



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

Lima, siete de octubre de dos mil ocho

VISTOS:

Que, con fecha 29 de marzo de 2001, la Asociación Nacional de Fonavistas de los Pueblos del Perú (ANFPP), amparándose en el artículo 31 de la Constitución Política del Estado y la Ley N° 26300 – Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos - presentó la solicitud correspondiente al procedimiento de iniciativa legislativa ciudadana para que el “Proyecto de Ley de devolución de dinero del Fonavi a los Trabajadores que contribuyeron al mismo”, sea dictaminado y votado por el Congreso de la República.

Que, el Proyecto de Ley ingresó al Congreso con el número 864/2001- CR, publicándose en el Diario “El Peruano” el 19 de octubre del 2001, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 26300, sin embargo el mencionado Proyecto no fue considerado para su aprobación final por el Congreso, expidiéndose la Ley N° 27677 publicada el 2 de marzo de 2002 en el Diario “El Peruano”.

Que, en aplicación del artículo 16° y 41° de la Ley 26300, que dispone que si una iniciativa Legislativa es rechazada o modificada sustancialmente, los promotores de la misma pueden solicitar el referéndum para consultar a la ciudadanía su aprobación, adicionando las firmas necesarias para completar el porcentaje de ley.

Que, con fecha 07 de julio del 2006 el JNE, expide la Resolución 1215-2006-JNE que declara improcedente la solicitud de convocatoria a referéndum, considerando que el Proyecto de Ley trata de asuntos tributarios y presupuestales, contrario a lo dispuesto en el artículo 32 de la Constitución.



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

Que, habiendo la ANFPF interpuesto un recurso extraordinario contra la mencionada Resolución por afectación al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, fue declarado infundado por Resolución N° 1278-2006-JNE de fecha 20 de julio de 2006.

Que, con fechas 26 de octubre de 2006 y 10 de octubre del 2006, representantes de la ANFPF interponen recursos en la vía judicial contra el JNE solicitando se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 1215-2006-JNE y N° 1278-2006-JNE de 20 de julio del 2008, asimismo solicitan se disponga la convocatoria a referéndum, las que son tramitadas ante el Noveno Juzgado en lo Civil de Chiclayo y el 7° Juzgado Civil de Lima, respectivamente, las mismas que fueron desestimadas liminarmente, y confirmadas por las Instancias Superiores, considerando estas que no se evidencia legitimidad para obrar, argumentándose que el inciso 8) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional señala que no proceden los recursos constitucionales cuando se cuestionen resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electoral, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad; y que por ello, resoluciones en contrario, de cualquier autoridad no surten efecto alguno, lo que dio lugar a que los demandantes interpusieran Recursos de Agravio Constitucional, derivándose estos ante el Tribunal Constitucional.

Que, con fecha 03 de setiembre de 2007, el Tribunal Constitucional resuelve en ambos casos (Expedientes Nos. 1078-2007-PA/TC y 3283-2007) que los aportes de los trabajadores al Fonavi dispuesto por el Decreto Ley 22591 no cumple con los principios constitucionales tributarios no constituyen un tributo y no son tampoco impuestos desde el 30 junio de 1979 hasta el 31 de agosto de 1998, conforme a la Ley 26969 de 21 de agosto de 1998, en consecuencia considera que la solicitud de los demandantes se encuentra amparada por el artículo 32.2 de la Constitución. Por estos fundamentos el TC declara en su artículo 1° fundadas las demandas interpuestas por cada uno de los demandantes, y en su artículo 2° declaran nula las Resoluciones del JNE N° 1215-2006-JNE y N° 1278-2006 –JNE.



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

Que, la ANFPP presento con fecha 16 de octubre de 2007, un escrito solicitando al JNE que convoque el referéndum para el 01 de mayo de 2008, dentro del Expediente N° 063-2005-REF, (Expediente Administrativo a través del cual se tramitó la solicitud de referéndum), la que es materia de reiteración por escritos del 30 de noviembre y 14 de diciembre del 2007, citándose para audiencia pública extraordinaria para el 19 de diciembre de 2007, expidiendo el JNE la Resolución N° 260-2007-JNE de 23 de diciembre de 2007, que declara la improcedencia de la solicitud de referéndum.

Que, el Tribunal Constitucional con fecha 07 de enero del 2008 expide la sentencia que recae en el proceso de amparo seguido por don Rubén Julio Ramírez Gutiérrez en contra del JNE (Exp. 5180-2007-PA/TC), a raíz, que en forma similar a los casos anteriores fue desestimada en última instancia, en este caso, por la Sala Mixta Descentralizada de Tarma. El Tribunal considera que ya se ha pronunciado sobre el particular en las sentencias Nos 1078-JNE-PA/TC y 3283- 2007-JNE-PA/TC, debiendo las mismas ser acatadas y ejecutadas, y lo resuelto por el JNE mediante Resolución N° 260-2007-JNE del 21 de diciembre de 2007 resulta nulo de pleno derecho, en consecuencia corresponde al juez ejecutor requerir al JNE para que dicte la respectiva resolución conforme a lo resuelto por el Tribunal Constitucional y, de ser el caso, este último admita la iniciativa legislativa para su sometimiento a referéndum y, sea luego el órgano competente para que los convoque a tiempo y modo necesario de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 44° de la Ley N° 26300, por lo que habiendo el Tribunal resuelto sobre el fondo del asunto que ahora nuevamente se cuestiona en aplicación de lo dispuesto en el inciso 6) del artículo 6° del Código Procesal Constitucional se declara improcedente la demanda.

Que, la mencionada Resolución formula recomendaciones al Congreso y al Poder Ejecutivo, aspectos que no corresponden ejecutar ni son de competencia del JNE, señalando “no obstante lo indicado en los considerandos anteriores, este Colegiado estima oportuno efectuar algunas precisiones que el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo podrían tomar en cuenta tales como que no es inconstitucional que



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

se pueda recurrir a devoluciones a través de bonos, materiales de construcción, programas sociales de vivienda a favor de los aportantes que no hayan satisfecho su legítima expectativa de vivienda, de ser el caso los mecanismos para la devolución pueda tener un carácter colectivo.

Que, el JNE a través de sus diversas Resoluciones ha expresado su preocupación acerca del derecho de los Fonavistas, es así que en la Resolución 1215-2006-JNE, considera que en aras de coadyuvar a la protección de la participación ciudadana, tratándose de una iniciativa que tiene connotación social, debe de hacer de conocimiento del Congreso de la República, a efecto de que manera coordinada con el Poder Ejecutivo pueda evaluar el petitorio de los Fonavistas, de considerarlo pertinente, esta invocación es reiterada en la Resolución 004-2008-JNE, expresando esta última que deja a salvo “el derecho de la ANFPP para gestionar dicha pretensión de alguna otra forma que no colisiones con el Sistema Jurídico, sea a través de acciones penales o civiles, donde pueda eventualmente ser reparados o indemnizados o restituidos ... siendo que nada obsta que en otras vías, se pueda evaluar las responsabilidades respecto del uso de los recursos del FONAVI.”

Que, el expediente de Amparo iniciado por don Máximo Tomás Salcedo Meza fue derivado al 7° juzgado Civil de Lima (Exp. N° 2006-39625-0-1801-JR-CI-07), requiriéndose al JNE mediante Resolución N° 4 de 26 de marzo de 2008 para que dentro del segundo día de notificada cumpla con la sentencia del Tribunal Constitucional de 03 de setiembre de 2007 emitiendo nuevo pronunciamiento en el cual se declare la procedencia del Referéndum.

Que, la Resolución N° 10 del mencionado Juzgado de fecha 09 de abril del 2008 requiere nuevamente al JNE que cumpla con la Sentencia del Tribunal Constitucional.

Que, en cumplimiento de lo dispuesto en la Resoluciones N° 4 y 10 arriba mencionadas, el JNE con fecha 15 de abril del 2008, expide la Resolución N° 096-



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

2008-JNE que considera que para el cumplimiento de la sentencia se debe de tener en cuenta la STC N° 05180-2007-PA/TC que aclara y precisa los lineamientos para el cumplimiento de la causa, en este sentido habiéndose señalado las pautas específicas para que Poder Ejecutivo implemente los mecanismos y criterios para determinar los montos y beneficiarios del FONAVI mediante el Decreto Supremo N° 27-2008-PCM publicado con fecha 8 de Abril del año en curso, resuelve que se tenga por emitido un nuevo pronunciamiento y que se oficie a la Presidencia del Consejo de Ministros a efecto de implementar oportunamente las precisiones destinadas a la solución de la pretensión fonavista dispuesta por el Tribunal Constitucional en concordancia con el JNE.

Que, mediante Resolución N° 23 de 16 de junio del 7° Juzgado Civil de Lima, considera improcedente el archivamiento del proceso, y requiere al JNE estando a lo dispuesto en los artículos 22° y 59° de la Ley Procesal Constitucional para que dentro del segundo día de notificado cumpla con la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 3 de setiembre del 2007, esto es emitir un nuevo pronunciamiento de conformidad con el artículo 32.2 de la Constitución Política del Estado bajo apercibimiento que el juzgado adopte las medidas correspondientes para el cabal cumplimiento de la misma otorgando al JNE un nuevo plazo de dos días para cumplir con la convocatoria al referéndum nacional, materia del proceso, bajo apercibimiento de proceder con lo establecido en los artículos 22° y 59° del Código Procesal Constitucional, sin perjuicio de la multa compulsiva y progresiva, considerando que el fundamento de la Resolución del JNE se basa en la implementación por el Poder Ejecutivo de la recomendación contenida en la STC N° 5180-2007-PA/TC, que constituye una recomendación al Poder Ejecutivo, mas no puede considerarse un mandato expreso, ya que tal recomendación no es la vía por la cual debe de ejecutarse esta sentencia, por lo que no puede alegarse el cumplimiento de la sentencia con la expedición del Decreto Supremo N° 027-2008-PCM.



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

Que, habiendo con fecha 2 de agosto juramentado dos nuevos miembros del Pleno del JNE, este solicita un plazo adicional para emitir un nuevo pronunciamiento, presentándose ese mismo día diversos escritos ante el 7º Juzgado en lo Civil de Lima, entre ellos la contradicción de la ejecución, la suspensión de la ejecución, los que son elevados al superior jerárquico, sin efecto suspensivo.

CONSIDERANDO:

Que, la Resolución N° 42 de fecha 11 de agosto del año en curso, del Séptimo Juzgado Civil de Lima, notifica por tercera vez al JNE a efecto que cumpla con lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 03283-2007-PA/TC, y se emita un nuevo pronunciamiento conforme a lo normado en el Art. 32.2 de la Constitución Política del Perú que dispone que puede ser sometidos a referéndum la aprobación de normas con rango de ley.

Que, el artículo 139º de la Constitución Política del Estado, dispone que no se puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución.

Que, en concordancia con lo establecido en el dispositivo constitucional, la Ley Orgánica del Poder Judicial – Decreto Legislativo N° 767 – en su artículo 4º dispone que toda persona está obligada a acatar y dar cumplimiento a las resoluciones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativo que la ley señala.

Que, según lo dispuesto en el artículo 44º de la Ley 26300, el referéndum debe efectuarse en un plazo no mayor de cuatro meses después de acreditadas las respectivas iniciativa, lo que en este caso comprendería desde la fecha de la emisión de la presente Resolución.



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

Que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 31º, 32º, 139º inciso 2), de la Constitución Política, el artículo 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 44º de la Ley N° 26300.

SE RESUELVE:

Primero: CONVOCAR a Referéndum Nacional para la aprobación o desaprobación del “Proyecto de Ley Devolución de Dinero del FONAVI a los Trabajadores que contribuyeron al mismo” ingresado al Congreso con el número 864/2001 – CR, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 19 de octubre del 2001.

Segundo: OFICIAR a la Oficina Nacional de Procesos Electorales – ONPE y al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC a efectos que tengan conocimiento de la presente resolución y procedan conforme a sus atribuciones.

Tercero: DISPONER que el Procurador Público del JNE ponga en conocimiento de la presente resolución a los órganos jurisdiccionales correspondientes; archivándose lo actuado; notificándose.

Cuarto: OFICIAR a la Presidencia del Consejo de Ministros y al Ministerio de Economía y Finanzas para que disponga los fondos necesarios para la realización de la consulta popular.

S.S.

MINAYA CALLE

MONTOYA ALBERTI

VELARDE URDANIVIA

FALCONÍ GÁLVEZ

Secretario General



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

**LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO DEL DOCTOR JOSÉ LUIS VELARDE
URDANIVIA SON LOS SIGUIENTES:**

Antes de precisar los términos de mi decisión en relación al nuevo pronunciamiento que el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones (JNE) emitirá en relación a la solicitud de referéndum formulada por la Asociación Nacional de Fonavistas de los Pueblos del Perú (ANFPF), lo que se hará en cumplimiento de un requerimiento del Séptimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, debo precisar lo siguiente:

I) CONSIDERACIONES PRELIMINARES:

- 1) Considero que los fundamentos expuestos en la Resolución N° 260-2007-JNE, desarrollan de forma clara y contundente, de acuerdo con la Constitución y las Leyes, las razones de hecho y de derecho que, en puridad, acreditan que la posición institucional en torno a dicha solicitud ha sido, hasta el momento, absolutamente correcta y emitida con arreglo a Derecho.
- 2) En efecto, con las consideraciones y argumentos expresados en la mencionada Resolución, se demostró fehacientemente que el FONAVI sí se trató de una contribución, conclusión a la que se arribó luego de analizar no sólo los precedentes emitidos por el propio Tribunal Constitucional sobre dicho tema específico y sobre los elementos constitutivos de un tributo, sino también la doctrina tributaria y el marco legal vigente desde la fecha de creación de dicha contribución, hasta la actualidad; posición que ha sido respaldada prácticamente por unanimidad por los más renombrados juristas del país en dicha especialidad, lo que nos releva de mayores comentarios sobre la naturaleza tributaria de la iniciativa legislativa de la ANFPF que pretende en última instancia lograr la devolución de dicha contribución.
- 3) En la mencionada Resolución también se demostró la naturaleza presupuestal de la indicada iniciativa legislativa, dado que la pretendida devolución ascendería aproximadamente a la suma de veintidós mil millones de Nuevos Soles, según cifras estimadas por el Ministerio de Economía y



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

Finanzas y validadas por la propia ANFPP a través diversas declaraciones de sus representantes, monto cuyo pago, evidentemente, tendría que ser materia de previsión en el Presupuesto General de la República, siendo que incluso la devolución podría demandar eventualmente hasta varios ejercicios presupuestales, dada su magnitud. Asimismo, también se analizó y evidenció que la naturaleza presupuestal fluye de las propias modalidades de devolución contempladas en la iniciativa legislativa, relativas a devolución en bonos, vía compensaciones con deudas tributarias, entre otras de evidente naturaleza presupuestal.

