

LA JERARQUIA DEL ORDENAMIENTO JURIDICO PERUANO*

INTRODUCCION

El Perú, como la mayoría de los países latinoamericanos en "vías de desarrollo", es un país preocupado por su propio desarrollo social, económico y político. Desde que terminó la Segunda Guerra Mundial, todo lo concerniente al desarrollo ha sido en el Perú la preocupación principal tanto de los gobiernos **de jure** como los **de facto**. Muchos de estos esfuerzos han sido orientados hacia un cambio en las normas y las instituciones jurídicas existentes, o la promulgación de leyes que cubran las lagunas del derecho sobre problemas del desarrollo. Miles de disposiciones legales se están promulgando cada año con el propósito de darle rapidez a los cambios. Estas disposiciones incluyen algunas fuentes legales básicas, tales como reformas constitucionales y actos legislativos y cuasi-legislativos. Sin embargo, el mayor volumen de las normas de fomento y desarrollo **no** está formado por aquellas fuentes legales más convencionales y duraderas. En lugar de ello, bajo los regímenes constitucionales y militares, se han logrado desarrollos muy importantes a través de un gran número de actos administrativos, que representan los procesos ejecutivos diarios del gobierno peruano. La articulación y la aplicación de esta política de desarrollo ocurre probablemente en este nivel más práctico y transitorio. Usando un ejemplo específico cabe señalar como en 1968 una comisión encargada de redactar un nuevo **Código de Aguas** para el Perú, lidió durante un tiempo con el problema de crear un comprensivo, pero duradero conjunto de normas, y encontró la tarea tan difícil, que solicitó un cambio en el mandato conferido, para

(*) El presente artículo fue originalmente publicado en inglés en *The American Journal of Comparative Law*, vol. XIX, Winter 1971 N° 1 pp. 91-120. La revisión técnica de la traducción ha corrido a cargo del alumno Luis Chirinos Segura.

dejar de lado el Código y elaborar una ley general. Dicho cambio en la naturaleza del trabajo fue sancionado por un Decreto Supremo cuyo preámbulo exponía lo siguiente:

"El Derecho Público debido a su contenido social y económico, es dinámico y cambiante no de acuerdo con las características de un Código, que es estático, exclusivo y excluyente... Hoy la legislación, en aquellos aspectos que se acercan al Derecho Público tiende hacia una Ley General, la cual posee todas las ventajas de un Código sin sus inconvenientes... como son la no prevista rigidez y permanencia de sus disposiciones".

La clase de ley general aquí esbozada, una vez que se apruebe debe ser implementada a través de reglamentos y actos ejecutivos, dejando un amplio margen para modificaciones más frecuentes, dentro de los límites generales establecidos para derechos sustantivos y su administración.

¿De dónde vienen esos actos administrativos? ¿Cómo la Constitución, las leyes del Congreso, los decretos-leyes de un gobierno de facto y los actos administrativos se relacionan entre sí? ¿Cómo se adapta cada una de ellos al típico sistema socio-político del Perú? ¿Cuál es la fuerza del poder ejecutivo en el Perú? Un trabajo como el presente, dedicado a exponer la jerarquía del ordenamiento jurídico peruano, debe comenzar contestando estas preguntas.

Los abogados peruanos tienen la costumbre de ver su sistema jurídico compuesto por varias clases de normas ajustadas a una jerarquía que está de acuerdo con la teoría de Hans Kelsen¹. Esta jerarquía contiene tres clases principales de normas, a saber:²

1. KELSEN, *La Teoría Pura del Derecho* § 32.
2. Véase, e. g., LEON BARANDIARAN, *Manual de Derecho Civil* (1963).

1. La Constitución: Un documento único promulgado en 1933, con diferentes modificaciones.

2. La legislación: Todas las leyes aprobadas por el Congreso peruano que se encuentran en vigor, incluyendo muchas que preceden a la actual Constitución. Esta categoría también incluye las leyes promulgadas por los gobiernos de facto que asumen la función legislativa y que se conocen con el nombre de Decretos-Leyes.

