto procesal que se originó en el Siglo XV para ejecutar, prontamente, determinadas decisiones judiciales o para evitar el abuso del derecho a recurrir. Se indica, también, que el referido instituto presta tutela satisfactiva, anticipatoria y que, en la práctica, su utilidad es variable. Esta se encuentra en relación directa con el mayor o menor tiempo que pueda demorar la resolución del recurso de apelación interpuesto contra una sentencia estimatoria dictada en el proceso de amparo. Si la jurisdicción constitucional demora más la resolución del recurso será mayor el beneficio que éste brinda a la tutela de los derechos, en cambio si la demora es menor reducirá su utilidad o importancia.

En el segundo capítulo se analiza un tema que, en un primer momento, considere evidente y por ello innecesario de tocar, como es el analizar si el instituto de la actuación de sentencia impugnada está o no regulado en el Código Procesal Constitucional; sin embargo, las dudas y el desconocimiento del instituto por parte de abogados y de magistrados me obligó a destinar un capítulo de la tesis para analizar y acreditar su incorporación al Código Procesal Constitucional. Para tal efecto recurrí a reglas tradicionales de la interpretación como son la interpretación literal, sistemática, teleológica e histórica. En el mismo capítulo se analiza, también, la posición adoptada por la doctrina nacional y la asumida por el Tribunal Constitucional en relación a la incorporación o no de la actuación de sentencia impugnada al Código Procesal Constitucional.

¹ También llamada ejecución provisional de sentencia, ejecución anticipada de sentencia o ejecución de sentencia impugnada, entre otras denominaciones utilizadas.

En el tercer capítulo se efectúa un juicio de constitucionalidad al instituto de la actuación de sentencia impugnada porque su incorporación a nuestro ordenamiento legal no significa, necesariamente, que sea legítima. Para tal efecto, en principio, se analiza la posición que los principales juristas nacionales tienen sobre los derechos constitucionales que podrían afectarse con la aplicación del referido instituto, como son: el derecho al debido proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva. Luego, se analiza el contenido que el Tribunal Constitucional atribuye a los referidos derechos constitucionales, se determina su contenido esencial y se evalúa si éste es vulnerado o no por el instituto de la actuación de sentencia impugnada.

En el cuarto capítulo se efectúa un análisis de los antecedentes que existen en nuestra legislación sobre la actuación de sentencia impugnada. Luego, en el mismo capítulo, se analiza si el instituto objeto de estudio ha sido o no incorporado por las principales legislaciones constitucionales sudamericanas, constatando que la tendencia actual de las mismas se orienta a la incorporación del instituto al proceso de amparo.

En el quinto capítulo se delimita el contenido del derecho a actuar la sentencia impugnada. En primer lugar, se analiza quién es el juez competente para ejecutar la sentencia no firme y, luego, quiénes son los sujetos que están legitimados activa y pasivamente para intervenir en su actuación. Posteriormente, en el mismo capítulo, se menciona cuáles son los presupuestos o requisitos que deben cumplirse para ejecutar la sentencia impugnada, entre los que tenemos los siguientes: i) existencia de una sentencia estimativa de condena; ii) solicitud de parte; iii) pendencia del recurso de apelación; y iv) reversibilidad de la ejecución. En la parte final del capítulo se analiza, si se exige o no peligro en la demora o si se requiere o no prestar caución para que proceda la ejecución de sentencia impugnada.

En el sexto capítulo se trata un tema, sumamente, debatible u opinable como es el efecto que produce la sentencia confirmatoria y la revocatoria respecto de los actos de ejecución practicados en el proceso. Primero, se analiza el efecto que produce la sentencia confirmatoria respecto de los actos de ejecución practicados en el proceso, luego el efecto que produce la sentencia revocatoria no firme (impugnada) en dichos actos de ejecución y, por último, el efecto que produce la sentencia desestimatoria firme respecto de los actos de ejecución practicados distinguiendo, en este supuesto, entre el efecto que la revocatoria de los actos de ejecución produce entre las partes, de aquel que produce en los terceros de buena fe. En la parte final del capítulo se analiza, también, la obligación de indemnizar daños y perjuicios en que podría incurrir el actor como consecuencia de revocarse la sentencia ejecutada.

En el último capítulo, se analiza la relación existente entre la actuación de sentencia impugnada y la medida cautelar. Se concluye que ambos institutos procesales se complementan y no se excluyen entre sí. Además, se indica que en la medida que ambos operen en el proceso de amparo, éste tutelaré mejor los derechos constitucionales de los justiciables. Por último, en este capítulo se mencionan las consideraciones que justifican la existencia de la actuación de sentencia impugnada

en el proceso de amparo y se indica, también, por qué este instituto actualmente tiene poca vigencia o aplicación en la práctica.

LA ACTUACIÓN DE SENTENCIA IMPUGNADA EN EL PROCESO DE AMPARO.

Introducción.

I.	Concepto, Naturaleza, Origen y Modalidades.	Pág.07
	1.1 Concepto y Naturaleza Jurídica	Pág.07
	1.2 Origen	Pág.10
	1.3 Modalidades de Actuación de Sentencia Impugnada	Pág.12
	1.3.1 Actuación Ope Legis.	Pág.12
	1.3.2 Actuación Ope Iudicis.	Pág.12
	1.3.3 Actuación Mixta.	Pág.13
	1.3.4 Otras Modalidades.	Pág.13
II.	¿La Actuación de Sentencia Impugnada está o no regulada en el Código Procesal Constitucional ?	Pág.14
	2.1 Interpretación Gramatical.	Pág.14
	2.2 Interpretación Sistemática.	Pág.17
	2.3 Interpretación Teleológica.	Pág.19
	2.4 Interpretación Histórica.	Pág.20
	2.5 Principio Pro Homine.	Pág.22
	2.6 Consideraciones Finales.	Pág.24
	2.7 Doctrina Nacional: Su posición.	Pág.25
	2.8 Tribunal Constitucional: Su posición.	Pág.29
III.	Juicio de Constitucionalidad.	Pág.31
	3.1 Derechos Constitucionales de Naturaleza Procesal del Demandado	Pág.31
	3.2 Relación entre el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y el Derecho al Debido Proceso.	Pág.31
	3.3 Derecho a la Tutela Judicial Efectiva.	Pág.37
	3.4 Derecho al Debido Proceso.	Pág.39
	3.5 Mecanismos de Defensa Frente a Posibles Excesos del Legislador:	Pág.41
	3.6 Juicio de Constitucionalidad del Artículo 22 del Código Procesal Constitucional.	Pág.45
	3.6.1 Contenido del Derecho de Contradicción. La Actuación de Sentencia Impugnada no lo vulnera.	Pág.45
	3.6.2 Contenido del Derecho a Recurrir. La Actuación de Sentencia Impugnada no lo vulnera.	Pág.45
	3.6.3 Contenido del Principio de Pluralidad de Instancias.	

	La Actuación de Sentencia Impugnada no lo vulnera.	Pág.47
3.6.4	Contenido del Derecho de Defensa. La Actuación de Sentencia Impugnada no lo vulnera.	Pág.49
IV.	Antecedentes de la Actuación de Sentencia Impugnada en la Legislación Nacional y Comparada.	
4.1	Legislación Nacional.	Pág.51
4.1.1	Código Procesal Civil.	Pág.51
4.1.2	Cerijus.	Pág.52
4.1.3	Proyecto de Reforma Dr. Monroy.	Pág.53
4.2	Legislación Comparada.	Pág.54
4.2.1	Argentina.	Pág.54
4.2.2	Brasil.	Pág.56
4.2.3	Bolivia.	Pág.56
4.2.4	Colombia.	Pág.57
4.2.5	Ecuador.	Pág.57
4.2.6	Paraguay.	Pág.59
4.2.7	Uruguay.	Pág.60
4.2.8	Venezuela.	Pág.60
V.	Delimitación del Derecho, Presupuestos, Trámite y Contradicción.	
5.1	Delimitación del Derecho.	Pág.62
5.1.1	Elemento Subjetivo.	Pág.62
5.1.2	Elemento Objetivo.	Pág.63
5.2	Presupuestos.	Pág.65
5.2.1	Sentencia Estimativa de Condena.	Pág.65
5.2.2	Solicitud de Parte.	Pág.66
5.2.3	Pendencia del Recurso de Apelación.	Pág.66
5.2.4	Reversibilidad de la Ejecución.	Pág.67
5.3	No se exige Peligro en la Demora.	Pág.68
5.4	No se requiere prestar Garantía.	Pág.69
5.5	Tramite de la Ejecución.	Pág.70
5.6	Contradicción.	Pág.71
VI.	Efectos de las Sentencias Confirmatoria y Revocatoria en los Actos de Ejecución Practicados.	
6.1	Sentencia Confirmatoria.	Pág.73
6.2	Sentencia Revocatoria.	Pág.75
6.2.1	Sentencia Revocatoria Impugnada.	Pág.75
6.2.2	Sentencia Revocatoria Firme.	Pág.77
VII.	Relación de la Actuación de Sentencia Impugnada con la Medida Cautelar. Su Aplicación en la Práctica.	

7.1	Diferencias con la Medida Cautelar.	Pág.81
7.2	Diferencias con la Medida Temporal sobre el Fondo	Pág.82
7.3	¿Está justificada la existencia de la Actuación de Sentencia Impugnada en el Proceso de Amparo?	Pág.84
7.4	¿Funciona Actualmente la Actuación de Sentencia Impugnada?	Pág.86
VII.	Conclusiones	Pág.89
VIII.	Bibliografía	Pág.93



I

Concepto, Naturaleza, Origen y Modalidades.

1.1 Concepto y Naturaleza Jurídica.

La actuación de sentencia impugnada es el instituto que atribuye eficacia a la sentencia estimatoria carente de firmeza, quedando sus efectos subordinados a lo que resulte del recurso interpuesto.

El instituto de la actuación de sentencia impugnada ⁽²⁾ no es una nueva técnica procesal ni, mucho menos, una creación del Código Procesal Constitucional. Es un instituto procesal de antigua data. Se originó, como tal, en el Siglo XV. Surgió como un mecanismo que buscaba compatibilizar el recurso de apelación con la ejecución de sentencia ante la necesidad de ejecutar, prontamente, ciertas decisiones. Su origen, también, está vinculado con la necesidad de evitar el abuso del derecho a recurrir en que muchas veces incurre el demandado.

Es un instituto cuya importancia o utilidad variará en función del tipo de legislación que la adopte. Producirá una mayor utilidad en aquellas legislaciones donde demore más la resolución del recurso interpuesto contra la sentencia estimatoria de primer grado. Producirá una menor utilidad en aquellas donde el recurso interpuesto sea resuelto más pronto.

Es una técnica de aceleración que permite al Estado prestar tutela jurisdiccional de una manera más pronta.

El instituto objeto de estudio cumple una triple función. De un lado, una función preventiva, en tanto evita el abuso del derecho a recurrir en que pudiera incurrir el demandado. De otro, una función satisfactiva, en tanto satisface total o parcialmente la pretensión planteada por el demandante en su demanda. Por último, una función agilizadora del proceso y reductora de la carga procesal que soportan los órganos jurisdiccionales de segunda instancia pues, en tanto el recurso no sea utilizado por el demandado como un mecanismo para perdurar en el tiempo el disfrute del derecho ajeno, carecerá de interés para él apelar y con ello no sólo se agilizará el trámite del proceso sino que, además, reducirá la carga procesal de los órganos jurisdiccionales de segunda instancia –en tanto conocerán menos recursos- posibilitando que puedan resolver más pronto los demás procesos ⁽³⁾.

² También llamado o denominado ejecución provisional de sentencia, ejecución anticipada de sentencia o ejecución de sentencia impugnada.

³ La Doctrina no es uniforme respecto de cuál es la principal función del instituto de la actuación de sentencia impugnada. Al respecto, el Dr. Julio García Casas considera que la función más importante del

En el marco de la tutela diferenciada el instituto objeto de estudio puede ubicarse como una manifestación de la *tutela satisfactiva* y, también, de la *tutela anticipatoria*. De la primera porque el pronunciamiento procura componer la litis y de la segunda porque se actúa sin encontrarse firme la sentencia. Además, se aplica en el proceso constitucional de amparo que corresponde a la *tutela de urgencia*.

Se diferencia de la medida cautelar porque ésta última se ubica dentro de la *tutela asegurativa* que busca garantizar que la sentencia a dictarse en el futuro sea ejecutable; en cambio, como ha sido mencionado, la actuación de sentencia impugnada constituye una manifestación de la *tutela satisfactiva*. En el Capítulo VII de esta tesis se analiza con mayor detalle las semejanzas y diferencias existentes entre la actuación de sentencia impugnada y la medida cautelar ⁽⁴⁾.

El instituto de la actuación de sentencia impugnada previsto en el Artículo 22 del Código Procesal Constitucional confiere al demandante el derecho a solicitar al Juez la ejecución de la sentencia no firme ⁽⁵⁾. Dicho derecho tiene su sustento constitucional en

instituto objeto de estudio es la preventiva. El mencionado autor sostiene lo siguiente: “*Dada mi condición de Magistrado (...) quiero resaltar que el verdadero fundamento del instituto que estudiamos, se encuentra en la función preventiva que trata de frenar la utilización fraudulenta y dilatoria del sistema de recursos que la Ley concede. Las demás funciones señaladas, agilizadora en cuanto tiende a aliviar el número de asuntos en los Juzgados o la satisfactiva, contraída al cumplimiento inmediato de una resolución favorable, se presentan en mi -óptica procesal- como justificación secundaria menos relevante*”. (GARCIA CASAS, Julio. La Ejecución Provisional y la Seriedad de la Justicia. En: Revista de Derecho Procesal Justicia, J.M. Bosch Editor, Madrid, No. 2-4, 2001, página 38). Por su parte, Xulio Ferreiro Baamonde sostiene lo siguiente: *La función preventiva de la ejecución provisional se ha visto por muchos autores como su función esencial. (...) Ahora bien, no cabe pensar que ésta sea la principal función de la ejecución provisional, ya que ellos implicaría pensar que todos los recursos interpuestos lo son con ánimo dilatorio, y no como ejecución de un derecho reconocido legislativamente; (...) La verdadera función, pues, de la ejecución provisional no puede ser otra que la satisfactiva, habida cuenta de los pronunciamientos de condena contenidos en una resolución recurrida, y permitir el goce de las posiciones jurídicas, reconocidas en ella durante el trámite del recurso, (...)*”. (FERREIRO BAAMONDE, Xulio. El Procedimiento de Ejecución Provisional de Resoluciones Judiciales en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. En: Revista de Derecho Procesal Justicia, J.M. Bosch Editor, Madrid, No. 2-4, 2001, páginas 294-295).

⁴ En relación a las diferencias que existen entre la actuación de sentencia impugnada y las medidas cautelares los juristas Eduardo Oteiza y Luis María Simón sostienen lo siguiente: “*(...) se diferencia de éstas por su función satisfactiva, por constituir una modalidad de ejecución, en razón de la sujeción a distintos requisitos y porque mientras ellas buscan instrumentar que se alcance un resultado, la ejecución provisional persigue el cumplimiento, aún coactivo, de un resultado (...)*” OTEIZA, Eduardo y SIMÓN Luis María. Ejecución Provisional de la Sentencia Civil. En: Lima, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Colección Encuentros Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas, Octubre de 2008, página 538..

⁵ Algunos autores asimilan la naturaleza jurídica de la sentencia impugnada a la de un acto procesal sujeto a condición. Así sostienen que, en aquellos ordenamientos en los que la apelación contra la sentencia se concede con efecto suspensivo, la sentencia es un acto procesal sujeto a condición suspensiva. Esta sólo producirá efectos jurídicos en caso se verifique la condición; es decir, que la sentencia fuera confirmada por el órgano jurisdiccional encargado de reexaminarla. En cambio, en los ordenamientos en los que la apelación contra la sentencia debe concederse sin efecto suspensivo se considera, que ésta es un acto procesal sujeto a una condición resolutoria. La sentencia producirá efectos en tanto dure la tramitación del recurso, tan es así que podrá ser objeto de ejecución; sin embargo, verificada la condición –estimación del recurso–, la sentencia carecerá de eficacia. El tratadista español Caballol Angelats sostiene lo siguiente

el derecho a la tutela judicial efectiva y en específico, en el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales que lo integra. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con el derecho a la ejecución de una sentencia firme que es uno de naturaleza constitucional, el derecho a la actuación de sentencia impugnada es uno de naturaleza legal. Su incorporación a una norma no es una solución dispuesta u ordenada por la Constitución sino originada en razones de política legislativa por ello, tan constitucional será el prohibir la actuación anticipada de la sentencia impugnada como el regularla con una mayor amplitud.

Al respecto, el jurista español Joan Picó I Junio sostiene lo siguiente con relación a la configuración legal de la actuación de sentencia impugnada: *“Cuestión distinta plantea la ejecución provisional de las sentencias, que no puede encuadrarse dentro del derecho fundamental del artículo 24.1 CE. Esta ejecución viene establecida, en su caso, por el legislador y se encuentra sometida a ciertos requisitos sobre su procedencia que deben ser valorados por los órganos judiciales. Esto es, estamos ante un derecho de configuración legal. Por ello, el legislador es libre de optar por una regulación muy restrictiva de la ejecución provisional (...) o muy amplia”* ⁽⁶⁾.

A lo expuesto por el Dr. Joan Picó cabría agregar que, el legislador podría decidir también no incluir o incorporar la actuación de sentencia impugnada a la legislación sin que ello signifique que, por tal motivo, la legislación devenga en inconstitucional por no incorporarla ⁽⁷⁾.

El derecho a la actuación de la sentencia impugnada se origina en el momento que se expide la sentencia de primer grado, de condena, estimatoria de la demanda y fenece en el momento en que el órgano jurisdiccional de segundo grado resuelve el recurso interpuesto contra la sentencia. Si la sentencia de segundo grado es estimatoria de la demanda, lo ejecutado como consecuencia de la actuación de sentencia impugnada deja de ser provisional y deviene en definitivo e irreversible; en cambio, si la sentencia de

con relación a la sentencia recurrida: *“es un acto procesal revocable cuyos efectos están sometidos a la condición suspensiva de que se conceda la ejecución provisional”*. (CABALLOL ANGELATS, Lluís. La Ejecución Provisional en el Proceso Civil. Barcelona: José Bosch Editor S.A., 1993, página 45). En mi opinión definir la sentencia, que es un acto de naturaleza procesal, en base a categorías propias del derecho civil como la condición suspensiva o resolutoria no es lo más adecuado o idóneo desde una perspectiva procesal. Por ello prefiero referirme a la sentencia impugnada como un acto procesal imperativo y no inmutable.

⁶ PICO I JUNOY, Joan. La Ejecución Provisional en España. En: Lima, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Colección Encuentros Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas, Octubre de 2008, página 681.

⁷ En idéntico sentido se pronuncia el jurista chileno Claudio Meneses Pacheco quien sostiene lo siguiente: *“Desde este punto de vista, la ejecución provisional no se presenta tanto como una “imposición constitucional” derivada de la tutela judicial efectiva, cuanto como una opción legal sobre la mejor forma de impartir justicia en el primer grado jurisdiccional y, dentro de esto, de obtener un oportuno y cabal cumplimiento de lo resuelto por la sentencia. De momento, nos parece que la perspectiva de la ejecución provisional de la sentencia pertenece al campo de las opciones político-procesales, y no al de las exigencias constitucionales de tutela efectiva (...)”*. MENESES PACHECO, Claudio. La Ejecución Provisional en el Proceso Civil Chileno. En: Lima, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Colección Encuentros Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas, Octubre de 2008, página 640.

segundo grado es desestimatoria de la demanda y definitiva lo ejecutado deberá adecuarse a lo que disponga la sentencia de segundo grado.

La actuación de la sentencia impugnada generará actos procesales de ejecución eficaces, vinculantes e imperativos que se tramitarán de la misma manera que la ejecución de una sentencia firme; sin embargo, la posibilidad de que la sentencia actuada sea modificada o revocada por el órgano jurisdiccional que conoce de la apelación origina, que el derecho a ejecutar la sentencia no firme y su ejecución tengan ciertas peculiaridades y límites.

Uno de esos límites es que no existe derecho a actuar la sentencia impugnada cuando su ejecución pueda producir efectos irreversibles. Eso se debe a que el derecho a recurrir del demandado no sólo importa la potestad de atacar o impugnar el acto que le genere agravio sino, también, que lo decido al resolver el recurso por el órgano jurisdiccional pueda ser ejecutado; es decir, el derecho del demandado a recurrir implica no sólo el derecho a impugnar sino, también, el derecho a que se ejecute lo resuelto como consecuencia de su impugnación⁸), hecho que imposibilita pueda actuarse la sentencia impugnada cuya ejecución produzca efectos irreversibles. En el caso de la ejecución de una sentencia firme es jurídicamente irrelevante si la ejecución produce o no daños irreversibles al demandado. La ejecución se llevará adelante si más, sea que ésta produzca o no efectos irreversibles.

Una peculiaridad de los actos de ejecución de la sentencia no firme es su reversibilidad. Si bien, en principio, serán actos eficaces, vinculantes e imperativos, también, es cierto que estos actos podrán ser variados, anulados o confirmados en función de lo que determine la sentencia que ponga fin al proceso.

1.2 Origen

El origen del instituto de la actuación de sentencia impugnada coincide, en mucho, con la historia y evolución del recurso de apelación y, en específico, con el surgimiento de la apelación sin efecto suspensivo y el intento de eliminar las consecuencias nocivas que producía el efecto suspensivo del recurso.

En el Derecho Romano, en el régimen primitivo del *ordo iudicorum privatorum*, las partes escogían un *iudex privatus*. En el momento de la *litiscontestatio* ellas se comprometían a aceptar la sentencia que éste dictase. De esta forma, dictada la sentencia ésta era pasible de ejecución de manera inmediata, en la medida que no era permitida su impugnación. Posteriormente, como consecuencia de la implantación de la *cognitio extra ordinem* se admitió la posibilidad de apelar la sentencia; sin embargo, en ese momento, se entendía que la apelación traía aparejada una ***prohibición de innovar***

⁸ De nada serviría se conceda al demandado el derecho a impugnar una sentencia que le genere agravio si después lo resuelto no puede ser ejecutado.

la situación de hecho existente al momento de expedirse la sentencia, de esa manera la sentencia no era pasible de ejecución sino sólo después de resuelto el recurso (⁹).

La prohibición de innovar trajo consigo ciertas situaciones perniciosas sea porque el objeto discutido en el pleito no podía admitir dilaciones o porque la parte condenada usaba el recurso como mecanismo para dilatar la ejecución de sentencia. Esto generó que, en el Derecho Romano, se idearan diferentes mecanismos para reducir los efectos nocivos de la prohibición de innovar. Entre estos se pueden mencionar los siguientes: i) limitar el número máximo de apelaciones que podían interponerse en un proceso; o ii) declarar irrecurribles determinadas sentencias.

Nótese que los mecanismos adoptados para reducir los efectos nocivos de la prohibición de innovar fueron el prohibir o dificultar el recurso de apelación. La técnica para hacer compatible el recurso de apelación y la ejecución de la sentencia aún no aparece. Esta surge, en un primer momento, de manera excepcional para solucionar casos específicos y puntuales. Pontes de Miranda, citado por el Dr. Juan Monroy Galvez (¹⁰), sostiene lo siguiente: “*en el derecho romano ya se conocía la ejecución provisoria en causas posesorias*”. De otro lado, Lluís Caballol menciona que uno de los primeros ejemplos de ejecución provisional se dio, en el Derecho Romano, con ocasión de una de apelación fraudulenta narrada por Modestino en D. 22.2.41, en la que el Juez a quo al percatarse del carácter fraudulento de la apelación decretó la ejecución de la sentencia recurrida (¹¹).

Lo cierto es que la actuación de sentencia impugnada como técnica para hacer compatible el recurso de apelación y la ejecución de sentencia se originó, en términos generales, luego que surgiera la apelación sin efecto suspensivo.

Fue el Derecho Canónico el que, en un primer momento, diferenció los efectos en que podía concederse el recurso de apelación contribuyendo de esa manera al origen del instituto que comentamos.

Como en la jurisdicción canónica eran apelables tanto la sentencia como las resoluciones interlocutorias ello originó un uso masivo del recurso de apelación. Como consecuencia de ello, para evitar la dilación del proceso, surgió la necesidad diferenciar entre apelación concedida con o sin efecto suspensivo.

Posteriormente, luego que se admitiera la apelación sin efecto suspensivo surgió, como instituto, en el derecho francés, la actuación de sentencia impugnada.

⁹ La prohibición de innovar originó surja una incompatibilidad entre el recurso de apelación y la ejecución de sentencia. La interposición del recurso generaba la prohibición de innovar y con ello imposibilidad de ejecutar la sentencia. Esta sólo era pasible de ejecución luego que el recurso fuera resuelto.

¹⁰ MONROY GALVEZ, Juan. La Actuación de la Sentencia Impugnada. En: Revista Peruana de Derecho Procesal No. V, Junio de 2002, página 204.

¹¹ CABALLOL ANGELATS, Luis. La Ejecución Provisional ... op. cit., página 107.

Derecho Francés.

Las Ordenanzas de 1452 y de 1499 regularon la ejecución provisoria de la sentencia como una reacción frente a la demora que sufrían los procesos por el uso malicioso de los diferentes grados de jurisdicción. Mediante las citadas ordenanzas se permitió se ejecutaran, provisionalmente, las sentencias dictadas en procesos sobre: alimentos, dote, petición de dote, confección de inventario, interdicción, etc. Posteriormente se extendió el uso de la ejecución provisional, también, para los procesos posesorios.

La Ordenanza de Luis XIV de abril de 1667 preveía la ejecución de la sentencia de primera instancia, previa prestación de una caución, cuando ésta estuviera fundada en contratos, promesas reconocidas o condenas precedentes.

El instituto de la actuación de sentencia impugnada pasó del derecho francés a otros ordenamientos jurídicos que lo copiaron o lo adoptaron atribuyéndole características adicionales.

1.3 Modalidades de Actuación de Sentencia Impugnada.

Existen diferentes maneras de legislar la actuación de sentencia impugnada. Ello origina existan distintas modalidades de ésta, pudiéndose clarificárseles en función de: i) el diferente papel que la ley le atribuye al Juez para decidir o no su procedencia; ii) si procede sólo a solicitud de parte o, también, de oficio; iii) el momento en que es solicitada, etc.

A continuación nos referiremos a las modalidades que existen en función del diferente rol que la ley le atribuye al Juez para decidir su procedencia. Se distinguen tres tipos que son: ope legis, ope iudicis y mixta ⁽¹²⁾.

1.3.1 Actuación Ope Legis.

De acuerdo con este sistema el legislador dispone, de manera previa y general, la actuación de la sentencia impugnada señalando los supuestos de su procedencia. El Juez es un mero aplicador de la ley, no tiene ninguna posibilidad de matizar su decisión en el caso concreto. Este sistema se caracteriza porque: i) opera bajo la técnica de conceder la apelación contra la sentencia sin efecto suspensivo; ii) no exige la constitución de ninguna garantía de forma tal que, el Juez no puede plantearse la posibilidad de denegarla o suspenderla; iii) para que no proceda su aplicación es necesario que la ley lo disponga expresamente así.

1.3.2 Actuación Ope Iudicis.

El legislador incorpora en la norma la actuación de sentencia impugnada; sin embargo, a diferencia del sistema anterior, deja al Juez en libertad para que decida su admisión o

¹² En los tres sistemas mencionados el legislador es el que, directa o indirectamente, autoriza la actuación de la sentencia impugnada. La diferencia reside en el rol que la ley atribuye al Juez en cada uno de ellos.

rechazo en base a criterios, previamente, establecidos en la ley o de acuerdo con el leal saber y entender del Juzgador.