- 4) Del mismo modo, con los fundamentos obrantes en dicha Resolución que calificó la procedibilidad del referéndum solicitado conforme al artículo 32° de la Constitución, se ha demostrado que la misma constituyó una decisión jurisdiccional eminentemente electoral, de su exclusiva y excluyente competencia, conforme fluye claramente de los artículos 178°, inciso 4) y 181° de la Constitución Política y Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, habiendo sido emitida con arreglo a derecho, siendo irrevisable conforme a los artículos 142° y 181° de la Ley Fundamental. En tal sentido, reitero mi convicción de que los argumentos de hecho y de derecho obrantes en la precitada Resolución, reflejan un voto responsable, fundado en derecho, respetuoso de la Ley Fundamental y debidamente motivado, no violatorio en modo alguno de derechos fundamentales ni del debido proceso, características que también fueron propias de las Resoluciones anteriores emitidas por el Pleno del JNE.
- 5) Expuesto esto, es menester analizar los mandatos judiciales que, en ejecución de la sentencia respectiva del TC, ordenan a éste colegiado la emisión de un nuevo pronunciamiento. Al respecto, considero que los mismos no han considerado debidamente y con arreglo a derecho, en primer término, que la Sentencia originaria materia de ejecución, sin perjuicio de las múltiples afectaciones al debido proceso sustantivo y adjetivo en que la misma incurre, no contiene un mandato explícito de convocatoria a referéndum, limitándose



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

dicha Resolución a tratar de sostener que el Fonavi no tenía naturaleza tributaria.

- 6) Es decir, a partir de los dos hechos ciertos antes mencionados, era perfectamente posible concluir que dicha Resolución simplemente aspiraba a constituir un criterio orientador para que el Pleno del JNE, al volver a calificar la solicitud de referéndum, descartase de entre las causales de improcedencia previstas en la parte final del artículo 32° de la Constitución Política, la relativa a la naturaleza tributaria, más no eximía al Pleno del JNE de su obligación constitucional de evaluar si se configuraba o no alguna otra de las causales de improcedencia de dicha solicitud, como lo fue, en este caso concreto, la evaluación de si se trataba o no de una iniciativa legislativa de naturaleza presupuestal, lo que se cumplió con hacer y ponderar concienzudamente, como aparece de los fundamentos y motivación de nuestra Resolución N° 260-2007-JNE.
- 7) Del mismo modo, el Juzgado no ha ponderado debidamente que la tesis anteriormente expuesta, lejos de ser refutada, ha sido incluso ratificada por las pautas de ejecución contenidas en la última Resolución del Tribunal Constitucional, es decir, la N° 5180-2007-PA/TC, cuya calidad de precedente vinculante para la ejecución de la primera fluye no sólo de su texto sino también de un análisis sistemático de las sentencias en su conjunto, así como de las propias declaraciones y explicaciones que sobre sus alcances han sido vertidas por algunos de los miembros de dicho Tribunal, entre los que se incluyen el anterior y actual Presidente de dicho ente, las que fueran oportunamente puestas en conocimiento del Juzgado de Ejecución.
- 8) Pese a ello, en sede judicial no se ha reconocido como vinculantes a las mencionadas pautas de ejecución, aun cuando de ellas fluye inexorablemente el que una convocatoria a referéndum por el Pleno del JNE constituiría sólo una posibilidad que ocurriría “de darse el caso”, como señala dicha Resolución, es decir, sólo si el JNE descartase la configuración de las causales de improcedencia distintas a la naturaleza tributaria.



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

- 9) Es importante destacar que la última Resolución del TC también admitió la posibilidad de implementar mecanismos de atención de la pretensión de devolución de los fondos del Fonavi, distintos a la vía del referéndum, lo que corrobora la tesis ya expuesta. Es así que la misma permite para ello la intervención del Poder Ejecutivo y del Congreso de la República, siendo que precisamente el primero de estos Poderes del Estado ya viene implementando las pautas de ejecución respectivas, a través de la formación de una Comisión Multisectorial, creada a partir de la dación del DS N° 27-2008-PCM y de la RM N° 126-2008-PCM, Comisión que desde su fecha de creación en abril de este año, a la actualidad, ya ha registrado a casi un millón de Fonavistas, esto en una primera etapa del respectivo proceso de devolución bajo las pautas dadas por el Tribunal Constitucional en su última Resolución, la misma que pese a sus deficiencias de sistemática y errores de índole sustantivo y procesal, incide sustancialmente en la forma en que debe ejecutarse la Resolución originaria. Más aún, con fecha 23.09.08 se emitió el DS N° 065-2008-PCM, por el cual incluso se amplía las facultades de esta Comisión para que también determine los montos susceptibles de ser devueltos a favor de los aportantes al Fonavi, así como fijando ya las formas en que dichos aportes serán devueltos, estableciendo para ello las mismas modalidades sugeridas por el propio Tribunal Constitución en su última sentencia sobre el particular.
- 10) Que, en tal sentido, debo reiterar que considero que el actual proceso de ejecución judicial de la sentencia ha desnaturalizado la real y cabal comprensión que debe hacerse de los fallos del TC en su conjunto, pues indirectamente se insiste en que el JNE debe convocar a un referéndum que ni el propio TC considera necesario. Es decir, se viene ejecutando las decisiones de dicho Tribunal en forma distinta a la que este ha propuesto, lo que constituye otra violación al debido proceso que el JNE cumplió con impugnar, responsablemente y con arreglo a derecho.
- 11) Que, de otro lado, no podemos soslayar el hecho de que los solicitantes del referéndum han actuado de forma contraria a la buena fe procesal, no sólo al



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

haber simulado una supuesta afectación de derechos fundamentales a través de un proceso amparo que realmente disfrazaba un nuevo recurso impugnatorio no permitido por la Constitución Política, sino también por haber tramitado muchos procesos constitucionales de amparo idénticos a nivel nacional, maniobra procesal vedada por la ética profesional y por los órganos jurisdiccionales; además de haber recurrido a otras prácticas cuestionables como lo es la formulación de múltiples denuncias penales por delitos inexistentes, el recurrir al agravio y al insulto personal de forma permanente y continua, incluso en la vía pública, así como a través de campañas mediáticas destinadas a distorsionar la verdad de los hechos y del derecho aplicable, entre otras conductas ilegales y moralmente reprobables.

- 12) Que, en consecuencia, y por las consideraciones precedentes, éste Colegiado se encontraría perfectamente habilitado para hacer cumplir y respetar el imperio de la Supremacía de la Constitución, del debido proceso jurisdiccional y de la autonomía del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, conforme disponen, respectivamente, los artículos 51°, 139° inciso 3), 142° y 181° de la Constitución, resistiendo con arreglo a Derecho, la imposición de la ejecución de actos arbitrarios y contrarios a la Ley Fundamental, aun cuando ellos se funden o deriven de resoluciones del órgano llamado a ser su intérprete ad Hoc, por cuanto diversas normas expresas de nuestra Constitución Política, los principios generales del derecho y la noción de orden público, entre otros pilares de nuestro Sistema Jurídico, nos permiten llegar a la comprensión de que los actos y/o decisiones arbitrarias, contrarias al orden constitucional, al sentido común y a la lógica jurídica, como lo son aquellas decisiones que implican la invasión de las competencias de un fuero autónomo y que no ponderan ni evalúan razonablemente las consecuencias jurídicas, sociales ni económicas que una decisión puede generar en el país entero, no pueden ser considerados válidos, eficaces ni ejecutables.
- 13) Que, en consecuencia, nuestro Sistema Jurídico y la doctrina admiten que quien resiste a actos arbitrarios de tal naturaleza, lejos de contravenir la Ley,



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

actúan conforme a derecho, contrariamente a quienes perpetran actos reñidos con nuestra Constitución Política, siendo así que para dichos casos la doctrina jurídica ha desarrollado extensamente la teoría de los actos procesales inexistentes y/o inejecutables, que son las categorías jurídicas, distintas a la simple nulidad, que comprenden a los actos jurisdiccionales violatorios de la Ley Fundamental, emitidos sin tener competencia o jurisdicción para ello, entre otras deficiencias que denotan la ausencia de uno o más de los presupuestos procesales que deben estar presentes para que una resolución jurisdiccional sea válida, eficaz u oponible, doctrina que ilustra el precepto contenido en el artículo 51º de la Constitución Política, relativo a la primacía de la Constitución sobre cualquier otra norma o acto jurídico en general.

- 14) Que, además de todo lo expuesto anteriormente, debo precisar que el requerimiento judicial de nuevo pronunciamiento, no ha reparado en que para realizar la convocatoria a referéndum reclamada, debió previamente definirse por el ente judicial ejecutor una serie de cuestiones derivadas del hecho atípico (además de antijurídico) de que la misma se origine en una sentencia del TC que, careciendo de competencia para revisar las resoluciones del JNE, no evaluó ni determinó cuestiones básicas como son las siguientes: **a)** Las implicancias legales de que existan dos fórmulas legales susceptibles de ser sometidas a referéndum, siendo una de ellas la fórmula legal originaria de la ANFPP, remitida al congreso de la República (Proyecto de Ley N° 864-2001-CR) y una segunda, semejante a la primera pero con mayor articulado y precisiones, que sustenta la sentencia emitida por el TC que se pretende ejecutar, presentada por la ANFPP en su demanda de amparo; **b)** Que no ha evaluado el impacto post convocatoria derivado del hecho de que las recomendaciones dadas al Poder Ejecutivo y al Congreso de la República para su implementación, no guardan estricta relación con ninguno de los textos de las fórmulas legales anteriormente mencionados. En efecto, se puede apreciar, por ejemplo, que las dos fórmulas propuestas por la ANFPP aluden a una devolución individual y para todos los que contribuyeron al



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

Fonavi, por citar sólo dos ejemplos, mientras que el TC en su última sentencia ya mencionada anteriormente, ha facultado expresamente al Poder Ejecutivo y al Congreso de la República ha promover devoluciones de carácter colectivo, señalando que el Fonavi no se trató de un fondo individual; mientras que, de otro lado, faculta a dichos Poderes del Estado a excluir de la lista de potenciales beneficiarios de la devolución, a quienes ya recibieron anteriormente, de forma directa o indirecta, algún tipo de beneficio de los recursos del Fonavi; **c)** Tampoco ha definido si el padrón electoral incluirá a todos los ciudadanos habilitados para votar o sólo a aquellos que podrían tener algún interés directo o indirecto en la norma propuesta por la ANFPP, pues por un lado puede señalarse que no tendrían legitimidad para votar aquellos que jamás participaron de la contribución al Fonavi, pues su votación podría orientar, sesgar o distorsionar el resultado incluso en forma contraria a los intereses de los que contribuyeron a dicho fondo; mientras que, de otro lado, podría sostenerse que deberían de votar todos los ciudadanos, por tratarse de una propuesta de norma que puede adquirir rango de ley, por lo que sus efectos económicos afectarán a toda la población, haya o no contribuido al Fonavi, dado que se pagaría con fondos públicos de todos los peruanos sólo a aquellos que puedan acreditar aportes a dicho fondo, siendo éstos una minoría, por lo aun aquellos que no recibirían beneficio alguno deberían votar al recaer sobre ellos también la carga económica de contribuir con sus impuestos y trabajo a la devolución pretendida; **d)** Tampoco se ha previsto que tratándose de ingentes fondos públicos los que serían para utilizados para la devolución propuesta, no se ha precisado que recursos públicos podrían ser afectados a dicho fin, ni en que plazos, siendo que esta ausencia de previsión o de precisiones podría gestar a futuro factores de convulsión social en caso que la demanda de recursos no pueda ser atendida por causas eventualmente no imputables al Estado o sólo pudiera serlo responsablemente en plazos que puedan ser cuestionados por los beneficiarios; entre otros aspectos no menos importantes que deben ser



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

definidos con claridad antes de realizarse alguna convocatoria de este tipo, si fuera el caso, para actuar de forma responsable.

- 15) Que, sin embargo, ante estas omisiones corresponde a este Pleno definir que estando al espíritu de las normas respectivas contenidas en la Ley N° 26300, lo que debe someterse a consulta popular es la aprobación del “Proyecto de Ley N° 864-2001-CR”, el mismo que fuera presentado con fecha 27 de setiembre de 2001 ante el Congreso de la República, como fluye de una cabal interpretación de lo dispuesto por el artículo 16° de la mencionada Ley; mientras que, en lo relativo al universo de votantes, considero que deberán serlo todos los ciudadanos hábiles en el ejercicio de sus derechos civiles, pues el eventual impacto económico presupuestal de la norma afectaría a toda la población nacional, aun cuando sólo un sector de la misma percibirá algún tipo de beneficio económico, más aún tratándose de un proyecto de norma que, de ser aprobada, tendría rango de Ley y por ende sería de alcance nacional.
- 16) Pese a las consideraciones precedentes y aun cuando sería absolutamente legítima y respaldada en la Constitución, una eventual resistencia del JNE a someterse a mandatos arbitrarios y plagados de indefiniciones como as antes mencionadas, debe ponderarse que ello podría provocar una grave crisis institucional y una situación de eventual enfrentamiento con instituciones como el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, responsables éstos últimos de una eventual convocatoria a Referéndum, lo que motiva necesariamente a tomar una decisión razonable, que trate de atenuar, en lo posible, el impacto que esta situación puede causar, pese al agravio a la Constitución derivado de las decisiones tomadas por el Tribunal Constitucional y el Juzgado de Ejecución.

II) PONDERACIÓN DEL PERJUICIO INSTITUCIONAL:

- 17) Por las consideraciones precedentes y no obstante las consideraciones jurídicas ya expresadas en las anteriores resoluciones emitidas por el Pleno



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

del Jurado Nacional de Elecciones en relación a este mismo caso, convicciones en las que me ratifico, debo manifestar que llegado a este punto debo merituar si la legítima resistencia ante la imposición de decisiones anticonstitucionales puede afectar a nuestra institución y a las otras involucrada en este tema.

- 18) Visto esto, considero que en puridad no puede hablarse de daño jurídico cuando lo que es materia de defensa es un conjunto de dispositivos constitucionales; sin embargo, la realidad que vivimos fuera del ámbito jurídico nos enfrenta al hecho cierto que las razones de fondo de tal resistencia legítima, por su complejidad jurídica, no son de fácil comprensión y hasta pueden ser confundidos, como ya lamentablemente viene sucediendo, con la obstinación e incluso hasta con actos reñidos con la Ley, siendo realmente todo lo contrario.
- 19) Lamentablemente, esta percepción errónea de los hechos y del derecho ha venido siendo sistemática e irresponsablemente alimentada por campañas mediáticas y discursos populistas que, finalmente, pueden conducir al paroxismo de una situación de conflicto y convulsión que conlleven, a su vez, a la apariencia de una situación de anomia, es decir, a aquella circunstancia donde la norma jurídica o no existe o es un simple convidado de piedra incapaz de brindar una solución a las controversias o situaciones de conflicto, lo que pueda afectar gravemente la institucionalidad del Jurado Nacional de Elecciones, aun cuando hayan sido el Tribunal Constitucional y el Juzgado de Ejecución los que hayan llevado realmente al límite una situación que pudiera haberse evitado si el mencionado Tribunal hubiera actuado con mayor responsabilidad, claridad y con arreglo a la Constitución, considerando que su decisión en un caso como este puede afectar directamente a toda la población del país.
- 20) Por ello, atendiendo al riesgo de afectación de la institucionalidad, a pesar de mis reservas de índole jurídico-moral, considero que por esta situación excepcional a la que hemos llegado por decisiones ajenas al Jurado Nacional



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

de Elecciones, debemos convocar a la consulta popular de referéndum requerida por el Juzgado de Ejecución y el Tribunal Constitucional.