3. Actos Administrativos: Esta clasificación comprende cinco tipos diferentes de disposiciones administrativas que incluyen, siguiendo un orden de precedencia, Decretos Supremos, Resoluciones Supremas, Resoluciones Ministeriales, Resoluciones Directorales y una quinta rama que contiene varios actos escritos de carácter diverso.

Esta jerarquía de las leyes opera de acuerdo con el principio de que cuando surge un conflicto entre dos leyes prevalecerá la que tenga mayor categoría³. En un conflicto entre leyes de igual rango, la norma promulgada más recientemente prevalecerá. Así, aunque una disposición dada pueda modificar, anular o específicamente revocar cualquier disposición de igual o menor rango, no podrá, sin embargo, afectar lo dispuesto en una norma de mayor categoría⁴. Por supuesto, los problemas de interpretación pueden, a menudo, complicar la aplicación de la regulación jerárquica⁵. Esta clasificación no toma en cuenta las decisiones judiciales o los acuerdos privados, los que no son considerados como fuentes de Derecho en el ámbito tradicional de los sistemas romano-civilistas.

A medida que avancemos en una discusión más detallada con respecto al origen, naturaleza y efecto ruana, el sistema legal no se resiente por los cambios de cada tipo de norma legal en el ordenamiento peruano, es evidente que la teoría jerárquica puede quebrantarse o al menos experimentar dificultades en varios aspectos. Es precisamente en estos aspectos conflictivos donde más se revela el potencial y las li-

3. *Id.*, p. 13.

4. Por ejemplo, muy a menudo se incluye en las disposiciones un artículo revocatorio; algo como, "Se deroga toda disposición que se oponga a la presente".

5. Véase, ALZAMORA V., *Introducción a la Ciencia del Derecho* 237-49 (1965); I. CORNEJO, *Código Civil* 61-67 (1937); 4 LEON BARANDIARÁN, *Comentarios al Código Civil Peruano* 161-85 (1952); RECASENS SICHES, *Filosofía del Derecho* 627-68 (2ª ed., 1961).

mitaciones de las instituciones legales peruanas como medios de desarrollo económico y social.

Las observaciones hechas pueden aplicarse tanto a los gobiernos de jure como a los de facto, a no ser donde se halle una distinción clara y precisa. Hasta donde ha podido notar el autor de este artículo en cinco años de observación y estudio de la realidad peribios periódicos de un régimen elegido popularmente a un régimen militar o viceversa.

I. LA CONSTITUCION PERUANA

La Constitución es —de acuerdo con la tradición norteamericana de la cual se tomó gran parte de su contenido— una amplia declaración de los principios fundamentales y de las formas del gobierno. Sin embargo, no es una Constitución "permanente". Es de esperar que poco a poco, ésta le ceda el paso a nuevas constituciones que reflejarán los cambios sociales, económicos y políticos en el Perú. La actual Constitución promulgada el 9 de abril de 1933, es la décima que ha tenido el Perú desde su independencia en 1821⁷.

El reemplazo eventual es el menor de los males que han heredado las constituciones peruanas^{7a}. Igualmente están sujetas a frecuentes y prolongados periodos de suspensión parcial durante los regímenes **de facto**. Un ejemplo clásico de cómo en el Perú co-

6. Véase, por ejemplo. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1919) N° 12; ROUBIER, "L'ordre juridique et la théorie des sources de droit", en *Le droit français privé au milieu du XXé siècle, Etudes offertes á G. Ripert* (1950) I,9. Sin embargo, hay excepciones. El Código Tributario del Perú dispone que la jurisprudencia es una fuente válida de derecho. Véase Decreto Supremo (D.S. de ahora en adelante) 287-68/HC del 9-8-68, art. III, inc. 1. Así mismo, el Código de Comercio admite a la costumbre como fuente de derecho (art. 3).

7. Estas son, en orden: Las Constituciones del 12.11. 1823; 9.12. 1826; 10.6. 1834; 10.11. 1839; 19.10. 1856; 13.11. 1860; 29.8. 1867; 18.1. 1920; 9.4. 1933.