Cuando el Juez debe apreciar la concurrencia de los requisitos y presupuestos establecidos en la ley para conceder o denegar la actuación de la sentencia impugnada se le denomina sistema ope iudicis reglado; en cambio, cuando corresponde al Juez decidir la admisión o rechazo de la actuación anticipada de acuerdo con su leal saber y entender se le denomina sistema ope iudicis discrecional.

Debo precisar que, cuando la ley deja al Juez en libertad para decidir la admisión o rechazo de la actuación de sentencia impugnada de acuerdo con su leal saber y entender, ello no significa que se autorice al Juez a actuar arbitrariamente. Por el contrario, el Juez deberá motivar adecuadamente su decisión sea ésta estimatoria o desestimatoria de la solicitud presentada. La motivación deberá estar referida al análisis de si se cumplieron o no los presupuestos exigidos para su procedencia –por ejemplo, existencia de sentencia estimatoria, de condena, que lo solicitado sea congruente con lo dispuesto en la sentencia, etc.- y que la actuación de sentencia impugnada no genere efectos irreversibles.

1.3.3 Actuación Mixta.

En este sistema el legislador regula de manera previa y general la actuación de sentencia impugnada (sistema ope legis); sin embargo, faculta al Juez para que en el caso concreto, vía la oposición o contradicción del afectado con la medida, en base a criterios preestablecidos, el Juez pueda suspender la actuación de la sentencia impugnada.

1.3.4 Otras Modalidades.

Otro criterio para clasificar la actuación de sentencia impugnada se da en función de si se concede sólo a solicitud de parte o si, también, procede de oficio. La única legislación que permite se conceda de oficio la actuación de sentencia impugnada es la francesa. En el caso de las demás legislaciones se requiere, previamente, el pedido de parte para que el Juez despache ejecución.

Otra modalidad para clasificar la actuación de sentencia impugnada se da en función del momento procesal en que es solicitada. De acuerdo con éste la actuación de sentencia impugnada puede ser inicial o sobrevenida. Es inicial cuando se concede en el mismo momento en que se emite la sentencia. Esta modalidad tiene como inconveniente que la actuación de la sentencia debe solicitarse a ciegas; es decir, debe ser solicitada antes de la sentencia desconociéndose cuál será el sentido de la misma. Es sobrevenida cuando se solicita y se concede después de emitida la sentencia. Si bien, en esta modalidad se conoce el sentido de la sentencia al momento de solicitarse la actuación, tiene como inconveniente una mayor demora en la concesión de la actuación de la sentencia impugnada. Por último, atendiendo al contenido de la sentencia que se actúa anticipadamente ésta puede ser, parcial o total, según sea objeto de ejecución todo o sólo parte de lo ordenado en la sentencia impugnada.

II

La Actuación de la Sentencia Impugnada está regulada o no en el Código Procesal Constitucional.

Dado los términos en que está redactado el segundo párrafo del Artículo 22 del Código Procesal Constitucional considere, en un primer momento, innecesario destinar parte de esta tesis a sustentar algo que, desde mi punto de vista resultaba manifiesto, como es la existencia del instituto objeto de estudio; sin embargo, debido a que algunos autores, magistrados y juristas no perciben su existencia o tienen dudas respecto de su incorporación al Código Procesal Constitucional me veo en la obligación de destinar breves líneas para explicar por qué considero que dicho instituto está contenido en el Código Procesal Constitucional.

Para verificar la existencia del instituto de la actuación de sentencia impugnada en el Código Procesal Constitucional recurriré a la aplicación de las cuatro reglas tradicionales de la interpretación jurídica que formulará Savigny, en el siglo pasado, y que son: i) La Gramatical; ii) La Sistemática; iii) La Teleológica y iv) La Histórica.

2.1 Interpretación Gramatical.

Es aquella que persigue atribuirle a la norma a interpretar el sentido que resulta del significado propio de las palabras consideradas en su conexión. Debe tenerse presente que, usualmente, la norma emplea los términos jurídicos en su significado técnico.

Hay que agregar también que, ordinariamente, al texto de la norma lo precede un título o sumilla que anuncia, resume y a veces aclara su contenido.

Al respecto, la sumilla y los dos primeros párrafos del Artículo 22 del Código Procesal Constitucional señalan lo siguiente:

ACTUACION 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 con el 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. 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. ...". (Lo resaltado es nuestro).

La sumilla o título señala, que el Artículo 22 estará referido a la actuación o ejecución de la sentencia dictada en los procesos constitucionales.

El primer párrafo de la norma se refiere a las sentencias consentidas disponiendo, que las mismas se actúan, por el Juez de la demanda, de acuerdo por sus propios términos. El segundo párrafo está referido, en cambio, a las sentencias de condena estableciendo que éstas son de *actuación inmediata* sin exigir que las mismas tengan la calidad de consentidas ⁽¹³⁾.

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual del jurista Guillermo Cabanellas define los conceptos *actuación inmediata* de la siguiente manera:

"Actuación. Acción y efecto de actuar (...)" ⁽¹⁴⁾.

"Actuar. Ejercer una persona o cosa las facultades propias de la misma. Poner en acción. Abandonar la pasividad (...)" ⁽¹⁵⁾.

"Inmediato (...) Cercano en el tiempo. (...) Inminente, de pronta realización (...)" ⁽¹⁶⁾.

Del significado que el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual atribuye a los términos *actuación inmediata* se desprende que ⁽¹⁷⁾, por mandato del Artículo 22, la

¹³ Debe destacarse que, a diferencia de lo que ocurre en el primer párrafo del Artículo 22, en el que el legislador señala una determinada cualidad que debe tener la sentencia -que ésta cause ejecutoria- para que la misma sea actuada, de acuerdo con sus propios términos; el párrafo segundo del mismo dispositivo refiere a la sentencia de condena, sin exigirle la cualidad de firme, estableciendo que la misma es de actuación inmediata.

¹⁴ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Décimo Cuarta Edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1979, tomo I, página 149.

¹⁵ *Ibíd.* loc. cit.

¹⁶ *Ibíd.*, tomo III página 731.

¹⁷ Y también del atribuido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española que le asigna un significado similar al propuesto por el Dr. Guillermo Cabanellas. A continuación mencionaremos el significado atribuido por el Diccionario de la Lengua Española a los referidos términos: "*Actuación. Acción y efecto de actuar (...)*"; "*Actuar. Poner en acción. (...) Ejercer una persona o cosa actos propios de su naturaleza. Obrar, realizar actos libres y conscientes (...)*"; "*Inmediato (...) Contiguo o muy cercano a otra cosa (...) Que sucede enseguida, sin tardanza. Ahora, al punto, al instante*". (Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Primera Edición. Madrid: Editorial Espasa Calpe, 1992, páginas 25 y 825).

sentencia de condena debe ejecutarse enseguida, al instante, sin tardanza, con prescindencia de que ésta hubiera sido impugnada o no.

El término “*inmediata*” referido a la actuación o ejecución de una sentencia de condena es inequívoco y acredita, de manera concluyente, que el legislador dispuso que la sentencia estimativa de condena deba actuarse enseguida, sin demora, luego de emitida la misma.

En consecuencia, una interpretación literal del Artículo 22 nos lleva a concluir que éste incorporó el instituto de la actuación de la sentencia impugnada al Código Procesal Constitucional.

Interpretación Gramatical: Otro sentido interpretativo.

Quienes consideran que la actuación de sentencia impugnada no está prevista en el Artículo 22 del Código Procesal Civil realizan una interpretación literal distinta del citado dispositivo. Parten de vincular el segundo párrafo del Artículo 22 al primero sosteniendo que, ambos, están referidos a la sentencia firme.

Sostienen, que el primer párrafo del mencionado dispositivo refiere a la sentencia firme y establece, que la misma deberá actuarse con arreglo a sus propios términos y, a continuación, el segundo párrafo, dispone que la sentencia de condena es de actuación inmediata; en tal sentido, consideran que (dado el contexto en que se encuentra ubicado el segundo párrafo del mencionado artículo), cuando se alude a la ejecución inmediata de la sentencia está refiriéndose, exclusivamente, a aquella que tenga la calidad de firme o ejecutoriada.

En mi opinión, dicho análisis interpretativo no es correcto, en virtud de las siguientes consideraciones:

- i. Porque no es válido atribuirle un determinado sentido o alcance al segundo párrafo a partir del primero; en tanto, los dos párrafos del Artículo 22 del Código Procesal Constitucional se refieren a dos instituciones diferentes.

El primero señala que la sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa “*conforme a sus propios términos*”. Con ello el legislador regula la forma cómo debe ejecutarse la sentencia; en concreto, se refiere a la tutela específica que en materia de ejecución de la sentencia significa, que el actor debe percibir exactamente lo mismo –jurídica y materialmente– que, de acuerdo a derecho, le corresponde. En contrapartida a dicha modalidad de tutela específica, está la denominada tutela resarcitoria que en materia de ejecución significa, que frente a una determinada obligación de condena estimada el actor perciba, a cambio, una prestación equivalente, sustitutoria, generalmente dinero.

El segundo párrafo, en cambio, no está referido a la forma de ejecutarse la sentencia sino al momento u oportunidad en que debe actuarse ésta y regula otra

institución, la actuación de sentencia impugnada, que permite se ejecute la sentencia no firme.

- ii. Por el argumento del absurdo, pues carece de sentido y de lógica se interprete el segundo párrafo atribuyéndole al mismo un contenido o alcance que está implícito en el primer párrafo y que, además, es manifiesto y evidente como es considerar que el segundo párrafo establece: que la sentencia firme es de actuación inmediata.
- iii. Porque dicho análisis interpretativo no es coherente ni consistente con lo dispuesto en los Artículos 57 y 59 del Código Procesal Civil, conforme se analizará a continuación.

2.2 Interpretación Sistemática.

Es aquella que persigue atribuirle a la norma a interpretar el sentido o alcance que se desprenda de su vinculación o conexión con las demás normas que conforman el cuerpo legal al cual ésta pertenece.

La interpretación sistemática se sustenta y está íntimamente relacionada con el principio de no-contradicción que establece, que existe una cohesión o coherencia lógica entre la norma singular y el grupo normativo o cuerpo legislativo al que ésta pertenece.

A continuación mencionare y analizare diferentes normas del Código Procesal Constitucional que tienen relación o vinculación con el instituto objeto de estudio para, en base a ellas, reiterar o descartar la existencia del instituto de la actuación de sentencia impugnada en el Código Procesal Constitucional.

a) Artículo II del Título Preliminar.

El mencionado dispositivo establece lo siguiente:

“Fines de los Procesos Constitucionales. Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales” (Lo resaltado es nuestro).

De acuerdo con el citado dispositivo uno de los fines de los procesos constitucionales es el garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

La incorporación del instituto objeto de estudio en el Código Procesal Constitucional es lógica, coherente y consistente con la finalidad de los procesos constitucionales. La actuación de sentencia impugnada potencia los mecanismos que garantizan los derechos constitucionales; en tal sentido, coadyuva a la vigencia efectiva de los mismos, en tanto evita se vulnere o restituye de una manera más pronta los derechos constitucionales conculcados.

b) Artículo 59.

El citado dispositivo establece lo siguiente:

“Ejecución de Sentencia. 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 notificada (...). (Lo resaltado es nuestro).”

De acuerdo con lo señalado en la sumilla, el Artículo 59 está referido a la ejecución de sentencia y el mismo contiene una regla general y una excepción a la misma.

La regla general: sólo la sentencia firme debe ser ejecutada; y la excepción a ésta lo previsto en el Artículo 22 del Código Procesal Constitucional. Al establecer el legislador que el Artículo 22 es una excepción a la regla que dispone, que sólo la sentencia firme debe ser ejecutada con ello, expresamente, admite que el Artículo 22 autoriza ejecutar una sentencia no firme; es decir, que el Artículo 22 contiene e incorporó el instituto de la ejecución de sentencia impugnada.

c) Artículo 57.

El mencionado dispositivo establece lo siguiente:

“Apelación. La sentencia puede ser apelada dentro del tercer día siguiente a su notificación. El expediente será elevado dentro de los tres días siguientes a la notificación de la concesión del recurso”.

El citado dispositivo señala el plazo dentro del cual debe apelarse la sentencia y agrega que, luego de apelada la misma, el expediente debe elevarse al superior dentro de tercer día (establece el efecto devolutivo del recurso).

Al respecto, el Artículo 371 del Código Procesal Civil establece, expresamente, que el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia debe concederse con efecto suspensivo; es decir, que es efecto de la apelación interpuesta contra la sentencia el suspender la eficacia de la misma hasta que se resuelva el recurso. Hecho que imposibilita actuar la sentencia impugnada.

A diferencia de lo que ocurre con el Artículo 371 mencionado, el Artículo 57 del Código Procesal no establece que el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia deba concederse con efecto suspensivo. Hecho que resulta coherente y consistente con la decisión del legislador de incorporar el instituto de la actuación de la sentencia impugnada al Código Procesal Constitucional. De haber establecido el Artículo 57 del Código Procesal que la apelación contra la sentencia debía concederse con efecto suspensivo ello hubiera impedido actuar la sentencia impugnada.

Conforme ha sido indicado en el primer capítulo de esta tesis, una de las formas de legislar la actuación de la sentencia impugnada es la *ope legis*. Dicha modalidad opera bajo la técnica de conceder la apelación contra la sentencia sin efecto suspensivo (¹⁸).

En mi opinión, la omisión de establecer el efecto en el concesorio de la apelación no es casual. Se debe a la decisión de incorporar la actuación de sentencia impugnada al Código Procesal Constitucional.

En conclusión, una interpretación sistemática del Código Procesal Constitucional, en concordancia con el Artículo 22, reitera o ratifica la existencia e incorporación del instituto de la actuación de sentencia impugnada en dicho cuerpo legal.

2.3 Interpretación Teleológica.

Es aquella que le atribuye a la norma a interpretarse el sentido o alcance que se desprende de su finalidad; es decir, no debe uno limitarse al aspecto gramatical de la norma sino debe buscarse su finalidad, esto es, la consideración de la necesidad social que la norma está dirigida a satisfacer.

La norma contenida en el segundo párrafo del Artículo 22 persigue se ejecute de manera inmediata la sentencia de condena, con prescindencia de si ésta hubiera sido o no impugnada. Su finalidad es ejecutar, de manera más pronta, la sentencia estimativa de condena dictada por el Juez y por tanto tutela de una manera más rápida y efectiva los derechos constitucionales.

Conforme se analizará, en detalle, más adelante, el Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a la tutela judicial efectiva, que corresponde a todo sujeto de derecho, es un derecho complejo. Tiene como contenido el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales. La actuación de sentencia impugnada coadyuva al cumplimiento del derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

Tan importante es, para lograr la efectividad de las resoluciones judiciales, que el Juez emita una sentencia oportuna, como que ésta se ejecute, oportunamente.

Una tutela que no es efectiva, por definición, no es tutela. De nada servirá al ciudadano se emita una excelente resolución judicial si ésta no es ejecutada o lo es tardíamente. Es equivalente a la medicina largamente esperada por el enfermo que llega cuando éste falleció. Por más buena y eficaz que ésta sea de nada le servirá. Exactamente lo mismo ocurre con una buena sentencia no ejecutada oportunamente.

A ello apunta la actuación de sentencia impugnada. Que la sentencia que el Juez dicte se actúe pronto, aún cuando hubiera sido impugnada.

¹⁸ La misma técnica se utiliza en caso se adopte el sistema mixto.

En consecuencia, una interpretación teleológica del Artículo 22 ratifica la existencia del instituto objeto de estudio. El Legislador procura darla una mayor eficacia a los derechos fundamentales y uno de los mecanismos para hacerlo es potenciando los mecanismos que los garantizan.

2.4 Interpretación Histórica.

Es aquella que le atribuye a la norma a interpretar un sentido en función de su origen o del proceso a través de la cual ésta se originó.

En el origen del Código Procesal Constitucional podemos distinguir dos momentos, uno académico y otro legislativo. El primero, data de 1994 (¹⁹), se inicia con el acuerdo y posteriores reuniones de un grupo de destacados juristas nacionales quienes, espontáneamente y motivados por consideraciones fundamentalmente académicas decidieron trabajar, conjuntamente, para elaborar un Código Procesal Constitucional que tratase, de manera integral y sistemática, el conjunto de procesos constitucionales previstos en nuestra legislación. Entre ellos se encuentran los doctores Domingo García Belaunde, Juan Monroy Gálvez, Francisco Eriguren Praeli, Arsenio Ore Guardia, Jorge Danós Ordoñez y Samuel Abad.

Esta comisión de naturaleza académica elaboró un Anteproyecto de Código Procesal Constitucional cuyo Artículo 22, referido a la actuación de sentencias, establecía lo siguiente (²⁰):

“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

¹⁹ El Dr. Domingo García Belaunde menciona lo siguiente con relación al origen del Código Procesal Constitucional: “La idea de hacer una normativa general, moderna y unitaria partió de la iniciativa de Juan Monroy Gálvez, quien me la comunicó en enero de 1994, y juntos luego convocamos a los que serían los integrantes de la Comisión ad hoc (...)” (PALOMINO MANCHEGO, José F. El nuevo Código Procesal Constitucional peruano: Alances, reflexiones y perspectivas (Entrevista a Domingo García Belaunde), en: El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2005, página 1457.

²⁰ El referido Anteproyecto fue posteriormente publicado por Palestra Editores en el 2003 con la denominación CODIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL Anteproyecto y Legislación vigente.

prisión civil efectiva hasta por un plazo de seis meses renovables (...)".⁽²¹⁾.

La exposición de motivos del referido Artículo 22 del anteproyecto hace alusión a la importancia de ejecutar la sentencia en sus propios términos para lo cual se otorgan facultades al juez con el objeto de evitar la ejecución de la sentencia por sustitución o equivalente económico. Al respecto, la exposición de motivos señala 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, que contrariando las 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 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” ⁽²²⁾.

La exposición de motivos no hace alusión o referencia al instituto de la actuación de sentencia impugnada. Recién se hará referencia al mismo más adelante conforme se indica a continuación.

Un segundo momento en el origen del Código Procesal Constitucional está dado por su etapa legislativa. Hubo dos cambios importantes que el Congreso de la República introdujo en el anteproyecto. Uno de ellos referido al Artículo 22 cuya versión final eliminó la medida coercitiva de prisión efectiva que, hasta por un periodo de seis meses renovables, establecía el anteproyecto.

Debemos mencionar que en los Dictámenes de la Comisión de Constitución ni en el de Justicia y Derechos Humanos del Congreso se hizo mención, tampoco, a la existencia del instituto de la actuación de sentencia impugnada.

En Agosto de 2004, aparece publicada una edición del Código Procesal Constitucional que, además de la exposición de motivos del anteproyecto y de los dictámenes del Congreso, contiene unos comentarios al Código efectuados por los propios autores del mismo en el que, por primera vez, hacen referencia al instituto de la actuación de sentencia impugnada y a su incorporación al Código Procesal Constitucional. En los referidos comentarios se indica lo siguiente:

“Probablemente uno de los hechos más destacados del Código es el haber asumido el instituto de la “actuación de sentencia impugnada”,

²¹ ABAD YUPANQUI, Samuel y otros. Código Procesal Constitucional Anteproyecto y legislación vigente. Lima: Palestra Editores, 2003, página 43.

²² *Ibíd.*, página 22.

según el cual cuando se expide una sentencia de 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” (23).

Posteriormente, en el 2005, aparece publicada una entrevista al Dr. Domingo García Belaunde quien manifestó, que el tema de la actuación de sentencia impugnada fue discutido en el seno de la comisión y que al no existir acuerdo entre sus diferentes miembros se prefirió no incorporarlo.

Al respecto, la pregunta formulada al Dr. García Belaunde y su respuesta fueron las siguientes:

“Dentro de las novedades que nos proporciona el Código Procesal Constitucional, se encuentra el régimen de la 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?”

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 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 (...)” (24).

De lo expuesto se desprende, que ha existido una discrepancia entre los autores del Código Procesal Constitucional respecto de la incorporación o no del instituto de la actuación de sentencia impugnada en el citado cuerpo legal. Uno de ellos sostiene que no se incorporó y otro u otros consideran que sí.

2.5 Principio Pro Homine.

No obstante lo expuesto, si aún existiera alguna duda respecto de la inclusión del instituto objeto de estudio en el Código Procesal Constitucional, considero que la misma

²³ ABAD YUPANQUI, Samuel y otros. Código Procesal Constitucional. Comentarios, Exposición de Motivos, Dictámenes ... op. cit., página 48.

²⁴ PALOMINO MANCHEGO, José F. El nuevo Código Procesal Constitucional peruano: Alances, reflexiones y perspectivas (Entrevista a Domingo García Belaunde) ... op. cit., página 1458.

debería quedar disipada como consecuencia de la aplicación, al presente caso, del Principio Pro Homine.

Frente a la duda, respecto de la incorporación o no del instituto de la actuación de sentencia impugnada en el Código Procesal Constitucional, el criterio de interpretación *pro homine* nos lleva a concluir que el referido instituto si está previsto en el Código Procesal Constitucional. Al respecto, el Dr. Edgar Carpio Marcos, sostiene lo siguiente con relación al referido criterio de interpretación:

“Uno de los criterios frecuentemente utilizados por los tribunales constitucionales (y por cierto, también por los tribunales internacionales de derechos humanos) es el pro homine. Se trata de un criterio hermenéutico que informa todo el Derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. La pauta interpretativa en referencia, como señala Sagüés, tiene 2 variantes: 1. Preferencia Interpretativa. Por un lado, lo que Sagüés denomina una “directriz de preferencia interpretativa”, eso es, aquel según el cual, el interprete de los derechos ha de buscar la interpretación que más optimice un derecho constitucional. Tal directriz de preferencia interpretativa, a su vez, comprende: a) El principio favor libertatis, que “postula entender al precepto normativo en el sentido más propicio a la libertad en juego”⁽²⁵⁾. (Lo resaltado es nuestro).

El Tribunal Constitucional ha señalado, con relación al criterio de interpretación pro homine, lo siguiente:

“principio pro homine, según el cual, ante eventuales diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por la que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio...”⁽²⁶⁾. (Lo resaltado es nuestro).⁽²⁷⁾

²⁵ CARPIO MARCOS, Edgar. La Interpretación de los Derechos Fundamentales. Lima: Palestra Editores, páginas 28 y 29.

²⁶ Fundamento primero de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 29 de Enero de 2003, emitida en el proceso de amparo seguido por don Teodoro Sánchez Basurto contra el Fiscal de Prevención del Delito de Abancay. Expediente No. 0795-2002-AA-TC.

²⁷ La sentencia del Tribunal Constitucional del 6 de Agosto de 2002, emitida en el proceso de amparo seguido por don Jorge Miguel Alarcón Menéndez contra los vocales de la Corte Suprema (Expediente No. 1003-98-AA-TC) en su fundamento 3.d) dispuso lo siguiente: “No resulta acorde con el principio pro homine y pro libertatis de la interpretación constitucional, según los cuales, ante eventuales diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por aquélla que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio. Vale decir, el principio pro homine impone que, en lugar de asumir la interpretación restrictiva, en este caso,

En consecuencia, frente a dos resultados interpretativos distintos de un dispositivo legal, el principio *pro homine* dispone que debe optarse por aquel que optimice el derecho constitucional y éste, sin lugar a dudas, es el que considera la existencia del instituto de la actuación de sentencia impugnada en el Código Procesal Constitucional.

2.6 Consideraciones Finales.

La aplicación de tres de las cuatro reglas de interpretación anteriormente mencionadas nos conduce a concluir la existencia del instituto de la actuación de la sentencia impugnada en el Código Procesal Constitucional.

La interpretación histórica, conforme ha sido indicado, no da luces sobre la incorporación o no del instituto de la actuación de sentencia impugnada al Código Procesal Constitucional sino que, por el contrario, denota una discrepancia entre sus autores respecto de la incorporación del instituto al citado Código Procesal.

No obstante lo expuesto, aún en el hipotético y negado caso que como resultado de la interpretación histórica se concluyese que el Código Procesal no incorporó la actuación de sentencia impugnada, ésta regla interpretativa -por si sola- es insuficiente para concluir que el Código Procesal no incluyó el instituto objeto de estudio. La interpretación histórica es una regla complementaria a las demás que, por si sola, no puede fundamentar una interpretación. Al respecto, el Dr. Javier Pérez Royo sostiene lo siguiente con relación a los resultados que pueden obtenerse de la aplicación de las cuatro reglas de interpretación antes mencionadas:

“Estos cuatro criterios no son alternativos, es decir, no tienen por qué conducir a resultados interpretativos distintos, aunque puede ocurrir que así sea. Obviamente, la interpretación más segura es aquella en la que las cuatro reglas conducen al mismo resultado (...) Pero es frecuente que las reglas no coincidan en sus resultados y que haya que optar por una de ellas. En tal caso, entre las reglas gramatical, sistemática y teleológica no hay preferencia. Cualquiera de ellas es igualmente válida para fundamentar una interpretación. La interpretación histórica es la única que no puede servir de base por sí sola para fundamentar una interpretación. Se trata de una regla complementaria pero no única. La razón de que así sea es clara: la interpretación es interpretación de normas, desvinculadas de la motivación o intención política del legislador al dictarla.” ⁽²⁸⁾.

De otro lado, en el supuesto que mi deseo porque se encuentre incorporado el instituto de la actuación de sentencia impugnada en el Código Procesal Constitucional hubiera

de ocasionar la caducidad y así impedirle ejercicio del derecho a la tutela judicial, se tenga que, por el contrario, optar por la tesis que posibilite que el particular pueda ejercer su derecho a la tutela jurisdiccional, para impugnar el acto administrativo presuntamente lesivo”

²⁸ PEREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Novena Edición, 2003 página 143.

mermado la objetividad requerida en la aplicación de los criterios interpretativos y en las conclusiones extraídas de los mismos consideró que, cuando menos, existe la duda respecto de la incorporación del referido instituto al Código Procesal Constitucional. En esa situación, la aplicación del Principio Pro Homine debe llevar a concluir su existencia e incorporación al Código Procesal Constitucional.

2.7 Doctrina Nacional: Su posición.

La mayoría de juristas que han analizado el Artículo 22 del Código Procesal Civil concluyen que éste consagra el instituto de la actuación de sentencia impugnada. Salvo el caso de los doctores Domingo García Belaunde ⁽²⁹⁾ y Elvito Rodríguez Domínguez ⁽³⁰⁾ que consideran lo contrario, la mayoría de la doctrina nacional sostiene que el instituto de la actuación de sentencia impugnada si está previsto en el Código Procesal Constitucional.

A continuación mencionare, en estricto orden alfabético, a los diferentes autores que consideran que el Código Procesal Constitucional incorporó el instituto de la actuación de sentencia impugnada.

El Dr. Samuel Abad, en su obra *El Proceso Constitucional de Amparo*, sostiene lo siguiente: *“Un tema que ha despertado distintas interpretaciones y debates ha sido lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 22 del Código Procesal Constitucional, según el cual “la sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata”. A nuestro juicio, dicha norma pretende fortalecer la naturaleza de urgencia del proceso de amparo, pues dispone que la sentencia de primer grado que declara fundada la demanda puede actuarse de inmediato pese a haber sido objeto de un recurso de apelación. (...) El traslado de esta institución al proceso de amparo se justifica por la necesidad de que los derechos fundamentales cuenten con una tutela urgente que permita al Juez disponer que su sentencia se ejecute de inmediato, pese a haber sido apelada”* ⁽³¹⁾.

El Dr. Luis Castillo Córdova, en sus *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, sostiene lo siguiente con relación al tema: *“De ahí que, con la entrada en vigor del Código Procesal Constitucional, una sentencia en un proceso constitucional en primera*

²⁹ Conforme ha sido indicado anteriormente en el numeral 2.4 del presente capítulo el mencionado autor ha sostenido que el Código Procesal Constitucional no incorporó el régimen de la actuación de sentencia impugnada.