- 21) Sin embargo, para la determinación de la fecha en que se desarrollará la consulta popular respectiva, debe considerarse que un acto de tal trascendencia implica el desarrollo de una serie de actos previos de complejidad en materia de logística, planificación y programación, además de considerarse la intervención de otros organismos electorales. En efecto, de conformidad al artículo 6 inciso d) de la Ley Orgánica de Elecciones N° 26859 el referéndum es un proceso electoral y, por ende, su realización requiere la planificación de un conjunto ordenado y secuencial de actos y actividades regulados por la Constitución, la propia Ley Orgánica de Elecciones, La Ley de los derechos de Participación y Control Ciudadanos, Ley N° 26300 y demás normas conexas, actos que son realizados por los organismos componentes de la Administración Electoral, con el objetivo de que los más de dieciséis millones de ciudadanos que conforman la población electoral puedan expresar su voluntad.
- 22) En tal sentido, dicho proceso se realiza en etapas, con el propósito de distinguir y diferenciar claramente la secuencia temporal de los diversos actos o actividades que lo integran, y fundamentalmente, garantizar el respeto de la voluntad popular, velando porque cada acto realizado por las autoridades electorales, y los ciudadanos se ajuste a los términos y plazos previstos. Todo ello requiere de un planeamiento adecuado, con un conjunto de etapas preclusivas como son elaboración del presupuesto y presentación al Poder Ejecutivo, entrega del presupuesto por parte del Poder Ejecutivo, elaboración del padrón electoral por el RENIEC, fiscalización y posterior aprobación del padrón electoral por el JNE, instalación de jurados electorales especiales a nivel nacional, capacitación a los miembros de mesa, educación electoral a los electores, inscripción de personeros y observadores electorales, entre otras etapas, las que además demandan el uso de ingentes recursos públicos, en este caso estimados en cerca de 150 millones de Nuevos Soles.



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

- 23) Todo lo expuesto, conlleva a la conclusión de que determinar una fecha para el acto electoral del referéndum implica desarrollar un cálculo prudente de plazos para asegurar el éxito del proceso electoral, siendo que la fecha sugerida por los solicitantes, que recomiendan que se desarrolle dicho acto para el mes de diciembre del año en curso, no sea adecuado, más aun si ya se encuentra en plena ejecución otro proceso electoral, como lo es el la revocatoria de autoridades ya previsto para el mismo mes.
- 24) En tal sentido, resulta pertinente aplicar los artículos 45° y 46° de la Ley de los derechos de Participación y control Ciudadanos, Ley N° 26300, los que conceden al JNE, como Suprema Autoridad Electoral, la prerrogativa y facultad de postergar y establecer la oportunidad más adecuada para la realización de este tipo de consulta, la que estimo que por razones técnicas no podría desarrollarse eficientemente sino luego del primer trimestre del año 2009, siendo que para fijar la fecha exacta se recomienda recabar la opinión técnica de la Dirección Nacional de Fiscalización del JNE.

III) DE LA DECISIÓN:

Por las consideraciones precedentes,

RESUELVE:

Primero.- Convocar a referéndum para someter a aprobación, el texto de la iniciativa legislativa de la Asociación Nacional de Fonavistas de los Pueblos del Perú, el mismo que fuera presentado con fecha 27 de setiembre de 2001 ante el Congreso de la República como el “Proyecto de Ley N° 864-2001-CR”, fijándose como fecha para la realización de dicho acto electoral el día cuatro de mayo de dos mil nueve.

Segundo: OFICIAR a la Oficina Nacional de Procesos Electorales – ONPE y al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC a efectos que tengan conocimiento de la presente resolución y procedan conforme a sus atribuciones.



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

Tercero: DISPONER que el Procurador Público del JNE ponga en conocimiento de la presente resolución a los órganos jurisdiccionales correspondientes; archivándose lo actuado; notificándose.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

S.S.

VELARDE URDANIVIA

FALCONÍ GÁLVEZ

Secretario General

LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO EN DISCORDIA DEL DOCTOR ENRIQUE JAVIER MENDOZA RAMÍREZ SON LOS SIGUIENTES:

La labor jurisdiccional debe encontrarse imbuida de los principios de imparcialidad y neutralidad siendo la regla fundante, entregar a la ciudadanía pronunciamientos ajustados a derecho desde cualquier óptica, sin que prime la presión política, la cantidad de personas involucradas en los procesos que son sometidos a su conocimiento o la publicidad y peso mediático que puedan ejercer ciertos grupos que activan la iniciativa ciudadana por motivaciones para fines particulares.

Consideramos inconstitucional y antitécnico que se legitime un referéndum por la vía electoral contrariando lo dispuesto por la Constitución, asimismo, nos toca señalar la autoconcesión de facultades que se otorga nuestro Tribunal Constitucional para intervenir sin real justificación en materia que no es de su competencia, pese a estar demostrado hasta la saciedad, tanto a nivel doctrinario y jurisprudencial, que en el caso de la demanda de la Asociación Nacional de Fonavistas de los Pueblos del



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

Perú no ha existido, por parte del Jurado, violación de derecho fundamental alguno que sirva de forzado pretexto.

Reafirmándonos en una posición principista y procurando mantener una elemental honestidad profesional en la defensa irrestricta de la Constitución y el ordenamiento jurídico de nuestra nación, suscribimos el presente voto atendiendo a los fundamentos fácticos y jurídicos que pasamos a exponer. Actuar de modo contrario, significa una dejación de responsabilidades hacia el país, la Constitución y el Estado Democrático de Derecho.

Pretensión Fonavista

La Asociación Nacional de Fonavistas de los Pueblos del Perú (ANFPP) ha solicitado al JNE que se someta a referéndum el proyecto de ley que dispone se apruebe la devolución, **a todos los trabajadores que contribuyeron al FONAVI**, del total actualizado de sus aportes que fueron descontados de sus remuneraciones, así como **los aportes de sus respectivos empleadores, el Estado y otros** con un valor debidamente actualizado. Para tal propósito, el citado proyecto de ley propone efectuar un proceso de Liquidación de Aportaciones y Derechos, conformándose una **cuenta Individual** por cada Fonavista, estableciéndose como modalidades de devolución: devoluciones en Viviendas de Interés Social, devoluciones de Terrenos Urbanizados de Interés Social, **devoluciones en efectivo**, devoluciones en bonos, devoluciones en **Compensaciones Tributarias** y devoluciones en Pagos Compensatorios de Deudas.

I.- POSICIÓN DEL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES

1.- Analizado el proyecto de ley fonavista y las diversas posiciones doctrinarias acerca de la procedencia o no del referéndum solicitado, el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones determinó su improcedencia por cuanto:



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

- La convocatoria se convertiría en inconstitucional por así prohibirlo el segundo párrafo del artículo 32° de la Constitución Política del Perú.
- Constituye un imposible jurídico que los antiguos miembros del Tribunal Constitucional (TC) se atribuyan la potestad constituyente, vía interpretación y empleando sugestiva doctrina, de modificar el contenido sustancial y expreso de la prohibición contenida en el artículo 32° *in fine* de la Constitución; modificación que sólo procede en la forma prevista en el artículo 206° de la Carta Magna.
- Implicaría además, cambiar la naturaleza de tributo de estas contribuciones, a través de una vía distinta a la legítima y que corresponde sólo al Congreso de la República.
- Permitiría el ingreso del Tribunal Constitucional como tercera instancia a través de procesos de amparos, en asuntos electorales, que están reservados a una entidad apolítica como lo es el JNE, así como produciendo el trastocamiento de principios y equilibrios constitucionales básicos, asumiendo competencias funcionales incluso del propio Congreso de la República y del Poder Ejecutivo, quebrantando el balance de poderes derivado de los límites a su ejercicio dispuesto por la propia Ley Fundamental.
- Tampoco cabe avalar la emergente figura de enriquecimiento indebido, que los demandantes pretenderían legitimar a través de la consulta que en caso de ser aprobada, no sólo cobrarían sus aportes sino también los aportes, sustancialmente mayores, efectuados por los empleadores y por el Estado.
- Constituiría un nefasto precedente para futuros casos que, alentados por este proceder, pretendan interponerse ante este Colegiado.

2.- El Jurado Nacional de Elecciones, en todos sus pronunciamientos, también ha dejado expresa constancia que aun cuando determinadas demandas sociales o peticiones de grupo no pueden constituir materia de referéndum por así prohibirlo la Constitución Política, ello no implica que las mismas no deban o puedan ser eventualmente materia de atención a través de mecanismos distintos, incluyendo la



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

atención del problema por parte de las autoridades u organismos competentes para encausarlos a través de otros canales incluyendo el diálogo y concertación, toda vez que **la vía jurisdiccional constitucional, no es la competente para autorizar la realización de acciones prohibidas por mandato de la propia Ley fundamental**, ni le permite dejar sin efecto resoluciones dictadas en instancia final y definitiva por los órganos especializados consagrados por la Constitución Política.

3.- En consecuencia, es importante relevar que **el JNE no ha analizado, ni le toca hacerlo, el destino o uso eficiente o no de los recursos captados a través de este tributo, tampoco ha meritado ni definido si la pretensión de devolución de aportes** promovida por la ANFPP es o no legítima, sino que se limita a señalar, que la vía del proceso electoral del referéndum no es idónea para dilucidar o discutir la misma¹.

4. En ese sentido, el JNE se pronunció mediante Resoluciones N° 1215-2006-JNE y 1278-2006-JNE, que declararon improcedente la solicitud de referéndum; resoluciones contra las cuales la ANFPP a través de diferentes personas interpuso diversos procesos de amparo, todos idénticos al mismo tiempo y ante varios juzgados, amparos que fueron rechazados liminarmente por el Poder Judicial en todas sus instancias, por lo que en vía de recurso extraordinario, se accedió al Tribunal Constitucional de diferente composición que el actual, donde se generaron los Expedientes N° 01078-2007-PA/TC y 03283-2007-PA/TC, en los cuales el TC se pronunció sobre el fondo de la causa, declarando fundada la demanda interpuesta por la ANFPP, argumentando que las sumas retenidas por concepto de FONAVI, entre los años 1979 y 1998, no constituyeron un tributo.

¹ El artículo 181° de la Constitución incluye dentro del ámbito de la jurisdicción electoral a cargo del JNE, al referéndum así como a los demás tipos de consultas populares, por lo que corresponde a este Supremo Tribunal Electoral la calificación respecto a si las normas que se someten a esta consulta se encuentran o no dentro de las materias permitidas o excluidas a que se refiere el artículo 32° de la Constitución. Ello en mérito a que el propio Constituyente – autor de las normas vinculadas al bloque de Constitucionalidad generado por la Constitución de 1993 – en el año 1995, como supremo intérprete de la Carta Política, señaló en el artículo 44° de la Ley 26300, que la “convocatoria a referéndum corresponde a la autoridad electoral.”



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

5. El precitado fallo no fue votado por unanimidad, sino que tres magistrados emitieron sus votos en discordia. Este fue el caso de los señores doctores Mesía Ramírez, Landa Arroyo, y Vergara Gotelli. Los dos primeros consideraron que la demanda era infundada, argumentando que el FONAVI sí constituía un tributo y que el propio TC efectivamente ya lo había así considerado en un fallo anterior (Exp. 001-1999-AI/TC); mientras que el tercer Magistrado, consideró que no procedía emitir pronunciamiento sobre el fondo del asunto, sino que en todo caso la causa debía regresar a primera instancia, para que se admita a trámite la demanda, salvaguardándose el derecho de defensa de las instituciones afectadas.

6. Con fecha 11.10.07, el Procurador Público del JNE formuló la nulidad de la precitada resolución, por diversos vicios de inconstitucionalidad, y mediante resolución de fecha 12 de octubre de 2007, notificada al JNE con fecha 29.10.07, se declaró infundada dicha solicitud de nulidad. En esta resolución que declaró infundada la nulidad deducida, también se presentaron votos divergentes; uno de ellos en discordia, el del Magistrado Vergara Gotelli, quien se pronunció por declarar fundada la nulidad deducida, haciendo una relación y análisis detallado de los múltiples y evidentes vicios procesales previos y concomitantes a la emisión del fallo en mención, los que dan cuenta de la afectación de derechos fundamentales la que incurre el propio TC al fallar de la forma en que lo hizo; y el otro fue un voto singular, correspondiente al Magistrado Calle Hayen, quien si bien no concuerda con el voto del Magistrado Vergara Gotelli en relativo a que debió declararse la nulidad, dejó constancia que su voto no implicaba adhesión al pronunciamiento sobre el fondo, al no estar éste en discusión.

II.- PROHIBICIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE SOMETER A REFERÉNDUM UNA NORMA DE CARÁCTER TRIBUTARIO Y PRESUPUESTAL.

7.- El sustento del presente voto no es otro que el respeto y cabal cumplimiento a lo dispuesto por el **artículo 32° de la Ley Fundamental, según el cual no pueden**



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

someterse a referéndum las normas de carácter tributario y presupuestal². Constituye esta restricción un límite constitucional expreso al derecho de participación ciudadana que se manifiesta, en la posibilidad de someter a referéndum la aprobación de normas con rango de ley, previsto en el inciso 2) de la misma norma. En atención a consideraciones de orden público, brindar seguridad jurídica al derecho fundamental y en parte importante, a la llamada “*constitución económica*”, que permite el financiamiento de la actividad pública y supervivencia del propio Estado.

8.- En cumplimiento de esta disposición y en actuación responsable y arreglada a derecho, el Jurado Nacional de Elecciones se pronunció mediante Resolución N° 1215-2006-JNE, del 07 de julio de 2006, **incidiendo solamente en los aspectos de índole tributario los mismos que determinaron la declaración de improcedencia de la solicitud de referéndum formulada por la ANFPP**; igualmente lo hizo la Resolución N° 1278-2006-JNE, de fecha 20.07.06, en la que se declaró improcedente el recurso extraordinario presentado contra la precitada Resolución;

¿Por qué afirmamos que el proyecto de ley fonavista también es de naturaleza presupuestal?

9.- Otra de las razones de índole constitucional que determina la improcedencia de la convocatoria a referéndum solicitada por la ANFPP, que fue recién evaluada y sustentada por el Pleno del JNE en su Resolución N° 260-2007-JNE³, es la incuestionable **naturaleza presupuestal de la iniciativa legislativa de la ANFPP, que no puede ser desconocida ni soslayada por el órgano jurisdiccional**

² El precepto constitucional que establece el mencionado campo de aplicación material del referéndum, ha sido también expresamente recogido en el artículo 40° de la Ley No. 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos; y en el artículo 126° de la Ley No. 26859, Ley Orgánica de Elecciones.

