

## LA DEFENSA DE LA LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1979

Carlos Augusto PARODI REMÓN \*

SUMARIO: I. *Primeras palabras.* II. *Institutos constitucionales.* 1. *Acción de inconstitucionalidad.* 2. *La acción popular.* 3. *Acciones de garantía.* 4. *Protección de las garantías en vía de excepción.* 5. *Acción contencioso-administrativa.* III. *Conclusiones.*

### I. PRIMERAS PALABRAS

Cuando se me honró con la invitación cursada por las autoridades del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México para participar en el libro *Homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, en sus 30 años como investigador de dicho Instituto, se sugirió con propiedad y con acierto que los aportes incidieran en alguna de las tres ramas del saber jurídico cultivadas por nuestro homenajeado, a saber: el derecho comparado, el derecho constitucional y el derecho procesal.

Reflexionando sobre ese punto, hemos pensado que un trabajo sobre "La defensa de la legalidad en la Constitución Política del Perú de 1979", con la referencia a la legislación pertinente convenientemente actualizada, podría responder a tal planteamiento en todos sus aspectos, pues el comentario a una novísima Constitución importa sin duda, y aun sin pretenderlo expresamente, un examen comparativo con otras cartas fundamentales, así como la meditación sobre los institutos esenciales que tal Constitución contiene, examen y meditación que necesariamente conllevan el pensamiento constante del derecho procesal, el mismo que en una u otra forma tiñe el conocimiento de todas las ramas jurídicas, y más en el presente caso recordando la bella concepción, tan bien expuesta por Couture, de que son los institutos procesales los que consagran "la realización efectiva de las garantías de justicia, de paz, de seguridad, de orden, de libertad, consignadas en la Consti-

\* Catedrático principal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad de San Martín de Porres.

tución.”<sup>1</sup> Es decir, que mediante el derecho procesal cobra vida real la Constitución.

Tan profundo principio no sólo está confirmando la íntima relación entre ambas ramas jurídicas, demostrada por lo demás por el propio Fix-Zamudio,<sup>2</sup> sino confiere al ciudadano común y corriente cierta sensación de amparo que sólo el derecho puede proporcionar.

Participamos, pues, en este merecido homenaje al distinguido jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio, con la convicción de que “la defensa de la legalidad” puede constituir una de las expresiones de toda una vida, como la de Fix-Zamudio, por la validez del derecho como base esencial en la convivencia civilizada de los hombres.

## II. INSTITUTOS CONSTITUCIONALES

La nueva Constitución Política del Perú promulgada el 12 de julio de 1979 y vigente en su totalidad desde el 28 de julio de 1980, prevé los siguientes institutos legales para la protección y defensa de las garantías y derechos de los ciudadanos:

1º La acción de inconstitucionalidad de las leyes y otras normas ante el Tribunal de Garantías Constitucionales.

2º La acción popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones de carácter general que expida el Poder Ejecutivo y otras entidades, por infracción de la Constitución o de la ley.

3º Las acciones de garantía, *habeas corpus* y amparo, ante el Poder Judicial, con posibilidad de recurrir en casación ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, cuando se trate de resoluciones denegatorias de tales acciones.

4º La protección de los derechos y garantías en vía de excepción conforme a los artículos 87º y 236º de la carta magna.

5º La acción contencioso-administrativa ante el Poder Judicial, en el caso de resoluciones que afecten derechos particulares.

### 1. Acción de inconstitucionalidad

Prevista en el inciso 1, del artículo 298º de la Constitución, esta acción debe interponerse ante el Tribunal de Garantías Constitucionales.

<sup>1</sup> Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 59.

<sup>2</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso*, Informe a las IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Madrid, junio de 1985.

## DEFENSA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1979 565

les, y tiene por objeto que éste declare "la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo".

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 303 de la Constitución, se ha expedido la Ley N° 23385, promulgada el 19 de mayo de 1982, que aprueba la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales y que en su artículo 1° define a éste como "órgano de control de la Constitución", teniendo la característica de permanente, en lo que se diferencia de otros organismos similares, como la Corte de Constitucionalidad de Guatemala "que se integra en cada ocasión en que se hace valer la acción de inconstitucionalidad".<sup>3</sup>

De acuerdo con el artículo 299 de la Constitución y el 24 de la Ley 23385, gozan de legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad: el presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia, el fiscal de la Nación, sesenta diputados, veinte senadores y cincuenta mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. La limitación de la legitimación a los casos señalados atiende sin duda la naturaleza de la acción que se interpone, así como su carácter de excepcional, puesto que debe presumirse que la legislación siempre se adecua a la Constitución y que sólo excepcionalmente se expide alguna norma que la contravenga "por la forma o por el fondo", como reza textualmente la parte pertinente del inciso 1 del artículo 298 de la Constitución del Perú.

En cuanto al trascendente aspecto de los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad, el régimen varía según se trate de leyes, decretos legislativos, normas regionales u ordenanzas municipales. Conforme al artículo 35 de la Ley 23385, el Tribunal comunica al Presidente del Congreso la sentencia de inconstitucionalidad cuando se trata de leyes o decretos legislativos y el Congreso, por el mérito del fallo, aprueba una ley que derogue la norma anticonstitucional, entendiéndose derogada si transcurridos 45 días no se promulga la norma derogatoria. Por el contrario, si se trata de normas regionales o municipales, y tal como lo dispone el artículo 36 de la misma ley, basta la publicación de la sentencia en el *Diario Oficial*, surtiendo efectos desde el día siguiente de tal publicación.