³⁰ El citado autor comentando el Código Procesal Constitucional sostiene lo siguiente: *“Ejecución de sentencia. a. Sentencias ejecutables. Solamente se ejecuta la sentencia que causa ejecutoria, es decir, la sentencia firme por consentida o ejecutoriada (art. 22 del Código Procesal Constitucional). RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito. Manual de Derecho Procesal Constitucional. Tercera Edición. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, página 368.*

³¹ ABAD YUPANQUI, Samuel. *El Proceso Constitucional de Amparo*. Lima: Gaceta Jurídica 2008, páginas 233-234.

instancia, puede ser ejecutada, incluso aunque contra ella se haya interpuesto algún recurso impugnativo” ⁽³²⁾.

El Dr. Omar Cairo, por su parte, sostiene lo siguiente: *“Además de reconocer el valor obligatorio de la interpretación del Tribunal Constitucional y de los Tribunales Internacionales, el Código Procesal Constitucional ha acogido 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”* ⁽³³⁾.

Los Doctores Mario Gutiérrez y Francisco Carruitero sostienen lo siguiente: *“A diferencia de la legislación precedente en materia de garantías constitucionales, el Código Procesal Constitucional incorpora la institución de la actuación inmediata de sentencias en su artículo 22. Es así que se ha dispuesto que todas aquellas resoluciones que estimen una pretensión que comprenda prestaciones de dar, hacer o no hacer, tenga de por sí, y por el sólo mérito de su resultado, efecto inmediato, independientemente de la continuación del proceso, situación que se justifica atendiendo a la inmediatez y urgencia de la tutela de los derechos fundamentales que prevalecen en este tipo de procesos”* ⁽³⁴⁾.

El Dr. Eloy Espinoza-Saldaña ha sostenido con relación a este tema lo siguiente: *“A continuación, y 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”* ⁽³⁵⁾.

El Dr. Gerardo Eto Cruz, actual integrante del Tribunal Constitucional, sostiene lo siguiente con relación a este tema: *“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 si existe dicha figura; pero que debe ciertamente ser utilizada con prudencia y mesura y diríamos en términos casi excepcionales”* ⁽³⁶⁾.

El Dr. Ernesto Figueroa sostiene lo siguiente con relación a este tema: *“El artículo 22 del Código Procesal Constitucional establece la posibilidad que una sentencia impugnada sea ejecutada provisionalmente, recogiendo el derecho a la tutela*

³² CASTILLO CORDOVA, Luis. Comentarios al Código Procesal Constitucional. Segunda Edición. Lima: Palestra Editores, 2006, Tomo I, página 438.

³³ CAIRO ROLDAN Omar. Justicia Constitucional y Proceso de Amparo. Lima: Palestra Editores, 2004, página 167.

³⁴ CARRUITERO, Francisco y GUTIERREZ CANALES, Raúl. Estudio Doctrinario y Jurisprudencial a las Disposiciones Generales de los Procesos de Habeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Cumplimiento del Código Procesal Constitucional. Lima: Librería Studio Distribuidora S.R.L., 2006, páginas 511-512.

³⁵ ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Código Procesal Constitucional, Proceso Contencioso Administrativo y Derechos del Administrado. Lima: Palestra Editores, 2004, página 121.

³⁶ ETO CRUZ, Gerardo. ¿Existe Actuación de Sentencia Impugnada en el Código Procesal Constitucional Peruano?, página 29. <http://www.bibliojuridica.org/6/2559/21.pdf>. Visitada el 4 de Marzo de 2009.

jurisdiccional efectiva en su variante subjetiva y cumpliendo con la finalidad de todo proceso constitucional (amparo, habeas data y cumplimiento) cual es la vigencia efectiva de los derechos constitucionales” (³⁷).

Por su parte, el Dr. Martín Hurtado, ha afirmado lo siguiente: *“De manera muy reciente en nuestro país se aprobó (...) el nuevo Código Procesal Constitucional, en el cual se regulan procesos constitucionales como la acción de amparo (...). En el artículo 22 de la Ley 28237 se ha regulado por primera vez en nuestro medio el instituto de la ejecución de sentencia impugnada, así tenemos que en el mismo se dispone que resulta de ejecución inmediata la sentencia recaída en procesos constitucionales, que tengan naturaleza de sentencia de condena, es decir aquellas que ordenan hacer efectiva una obligación con prestación de dar, hacer o no hacer” (³⁸).*

Otro integrante del Tribunal Constitucional, el Dr. Carlos Mesía, afirma lo siguiente con relación a la actuación de sentencia impugnada en el Código Procesal Constitucional: *“Uno de los cambios sustanciales operados en los procesos de la jurisdicción constitucional es el relativo al tema de la actuación de 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 el que supone una nueva tramitación en la Corte y posteriormente ante el tribunal Constitucional para ver en ejecución lo resuelto en la sentencia” (³⁹).*

Por su parte, el Dr. César Proaño, sostiene lo siguiente: *“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, desde ejecución provisoria, ejecutoriedad o ejecutividad provisoria; comprendida dentro de las llamadas técnicas de aceleración o como actuación de sentencia impugnada dentro de la denominada categoría de la tutela anticipativa, llamada también en otras latitudes despachos interinos de fondo” (⁴⁰).*

El Dr. Mauricio Raffo ha sostenido lo siguiente: *“De una revisión de la norma citada se aprecia que la misma regula la actuación de 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 sentencia de primer grado de la constitución de la garantía, ni el cumplimiento de ningún otro requisito especial de procedencia (...) En este sentido, si bien parece razonable que, en estos casos excepcionales de los procesos constitucionales, la*

³⁷ FIGUEROA BERNARDINI, Ernesto. Ejecución Provisional de Sentencias Impugnadas en los Procesos Constitucionales. Un vacío a ser llenado por la jurisprudencia. En: Actualidad Jurídica, Marzo 2007, Tomo 160, Lima: Gaceta Jurídica, página 81.

³⁸ HURTADO REYES, Martín. Tutela Jurisdiccional Diferenciada. Lima: Palestra Editores, 2006, páginas 377-378.

³⁹ MESIA, Carlos. Exégesis del Código Procesal Constitucional. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, página 180.

⁴⁰ PROAÑO CUEVA, César. La Actuación de Sentencia Impugnada en el Proceso de Amparo Peruano. Vicisitudes de su Aplicación, página 5. <http://www.amag.edu.pe>

actuación de sentencia impugnada sea ope legis, como es el caso del artículo 22 del nuevo Código Procesal Constitucional peruano, es decir que su procedencia sea prevista por la norma legal sin limitación alguna, la jurisprudencia debe cumplir un rol importantísimo en la correcta utilización del instituto, inclusive para los casos de irreversibilidad, pues aún en estos últimos deberá optar, en cada caso concreto, entre dicha irreversibilidad y la urgencia de la protección del derecho constitucional conculcado” (41).

El Dr. Adrián Simons sostiene lo siguiente con relación a la incorporación de la actuación de sentencia impugnada al Código Procesal Constitucional: *“Siguiendo la línea de aplicar el instituto a aquellos derechos de gran trascendencia social –como los derechos constitucionales–, tenemos que el legislador del Código Procesal Constitucional Peruano –primero del Perú y de Iberoamérica– ha regulado adecuadamente la posibilidad de actuar anticipadamente las sentencias de primer grado expedidas en el marco de los procesos constitucionales” (42).*

Por su parte, el Dr. Luis Sáenz Dávalos, ha comentado 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 refiere la norma, sean necesariamente aquellas sobre las cuales existen recursos de impugnación pendientes” (43).*

Por último, con relación a la conveniencia o bondades del instituto de la actuación de sentencia impugnada el Dr. Juan Monroy Galvez sostiene lo siguiente: *“Podría considerarse exagerado el reconocimiento de tantos beneficios a la institución; sin embargo, nos parece que se trata de un instrumento excelente para reivindicar la trascendencia de la tutela jurisdiccional efectiva en la sociedad contemporánea. (...) aunque admitimos que una apertura a su uso sin parámetros normativos o jurisprudenciales, más o menos explícitos, puede ser peligrosa” (44).* Adicionalmente, en relación al mismo tema el Dr. Monroy Palacios sostiene lo siguiente: *“Aunque el nombre es un poco largo, nosotros preferiríamos llamar a este instituto como actuación inmediata de la sentencia no definitiva (...) En nuestro país, dicha categoría aún no es conocida pues reina, de manera absoluta, el efecto suspensivo sobre la impugnación de sentencia. (...) No es bueno repetir lo desconocido sin analizar el impacto que figuras alienígenas provocarían sobre nuestro aún incipiente sistema de justicia. (...) Pese a lo dicho, es pertinente resaltar que el rumbo del proceso civil actual debe estar dirigido*

⁴¹ RAFFO LA ROSA, Mauricio. La Actuación de Sentencia Impugnada en el nuevo Código Procesal Constitucional Peruano. En: Derecho Procesal III Congreso Internacional. Universidad de Lima, 2005, páginas 155-156.

⁴² SIMONS PINO, Adrián. Ejecución Provisional de la Sentencia Civil en el Perú. En: Lima, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Colección Encuentros Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas, Octubre de 2008, páginas 696-697.

⁴³ SAENZ DAVALOS, Luis. Las innovaciones del Código Procesal Constitucional en el Proceso Constitucional de Amparo. En: Introducción a los Procesos Constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional. Lima: Jurista Editores, 2005, página 136.

⁴⁴ MONROY GALVEZ, Juan. La Actuación de la Sentencia Impugnada. En: Revista Peruana de Derecho Procesal No. V, Junio de 2002, páginas 215-219.

hacia el privilegio de la discusión efectuada en primer grado, momento en el que el juzgador mejor conoce la situación controvertida y momento en el cual, salvo situaciones excepcionales, se debiera otorgar a los justiciables la satisfacción definitiva a su litigio” (45).

De lo expuesto anteriormente se concluye que la doctrina, de manera mayoritaria, considera que el Artículo 22 del Código Procesal Constitucional incorporó el instituto de la actuación de sentencia impugnada.

2.8 Tribunal Constitucional: Su posición.

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado a favor de considerar que el Artículo 22 del Código Procesal Constitucional incorporó el instituto de la actuación de sentencia impugnada a la legislación nacional.

Si bien las tres sentencias que a continuación citaré fueron emitidas en procesos de habeas corpus, dado los términos generales con que el Tribunal Constitucional se ha referido en ellas al Artículo 22 del Código Procesal Constitucional y la contundencia de sus afirmaciones, ello nos permite sostener que sus conclusiones a favor de la incorporación del instituto objeto de estudio al Código Procesal Constitucional son, también, aplicables al proceso de amparo (46).

Al respecto, en el fundamento tercero de la sentencia del 17 de Agosto de 2005, en el Expediente No. 5287-2005-PHC/TC, el Tribunal Constitucional consideró lo siguiente:

“El Juez del Trigésimo Séptimo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, que ha conocido el presente proceso a nivel de la primera instancia, ha omitido actuar conforme a las reglas establecidas imperativamente en el artículo 22 del Código procesal Constitucional. En efecto, pese a que la sentencia emitida con fecha 23 de Mayo de 2005 tuvo un resultado estimatorio y, por tanto, obligaba a su ejecución inmediata conforme al régimen procesal establecido en el citado artículo 22, el Juez constitucional permitió que la entidad demandada persistiera en su actitud de mantener las mallas metálicas so pretexto de su derecho a ejercer los recursos impugnatorios y

⁴⁵ MONROY PALACIOS, Juan. La Tutela Procesal de los Derechos. Lima: Palestra Editores, 2004, páginas 292-293.

⁴⁶ Al respecto, con relación a este mismo tema, el Dr. Omar Cairo comparte la misma opinión en el sentido que el Tribunal Constitucional reconoció la existencia del instituto de la actuación de sentencia impugnada en Código Procesal Constitucional a través de la sentencia dictada en el Expediente No. 5994-2005-PHC/TC (Ver CAIRO ROLDAN, Omar. La Actuación Inmediata de la Sentencia de Primer Grado del Amparo en la Jurisprudencia Peruana. En: Dialogo con la Jurisprudencia No. 93, Junio de 2008, Año 11, Lima: Gaceta Jurídica, página 802). En idéntico sentido se ha pronunciado, también, el Dr. Samuel Abad (Ver ABAD YUPANQUI, Samuel. El Proceso Constitucional de Amparo. Lima: Gaceta Jurídica 2008, página 234).

acceder a la instancia superior. Sobre el particular, este Colegiado considera necesario enfatizar que, a diferencia del modelo procesal de la derogada Ley 23506 y normas conexas, el Código Procesal Constitucional, vigente desde el 1 de diciembre de 2004, ha incorporado para los procesos de tutela de derechos el régimen de la actuación de sentencia inmediata de sentencias conforme al cual el juzgador se encuentra habilitado para ejecutar los mandatos contenidos en su sentencia estimatoria, independientemente de la existencia de mecanismos de acceso a la instancia superior. (...) Si ésta es estimatoria, tal condición es suficiente elemento para proceder a su ejecución inmediata, (...)" (47).

En idénticos términos se pronunció también el Tribunal Constitucional en las sentencias del 29 de Agosto y 12 de Setiembre de 2005, emitidas en los Expedientes Nos. 5994-2005-PHB/TC y 6225-2005-PHC/TC.

De otro lado, el Poder Judicial, a través de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, mediante Resolución del 29 de Diciembre de 2005, emitida en el Expediente No. 4989-2005, se ha pronunciado también a favor de considerar que el Artículo 22 del Código Procesal Constitucional incorporó el instituto de la actuación de sentencia impugnada. Dicha Sala consideró que, en tanto el segundo párrafo del Artículo 22 del Código Procesal Constitucional no señala que la sentencia materia de actuación deba tratarse de una sentencia ejecutoriada o firme, dicho dispositivo permite que la sentencia de primer grado, dictada en un proceso de amparo, sea ejecutada aún cuando hubiera sido impugnada.

⁴⁷ Fundamento tercero de la sentencia del Tribunal Constitucional del 17 de Agosto de 2005, emitida en el proceso de habeas corpus seguido por doña Patricia Rabanal Galdos contra el Alcalde de la Municipalidad Distrital de la Molina, expediente No. 5287-2005-PHC/TC.

III

Juicio de Constitucionalidad

A continuación analizaremos si el Artículo 22 del Código Procesal Constitucional –que consagra el instituto de la actuación de la sentencia impugnada- es o no constitucional; es decir, si la referida norma vulnera o no algún dispositivo constitucional.

Ciertamente una norma existe porque está prevista en el ordenamiento legal pero ello no es suficiente para que ésta sea legítima. Es necesario efectuar un juicio de constitucionalidad para verificar si la misma es o no compatible con los derechos y bienes constitucionales consagrados en nuestra norma fundamental.

Surge, pues, la siguiente interrogante: ¿la actuación de la sentencia impugnada vulnera o no algún derecho o bien constitucional? La respuesta es **no**. A continuación efectuaremos al análisis correspondiente.

3.1 Derechos Constitucionales de Naturaleza Procesal del Demandado.

El demandado es la única parte en el proceso de amparo que podría verse afectada con la ejecución de la sentencia impugnada. El Artículo 49 del Código Procesal Constitucional prohíbe la reconvención en un proceso de amparo; en tal sentido, la única pretensión que podría estimarse en la sentencia y que, en consecuencia, podría ser objeto de actuación anticipada es la contenida en la demanda; en consecuencia, el demandado será la única parte cuyos derechos podrían verse afectados con la actuación de una sentencia impugnada.

El demandado en un proceso de amparo es titular de los siguientes derechos constitucionales de naturaleza procesal: al debido proceso y a la tutela judicial efectiva⁽⁴⁸⁾.

3.2 Relación entre el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y el Derecho al Debido Proceso.

Diferenciar entre el derecho al debido proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva es una tarea extensa y harto complicada, que no corresponde a esta tesis desarrollarla en detalle por ello, optamos por dar una visión panorámica de la problemática mencionando la posición que, sobre el particular, han adoptado los más reconocidos juristas nacionales que han tratado el tema y, luego, en base a las pautas establecidas por

⁴⁸ Al respecto, el Artículo 139 de la Constitución referido a los Principios de la Función Jurisdiccional dispone lo siguiente: “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional:… Inciso 3.- La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.*”

el Tribunal Constitucional, delimitaremos el contenido de cada uno de estos derechos constitucionales procesales.

En relación a las diferencias y/o similitudes existentes entre el derecho al debido proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva la doctrina nacional no es uniforme ni pacífica, está dividida conforme se menciona a continuación.

El Dr. Marcial Rubio Correa considera que el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso son en esencia, básicamente, lo mismo y que el inciso 3 del Artículo 139 de la Constitución contiene una construcción impropia. El mencionado autor sostiene lo siguiente:

“El Tribunal Constitucional no ha definido la tutela jurisdiccional – que la doctrina identifica con el concepto de debido proceso- al señalar que la primera es de origen europeo continental y el segundo es de origen anglosajón, explicación razonable. Esto haría ver que el primer párrafo del inciso 3 del Artículo 139 está construido impropriamente, pues dado que debido proceso y tutela jurisdiccional se identifican, resulta equivocado presentarlos como dos conceptos distintos. (...) El propio Tribunal Constitucional parece entenderlo así en algunas sentencias (...)” ⁽⁴⁹⁾ (Lo resaltado es nuestro).

En esa misma línea se encuentra el Dr. Aníbal Quiroga León para quien los conceptos de derecho al debido proceso y de tutela judicial efectiva son sinónimos. El citado autor sostiene lo siguiente:

“De allí es que sin duda la doctrina procesal actual equipara plenamente los conceptos de Tutela Judicial Efectiva, en tanto tutela jurídica con su instrumento el proceso judicial, con el concepto anglosajón del Debido Proceso Legal o Due Process of Law, como sinónimo aún cuando se puede leer alguna literatura que pretende hacer una artificiosa distinción, más basada en el desconocimiento y en la confusión que en conocimiento del fondo de estos institutos, en virtud de la cual por Tutela Judicial Eficaz se quiere denotar el comportamiento externo de Órgano Jurisdiccional, en tanto que por Debido Proceso Legal se quiere significar el comportamiento del Órgano Jurisdiccional al interior de cada proceso judicial, como si una cosa y la otra no fueran, en sustancia, lo mismo” ⁽⁵⁰⁾.

Por su parte el Dr. Juan Monroy Galvez considera, que la diferencia que existe entre derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso es la que existe entre el postulado o abstracción y su manifestación concreta o actuación. El mencionado autor señala lo siguiente:

⁴⁹ RUBIO CORREA, Marcial. La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2005, páginas 185-186.

⁵⁰ QUIROGA LEON, Aníbal. El Debido Proceso Legal en el Perú y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Lima: Jurista Editores E.I.R.L., 2003, página 53.

“En nuestra opinión, entre el derecho a la tutela jurisdiccional y el derecho a un debido proceso, existe la misma relación que se presenta entre la anatomía y la fisiología cuando se estudio un órgano vivo, es decir, la diferencia sólo reside en la visión estática y dinámica de cada disciplina, respectivamente. El primero es el postulado, la abstracción; en cambio, el segundo es la manifestación concreta del primero, es su actuación” ⁽⁵¹⁾. (Lo resaltado es nuestro).

Por su parte, el Dr. Francisco Eguiguren Praeli considera que el derecho al debido proceso forma parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva. Al respecto, el mencionado autor sostiene lo siguiente:

“Puede considerarse que este derecho a una tutela judicial efectiva comprende tres aspectos: en primer lugar, un derecho de los justiciables de acción y acceso real, libre, amplio o irrestricto a la prestación jurisdiccional del órgano estatal competente; en segundo lugar, a que la atención de las pretensiones se desarrolle conforme a las reglas del debido proceso, es decir según las normas vigentes y los estándares aceptados como necesarios para hacer posible la eficacia del derecho; y, en tercer lugar, a la efectividad de la sentencia, es decir, a que el proceso concluya en una resolución final, la misma que debe estar arreglada a Derecho y dotada de un contenido mínimo de justicia, decisión ésta que debe ser susceptible de ser ejecutada con coercitividad”. ⁽⁵²⁾ (Lo resaltado es nuestro).

El Dr. Eloy Espinosa-Saldaña Barrera considera, que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso se diferencian en su origen y, adicionalmente, en su ámbito de aplicación. En relación a su origen sostiene, que el derecho al debido proceso se originó en el derecho anglosajón en tanto que el derecho a la tutela judicial efectiva se originó en el derecho europeo continental; en lo concerniente a su ámbito de aplicación considera que, el primero está referido a la judicatura ordinaria o constitucional, en tanto que el segundo es de aplicación, además, al ámbito administrativo y a relaciones corporativas entre particulares. El mencionado autor sostiene lo siguiente:

“En el Perú, a nivel doctrinario y jurisprudencial se ha ido configurando una comprensión amplia y en el sentido original norteamericano del Debido Proceso. Vemos pues como nos encontramos ante un concepto cuyos alcances no solamente se limitan a un escenario jurisdiccional, sino que son alegables tanto en el ámbito administrativo como incluso en relaciones entre particulares, y además, que no se

⁵¹ MONROY GALVEZ, Juan. Introducción al Proceso Civil. Colombia: Editorial Temis S.A., 1996, páginas 248-249.

⁵² EGUIGUREN PRAELI, Francisco. La inejecución de sentencias por incumplimiento de entidades estatales. En: Ius Et Veritas Año IX, Número 18, 1999, página 97.

limita al mero cumplimiento de ciertas pautas, sino que está íntimamente ligado a la consecución del valor justicia (...)
Vemos pues, cómo, desde su formulación inicial, el margen de acción de la tutela jurisdiccional o judicial efectiva se circunscribe a un ámbito vinculado con el quehacer de la judicatura, sea ésta ordinaria o constitucional, por constituir básicamente un derecho de todo justiciable a acceder a los tribunales para intentar ver satisfechas sus pretensiones ...” ⁽⁵³⁾.

En esa misma línea interpretativa está el Dr. Reynaldo Bustamante Alarcón quien considera, que no debe identificarse el derecho al debido proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva en tanto tienen un origen diferente y extienden su fuerza normativa a ámbitos de aplicación distintos. El citado autor sostiene lo siguiente:

“Esta identificación resulta inadecuada, no sólo porque se trata de dos derechos que tienen un origen diferente (el proceso justo de origen anglosajón y la tutela jurisdiccional efectiva de la Europa continental), sino también porque extienden su fuerza normativa a ámbitos de aplicación también diferentes. Así, mientras la tutela jurisdiccional efectiva está circunscrita a los procesos jurisdiccionales –valga la redundancia-, el proceso justo o debido proceso rige además los procedimientos administrativos, arbitrales, militares, políticos y particulares” ⁽⁵⁴⁾.

Por su parte, el Dr. Giovanni Priori Posada sostiene, que los derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva son derechos que emanan de distintas tradiciones jurídicas; además, agrega, que el primero pone énfasis en el instrumento o medio en tanto que el segundo lo hace en el resultado. El mencionado autor sostiene lo siguiente:

“Creemos que el énfasis puesto en la propia designación del debido proceso está en el proceso mismo y no en la tutela que él brinda. La noción de tutela jurisdiccional responde más a esa necesidad de que el proceso cumpla realmente los fines a los que está llamado a cumplir” ⁽⁵⁵⁾.

El Dr. Priori concluye sosteniendo, que considera adecuado que el constituyente hubiera regulado, indistintamente, ambos derechos porque no es conveniente identificar con un mismo nombre dos situaciones jurídicas complejas –refiriéndose a ambos derechos- porque con ello se corre el riesgo de que ninguno tenga una vigencia efectiva.

⁵³ ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional. Lima: Jurista Editores E.I.R.L., 2005, páginas 78 y 98.

⁵⁴ BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Derechos Fundamentales y Proceso Justo ... op cit., página 185.

⁵⁵ PRIORI POSADA, Giovanni. La Efectiva Tutela Jurisdiccional de las Situaciones Jurídicas Materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. En: Ius Et Veritas Número 26, páginas 287.

A continuación fijare mi posición (⁵⁶). En principio consideró, que el constituyente de 1993 quiso regular y reguló, en el inciso 3 del Artículo 139 de la Constitución, dos derechos que concibió como distintos (⁵⁷).

Sobre el particular, el Congreso Constituyente Democrático de 1993, en la sesión del 26 de Julio de 1993, puso a debate en el Pleno el proyecto del Capítulo VIII referido al Poder Judicial. Dicho proyecto, en la parte referida al tema que nos interesa, tenía la siguiente propuesta:

“Artículo 158.- Son principios de la función jurisdiccional y derechos en el proceso: (...) 3.- La observancia del debido proceso” (⁵⁸).

En el transcurso del debate, el mismo 26 de Julio, el congresista Velásquez Gonzáles del Frente Nacional de Trabajadores y Campesinos (FNTC) propuso algunos artículos alternativos a los elaborados por la Comisión de Constitución, uno de los cuales contenía la mención al derecho a la tutela judicial efectiva. Al respecto, el referido artículo señalaba lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional y a acudir al Poder Judicial en las ocasiones que lo requiera para garantizar el cumplimiento de sus derechos” (⁵⁹).

Posteriormente, en la sesión vespertina del 26 de Julio de 1993, se sometió a votación del Pleno un nuevo texto del inciso 3 del Artículo 158, el mismo que habría sido producto de coordinaciones y consenso entre los diferentes grupos políticos del Congreso Constituyente. Dicho texto fue aprobado por 53 votos a favor y 5 en contra con la siguiente redacción:

“Artículo 158.- Son principios y garantías de la función jurisdiccional: (...) 3.- La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (...)”.

La redacción final del inciso 3 del Artículo 139 de la Constitución de 1993 y el proceso que siguió la elaboración del citado dispositivo (⁶⁰) me llevan a concluir que, la

⁵⁶ Como ha sido indicado, no es objeto de la presente tesis el estudio minucioso de ambos derechos sino el dar una visión panorámica de los mismos que permita efectuar el juicio de constitucionalidad que nos ocupa.

⁵⁷ El inciso 3 del Artículo 139 de la Constitución establece lo siguiente:

“FUNCION JURISDICCIONAL: PRINCIPIOS

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)

DERECHO AL DEBIDO PROCESO

Inciso 3.- La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”.

⁵⁸ Congreso Constituyente Democrático, Debate Constitucional Pleno – 1993. Diario de los Debates. Lima: Industrial Gráfica S.A., 1998, Tomo II pág. 1280.

⁵⁹ *Ibíd...*, pág. 1287.

⁶⁰ Originalmente el inciso 3 del Artículo 158 del proyecto sólo mencionaba el derecho al debido proceso. Posteriormente, como consecuencia de reuniones y coordinaciones entre los diferentes grupos políticos se elaboró, en consenso (la votación fue 53 a favor 5 en contra), un nuevo texto que agregaba, además del

intención del Constituyente fue la de regular dos derechos constitucionales considerados o concebidos como distintos.

Analizaremos ahora si, efectivamente, son o no dos derechos distintos o una construcción impropia de la Constitución como sostiene el Dr. Marcial Rubio Correa⁽⁶¹⁾.

En principio, como es manifiesto y aceptado por la doctrina de manera uniforme, los derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva son dos derechos emanados de tradiciones jurídicas distintas. El derecho al debido proceso se originó en el derecho anglosajón en tanto que el derecho a la tutela judicial efectiva se originó en la tradición jurídica romano-germánica.

En lo referente a su denominación concordamos con el Dr. Priori en el sentido que, cada uno de los *nomen iuris* utilizados enfatiza aspectos diferentes del derecho. El concepto derecho al debido proceso pone énfasis en el instrumento o medio a través del cual el Estado presta tutela; en cambio, en el caso del derecho a la tutela judicial efectiva, éste enfatiza la prestación del Estado y la eficiencia que ésta debería tener.

En lo concerniente a su ámbito de aplicación considero se trata de dos derechos que tienen un ámbito de aplicación distinto. El derecho a la tutela judicial efectiva se aplica al ámbito jurisdiccional –ordinario y constitucional–, en tanto que el derecho al debido proceso se aplica, además, del ámbito jurisdiccional, al procedimiento administrativo y a determinadas relaciones privadas. No obstante lo expuesto, también es cierto que, ambos tienen un ámbito de aplicación común, que es el jurisdiccional. Además, ambos, son derechos complejos, en la medida que están integrados por diferentes derechos.