³ La Resolución N° 260-2007-JNE, donde se demostró la naturaleza también presupuestaria del proyecto de ley fonavista, mantiene plena vigencia y es de naturaleza eminentemente jurisdiccional, siendo por ello absolutamente errónea la tesis de los miembros del anterior Tribunal Constitucional contenida en su Resolución N° 5180-2007-PA/TC donde alude sin exponer fundamentos ni competencia para hacerlo, que se trata de una resolución administrativa supuestamente viciada de nulidad, alegación que no resiste el menor análisis.



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

electoral llamado a calificarlo, aspecto éste que configura otra de las restricciones al referéndum, previstas en el artículo 32° de la Constitución Política, cuya inaplicación no es facultativa.

10.- Es importante señalar que desde su creación en el año 1979 hasta su sustitución por un impuesto (Impuesto Extraordinario de Solidaridad – IES), ocurrido en el año 1998, la contribución al FONAVI ha sido materia de diversos tratamientos y precisiones, dictándose normas diversas con posterioridad y por lo menos hasta el año 2004, regulando el destino de los fondos respectivos, los que dan cuenta de su naturaleza no sólo tributaria, aspecto analizado en sendas resoluciones emitidas por el JNE, sino sobre todo de su naturaleza presupuestaria.

11.- A éste respecto, es importante resaltar que se define como Presupuesto Público al conjunto de ingresos y egresos de un Estado en un periodo determinado. En el rubro de los ingresos, debemos señalar que uno de ellos se encuentra constituido por los tributos (impuestos, tasas y contribuciones) como medio por excelencia de recaudación de recursos a fin de que el Estado pueda satisfacer las necesidades del grupo social.

12.- Los ingresos del Estado son los medios a partir de los cuales se pueden financiar los llamados Gastos Públicos. Estos ingresos, cuando llegan al Estado, son denominados Fondos Públicos, los mismos que no pueden ser tratados de manera discrecional por los Funcionarios públicos, sino que justamente por tratarse de bienes públicos, deben ser utilizados de manera responsable.⁴

13.- El sustento de este sistema único, universal e integrado de la Administración Financiera del Estado, proviene del artículo 77° de la Constitución Política, el cual dispone que la Administración económica y financiera del Estado se rige por el

⁴ Por su parte, la Administración Financiera del Sector Público comprende “el conjunto de normas, principios y procedimientos utilizados por los sistemas que lo conforman y, a través de ellos, por las entidades y organismos participantes en el proceso de planeamiento, captación, asignación, utilización, custodia, registro, control y evaluación de los fondos públicos”.



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

presupuesto que anualmente aprueba el Congreso en su conjunto como tal.

14.- En efecto, los recursos o fondos públicos, tienen carácter presupuestario no sólo por su inclusión en las leyes de presupuesto cambiantes año a año, sino por el hecho de que al tratarse de recursos o fondos de naturaleza pública, se someten a reglas específicas de uso y/o disposición, sometidas también al Sistema Nacional de Control, pues no son susceptibles de libre y arbitraria disposición.

15.- Asimismo y a tenor de los principios de justicia presupuestaria y de equilibrio financiero⁵, no se puede establecer a través de un referéndum un gasto público que implique impacto directo o sustancial en el sistema presupuestario, pues ello está reservado exclusivamente al Poder Legislativo⁶ o al Ejecutivo vía facultad delegada.

16.- Como consecuencia de lo expuesto, la obligación de devolución de un tributo sobreviniente a la consulta de referéndum necesariamente sería cubierta, inevitablemente, con fondos públicos. Es inevitable las conclusiones, el objeto de la mencionada consulta tiene, por su origen y su devolución, incidencia directa en el sistema presupuestario nacional y en la futura programación y ejecución de ser el caso.⁷

⁵ Ver Artículo 78° de la Constitución Política.

⁶ Es por la misma razón que el artículo 79° de la Constitución prohíbe la iniciativa de gasto público a los congresistas, para evitar el manejo político antes que técnico, del Sistema Presupuestario. Por ello, en concordancia con el mismo principio, el artículo 32° de la Constitución prohíbe someter a referéndum iniciativas legislativas que pueden alterar el Presupuesto General de la República en el entendido que por las mismas razones que tal iniciativa de gasto incluso es restringida a los congresistas, representantes del pueblo, por obvias razones se extiende la misma restricción a los ciudadanos. Insistimos que la causa es de índole técnico, pues el erario público no puede manejarse solamente desde la perspectiva de los intereses particulares ni desde los fueros políticos, ni jurisdiccionales, pues determinadas cuestiones y políticas de Estado constituyen situaciones no justiciables, por mandato expreso de la Ley Fundamental.

⁷ El propio TC en el Expediente N° 004-2004-CC/TC, precisa como uno de los fines de la actividad presupuestal, el prever los posibles efectos económicos y sociales de los programas de ingresos y gastos fiscales durante un ejercicio presupuestal.



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

El Fonavi siempre tuvo naturaleza presupuestal y sus recursos se incluyeron en los presupuestos anuales de la República.

En efecto, uno de los principales componentes del erario público y, por ende, del Presupuesto General de la República, deriva de los ingresos tributarios; siendo así, basta con que su digno Despacho observe el tenor del Decreto Legislativo N° 771, del 31.12.93, denominada “**Ley Marco del Sistema Tributario Nacional**”.

Esta norma hace un detalle de todos los tributos que se deben pagar en el país; es decir, detalla todos los tributos que generan al fisco, valga la redundancia, ingresos tributarios, los que obviamente forman parte del Presupuesto General de la República.

Dicha norma, en su artículo 2°, señala textualmente lo siguiente:

“Artículo 2.- **El Sistema Tributario Nacional se encuentra comprendido por:**

- I. El Código Tributario.
- II. Los Tributos siguientes:
 1. Para el Gobierno Central;
 - a) Impuesto a la Renta;
 - b) Impuesto General a las Ventas;
 - c) Impuesto Selectivo al Consumo;
 - d) Derechos Arancelarios;
 - e) Tasas por la prestación de servicios públicos, entre las cuales se consideran los derechos por tramitación de procedimientos administrativos; y,
 - f) El Nuevo Régimen Único Simplificado.
 2. Para los Gobiernos Locales: los establecidos de acuerdo a la Ley de Tributación Municipal; y
 3. Para otros fines:
 - a) Contribuciones de Seguridad Social, de ser el caso;
 - b) Contribución al Fondo Nacional de Vivienda -FONAVI;**



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

- c) Contribución al Servicio Nacional de Adiestramiento Técnico Industrial - SENATI.
- d) Contribución al Servicio Nacional de Capacitación para la Industria de la Construcción (SENCICO).

En consecuencia, quedan derogados todos los demás tributos, cualquiera sea su denominación y destino, diferentes a los expresamente señalados en este artículo. Los derechos correspondientes a la explotación de recursos naturales, concesiones u otros similares se rigen por las normas legales pertinentes. (...)"

Evidentemente, si la Ley Marco del Sistema Tributario Nacional, incluía al FONAVI como uno de los varios tributos que se debía pagar en el país, y siendo que todos los ingresos tributarios se incorporan en el Presupuesto General de la República, es absurdo pensar que los ingresos por concepto de FONAVI, nunca formaron parte de dicho presupuesto.

Para mayor abundamiento, si los recursos provenientes del Fonavi no hubieran formado parte del Presupuesto indicado, que sentido habría tenido el que recién se hubiera eliminado expresamente del mismo mediante la Séptima Disposición Final de La Ley N° 28128 - Ley de PRESUPUESTO del Sector Público para el Año Fiscal 2004. La respuesta es obvia: Por que si formaba parte del Presupuesto General de la República.

¿Por qué afirmamos que la Contribución al FONAVI es un tributo?

17.- El Tributo en su división clásica tripartita⁸, comprende las contribuciones cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales. En estos casos es indispensable que el Estado realice obras o actividades que redunden en beneficio de la persona obligada al pago, obras dirigidas directa e inmediatamente a satisfacer una necesidad pública

⁸ La cual ha tenido plasmación legislativa tanto en el Código Tributario de 1966, como en la Norma II del Título Preliminar del vigente Código Tributario.



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

y colectiva, pero cuya actuación favorece más a determinados sujetos, por lo que se constituyen en tributos debidos en razón de beneficios individuales o de grupos sociales identificables. Dichas características se encuentran en las contribuciones al FONAVI, conforme lo señalan la más calificada doctrina tanto nacional como extranjera (⁹).

18.- En efecto, la contribución al FONAVI fue creada por Decreto Ley N° 22591¹⁰ y fue exigible originalmente, tanto a trabajadores como empleadores; dispositivo que, en atención a modificaciones posteriores (Ley 26504 del 8 de junio de 1995), estableció como únicos sujetos pasivos del tributo, a los empleadores y, en su caso, a los profesionales independientes.

Respecto a los pagos al FONAVI a cargo de los empleadores, la doctrina ha sido rigurosa en resaltar su naturaleza tributaria pero como impuesto, desde que el empleador debía limitarse a pagar el monto que ordenaba la ley, sin poder exigir al Estado la realización de alguna contraprestación directa en su favor. En este caso no existe la menor conexión entre la hipótesis de incidencia descrita por el legislador y la actividad pública que se supone debiera beneficiar al empleador obligado, configurándose así esta obligación como un tributo no vinculado, esto es, un impuesto, toda vez que la obligación de pagarlo no daba lugar a una contraprestación estatal directa a favor de los empleadores, sino que incidiría en beneficio de los trabajadores. Así, en una u otra vertiente de la denominada contribución al FONAVI, nos encontramos siempre frente a un tributo. Aquí algunas razones:

1. Porque el Decreto Ley N° 22591 hace obligatoria esta CONTRIBUCIÓN. (Art. 1°, 2°).

⁹ Entre ellos, MEDRANO CORNEJO, Humberto. “Fonavi y Universidades: equivocada clasificación del tributo y errónea declinación de competencia del Tribunal Fiscal”. Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario N° 31, Diciembre 1996, pág. 11 y SS.; ZOLEZZI MÖLLER, Armando En: “QUEHACER”. Revista bimestral del Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo – DESCO. No. 106. Pág. 92. FAURA BERMUDEZ, Manuel, “La contribución al FONAVI y las universidades”, Revista Jurídica del Perú, Año XLIV, N° 1, 1992-1994, pp. 101.

¹⁰ El artículo 1° del citado Decreto Ley establece que el FONAVI fue creado “[...] con la finalidad de satisfacer en forma progresiva la necesidad de vivienda de los trabajadores en función de sus ingresos y del grado de desarrollo económico y social del país”.



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

2. Porque dicha CONTRIBUCIÓN OBLIGATORIA estaba destinada a CUMPLIR UN FIN DEL ESTADO (dar vivienda).
3. Porque ese Decreto Ley establece que para el tratamiento de la CONTRIBUCIÓN “serán de aplicación las normas del CÓDIGO TRIBUTARIO y demás disposiciones sobre la materia” (Art. 15°).
4. Porque existen precedentes del TRIBUNAL FISCAL, en los que reconoce la naturaleza tributaria del FONAVI
5. Porque el propio TC ha reconocido la naturaleza tributaria del FONAVI en su Sentencia 001 – 1999 – AI/TC.

19.- La naturaleza tributaria de esta obligación se establece en el artículo 2° del mismo Decreto Ley, denominando como “contribución” a aquellos aportes monetarios que los trabajadores y empleadores realizaban a este Fondo, siendo que la misma fue ratificada por el artículo 15° del mismo Decreto Ley, al establecer que, respecto del mismo, “serán de aplicación las normas del Código Tributario y demás disposiciones sobre la materia”.

20.- Los propios magistrados del TC Landa Arroyo y Mesía Ramírez en sus votos en discordia señalaron que el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado sobre dicho tema en la STC 001-1999-AI/TC (Fundamento Jurídico 4.1) en la que se cuestionó, entre otros aspectos, la sustitución del FONAVI por el Impuesto Extraordinario de Solidaridad (IES), precisándose al respecto que el FONAVI sí es un tributo y que la impugnación a la constitucionalidad del artículo 3° de la Ley 26969 no procede, por cuanto el Estado tiene la potestad de sustituir tributos por otros, siempre y cuando lo haga a través de una norma legal, tal como lo establece el artículo 74° de la Constitución Política del Perú, precedente que tiene la calidad de cosa juzgada y en el que el TC señaló:

“[s]iendo el FONAVI un tributo destinado a fines predeterminados, el Estado no sólo debió disponer que las recuperaciones que se deriven de la aplicación de las normas cuestionadas, así como la recaudación de los



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

montos pendientes de pago del mismo, constituirán recursos del Fondo MIVIVIENDA o del Banco de Materiales, sino, además, **debió establecer que el fondo del referido tributo**, que ya estaba en poder de la UTE-FONAVI al momento de la vigencia de las normas cuestionadas, también pase a formar parte del Fondo MIVIVIENDA o del Banco (...)"

21.- Resulta importante anotar que el **Tribunal Fiscal**, en reiteradas oportunidades, se ha avocado al conocimiento de reclamaciones vinculadas a los aportes al FONAVI, emitiendo las correspondientes resoluciones en las cuales admite de manera expresa, que dichos aportes constituyen un tributo¹¹. Podemos afirmar en consecuencia, que **si los aportes al FONAVI no hubieran constituido materia tributaria, entonces dicha Administración nunca hubiera podido avocarse al conocimiento de dichas reclamaciones**, máxime cuando el Código Tributario establece que le compete al Tribunal Fiscal conocer y resolver en última instancia administrativa las apelaciones contra las Resoluciones de la Administración Tributaria que resuelven reclamaciones que tengan relación directa con la determinación de la obligación tributaria (artículo 101º, inciso 1).

22.- La iniciativa legislativa presentada por la ANFPP, objeto de la solicitud de referéndum, **establece en el inciso 5) del artículo 7º como modalidad de devolución efectiva**, a ser desarrollada en la reglamentación de la Ley, **la compensación tributaria**¹². **¿No es acaso la compensación tributaria a que se**

¹¹ A saber, pueden revisarse, entre otras, las siguientes: RTF N° 134-1, de 4/2/94; N° 467-2-96, de 22/11/96; N° 2841-2-95, de 10/4/95 y N° 267-4-02, de 18/1/02.

¹² El artículo 7º de dicha iniciativa textualmente establece lo siguiente:

“Artículo 7º.- En la reglamentación de la Ley se determinara las modalidades de devolución efectiva, hasta por el total de los valores notificados en los Certificados de Devolución de Aportaciones y Derechos de Fonavista, estos serán:

1. Devoluciones en Viviendas de Interés Social
2. Devoluciones de Terrenos Urbanizados de Interés Social
3. Devoluciones en efectivo
4. Devoluciones en bonos
5. Devoluciones en Compensaciones Tributarias
6. Devoluciones en Pagos Compensatorios de Deudas.”