Esta solución tiene su importancia, incluso de interpretación jurídica, pues de conformidad con el primer párrafo del artículo 301 de la Cons-

<sup>3</sup> Héctor, Fix-Zamudio, "Los tribunales constitucionales en América", en *Revista Jurídica del Perú*, año XXXIII, núm. 1, enero-marzo de 1982. Lampa 1115 Of, 203, Lima, Perú, p. 7, punto núm. 7.

titución política: “El Tribunal comunica al Presidente del Congreso la sentencia de inconstitucionalidad de normas emanadas del Poder Legislativo.” Lo interesante se da en el caso de los decretos legislativos previstos en el artículo 188 de la Constitución, los mismos que son expresión de la “Legislación delegada” y que, si bien “están sometidos en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley”, son en realidad normas no emanadas del Poder Legislativo, pues quien las expide es el Poder Ejecutivo, si bien autorizado expresamente por aquél, entendiéndose que ha prevalecido la circunstancia de la autorización del Poder Legislativo, las limitaciones de la delegación en cuanto a las materias y el término y las exigencias similares a las que de las leyes para su validez, para determinar su inclusión en el artículo 35 de la Ley 23385 (artículo 301 de la Constitución) y no en el artículo 36 de la Ley (artículo 302 de la Constitución).

Finalmente, cabe destacar que la sede del Tribunal no se encuentra en la capital, sino en la ciudad de Arequipa, con la posibilidad de sesionar en cualquier otro lugar de la República, de acuerdo con el artículo 305 de la Constitución. “Agotada la jurisdicción interna, quien se considera lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados de los que es parte el Perú.”

Art. 188º de la Constitución Política de 1979:

El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre las materias y por el término que especifica la ley autoritativa.

Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigente y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.

Como dato complementario anotemos que recién con la Constitución Política de 1979 se ha adoptado en la legislación peruana el sistema según el cual un organismo especializado, en este caso el Tribunal de Garantías Constitucionales, conoce formalmente de las reclamaciones por infracción de la Constitución, solución que ha sido calificada como “institución novedosa en el derecho latinoamericano”,<sup>4</sup> pues anteriormente la preeminencia de la norma constitucional sobre la legal o reglamentaria sólo se aplicaba en vía de excepción y en un caso concreto, rigiendo al respecto el artículo 8º de la Ley Orgánica del Poder Judicial

<sup>4</sup> *Idem*, p. 11, núm. 21.

## DEFENSA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1979 567

de 25 de julio de 1963, expresiones de un principio que se reproduce en los artículos 87 y 236 de la actual Constitución peruana.

Art. XXII del Título Preliminar del Código Civil:

“Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera.”

Art. 8º de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

“Cuando los Jueces o Tribunales, al conocer de cualquier clase de juicios, encuentren que hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirán la primera.

Si no fueran apeladas las sentencias de Primera Instancia en que se aplique este precepto se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema.

Las sentencias de segunda instancia, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema, si no se interpusiere recurso de nulidad.

Los Jueces y Tribunales no aplicarán los decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo o de cualquier otra autoridad contrarios a la Constitución o a las leyes.”

Art. 87º de la Constitución Política de 1979:

“La Constitución prevalece sobre toda otra norma legal. La ley, sobre toda otra norma de inferior categoría, y así sucesivamente de acuerdo a su jerarquía jurídica.

La publicidad es esencial para la existencia de toda norma del Estado. La ley señala la forma de publicación y los medios de su difusión oficial.”

Art. 236º de la Constitución Política de 1979:

“En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna.”<sup>5</sup>

Finalmente, cabe agregar que el nuevo Código Civil promulgado el 24 de julio de 1984 y vigente desde el 14 de noviembre de ese mismo año, no incluye en su título preliminar una regla similar a la contenida en el mencionado artículo XXII del título preliminar del Código Civil derogado de 1936, entendiéndose que tanto los artículos 87 y 236 de la actual Constitución política como el artículo 80º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, determinan la vigencia del principio unánimemente acep-

<sup>5</sup> Fix, *idem*, al comentar el sistema chileno, habla de “la impugnación prejudicial o incidental de inconstitucionalidad de las leyes, que se ha calificado como recurso de inaplicabilidad de la ley y cuya decisión corresponde exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia, traduciéndose en la desaparición del ordenamiento combatido en el proceso concreto, en el cual se interpuso el citado recurso”, p. 12, rubro II, núm. 25.

tado de la preeminencia de la Constitución sobre la ley y de ésta sobre las normas de jerarquías inferior como los decretos, las resoluciones y otras.

## 2. *La acción popular*

Prevista en el cuarto párrafo del artículo 295 de la Constitución, se admite ante el Poder Judicial: "Por infracción de la Constitución o la ley, contra los reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público."

Por consiguiente, en tanto que la acción de inconstitucionalidad se interpone ante el Tribunal de Garantías Constitucionales y únicamente procede contra las normas de mayor rango, como las leyes y los decretos legislativos, la acción popular es válida ante el Poder Judicial y contra las normas de menor jerarquía, como son los reglamentos y normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, quedando excluidas, obviamente, las resoluciones que se refieren a casos particulares, las mismas que están sujetas en cuanto a su impugnación y validez a otro tipo de procedimiento.

A diferencia de la acción de inconstitucionalidad que ya se ha viabilizado a través de la comentada Ley 23385 que aprueba la Ley Orgánica del mencionado Tribunal, cuya instalación permite la aplicación de las normas mencionadas, la acción popular ha sido objeto del anteproyecto de ley correspondiente, en el que se considera los aspectos necesarios para su aplicación, como la legitimación, la misma que se confiere a cualquier ciudadano peruano en ejercicio y al extranjero residente en el país por más de 5 años continuos si acredita tener legítimo interés económico o moral; el procedimiento respectivo, estableciendo el artículo 4º la competencia por razón de la materia, la función y el territorio. Asimismo, en otra diferencia explicable con lo que sucede en la acción de inconstitucionalidad, en la que según el artículo 35 de la Ley 23385, si el Congreso no aprueba en 45 días una ley que derogue la norma inconstitucional, se considera ésta derogada (única excepción al principio jurídico de que ninguna ley se deroga sino por otra ley), en el caso de la acción popular, conforme al artículo 13º del Proyecto, si se ampara la petición, "la autoridad que expidió la norma deberá dentro de los diez días siguientes, derogarla total o parcialmente según corresponda, bajo responsabilidad".