La problemática surge para diferenciarlos a partir de su contenido. Ello se debe, en principio, a que la doctrina y la jurisprudencia no es uniforme ni pacífica para determinar su contenido. En función del país o del autor varía el contenido de cada uno de estos derechos⁽⁶²⁾ de ahí que sea, sumamente, difícil delimitarlos y diferenciarlos. Además debe agregarse que, ambos derechos se originaron y evolucionaron individualmente –por separado–, en diferentes tradiciones jurídicas, cuyos ciudadanos, por cierto, tuvieron similares requerimientos y exigencias de justicia frente al Estado lo que origino que, cada uno de ellos, buscase satisfacer dichos requerimientos comunes

derecho al debido proceso, el derecho a la tutela judicial efectiva. Esto en mi opinión denota la intención del Constituyente de legislar y reconocer dos derechos distintos.

⁶¹ Al respecto, el citado autor sostiene lo siguiente: “El Tribunal Constitucional no ha definido la tutela jurisdiccional –que la doctrina identifica con el concepto de debido proceso– al señalar que la primera es de origen europeo continental y el segundo es de origen anglosajón, explicación razonable. **Esto haría ver que el primer párrafo del inciso 3 del Artículo 139 está construido impropriamente, pues dado que debido proceso y tutela jurisdiccional se identifican, resulta equivocado presentarlos como dos conceptos distintos.** (...) El propio Tribunal Constitucional parece entenderlo así en algunas sentencias (...)”. RUBIO CORREA, Marcial. La Interpretación de la Constitución ... op. cit., páginas 185-186.

⁶² Por cierto, en su aspecto medular o esencial existe un contenido básico que es respetado por los diferentes autores y en distintos países.

generando, en ambos derechos, ciertos contenidos similares o idénticos. Por ello algunos autores consideran que, en el fondo, ambos derechos son lo mismo (⁶³).

En nuestra legislación el Tribunal Constitucional ha establecido pautas o criterios para diferenciarlos. Será a partir de dichas pautas que, a continuación, pasare a delimitar el contenido de cada uno de ellos para luego efectuar el juicio de constitucionalidad a la actuación de sentencia impugnada.

3.3 Derecho a la Tutela Judicial Efectiva.

Conforme ha sido indicado, el derecho a la tutela judicial efectiva es uno de naturaleza compleja porque está integrado por un conjunto de derechos. El Tribunal Constitucional considera, que el contenido del derecho objeto de comentario está conformado por el derecho de acceso a la justicia –derecho de acción- y por el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el considerando dieciséis de su sentencia del 5 de Enero de 2006, emitida en el expediente No. 0015-2005-AI, sostuvo lo siguiente con relación al contenido del derecho a la tutela judicial efectiva:

“El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos, entre los que destacan el acceso a la justicia, es decir, el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente; y el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales” (⁶⁴). (Lo resaltado es nuestro).

El mismo Tribunal Constitucional en el fundamento 2.3.1 de su sentencia del 6 de Diciembre de 2002, emitida en el expediente No. 1042-2002-AA sostuvo lo siguiente con relación al contenido del derecho a la tutela judicial efectiva.

“El derecho a la ejecución de las sentencias se encuentra contenido implícitamente en el derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de nuestra Constitución. En efecto, si bien la referida norma no hace referencia expresa a la “efectividad” de las resoluciones judiciales, dicha cualidad se desprende de su interpretación, de conformidad con los tratados internacionales sobre

⁶³ En relación a la identificación de ambos derechos el Dr. Reynaldo Bustamante sostiene lo siguiente: *“Creemos que la identificación se debe a la influencia que ha ejercido el ordenamiento jurídico español, específicamente la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional, al configurar el contenido de la tutela jurisdiccional efectiva con parte de los derechos que integran un debido proceso (por ejemplo con el derecho al recurso legalmente establecido, la prohibición de indefensión, el derecho a obtener una decisión adecuadamente motivada que ponga fin al proceso, etc.)”*. (BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Derechos Fundamentales y Proceso Justo. ... op. cit., página 185).

⁶⁴ La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Gaceta Jurídica, 2006, página 648.

derechos humanos (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución). Precisamente, el artículo 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”; y el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido o a 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 (...)”. De este modo, el derecho a la tutela jurisdiccional no sólo implica el derecho de acceso a la justicia y el derecho al debido proceso, sino también el derecho a la “efectividad” de las resoluciones judiciales; (...)” ⁽⁶⁵⁾. (Lo resaltado es nuestro).

Adicionalmente a lo considerado por el Tribunal Constitucional, en la medida que el derecho a la tutela judicial efectiva corresponde tanto al demandante como al demandado consideró que, el referido derecho está conformado, también, por el derecho de contradicción ⁽⁶⁶⁾.

En consecuencia, para efectos del juicio de constitucionalidad que nos proponemos efectuar y de acuerdo con las pautas fijadas por el Tribunal Constitucional el derecho a la tutela judicial efectiva estaría integrado por: i) el derecho de acción; ii) el derecho de contradicción; iii) el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales ⁽⁶⁷⁾.

Por derecho de acción entenderemos el derecho de todo sujeto de derecho a concurrir y a ser oído en los Tribunales. No el derecho a la admisión de una demanda ni tampoco el derecho a la tramitación completa del proceso. Dicho derecho se satisface con la interposición de la demanda ⁽⁶⁸⁾.

⁶⁵ Ibid. página 652.

⁶⁶ El Artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil define el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva de la siguiente manera: “**DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA.-** Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso”. (Lo resaltado es nuestro)

⁶⁷ En relación al contenido del derecho a la tutela judicial efectiva el Dr. Giovanni Priori sostiene lo siguiente: “Inicialmente debemos decir que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de contenido complejo en la medida que está conformado por una serie de derechos que determinan su contenido. Esta serie de derechos sería como sigue: derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales; derecho a un proceso con garantías mínimas; derecho a una resolución fundada en derecho y derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales”. (PRIORI POSADA, Giovanni. La Efectiva Tutela Jurisdiccional... op cit., página 289).

⁶⁸ Por ello es que el rechazo liminar o de plano de la demanda, en aquellos casos en los que ésta no cumpla las exigencias formales, no vulnera el derecho de acción del demandante.

Por derecho de contradicción entenderemos el derecho del demandado a concurrir y ser oído en los Tribunales. Dicho derecho le corresponde a todo demandado por el simple hecho de serlo ⁽⁶⁹⁾.

Por derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales entenderemos el derecho a la ejecución de una sentencia de fondo de manera eficaz y en tiempo oportuno. Con relación al derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales el Tribunal Constitucional en el fundamento 2.3.2 de su sentencia del 6 de Diciembre de 2002, emitida en el expediente No. 1042-2002-AA, estableció lo siguiente:

“La actuación de la autoridad jurisdiccional en la etapa de ejecución de sentencias constituye un elemento fundamental e imprescindible en el logro de una “efectiva” tutela jurisdiccional, siendo de especial relevancia para el interés público, pues difícilmente se podría señalar la existencia de un estado de derecho, cuando en su interior las personas no pueden lograr la justicia a través de los órganos establecidos para tal efecto” ⁽⁷⁰⁾. (Lo resaltado es nuestro).

La citada sentencia del Tribunal Constitucional amerita, en mi opinión, dos comentarios. El primero, que el Tribunal Constitucional vincula o relaciona el derecho a la ejecución de una sentencia de fondo con la “efectividad” del derecho a la tutela judicial. El segundo, que el derecho a la ejecución de una sentencia de fondo tiene especial relevancia para el interés público, a criterio del Tribunal Constitucional.

Para efectos del juicio de constitucionalidad que efectuaremos del Artículo 22 del Código Procesal Constitucional nuestro análisis se centrará en el derecho de contradicción.

3.4 Derecho al Debido Proceso.

El derecho al debido proceso es también uno de naturaleza compleja porque está integrado por un conjunto de derechos. Sobre el particular el Tribunal Constitucional en el fundamento uno de su sentencia del 12 de Noviembre de 2004, emitida en el expediente No. 2508-2004-AA, estableció lo siguiente con relación al derecho al debido proceso:

“El debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos” ⁽⁷¹⁾.

⁶⁹ El segundo párrafo del Artículo 2 del Código Procesal Civil dispone lo siguiente: “Por ser titular del derecho a la tutela judicial efectiva, el emplazado en un proceso civil tiene derecho de contradicción”.

⁷⁰ La Constitución en la Jurisprudencia ... op. cit., página 652.

⁷¹ *Ibíd.*, página 635.

Con relación a su contenido el Tribunal Constitucional en el fundamento tercero de su sentencia del 15 de Octubre de 2005, emitida en el expediente No. 0200-2002-AA, señaló lo siguiente:

*“El debido proceso implica al respeto, dentro de todo el proceso, de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia. Tal es el caso de los **derechos al juez natural, a la defensa, a la pluralidad de instancias, acceso a los recursos, a probar, plazo razonable, etc.**”* ⁽⁷²⁾. (Lo resaltado es nuestro).

El Dr. Eloy Espinosa-Saldaña menciona una relación no taxativa de los derechos que integran el contenido del derecho al debido proceso señalando lo siguiente:

- *Derecho de acceso a la autoridad destinada a acoger o denegar nuestros requerimientos (pretensiones);*
- *Derecho de contradecir o a defendernos de una alegación (pretensión) exigida en contra de nuestros propios derechos;*
- *Derecho a un juzgador imparcial;*
- *Derecho a un juzgador predeterminado por la ley (lo que e rigor no es lo mismo que juez natural, aunque habitualmente se le confunde);*
- *Obligación de respetar formalidades que preservan una buena notificación y audiencia para quienes son parte de la controversia (...);*
- *Derecho de ofrecer y actuar pruebas (...);*
- *Derecho a poder obtener medidas cautelares que permitan temporalmente proteger nuestras pretensiones o posturas;*
- *Derecho a recibir una resolución a nuestros requerimientos en un plazo razonable, (...);*
- *Obligación de motivar el fallo y las diferentes resoluciones que sean necesarias para absolver la controversia pendiente (...);*
- *Existencia de una pluralidad de instancias (...);*
- *Obligatoriedad y exigibilidad de la cosa juzgada (...)* ⁽⁷³⁾.

De otro lado, el Artículo 4 del Código Procesal Constitucional regula el derecho a la tutela procesal efectiva definiéndolo de la siguiente manera:

“Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución

⁷² *Ibíd.* loc. cit.

⁷³ ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Derechos Fundamentales...* op. cit., páginas 67 y 68.

fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal”.

En mi opinión, el citado dispositivo pretende integrar o consolidar los dos derechos fundamentales de naturaleza procesal objeto de análisis en uno, llamado derecho a la tutela procesal efectiva.

Lo pertinente del citado dispositivo para esta parte de la tesis es la mención y detalle del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva.

Los derechos que integran el debido proceso y que nos interesan para el juicio de constitucionalidad del Artículo 22 del Código Procesal Constitucional son los siguientes: el derecho de defensa y el derecho a impugnar o a recurrir (pluralidad de instancias).

A continuación analizaremos los mecanismos de defensa frente a los posibles excesos del legislador y, posteriormente, se analizará si la actuación de sentencia impugnada vulnera o no el derecho de contradicción, el derecho a recurrir y el derecho de defensa del demandado.

3.5 Mecanismos de Defensa Frente a Posibles Excesos del Legislador.

Con el objeto de evitar los posibles excesos del legislador que vulneren los derechos fundamentales se ha desarrollado la técnica del contenido esencial de los derechos fundamentales ⁽⁷⁴⁾.

La cláusula del contenido esencial se origina en lo dispuesto por el Artículo 19 de la Constitución alemana que establece lo siguiente:

“Cuando según esta Ley Fundamental un derecho pueda limitarse por ley o en virtud de una ley, la ley será general y no valdrá para un caso

⁷⁴ El Dr. Eloy Espinosa-Saldaña realiza una clasificación de los diferentes instrumentos, de corte garantista, que existen para solucionar los conflictos –o posibles conflictos- entre derechos constitucionales así como los mecanismos de defensa frente a los posibles excesos del legislador. Al respecto, el citado autor sostiene lo siguiente: *“Asegurar la plena vigencia de los preceptos constitucionales –y sobre todo, la de los diferentes derechos fundamentales allí consagrados o reconocidos- nunca ha sido tarea fácil. Es por ello que progresivamente la preocupación por preservar la obtención de tan plausible objetivo ha ido generando la existencia de una serie de mecanismos de corte garantista, mecanismos provenientes de distintos orígenes y con diversos alcances. Intentando esbozar siquiera una clasificación de estos instrumentos, señalaremos que mientras algunos de ellos pueden ser clasificados como técnicas para la solución de (probables) conflictos entre derechos, otros se configuran más bien como mecanismos de defensa entre los posibles excesos del legislador (consideración dentro de la cual podemos incluir a conceptos como el respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales –ya sea en su concepción española o en su comprensión alemana- (...))”.* (ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Libertades Informativas versus Intimidad, Honor, Buena Reputación o Buena Imagen: Las ventajas de un tratamiento Procesal Constitucional de estos casos. En: Dialogo con la Jurisprudencia, Número 42, 2002, páginas 82-83).

singular. (...) En ningún caso un derecho fundamental puede ser afectado en su contenido esencial". (Lo resaltado es nuestro).

El concepto del contenido esencial surge como un límite a las facultades o potestades del legislador para que éste, en ejercicio de sus potestades normativas, no afecte o vulnere los derechos fundamentales. Sin embargo, en el momento de concretar cuál es el objeto de protección del contenido esencial y cómo debe determinarse éste surgen, en doctrina, diferentes posiciones generando varias teorías entre las que tenemos: la Teoría Objetiva, la Subjetiva, la Absoluta, la Relativa y la Institucional a las que nos referiremos, sucintamente, a continuación.

Teorías: Objetiva y Subjetiva. La diferencia entre estas teorías radica en qué aspecto del derecho fundamental debe tutelar la cláusula del contenido esencial ⁽⁷⁵⁾.

La **teoría subjetiva** considera que el contenido esencial tutela, exclusivamente, la dimensión subjetiva o individual de los derechos fundamentales. Si una norma dada por el legislador afecta los derechos individuales de las personas, ésta vulneraría el contenido esencial del derecho constitucional.

Por su parte, la **teoría objetiva**, considera que el contenido esencial protege, exclusivamente, la dimensión objetiva del derecho constitucional; es decir, la norma constitucional, el instituto mismo. Quienes adoptan esta teoría sostienen, que en determinados casos es inevitable e ineludible que el contenido esencial del derecho fundamental de una persona específica, determinada, deba ser afectado por consideraciones públicas (el caso de la expropiación o de una pena privativa de la libertad); en cuyo caso dicha norma, plenamente justificada, no sería inconstitucional pues vulneraría el derecho subjetivo de la persona pero no la cláusula del contenido esencial, en la medida que no afecta el derecho constitucional considerado como norma jurídica o institución.

Al respecto, Juan Cianciardo, sostiene lo siguiente:

“La teoría objetiva tiene su raíz en una perplejidad: la que produce a algunos autores el dato, para ellos incontrovertible, de que existen supuestos en los que el contenido esencial de un derecho fundamental concreto de una persona no sólo resulta afectado en los hechos, sino que debe ser afectado. Esta necesidad exige una explicitación teórica que justifique tal afectación sin que de ella pueda derivarse una violación de la cláusula constitucional del contenido esencial” ⁽⁷⁶⁾.

⁷⁵ El origen de la discrepancia surge de la doble naturaleza de los derechos constitucionales que son, a la vez, derechos subjetivos de los ciudadanos y, también, elementos objetivos del ordenamiento jurídico. Una de las teorías considera que el contenido esencial sólo tutela el aspecto subjetivo del derecho constitucional en tanto que la otra considera que sólo tutela el aspecto objetivo.

⁷⁶ CIANCIARDO, Juan. El Conflictivismo en los Derechos Fundamentales. España: Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 2000, páginas 253-254.

Teorías: Relativa, Absoluta e Institucional. La diferencia entre estas teorías radica en qué debe entenderse por contenido esencial del derecho fundamental.

La **teoría relativa** considera, que el contenido esencial de un derecho constitucional es aquello que queda después de una ponderación. Sostiene, que no existe ningún elemento permanente, previamente, identificable como contenido esencial del derecho⁽⁷⁷⁾.

La teoría relativa fija pautas de actuación –parámetros objetivos y razonables- para quien va a limitar el derecho. De acuerdo con esta teoría, el contenido esencial de un derecho constitucional es respetado cuando la limitación del derecho se encuentra justificada.

Según esta teoría, para determinar si la norma afectaría o no el derecho fundamental debe someterse ésta a un test de proporcionalidad, que implica analizar lo siguiente: i) si la norma limitadora es adecuada al bien que pretende tutelar; ii) si no existen otras medidas menos gravosas para la obtención del mismo fin; iii) si la lesión es proporcional al fin que se pretende proteger.

Si la norma supera el test de proporcionalidad se considera que la limitación del derecho fundamental no afecta el contenido esencial y está justificada. Si ésta no lo supera no se justifica y devendría en inconstitucional.

La **teoría absoluta** considera que todo derecho constitucional está integrado por un contenido esencial o núcleo duro y por un contenido accesorio o no esencial. El contenido esencial, es una parte del contenido del derecho constitucional cuyos elementos integrantes son indispensables para la reconocibilidad jurídica del derecho como tal, sin la cual el derecho deja de ser lo que es.

Al respecto, Antonio Martínez-Pujalte sostiene lo siguiente con relación a la teoría absoluta:

“Nos encontramos pues en las teorías absolutas con una descripción “espacial” del contenido de los derechos fundamentales: existe un “espacio interior”, en el que la injerencia estatal se encuentra vedada, y un “anillo exterior”, en el que esa intervención es posible. Concebir el contenido esencial como un “límite de los límites” significa ahora que el legislador puede establecer restricciones del derecho fundamental sólo en su parte accesorio, pero no en cambio en su núcleo esencial. Se distingue en cada derecho una zona que es limitable por el legislador y otra que es ilimitable. Ello no significa, sin embargo, que las limitaciones de los derechos en su parte

⁷⁷ De acuerdo con esta teoría no existe una medida preestablecida o parte autónoma, predeterminada, del derecho constitucional a la que se denomine contenido esencial.

accesoria puedan ser arbitrarias, pues exigen también una justificación (...)" (78).

En resumen, la teoría absoluta considera que todo derecho constitucional tiene un núcleo duro que no puede ser limitado por el legislador. Si podrá serlo su parte accesoria en tanto la limitación se justifique.

La **teoría institucional** sustentada por Peter Haberle sostiene, que el contenido esencial de los derechos fundamentales debe establecerse en relación con los principios, derechos y valores que la constitución reconoce. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en el considerando 21 de la sentencia emitida en el expediente No. 1417-2005-AA/TC, del 8 de Julio de 2005, sustentando la teoría institucional del contenido esencial lo sostuvo lo siguiente:

“En tal sentido, el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites que sobre la base de este resultan admisibles, forman una unidad (...) por lo que, en la ponderación que resulte necesaria a efectos de determinar la validez de tales límites, cumplen una función vital los principios de interpretación constitucional de “unidad de la constitución” y de “concordancia práctica”, cuyo principal cometido es optimizar la fuerza normativa-axiológica de la Constitución en su conjunto” (79).

Posición Personal.

En mi opinión las teorías subjetiva y objetiva no deben excluirse sino, por el contrario, complementarse. Es un error concebir ambas teorías como excluyentes o incompatibles. El derecho fundamental tiene dos dimensiones; no obstante, es y se trata de un solo y único derecho de ahí que, el contenido esencial debe tutelar tanto el aspecto subjetivo como el objetivo del derecho fundamental.

En lo referente a qué entiendo por contenido esencial. Me inclino a concebirlo como un núcleo básico o duro vedado a la injerencia estatal, aún cuando soy consciente de la dificultad que ello implica para determinarlo en un caso concreto y la consiguiente indeterminación e impredecibilidad que ello podría ocasionar. No obstante lo expuesto, prefiero optar por dicha teoría en la medida que ofrece una mayor y mejor garantía a los derechos fundamentales. En cambio, la teoría relativa, es mucho más permisiva a la limitación y restricción de los derechos fundamentales pues, en la medida que exista una adecuada justificación, ésta legitima la restricción o limitación del derecho. Según algunos autores, esta última teoría llevada al extremo, podría generar el vaciamiento del derecho constitucional.

⁷⁸ MARTINEZ-PUJALTE, Antonio Luis. El Contenido esencial como Límite de los Límites. Trujillo: Tabla XIII Editores S.A.C., 2005, página 30.

⁷⁹ Considerando 21 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de Julio de 2005, emitida en el 1417-2005-AA/TC.

3.6 Juicio de Constitucionalidad del Artículo 22 del Código Procesal Constitucional.

A continuación se analizará si el instituto de la actuación de sentencia impugnada vulnera o no el derecho de contradicción, el derecho a recurrir, el principio de pluralidad de instancias y el derecho de defensa del demandado en el proceso de amparo.

3.6.1 Contenido del Derecho de Contradicción. La Actuación de Sentencia Impugnada no lo vulnera.

¿Cuál es el contenido del derecho de contradicción? Es el derecho que tiene todo demandado -por el simple hecho de serlo- de comparecer y de ser oído en el proceso.

El derecho de contradicción es para el demandado lo que el derecho de acción es para el demandante. Ambos son derechos públicos, subjetivos, autónomos y abstractos. La diferencia entre estos radica, en que el ejercicio del derecho de acción no está condicionado al previo ejercicio de otro derecho, como si ocurre en el derecho de contradicción. Este tiene como presupuesto, para su existencia, el previo ejercicio del derecho de acción; es decir, sólo surgirá el derecho de contradicción en la medida que, previamente, se hubiera ejercitado el derecho de acción.

El instituto de la actuación de sentencia impugnada no afecta el derecho de contradicción del demandado en el proceso. Por el contrario, el respeto del derecho de contradicción es un presupuesto para la existencia del instituto de la actuación de sentencia impugnada pues para que más adelante en el proceso pueda, válidamente, atribuírsele efectos jurídicos a la sentencia impugnada se requiere que, previamente, se hubiera respetado el derecho de contradicción. Si se vulneró el derecho del demandado a comparecer y a ser oído en el proceso ello no sólo generará se invalide lo actuado sino, también, la sentencia de primer grado -impugnada- que pudiera ser pasible de ejecución.

En tal sentido, el instituto de la actuación de sentencia impugnada no vulnera el derecho de contradicción del demandado en el proceso pues para que exista el instituto y la sentencia de primer grado pueda ser pasible de ejecución se requiere, que el demandado haya sido emplazado con la demanda y hubiera estado en aptitud de apersonarse y ejercitar su derecho de defensa. En tal virtud, la actuación de sentencia impugnada no afecta el contenido del derecho de contradicción sino este último es presupuesto para la existencia del primero.

3.6.2 Contenido del Derecho a Recurrir. La Actuación de Sentencia Impugnada no lo vulnera.

¿Qué es el derecho a recurrir? Es el derecho de quien está legitimado⁽⁸⁰⁾ y se considera agraviado con una resolución del Juez a denunciar los vicios o defectos que ésta pudiera

⁸⁰ Prefiero utilizar el concepto de sujeto legitimado que es más amplio que el de parte. Ello posibilita que, también, se considere titular del derecho a recurrir a aquellos terceros que el Juez, vía la integración prevista en el Artículo 43 del Código Procesal Constitucional, hubiera incorporado al proceso.

tener, con el objeto que sea reexaminada o revisada por el mismo u otro órgano jurisdiccional.

El derecho a recurrir se sustenta en la comprobada falibilidad del Juez (el sentenciar es un quehacer humano y como tal, puede incurrir en error) así como en la negativa del sujeto legitimado a aceptar una decisión contraria a sus intereses (⁸¹).

El derecho a recurrir tiene como presupuesto el gravamen o perjuicio que debe generar la resolución recurrida. Sin perjuicio o agravio no procede la impugnación.

El derecho a recurrir tiene como su contenido el derecho a reexamen o revisión de la resolución impugnada, por el mismo u otro órgano jurisdiccional (⁸²).

La actuación de sentencia impugnada, que implica atribuirle eficacia a la sentencia sobre el fondo carente de firmeza (quedando los efectos de ésta subordinados a lo que resulte del recurso interpuesto), no vulnera el derecho a recurrir del demandado o tercero legitimado en el proceso. Por el contrario, el instituto objeto de estudio tiene como presupuesto de su existencia la previa impugnación de la sentencia que podría ser objeto de ejecución. Sin la previa impugnación de la sentencia no existiría el instituto; en tal sentido, la ejecución de la sentencia impugnada no impide apelar la sentencia sino que, por el contrario, presupone la apelación. Exige o requiere que ésta, necesariamente, sea impugnada para que el instituto pueda existir como tal; en caso contrario, de no mediar impugnación contra la sentencia, nos encontraríamos frente a una ejecución de sentencia firme ordinaria (⁸³).

El Dr. Adrián Simons Pino sostiene lo siguiente con relación a este tema:

“Permitir la ejecución de la sentencia a pesar de que ésta ha sido impugnada importaría quebrar la regla general referente a los efectos que sobre la sentencia impone la interposición de un medio impugnatorio. Si la apelación traía por consecuencia suspender los

⁸¹ Si el derecho a recurrir se originase, exclusivamente, en la falibilidad humana. Es decir, en la posibilidad de error por parte del Juez, sin que se requiera la renuencia de la parte afectada a aceptar la decisión adversa; entonces, el reexamen o revisión de la resolución debería operar siempre de oficio y no a instancia de parte como, actualmente, se exige.

⁸² El derecho a recurrir o impugnar tiene como contenido el reexamen o revisión de la resolución impugnada por el mismo –como es el caso del recurso de reposición- u otro órgano jurisdiccional –como es el caso del recurso de apelación o de casación-. En cambio, el principio de pluralidad de instancias exige que, ese reexamen o revisión de la resolución recurrida sea efectuado por otro órgano jurisdiccional, generalmente, de jerarquía superior a aquel que emitió la resolución impugnada para de esa forma abrir una segunda instancia en el proceso. El análisis de si la actuación de sentencia impugnada vulnera o no el principio de pluralidad de instancias será efectuado en el numeral siguiente.

⁸³ Dejo expresa constancia que –como se explicará en detalle más adelante-, concibo el derecho del demandante a actuar una sentencia impugnada con ciertos límites, uno de ellos es que dicho derecho no autoriza al actor a ejecutar una sentencia –impugnada- que produzca efectos irreversibles. Si ello fuera permitido, generaría la violación o vulneración del derecho a recurrir y del derecho de defensa del demandado, pues de nada servirá que al demandado se le conceda, formalmente, el derecho a apelar si luego (como consecuencia de la ejecución de actos irreversibles) la sentencia revocatoria que pudiera emitir el superior no puede ejecutarse.

efectos de la decisión final, con el instituto que es materia del presente informe, dicha consecuencia desaparece; sin embargo, el derecho a impugnar permanece intacto” ⁽⁸⁴⁾.

Si el instituto objeto de estudio no impide apelar la sentencia cabe preguntarse, a continuación, lo siguiente: ¿el conceder la apelación sin efecto suspensivo vulnera o no el derecho a recurrir?; en otras palabras, si el efecto suspensivo es un imperativo constitucional exigido por el derecho a recurrir ⁽⁸⁵⁾.

Considero que no. El imperativo constitucional reside en que el afectado con la sentencia siempre esté en aptitud de impugnarla -en tanto ésta le genere agravio-, para que sea revisada o reexaminada por un órgano jurisdiccional. El objeto de recurrir es, en el fondo, la revisión o reexamen de la resolución recurrida y no que la apelación sea concedida con un determinado efecto jurídico.

La determinación del efecto en que debe concederse el recurso de apelación escapa al ámbito constitucional y corresponde determinarse por ley, en base a criterios de política jurídica.