Las diez constituciones mencionadas no representan las únicas cartas fundamentales escritas bajo las cuales los gobiernos han funcionado; los "Estatutos Provisionales" también han servido en varias ocasiones como documentos fundamentales de los gobiernos peruanos. En otras ocasiones, simplemente no ha habido cartas fundamentales escritas. Las mejores historias de las varias constituciones y otras cartas fundamentales son ALZAMORA

existen los principios constitucionales con los gobiernos de facto, es el contenido en el Decreto-Ley N° 17063, Estatuto del Gobierno Revolucionario promulgado el 3 de octubre de 1968, a raíz del último golpe militar. Según el Art. 6 de ese Estatuto, todos los poderes del Ejecutivo los ejerce el Presidente nombrado por la Junta Militar, y los poderes legislativos recaen en un organismo compuesto por el Presidente, su Gabinete y los tres miembros de la Junta Militar. El Art. 5 dice: "El Gobierno Revolucionario actuará de conformidad a las disposiciones del presente Estatuto, y a las de la Constitución, Leyes y demás disposiciones en cuanto sean compatibles con los objetivos del Gobierno Revolucionario". Que exista un control constitucional sobre un régimen de facto funcionando bajo semejante Estatuto, es problemático, aunque como veremos luego, algunos decretos-leyes y otros actos del actual gobierno del Perú han sido atacados por medio de una acción legal, basándose en que eran inconstitucionales.

II. LEGISLACION: POR EL CONGRESO O EL EJECUTIVO

Cuando la Constitución está totalmente en vigor, el Congreso peruano aprueba leyes siguiendo un procedimiento semejante los que rigen en otras repúblicas democráticas⁸. Sin embargo, la turbulenta historia políti-

SILVA, *Derecho Constitucional* (Primera Parte, 944) y PAREJA PAZ SOLDAN, *Las Constituciones del Perú* (1954).

La presente Constitución en su art. 236 crea un procedimiento relativamente simple para sus propias enmiendas. Una modificación aprobada por una simple mayoría de votos en ambas Cámaras ratificada en dos diferentes legislaturas ordinarias son puestas en vigor inmediatamente. En esta forma, la Constitución ha sido enmendada siete veces desde su promulgación. Dichas leyes modificatorias han sido: Ley N° 8237 de 1-4-36; Ley N° 9166 de 5-9-40; Ley N° 9178 de 26-9-40; Ley N° 11874 de 31-10-52; Ley N° 12391 de 7-9-55; Ley N° 13739 de 29-11-61; Ley N° 15242 de 28-11-64. Para mayores referencias, cf. D. GARCIA BELAUNDE *Guía bibliográfica de Derecho Constitucional Peruano (I)* (29) *Derecho*, 1971 pp. 150-172.

7a. Véase GARCIA BELAUNDE, *El Constitucionalismo peruano y sus problemas* (1970); PAREJA PAZ-SOLDAN, *Derecho Constitucional Peruano* (1966).

8. Constitución, art. 124-133. Véase Pareja, *ibid.*, pp. 315-19.

La Constitución aparentemente no reconoce un poder de veto en el Ejecutivo, disponiendo solamente que el Presidente puede devolver al Congreso una ley apro-

ca del Perú ha hecho que se pongan en vigencia muchas "leyes" que fueron promulgadas unilateralmente por los militares u otro cuerpo gubernamental extra-constitucional. Los peruanos, así como otros latinoamericanos, se han adaptado a las frecuentes interrupciones del sistema constitucional, simplemente reconociendo la inevitabilidad de estos sucesos e incorporándolos al ordenamiento jurídico⁹. De acuerdo con una fuerte tendencia en Latino América, los decretos-leyes de orden general no tienen efectividad permanente sin la aprobación del Congreso, una vez que un gobierno

bada con una explicación de objeciones específicas. Pero, una mayoría simple en cada cámara bastaría para sobrepasar los comentarios del Ejecutivo y seguir con la promulgación.