También es diversa la solución en lo que se refiere al plazo para interponer las acciones, sea la inconstitucionalidad o la popular, pues

según la tercera disposición transitoria de la ley 23385, el plazo para interponer la acción de inconstitucionalidad comienza a contarse desde el día en que se quede constituido el Tribunal, si se trata de disposiciones anteriores a esa fecha, en tanto que, en lo que se refiere a la acción popular, no se fija plazo de caducidad, basándose en el principio de que una norma inconstitucional o que contradice otra de superior jerarquía, no puede convalidarse por el simple transcurso del tiempo.

Finalmente, otra distinción con el instituto de la acción de inconstitucionalidad la encontramos también en sus respectivos antecedentes, pues tratándose de la primera, como hemos visto, sólo regía anteriormente en vía de excepción, esto es, para cada caso concreto en que se impugnara una norma por ser contraria a la Constitución, mientras que la acción popular ya regía en la Constitución política anterior de 1933 a través de su artículo 133 (ya derogada con la nueva Constitución) y del artículo 7º de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establecía el procedimiento en la vía ordinaria como proceso de puro derecho, complicando innecesariamente un trámite que por su propia naturaleza y en atención al objetivo que persigue, debe ser expeditivo y breve. Obviamente, según la disposición final del proyecto comentado, se deroga el mencionado artículo 7º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Art. 133º de la Constitución Política de 1933:

“Hay acción popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos y contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general que infrinjan la Constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los Ministros.

La ley establecerá el procedimiento judicial correspondiente.”

Art. 7º de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

“La acción que concede el Artículo 133º de la Constitución se ejercitará ante el Poder Judicial y se sustanciará por la vía ordinaria, como proceso de puro derecho, con intervención del Procurador General de la República en representación del Estado.”

En tanto se expide la ley sobre la acción popular que reglamente el cuarto párrafo del artículo 295 de la Constitución, rige, en cuanto al procedimiento, la regla del artículo 7º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

### 3. Acciones de garantía

Las acciones de garantía que comprenden tanto el *habeas corpus* como el amparo están previstas en los tres primeros párrafos del artículo 295

de la Constitución política de 1979: el primero, para proteger la libertad individual, y el segundo, para los demás derechos reconocidos por la propia carta fundamental. Y de acuerdo con el punto 2, del artículo 298 el Tribunal de Garantías Constitucionales conoce, en casación, "las resoluciones denegatorias de la acción de *habeas corpus* y la acción de amparo, agotada la vía judicial".

La legislación anterior inducía a cierta confusión sobre el particular, pues la Constitución de 1933 dedicaba el título II a las garantías constitucionales comprendiendo en el capítulo I a las garantías nacionales y sociales, y en el capítulo II a las garantías individuales, prescribiendo el artículo 69 que: "Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución dan lugar a la acción de *habeas corpus*." Sin embargo, el título IX del libro cuarto del Código de Procedimientos Penales trataba el *habeas corpus* como recurso y no como acción, y establecía en su artículo 349 que:

Toda persona reducida a prisión por más de 24 horas, sin que el Juez competente haya comenzado a tomarle la declaración instructiva, tiene expedito el recurso extraordinario de *habeas corpus*. Da igualmente lugar al ejercicio de este recurso, la violación de los derechos individuales y sociales garantizados por la Constitución.

No obstante lo anterior, los numerales posteriores sólo se referían al procedimiento a seguirse en el caso de la libertad individual, sin que se reglamentara el trámite correspondiente a la violación de las otras garantías señaladas en la Constitución, lo que motivó la dación del Decreto Ley N° 17083 de 24 de octubre de 1968, el mismo que en su artículo 1° dispone que la acción de *habeas corpus* referente a las garantías de libertad personal, inviolabilidad de domicilio y libertad de tránsito, debe tramitarse de acuerdo con las disposiciones del Código de Procedimientos Penales, esto es, los artículos 350 al 359; en tanto que para los otros casos, las otras garantías, se establece en los artículos 2° a 5° del citado Decreto Ley 17083, un trámite especial ante el fuero civil y no ante el fuero penal, el que queda limitado, como se ha visto, a la libertad personal, a la inviolabilidad de domicilio y a la libertad de tránsito.

La Ley N° 23506 de 7 de diciembre de 1982, llamada de *habeas corpus* y *amparo*, unifica la legislación anterior y establece las pautas necesarias para el ejercicio de tales acciones, las mismas que, según el artículo 1°, tienen por objeto "reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional".

La ley que estamos comentando, ya en concordancia con la nueva

Constitución de 1979, modifica sustancialmente la situación, comenzando con la variación de la denominación de garantías individuales y sociales por la de derechos fundamentales, más aceptada en el derecho comparado y diferenciando claramente la acción de *habeas corpus* para la libertad individual y la acción de amparo para los otros reconocidos por la propia Constitución, adoptando el término y concepto de acción, más adecuado que el de recurso, técnicamente válido como medio de impugnación de las resoluciones.<sup>6</sup>

La ley analizada tiene seis títulos: el primero comprende las "Disposiciones generales"; el segundo trata de la "Acción de *habeas corpus*"; el tercero de la "Acción de amparo"; el cuarto de la "Suspensión de los derechos constitucionales"; el quinto de la "Jurisdicción internacional", y el sexto contiene las "Disposiciones diversas".