Al respecto, el Dr. Ignacio Díez-Picazo Jiménez sostiene lo siguiente con relación a este punto:

“Permitir o no –o hacerlo de forma más amplia o restringida- la ejecución provisional es una cuestión de política legislativa, no una cuestión en la que la Constitución predetermine solución alguna. Tan constitucional sería no permitir en ningún caso la ejecución provisional como permitirla con mayor amplitud” ⁽⁸⁶⁾.

En consecuencia, en la medida que la actuación de sentencia impugnada no impide el reexamen o revisión de la resolución recurrida dicho instituto no afecta el contenido esencial del derecho a recurrir.

3.6.3 Contenido del Principio de Pluralidad de Instancias. La Actuación de Sentencia Impugnada no lo vulnera.

El principio a la pluralidad de instancias está previsto en el inciso 6 del Artículo 139 de la Constitución que establece lo siguiente:

⁸⁴ SIMONS PINO, Adrián. Ejecución Provisional de la Sentencia Civil en el Perú. En: Lima, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Colección Encuentros Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas, Octubre de 2008, página 694.

⁸⁵ El recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia debe ser concedido sin efecto suspensivo para que la sentencia pueda ser ejecutada.

⁸⁶ DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio. Derecho Procesal Civil – Ejecución Forzosa Procesos Especiales. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Setiembre de 2002, páginas 67.

“FUNCION JURISDICCIONAL: PRINCIPIOS

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...) INSTANCIA PLURAL

Inciso 6.- La pluralidad de la instancia”.

El citado principio implica que todo proceso debe estar en aptitud de transitar cuando menos dos instancias ante distintos órganos jurisdiccionales. En el fondo, lo que el legislador busca con este principio es que la resolución final de un conflicto –por más simple o complicado que éste sea- no sea adoptada por un único Juez sino que, siempre, exista la posibilidad de que ésta sea revisada por un segundo órgano jurisdiccional superior (⁸⁷).

El fundamento del principio de pluralidad de instancias es el mismo del derecho a recurrir; es decir, se sustenta en la comprobada falibilidad de los jueces y en la negativa del sujeto legitimado de admitir una resolución desfavorable.

La segunda instancia tiene como presupuesto el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia o resolución equiparable a la misma pues, sin éste no existirá segunda instancia. Sin embargo, no todo recurso de apelación origina una segunda instancia como sería el caso de la apelación interpuesta contra un auto que no puso fin a la instancia, en cuyo caso el efecto de la apelación –en ese supuesto- será generar actividad procesal para anular o revocar el auto más no una segunda instancia.

La segunda instancia es la ulterior fase de desarrollo del proceso tramitada ante un órgano jurisdiccional de grado superior al que emitió la resolución impugnada.

Cabe preguntarse: ¿si la actuación de sentencia impugnada vulnera o no el principio de pluralidad de instancias? Considero que no. La actuación de sentencia impugnada no impide que el proceso transite, como mínimo, por dos instancias antes distintos órganos jurisdiccionales. Ello se debe a que, la actuación de sentencia impugnada no impide ni excluye el efecto devolutivo del recurso apelación que significa, que éste debe ser resuelto por el órgano jurisdiccional inmediato superior al que emitió la resolución impugnada.

Sobre el particular el Dr. Adrián Simons Pino sostiene lo siguiente:

“Consideramos que la ejecución provisional de la sentencia impugnada no colisiona con el principio derecho a la doble instancia o grado. Ello debido a que el derecho de la parte perdedora a impugnar no se ve restringido. La sentencia puede ser impugnada, y eventualmente revocada, sin embargo, y en tanto la revocatoria no se verifique, se permite al vencedor exigir que se cumpla con lo dispuesto en la sentencia” (⁸⁸).

⁸⁷ Una posición crítica respecto de la forma como nuestra Constitución ha regulado el principio de pluralidad de instancias podrá encontrarse en PRIORI POSADA, Giovanni. Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción. Lima: en Advocatus No. 9.

⁸⁸ SIMONS PINO, Adrián. Ejecución Provisional de la Sentencia Civil en el Perú ... ob. cit., página 694.

En consecuencia, el referido instituto no afecta el contenido esencial del principio de pluralidad de instancias en la medida que, interpuesto y concedido el recurso de apelación, el proceso siempre estará en aptitud de transitar dos instancias ante distintos órganos jurisdiccionales.

3.6.4 Contenido del Derecho de Defensa. La Actuación de Sentencia Impugnada no lo vulnera.

El derecho de defensa además de integrar el contenido del derecho al debido proceso está previsto, expresamente, en el inciso 14 del Artículo 139 de la Constitución que establece lo siguiente:

“FUNCION JURISDICCIONAL: PRINCIPIOS

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...) DERECHO DE DEFENSA: ALCANCES

Inciso 14.- El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (...).”

Debido a la amplitud del concepto y a los diferentes sentidos que se le atribuyen resulta difícil determinar el contenido del derecho de defensa. No obstante ello, con el objeto de realizar el juicio de constitucionalidad que nos ocupa y en relación al proceso de amparo consideramos, que el derecho de defensa tiene como contenido el poder que se le confiere a todo demandado –por el sólo hecho de serlo- de negar y contradecir la pretensión o pretensiones planteadas en su contra. Dicho poder tiene como presupuesto el emplazamiento válido y oportuno con la demanda y que puedan ser probados los hechos que sustentan la contradicción ⁽⁸⁹⁾.

Cabe preguntarse: ¿si la actuación de sentencia impugnada vulnera o no el derecho de defensa del demandado? Considero que **no**, en la medida que ésta persigue la actuación de una sentencia emitida en un proceso tramitado con todas las garantías del caso, en el que el demandado estuvo en aptitud de contradecir y probar su contradicción. Si el demandado no hubiera tenido en el proceso la posibilidad de contradecir y/o probar su contradicción se incurriría en un vicio de nulidad, que invalidaría todo lo actuado en el proceso incluyendo la actuación de sentencia impugnada.

Además, si la sentencia actuada (ejecutada) por el Juez de primer grado tuviera algún error o vicio tampoco se vulneraría el derecho de defensa del demandado pues a través del medio impugnatorio que propuso al notificársele la sentencia, el error o vicio podrá ser subsanado o corregido por el órgano jurisdiccional de segundo grado. Según lo expuesto en el numeral anterior, la ejecución de la sentencia impugnada tiene como presupuesto de su existencia la recurribilidad de lo que es objeto de ejecución y que ésta sea revisada por un órgano jurisdiccional distinto al que la emitió ⁽⁹⁰⁾.

⁸⁹ Esto último integra el derecho a probar que, también, forma parte del derecho al debido proceso.

⁹⁰ Dejo expresa constancia que, conforme he mencionado en el numeral anterior, concibo el derecho del demandante a actuar una sentencia impugnada con ciertos límites, uno de ellos es que dicho derecho no

A favor de la constitucionalidad de la actuación de sentencia impugnada puede argumentarse, además, que nuestra legislación consagra un instituto muchos más osado y riesgoso como es la medida cautelar y nadie ha sostenido, válidamente, que éste sea inconstitucional. En la medida cautelar, a diferencia de lo que ocurre con la actuación de la sentencia impugnada, ésta se dicta en base a la **apariencia de un derecho** –verosimilitud- y en mérito de un procedimiento **inaudita pars** -sin citación al afectado con la misma-; en cambio, la sentencia objeto de ejecución es dictada en mérito a la **certeza** que generó en el Juzgador la prueba actuada en el proceso –sino, hubiera desestimado la demanda- y como consecuencia de un proceso en el que el demandado tuvo la posibilidad de **ejercitar plenamente su derecho de defensa**.

Es más, en el caso de la medida cautelar temporal sobre el fondo -que, guardando las diferencias, también es una manera o forma de ejecutar la pretensión- no se alega o discute su constitucionalidad; no obstante que ésta –a diferencia de la actuación de sentencia impugnada- puede ser dictada y ejecutada, incluso, **antes** de haberse emitido la sentencia ⁽⁹¹⁾.

Por último y no por ello menos importante, la actuación de la sentencia impugnada es un instituto que existe en nuestro país hace más de 11 años; ciertamente, no en términos generales como ha sido regulado por el Código Procesal Constitucional sino, en forma excepcional, sin que conozca se hubiera declarado su inconstitucionalidad ⁽⁹²⁾.

En consecuencia la actuación de sentencia impugnada no vulnera el derecho de defensa del demandado en la medida que se actúa una sentencia dictada en un proceso seguido con todas las garantías del caso, en el que el demandado estuvo en aptitud de contradecir y probar su contradicción.

autoriza al actor a ejecutar una sentencia –impugnada- que produzca efectos irreversibles pues ello si implicaría vulnerar el derecho de defensa del demandado en el proceso.

⁹¹ El Artículo 674 del Código Procesal Civil referido a las medidas cautelares sobre el fondo dispone lo siguiente: “*Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide o por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta*”.

⁹² Al respecto, el Artículo 566 del Código Procesal Constitucional establece lo siguiente: “*Ejecución Anticipada. La pensión de alimentos que fije la sentencia debe pagarse por periodo adelantado y se ejecuta aunque haya apelación (...)*”.

IV

Antecedentes de la Actuación de Sentencia Impugnada en la Legislación Nacional y Comparada.

A continuación mencionare los antecedentes legislativos sobre la actuación de sentencia impugnada en nuestra legislación y luego, los antecedentes existentes en la mayoría de legislaciones Sudamericanas.

4.1 Legislación Nacional.

Antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional nuestra legislación constitucional no regulaba la actuación de sentencia impugnada. En dicho periodo anterior, sólo las sentencias firmes podían ser objeto de ejecución debido a que, en términos generales, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primer grado debía ser concedido con efecto suspensivo; en tal sentido, la sentencia sólo era ejecutada una vez que fuera resuelto el recurso interpuesto contra ella y, siempre y cuando, estimase la demanda.

Independientemente de lo que ocurría en materia constitucional, en sede civil, de forma excepcional, se reguló la actuación de sentencia impugnada permitiéndola sólo para procesos de alimentos cuando la sentencia de primer grado hubiera estimado, total o parcialmente, la demanda. Además, en materia legislativa, existen dos propuestas de reforma del Código Procesal Civil en materia de recurso de casación que contemplan la incorporación de la actuación de sentencia impugnada.

En las siguientes líneas mencionaré el articulado del Código Procesal Civil que regula la actuación de sentencia impugnada así como las dos propuestas de modificación al Código Procesal Civil.

4.1.1 Código Procesal Civil.

El Código Procesal Civil -que entró en vigencia en 1993- regula la actuación de sentencia impugnada permitiéndola sólo en caso de sentencias de primer grado estimatorias –total o parcialmente- de una demanda de alimentos. El legislador consideró, que el derecho del menor alimentista exige una respuesta inmediata de la jurisdicción, por ello permitió se ejecute la sentencia que fija una pensión de alimentos aún cuando ésta hubiera sido impugnada.

Al respecto, el Artículo 566 del Código Procesal Civil dispone lo siguiente:

“Artículo 566.- Ejecución anticipada y ejecución forzada. La pensión de alimentos que fije la sentencia debe pagarse por periodo adelantado y se ejecuta aunque haya apelación. En este caso, se formará cuaderno separado. Si la sentencia de vista modifica el monto, se dispondrá el pago de éste. (...)”.

El citado dispositivo establece que, en los procesos de alimentos, la sentencia de primer grado estimatoria –total o parcial- deberá ejecutarse conforme a sus términos, aún cuando hubiera sido impugnada, sin necesidad de prestar caución o garantía que asegure al demandado el posible daño que pudiera causar la actuación de sentencia impugnada.

El Código Procesal Civil también establece que, en caso la sentencia ejecutada fuese posteriormente revocada, el demandante está obligado a devolver al demandado las cantidades que hubiera percibido más los intereses legales correspondientes ⁽⁹³⁾.

4.1.2 Ceriajus.

La primera de las dos reformas anteriormente mencionadas fue propuesta por la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (Ceriajus), creada por el Congreso de la República, el 4 de Octubre de 2003.

La propuesta del Ceriajus –efectuada, específicamente, por el Grupo de Trabajo sobre Códigos y Normas Concretas- contiene el siguiente articulado incorporando la actuación de sentencia impugnada:

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

Artículo 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 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.

Artículo 393.II. Ejecución parcial de la sentencia. Si la sentencia impugnada tuviera más de un decisorio y uno o más de ellos fuese de condena, éstos podrán ser ejecutados siempre que su actuación no esté condicionada a la adquisición de firmeza de los otros decisorios.

⁹³ El Artículo 569 del Código Procesal Civil establece lo siguiente: *“Demanda infundada. Si la sentencia es revocada declarándose infundada total o parcialmente la demanda, el demandante está obligado a devolver las cantidades que haya recibido, más sus intereses legales con arreglo a lo dispuesto en el artículo 567”.*

Artículo 393.III. Sentencias impugnadas no ejecutables. No procede la actuación de las sentencias meramente declarativas o constitutivas, como aquellas que se refieren a la filiación, nulidad de matrimonio, nulidad de acto jurídico, resolución de contrato, separación por causal o divorcio, capacidad y estado civil y, en general, todas las que no requieran para su actuación de un posterior proceso de ejecución.

Artículo 725.I. Competencia, requisitos y procedimiento de la ejecución de sentencia impugnada. La ejecución prevista en el artículo 393 se realiza ante el Juez de la demanda, acompañando copia certificada de la sentencia de la Corte Superior y cumpliéndose el mismo trámite que para la ejecución de la sentencia, además de las prescripciones aquí indicadas”⁽⁹⁴⁾.

La propuesta mencionada persigue se ejecute la sentencia de segundo grado emitida por la Corte Superior aún cuando contra ella se hubiera interpuesto recurso de casación. La citada propuesta no se limita a establecer que el recurso de casación deba concederse sin efecto suspensivo sino, también, regula otros supuestos vinculados a la actuación de sentencia impugnada como son: la ejecución parcial de la sentencia, la suspensión de la ejecución, la determinación de las sentencias no ejecutables, etc.

4.1.3 Proyecto de Reforma Elaborado por el profesor Juan Monroy Gálvez.

La segunda propuesta de reforma del Código Procesal Civil que contempla la incorporación de la actuación de sentencia impugnada es el Proyecto de Reforma del Título XII, Capítulo IV, del Código Procesal Civil, elaborado por el Dr. Juan Monroy Galvez, referido al trámite que debe seguir el recurso de casación.

El articulado del Proyecto de Reforma es el siguiente:

“Artículo 719.I. Requisitos y procedimiento de la ejecución de la sentencia impugnada. El ejecutante pide el inicio de la ejecución adjuntando copia certificada de la sentencia de la Corte Superior y garantía dineraria por el monto de la condena. Si éste no tuviera contenido patrimonial, el Juez, atendiendo a criterios de equidad, determinará el monto de la garantía.

En lo demás, se sigue el mismo trámite que para la ejecución de la sentencia firme, además de las disposiciones aquí indicadas.

Contra el mandato de ejecución, además de lo dispuesto en el artículo 718, sólo procede oposición sustentada en que la sentencia es inejecutable atendiendo a lo previsto en el artículo 393.I y 393.II.

Si el recurso de casación fuese declarado improcedente o infundado, la ejecución continuará, liberándose la garantía otorgada. Si se

⁹⁴ Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración (CERIAJUS). Informe Final del Grupo de Trabajo Temático sobre Modificaciones Puntuales de Códigos. <http://www.mpfm.gob.pe/descargas/ceriajus/gtt3.pdf>. Visitada el 2 de Marzo de 2009.

4.2.2 Brasil

El Artículo 12 de la Ley 1.533 (Mandamiento de Seguridad o de Amparo), del 31 de Diciembre de 1951, establece que la sentencia que concede el mandato (amparo) está sujeta al doble grado de jurisdicción pero que, entre tanto, puede ser ejecutada provisionalmente.

Al respecto, el citado Artículo 12 establece lo siguiente:

“Sobre la sentencia que niega o concede el mandato de apelación. La sentencia que concede el mandato está sujeta al doble grado de jurisdicción, pudiendo, mientras tanto, ser ejecutada provisionalmente” ⁽¹⁰⁰⁾.

4.2.3 Bolivia

El Recurso de Amparo Constitucional está regulado en el Artículo 19 de la Constitución, ubicado en el Título Segundo referido a las Garantías de la Persona. Su desarrollo legislativo está previsto en el Capítulo X, Artículos 96 al 104, de la Ley 1836, Ley del Tribunal Constitucional (1998).

La legislación Boliviana consagra el instituto de la actuación de sentencia impugnada en el proceso de amparo respecto de las sentencias de primer grado estimatorias El Artículo 19 de la Constitución Boliviana establece lo siguiente:

“Amparo Constitucional. Fuera del recurso de "habeas corpus", a que se refiere el artículo anterior, se establece el recurso de amparo contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona reconocidos por esta Constitución y las leyes. El recurso de amparo se interpondrá por la persona que se creyere agraviada o por otra a su nombre con poder suficiente ante las Cortes Superiores en las capitales de Departamento y ante los Jueces de Partido en las provincias, tramitándose en forma sumarísima. El Ministerio Público podrá también imponer de oficio este recurso cuando no lo hiciera o no pudiese hacerlo la persona afectada. (...) Las determinaciones previas de la autoridad

sentencia impugnada”. ETO CRUZ, Gerardo. ¿Existe Actuación de Sentencia Impugnada en el Código Procesal Constitucional Peruano?, página 17. <http://www.bibliojuridica.org/6/2559/21.pdf>. Visitada el 4 de Marzo de 2009.

¹⁰⁰ El texto del citado Artículo 12 ha sido obtenido del artículo publicado por el Dr. Omar Cairo Roldan sobre La Actuación Inmediata de la Sentencia de Primer Grado del Amparo, en Dialogo con la Jurisprudencia, No. 93, Junio 2006, Lima: Gaceta Jurídica, página 40.

judicial y la decisión final que conceda el amparo serán ejecutadas inmediatamente y sin observación, aplicándose, en caso de resistencia, lo dispuesto en el artículo anterior”.

Adicionalmente, el Artículo 102 de la Ley 1836 dispone lo siguiente: *“Resolución. I. La resolución concederá o denegará el Amparo. Será ejecutada, sin perjuicio de la revisión, inmediatamente y sin observaciones (...).”*

4.2.4 Colombia

La Acción de Tutela (Amparo) está regulada en el Artículo 86 de la Constitución ubicado en el Título de los Derechos, Las Garantías y los Deberes.

El citado dispositivo consagra la actuación de sentencia impugnada respecto de las sentencias estimatorias de primer grado. El mencionado Artículo 86 establece lo siguiente:

“Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión (...).”

La Acción de Tutela (Amparo) está legislada en el Decreto No. 2591, de Noviembre de 1991. Al respecto, los Artículos 27 y 31 del mencionado decreto disponen lo siguiente:

“Artículo 27: Cumplimiento del Fallo. Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora.

Artículo 31: Impugnación del Fallo. 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. Los fallos que no sean impugnados serán enviados al día siguiente a la Corte Constitucional para su revisión”

4.2.5 Ecuador.

La Acción de Amparo está regulada en el Artículo 95 de la Constitución, ubicado en el Capítulo 6 de las Garantías de los Derechos, Sección Tercera.

El citado dispositivo, también, regula la actuación de sentencia impugnada respecto de las sentencias estimatorias de primer grado. El mencionado Artículo 95 establece lo siguiente:

“Artículo 95. Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública. (...) El juez convocará de inmediato a las partes, para oírlos en audiencia pública dentro de las veinticuatro horas subsiguientes y, en la misma providencia, de existir fundamento, ordenará la suspensión de cualquier acto que pueda traducirse en violación de un derecho. 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 (...)”

La Acción de Amparo está legislada en el Capítulo III de la Ley de Control Constitucional de Junio de 1997. Al respecto y en relación al tema que nos ocupa son pertinentes sus Artículos 51 y 58, que establecen lo siguiente:

“Artículo 51: Plazo de Resolución – Efectos de la Sentencia. Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la conclusión de la audiencia el juez o tribunal concederá o negará el amparo. De admitirlo ordenará la suspensión definitiva del acto u omisión impugnados disponiendo la ejecución inmediata de todas las medidas que considere necesarias para remediar el daño o evitar el peligro sobre el derecho violado, sin perjuicio de las que se hayan adoptado en forma preventiva. (...).

“Artículo 58: Cumplimiento de Resoluciones. Las resoluciones que se dicten en la tramitación de un recurso de amparo serán de cumplimiento inmediato por parte del funcionario o autoridad pública a quien la resolución vaya dirigida; caso contrario el funcionario o autoridad que incumpla la resolución, indemnizará los perjuicios que el incumplimiento cause al recurrente”.

4.2.6 Paraguay

El Recurso de Amparo Constitucional está regulado Artículo 134 de la Constitución de Junio de 1992 (¹⁰¹). Su desarrollo legislativo está previsto en La Ley No. 1.337/88 (Código Procesal Civil) que, en el Libro IV referido a los Juicios y Procedimientos Especiales, regula el Juicio de Amparo.

La legislación Paraguaya consagra el instituto de la actuación de sentencia impugnada en el juicio de amparo respecto de las sentencias estimatorias de primer grado. A continuación transcribiremos las normas pertinentes del Código Procesal Civil que consagran el instituto de la actuación de sentencia impugnada.

“Artículo 578: Contenido de la Sentencia. La sentencia que conceda el amparo deberá contener: a) la designación de la autoridad, ente o persona contra cuyo acto, omisión o amenaza se concede el amparo; b) la determinación precisa de lo que debe hacerse o no hacerse; y c) la orden para el cumplimiento inmediato de lo resuelto. Al efecto del cumplimiento de la sentencia el juez librará los oficios o mandamientos correspondientes.

Artículo 581: Recurso de Apelación. Contra la sentencia de primera instancia que acoge o deniega el amparo, así como en los casos de los artículos 570 y 571 procederá el recurso de apelación, el que será concedido sin efecto suspensivo cuando se acoja el amparo o se haga lugar a las medidas de urgencia. El recurso deberá interponerse y fundamentarse por escrito dentro del segundo día de notificadas las resoluciones mencionadas. El juez correrá traslado del mismo a la otra parte, la que deberá contestar dentro del plazo de dos días. Inmediatamente el juez elevará el expediente al Tribunal de Apelación competente. De este recurso conocerá el Tribunal de Apelación del

¹⁰¹ El citado Artículo 134 establece lo siguiente: “Del Amparo. Toda persona que por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagradas en esta Constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, puede promover amparo ante el magistrado competente. El procedimiento será breve, sumario, gratuito, y de acción popular para los casos previstos en la ley. El magistrado tendrá facultad para salvaguardar el derecho o garantía, o para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida. Si se tratara de una cuestión electoral, o relativa a organizaciones políticas, será competente la justicia electoral. El Amparo no podrá promoverse en la tramitación de causas judiciales, ni contra actos de órganos judiciales, ni en el proceso de formación, sanción y promulgación de las leyes. La ley reglamentará el respectivo procedimiento. Las sentencias recaídas en el Amparo no causarán estado”.

fuero correspondiente al juez que dictó la resolución: el mismo deberá dictar sentencia, sin más trámite, dentro de un plazo no mayor de tres días, la que causará ejecutoria”.

4.2.7 Uruguay

El Amparo está regulado en la Ley No. 16.011, de Diciembre de 1988.

La referida ley consagra la actuación de sentencia impugnada respecto de las sentencias estimatorias de primer grado. Al respecto los Artículos 9 y 10 de la mencionada ley establecen lo siguiente:

“Artículo 9: La sentencia que haga lugar al amparo deberá contener: A) La identificación concreta de la autoridad o el particular a quien se dirija y contra cuya acción, hecho u omisión se conceda el amparo; B) La determinación precisa de lo que deba o no deba hacerse y el plazo por el cual dicha resolución regirá, si es que correspondiere fijarlo; C) El plazo para el cumplimiento de lo dispuesto, que no podrá exceder de veinticuatro horas continuas a partir de la notificación. Sin perjuicio de lo establecido la sentencia podrá disponer las sanciones pecuniarias conmutativas dispuestas por el decreto ley 14.978 de 14 de diciembre de 1978.

Artículo 10: 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”.

4.2.8 Venezuela

La Acción de Amparo está regulada en el Artículo 27 de la Constitución, de Noviembre de 1999, ubicado en el Título Tercero de los Deberes, Derechos Humanos y Garantías

(¹⁰²). Su trato legislativo está previsto la Ley Orgánica No. 34.060 de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, de Setiembre de 1988.

La legislación Venezolana consagra la actuación de sentencia impugnada respecto de las sentencias estimatorias de primer grado. A continuación transcribiremos las normas pertinentes de la Ley Orgánica No. 34.060 de Amparo que incorporan la actuación de sentencia impugnada en Venezuela.

“Artículo 30: Cuando la acción de amparo se ejerciere 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.

Artículo 32: La sentencia que acuerde el amparo constitucional deberá cumplir las siguientes exigencias formales: A) Mención concreta de la autoridad, del ente privado o de la persona contra cuya resolución o acto u omisión se conceda el amparo; B) Determinación precisa de la orden a cumplirse, con las especificaciones necesarias para su ejecución; C) Plazo para cumplir lo resuelto.

Artículo 35: Contra la decisión dictada en primera instancia sobre la solicitud de amparo se oirá apelación en un solo efecto. Si transcurridos tres (3) días de dictado el fallo, las partes, el Ministerio Público o los procuradores no interpusieren apelación, el fallo será consultado con el Tribunal Superior respectivo, al cual se le remitirá inmediatamente copia certificada de lo conducente. Este Tribunal decidirá dentro de un lapso no mayor de treinta (30) días”.

Conforme acredita la transcripción de la legislación anteriormente mencionada, la tendencia actual de la legislación Sudamericana en materia de amparo está orientada a permitir la actuación de la sentencia impugnada.

¹⁰² El Artículo 27 de la Constitución dispone lo siguiente: *Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto. La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona, y el detenido o detenida será puesto bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna. El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales”.*

V

Delimitación del Derecho, Presupuestos, Trámite y Contradicción

Conforme ha sido indicado anteriormente, la actuación de sentencia impugnada es un instituto procesal que confiere al demandante, en el proceso de amparo, el derecho a solicitar al Juez la ejecución de una sentencia no firme.

A continuación delimitaremos el contenido del derecho a la actuación de sentencia impugnada. Posteriormente se mencionará los presupuestos para su actuación, el trámite que debe seguir y la contradicción que pudiera formular el demandado.

5.1 Delimitación del Derecho.

Entre los temas que consideramos importantes tratar para delimitar el contenido del derecho tenemos los siguientes: i) Elemento Subjetivo, en el se analizará el órgano jurisdiccional competente y a los sujetos activo y pasivo del derecho; ii) Elemento Objetivo, en el se analizará el ámbito u objeto del derecho.

5.1.1 Elemento Subjetivo.

A continuación analizaremos los sujetos que deben intervenir en la actuación de sentencia impugnada.

- **Órgano Jurisdiccional.**

El Juez que ejecutará la sentencia estimatoria impugnada es el Juez que emitió la sentencia de primer grado.

De acuerdo con la legislación vigente en materia de procesos de amparo (¹⁰³), el referido Juez es el único que, en cualquier proceso de amparo, podrá ejecutar la sentencia impugnada (¹⁰⁴).

¹⁰³ El Artículo 18 del Código Procesal Constitucional dispone lo siguiente: “*Contra la resolución de segundo grado que declara improcedente o infundada la demanda, procede recurso de agravio*”

La ejecución de sentencia impugnada deberá tramitarse de igual manera que la ejecución de una sentencia firme. El Juez, en términos generales, estará facultado para utilizar los mismos requerimientos y apremios que la ley le faculta para la ejecución ordinaria.

- **Sujeto Activo y Pasivo del Derecho.**

La sentencia impugnada, en tanto es el título de ejecución, es la que determinará en última instancia quiénes son los sujetos legitimados activa y pasivamente en la actuación de la sentencia impugnada.