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

refiere la iniciativa fonavista, un tema que corresponde a la materia tributaria?

¿No es improcedente el referéndum sobre temas propios de la materia tributaria de acuerdo a lo prescrito por el artículo 32° de la Constitución?

El artículo 74° de la Constitución Política, que consagra el principio de legalidad y reserva de ley tributarios, así como la Norma IV del Título Preliminar del Código Tributario vigente señalan que sólo por Ley o por Decreto Legislativo, en caso de delegación de facultades legislativas señala que se puede, suprimir tributos, conceder exoneraciones y otros beneficios tributarios, así como normar formas de extinción de la obligación tributaria distintas a la establecida en dicho código¹³. A su vez, el artículo 40° de dicho Código desarrolla las formas de compensación total o parcial de los tributos, sanciones, intereses y otros conceptos, con lo cual queda claro que esta institución aplicada a los tributos, tiene eminentemente naturaleza tributaria y por **consiguiente una norma que establezca nuevos supuestos de compensación tributaria no puede ser sometida a referéndum**¹⁴.

¹³ La Norma IV del Título Preliminar del Código Tributario establece lo siguiente:

NORMA IV: PRINCIPIO DE LEGALIDAD - RESERVA DE LA LEY

Sólo por Ley o por Decreto Legislativo, en caso de delegación, se puede:

- a) Crear, modificar y suprimir tributos; señalar el hecho generador de la obligación tributaria, la base para su cálculo y la alícuota; el acreedor tributario; el deudor tributario y el agente de retención o percepción, sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 10;
- b) Conceder exoneraciones y otros beneficios tributarios;
- c) Normar los procedimientos jurisdiccionales, así como los administrativos en cuanto a derechos o garantías del deudor tributario;
- d) Definir las infracciones y establecer sanciones;
- e) Establecer privilegios, preferencias y garantías para la deuda tributaria; y,
- f) Normar formas de extinción de la obligación tributaria distintas a las establecidas en este Código.

Los Gobiernos Locales, mediante Ordenanza, pueden crear, modificar y suprimir sus contribuciones, arbitrios, derechos y licencias o exonerar de ellos, dentro de su jurisdicción y con los límites que señala la Ley.

Mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas se regula las tarifas arancelarias.

"Por Decreto Supremo refrendado por el Ministro del Sector competente y el Ministro de Economía y Finanzas, se fija la cuantía de las tasas."

"En los casos en que la Administración Tributaria se encuentra facultada para actuar discrecionalmente optará por la decisión administrativa que considere más conveniente para el interés público, dentro del marco que establece la ley."

¹⁴ Respecto a ello, el artículo 40° del Código Tributario señala lo siguiente:

"Artículo 40.- COMPENSACIÓN

La deuda tributaria podrá compensarse total o parcialmente con los créditos por tributos, sanciones, intereses y otros conceptos pagados en exceso o indebidamente, que correspondan a períodos no prescritos, que sean administrados por el mismo órgano administrador y cuya recaudación constituya ingreso de una misma entidad. A tal efecto, la compensación podrá realizarse en cualquiera de las siguientes formas:

1. Compensación automática, únicamente en los casos establecidos expresamente por ley.



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

23.- Sin perjuicio de la abundante producción doctrinaria en materia tributaria existente antes del tratamiento del caso Fonavi por el Jurado Nacional de Elecciones y por el propio Tribunal Constitucional, así como la emitida posteriormente con ocasión del mismo caso, donde los más reputados especialistas coinciden por unanimidad en que el Fonavi si se trata de un Tributo, no está demás señalar que entre estos importantes trabajos se encuentra el publicado en la Revista Jurídica del Perú, N° 1, Año XLIV, período 1992-1994, páginas 101 a 1033, donde el Dr. Manuel Faura Bermúdez, analizando el pago de la Contribución al Fonavi por las Universidades, concluye en que tratándose el mismo de una contribución, es decir, un tributo, no procedía su pago por dichas casas de estudio, por gozar ellas de inafectación tributaria.

En consecuencia, el carácter tributario de la obligación al FONAVI, de cargo de trabajadores y empleadores, viene dado no sólo por su propia naturaleza intrínseca sino también por expresa declaración del legislador y de la Administración Tributaria, en pleno reconocimiento de su carácter tributario; e incluso por el propio TC en una resolución emitida en una acción de inconstitucionalidad, cuyo criterio no ha sido de ninguna manera modificado validamente por los procesos de amparo que nos ocupa ahora.

III.- BALANCE Y EQUILIBRIO DE PODERES

24.- Que, constituye un principio básico del ejercicio de la administración de justicia,

2. Compensación de oficio por la Administración Tributaria:

a) Si durante una verificación y/o fiscalización determina una deuda tributaria pendiente de pago y la existencia de los créditos a que se refiere el presente artículo.

b) Si de acuerdo a la información que contienen los sistemas de la SUNAT sobre declaraciones y pagos se detecta un pago indebido o en exceso y existe deuda tributaria pendiente de pago.

La SUNAT señalará los supuestos en que opera la referida compensación.

En tales casos, la imputación se efectuará de conformidad con el artículo 31.

3. Compensación a solicitud de parte, la que deberá ser efectuada por la Administración Tributaria, previo cumplimiento de los requisitos, forma, oportunidad y condiciones que ésta señale. (...)



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

lo dispuesto en el **artículo 51° de la Ley Fundamental**, según el cual **la Constitución prevalece sobre toda norma legal**; primacía que irradia no sólo al ordenamiento jurídico sino también, en general, a la actuación de todo ciudadano y, con mayor razón, sin excepción alguna, a la de todos los poderes del Estado, organismos, funcionarios y servidores públicos, por lo que todos estamos obligados a cumplir, respetar y hacer cumplir las normas y principios contenidos en la Ley Fundamental, en el marco de sus respectivas competencias y atribuciones, adecuando su actuación a las disposiciones contenidas en la misma, lo que coadyuva a un verdadero balance de poderes y a sentar las bases de una sana convivencia social;

25.- A este propósito, la división de poderes constituye uno de los límites constitucionales más trascendentes; y se basa en el supuesto que no sea uno solo sino varios poderes los que, con independencia y control entre sí, gobiernen en el país sin que alguno de ellos pudiera tener un exceso que lleve más a un régimen autocrático antes que a uno democrático. La trasgresión a este principio supone un abuso de facultades, una demasía en el ejercicio funcional que desnaturaliza las normas limitativas previstas en la propia Ley Fundamental, llevando al colapso la estabilidad y seguridad jurídicas. Todo organismo tiene límites que no deben traspasar. Así lo dice nuestra Constitución. Decir lo contrario es digresión académica respetable pero no constitucional.

26.- El sistema clásico de la división de poderes, cuyo origen, según la doctrina, se remonta a la época de John Locke, ha sufrido variaciones a lo largo del tiempo, hasta llegar a convertirse en un sistema de control y balance de poderes, un “*Check and balance*”; en consecuencia, si el Tribunal Constitucional se erigiera en los hechos en un *supra* poder que soslaya las garantías institucionales, va más allá de sus funciones y/o competencias de intérprete delimitadas por las normas constitucionales y afecta el mencionado balance.

27.- La delimitación de las funciones de nuestro Tribunal Constitucional plasmada en



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

diversos dispositivos de la Constitución de 1993, también se encontraba claramente expresada en su anterior Ley Orgánica, Ley N° 26435. El artículo 22° de dicho cuerpo normativo, definía con precisión que dicho Tribunal, antes de resolver cualquier controversia, debía considerar la delimitación de competencias entre las distintas entidades públicas, lo que guardaba perfecta coherencia con el espíritu de las normas constitucionales.

28.- Sin embargo, aun cuando dichos límites se infieren de las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad, pareciera que el actual texto de la Ley Orgánica del TC, hubiera inducido en los hechos mediante abuso semántico, a una errada ausencia de limitaciones legales de función. Esta situación, lamentablemente, ha desencadenado en un intervencionismo so pretexto de control constitucional por parte de los miembros del anterior TC, respecto a otros órganos u organismos públicos autónomos y con competencias definidas, invadiendo fueros que la Ley Fundamental no le permite.

29.- Este tema ha sido materia de análisis en el IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional, desarrollado recientemente en la Ciudad de Arequipa, durante los días 18, 19 y 20 de setiembre de 2008. En este importante foro académico, el Constitucionalista mexicano, Dr. Jorge Carpizo, señaló que los Tribunales Constitucionales o los órganos que hacen sus veces, no están exentos de control, pues para conservar el equilibrio de poderes, entre los organismos constitucionales autónomos u otros, éstos deben sujetarse a las competencias y funciones que, de forma expresa, le confiere la Constitución Política.

En este orden, dicho maestro universitario señala que un Tribunal Constitucional, so pretexto de interpretar la Constitución, no puede modificarla, a menos que la propia Constitución le conceda expresamente dicha atribución; pues una facultad de tal naturaleza debe ser explícita, no implícita, caso contrario nos encontraríamos ante un supuesto donde un órgano esencialmente político, con la categoría de poder constituido primario y por ende con poderes limitados, se estaría poniendo por



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

encima del Poder Constituyente, es decir por encima de la soberanía del pueblo que ésta representa, lo que resulta inadmisibile, pues de hacerlo, estaría usurpando funciones inherentes al Poder Constituyente. Nos encontraríamos en estado de reforma constitucional permanente; afectando todo el sistema.

30.- Además, atribuirse facultades inherentes al Poder Constituyente, representa una facultad autoconcedida que no aparece en nuestro ordenamiento jurídico y supone exceder los límites al ejercicio del Poder impuestos por la Constitución. El argumento de que se ha actuado al amparo de la legalidad y en defensa de derechos democráticos no es real, pues en el caso que nos ocupa el Jurado Nacional de Elecciones no violó derecho fundamental alguno.

31.- En el marco de este equilibrio de poderes en los sistemas como el peruano donde conviven los sistemas de control constitucional difuso, a cargo de los organismos jurisdiccionales, y del control concentrado, a cargo del Tribunal Constitucional, resulta necesario destacar la opinión de SAGÜES¹⁵ que exhorta a éste último a actuar con elemental prudencia en el ejercicio de sus funciones, sin extralimitarse de las mismas, como ya hemos señalado anteriormente. Es así que este notable constitucionalista señala que en el derecho europeo hay dos principios que son útiles para lograr esta convivencia entre ambos sistemas de control constitucional: a) El principio de máxima conservación, según el cual el Tribunal Constitucional debe conservar las sentencias del Poder Judicial¹⁶ en caso de duda, si se apartan de los veredictos del propio Tribunal; y b) El Principio de Cortesía Constitucional, que aconseja que cuando el Tribunal Constitucional revisa una sentencia, sobre todo una sentencia de la Corte Suprema, debe actuar con mesura, tacto, educación, delicadeza, procurando no ofender al Poder Judicial y salvar el prestigio de éste último.

¹⁵ SAGÜES, Néstor Pedro, “Parámetros interpretativos constitucionales y el lugar del Tribunal Constitucional en el proceso normativo en Perú: Diez años después, en: *Revista Themis*, Lima, febrero de 2008, pp 21.

¹⁶ Aplicable también al JNE por cuanto ejerce jurisdicción en materia electoral.



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

En el caso que nos ocupa, los miembros del anterior Tribunal Constitucional, al evaluar el caso Fonavi, no sólo no ponderó debidamente los reales alcances y límites de sus competencias, sino que lejos de optar por la conservación de una decisión de la justicia electoral de competencia, emitida con arreglo a Ley y a los propios precedentes vinculantes del Tribunal, pretendió restar validez a las decisiones del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones

En la misma línea de pensamiento antes resaltada, Luis Castillo señala lo siguiente:

“Nuevamente hay que pedirle al mencionado Tribunal – a todos y cada uno de sus siete miembros- moderación en su actuación que suponga una verdadera autocontención en el ejercicio del poder; hay que sugerirle un autoconcepción no como “Señor de la Constitución” (Herren der Verfassung) sino como “Protector de la Constitución” (Hüter Der Verfassung); y en fin, recordarles que tan desechable por funesta es una infraconstitucionalización (Ünterkonstitutionalisierung) como una sobreconstitucionalización (Überkonstitutionalisierung) del ordenamiento jurídico, de modo que el justificado intento de constitucionalización ha de discurrir por las sendas de una adecuada constitucionalización (adäquate konstitutionalisierung) con base en el respeto de los márgenes de acción (Spielräume) tanto del Legislativo como del Judicial. Y ello no sólo porque así se evita innecesarias crispaciones jurídicas y políticas, sino porque de esa manera es más probable que el Tribunal Constitucional no incurra en excesos y extralimitaciones. Si ya es grave -por ejemplo- una extralimitación del Legislativo la cual siempre se podrá cuestionar ante el órgano judicial, cuanto más no lo será una del Tribunal Constitucional que siempre actúa o como instancia única o como instancia última sin posibilidad de reclamación posterior, al menos no en el derecho interno. Y es que no debe olvidarse que



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

aunque máximo supremo y guardián de la Constitución, el citado Tribunal no es un órgano infalible".¹⁷

Del mismo parecer es el jurista alemán HORST EHMKE¹⁸, quien concluye que la posibilidad de enmienda constitucional, en sentido técnico, recae sólo en el legislador y así es en el Perú.

Debemos dejar constancia de nuestro reconocimiento a la importante labor que corresponde desarrollar al Tribunal Constitucional en materia de organismo de control e interpretación de la Constitución, pero no podemos dejar de manifestar nuestra preocupación en relación a las consecuencias de los actos del anterior Tribunal, cuando el mismo se aparta de las competencias y funciones que le han sido asignadas expresamente por nuestra Constitución Política.

Carácter irrevisable de las resoluciones del JNE en materia electoral.
Incompetencia del Tribunal Constitucional para conocer el presente caso.

32.- El referéndum, de acuerdo al artículo 6° de la Ley N° 26859, Ley Orgánica de Elecciones, es un proceso electoral y, como tal, es materia electoral. El análisis sobre su procedencia o no, o su eventual convocatoria, ha sido encargado al fuero competente, es decir al fuero electoral que recae en un órgano apolítico, el JNE, con carácter exclusivo y excluyente, para brindar seguridad jurídica a los derechos políticos y garantizar la imparcialidad y neutralidad de las decisiones electorales.

33.- Es por ello que nuestro Sistema Jurídico le da plena autonomía e irrevisabilidad en sus resoluciones, prohíbe expresamente a la jurisdicción ordinaria y a otras el avocamiento a hechos jurídicos que deben conocerse en jurisdicción electoral. De

¹⁷ CASTILLO, Luis, "¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?", en: Palestra del Tribunal Constitucional N° 04, Lima, 2008, pp 189.

¹⁸ HORST EHMKE, "Principios de la Interpretación Constitucional", en Revista Themis, Lima, 2008, pp 9.