Aspecto muy importante es determinar si las acciones de garantía proceden o no respecto de las resoluciones judiciales. La ley resuelve la espinosa cuestión estableciendo claramente en el inciso *b*, de su artículo 6º, que tales acciones no proceden "contra resolución judicial emanada de un procedimiento regular", norma que debe concordarse con el artículo 5º, según el cual: "Las acciones de garantía proceden si una autoridad judicial, fuera de un procedimiento, emite una orden que lesiona un derecho constitucional." Prevalece pues el principio de la seguridad jurídica sobre el deseo latente y permanente del hombre de alcanzar una justicia certera, eficaz e imparcial. Si profundizamos algo en esta reflexión, debemos convenir en que más que "seguridad jurídica", quizá habría que hablar de "seguridad judicial", pues es claro que muchas sentencias pueden no ser justas y, por lo demás, lo que tiene validez en la realidad, no es tanto la sentencia propiamente dicha, sino su autoridad y eficacia, técnicamente la cosa juzgada, la misma que según Couture es "una exigencia política y no propiamente jurídica: no es de razón natural sino de exigencia práctica", si bien como el mismo ilustre uruguayo agrega: "la evolución legislativa es cada día más acentuada en busca de una sentencia que decida de una vez por todas y en forma definitiva el conflicto pendiente."<sup>7</sup>

Similar es la solución acordada por el sistema legal guatemalteco, como lo expresa el jurista Mario Aguirre Godoy al reseñar los casos en que no procede el recurso de amparo, puntualizando como el primero de ellos:

<sup>6</sup> *Idem*, p. 8, núm. 11.

<sup>7</sup> Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, Talcahuano 494, 1958, pp. 407 y 408.

En los asuntos del orden judicial respecto a las partes y personas que intervinieron en ellos, salvo el caso que ya se ha mencionado de amparo contra los procedimientos en que incurra la Corte Suprema de Justicia (art. 81, inc. i Constitución; art. 59º inc. 1º Dto. Nº 8 Asamblea Constituyente). El argumento que para este caso de improcedencia se ha dado, es el de que, de otra manera, el amparo se convertiría en una tercera instancia prohibida por la misma Constitución (art. 245)".<sup>8</sup>

Como nota común a ambos casos, la ley peruana y la ley guatemalteca, cabe destacar la validez de las normas procedimentales, verdaderas garantías para las partes, incluyendo al juez, en aras de hallar un adecuado equilibrio de los derechos de aquéllos en resguardo de sus legítimos intereses y del Estado a través del juez para dirimir el conflicto restaurando la paz social.

Distinto en su contenido, alcances y proyección, es el concepto del amparo en México, cuya legislación lo acoge como un juicio perfectamente diferente y en cuyo desenvolvimiento la historia legislativa de México exhibe una tradición honrosísima y aleccionadora en orden a la protección de las garantías y derechos ciudadanos, y en cuya legislación sí se admite respecto de los fallos judiciales, tal como aparece de "Artículos constitucionales relativos al juicio de amparo, art. 107º, inciso III, literal a)" y del "Art. 158º de la Ley de amparo reglamentaria de los arts. 103º y 107º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".<sup>9</sup>

Según se expresa:

En concepto de nuestros tratadistas el amparo es considerado como una institución de carácter político a través de la cual se obtiene la protección de la constitucionalidad y de la legalidad como medio de mantener incólume la Constitución y resguardar las garantías que la misma establece, cuando éstas han sido o pretenden ser objeto de atentado por parte de las autoridades.<sup>10</sup>

No está de más concordar la afirmación de que: "La teoría jurídica del amparo se basa en el objeto esencial de la institución: que las cosas vuelven al estado que tenían antes de violación que se reclama en el

<sup>8</sup> Aguirre Godoy, Mario, *Derecho procesal civil de Guatemala*, tomo II, vol. 1º, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala, Guatemala C.A., 1982, Impreso en Unión Tipográfica, 7a. C. 19-54, Z. 1, Guatemala, p. 468, punto 1º.

<sup>9</sup> *Nueva legislación de amparo*, doctrina, textos y jurisprudencia, 29a, ed. actualizada, México, Editorial Porrúa, S. A., 1976, pp. 31 y 129.

<sup>10</sup> *Idem*, p. 412.

## DEFENSA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1979 573

amparo y que se restituya al quejoso en el goce de la garantía violada",<sup>11</sup> con lo que, en esencia constituye el contenido, de la norma prevista en el artículo 1º de la ley peruana.

Otra regla de la ley bastante sugerente es la que aparece de su artículo 7º, al prescribir que: "El Juez deberá suplir las deficiencias procesales en que incurran las partes reclamantes, bajo responsabilidad", otorgando al juzgador la facultad de oficio, tan necesaria en nuestros ordenamientos legales, y que es una expresión de la doctrina predominante actual sobre el proceso, tanto más en un caso como el que se relaciona con las acciones de garantía, las cuales "deben tener una protección de ser posible fulminante en resguardo de los afectados", como dice la Exposición de Motivos de la ley.

El título II se refiere a la acción de *habeas corpus*, detallándose en los 17 incisos del artículo 12º, del capítulo I, los derechos en cuya defensa procede su planteamiento, acordándose en el capítulo II el procedimiento respectivo, el mismo que debe seguirse ante la jurisdicción penal, permitiéndose el recurso de nulidad a la Corte Suprema de Justicia sólo en el caso que el recurso de *habeas corpus* se deniegue.

El título III de la ley desarrolla la acción de amparo, señalándose en el artículo 24º los casos en que procede, en una relación no taxativa como en el caso del *habeas corpus*, sino simplemente enumerativa. El capítulo II de este título III provee el procedimiento a seguirse tratándose de la acción de amparo, correspondiendo la competencia a la jurisdicción civil, procediendo, de acuerdo al artículo 36, el recurso de nulidad a la Corte Suprema.