Independientemente de lo arriba indicado y en términos generales, sólo el demandante puede ser titular del derecho a solicitar la ejecución de una sentencia no firme. Ya hemos mencionado que, en el proceso de amparo no procede la reconvencción de esa manera la única pretensión que podría ser estimada en la sentencia y, por ende, que podría ser objeto de ejecución, será la que hubiera planteado el demandante; en tal sentido, éste será el único sujeto procesal que puede ser titular del derecho a ejecutar una sentencia no firme. Obviamente deberá entenderse que, lo será en la medida que exista una sentencia de condena estimativa, total o parcial, de la demanda.

Sujeto pasivo del derecho será el demandado, quien estará obligado a cumplir la prestación o prestaciones estimadas en la sentencia.

Los terceros que hubieran sido incorporados al proceso, en aplicación del Artículo 43 del Código Procesal Constitucional (¹⁰⁵), podrán ser sujetos pasivos del derecho en la medida que la sentencia así lo disponga y que, previamente, hubieran podido ejercitar sus derechos constitucionales en el proceso.

5.1.2 Elemento Objetivo.

constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. ...”. Del citado dispositivo se desprende, que la única sentencia de segunda instancia que podría ser objeto de impugnación es aquella que desestime la demanda de amparo pues aquella de segunda instancia que estime la demanda no podrá ser objeto del recurso de agravio constitucional y en tal sentido, adquirirá la calidad de ejecutoriada, quedando excluida del tema de estudio en el presente trabajo.

¹⁰⁴ Conforme es conocido el juez de primer grado puede emitir dos tipos de sentencia con pronunciamiento sobre el fondo. La primera, una estimatoria, en cuyo caso procederá la ejecución de sentencia impugnada (en tanto se cumplan los presupuestos que a continuación se indicarán), debiendo actuarla el juez de primer grado que la emitió. La segunda, una desestimatoria, en cuyo caso no procede la actuación de sentencia impugnada. Si la sentencia emitida es una de segundo grado y es desestimatoria, ésta tampoco podrá ser objeto de ejecución, pudiendo la misma ser objeto del recurso de agravio constitucional. Por último, si la sentencia de segundo grado es una estimatoria, ésta pondrá fin al conflicto de intereses por tanto no podrá ser objeto de ejecución anticipada sino lo será de una ejecución ordinaria, como toda sentencia firme.

¹⁰⁵ El Artículo 43 del Código Procesal Constitucional establece lo siguiente: “*Acumulación subjetiva de oficio. Cuando de la demanda apareciere la necesidad de comprender a terceros que no han sido emplazados, el juez podrá integrar la relación procesal emplazando a otras personas, si de la demanda o de la contestación aparece evidente que la decisión a recaer en el proceso los va a afectar*”.

El derecho concedido al demandante por el Artículo 22 del Código Procesal Constitucional lo faculta a solicitar al juez la ejecución de la sentencia estimatoria, de condena, no firme.

Por sentencia estimatoria entenderé aquella que, contiene un pronunciamiento sobre el fondo favorable, total o parcialmente, a la pretensión o pretensiones propuestas. Por sentencia de condena entenderé aquella que, además de declarar o reconocer la violación o amenaza del derecho constitucional, impone al demandado la obligación de realizar una o más prestaciones de dar, hacer o no hacer.

Lo anteriormente expuesto significa, que no serán objeto de actuación de sentencia impugnada las sentencias desestimatorias y, tampoco, las inhibitorias (¹⁰⁶).

La primera pregunta que cabe formularse es qué sucede con los autos impugnados que hubieran sido emitidos en el proceso de amparo. ¿Pueden o no ser objeto de actuación anticipada? Esta interrogante es planteada en otras legislaciones, como la española, que regula la ejecución de sentencia impugnada en materia civil, en cuyo caso el Juez podría emitir autos vinculados al tema de fondo que requieran de ejecución (¹⁰⁷).

En nuestra legislación la respuesta a la interrogante anteriormente formulada es negativa. En primer lugar, porque la pretensión o pretensiones contenidas en la demanda sólo pueden ser estimadas a través de una sentencia y no a través de un auto y, además, porque, los autos que el Juez pudiera emitir en el proceso de amparo no estarán referidos a cuestiones de fondo sino a cuestiones procedimentales (por ejemplo admitir o disponer la incorporación de un tercero o conceder o denegar una medida cautelar).

La siguiente pregunta que cabe formularse, en relación a las sentencias no firmes que pueden ser objeto de ejecución, es: ¿por qué sólo las sentencias estimatorias de condena impugnadas pueden ser objeto de actuación inmediata?

No obstante que no existe una exposición de motivos del Código Procesal Constitucional que nos indique, con precisión, porque se excluyó a las sentencias declarativas y constitutivas de la actuación de sentencia impugnada podría sostenerse que, la razón de su exclusión se debió a que sólo las sentencias de condena requieren del proceso de ejecución para hacer efectivo lo que en ellas se dispone (¹⁰⁸). Estas además de declarar la amenaza o vulneración del derecho constitucional ordenan, a la parte vencida, que adecue su conducta a lo dispuesto en la sentencia; en tal sentido, si la parte vencida, voluntariamente, no adecua su conducta a lo dispuesto en la sentencia será

¹⁰⁶ Por sentencia desestimatoria entenderé aquella que, pronunciándose sobre el fondo, desestima la pretensión o pretensiones propuestas. Por sentencia inhibitoria entenderé aquella que, sin pronunciarse sobre el fondo, rechaza la pretensión o pretensiones en base a consideraciones formales.

¹⁰⁷ En relación a este tema, Ignacio Díez-Picazo Jiménez menciona como ejemplos de autos impugnados que podrían requerir de ejecución, el que aprueba una rendición de cuentas o aprueba una liquidación de frutos o rentas, etc. (DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio. Derecho Procesal Civil... op. cit., página 366.

¹⁰⁸ Entendido el proceso de ejecución como una actividad de sustitución.

necesario recurrir a mecanismos sustitutivos de la actividad de la parte vencida, como es la ejecución forzada, para que así pueda hacerse efectivo lo dispuesto en ella.

En el caso de las sentencias declarativas o constitutivas éstas no necesitan del proceso de ejecución para actuar la tutela que conceden pues su eficacia no está condicionada a la conducta o voluntad del vencido en el proceso; es decir, la sentencia además de declarar la amenaza o vulneración del derecho constitucional declarará, creará, modificará o extinguirá la relación jurídica controvertida en el proceso con prescindencia de la conducta o voluntad del sujeto obligado por ella. Lo expuesto no significa, que las sentencias declarativas o constitutivas no requieran actividad adicional para producir plenamente sus efectos jurídicos, ciertamente la requieren; sin embargo, ésta estará básicamente referida a actos de documentación de sus efectos o consecuencias, como el registro o cancelación de inscripciones en registros públicos, etc. ⁽¹⁰⁹⁾.

Independientemente de lo anteriormente expuesto, personalmente, estoy en desacuerdo con la decisión del legislador. Considero que la actuación de sentencia impugnada debió ser concedida a todo tipo de sentencia estimatoria de la demanda, sea o no de condena, porque tanta urgencia de tutela requerirá el derecho constitucional conculcado o amenazado que amerita una sentencia de condena como aquel que amerita una sentencia meramente declarativa o constitutiva.

El criterio para conceder el derecho a solicitar la ejecución de una sentencia no firme no debe determinarse, en función de si la actuación de sentencia requiere de una ejecución propia –sustitutiva- o impropia, sino en función de si la ejecución de sentencia generará efectos irreversibles o no.

En mi opinión, el legislador debió conceder, en términos generales, la actuación de sentencia impugnada para todo tipo de sentencia estimatoria de la demanda correspondiéndole al Juez, en función de si la ejecución importa o no efectos irreversibles, determinar en el caso concreto, si concede o no al demandante la actuación de sentencia impugnada ⁽¹¹⁰⁾.

5.2 Presupuestos.

Los requisitos que deben concurrir para que el Juez ordene la actuación de la sentencia impugnada son los siguientes: i) Existencia de sentencia estimativa de condena; ii) Solicitud de parte; iii) Pendencia del recurso de apelación contra la sentencia; iv) Que la actuación de la sentencia no genere efectos irreversibles.

5.2.1 Sentencia Estimativa de Condena.

¹⁰⁹ A esta actividad se le denomina ejecución impropia.

¹¹⁰ Conforme se indicará más adelante, uno de los presupuestos para la actuación de la sentencia estimatoria de condena es que su ejecución no produzca efectos irreversibles.

El primer requisito para que el Juez pueda despachar ejecución es que exista una sentencia estimativa de condena que ejecutar, sea que ésta declare fundada total o parcialmente la demanda.

Con relación a este punto nos remitimos a lo mencionado en el numeral 4.1.2 referido al elemento objetivo del derecho.

5.2.2 Solicitud de Parte.

Aún cuando el Código Procesal Civil no establezca, expresamente, que la solicitud de parte sea presupuesto de la actuación de la sentencia impugnada consideramos que esta exigencia, implícitamente, existe como una manifestación del principio dispositivo en el proceso de amparo. Debe tenerse en consideración que, no sólo procede iniciar el proceso de amparo a instancia de parte sino que, también, la ejecución de sentencia definitiva procede actuarla sólo a iniciativa de parte. En consecuencia, la actuación de sentencia no firme que debe ser ejecutada de la misma manera que una ejecución de sentencia ordinaria debe, también, actuarse sólo a instancia de parte.

Adicionalmente, otro argumento que nos lleva a sostener la necesidad del pedido de parte para que el Juez pueda despachar ejecución de una sentencia impugnada es que su ejecución puede generar una responsabilidad en el demandante ⁽¹¹¹⁾. En ese sentido, siendo posible que el demandante pueda incurrir en responsabilidad como consecuencia de solicitar la ejecución de la sentencia impugnada lo correcto, en mi opinión, es que el Juez sólo deba despachar ejecución a solicitud de la parte.

Por último, es pertinente agregar, que el pedido de parte no es presupuesto para que se declare la actuación de la sentencia impugnada –pues ésta es atribuida por ley a las sentencias estimatorias de condena- sino para que se despache la ejecución de la misma en un proceso determinado.

5.2.3 Pendencia del Recurso de Apelación.

Para que proceda la actuación de la sentencia impugnada se requiere, como requisito indispensable, que la sentencia que será objeto de actuación esté pendiente del recurso; es decir, que la sentencia hubiera sido impugnada ⁽¹¹²⁾ o en su defecto, que el plazo para interponerlo aún este corriendo. Si la solicitud de ejecución se plantease luego que fuera denegado el recurso o habiendo sido concedido es objeto de desistimiento -en cualesquiera de dichos supuestos- estaríamos frente a la ejecución de sentencia firme, ordinaria y no frente al instituto objeto de estudio.

¹¹¹ En la medida que el órgano jurisdiccional de segundo grado puede revocar la sentencia ejecutada y si ésta causó daños, éstos deberán ser resarcidos por el actor.

¹¹² Sea que el recurso se interpuso y se concedió o que habiendo sido interpuesto el mismo esté pendiente de concederse.

Cabe preguntarse ¿si es necesario que el recurso de apelación hubiera sido concedido para que proceda la actuación de la sentencia? ⁽¹¹³⁾ Considero que no pues, con prescindencia de que se interponga o no el recurso, la sentencia estimatoria de condena siempre podrá ser objeto de ejecución ya sea de manera definitiva (si el recurso no es planteado) o de manera provisoria (si el recurso fue concedido). En tal sentido, el que aún no hubiera sido apelada o concedido el recurso no debe ser impedimento para que la sentencia se actué pues, si se solicita su actuación cuando ésta aún pendiente el recurso, corresponderá su actuación en calidad de provisoria y si después, durante la actuación de la sentencia, el recurso no fuera interpuesto o hubiera sido denegado tal actuación adquirirá la calidad de definitiva. Esta interpretación acrecienta la importancia de la actuación de sentencia impugnada.

De lo anteriormente expuesto se desprende que, en realidad, la pendencia del recurso, más que un presupuesto para el inicio de la actuación de la sentencia impugnada es uno para que ésta continúe teniendo este carácter.

5.2.4 Reversibilidad de la Ejecución.

El que la actuación de sentencia impugnada no produzca efectos irreversibles es una exigencia importante, no prevista expresamente en el Código Procesal Constitucional, que tiene su sustento u origen en dos consideraciones. En primer lugar, en la posibilidad de que la sentencia impugnada pueda ser posteriormente revocada, pues si en vez de encontrarnos frente a una sentencia impugnada nos encontráramos frente a una sentencia firme, el que la ejecución de sentencia pudiera causar efectos irreversibles o daño irreparable al demandado no sería impedimento para su ejecución. La sentencia se ejecutaría de igual manera. En segundo lugar, en el derecho a recurrir del demandado. El demandado tiene derecho a que se ejecute lo que se resuelva como consecuencia del recurso de apelación que interpuso. Se vulnerará el derecho recurrir del demandado no sólo cuando éste no pueda impugnar la sentencia sino, también, cuando la revocatoria dispuesta por el órgano jurisdiccional superior no pueda ser ejecutada.

La determinación de si la actuación de la sentencia impugnada produce o no efectos irreversibles debe verificarla el Juez, de manera previa a la concesión de la medida, proyectando los alcances y efectos de la sentencia -objeto de ejecución- sobre la esfera jurídica del afectado con la misma. Si la ejecución produce efectos reversibles y se cumplen los otros presupuestos el juez deberá disponer la ejecución de la sentencia no firme; sin embargo, si el juez considera que la ejecución de la sentencia producirá efectos irreversibles el juez deberá denegar la ejecución.

Para efectos de determinar si el juez debe despachar o no ejecución, en base a la exigencia de reversibilidad de lo actuado, considero que el juez debería distinguir dos

¹¹³ El breve plazo que tiene el afectado con la sentencia para apelar hace que en nuestro caso, en términos generales, carezca de mucha trascendencia el debate respecto de la procedencia o no del instituto antes de concederse el recurso; sin embargo, éste podría adquirir relevancia en aquellos casos en los que la sentencia, por alguna circunstancia, deba notificarse al extranjero o por edictos.

supuestos: i) si la prestación a ejecutarse es una de naturaleza no patrimonial; o ii) si la prestación a ejecutarse es una de naturaleza patrimonial.

En el primer caso, si estamos frente a una ejecución que producirá efectos irreversibles el juez debería denegar la medida. En el segundo, el juez podría conceder la actuación de sentencia impugnada aún cuando su ejecución pudiera causar efectos irreversibles, si el ejecutante presta una caución o garantía suficiente que asegure la restitución y el resarcimiento de daños al demandado, en caso la sentencia final desestimase la demanda⁽¹¹⁴⁾.

El prestar caución o garantía no es, por sí, una exigencia o un requisito para que el juez despache ejecución, conforme se mencionará más adelante sino, más bien, un mecanismo o instrumento que contribuirá a asegurar la reversibilidad de determinados efectos de la ejecución.

En relación a la exigencia de reversibilidad de lo ejecutado considero, que el juez debe ser sumamente estricto en exigir su respeto y cabal cumplimiento para evitar, en lo posible, se causen daños al demandado. Debe tenerse presente que, el sistema civil de resarcimiento de daños adoptado por nuestra legislación es de naturaleza subjetiva, se sustenta en la existencia de culpa o dolo como presupuesto para que surja la obligación de indemnizar daños y perjuicios. Con ello, se limita la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por actuaciones judiciales a supuestos de difícil probanza como son: exista intencionalidad de causar daño, la notoria o manifiesta carencia de fundamento o el ejercicio irregular o abusivo de un derecho, etc. Todo esto hace recomendable, en mi opinión, que el juez deba ser estricto en exigir el cumplimiento de la exigencia de reversibilidad de lo ejecutado antes de despachar ejecución de la sentencia no firme.

Por último, en relación al tema objeto de análisis en este punto, existen otros criterios mencionados por la doctrina como presupuestos para que el juez pueda despachar ejecución de una sentencia no firme. Entre estos se mencionan, que no procede que el juez despache ejecución de la sentencia no firme en caso ésta pudiera causar daño irreparable o, un daño desproporcionado al demandado o, que la ejecución afecte la seguridad jurídica o, que existan pocas posibilidades de confirmarse la sentencia recurrida, etc. En mi opinión, la alternativa propuesta en este trabajo –que la ejecución genere efectos irreversibles– es la que mejor tutelaría el derecho a recurrir del demandado.

¹¹⁴ A manera de ejemplo podemos mencionar la sentencia de primer grado que estimó la demanda de amparo y declaró inaplicable una determinada resolución administrativa por vulnerar cierto derecho constitucional y dispuso, a su vez, se abone al demandante una pensión de viudez, o una pensión de jubilación adelantada o una pensión por enfermedad profesional o una pensión vitalicia, etc. En ese caso el juez podría considerar que, despachar ejecución y ordenar al demandante pague al demandado la pensión correspondiente podría generar efectos irreversibles, en la medida que el demandado no esté en aptitud de reintegrar al demandante lo percibido y por ello el juez podría denegar la actuación de sentencia impugnada. En ese supuesto, si el demandante presenta una caución o garantía suficiente, que asegure al demandado la restitución y el resarcimiento que la ejecución pudiera generar, no existirá inconveniente para que el juez despache ejecución. Los efectos que, originalmente, aparecían como irreversibles devinieron en reversibles gracias a la caución.

5.3 No se exige Peligro en la Demora.

Cabe preguntarse: ¿el peligro de sufrir un daño como consecuencia de la demora en la tramitación del recurso es o no presupuesto para la actuación de la sentencia impugnada? Considero que no.

El instituto de la actuación de la sentencia impugnada supone una sentencia estimativa de la demanda emitida por el Juez, lo que implica que éste al momento de emitir su sentencia no sólo consideró la existencia de una necesidad de tutela judicial por parte del actor –la existencia de un interés para obrar- sino, además, consideró amenazado o vulnerado el derecho o derechos constitucionales del actor. La existencia de necesidad de tutela judicial por parte del actor y certeza que el juez adquiere respecto de la amenaza o violación del derecho, en mi opinión, hacen innecesario exigir se acredite la existencia del peligro en la demora como presupuesto de la actuación de sentencia impugnada.

Adicionalmente, otra consideración que hace innecesaria exigir la existencia del peligro en la demora para la procedencia del instituto objeto de estudio es que, nuestro Código Procesal adoptó el sistema mixto según el cual es el legislador quien, de manera general, determina cuándo procede la actuación inmediata de la sentencia impugnada, habiéndose establecido que ésta procede respecto de las sentencias estimatorias de condena sin señalar o mencionar, como presupuesto para su procedencia, la existencia de peligro en la demora.

En tal sentido, al encontrarnos frente a un sistema abierto –de actuación de sentencia impugnada- y al no establecer nuestro Código Procesal Constitucional la exigencia del peligro en la demora -como requisito para su procedencia- el mismo no constituye un presupuesto para que el Juez despache ejecución.

5.4 No se requiere Prestar Garantía.

En mi opinión, el otorgamiento de caución por el actor tampoco es un presupuesto para la actuación de sentencia impugnada. No sólo porque no es exigida por el Código Procesal Constitucional sino también porque, en mi opinión, su exigencia no se justifica debido a la importancia y naturaleza de los derechos fundamentales discutidos o controvertidos en el proceso. Máxime, si tenemos en consideración el carácter restrictivo o limitante que la exigencia de cautela pudiera generar en personas carentes de recursos económicos, hecho que limitaría o impediría el uso de la actuación de sentencia impugnada.

Lo antes expuesto no impide que el demandante pueda acompañar una caución al solicitar la ejecución de sentencia no firme para asegurarle o garantizarle al juez la reversibilidad de los actos que serán objeto de ejecución.

Que no se exija la prestación de garantía -como requisito para la actuación de sentencia impugnada- tampoco significa impunidad o que el demandante no esté obligado a indemnizar o resarcir los daños y perjuicios causados en caso fuera revocada la sentencia objeto de ejecución anticipada. El demandante, sea que preste o no garantía, igualmente estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios causados al demandado, conforme se mencionará en detalle más adelante.

5.5 Tramite de la Ejecución.

La redacción sucinta del Artículo 22 del Código Procesal Constitucional obliga a que, en aplicación del Artículo IX del Título Preliminar del mismo cuerpo legal (¹¹⁵), deba recurrirse a Códigos Procesales afines, la jurisprudencia, la doctrina y a principios del derecho procesal para determinar el trámite del derecho a la actuación de sentencia impugnada.

Conforme ha sido indicado, la actuación de sentencia impugnada debe iniciarse a pedido de parte. No procede se inicie de oficio. El pedido puede ser efectuado por el demandante desde que le fue notificada la sentencia estimatoria de condena hasta antes que sea revocada o adquiriera la calidad de firme (¹¹⁶).

No es necesario que el pedido de actuación de sentencia impugnada reúna los requisitos y exigencias formales de una demanda; sin embargo, en mi opinión, el pedido debe contener la voluntad inequívoca del demandante de solicitar la actuación de sentencia impugnada precisando, qué extremo o extremos de la sentencia solicita se ejecuten, así como la manera o forma de hacerlo (siempre que sea concordante con lo solicitado en la demanda).

Si el pedido de actuación es solicitado después de elevado el expediente como consecuencia de la tramitación del recurso interpuesto, el pedido deberá recaudarse con la cédula de notificación de la sentencia estimativa de condena para que el Juez pueda despachar ejecución.

Recibido por el Juez el pedido de actuación de sentencia impugnada éste deberá, primero, formar un cuaderno aparte que deberá contener, como mínimo, copia certificada de la sentencia y el pedido de actuación de sentencia impugnada. Luego, el Juez deberá verificar el cumplimiento de los presupuestos propios del instituto objeto de estudio, de aquellos que se requieran para despachar ejecución y de que el pedido sea idóneo y necesario para la tutela del derecho amparado en la sentencia. En otras

¹¹⁵ El citado artículo dispone lo siguiente: “En caso de **vacío** o de defecto de la presente ley, serán de **aplicación supletoria los Códigos Procesales afines** a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. En defecto de las normas supletorias citadas, el Juez podrá recurrir a la **jurisprudencia**, a los **principios generales del derecho procesal** y a la **doctrina**” (Lo resaltado es nuestro).

¹¹⁶ Con relación a este tema el jurista Joan Picó I Junoy sostiene lo siguiente: “La ejecución provisional se rige por el principio dispositivo, por lo que necesariamente procederá sólo a instancia de parte. PICO I JUNOY, Joan. ... La Ejecución Provisional en España ... ob cit., página 687.

palabras, no sólo deberá verificar los presupuestos anteriormente mencionados (pedido de parte, existencia de sentencia estimatoria, que ésta sea de condena, que su ejecución no produzca efectos irreversibles) sino, también, el verificar el cumplimiento de los presupuestos exigibles a cualquier pedido como son, entre otros, legitimidad, acreditar representación en caso ésta fuera invocada, etc. Por último, el Juez deberá verificar, también, que los actos de ejecución solicitados sean idóneos y necesarios, en relación a la ejecución pretendida.

Cómo debe proceder el Juez luego que considera cumplidos los requisitos para despachar ejecución. En mi opinión, el Juez debe despachar ejecución pero, antes de actuarla, debe poner el mandato en conocimiento del demandado requiriéndolo, quien podrá oponerse o formular contradicción, en cuyo caso el Juez deberá correr traslado de la misma al demandante y luego, con su absolución o en su rebeldía, el Juez resolverá mediante un auto.

Es importante dejar claramente establecido, que el Juez no corre traslado del pedido para ejecutar la sentencia impugnada presentado por el demandante sino que, luego de presentado y analizado el mismo por el Juez, si éste considera que se cumplen las exigencias arriba indicadas despachará ejecución, en cuyo caso, previamente, deberá requerir al demandado el cumplimiento de la misma antes de proceder a la ejecución forzada.

En un primer momento considere, que el juez debía despachar ejecución inaudita pars; es decir, sin previa notificación al demandado, debiendo primero ejecutarse la sentencia no firme y luego de ejecutada la misma recién el demandado podría impugnarla. Sin embargo, posteriormente, he cambiado de opinión, porque considero indispensable que el demandado tenga derecho a formular contradicción a la ejecución anticipada; en tal sentido, en un sistema de ejecución donde se exige la reversibilidad de lo ejecutado como requisito para despachar ejecución, no tiene ningún sentido se autorice a formular contradicción después de ejecutada la medida porque en dicho supuesto, los actos irreversibles ya se habrían producido.

Por último, agregando más argumentos a favor de un requerimiento previo a la ejecución indicamos que, si en la ejecución de una sentencia firme el Juez, primero, debe requerir al demandado el cumplimiento de la sentencia y, luego, frente a su negativa, recién disponer el inicio de la ejecución forzada, con mayor razón debe exigirse dicho requerimiento -como exigencia previa a la ejecución- en la actuación de sentencia impugnada ⁽¹¹⁷⁾.

5.6 Contradicción.

¹¹⁷ Al respecto el Artículo 59 del Código Procesal Constitucional referido a la ejecución de sentencia dispone lo siguiente: “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 notificada. Tratándose de omisiones, este plazo puede ser duplicado. Si el obligado no cumpliera dentro del plazo establecido (...)”.

Conforme ha sido indicado a lo largo de la presente tesis, la actuación de la sentencia impugnada tiene un límite, natural, que es el derecho del demandado a que se ejecute lo que el órgano jurisdiccional de segundo grado decida con relación al recurso interpuesto contra la sentencia.

En caso el pedido de ejecución de sentencia no firme incumpla los presupuestos exigidos por ley, su rechazo, no sólo debe proceder de oficio, cuando el Juez detecte alguna inobservancia, sino, también, a solicitud de parte, en tanto ésta pudo pasar desapercibida al Juez y pudo ser detectada por el demandado. En tal sentido, aún cuando el Código Procesal Constitucional no lo hubiera establecido, expresamente, en mi opinión, procede que el demandado pueda formular contradicción a la actuación de sentencia impugnada.

En el caso de ejecución de la sentencia firme la mayoría de códigos procesales – incluido nuestro Código Procesal Civil- permiten al demandado formular contradicción; en consecuencia, con mayor razón debería permitirse al demandado formular contradicción contra la ejecución de sentencia no firme.

En su contradicción el demandado podrá alegar, entre otras, cualesquiera de las siguientes consideraciones: i) inobservancia de los presupuestos exigidos a cualquier solicitud; ii) inobservancia de los presupuestos exigidos para la procedencia de la actuación de sentencia impugnada; iii) que los actos de ejecución actuados no son idóneos o necesarios en relación al fin perseguido.

Formulada la contradicción el juez deberá correr traslado de la misma al demandante y, con su absolución o en su rebeldía, el Juez deberá resolver.

VI

Efectos de las Sentencias Confirmatoria y Revocatoria en los Actos de Ejecución Practicados.

En este capítulo se analizarán los efectos que la sentencia de segundo grado pudiera producir en los actos procesales de ejecución practicados al actuar la sentencia impugnada.

Conforme ha sido explicado, anteriormente, los actos procesales practicados en ejecución de una sentencia no firme no son actos definitivos e irrevisables sino actos reversibles y modificables. Esto se debe a que, el órgano jurisdiccional de segundo grado, al resolver el recurso, puede modificar la sentencia sea anulándola, revocándola o confirmándola; en cuyo caso, los actos de ejecución practicados deberán adecuarse a lo dispuesto por el órgano jurisdiccional superior en su sentencia.

A continuación analizaremos los diferentes supuestos que pueden presentarse luego que el segundo grado resuelva el recurso interpuesto. Primero, se analizarán los efectos que produce la sentencia confirmatoria en relación a los actos de ejecución practicados y, luego, los que produce la sentencia revocatoria respecto de estos mismos actos distinguiendo, en este último caso, en razón de si la sentencia revocatoria quedó firme o fue impugnada.

Debido a que nuestro Código Procesal Constitucional ha omitido tratar el tema objeto del presente capítulo, en aplicación de lo dispuesto por el Artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (¹¹⁸), recurrimos a la doctrina, jurisprudencia y principios del derecho procesal para encontrar las respuestas a las interrogantes que sobre el particular surjan.