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

allí que dentro del cuadro de repartos funcionales efectuados por la Constitución y las leyes orgánicas (Constitución Material)¹⁹ que integran el bloque de constitucionalidad, se haya otorgado tal encargo al Jurado Nacional de Elecciones, dando a sus decisiones el carácter de definitivas e irrevisables.

34.- Los artículos 142^{o20} y 181^{o21} de la Constitución Política, han conferido al Jurado Nacional de Elecciones la calidad de **Supremo ente Jurisdiccional en materia electoral, de referéndum y otras consultas populares**, teniendo una composición apolítica, en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales; que las imparte con miembros cuya calidad corresponde a un vocal supremo; particular conformación que lo hace distinto a los tribunales administrativos, que en estricto no imparten justicia.

Así por ejemplo, en algunas ocasiones se ha pretendido cuestionar la irrevisabilidad de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones citando el caso Yatama, relativo a una decisión de carácter electoral de una Junta Electoral que llegó a ser materia de revisión por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica. Sin embargo, ese caso es distinto, pues en el país de origen Nicaragua, no existe como en el Perú un ente Jurisdiccional Electoral, su modelo es distinto, es un ente administrativo el que conoce dichas controversias.

Este modelo de solución administrativa de controversias electorales, supone un

¹⁹ OTTO de, Ignacio. “DERECHO CONSTITUCIONAL. Sistema de fuentes.” 7ma. Reimpresión, Editorial Ariel S.A. Barcelona, 1999. Pág. 17. Acota el autor que la Constitución en sentido material alude “al conjunto de normas cuyo objeto es la organización del Estado, los poderes de sus órganos, las relaciones de estos entre sí y sus relaciones con los ciudadanos; en pocas palabras, las normas que regulan la creación de normas por los órganos superiores del Estado (...).”

²⁰ **Artículo 142.-** Resoluciones no revisables por el Poder Judicial
No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces.

²¹ **Artículo 181.-** Resoluciones del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones
El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno.



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

colegiado conformado por representantes de los partidos políticos y no jueces supremos, y que además no tienen disposiciones constitucionales tan claras como las señaladas en nuestra Ley Fundamental.

No procede por tanto alguna analogía con el caso peruano, donde la exclusividad e irrevisabilidad del fuero jurisdiccional electoral es absolutamente clara y precisa en nuestro modelo constitucional, siendo nuestro ordenamiento constitucional y/o ordenamiento jurídico interno, un límite a la intervención de dicha Corte Internacional.

35.- Al igual que los otros organismos jurisdiccionales, como lo son el Poder Judicial y el Jurado Nacional de Elecciones, nuestro Tribunal Constitucional con todo respeto no está exento de control, ni es autárquico, pues está sujeto a la observancia y cumplimiento del marco constitucional previsto por nuestra norma fundamental, en general, y de las garantías del debido proceso, tal y como ha quedado claramente desarrollado en sus propias sentencias y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

36.- El anterior TC, al avocarse a asuntos no constitucionales mediante el uso y abuso de los múltiples e idénticos procesos de amparo promovidos por la ANFPP ante jueces de varios juzgados en el país, invade los fueros electorales y no constitucionales de un organismo constitucionalmente autónomo, ejerciendo funciones que son propias, exclusivas y excluyentes del JNE, y además contraviene lo dispuesto en los artículos 32°, 142° y 181° de la Constitución, el artículo 40° de la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos N° 26300 y el artículo 23° de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones, Ley N° 26486.

37.- Todo ello trastoca el orden y debilita la estabilidad y solidez del órgano que renueva a las autoridades mediante el recojo de la expresión individual del derecho político fundamental de votar en acto único a millones de ciudadanos.

En ese sentido, es preciso citar a Gros Espiell, quien señala que “*si la democracia es*



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

una forma de organización del Estado, fundada en el respeto de la dignidad y de los derechos inherentes de la persona humana, que implica un sistema de gobierno basado en consentimiento de la comunidad libremente expresado, es obvio que la expresión de este consentimiento debe estar controlada de modo tal, que sea poco menos que imposible toda reforma directa o indirecta de coacción, para que el pronunciamiento del Cuerpo Electoral sea la más pura manifestación de libertad.”

38.- El respeto de este principio de irrevisabilidad no es un argumento antojadizo del JNE, sino de estricto cumplimiento a las disposiciones constitucionales y legales como se detalla a continuación:

Antecedentes de la irrevisabilidad en la Constitución Histórica del Perú.

39.- Desde el año 1931 se creó una administración electoral autónoma e independiente de los clásicos poderes del Estado, para brindar mayor protección al proceso de determinación de la voluntad popular expresada en las urnas, liberándolo de toda interferencia política. Fue con tal propósito que nuestro ordenamiento jurídico otorgó a las decisiones electorales el atributo de su irrevisabilidad en fuero judicial o en cualquier otro distinto al electoral. Así, los artículos 142° y 181° de la actual Constitución, consagraron este precepto prohibiendo a todo organismo jurisdiccional revisar las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones.

40.- El tenor del artículo 142°, por sí mismo, evita que las controversias electorales puedan llegar al Tribunal Constitucional – TC, por cuanto impide que otro Poder o Tribunal se avoque a la materia electoral que está reservada por la propia Carta Política a la jurisdicción electoral del JNE ()²²()²³.

²² Sentencia recaída en el Expediente No. 007–2001–AI/TC. Asimismo, se puede consultar la Sentencia del Tribunal recaída en el Exp. No. 0047 – 2004 – AI, de fecha 24/04/06, fojas 32. También puede consultarse la sentencia del TC recaída en el Exp. 0004 – 2006 – AI del 20/03/06, fojas 12.

²³ Ver Sentencia recaída en el Exp. 0004 – 2006 – PI/TC del 29/03/06, que a fojas 8 y 10 queda claramente establecido que la función jurisdiccional del Estado (que alcanza al TC, al PJ y al JNE) es una sola y debe ser ejercida con todas las garantías procesales establecidas por la Constitución.



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

41.- El Constituyente advirtió que dado el origen político partidario del TC, no resultaba pertinente su incursión en materia electoral, pues ello afectaría la imparcialidad que corresponde al juez electoral, cuyo origen no es político. En efecto, la composición del JNE no tiene origen partidario, lo que significa mayor garantía de imparcialidad en la administración de justicia electoral ()²⁴, cuyas decisiones requieren estar libres de cualquier ánimo de generar lealtades a intereses partidarios en favor de organizaciones políticas creadas o en vías de creación. Por eso sus miembros tienen como requisito no pertenecer, ni haber pertenecido o postulado por una organización política.

42.- Desde el punto de vista doctrinario, el concepto de irrevisabilidad de las decisiones del JNE en materia electoral, también se sustentan en el denominado **bloque de constitucionalidad** que se desarrolla en la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones, Ley 26859, que al precisar las funciones confirma en el artículo 23°, dicha irrevisabilidad, ratificando el carácter de última instancia del Pleno del JNE, en materia electoral.

43.- Agréguese a ello, que la regulación de algunos derechos fundamentales de la persona como el derecho a “Elegir” o “Ser elegido”, constituyen parte de derechos que, según el artículo 106° de la Constitución, son reguladas por ley orgánica. Ambos derechos amparados en el artículo 2°, inciso 17) y 31° de Constitución, y son desarrollados también en la Ley Orgánica de Elecciones, Ley 26859. Esta norma en su artículo 36°, señala expresamente que las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones son irrevisables.

44.- Es claro, entonces, que en la legislación peruana existe un “Bloque de Constitucionalidad”²⁵, conformado por la Constitución y las Leyes Orgánicas. Cuando

²⁴ CABANELLAS, Guillermo. “DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL”. T. IV F – I. 25ª. Edición revisada, actualizada y ampliada por Luis Alcalá – Zamora y Castillo, Editorial Heliasta. Bs. As., 1997. Pág. 341

²⁵ En efecto, es importante recordar que la antigua Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley 26435,



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

una Ley contraviene dicho bloque, deviene en inconstitucional, lo mismo sucede con respecto de los fallos que contrarían este bloque.

45.- En otras realidades constitucionales como la española²⁶, italiana o colombiana²⁷, no existen normas expresas como las contenidas en los artículos 142° y 181° de nuestra Carta Política que otorgan definitividad y firmeza a las decisiones tomadas en sede electoral. Ello obedece a que en dichos países, la función electoral del Estado se realiza con la participación del Poder Legislativo (en el nombramiento de autoridades electorales), el Ministerio del Interior, los Gobiernos Locales, etc. Por ello, en estas realidades, distintas a la peruana, las decisiones electorales tienen carácter administrativo y requieren la intervención de la jurisdicción ordinaria o constitucional en su revisión. Tales peligros fueron desterrados del modelo peruano desde 1931 que estableció jurisdicción electoral para el JNE. **Adoptar, para el caso peruano, los modelos de los mencionados países, requeriría de una reforma constitucional**, la misma que no se ha producido, y que no resultaría aconsejable, dadas las razones anteriormente señaladas.

46.- Cada país construye su propia estructura y normatividad electorales, de acuerdo a su realidad. Así se observa que en el modelo francés, el Consejo de los Nueve ejerce la jurisdicción constitucional y electoral simultáneamente; mientras que en el modelo mexicano no se permite la acción de amparo contra las decisiones

promulgada el 10 de enero de 1995; y actualmente, derogada por la vigente Ley 28301, en su artículo 22°, respecto del Bloque de la Constitucionalidad, señalaba lo siguiente:

“Para apreciar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de las normas (...) el Tribunal considera, además de los preceptos constitucionales las leyes que dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos de Estado”.

²⁶ En España, existe organización electoral pero sus decisiones tienen naturaleza administrativa. Afirma Juan Carlos González Hernández (Derecho Electoral Español. Normas y Procedimiento. Tecnos, Madrid, 1996. Pág. 74), que la Junta Central Electoral es un órgano de derivación parlamentaria por cuanto son las Cortes Generales el órgano constitucional que la ampara y la auxilia.

²⁷ En Colombia, la administración de justicia electoral es prácticamente administrativa. Contra las resoluciones del Consejo Nacional Electoral cabe la acción contenciosa administrativa ante los Tribunales Administrativos y al Consejo de Estado. Ver Carlos Ariel Sánchez Torres, “Derecho Electoral Colombiano”. Editorial Legis, tercera edición, Bogotá, 2000. Pág. 264.



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

electorales ni contra las leyes electorales²⁸, a pesar de ser la nación que creó esta garantía constitucional.

47.- En armonía con la Convención Americana de Derechos Humanos, la protección de garantías fundamentales o afectaciones al debido proceso, existe en el Perú, con el recurso extraordinario implementado por el JNE, el mismo que compatibiliza la rigurosidad, celeridad y preclusividad de los actos electorales con las garantías fundamentales de la administración de justicia. Esta medida no compromete la autonomía de los organismos electorales ni la neutralidad e imparcialidad que requiere un proceso electoral para ser creíble y aceptado por la ciudadanía (principio constitutivo de eficacia del proceso²⁹); pero que se verían vulneradas si un órgano elegido políticamente hiciera las veces de juez electoral.

IV.- TRANSGRESIONES AL DEBIDO PROCESO EN EL PRONUNCIAMIENTO EN MAYORÍA DEL ANTERIOR PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EN LA EJECUCIÓN DEL FALLO POR EL JUZGADO DE EJECUCIÓN.

48.- No está demás resaltar algunas transgresiones al debido proceso³⁰ que se evidenciaron en los procesos de amparo seguidos contra el Jurado Nacional de Elecciones como aparece en los siguientes considerandos:

²⁸ Castellanos Hernández, Eduardo. "DERECHO ELECTORAL EN MÉXICO. Introducción General". Editorial Trillas. Primera reimpresión de la edición de 1999. México D. F., 2003. Págs. 200 – 2001. Existe en México el llamado amparo contra las leyes, que es una suerte de acción de inconstitucionalidad, la cual tampoco procede contra las normas electorales.

²⁹ Nohlen, Dieter. "SISTEMAS ELECTORALES Y PARTIDOS POLÍTICOS". Fondo de Cultura Económica, segunda edición revisada y aumentada. México D. F., 1998.

³⁰ El derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, no sólo tiene una dimensión, por así decirlo, "judicial", sino que se extiende también a sede "constitucional" y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha sostenido, se extiende también a:

"cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8° de la Convención Americana." (Caso denominado Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71).

Asimismo, al respecto, la Corte Interamericana señala:

"Si bien el artículo 8° de la Convención Americana se titula Garantías Judiciales, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

Los miembros del anterior TC han violado la calidad de COSA JUZGADA, que a través de su propio pronunciamiento tiene el TC respecto de la naturaleza tributaria de las contribuciones al FONAVI.

- 1. Estos cuatro miembros han modificado y/o contradecido su propio precedente.** En dicho precedente el TC concluyó que el FONAVI sí era un tributo, el mismo que ahora es desconocido y contradicho **sin contar con los 5 votos requeridos como mínimo para modificar un criterio jurisdiccional, conforme lo indica su propio reglamento normativo**³¹.

La existencia del precedente se confirma con el voto en discordia de los magistrados LANDA ARROYO y MESIA RAMÍREZ en las sentencias bajo comentario, que precisaban lo siguiente:

*“En ese sentido, es decisivo para la resolución de la presente demanda determinar la naturaleza jurídica de los aportes al Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI) para estimar o desestimar la demanda. En realidad, dicha determinación no es una cuestión que el Tribunal **Constitucional acometa por primera vez en el presente proceso constitucional, pues ya por sentencia anterior ha reconocido la naturaleza tributaria del FONAVI, de modo tal que es pertinente remitirnos a lo ya resuelto en***

del Estado que pueda afectar sus derechos.”(Párrafo 69). “(...) Cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas.” (Párrafo 71) [La Corte ha insistido en estos postulados en los Casos Baena Ricardo, del 2 de febrero de 2001 (Párrafos 124-127), e Ivcher Bronstein, del 6 de febrero de 2001 (Párrafo 105)]. Es clara, entonces, la violación al debido proceso incurrida por el TC al sostener las resoluciones cuestionadas, no sólo desde nuestra perspectiva, sino también a partir de los criterios de la propia Corte Interamericana, en cuyas resoluciones suele apoyar sus decisiones.

31 El artículo 13° del Reglamento en mención dice: “Los procesos referidos en el artículo 11°, iniciados ante las respectivas Salas de las Cortes Superiores, y todos los que, al ser resueltos, pueden establecer jurisprudencia constitucional o apartarse del precedente, deben ser vistos por el Pleno, a petición de cualquier de sus miembros. En tales casos se procede conforme al artículo 5° de la Ley N° 28301 – Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”. Por su parte, el artículo 5° en mención señala lo siguiente:

“Artículo 5.- Quórum

El quórum del Tribunal Constitucional es de cinco de sus miembros. El Tribunal, en Sala Plena, resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos, salvo para resolver la inadmisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, casos en los que se exigen cinco votos conformes”.



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

un proceso de inconstitucionalidad anterior”.