La acción de amparo peruana, pues, no es el juicio de amparo mexicano; como se ha expresado anteriormente, el contenido, alcances y proyección del artículo 103 constitucional mexicano y el artículo 1º de su Ley de Amparo, exceden con largueza lo que dispone el segundo párrafo del artículo 295 de la Constitución del Perú y el título III de la ley comentado, a lo que debe agregarse la historia del instituto, mucho más antiguo en México que en el Perú.

Otro aspecto interesante es el amparo administrativo, que, según el jurista mexicano Gonzalo Armienta Calderón, "cobra entidad dentro de lo que podemos determinar, con criterio didáctico y convencional, como pentatómica ramificación del control constitucional que nuestra tradición jurídica ha denominado como juicio de amparo",<sup>12</sup> y afirma

<sup>11</sup> *Idem*, p. 413.

<sup>12</sup> Armienta, Gonzalo, *El proceso tributario en el derecho mexicano*, México, textos universitarios, Tipografía "Azteca", (Distribuidores exclusivos: Manuel Porrúa, S. A.), p. 361.

que: "El amparo en materia administrativa nace como un medio de control de los actos de la administración activa y sustituye el proceso contencioso-administrativo en cuanto a que al invocarse la garantía de exacta aplicación de la ley, el juzgador examina la legalidad del acto reclamado."<sup>13</sup> En el caso del Perú, cobra interés esta figura del amparo administrativo, porque, no existiendo taxativamente en la ley, sí rige en cambio las acciones contencioso-administrativas, como lo veremos más adelante.

Parecida situación se da en el derecho guatemalteco, pues según Aguirre Godoy:

Aunque sin formar un inciso en el mismo art. 80º Constitución (párrafo final), se establece que en materia administrativa procederá el amparo cuando ilegalmente o por abuso de poder, la autoridad dicte reglamento, acuerdo, resolución o medida que cause agravio o se tenga justo temor de sufrirlo, o se exijan al peticionario requisitos no razonables, siempre que contra el reglamento o acto impugnado no haya recurso administrativo con efecto suspensivo o que el agravio no sea reparable por otro medio legal de defensa.<sup>14</sup>

Debe tenerse presente que el amparo administrativo subsiste en Guatemala con el tribunal de lo contencioso-administrativo regido por el Decreto Gubernativo 1881 de 28 de septiembre de 1936.<sup>15</sup>

Igual o más interés suscita el amparo agrario establecido en el Perú mediante el Decreto Ley 20554 de 12 de marzo de 1974, cuyo artículo 1º dispone lo siguiente:

Si un propietario estimare que no ha incurrido en causal de afectación o de declaración de abandono, podrá interponer recurso de amparo ante el Tribunal Agrario dentro del término de quince días computados a partir de la notificación del correspondiente Decreto Supremo de expropiación o de extinción de dominio, exponiendo los fundamentos de hecho y derecho, sin cuyo requisito será denegado. La interposición del recurso será puesta en conocimiento del Poder Ejecutivo por intermedio de la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural, dentro de dos días de recibida. Mientras se resuelve el recurso de amparo, no se interpondrá la demanda de expropiación de las tierras afecta-

<sup>13</sup> *Idem*, p. 364.

<sup>14</sup> Aguirre Godoy, *op. cit.*, p. 466, punto 5º

<sup>15</sup> *Idem*, llamada 41 al punto 5º anterior, p. 467.

## DEFENSA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1979 575

das. Los Decretos Supremos que no sean impugnados dentro del término señalado, causarán ejecutoria.

La expedición de una norma legal como la mencionada fue posibilitada por la existencia del fuero agrario, competente para conocer y resolver todo lo concerniente a los conflictos que pudieran ocurrir en el área agraria y conformado en lo esencial por dos instancias, los jueces de tierras, distribuidas a lo largo de toda la República, y el Tribunal Agrario, cuyos fallos en esta materia producían cosa juzgada material, irrevisable por el Poder Judicial, incluida la Corte Suprema de Justicia. A este respecto es oportuno recordar que la Decimoprimerá Disposición General y Transitoria de la Constitución Política de 1979 establece que: "Mientras se expide la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, el Fuero de Trabajo y Comunidades Laborales y el Fuero Agrario continúan, en cuanto a su competencia, sujetos a sus respectivas leyes." Como quiera que dicha ley aún no ha sido expedida, el fuero agrario, al igual que el laboral, continúan vigentes en su organización, funcionamiento y validez, y sus resoluciones, como queda dicho, tienen el valor de cosa juzgada material.

Existe una corriente que busca preservar la experiencia acumulada a lo largo del tiempo que ha venido funcionando el fuero agrario, para lo que se está estudiando la manera legal de mantenerlo como unidad específica.

A este respecto pensamos que podría analizarse la posibilidad de crear una sala especializada en materia agraria, pero dentro del Poder Judicial, a efecto no sólo de viabilizar el cumplimiento de la reseñada norma constitucional, sino porque la tendencia es a mantener la unidad jurisdiccional y a eliminar los fueros privativos, una de cuyas expresiones la hallamos en el artículo 233, inciso 1, de la Constitución Peruana, que confirma tal unidad como una de las garantías de la administración de justicia, con la sola excepción de la jurisdicción arbitral y la militar. Doctrinariamente se está de acuerdo en que el Poder Judicial es el depositario natural de la jurisdicción.

Es lógico suponer la expectativa creada en relación con esta disposición que establecía la novedosa figura del "amparo" en la legislación peruana, pero determinada solamente al campo agrario y que ha tenido gran aplicación práctica, pues el declararse fundado el recurso de amparo originaba la derogatoria del decreto supremo que disponía la afectación.