6.1 Sentencia Confirmatoria.

¹¹⁸ El citado artículo dispone lo siguiente: “En caso de **vacío** o de defecto de la presente ley, serán de **aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. En defecto de las normas supletorias citadas, el Juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina**”. (Lo resaltado es nuestro).

Como el objeto del presente capítulo es analizar los efectos que la sentencia de segundo grado pudiera producir en los actos de ejecución practicados en el proceso partiremos de la premisa de que la sentencia de primer grado fue una estimatoria de condena, pues ese sería el único supuesto en el que el demandante podría ejercitar su derecho a actuar la sentencia impugnada y la sentencia de segundo grado pudiera generar efectos respecto de los actos de ejecución practicados.

En ese supuesto, la sentencia que emita el órgano jurisdiccional de segundo grado confirmando la apelada será una definitiva, que pondrá fin al conflicto surgido entre las partes, en tanto contra ella no cabe medio impugnatorio alguno.

Al respecto, el Artículo 18 del Código Procesal Constitucional establece (¹¹⁹), que sólo procede el recurso de agravio constitucional contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda; en consecuencia, la sentencia de segundo grado que estimó la demanda adquirirá la calidad de firme y producirá los efectos de la cosa juzgada (¹²⁰) en la medida que contra ella no cabe medio impugnatorio alguno.

Dicha sentencia confirmatoria producirá los siguientes efectos en relación a los actos de ejecución practicados en el proceso:

- Si la ejecución de la sentencia de primer grado aún no hubiera concluido deberá continuarse su ejecución hasta la culminación de la misma, adquiriendo ésta la calidad de definitiva e irreversible.
- Si la ejecución de la sentencia de primer grado hubiera concluido antes de que se emita la sentencia confirmatoria en ese supuesto -como consecuencia de emitirse su confirmatoria-, lo actuado adquirirá la calidad de definitivo e irreversible.

Además, los perjuicios que se hubieran podido causar al demandado producto de los actos de ejecución practicados, aún cuando estos fueran irreparables, devienen en legítimos.

Por último, si se encontrase pendiente o en trámite la contradicción formulada por el demandado contra la ejecución el Juzgado deberá desestimarla.

Si la demanda de amparo interpuesta tuviera una acumulación de pretensiones pueden producirse, adicionalmente, los siguientes supuestos:

¹¹⁹ El Artículo 18 del Código Procesal Constitucional establece lo siguiente: “Recurso de agravio constitucional. Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recursote agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución (...)”.

¹²⁰ El Artículo 6 del Código Procesal Constitucional dispone lo siguiente: “Cosa juzgada. En los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo”.

- Que la sentencia de segundo grado confirme, parcialmente, la sentencia estimatoria de primer grado y, a la vez, revoque el otro extremo estimatorio de la demanda. En ese supuesto lo ejecutado anticipadamente en el proceso, en relación al extremo confirmado, adquirirá la calidad de irreversible y definitivo. En relación al extremo estimatorio, revocado por la sentencia de segundo grado, se procederá según lo que se indicará en el numeral siguiente.
- Que la sentencia de segundo grado confirme, parcialmente, la sentencia estimatoria de primer grado y, a la vez, revoque el extremo desestimatorio de la demanda. En ese supuesto, lo ejecutado anticipadamente en el proceso adquirirá la calidad de irreversible y definitivo; en tanto que, el otro extremo de la demanda recientemente estimado podrá ser objeto de una ejecución ordinaria de sentencia firme.

6.2 Sentencia Revocatoria.

Conforme ha sido indicado, partimos de la premisa de que la sentencia de primer grado fue una estimatoria de condena. En ese caso, en relación a la sentencia revocatoria de segundo grado, pueden presentarse dos supuestos: i) Que dicha sentencia hubiera quedado firme (sea porque no se impugnó o porque habiéndose interpuesto el recurso de agravio constitucional se aceptó su desistimiento); ii) Que la sentencia hubiera sido impugnada.

A continuación analizaremos ambos supuestos. Además nos referiremos, también, a los efectos que puede producir la sentencia revocatoria apelada que se sustentó en consideraciones formales (no de fondo) sobre los actos de ejecución practicados en el proceso.

6.2.1 Sentencia Revocatoria Impugnada.

Conforme ha sido indicado, la única sentencia de segundo grado que puede ser objeto del recurso de agravio constitucional es la que desestimó, total o parcialmente, la demanda de amparo. En consecuencia, partimos de la premisa de que se emitió una sentencia estimatoria en primer grado ejecutada, luego, se revocó la apelada y se interpuso recurso de agravio constitucional contra la misma.

En dicho supuesto, qué efectos producirá la sentencia revocatoria impugnada respecto de los actos de ejecución practicados en el proceso. ¿Estos seguirán siendo válidos o no?

El problema sería de más simple solución si nuestro Código Procesal Constitucional hubiera legislado sobre el efecto suspensivo o no del recurso de agravio constitucional; sin embargo, nada ha establecido sobre el particular, salvo que éste se concede con

efecto devolutivo pues ello se deduce del hecho que deba ser resuelto por el Tribunal Constitucional.

La doctrina es pacífica y uniforme al considerar que, en caso la actuación de sentencia impugnada no hubiera culminado, la sentencia de segundo grado impedirá la continuación de la ejecución; sin embargo, la doctrina no es pacífica en relación a determinar si los actos de ejecución practicados y los concluidos deben continuar siendo eficaces o no.

Al respecto, el jurista Dr. Lluís Caballol Angelats cita un auto emitido por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife sosteniendo lo siguiente: “(...) *de tal manera que, si recaída sentencia en apelación, se interpone recurso de casación, aunque haya sido revocada total o parcialmente la sentencia de primera instancia, la ejecución provisional ha de ser mantenida (...)*” ⁽¹²¹⁾.

Por su parte el mencionado autor considera que, la sentencia revocatoria impugnada producirá el efecto de anular los actos de ejecución practicados en el proceso sólo en aquellos casos en los que, la parte demandada ocupase una posición al inicio del litigio basada en una presunción de legitimidad; en cambio, si la posición ocupada por la parte demandada al inicio del proceso no se sustentase en una presunción de legitimidad la ejecución provisional actuada no debería afectarse por la sentencia revocatoria impugnada. Al respecto, el citado autor sostiene lo siguiente: “(...) *si consideramos que la posición inicial del demandado sobre el interés litigioso no goza de esa presunción ab initio de legitimidad, en tanto se mantenga la discusión viva, será igualmente legítimo que disfrute del derecho la parte que no lo poseía al inicio del proceso si ha obtenido una sentencia favorable*” ⁽¹²²⁾.

En mi opinión, la sentencia revocatoria impugnada no debe afectar o invalidar los actos de ejecución practicados en el proceso. Estos deberían continuar siendo válidos y eficaces hasta que se emita una sentencia definitiva en el proceso; en cuyo caso éstos deberán adecuarse a lo que disponga la sentencia final.

Mi opinión se sustenta en lo dispuesto por el Código Procesal Constitucional en relación a la extinción de la medida cautelar. Al respecto, el Artículo 16 del citado cuerpo legal establece ⁽¹²³⁾, que la medida cautelar dictada en los procesos constitucionales se extinguirá, de pleno derecho, cuando la resolución que concluya el proceso haya adquirido la calidad de cosa juzgada; es decir, de lo expuesto se infiere que, la medida cautelar dictada continuará siendo válida y eficaz, aún cuando exista una sentencia desestimatoria no firme (impugnada).

¹²¹ CABALLOL ANGELATS, Lluís. La Ejecución Provisional... op. cit., página 273.

¹²² *Ibíd.*, página 275.

¹²³ El Artículo 16 del Código Procesal Constitucional establece lo siguiente: “*Extinción de la medida cautelar. La medida cautelar se extingue de pleno derecho cuando la resolución que concluye el proceso ha adquirido la autoridad de cosa juzgada. (...)*”.

Si en los procesos constitucionales la sentencia revocatoria impugnada no extingue la medida cautelar dictada por el juez (¹²⁴), en mi opinión, tampoco debería extinguir los actos de ejecución de sentencia practicados en el proceso. Si los actos ejecutados en base a la verosimilitud del derecho percibida por el juez continúan siendo validos, eficaces y oponibles, no obstante la existencia de una sentencia revocatoria impugnada, con mayor razón deberán continuar siendo validos, eficaces y oponibles, también, aquellos actos de ejecución practicados en base a una declaración de certeza del juzgador, como ocurre con la actuación de sentencia impugnada.

Por último, la sentencia revocatoria impugnada que contiene un pronunciamiento de forma y no de fondo, afectará o no la validez de los actos de ejecución de la sentencia de primer grado practicados en autos. En principio, de acuerdo con la lógica contenida en el Artículo 16 del Código Procesal Constitucional, la nulidad declarada por la sentencia de segundo grado no debería afectar la validez de los actos de ejecución practicados en el proceso; sin embargo, considero que el tema es sumamente debatible u opinable porque subsistiría la validez y eficacia de los actos de ejecución no obstante que la sentencia hubiera sido invalidada.

6.2.2 Sentencia Revocatoria Firme.

En este supuesto, la sentencia emitida por el órgano jurisdiccional de segundo grado pondrá fin, en definitiva, al conflicto de intereses existente entre las partes, adquiriendo la misma la calidad de cosa juzgada.

En dicho caso, informado el Juez de primer grado de la existencia de la sentencia revocatoria firme, el Juez deberá reponer o restituir las cosas al estado anterior a la ejecución de sentencia y disponer lo siguiente:

- Si la ejecución de la sentencia de primer grado aún no hubiera concluido el Juez deberá suspender la ejecución y anular lo que se hubiera actuado en ejecución de la misma.
- Si la ejecución de la sentencia de primer grado hubiera concluido el Juez deberá anular lo que se hubiera actuado en ejecución de la misma y reponer las cosas al estado anterior a su ejecución.

¹²⁴ En relación a este tema el Código Procesal Constitucional ha adoptado una posición diferente a la prevista en el Código Procesal Civil. Al respecto, el Artículo 630 establece que si la sentencia de primer grado desestima la demanda esto generará la cancelación, de pleno derecho, de la medida cautelar dictada aún cuando hubiera sido apelada la sentencia. Recientemente, el Decreto Legislativo No. 1069, del 28 de Junio de 2008, ha modificado el Artículo 630 del Código Procesal Civil disponiendo que, a pedido del solicitante el Juez podrá mantener la vigencia de la medida cautelar hasta su revisión por el superior (no obstante haberse dictado una sentencia desestimatoria), siempre que el solicitante de la medida ofrezca contracautela de naturaleza real o fianza solidaria.

Los actos procesales de ejecución de la sentencia no firme devienen en nulos en aplicación de lo dispuesto por el Artículo 173 del Código Procesal Civil (¹²⁵), en tanto los referidos actos se originan o apoyan en uno –la sentencia- que devino en nulo, como consecuencia de su revocatoria (El contenido del proceso de ejecución es dejado sin efecto por sentencia firme del superior jerárquico).

En el supuesto de la sentencia revocatoria firme que desestimó la demanda de amparo surgen, básicamente, dos temas vinculados a los actos de ejecución practicados en el proceso, que son los que se mencionan a continuación: i) El demandante está o no obligado a resarcir al demandado los daños y perjuicios que hubiera causado la ejecución de sentencia no firme. Estos podrían tener su origen en: la imposibilidad de reponer las cosas al estado anterior a la ejecución o tratarse de los causados por su ejecución. ii) Los actos practicados como consecuencia de la ejecución de sentencia no firme son válidos o no.

A continuación abordaremos los temas en el orden en que han sido mencionados.

Existe o no obligación de indemnizar daños y perjuicios al demandado. Algunos autores consideran que el demandante está obligado a resarcir al demandado, no sólo los daños y perjuicios originados en la imposibilidad de reponer o restituir las cosas al estado anterior sino, también, los causados como consecuencia de la actuación de la sentencia impugnada.

Al respecto, el jurista Ignacio Díez-Picazo, en relación a la ejecución provisional de sentencia civil prevista en la legislación española, sostiene lo siguiente con relación al tema objeto de análisis:

“En realidad (...) habría que entender, primero, que aunque se le restituya al ejecutado el bien más sus rentas, frutos, o productos, ello no es óbice para que le deban ser también indemnizados los daños y perjuicios que la privación temporal del mismo le haya podido causar; y segundo, que cuando la restitución in natura sea imposible, a lo que el ejecutado tiene derecho propiamente es al valor económico del bien, más los daños y perjuicios derivados de su privación” (¹²⁶).

Por su parte, el Dr. Lluís Caballol Angelats, comentando la misma legislación española sostiene lo siguiente: *“La realización de lo dispuesto en una resolución revocatoria se llevará a efecto reintegrando al ejecutado provisionalmente aquello que se le sustrajo para hacer efectiva la resolución o su equivalente pecuniario cuando no sea posible,*

¹²⁵ El Artículo 173 del Código Procesal Civil establece lo siguiente: *“Extensión de la Nulidad. La declaración de nulidad de un acto procesal no alcanza a los anteriores ni a los posteriores que sean independientes de aquel (...)*”. Interpretando a contrario sensu el referido dispositivo se concluye, que la declaración de nulidad de un acto procesal alcanza, también, a aquellos actos procesales que dependan de aquel.

¹²⁶ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. Derecho Procesal Civil... op. cit., página 67.

así como condenándole a indemnizar los daños y perjuicios causados por la ejecución provisional” (¹²⁷).

En nuestro caso, frente al vacío que existe en relación a este tema en el Código Procesal Constitucional debemos recurrir, en aplicación del Artículo 18 del citado cuerpo legal, al Código Procesal Civil y al Código Civil.

El primero de los cuerpos legales mencionados contiene dos dispositivos que regulan la obligación del demandante de indemnizar, al demandado, los daños y perjuicios que se hubieran causado como consecuencia del proceso. El primero, es el Artículo 4 del Código Procesal Civil que establece (¹²⁸), la obligación del demandante de indemnizar al demandado los daños y perjuicios que se le hubieran causado como consecuencia del ejercicio irregular o arbitrario del derecho de acción. El segundo, es el Artículo 621 del mismo cuerpo legal que dispone (¹²⁹), la obligación de quien solicitó una medida cautelar de indemnizar los daños y perjuicios que se hubieran causado al afectado con la misma en caso la medida cautelar trabada hubiera sido innecesaria o maliciosa.

La jurisprudencia ha interpretado los citados dispositivos en el sentido que el demandante estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios causados en caso hubiera ejercitado irregular o indebidamente su derecho de acción o su derecho a solicitar una medida cautelar; es decir, en aquellos casos en los que el demandante actuó con notoria ausencia de fundamento, mala fe o intencionalidad de causar un perjuicio estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios causados.

Por su parte, el Artículo 1969 del Código Civil, que regula la responsabilidad civil extracontractual adopta un sistema subjetivo de responsabilidad civil, sustentado en la existencia de dolo o de culpa como presupuesto para que surja la obligación de indemnizar daños y perjuicios (¹³⁰).

Aplicando los dispositivos legales anteriormente mencionados y la jurisprudencia que sobre el particular existe considero, que el demandante estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios que hubiera causado al ejercitar su derecho a ejecutar la sentencia impugnada, en tanto hubiera actuado dolosa o culposamente; es decir, si ejercitó irregular, arbitraria o abusivamente su derecho a ejecutar la sentencia no firme.

¹²⁷ CABALLO ANGELATS, Lluís. La Ejecución Provisional... op. cit., páginas 277-278.

¹²⁸ El Artículo 4 del Código Procesal Civil dispone lo siguiente: “Consecuencia del ejercicio irregular del Derecho de Acción Civil. Concluido un proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario, puede demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios que haya sufrido, sin perjuicio del pago por el litigante malicioso de las costas, costos y multas establecidos en el proceso terminado”.

¹²⁹ El Artículo 621 del Código Procesal Civil establece lo siguiente: “Sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa. Si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de ésta pagará las costas y costos del proceso cautelar, una multa no mayor de diez unidades de referencia procesal y, a pedido de parte, podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización será fijada por el juez de la demanda dentro del mismo proceso, previo traslado por tres días. La resolución que decida la fijación de costas, costos y multa es apelable sin efecto suspensivo; la que establece la reparación indemnizatoria lo es con efecto suspensivo.”

¹³⁰ Nos referimos al sistema de responsabilidad civil extracontractual pues éste sería el aplicable en caso de resarcimiento de los daños y perjuicios causados como consecuencia del proceso.

En este supuesto los daños y perjuicios deberán ser liquidados, incidentalmente, en el mismo proceso de amparo. No me parece correcto obligar al demandado a recurrir a otro proceso para que se le indemnicen los daños y perjuicios causados (¹³¹).

Los actos de ejecución practicados en cumplimiento de una sentencia no firme son válidos o no. En principio considero que, debemos distinguir entre los efectos que la actuación de sentencia impugnada produjo entre las partes, de aquellos efectos que produjo respecto de los terceros de buena fe.

En el caso de los primeros, en mi opinión, se debería aplicar la regla general que establece, que serán nulos aquellos actos que se originan o apoyan en otro –sentencia- que ha devenido en nulo; en cuyo caso, los actos de ejecución practicados en el proceso no deberán producir efecto entre las partes.

En el caso de los segundos –los efectos que la actuación de sentencia impugnada produjo en los terceros de buena fe-, el tema es sumamente debatible u opinable por lo que considero, que la decisión definitiva sobre el particular debiera tomarse en cada caso concreto. Sin embargo, si me viera obligado a adoptar una posición sobre el particular consideraría, en términos generales, que son válidos y eficaces los actos de ejecución a través de los cuales los terceros de buena fe adquirieron o se le reconocieron derechos, con el objeto de tutelar la seguridad jurídica y garantizar el comercio de bienes y de derechos.

A manera de ejemplo. Supongamos que el Juez de primer grado declaró fundada la demanda y dispuso se restituya al demandante a su cargo de Juez. Luego, el demandante, a través de la actuación de sentencia impugnada solicitó la restitución a su juzgado emitiendo diferentes resoluciones en los distintos procesos de su competencia, en tanto se tramitaba el recurso de apelación. Por último, el órgano jurisdiccional revisor revocó la apelada quedando firme la sentencia desestimatoria.

¿Las resoluciones emitidas por el juez demandante, en ejecución de la sentencia no firme (revocada) dictada en el proceso de amparo, son válidas? Me inclinaría a sostener que si los son, en la medida que los terceros hubieran actuado de buena fe. Ciertamente, soy consciente que en dicho supuesto incurriría en una inconsistencia con lo sostenido, anteriormente, respecto de los efectos de nulidad que genera la sentencia revocatoria; sin embargo, aún consciente de dicha inconsistencia considero debe prevalecer, antes que los efectos de la nulidad, la seguridad jurídica y la necesidad de asegurar y garantizar el tráfico de bienes y de derechos.

¹³¹ Sobre el particular y en relación a los daños y perjuicios causados por la ejecución de una medida cautelar, el Artículo 16 del Código Procesal Constitucional -referido a la extinción de la medida cautelar- faculta al afectado a promover la declaración de responsabilidad disponiéndose que, ésta debe tramitarse en modo adicional a la condena de costas y costos. El mismo dispositivo agrega que, si el juez establece la reparación indemnizatoria la apelación que se interponga contra ésta deberá concederse con efecto suspensivo.

VII

Relación de la Actuación de Sentencia Impugnada con la Medida Cautelar. Su Aplicación en la Práctica.

La actuación de sentencia impugnada y la medida cautelar ⁽¹³²⁾ son dos institutos procesales distintos, que tienen sus semejanzas y sus diferencias.

En mi opinión, la posibilidad de emitir medidas cautelares en el proceso de amparo no hace innecesaria, inconveniente o inútil la existencia de la actuación de sentencia impugnada. Se trata de institutos procesales que se complementan y no se excluyen. Juntos coadyuvan a lograr mejor uno de los fines de los procesos constitucionales, previsto en el Artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, como es la vigencia efectiva de los derechos.

La medida cautelar y la actuación de sentencia impugnada se asemejan en que ambos son institutos procesales que procuran evitar los efectos nocivos que la demora en la tramitación del proceso pudiera producir en las partes. Además se asemejan, también, porque ambos generan actos procesales que, en función del sentido de la sentencia definitiva que pudiera dictarse en el proceso, pueden ser anulados, variados o adquirir la calidad de definitivos.

A continuación mencionaré las diferencias existentes entre ambos institutos.

7.1 Diferencias con la Medida Cautelar.

Las diferencias que existen entre la actuación de sentencia impugnada y la medida cautelar son las siguientes:

¹³² Por medida cautelar entiendo aquellas de naturaleza instrumental que se emiten para garantizar que la sentencia que se expida en el futuro sea ejecutable.

- i. La primera se da en relación a los distintos efectos que producen respecto de la materia controvertida en el proceso.

La actuación de sentencia impugnada cumple una función satisfactiva en el proceso, en tanto elimina la controversia existente vía la ejecución de lo dispuesto por el Juez en la sentencia de primer grado; en cambio, la medida cautelar cumple una función asegurativa en el proceso, en tanto busca garantizar que la sentencia definitiva que se emita en el futuro sea eficaz (¹³³). En tanto la primera persigue ejecutar lo resuelto, la segunda persigue garantizar que lo resuelto sea ejecutado.

- ii. Una segunda diferencia radica en que la actuación de sentencia impugnada, a diferencia de la medida cautelar, constituye una modalidad de ejecución.

La naturaleza y función de la actuación de sentencia impugnada es la propia de la ejecución ordinaria. Se tramita de la misma manera que la ejecución de sentencia ordinaria e incluso, para actuarla, el Juez estará facultado para aplicar las medidas coercitivas previstas en el Artículo 22 del Código Procesal Constitucional.

- iii. Una tercera diferencia radica en los presupuestos exigidos para su procedencia. En el caso de las medidas cautelares el Código Procesal Constitucional exige como requisitos para su procedencia la verosimilitud del derecho invocado, el peligro en la demora y la adecuación del pedido para garantizar la eficacia de la pretensión (¹³⁴).

En el caso de la actuación de sentencia impugnada se exige la existencia de una sentencia estimativa –total o parcial- de condena y la reversibilidad de lo que será objeto de ejecución.

- iv. Una cuarta diferencia se da en función de la oportunidad en que pueden ser solicitadas.

En el caso de la medida cautelar, ésta puede solicitarse antes de interpuesta la demanda o incluso después de interpuesta la misma hasta antes de que exista una sentencia firme. En el caso de la actuación de sentencia impugnada, ésta puede solicitarse a partir del momento en que se expide la sentencia estimativa de condena de primer grado hasta antes que exista una sentencia firme.

7.2 Diferencias con las Medidas Temporales sobre el Fondo.

¹³³ Al respecto, el Artículo 15 del Código Procesal Constitucional referido a medidas cautelares señala lo siguiente: “*Se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de amparo, (...). Para su expedición se exigirá apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado para garantizar la eficacia de la pretensión (...)*”: (Lo resaltado es nuestro).

¹³⁴ En el caso del Código Procesal Civil se exige, además, que quien solicita la medida cautelar preste contracautela.

En nuestra legislación dentro de las medidas cautelares existe una modalidad atípica, denominada temporal sobre el fondo, que persigue ejecutar, anticipadamente, lo pretendido por el actor en la demanda (¹³⁵).

El primer comentario que debo efectuar es que, por más que el legislador procesal civil hubiera regulado y clasificado las medidas temporales sobre el fondo dentro de las medidas cautelares, en puridad, éstas no son medidas cautelares, en tanto no prestan una tutela asegurativa sino una satisfactiva anticipada.

Me explico. Una característica típica de la medida cautelar es su naturaleza instrumental. Son medidas dictadas para asegurar o garantizar el cumplimiento de la sentencia final a dictarse en el proceso. En el caso de las medidas temporales sobre el fondo, éstas persiguen ejecutar anticipadamente, total o parcialmente, lo pretendido por el actor en su demanda; en tal sentido, no prestan una tutela instrumental o asegurativa sino una satisfactiva, en tanto componen la litis.

Sólo es instrumental una tutela que, en relación con la tutela de mérito, no coincida con ésta. En el caso de las temporales sobre el fondo éstas, sin lugar a dudas, prestan una tutela que coincide con la de mérito; en tal sentido, la tutela que prestan no puede ser instrumental o asegurativa por ello, en puridad, no son medidas cautelares.

Independientemente de la posición que se adopte con relación a lo anteriormente expuesto, sea que la medida temporal sobre el fondo sea o no una medida cautelar, lo cierto es que éstas están reguladas en nuestro ordenamiento jurídico por lo que cabe analizar su relación con la actuación de sentencia impugnada.

En principio, la medida temporal sobre el fondo tiene más semejanzas con la actuación de sentencia impugnada que las otras medidas cautelares típicas, en tanto ambas prestan una tutela satisfactiva; sin embargo, también existen algunas diferencias entre éstas.

Una primera diferencia radica, en que la medida temporal sobre el fondo se sustenta en una apariencia de derecho, en tanto que la actuación de sentencia impugnada se sustenta en la certeza del derecho. Al respecto, el Dr. Juan Monroy Gálvez sostiene lo siguiente con relación a la diferencia que existe entre la medida temporal sobre el fondo y la actuación de sentencia impugnada: *“Sin embargo, entre ambos institutos existe una diferencia notoria (...). Una medida cautelar se sustenta en una apariencia de derecho y, en tal calidad, jamás adquirirá certeza, en tanto ésta sólo se obtiene en el proceso principal, en la hipótesis que la demanda sea declarada fundada. En cambio la actuación anticipada de la sentencia no está sometida a ninguna condición, se hace*

¹³⁵ El Artículo 674 del Código Procesal Civil establece lo siguiente: *“Medida temporal sobre el fondo. Excepcionalmente, por la necesidad impostergable de quien la pide, por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta, siempre que los efectos de la decisión pueda ser de posible reversión y, no afecten el interés público”.*

efectiva tal y como si la demanda fuese firme; por tanto, en este caso no hay apariencia sino certeza” (136).

Una segunda diferencia entre ambas radica, en que el objeto de la ejecución no siempre será el mismo en ambos casos. En el caso de la actuación de sentencia impugnada, ésta tiene por objeto ejecutar la sentencia no firme, en tanto que en el caso de la medida temporal sobre el fondo, ésta tiene por objeto anticipar la ejecución de lo pretendido en la demanda que no, necesariamente, será idéntico a lo estimado por el Juez en la sentencia de primer grado.

Otras diferencias existentes se dan en relación a los presupuestos que se exigen para su procedencia y en el momento que en éstas puedan dictarse, para lo cual nos remitimos a lo mencionado en el numeral anterior.

7.3 ¿Está justificada la existencia de la Actuación de Sentencia Impugnada en el Proceso de Amparo peruano?

En mi opinión, si está plenamente justificada la existencia de la actuación de sentencia impugnada en el proceso de amparo peruano, por los motivos que a continuación se indican.

La actuación de sentencia impugnada y la medida cautelar son institutos procesales que se complementan y no se excluyen. La coexistencia de ambos posibilita una mayor y mejor tutela de los derechos constitucionales conculcados o amenazados. Si sólo existiera uno de los institutos la tutela no sería del todo completa o eficaz.

A continuación veremos que, en determinados casos, la actuación de sentencia impugnada es más eficaz, en materia de tutela de los derechos constitucionales que la medida cautelar. En otros, en cambio, ante la imposibilidad que operó la actuación de sentencia impugnada –por ejemplo, porque aún no se ha emitido sentencia de primer grado- la medida cautelar estará en aptitud de prestar una tutela instrumental o asegurativa de los derechos constitucionales.

En la medida que ambas –la actuación de sentencia impugnada y la medida cautelar- pudieran ser emitidas en un proceso de amparo específico, quedando a potestad del actor decidir cuál de ellas solicita al Juez, en mi opinión, la actuación de sentencia impugnada resultará más beneficiosa para la tutela de los derechos constitucionales vulnerados o amenazados, porque prestará una tutela satisfactiva antelada, posibilitando se ejecute total o parcialmente lo pretendido por el actor, a diferencia de la tutela asegurativa o instrumental que presta la medida cautelar. Lo que no significa, en modo alguna, que ésta última no sea útil.