A pesar de la falta de alguna disposición específica en la Constitución, el Presidente ejerce un veto en la práctica, denominado "poder de la observación de una ley", basándose en la sexta Disposición Transitoria de la Constitución de 1933 y la costumbre. Las Constituciones anteriores siempre incluían la observación de leyes, pero no se recogió en la de 1933 porque los redactores aparentemente confiaban en el Senado Funcional —compuesto de los representantes de todos los grupos de intereses en el país en vez de senadores elegidos popularmente— como freno contra la acción intemperada del Legislativo.

El primer Senado Funcional debió haber entrado en 1941, después del periodo del Congreso Constituyente. Mientras tanto, el Presidente seguía con el poder del veto, según la Sexta Disposición Transitoria. Cuando la ley 9173 del 26-9-40 enmendó la Constitución en favor de elecciones parlamentarias populares "mientras se organizaba el Senado Funcional", la disposición transitoria siguió en vigencia, dándose lugar al poder de la observación, mientras no haya Senado Funcional. Véase PAREJA, 248-52: *Dictamen del Colegio de Abogados de Lima* de septiembre de 1946.

Si el Presidente no promulga la ley, esta actitud no tiene el mismo efecto de un veto, porque después de diez días el presidente del Senado puede poner una disposición en vigencia, firmándola y ordenando su publicación oficial. Constitución, art. 129. Frecuentemente se cita esta norma en contra del poder de observación. Hay leyes que han entrado en vigor sin la firma del Presidente de la República. Véase, Ley 15704 del 9-11-65; Ley 10676 del 14-10-46.

Sobre el problema del veto, véase Enrique BERNALES *El Derecho de observar las leyes en la Constitución de 1933* (29) *Derecho*, 1971 pp. 20-51.

9. Véase, IRIZARRY Y PUENTE, "The Nature and Powers of a 'De Facto' Government in Latin America", 30 *Tul. L. R.* 15 (1955).

constitucional asuma el poder, y que tarde o temprano aparece después de un gobierno de facto, así como, casi siempre un gobierno de facto sigue a un gobierno constitucional. Sin embargo, el consentimiento tácito del Congreso reinvestido de sus poderes, parece suficiente¹⁰. La Corte Suprema peruana ha fallado en favor de los decretos-leyes, expresando que aquellos que no han sido derogados o modificados por el Congreso, están aprobados implícitamente¹¹.

En otras circunstancias, el mismo Congreso ha delegado su derecho de legislar al poder Ejecutivo, manteniéndose en sesión permanente para debatir las medidas legales que adopte el Ejecutivo con el objeto de modificarlas o vetarlas¹². En estos casos el Ejecutivo casi siempre actúa por medio de Decretos Supremos bajo una ley especial, es decir, Decretos Su-

10. Véase, BIELSA, *Derecho Constitucional* 670-71 (2ª ed., 1954) I COSTA Y CAVERO, *Manual Administrativo* 41 (1933); FERRERO, *Teoría del Estado* 213 (1967); HERRERO, *La Organización Constitucional en Iberoamérica* 116-118 (1963); Pareja, 311, 526.

11. *Resolución Suprema* (citado como R.S. de ahora en adelante) del 5-1-65, Primera Sala de la Corte Suprema, dijo:

“los decretos-leyes, promulgados por gobiernos de facto que asumen funciones legislativas, tienen plena vigencia, aunque no sean ratificados por el Congreso, hasta ser derogado, modificado, o reemplazado por una u otra disposición similar...” en 23 *Revista de Jurisprudencia Peruana* 104 (1965).

La presunción en favor de la validez de un decreto-ley es aún más fuerte cuando el Congreso aprueba leyes que modifican las disposiciones del decreto-ley, sin tocar la vigencia del último. Por ejemplo, Ley N° 15463 del 12-3-65; Ley N° 15117 del 3-8-64; Ley N° 15115 del 24-7-64; Ley N° 15076 del 22-6-64; todas modificatorias del Decreto-ley N° 14605 del 25-7-63.