Agréguese que la sentencia fue pronunciada en un proceso de inconstitucionalidad cuyos efectos son *erga omnes*, y estos no pueden quedar sin efecto por una sentencia de efectos Inter partes como lo es, en términos generales, la decisión emanada de un proceso de amparo.

Del mismo modo, de los cuatro votos que suscriben el pretendido cambio de criterio, uno de ellos resulta realmente inválido, por haber sido emitido por un Magistrado que no estuvo presente en la vista de la causa, y que no se avocó al conocimiento de la misma, en ningún modo lo que atenta contra el debido proceso.

2. La decisión en mayoría del anterior TC no precisa los alcances de los efectos de su sentencia, pues obvia el análisis de otras cuestiones importantes en toda resolución, como lo es el determinar a quienes van dirigidos los efectos de la sentencia³². En efecto, al respecto se debe recordar que la contribución al FONAVI era un pago realizado tanto por el empleador como por el trabajador, lo cual motiva, desde la perspectiva del TC, que ambos se encuentren potencialmente en la capacidad de ser beneficiados con dicha devolución. Sin embargo, el proyecto de ley presentado por la ANFPP plantea que el íntegro de los aportes sea entregado sólo a los Fonavistas.

3. El anterior TC nunca debió emitir pronunciamiento alguno sobre el fondo del asunto y ha emitido una sentencia incongruente, actuando

³² En su conjunto, omite la aplicación del principio de previsión de consecuencias, que por mandato del artículo 45° de la Constitución Política ordena a todos los poderes públicos a actuar con las responsabilidades y limitaciones que la propia Constitución y las leyes establecen. Este principio sí ha sido aplicado por ejemplo en casos como el del conflicto de competencias entre el Banco Central de Reserva del Perú–BCR y la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones–SBS (Sentencia recaída en el EXP. N.° 0005-2005-CC/TC). Para efecto de la viabilidad y ejecución del fallo este análisis es fundamental.



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

más allá de lo solicitado por los propios peticionantes del Recurso Extraordinario³³, quienes solicitaron que el TC ordenase únicamente la admisión a trámite de la demanda de amparo, configurándose de esta manera en las resoluciones del TC un pronunciamiento *ultra petita*³⁴.

En efecto, pese a la improcedencia liminar declarada en las instancias judiciales precedentes, el TC ha conocido y resuelto sobre el fondo del proceso de amparo, obviando que legalmente sólo podía resolver sobre el fondo del asunto, apelando al principio de economía y celeridad procesal, cuando existiese precedente o pronunciamiento del Tribunal Constitucional en idéntico sentido al discutido en autos, lo que no sucede en el presente caso. Esto es en atención a la naturaleza de sus precedentes vinculantes, lo que no ocurrió en el presente caso.

Lo más grave es que la ANFPF nunca solicitó tal pronunciamiento sobre el fondo, por lo que las resoluciones del TC contienen un pronunciamiento *ultra petita*, pues fueron más allá de lo peticionado por la ANFPF, cuya pretensión impugnatoria se limitaba a solicitar que se ordenase la admisión a trámite de su demanda de amparo, no otra cosa distinta.⁽³⁵⁾

Incluso, ante esta situación, el TC pretendió generar veladamente, una especie de sentencia de tipo exhortativa³⁶, puesto que no sólo pretendió

³³ Sin embargo, peor aún, el Tribunal Constitucional no debió ni siquiera avocarse a una causa que se encontraba impedida de conocer por mandato expreso de la Constitución Política, cuyos artículos 142° y 181° constituyen un límite al fuero del TC, al conferirle al JNE la competencia jurisdiccional exclusiva y excluyente en materia electoral, de referéndum y de otras consultas populares, lo que posteriormente será materia de análisis más profundo.

³⁴ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto “LA NULIDAD PROCESAL (EN EL PROCESO CIVIL)”. Primera Edición. Gaceta Jurídica, Lima- 1999. Pág. 330 Nulidad por pronunciamiento sobre punto no controvertido “Las Instancias inferiores al haber resuelto indebidamente un punto no controvertido han incurrido en causal de nulidad prevista en el Artículo ciento setenta y uno del Código Adjetivo”

³⁵ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto “LA NULIDAD PROCESAL (EN EL PROCESO CIVIL)”. Primera Edición. Gaceta Jurídica, Lima- 1999. Pág. 330 Nulidad por pronunciamiento sobre punto no controvertido “Las Instancias inferiores al haber resuelto indebidamente un punto no controvertido han incurrido en causal de nulidad prevista en el Artículo ciento setenta y uno del Código Adjetivo”

³⁶ Son aquellas donde el órgano constitucional declara la incompatibilidad constitucional de una parte o de la totalidad de una ley o norma con rango de ley, pese a lo cual no dispone su inmediata expulsión del ordenamiento, sino que recomienda al Congreso su variación. VÉASE en: LANDA



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

modificar uno de sus precedentes (donde concluyó que el FONAVI sí era tributo), sin respetar su propio Reglamento Normativo, sino que, además, pretendió realmente introducir una modificación en el sistema jurídico como tal, al pretender convertir en revisable, lo que es irrevisable por mandato de la Ley Fundamental.

- 4. La interpretación efectuada por cuatro votos del anterior TC, respecto a que el FONAVI no tuvo carácter tributario, resulta insostenible; además, tampoco analiza la naturaleza presupuestal de la iniciativa legislativa de la ANFPP.-** Afectando claramente conceptos básicos, el TC señala que, en la norma de creación del FONAVI, no se habría respetado el principio de reserva de ley sin embargo, este aspecto ha sido refutado ampliamente en el ítem respectivo, donde se citan los textos expresos de la norma, que demuestran lo contrario. Asimismo, las resoluciones del TC tampoco han reparado en el carácter presupuestal del proyecto de norma presentado por la ANFPP, aspecto que no puede omitirse de análisis por ser parte fundamental de la prohibición dispuesta en el artículo 32° de la Constitución.

ARROYO. Cesar. Constitución y Fuentes del Derecho. Palestra Editores SAC. Primera Edición. Pág. 326.

En este orden de ideas, el Tribunal debió pronunciarse no sólo respecto de la naturaleza jurídica del FONAVI, según su Ley de creación, sino también a partir de sus modificatorias y de la Ley que supone la liquidación de sus montos (Véase Ley General del Presupuesto Público del año Fiscal 2004), entre otros aspectos normativos no analizados por el TC. Es importante destacar que las Sentencias del TC tienen, a efectos prácticos, poder derogatorio, pese a lo cual la extraña redacción y razonamiento plasmado en las resoluciones cuestionadas, que tienen un componente por lo menos modificatorio de la Constitución, por no decir derogatorio en los hechos, al hacer tabla rasa de las restricciones tributarias y presupuestarias del artículo 32° in fine de la Ley Fundamental, no hacen alusión a situaciones jurídicas como las siguientes: a) Que normas quedan derogadas (de así serlo); b) Consecuencias jurídicas y económicas del referido fallo; c) Pronunciamiento a partir de los precedentes dados por el mismo órgano; y, d) Dar trámite a la pretensión de la ANFPP, implica en los hechos, para los fines del pretendido reembolso de aportaciones, el revivir una norma fenecida (FONAVI), norma que ya no está vigente para el sistema jurídico peruano, según se puede apreciar de la Ley que dispone la derogación y eliminación del Impuesto del FONAVI por el Impuesto denominado de SOLIDARIDAD, entre otras limitaciones argumentativas en las resoluciones cuestionadas..



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

Así por ejemplo, si se atendiera la forma en que han analizado el denominado principio de legalidad, para hacerlo extensivo a otras situaciones análogas, podría conducir a resultados también equívocos, como justificar el mismo reclamo de devolución por parte de los empresarios aportantes al FONAVI, la devolución de la contribución a ESSALUD, reducción del IGV o impuesto a la renta, entre otras eventuales pretensiones semejantes.

5. Nulidad por defectuosa motivación del voto con mayoría del anterior

TC.- La aparente motivación basadas en sugestivas doctrinas interpretativas y un empleo semántico de las resoluciones del TC, no logra justificar la trasgresión a los límites constitucionales en su actuación funcional además que, lejos de apoyarse en precedentes de su propio ámbito o en los de un organismo especializado, como lo es el Tribunal Fiscal, los desconoce sin mayor análisis.

6. Violación del derecho al Juez natural.-

El órgano jurisdiccional, en virtud del ordenamiento jurídico vigente y preexistente al inicio del proceso que genera el presente análisis, tiene la función exclusiva y, a su vez, excluyente de dirigirlo desde su inicio hasta su conclusión. El llamado Juez Natural, en el presente caso, se encontraba conformado por el Pleno del Tribunal Constitucional ante el que se realizó la Vista de la causa el día 22 de junio del año 2007. Vista de la causa, en la cual se encontraba como Miembro el Magistrado Víctor García Toma y no el Magistrado Ricardo Beaumont Callirgos. En este tema es relevante destacar el voto en discordia del Magistrado Vergara Gotelli, en la resolución que resolvió una nulidad deducida por el JNE³⁷, en el cual se pueden apreciar argumentos que muestran su absoluto desacuerdo con los términos de la sentencia cuestionada, detallando varios de sus numerosos vicios de

³⁷ Los argumentos completos obran en la Resolución de fecha 29.10.07, del Exp. 01078-2007-PA/TC.



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

inconstitucionalidad.

En efecto, entre otros argumentos, el mencionado Magistrado señala que habiendo dejado de pertenecer el Magistrado García Toma al Tribunal Constitucional, ello lógicamente afectó la posibilidad que pudiera decidir el caso luego de producido su cese. No obstante, manteniéndose el quórum válido para decidir – siendo un proceso de amparo visto por el Pleno - el caso pudo ser resuelto con los votos de quienes quedaban, siendo allí que se incurrió también en vicios de nulidad absoluta.

Ello debido a que la incorporación del Juez Beaumont Callirgos para participar en la decisión cuestionada, debió motivar previamente cualquiera de las dos siguientes alternativas:

- a) La Citación a nueva Vista de la Causa con la presencia de todo el Pleno; o,
- b) Citación a las partes a una nueva Vista de la Causa, pero sólo en presencia de éste.

Sin embargo, en el caso analizado no se produjo un avocamiento válido del Juez Beaumont al caso concreto, violándose claramente el principio aludido. Más aún, como señala el propio Dr. Vergara Gotelli, ni siquiera hubo avocamiento.

A esto agrega que no existe tampoco evidencia alguna de que el nuevo Magistrado haya siquiera visualizado dicha vista anterior, aun cuando ello tampoco validaría tal violación al debido proceso.

7. Violación del derecho a ser oído. También se configura la violación al derecho de todo justiciable de presentar argumentos fácticos y jurídicos ante el Juez Natural que va a emitir sentencia (las partes del proceso tenían todo el derecho de que sus argumentos fueran oídos por el nuevo Juez, para que sean oídos y apreciados por éste para su mejor proceder. Su violación, a todas luces, quebranta el principio de Inmediación y al debido proceso reconocido en el inciso 3) del artículo 139° en la Constitución Política, en la Cláusula 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y en el



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Mencionadas estas normas, queda claro que ningún dispositivo de menor jerarquía, como es el Reglamento Normativo, la Ley Orgánica del TC ni el Código Procesal Constitucional, podía autorizar al Tribunal Constitucional a expedir una sentencia en cuya suscripción participe un juez constitucional que no intervino en la Vista de la causa correspondiente.

8. Se afectó el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de otros órganos del Estado.- Ni siquiera se permitió al Estado, a través de sus defensas –llámese procuradores públicos- de las dependencias directa, indirecta o con posibilidad de ser afectadas con los resultados del eventual fallo, a ejercer a plenitud su derecho de defensa con arreglo a la Constitución y a las leyes, por las razones ya anotadas. Pues no fueron debidamente emplazados al proceso, a fin de que puedan ejercer el derecho de defensa del órgano Estado peruano, afectado en sus diversos estamentos y por el importante impacto jurídico, económico y social derivado del mismo lo que el TC no cumplió con hacer valer, vulnerando el derecho de defensa y la tutela.

9. Asimismo, las multas y apercibimientos impuestas por el juzgado de ejecución no están previstos en las sentencias originarias del TC, por lo que son absolutamente nulas al vulnerar el mandato expreso del Art. 22° del Código Procesal Constitucional.

Cuando el artículo 22° del precitado Código Adjetivo alude a las medidas coercitivas que puede utilizar el A-quo en la ejecución de las sentencias, dispone textualmente que **“cualquiera de estas medidas coercitivas debe ser incorporada como apercibimiento en la sentencia”**.

Evidentemente, de la simple lectura de las sentencias emitidas por el TC en el caso FONAVI resulta que en ninguna de ellas se ha previsto medida coercitiva alguna, por lo que ninguna de las medidas coercitivas impuestas



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

en su oportunidad por el Juzgado de Ejecución, se sujetan al supuesto contemplado en la norma, siendo que las normas de naturaleza sancionatoria, como es conocido, no pueden ser aplicadas por analogía.

A ello se agrega un hecho aun más relevante; que aún si hubiesen sido previstas, lo que no ha sucedido, no habría sido válido aplicarlas, pues por las numerosas razones expuestas anteriormente, no cabe hablar de incumplimiento alguno por parte del JNE, más aún si lo esencial de la pretensión última de los demandantes, que era obtener una devolución, ya se viene ejecutando por el Poder Ejecutivo, siguiendo las pautas dadas para ello por el propio TC, como ya ha sido demostrado ampliamente.

V) EL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES ESTA OBLIGADO A HACER PREVALECER EL RESPETO DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES.

EL JNE TAMBIÉN EJERCE CONTROL CONSTITUCIONAL

Desnaturalización de las normas constitucionales que regulan la procedencia del referéndum.

49.- Constituye un precepto fundamental que **en vía de interpretación y auto-concediéndose una facultad que la Carta Magna no le otorga, no pueden dejarse sin efecto las normas constitucionales, ni modificarlas, siendo cualquier acto al respecto es írrito, configurando incluso un imposible jurídico.** La única forma de modificar la Constitución, es siguiendo el procedimiento dispuesto por ella misma en su artículo 206°.

50.- De ahí que es imperativo rescatar el principio de supremacía de la Constitución, previsto en el artículo 51° de nuestra Ley Fundamental, y que es el pilar y fundamento del denominado “control difuso”, que parte del reconocimiento de que nada ni nadie puede estar por encima de nuestra Constitución Política, por que ella



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

permite limitar los poderes instituidos por ella misma, evitando la arbitrariedad, la tiranía y el abuso del poder.

51.- Es por eso que, estando a dicha necesaria supremacía, que en el famoso caso “Marbury Vs Madison”, el no menos conocido Juez Marshall manifestó lo siguiente:

“(…) o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es Ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza³⁸”.

52.- Evidentemente que, como fluye de lo señalado por el Juez Marshall en su histórico fallo, **la Constitución realmente constituye un límite del poder, pues el poder no es omnímodo**. Por ello, sus actos y/o resoluciones jurisdiccionales no pueden constituir mecanismo válido para introducir modificaciones a la Constitución Política, como ya se ha señalado anteriormente.