El amparo, tal como se le concibió a través del Decreto Ley 20554, más se acerca a una acción que a un recurso, pues no se recurre ante

la misma autoridad (reposición o reconsideración) o ante una superior (apelación) en vía de impugnación de una resolución, sino que se plantea directamente ante el Tribunal Agrario en busca de la derogatoria de un decreto supremo, entendiéndose el recurso, con el procurador público representante del Estado, como es en los juicios en que ésta sea parte, sino con la entidad administrativa que ha tramitado el proceso de afectación. El amparo trasluce nítidamente su calidad de tal si se tiene en cuenta que al declararse fundado el recurso, y más aún con su simple interposición, se detiene el proceso de afectación y no se puede interponer la demanda de expropiación, la misma que se tramitará sólo si es degenado el recurso de amparo.

La mejor prueba de la vigencia del Decreto Ley 20554 y de su aplicación la encontramos en la propia ley comentada, en cuyo artículo 43º leemos: "El instrumento procesal contemplado en el artículo 1o. del Decreto Ley 20554 se denominará Recurso de exceso de poder y continuará tramitándose conforme lo establece dicho dispositivo. La nueva Ley Orgánica del Poder Judicial contemplará la nueva denominación de este recurso." Según la Exposición de Motivos del Proyecto, se trata de evitar la duplicidad del nombre; además, debe tenerse en cuenta que el amparo agrario contenido en el Decreto Ley 20554, se plantea contra normas de carácter individual en tanto que el amparo y el *habeas corpus* de la ley, "no proceden contra normas sino contra actos".

En la legislación mexicana el título único del libro segundo de la Ley de Amparo en materia agraria, artículos 212 a 234,

Finalmente, cabe recordar que el tema II del VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal, celebrado durante el mes de noviembre de 1979 en Xalapa, Veracruz, fue precisamente "El amparo en materia agraria", habiéndose analizado y estudiado exhaustivamente en 11 trabajos, como es de verse de las páginas 219 a 239 del tomo, conteniendo las memorias del certamen.<sup>16</sup>

El título IV de la ley comprende un solo artículo, el 38 referente al periodo de suspensión de ciertos derechos constitucionales conforme al artículo 231 de la carta magna.

El título V trata de la jurisdicción internacional en concordancia con el artículo 305, confirmando la validez que la carta fundamental reconoce a los tratados internacionales, de acuerdo a los artículos 101 y 106, cuyo texto se transcribe:

<sup>16</sup> *Memoria del VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, Talleres Gráficos de la Reforma Agraria, 1979-1980, México, pp. 219-239.

Art. 101: "Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero."

Art. 105: "Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución."

Art. 106: "Los tratados de integración con Estados latinoamericanos prevalecen sobre los demás tratados multilaterales celebrados entre las mismas partes."

Por último el título VI de la ley contiene disposiciones de orden práctico con el fin de armonizarla con las normas vigentes, señalando aquellas que deben derogarse, entre ellas, los artículos 349 al 359 del Código de Procedimientos Penales y el Decreto Ley 17803 que han sido citados en el presente comentario.

#### 4. *Protección de las garantías en vía de excepción*

Si bien este punto ha sido ya mencionado en la parte final del comentario sobre la acción de inconstitucionalidad, consideramos que debe incluirse expresamente entre "los institutos y procedimientos legales necesarios para hacer efectiva la protección de las garantías y derechos previstos en la Constitución", como decíamos al iniciar este trabajo; no sólo permanece la vigencia de normas como la contenida en el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, confirmada plenamente su validez con los artículos 87 y 236 de la Constitución política de 1979, normas todas ellas transcritas anteriormente, sino porque el hecho de que exista, ya reglamentada, la acción de inconstitucionalidad, no excluye que el ciudadano pueda hacer efectiva, en vía de excepción y referida a un caso concreto, la protección que le acuerda la Constitución vigente cuya inclusión de los mencionados artículos 87 y 236 no deja lugar a dudas al respecto.

Además, la proyección de este nuevo instituto legal de la acción de inconstitucionalidad, se advertirá con el tiempo a través del funcionamiento del Tribunal de Garantías Constitucionales, en tanto, que la protección en vía de excepción y referida a un caso concreto, con el sustento legal de las disposiciones mencionadas, en un procedimiento que ha venido rigiendo y más viable de invocarse, más si se tiene en cuenta a quien está reservada la legitimación en el caso de la acción de inconstitucionalidad, artículos 299 de la Constitución y 24 de la ley 23385.

## 5. *Acción contencioso-administrativa*

Al comentar en el punto 2º la acción popular, establecimos que ella procede respecto de normas de carácter general, como expresamente lo prevé el cuarto párrafo del artículo 295 de la Constitución política, en tanto que la impugnación de resoluciones referidas a casos particulares, es materia de la acción contencioso-administrativa, cuyo fundamento constitucional lo encontramos en el artículo 240 de la carta magna:

Las acciones contencioso-administrativas se interponen contra cualquier acto o resolución de la administración que causa estado.

La ley regula su ejercicio. Precisa los casos en que las cortes superiores conocen en primera instancia, y la Corte Suprema en primera y segunda y última instancia.

En tanto que, como hemos visto, la acción de inconstitucionalidad ha sido legislada a través de la Ley 23385 y las acciones de garantía mediante la Ley 23506, la acción contencioso-administrativa es materia del proceso de elaboración del proyecto que reglamente el citado artículo 240 de la Constitución política.