¹³⁶ MONROY GALVEZ, Juan. La Actuación de la Sentencia Impugnada. En: Revista Peruana de Derecho Procesal No. V, Junio de 2002, Lima, página 209.

Además -y siempre en relación a la tutela de los de los derechos constitucionales vulnerados o amenazados-, en la medida que ha sido dictada una sentencia estimativa de la demanda, es más fácil para el actor obtener la actuación de la sentencia impugnada que obtener una medida cautelar, pues para el caso de esta última se requiere el cumplimiento de mayores requisitos como es el caso de la acreditación del peligro en la demora –exigencia que no se requiere para el caso de la actuación de sentencia impugnada conforme he indicado anteriormente en el presente trabajo-.

Independientemente de lo expuesto, existirán supuestos en los que ante la imposibilidad de ordenarse la actuación de sentencia impugnada –porque, por ejemplo, aún no se emitió una sentencia de primer grado-, la medida cautelar será el único mecanismo que posibilitará que el proceso de amparo sea eficaz para la tutela de los derechos constitucionales conculcados o amenazados. En consecuencia debe reconocerse, que existen casos en los que la medida cautelar tiene una ventaja sobre la actuación de sentencia impugnada, en la medida que éstas pueden ser dictadas y ejecutadas antes de que se emita la sentencia e inclusive, antes de interponerse la demanda, cosa que no ocurre con la actuación de sentencia impugnada.

Por cierto, en aquellos casos en los que en el proceso de amparo proceda una medida temporal sobre el fondo su ejecución, en materia de tutela de sus derechos constitucionales, puede ser tanto o más satisfactoria para el actor que la actuación de la sentencia impugnada, si tenemos en consideración que la medida temporal sobre el fondo puede ser dictada y ejecutada antes que se emita la sentencia de primer grado; es decir, antes de que se dicte y pueda ejecutarse la sentencia impugnada.

Sin embargo, la posibilidad de dictar una medida temporal sobre el fondo en un proceso de amparo no hace innecesario o inconveniente regular la actuación de sentencia impugnada, porque es posible que solicitada y denegada la medida temporal sobre el fondo el Juez, posteriormente, emita una sentencia estimatoria, en cuyo caso los derechos constitucionales del actor deberán ser tutelados mediante la actuación de sentencia impugnada y no mediante la medida temporal sobre el fondo.

En mi opinión, la medida temporal sobre el fondo sólo procede en el proceso de amparo antes de que se emita la sentencia de primer grado porque, después de emitida ésta ⁽¹³⁷⁾, sólo debe proceder la actuación de sentencia impugnada y no la temporal sobre el fondo. El instituto objeto de estudio está regulado, expresamente, para el proceso constitucional y, el otro, para el proceso civil, siendo sólo de aplicación supletoria a los procesos constitucionales.

Independientemente de las consideraciones anteriormente expuestas existen otras adicionales, de naturaleza general, que justifican la existencia de la actuación de sentencia impugnada.

¹³⁷ En el entendido que se hubiera emitido una sentencia estimatoria porque sino no procedería ninguna de las dos medidas.

En primer lugar, porque la actuación de sentencia impugnada sirve, también, para **revalorizar la imagen del Poder Judicial**. Muchas veces los justiciables no recurren a la jurisdicción para solucionar sus conflictos, entre otros motivos, por la demora que el Poder Judicial incurre en la solución de los mismos de ahí que se sostenga, muchas veces con acierto, que es preferible “*un mal arreglo a un buen juicio*”. El atribuirle efectos a la sentencia no firme permitirá tutelar, de una manera más pronta y eficaz, los derechos fundamentales violados o aquellos que fueran objeto de amenaza contribuyendo, con ello, a revalorizar la función e imagen que, en la actualidad, tiene nuestro Poder Judicial. Este instituto coadyuvará a que se recobre la confianza en el Poder Judicial, como mecanismo de solución de conflictos.

En segundo lugar, la actuación de sentencia impugnada contribuirá, efectivamente, a **reducir el tiempo de duración del proceso de amparo** pues, luego de ejecutada provisionalmente la sentencia, desaparecerá el interés que tenía el vencido de servirse del efecto suspensivo del recurso como mecanismo para dilatar -en el tiempo- el disfrute del derecho ajeno (que, según la sentencia, corresponde al demandante) ⁽¹³⁸⁾. Si la apelación de la sentencia no le permite conservar el disfrute del derecho ajeno carecerá de interés para el demandado recurrir la sentencia originado con ello -al no impugnarla- que el proceso de amparo concluya más rápido.

En tercer lugar, en la medida que la ejecución provisional de la sentencia evitará el abuso en la actividad de recurrir, con ello se producirá un efecto adicional, favorable, en **otros** procesos, en la medida que al reducirse el número de apelaciones que se interpongan, **las interpuestas podrán ser resueltas de manera más pronta e idónea por la menor carga procesal** que soportarán los órganos jurisdiccionales de segunda instancia.

Por último, la actuación de la sentencia impugnada también ratifica la importancia de la sentencia del juez de primer grado pues ésta será objeto de ejecución. Dicha sentencia, cuya importancia muchas veces ha sido minimizada pues ha sido concebida como “una de transito hacia otra”, la de revisión y definitiva; sin embargo, tiene una importancia intrínseca, porque es emitida por quien mejor conoce los aspectos fácticos del proceso y quien, además, estuvo en relación directa con las partes del proceso.

7.4 ¿Funciona Actualmente la Actuación de Sentencia Impugnada?

Con la misma convicción con la que sostenemos la incorporación de la actuación de sentencia impugnada en el Código Procesal Constitucional opinamos también que, en la práctica, la actuación de sentencia impugnada casi no opera por lo que el referido instituto no produce los cambios trascendentes que, en mi opinión, está en aptitud de producir.

¹³⁸ En la práctica, las oposiciones dilatorias son estimuladas cuando el proceso premia la resistencia como fuente de ventajas económicas.

Luego de entrevistarme con diferentes jueces especializados en lo constitucional (¹³⁹) quienes me han comentado sus experiencias sobre la aplicación de la actuación de sentencia impugnada y en base a mi apreciación de los hechos mencionare a continuación las razones por las que, en mi opinión, tiene poca vigencia práctica el instituto de la actuación de sentencia impugnada.

En primer lugar, por el carácter residual que actualmente tiene el proceso de amparo en nuestra legislación.

El hecho que el proceso de amparo sólo proceda cuando no exista otra vía procedimental igualmente satisfactoria para la tutela de los derechos constitucionales genera que, en la práctica, el proceso de amparo sea un mecanismo excepcional para la tutela de los derechos. En tal sentido, la actuación de sentencia impugnada que opera a través del proceso de amparo adquiere, también -como no podría ser de otra forma-, una naturaleza excepcional para la tutela de los derechos por ello, dentro del número de procesos que tramita la jurisdicción, la actuación de sentencia impugnada tiene una participación mínima o muy restringida.

En segundo lugar, debido al actual desconocimiento del instituto; no obstante, que el Código Procesal Constitucional tiene más de cuatro años de vigencia.

Dos años antes de realizar el presente trabajo hice una investigación sobre el mismo tema -la actuación de sentencia impugnada-. En dicha oportunidad me entreviste con más de una docena de jueces especializados en lo civil de Lima (¹⁴⁰), grande fue mi sorpresa al constatar que el 90% de ellos desconocía la existencia del instituto. Este hecho explica la casi inexistente aplicación del instituto hasta dicha oportunidad.

Dos años después la situación ha cambiado. Me he reunido con la mayoría de jueces especializados en lo constitucional de Lima quienes, en su totalidad, conocen el instituto y, en su mayoría, consideran está incorporado al Código Procesal Constitucional; sin embargo, en la práctica, subsiste la poca aplicación del instituto. La razón de su inaplicación actualmente es otra. Igual existe desconocimiento del instituto pero, ahora, de otros actores. Según han expresado los jueces constitucionales el problema se presenta a nivel de litigantes y de sus abogados, que desconocen la existencia del instituto y por ello no solicitan su aplicación luego de obtenida la sentencia estimatoria de primer grado. Si las partes no lo solicitan, el juez está impedido de aplicarlo de oficio, ello explica la poca aplicación del instituto actualmente en el proceso de amparo.

En tercer lugar, debido a la poca claridad de la norma que lo incorpora y el escaso trato legislativo que el Código Procesal Constitucional le asigna.

La poca claridad de la norma que incorpora al instituto objeto de estudio y el escaso trato legislativo asignado al mismo no admiten discusión. Si el Código Procesal

¹³⁹ La Resolución Administrativa No. 319-2008-CE-PJ, del 17 de Diciembre de 2008, instauró la especialidad constitucional en la Corte Superior de Justicia de Lima y dispuso la conversión de 10 juzgados especializados en lo civil en juzgados especializados en lo constitucional.

¹⁴⁰ En dicha oportunidad eran los competentes para conocer y tramitar el proceso de amparo.

Constitucional hubiera regulado el instituto de manera clara y contundente y, además, le hubiera asignado un mayor número de artículos que expliquen los diferentes vacíos que contiene el instituto; en principio, no existirían las dudas que algunos juristas y abogados tienen respecto de su existencia y, en segundo lugar, éste sería mucho más conocido por los litigantes y sus abogados.

Qué hacer para que la actuación de sentencia impugnada tenga una mayor aplicación en la práctica.

En principio, en la medida que la actuación de sentencia impugnada continúe siendo aplicable sólo a los procesos constitucionales no tendrá una vigencia importante en el contexto de los procesos tramitados por la judicatura. Si se dispone su aplicación además a otro tipo de procesos como por ejemplo el civil –como ocurre en la legislación Española-, estará en mejor aptitud de producir cambios favorables para la jurisdicción y para los justiciables.

En relación a su aplicación al caso específico del proceso de amparo, el instituto tendrá una mayor vigencia y aplicación en la medida que sea más conocido por los litigantes y abogados. Las bondades y beneficios que genera su utilización para la mejor tutela de los derechos no admite discusión; en tal sentido, en la medida que sea más conocido tendrá una mayor aplicación y vigencia práctica.

Independientemente de la modificación legislativa que, en su momento, deberá efectuarse en el Código Procesal Constitucional para regular el instituto objeto de estudio de manera adecuada sería conveniente, adicionalmente, que el Tribunal Constitucional se pronuncie de manera más explícita sobre él admitiendo su existencia y dando pautas generales sobre su aplicación que cubra los vacíos existentes en nuestra legislación que restringen o limitan la aplicación del instituto.

CONCLUSIONES

1. La tendencia actual de las legislaciones procesales constitucionales sudamericanas es incorporar el instituto de la actuación de sentencia impugnada al proceso de amparo.
2. Una interpretación literal, sistemática y teleológica del Artículo 22 del Código Procesal Constitucional nos lleva a concluir que éste incorpora el instituto de la actuación de sentencia impugnada.
3. El Artículo 22 del Código Procesal Constitucional confiere al demandante el derecho a solicitar al Juez, en un proceso de amparo, la ejecución de una sentencia de condena, estimativa, no firme.

El derecho a ejecutar una sentencia no firme, es uno de naturaleza legal, que no vulnera los derechos constitucionales del demandado a la tutela judicial efectiva y al debido proceso. En específico, no vulnera el derecho de contradicción, el derecho a recurrir, ni el derecho de defensa del demandado. Tampoco el principio de pluralidad de instancias.

El derecho a ejecutar una sentencia no firme procede respecto de sentencias estimativas, de condena, de primer grado. Los requisitos que se exigen para que el Juez despache ejecución son: a) Existencia de sentencia estimativa de condena; b) Solicitud de parte; c) Pendencia de recurso de apelación y d) Que la ejecución no produzca efectos irreversibles.

4. El legislador no debió limitar el derecho a ejecutar la sentencia no firme sólo a las estimativas de condena. Debió concederlo, también, a las estimativas declarativas y a las estimativas constitutivas.

El límite al derecho a ejecutar la sentencia no firme debió ser, sea ésta de condena, declarativa o constitutiva, la irreversibilidad de los efectos que su ejecución causaría.

5. El órgano jurisdiccional competente para actuar la sentencia impugnada es el Juez que emitió la sentencia de primer grado. Su ejecución procede a solicitud de parte. Luego de formulado el pedido el Juez debe formar cuaderno aparte y correr traslado al demandado.

El demandado tiene derecho a contradecir el pedido de ejecución. El Juez resolverá y despachará ejecución si lo considera pertinente. La apelación que se interponga contra la resolución que resuelve la contradicción debe concederse sin efecto suspensivo.

6. La sentencia de segundo grado que confirme una estimativa de primer grado pondrá fin al conflicto de intereses y producirá los siguientes efectos en relación a los actos de ejecución practicados en el proceso:
 - i) Si la ejecución de la sentencia de primer grado aún no hubiera concluido deberá continuarse su ejecución hasta la culminación de la misma, adquiriendo ésta la calidad de definitiva e irreversible.
 - ii) Si la ejecución de la sentencia de primer grado hubiera concluido antes de que se emita la sentencia confirmatoria en ese supuesto -como consecuencia de emitirse su confirmatoria-, lo actuado adquirirá la calidad de definitivo e irreversible.

Además, los perjuicios que se hubieran podido causar al demandado producto de los actos de ejecución practicados, aún cuando estos fueran irreparables, devienen en legítimos.

Por último, si se encontrase pendiente o en trámite la contradicción formulada por el demandado contra la ejecución el Juzgado deberá desestimarla.

7. La sentencia de segundo grado, impugnada, que revoque una estimativa de primer grado no debe afectar o invalidar los actos de ejecución practicados en el proceso. Estos deberán continuar siendo válidos y eficaces hasta que se emita una sentencia definitiva.

La sentencia revocatoria impugnada que contenga un pronunciamiento de forma y no de fondo tampoco debe afectar la validez de los actos de ejecución practicados en el proceso.

8. La sentencia de segundo grado, firme, que revoque una estimativa de primer grado pondrá fin al conflicto de intereses y producirá los siguientes efectos en relación a los actos de ejecución practicados en el proceso:
- i) Si la ejecución de la sentencia de primer grado aún no hubiera concluido el Juez deberá suspender la ejecución y anular lo que se hubiera actuado en ejecución de la misma.
 - ii) Si la ejecución de la sentencia de primer grado hubiera concluido el Juez deberá anular lo que se hubiera actuado en ejecución de la misma y reponer o restituir las cosas al estado anterior a la ejecución.
 - iii) El demandante estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios que la ejecución de sentencia no firme causó al demandado si ejerció irregular, arbitraria o abusivamente su derecho a ejecutar la sentencia no firme.
 - iv) Los actos de ejecución practicados entre las partes serán inválidos. Los actos de ejecución y los efectos que éstos causaron respecto de terceros de buena fe serán validos y eficaces.

9. La actuación de sentencia impugnada y la medida cautelar son institutos procesales complementarios que no se excluyen. La coexistencia de ambos posibilita una mayor y mejor tutela de los derechos constitucionales en el proceso de amparo.

En la medida que ambas puedan ser emitidas en un proceso de amparo específico, quedando a potestad del actor decidir cuál de ellas solicita al Juez, la actuación de sentencia impugnada resultará más beneficiosa que la medida cautelar para la tutela de los derechos constitucionales del actor. Sin embargo, existirán supuestos en los que frente a la imposibilidad de ordenarse la actuación de sentencia impugnada –porque, por ejemplo, aún no se emitió la sentencia de primer grado-, la medida cautelar será el mecanismo que posibilitará que el proceso de amparo sea eficaz para la tutela de los derechos constitucionales conculcados o amenazados.

10. La posibilidad de dictar una medida temporal sobre el fondo en un proceso de amparo no hace innecesario o inconveniente regular la actuación de sentencia impugnada.

La medida temporal sobre el fondo sólo procede en el proceso de amparo antes que se emita la sentencia de primer grado porque, después de emitida ésta, sólo debe proceder la actuación de sentencia impugnada y no la temporal sobre el fondo.

11. La existencia de la actuación de sentencia impugnada en el proceso de amparo se justifica no sólo porque coadyuva a lograr una de las finalidades de los procesos

constitucionales -la vigencia efectiva de los derechos- sino, también, porque: i) Revalorizará la imagen del Poder Judicial; ii) Reduce el tiempo de duración del proceso de amparo; iii) Producirá un efecto adicional favorable en otros procesos porque las apelaciones interpuestas podrán ser resueltas de manera más pronta e idónea; iv) Ratifica la importancia de la sentencia de primer grado.

12. En la práctica, actualmente, casi no opera el instituto de la actuación de sentencia impugnada. Ello se debe a: i) El carácter residual del proceso de amparo en nuestra legislación; ii) Actual desconocimiento del instituto por parte de litigantes y abogados; iii) La poca claridad de la norma que lo incorpora y el escaso trato legislativo que el Código Procesal Constitucional le asigna.

Para que la actuación de sentencia impugnada tenga una mayor aplicación en los procesos de amparo sería recomendable lo siguiente: i) Una modificación al Código Procesal Constitucional de forma tal que el instituto quede regulado de manera inequívoca y se legislen los diferentes vacíos contenidos actualmente en la norma; ii) En tanto no ocurra lo anterior, que el Tribunal Constitucional se pronuncie de manera más explícita sobre la existencia del instituto objeto de estudio y de pautas generales sobre su aplicación, que cubran los vacíos actualmente existentes en la norma.

BIBLIOGRAFIA

1. ABAD YUPANQUI, Samuel y otros. Código Procesal Constitucional Anteproyecto y Legislación vigente. Lima: Palestra Editores, 2003.
2. ABAD YUPANQUI, Samuel y otros. Código Procesal Constitucional, Comentarios, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico. Lima: Palestra Editores, 2004.
3. ABAD YUPANQUI, Samuel. El Proceso Constitucional de Amparo. Lima: Gaceta Jurídica, segunda edición 2008.
4. ARMENTA DEU, Teresa. La Ejecución Provisional. Editora La Ley, Madrid, Mayo 2000.
5. BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Derechos Fundamentales y Proceso Justo. Lima: ARA Editores, 2001.
6. CABALLOL ANGELATS, Luis. La Ejecución Provisional en el Proceso Civil. Barcelona: José Bosch Editor S.A., 1993.
7. CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Décimo Cuarta Edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1979.
8. CAIRO ROLDAN, Omar. Justicia Constitucional y Proceso de Amparo. Lima: Palestra Editores, 2004.
9. CAIRO ROLDAN Omar. La Actuación Inmediata de la Sentencia de Primer Grado en el Amparo y el Tribunal Constitucional Peruano. En: Palestra del Tribunal Constitucional Año 2, No. 5, Lima: Palestra Editores, 2007.
10. CAIRO ROLDAN Omar. La Actuación Inmediata de la Sentencia de Primer Grado del Amparo en la Jurisprudencia Peruana. En: Dialogo con la Jurisprudencia No. 93, Junio de 2008, Año 11, Lima: Gaceta Jurídica.
11. CARBONE, Carlos Alberto. La Noción de la Tutela Jurisdiccional Diferenciada para Reformular la Teoría de la llamada Tutela Anticipatorio y de los Procesos Urgentes. Revista Ateneo - Sentencia Anticipada. Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina.

12. CARDINAL PIEGAS, Fernando. Ejecución Provisional de Sentencia Civil en Uruguay. En: Lima, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Colección Encuentros Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas, Octubre de 2008.
13. CARELLI, Enrique Antonio. Ejecución Provisional de Sentencia Civil. En: Lima, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Colección Encuentros Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas, Octubre de 2008.
14. CARRUITERO, Francisco y GUTIERREZ CANALES, Raúl. Estudio Doctrinario y Jurisprudencial a las Disposiciones Generales de los Procesos de Habeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Cumplimiento del Código Procesal Constitucional. Lima: Librería Studio Distribuidora S.R.L., 2006.
15. CARPIO MARCOS, Edgar. La Interpretación de los Derechos Fundamentales. Lima: Palestra Editores.
16. CASTILLO CORDOVA, Luis. Comentarios al Código Procesal Constitucional. ARA Editores E.I.R.L., Lima-2004.
17. CASTILLO CORDOVA, Luis. Comentarios al Código Procesal Constitucional. Lima: Palestra Editores, Segunda Edición, 2006.
18. CIANCIARDO, Juan. El Conflictivismo en los Derechos Fundamentales. España: Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 2000.
19. Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración (CERIAJUS). Informe Final del Grupo de Trabajo Temático sobre Modificaciones Puntuales de Códigos. <http://www.mpfm.gob.pe/descargas/ceriajus/gtt3.pdf>. Visitada el 2 de Marzo de 2009.
20. Congreso Constituyente Democrático, Debate Constitucional Pleno – 1993. Diario de los Debates. Lima: Industrial Gráfica S.A., 1998.
21. DE HEGEDUS, Margarita. Ejecución Provisional de Sentencia Civil. En: Lima, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Colección Encuentros Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas, Octubre de 2008.
22. DE LOS SANTOS, Mabel. Ejecución Provisional de la Sentencia Civil en el Derecho Argentino. En: Lima, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Colección Encuentros Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas, Octubre de 2008.
23. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. Derecho Procesal Civil Ejecución Forzosa Procesos Especiales. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Segunda Edición, 2002.
24. DUARTE PEDRO, Rodolfo. La Ejecución Provisional de la Sentencia Anticipada. En: Lima, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Colección Encuentros Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas, Octubre de 2008.
25. EGUIGUREN PRAELI, Francisco. La inexecución de sentencias por incumplimiento de entidades estatales. En: Ius Et Veritas Año IX, Número 18, 1999.
26. ELIZONDO GASPARIN, María Macarita. La Ejecución Provisoria de la Sentencia Civil (caso México). En: Lima, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Colección Encuentros Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas, Octubre de 2008.
27. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional. Lima: Jurista Editores E.I.R.L., 2005.

28. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Libertades Informativas versus Intimidación, Honor, Buena Reputación o Buena Imagen: Las ventajas de un tratamiento Procesal Constitucional de estos casos. En: *Dialogo con la Jurisprudencia*, Número 42, 2002.
29. ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. Código Procesal Constitucional, Proceso Contencioso Administrativo y derechos del Administrado. Lima: Palestra Editores, 2004.
30. ETO CRUZ, Gerardo. ¿Existe Actuación de Sentencia Impugnada en el Código Procesal Constitucional Peruano? <http://www.bibliojuridica.org/6/2559/21.pdf>. Visitada el 4 de Marzo de 2009.
31. ETO CRUZ, Gerardo. ¿Existe Actuación de Sentencia Impugnada en el Código Procesal Constitucional Peruano? En: *Código Procesal Constitucional Comentado – Homenaje a Domingo García Belaunde*, Editorial ADRUS, Lima, 2009.
32. FERREIRO BAAMONDE, Xulio. El Procedimiento de Ejecución Provisional de Resoluciones Judiciales en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. En: *Revista de Derecho Procesal Justicia*, J.M. Bosch Editor, Madrid, No. 2-4, 2001.
33. FIGUEROA BERNARDINI, Ernesto. Ejecución Provisional de Sentencias Impugnadas en los Procesos Constitucionales. Un vacío a ser llenado por la jurisprudencia. En: *Actualidad Jurídica*, Marzo 2007, Tomo 160, Lima: Gaceta Jurídica.
34. FIX-ZAMUDIO, Héctor. *El Derecho de Amparo en el Mundo*. Editorial Porrúa, México 2006.
35. GARCIA BELAUNDE, Domingo. *I Convención Latinoamericana de Derecho Modernas Tendencias del Derecho en América Latina – La Interpretación Constitucional como Problema*. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 1997.
36. GARCIA CASAS, Julio. La Ejecución Provisional y la Seriedad de la Justicia. En: *Revista de Derecho Procesal Justicia* No. 2-4, J.M. Bosch Editor, Madrid, 2001.
37. *La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2006.
38. GOZAINI, Osvaldo. *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Tomo III. “La Ejecución Provisional en el Proceso Civil”.
39. HURTADO REYES, MARTÍN. *Tutela Jurisdiccional Diferenciada*. Lima: Palestra Editores, 2006.
40. MARTINEZ-PUJALTE, Antonio Luis. *El Contenido esencial como Límite de los Límites*. Trujillo: Tabla XIII Editores S.A.C., 2005.
41. MENESES PACHECO, Claudio. La Ejecución Provisional en el Proceso Civil Chileno. En: Lima, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Colección Encuentros Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas, Octubre de 2008.
42. MESIA, Carlos. *Exégesis del Código Procesal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004.
43. MONROY GALVEZ, Juan. La Actuación de la Sentencia Impugnada. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal* No. V, Junio de 2002.
44. MONROY GALVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Colombia: Editorial Temis S.A., 1996.

45. MONROY PALACIOS, Juan. La Tutela Procesal de los Derechos. Lima: Palestra Editores, 2004.
46. MORELLO, Augusto. Anticipación de la Tutela. Librería Editora Platense S.R.L.
47. ORTELLS RAMOS, Manuel. Revista de Derecho Procesal Justicia. “Para la reforma de la Ejecución Provisional en el Proceso Civil”. J.M. Bosch Editor. Año 1991, No. II.
48. OTEIZA, Eduardo y SIMON Luis María. Ejecución Provisional de la Sentencia Civil. En: Lima, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Colección Encuentros Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas, Octubre de 2008.
49. PALOMINO MANCHEGO, José F. El nuevo Código Procesal Constitucional peruano: Alances, reflexiones y perspectivas (Entrevista a Domingo García Belaunde), en: El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo Garcia Belaunde. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2005.
50. PEREZ DAUDI, Vicente. La Ejecución Provisional de la Sentencia Civil en España. En: Lima, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Colección Encuentros Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas, Octubre de 2008.
51. PEREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Novena Edición, 2003.
52. PEREZ LUÑO, Antonio E. Los Derechos Fundamentales. Editorial Tecnos, octava edición, 2005.
53. PICO I JUNOY, Joan. La Ejecución Provisional en España. En: Lima, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Colección Encuentros Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas, Octubre de 2008.
54. PRIORI POSADA, Giovanni. La Efectiva Tutela Jurisdiccional de las Situaciones Jurídicas Materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. En: Ius Et Veritas Número 26.
55. PROAÑO CUEVA, César. La Actuación de Sentencia Impugnada en el Proceso de Amparo Peruano. Vicisitudes de su Aplicación. <http://www.amag.edu.pe>. Visitada el 11 de Marzo de 2009.
56. QUIROGA LEON, Aníbal. El Debido Proceso Legal en el Perú y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Lima: Jurista Editores E.I.R.L., Julio de 2003.
57. RAFFO LA ROSA, Mauricio. La Actuación de Sentencia Impugnada en el nuevo Código Procesal Constitucional Peruano. En: Derecho Procesal III Congreso Internacional. Universidad de Lima, 2005.
58. Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Primera Edición. Madrid: Editorial Espasa Calpe, 1992.
59. RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito. Manual de Derecho Procesal Constitucional. Tercera Edición. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006.
60. RUBIO CORREA, Marcial. La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2005.
61. SAENZ DAVALOS, Luis. Las innovaciones del Código Procesal Constitucional en el Proceso Constitucional de Amparo. En: Introducción a los Procesos Constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional. Lima: Jurista Editores, 2005.

62. SIMONS PINO, Adrián. Ejecución Provisional de la Sentencia Civil en el Perú. En: Lima, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Colección Encuentros Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas, Octubre de 2008.
63. TARIGO, Enrique E. Revista Uruguaya de Derecho Procesal. “Algo más sobre la Ejecución Provisional de la Sentencia sometida a recurso y los terceros de buena fe”. Fundación de Cultura Universitaria.
64. VARGAS RUIZ, Luis. La Ejecución Anticipada de la Sentencia Impugnada de Amparo. Una propuesta regulatoria. En: Actualidad Jurídica, Febrero 2008, Tomo 171, Lima: Gaceta Jurídica.