53.- Es en ejercicio del control difuso previsto en los artículos 51° y 138° de la Constitución Política, que el Jurado Nacional de Elecciones como máximo ente jurisdiccional en materia electoral debe hacer prevalecer el respeto a la Constitución al haberse evidenciado además, vicios de inconstitucionalidad ampliamente desarrollados.

54.- El control difuso se recoge expresamente, también en el artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial³⁹, en el artículo VI del Título Preliminar del Código

³⁸ En: Lecturas sobre Temas Constitucionales 2. Comisión Andina de Juristas. Lima-Perú, 1988, p.105.

³⁹ **Artículo 14.- Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución.**

De conformidad con el Art. 236 de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

Procesal Constitucional⁴⁰ y el artículo 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴¹, por lo que su aplicación por parte de todo órgano jurisdiccional, resulta válida y exigible.

55.- Una judicatura no puede dejarse influenciado por el riesgo, siempre presente, de impopularidad de sus decisiones, en primer término, debe mensurar la concordancia a nivel constitucional, verificándose que la decisión no agrave la Ley Fundamental.

56.- Al respecto, el TC en sus fallos, como es el de fecha 18.11.05, emitido en el Expediente N° 00005-2005-CC/TC, en el conflicto competencial interpuesto por el BCR contra la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de

en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera. (*)

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.

En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular.

⁴⁰ **Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional.**

Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

⁴¹ **Artículo 4.-** Carácter vinculante de las decisiones judiciales. Principios de la administración de justicia.

Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala.

Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso.

Esta disposición no afecta el derecho de gracia.



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

Fondos de Pensiones, en el considerando 58° señala textualmente:

*“(…) Dicho de otro modo, como manifestación del principio de previsión de consecuencias – derivado del artículo 45° de la Constitución, que ordena a todos los poderes públicos a actuar con las responsabilidades que ella exige – **el artículo 11°3 del Código Procesal Constitucional ha establecido la posibilidad de que este Tribunal module los efectos de sus resoluciones, con la intención de que de ellas no derive una inconstitucionalidad mayor que aquella que pretende solucionarse**”.*⁴²

57.- Así por ejemplo, **por interpretaciones sugestivas alegando justicia y/o equidad de fácil aceptación popular, podrían aparecer también empleadores o ex empleadores reclamantes del mismo FONAVI; así como otros que reclamen la devolución de otras contribuciones, como las efectuadas al IPSS, hoy ESSALUD, podrían solicitar semejante devolución las empresas contribuyentes al SENATI, que podrían argüir que nunca percibieron algún beneficio derivado de dicho aporte o que sus aportes nunca se tradujeron en servicio alguno prestado en su favor**; o que el recibido tuvo un valor inferior a lo aportado; o que el eventualmente recibido tampoco compensa lo aportado, por citar sólo algunos casos hipotéticos.

VI.- RECTIFICACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

58.- Advertidas las consecuencias de las sentencias emitidas en los expedientes Nos 01078-2007-PA/TC y 03283-2007-PA/TC **el nuevo Pleno del TC, emitió un tercer**

⁴² En este mismo orden de ideas, consideramos importante citar también al considerando 59 del mismo fallo del TC antes mencionado, donde también, en relación a dicho principio, se señala que:

*“La función pacificadora de la jurisdicción constitucional obliga a ésta a comprender que nunca la pretendida corrección técnico-jurídica de una sentencia es capaz de legitimarla constitucionalmente, si de ella deriva la inseguridad, la incertidumbre y el caos social. De ahí que **sea deber, y no mera facultad del Tribunal Constitucional, ponderar las consecuencias de sus resoluciones, de modo tal que, sin perjuicio de aplicar la técnica y la metodología interpretativa que resulte conveniente a la litis planteada, logre verdaderamente pacificar la relación entre las partes, y contribuir a la certidumbre jurídico-constitucional e institucional de la sociedad toda**”.*



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

pronunciamiento en el expediente N° 5180-2007-PA/TC distinto al emitido en los citados procesos tratando de dar viabilidad a sus resoluciones.

59.- A pesar que no es admisible permitir la invasión en asuntos electorales del TC, no podemos dejar de señalar que este último pronunciamiento coincide con el JNE al precisar que el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo pueden adoptar las medidas tendentes a solucionar el pedido de la ANFPP, invocando por ejemplo al Poder Ejecutivo a nombrar una Comisión que, entre otras funciones, de acuerdo a lo expuesto, determine el número real de contribuyentes al Fonavi, quienes total o parcialmente, se beneficiaron con el FONAVI.

60.- El TC precisa asimismo, morigerando lo que había determinado en los primigenios procesos, determinó lo siguiente:

- **Que serán beneficiados quienes no hayan satisfecho su legítima expectativa de vivienda**, pudiendo deducirse del monto aportado, los programas ejecutados por el Estado con cargo al Fondo.
- Que el FONAVI no se consideró un aporte a un fondo individual, por lo que, de ser el caso, **los mecanismos para la devolución puedan tener un carácter colectivo;**
- Que, debe distinguirse además entre aquellas personas que no tuvieron la posibilidad de acceder a ningún beneficio proveniente del FONAVI, de aquellos otros que, entre otros supuestos, hubieran accedido parcial o totalmente a dicho Fondo o a aquellos que, dadas las circunstancias, hubieran concretado su derecho a la vivienda digna. En estos casos, **el Estado tiene la posibilidad de excluir a los supuestos “beneficiarios”, o de deducir no sólo el importe de construcción de la vivienda ya efectuada, sino también de los servicios públicos indisolublemente vinculados a la satisfacción de esta necesidad, como saneamiento y titulación, electrificación, instalación de agua y desagüe, pistas y veredas.**
- Que, el Decreto Ley N° 22591 creó, en su artículo 1º, el Fondo Nacional de



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

Vivienda (FONAVI) para satisfacer en forma progresiva las necesidades de vivienda de los trabajadores y en ningún caso de sus empleadores, quienes contribuían con dicho fondo en forma obligatoria en virtud de lo dispuesto por el literal c) del artículo 2º del Decreto Supremo Extraordinario N° 043-PCM-93, el mismo que fue dejado sin efecto a partir del 1-01-1993, por el artículo 3º del Decreto Ley N° 25981.

61.- Con este tercer pronunciamiento el TC modifica sustancialmente sus pronunciamientos anteriores, pero además confirma que es inviable e inconducente la convocatoria a referéndum en los términos solicitados por los demandantes, pues “modifica” y “rectifica” el proyecto de ley (que es el que se somete a consulta) de 13 artículos presentados por los dirigentes Fonavistas. Otra medida prohibida por el artículo 41º de la Ley de los Derechos de Participación y Control ciudadanos, N° 26300.

En este punto es importante agregar que en sus numerosos procesos de amparo idénticos interpuestos en la indebida modalidad conocida como “ruleteo” por los dirigentes Fonavistas a nivel nacional, estos ya no presentan su proyecto originario, sino uno de 15 artículos, donde introducen modificaciones y/o precisiones a su proyecto original, sin haber dilucidado el TC cual de éstos dos proyectos debiera ser considerado para los fines de la realización del inconstitucional referéndum reclamado, si fuera el caso.

Es decir, el Tribunal no ha justificado el como se validaría la ejecución de los resultados de un referéndum respecto de dos textos normativos, más aún si faculta a que los términos de los mismos puedan ser modificados con sus recomendaciones, por el Poder Ejecutivo.

Tampoco justifica ni señala quienes votarían o el porque lo haría toda la población, si los beneficiados serían sólo un grupo en relación a toda la población electoral, aun cuando esto pudiera definirse por el hecho de que el pago a este grupo sería financiado por todos aquellos que no percibirán beneficio alguno.



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

En consecuencia, por sí solas, estas precisiones también hacen inviable un referéndum.

62.- No está demás destacar **las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo, ha emitido el Decreto Supremo N° 027-2008-PCM**, publicado en el diario Oficial el 08 de abril del presente año, que promueve la solución a la problemática fonavista, conformando la Comisión que determinará los montos del fondo y sus posibles beneficiarios; norma a la que se suma la **RM N° 126-2008-PCM**, del 19.04.08, **por la cual la PCM designa una Comisión que actualmente está empadronando a los aportantes a dicho fondo y determinando los posibles beneficiarios de la eventual devolución.**

Asimismo, se emitió el **D. S. 065-2008-PCM**, publicado el 23 de setiembre del 2008, que amplía las funciones de la Comisión Multisectorial creada por el citado precedentemente, encargándosele efectuar la determinación de los montos a ser devueltos a favor de los aportantes al FONAVI, pudiendo efectuarse la devolución en bonos, materiales de construcción o programas sociales de vivienda a favor de los que no hayan satisfecho su expectativa de vivienda.

63.- Encontrándose en vía una solución a este problema social sin la inconstitucional convocatoria a referéndum solicitada, y con ello evitándose un cuantioso gasto al Estado en un proceso de referéndum a todas luces resultan inconstitucionales los actos de ejecución judicial reclamados ante el 7° Juzgado Civil de Lima y 9° Juzgado Civil de Chiclayo, que vienen tramitándose indebidamente de forma separada para tratar lo mismo, también adolecen de vicios de nulidad insubsanables, señalados en este voto y en los anteriores del Jurado Nacional de Elecciones.

Dichos juzgados, adicionalmente a los vicios de la resolución del TC, **no integran debidamente los fallos originarios con lo dispuesto por el propio Tribunal en su fallo 5180-2007-PA/TC, cuyas recomendaciones, por obvias razones expuestas incluso por sus integrantes, obligan al juez de ejecución a evaluar el cumplimiento de las pautas previstas en dicha resolución, que permiten, a criterio del**



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

Tribunal, la intervención del Poder Ejecutivo, lo que ya se produjo, como los propios Presidente y Ex Presidente de dicho ente han señalado públicamente.

El TC posteriormente advirtió que sus sentencias originarias no habían reparado en momento alguno que el pago de la contribución al Fonavi por parte de los trabajadores no genera un derecho particular específico, sino que sólo concedía la facultad de participar en un sorteo para adquirir un inmueble construido con dicho aporte solidario, no siendo un fondo individual, de allí las enmiendas a las erróneas decisiones originales.

Lamentablemente, las graves imperfecciones de carácter sustantivo y procesal contenidas en una decisión no han efectuado de modo contundente, sino que deja a la imaginación del Juez ejecutor descifrar lo que quiso decir con esta decisión, que introduce recomendaciones en una decisión inhibitoria y sin precisar expresamente su carácter vinculante.

Actualmente, la Octava Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima está próxima a resolver un recurso de apelación interpuesto por la Procuraduría Pública del Jurado Nacional de Elecciones, hechos que han motivado que el Juzgado de Ejecución se venga absteniendo de seguir requiriendo a este Colegiado la emisión de una nueva decisión, en actitud responsable dada la magnitud de los hechos e implicancias jurídico, económicas y sociales de las resoluciones a ser emitidas, lo que aconseja prudencia y responsabilidad en la emisión de la presente Resolución.

Dado que el colegiado por mayoría ha decidido emitir el mismo pese a lo anteriormente expuesto, no podemos abstenernos de emitir nuestro voto responsable.



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

VII.- PRECISIONES FINALES

64.- El Jurado Nacional de Elecciones puede y debe hacer prevalecer de modo respetuoso en las formas, pero inflexible en el fondo, que la Constitución le confiere competencia exclusiva para pronunciarse en última instancia en materia de referéndum, rechazando toda intromisión en sus fueros; caso contrario se trastoca el orden Constitucional.

65.- El contenido y formas de devolución de los aportes previstos en el proyecto de norma de la ANFPP, denotan que las mismas no podrían ejecutarse sin que ello incida en el Presupuesto Nacional de la República, por requerir la afectación de fondos públicos.

66.- El mencionado análisis presupuestal, no ha sido en ningún momento efectuado por el anterior TC; omitiendo realizar una aplicación integral del artículo 32° de la Constitución Política, aspecto que junto con el tributario resulta en este caso esencial y determinante para evaluar la procedencia de la solicitud de referéndum.

67.- Por razones de índole estrictamente constitucional, consideramos que la vía idónea para resolver el pedido de la ANFPP, no es el proceso electoral de referéndum, porque la iniciativa legislativa contiene dos supuestos prohibidos por el artículo 32° de la Ley Fundamental: el carácter presupuestal y también tributario.

68.- Resulta peligroso para el Estado de Derecho, el que importantes órganos jurisdiccionales se auto concedan facultad para emitir resoluciones contrarias al texto expreso y claro de normas constitucionales y legales, desnaturalizando instituciones y conceptos jurídicos; además de incumplir la Ley Fundamental en cuanto ordena la debida motivación de las resoluciones jurisdiccionales.

69.- Es necesario solicitar a los poderes del Estado, la atención preferente de la problemática subyacente, en aras de lograr la paz social en justicia, derecho



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

fundamental de todo justiciable, lo que demanda la toma de decisiones creativas y oportunas, **pero sin el quebrantamiento del ordenamiento jurídico.**

Por estas consideraciones, nuestro voto de conformidad con lo dispuesto por los artículos 32°, 45°, 46°, 51°, 139° incisos 2), 3), 5), 142°, 178° y 181° de la Constitución Política; 126° de la Ley Orgánica de Elecciones N° 26859 y artículos 40° y 44° de la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, Ley N° 26300; es por:

Primero: Emitir nuevo pronunciamiento de conformidad con el artículo 32.2 de la Constitución Política debidamente concordado con el último párrafo de la misma norma; y en consecuencia declarar que el proyecto de texto legal de 13 artículos presentado por la ANFPP, es de manifiesto contenido presupuestario, extremo sobre el cual no ha habido pronunciamiento, pero que conforme al citado artículo 32 *in fine* también determina jurídicamente la improcedencia del referéndum, como vía legal idónea para canalizar la pretensión de los peticionantes; que además en concordancia a lo que determinó el mismo Tribunal Constitucional en la Acción de Inconstitucionalidad N° STC 001-1999-AI/TC en la que se pronunció por la naturaleza de estas contribuciones, el aporte también es de naturaleza tributaria.

Segundo: Que los procesos judiciales tienen por objeto resolver conflictos, por tanto las medidas tendentes a solucionar directamente el reclamo de la ANFPP como es el empadronamiento a los posibles beneficiarios y la determinación de los fondos existentes, con lo cual habría un proceso de devolución, este hecho significa un principio de solución del problema social en vía distinta a la electoral que no le corresponde.

Tercero: Dejar a salvo el derecho de los peticionantes, para que lo hagan valer con arreglo a Ley, en las vías judiciales que resulten pertinentes y que se vienen



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 331 – 2008 – JNE

conformando; teniendo en cuenta que el proceso electoral de referéndum es una vía prohibida por la Constitución para canalizar este tipo de pretensiones.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

S.S.

MENDOZA RAMIREZ

FALCONÍ GÁLVEZ

Secretario General