No existe tradición en el Perú respecto de la acción contencioso-administrativa, con esa denominación y con los alcances que se le reconoce en la doctrina y en otras legislaciones. La impugnación en la vía judicial de resoluciones administrativas relativas a casos particulares, ha venido respondiendo más a la costumbre y a los principios generales del decreto que a normas legales específicas. Tan es así, que recién con la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobada por el Decreto Ley N° 14605 de 25 de julio de 1963, se establecen las reglas correspondientes a través de los artículos 10 y 11 que se transcriben:

Art. 10º "Cuando en un procedimiento administrativo surja alguna cuestión contenciosa se suspenderá el procedimiento por la autoridad que conoce de él, a fin de que el Poder Judicial declare el derecho que defina el litigio. Si la autoridad administrativa se negara a suspender el procedimiento, los interesados podrán interponer la demanda pertinente ante el Poder Judicial. Si la conducta de la autoridad administrativa provoca conflicto, éste se resolverá aplicándose las reglas del Capítulo III del Título Segundo de la Sección Primera del Código de Procedimientos Civiles."

Art. 11º. "Los Jueces no admitirán la impugnación de resoluciones administrativas de carácter particular que hayan dictado las

## DEFENSA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1979 579

autoridades competentes sino después de agotados los recursos jerárquicos expresamente preestablecidos y a instancia de parte interesada. Si los actos administrativos no tienen forma de resolución y formulada queja escrita contra ellos ante el funcionario superior, éste no la ha resuelto en el plazo de treinta días, procederá la demanda judicial para anularlos."

Tales principios han sido confirmados por el artículo 8 y demás pertinentes del Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto Supremo N° 006-SC de 11 de noviembre de 1967.

Art. 8º. "Se tendrá por agotada la vía administrativa para los efectos de lo dispuesto en el Artículo 11º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando se hubiera expedido resolución en la última instancia administrativa, o se diera ésta por expedida de conformidad con el artículo 90º de este Reglamento, o cuando se hubiese declarado la nulidad de resoluciones consentidas a que se refiere el Artículo 112º."

Art. 11º. "El órgano administrativo se abstendrá de seguir conociendo un proceso y lo remitirá al Poder Judicial, conforme a lo dispuesto en el Artículo 10º de la Ley Orgánica de ese Poder, cuando se suscite una cuestión litigiosa entre dos particulares sobre determinadas relaciones de derecho privado, que precisen ser esclarecidos previamente antes del pronunciamiento administrativo.

La Resolución inhibitoria que se dicte será elevada en consulta al superior jerárquico, aún cuando no medie apelación. Si se confirme la resolución inhibitoria, será comunicada al Procurador General de la República para que previa resolución suprema que lo autorice, se apersona ante el Juez, si conviniera a los intereses del Estado."

Art. 53º. "No podrá exceder de seis meses el tiempo que transcurra desde el día en que se inicie un procedimiento administrativo hasta aquel en que se dicte resolución, salvo en los casos en que disposiciones específicas establezcan trámites cuyo cumplimiento implique una duración superior a seis meses."

Art. 90º. "Si transcurridos los seis meses a que se refiere el Artículo 53º no se hubiera expedido resolución, el interesado podrá denunciar la demora ante el funcionario competente. En caso de que transcurridos 30 días desde la denuncia, no se hubiere dictado resolución, el interesado podrá presumir denegada su petición o reclamación, para el efecto de interponer el recurso administrativo jerárquico que corresponda, o la demanda judicial en su caso."

Art. 112º. "En cualquiera de los casos enunmerados en el Artículo 45º, podrá declararse de oficio la nulidad de resoluciones administrativas, aún cuando hayan quedado consentidas, siempre que agravién el interés público."

Art. 45º. "Son nulos de pleno derecho los actos administrativos:

- a) Dictados por órgano incompetente;
- b) Contrarios a la Constitución y las leyes y los que contengan un imposible jurídico; y,
- c) Dictados prescindiendo de las normas esenciales del procedimiento, y de la forma prescrita por la ley."

En otras legislaciones existe específicamente normas relativas a la acción contencioso-administrativa, como por ejemplo en Guatemala a través del Decreto Gubernativo N° 1881, al que ya hemos hecho referencia, que además de organizar el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, "que es un Tribunal de plena jurisdicción puesto que puede revocar, confirmar o modificar la resolución administrativa",<sup>17</sup> legisla sobre el recurso contencioso-administrativo, estableciendo en su artículo 9 que: "La persona que se crea perjudicada por una resolución administrativa tendrá derecho para hacer su reclamo ante el Tribunal competente por medio del recurso de lo contencioso-administrativo".

En el mismo sentido, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del Ecuador establece, en su artículo 1, que: "El recurso contencioso-administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los Reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado y vulneren un derecho o interés directo del demandante", reconociendo al Tribunal de lo Contencioso-Administrativo como un "organismo de función jurisdiccional que estará dotado de autonomía en el ejercicio de las funciones que la ley le asigne".

En la legislación mexicana hemos comentado cómo funciona el amparo administrativo, debiendo citarse el inciso IV del artículo 103 constitucional, y el literal b) del inciso V, cuando se trata del pedido directo ante la Suprema Corte de Justicia.<sup>18</sup>

Briseño Sierra, citado por Armienta, afirma que:

El amparo no es un proceso sino un procedimiento que se sigue como consecuencia del ejercicio de uno de los seis derechos de ins-

<sup>17</sup> Aguirre Godoy, *op. cit.*, llamada 41, p. 467.

<sup>18</sup> *Nueva Legislación de Amparo, op. cit.*, p. 33.

tancia: la queja, cuya connotación fundamental estriba en el hecho de que constituye un medio de control de los actos de autoridad, tendiente a que el órgano jurisdiccional decida sobre la aplicación, desaplicación o inapelación de un acto o de una ley.<sup>19</sup>

El mismo Gonzalo Armienta, recordando al jurista mexicano Jacinto Pallares, se pregunta si es el amparo administrativo un adecuado sucedáneo del contencioso-administrativo,<sup>20</sup> concluyendo en el sentido de que:

Una ortodoxa concepción del principio de división de poderes, así como el hecho de que se considerara al juicio de amparo como el instrumento idóneo y suficiente para controlar la legalidad de los actos de la administración, fueron el obstáculo determinante para que durante la vigencia de la Constitución de 1857 no se establecieran tribunales de lo contencioso-administrativo.<sup>21</sup>

Finalmente expone sobre este interesante y controvertido punto de los tribunales contencioso-administrativos, existiendo el amparo administrativo:

De acuerdo con lo expuesto consideramos oportuno concluir señalando que es urgente la aplicación de la esfera de competencia del Tribunal Fiscal de la Federación, así como el establecimiento de tribunales locales de lo contencioso-administrativo, cuyo ámbito competencial se circunscriba al conocimiento de la legalidad de los actos que en cada entidad federativa emanen de los funcionarios de la administración pública local. Ellos nos permitirán encauzar correctamente el contencioso-administrativo, evitando así la hipertrofia del amparo, al cual sólo se llegará cuando se impugnen las resoluciones pronunciadas por los tribunales de lo contencioso-administrativo.<sup>22</sup>

En lo que respecta al Perú, el texto del artículo 240 de la reciente Constitución política no deja lugar a dudas. Será el Poder Judicial, y no un tribunal específico de lo contencioso-administrativo, el que conozca de estas acciones, con la característica especialísima, variado el régimen común de la competencia funcional, que serán directamente las cortes superiores en unos casos y la propia Corte Suprema en otros, las que

<sup>19</sup> Armienta, *op. cit.*, p. 362.

<sup>20</sup> *Idem*, p. 364

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> *Idem*, p. 371.

conozcan de tales acciones en primera instancia, lo que puede responder a la naturaleza de tales acciones, en las que, por lo general, el problema sustancial se reduce a una interpretación del derecho más que a la necesidad de probar determinados hechos.

Una circunstancia que confirma la validez que se le está reconociendo a la acción contencioso-administrativa, es el régimen provisional que sucesivamente se ha establecido respecto de ella. Así tenemos que por la Ley 23333 de 10 de diciembre de 1981 se crea el Consejo Nacional del Servicio Civil como un organismo autónomo de alto nivel administrativo con carácter permanente; encargado de atender y resolver los asuntos relacionados con los servidores públicos comprendidos en la Ley 11377, la misma que es la norma matriz relativa a la administración pública, denominada "Estatuto y escalafón del servicio civil". La segunda disposición transitoria de dicha Ley 23333 prescribe textualmente: "En tanto se reglamenta el artículo 240 de la Constitución Política del Estado sobre la acción contencioso-administrativa, la impugnación de las resoluciones del Consejo ante el Poder Judicial se ejercitarán por el procedimiento del juicio de menor cuantía; hay recurso de nulidad."

El Reglamento de la mencionada Ley 23333, aprobado por el Decreto Supremo N° 009-82-JUS de 2 de febrero de 1982, dispone en su artículo 1 que "el Consejo Nacional del Servicio Civil es el encargado de atender y resolver en última instancia administrativa los reclamos de la Ley 11377", y el artículo 26 del Decreto Supremo N° 011-82-JUS de 9 de febrero de 1982, que aprueba las normas procedimentales correspondientes, señala que: "Expedida la resolución y notificada a la Repartición Pública respectiva, ésta deberá cumplir el mandato del Consejo a las veinticuatro horas bajo responsabilidad del funcionario que indique la respectiva resolución; caso contrario incurrirá en grave falta disciplinaria."

Posteriormente se expide el Decreto Legislativo N° 276 de 6 de marzo de 1984 denominado "Ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público", que en su artículo 36 crea el Tribunal del Servicio Civil como organismo de última instancia en materia administrativa y autónomo en el ejercicio de sus funciones, integrado por vocales independientes con rango, prerrogativas y remuneraciones a los de los vocales de las cortes superiores, reemplazando dicho Tribunal al Consejo Nacional del Servicio Civil. Pues bien, la Decimo-segunda disposición complementaria, transitoria y final del citado Decreto Legislativo 276 establece que: "En tanto se dicta la ley de las

acciones contencioso-administrativas, las resoluciones a que se refieren los artículos 40 y 42 de la presente ley, podrán ser materia de contradicción en vía ordinaria ante el Poder Judicial." Estos numerales se refieren precisamente a las resoluciones expedidas por el Tribunal del Servicio Civil.

El proyecto en etapa de elaboración y el dispositivo legal que apruebe la reglamentación del artículo 240 de la Constitución política, necesariamente deberá tener en cuenta la competencia funcional especial que este numeral establece, a través de la Corte Superior o la Corte Suprema como primera instancia, según los casos.

En definitiva, pues, corresponde al Consejo Nacional del Servicio Civil —hoy Tribunal del Servicio Civil— el conocimiento y resolución en última instancia administrativa de las reclamaciones particulares que se formulen contra las resoluciones administrativas, y sus fallos podrán ser impugnados ante el Poder Judicial en la forma que determine el dispositivo legal que apruebe la reglamentación del artículo de la Constitución política de 1979.

### III. CONCLUSIONES

1º El control judicial de la constitucionalidad de las leyes se inscribe en la necesidad de mantener un orden jurídico que respete en todo momento los derechos del ser humano.

2º Si bien la iniciativa, los medios y los alcances de tal control responden en su organización y estructura a cada sistema legal que se adopte, cualquiera que sea éste debe prevalecer el propósito fundamental, cual es la adecuación constante de la norma escrita al derecho, como elemento básico al servicio del hombre.

3º Como el derecho en general no puede desconocer la realidad social, económica y política en que vive, el control judicial de la constitucionalidad de las leyes no debe limitarse a una mera declaración formal, sino que debe ser considerado como un medio eficaz de actuación potencial permanente en resguardo de los derechos fundamentales del hombre.

4º El derecho es el medio natural para llegar a la justicia. Y la justicia, a su vez, es la premisa sin la cual no puede alcanzarse la paz, supremo objetivo del ser humano.