12. En tiempos recientes cuatro leyes de esta especie han sido aprobadas. Ley N° 9047 del 12-1-40; Ley N° 14953 del 9-3-64; Ley N° 16701 del 31-10-67; Ley N° 17044 del 20-6-68. Las tres primeras leyes delegaron poderes al Ejecutivo para tomar las “medidas debidas” para abaratar el costo de los artículos de primera necesidad, conformándose al artículo 49 de la Constitución, e informando al Congreso sobre las medidas aplicadas por decreto. La ley más reciente, Ley N° 17044, autorizó al Ejecutivo dictar medidas “extraordinarias... para resolver el desequilibrio estructural en las finanzas públicas, fortalecer la balanza de pagos, y fomentar el desarrollo integral de la economía”, además que “frenar el aumento immoderado en el costo de vida”. Esta delegación tan amplia de poderes mo-

premos con el rango de Ley para respetar la jerarquía¹³.

Las leyes aprobadas por el Congreso o el Ejecutivo se dividen en varios grupos muy generales. Las leyes de orden más general se denominan **Leyes de bases**. Estas solamente señalan la intención del Gobierno de que algo debe de hacerse con respecto a una situación, sin especificar detalles. Las especificaciones generalmente aparecen más tarde, explicadas en otra Ley que trata sobre el mismo tema. Por ejemplo, existía una Ley de Bases de la Reforma Agraria antes de que fuera presentada y promulgada la primera Ley de Reforma Agraria¹⁴. En otros casos, esta clase de ley se puede dar con la idea de calmar el clamor popular sin hacer realmente nada más que reconocer legislativamente la existencia de un problema.

Las leyes más amplias, pero con un fin específico, son las **Leyes Orgánicas**, las cuales cubren un área completa en un solo acto. Ejemplo de estas leyes son la Ley Orgánica del poder Judicial¹⁵ y la Ley Orgánica del Presupuesto¹⁶. Aquella reorganizó el sistema judicial del Perú; la última estableció, entre otras cosas, cómo poner en ejecución el presupuesto, de dónde debían venir los ingresos, cómo debían de gastarse y cómo serían administrados.

Aparte de las leyes Orgánicas existen los **Códigos**, que representan casi con exclusividad, fuentes de derecho privado, de acuerdo con las doctrinas romanis-

tivo una reacción del Colegio de Abogados de Lima. Mientras el Colegio admitió la procedencia de una delegación para objetivos limitados, concordante con las normas constitucionales, se manifestó en contra de “una delegación de la función legislativa —no autorizada por la Constitución— por lo cual se decreta nuevas leyes, se crea y se deroga impuestos, y se promulgan disposiciones penales e inclusive sanciones...” Dictamen del Colegio de Abogados de Lima del 5-7-68.

13. A pesar de la censura del Colegio de Abogados, una completa reforma de la Ley Tributaria fue promulgada por Decreto Supremo “en ejercicio de la autorización especial decretada por la Ley N° 17044”. D. S. N° 287-68/HC del 9-8-68. La constitución, art. 124, inc. 5, parece indicar que solamente el Congreso tiene poder para crear impuestos.

14. Decreto-Ley N° 14238 de 16-11-62; Ley N° 15037 de 21-5-64.

15. Decreto-Ley N° 14605 de 25-7-63.

16. Ley N° 14816 de 17-12-63.

tas¹⁷. En teoría al menos, un Código contiene todas las reglas necesarias del Derecho dentro de una rama determinada, estableciendo un sistema completo. Una clasificación aún no mencionada es la **Ley Ordinaria** la cual, casi siempre es usada para describir una ley corta y sencilla que trata acerca de un tema específico y limitado, pero que bien puede incluir cualquier otra cosa que no quepa en las otras clasificaciones.

El Congreso también puede aprobar **Resoluciones Legislativas**, las cuales no son leyes de aplicación general, sino más bien, una forma oficial de encauzar los procesos legislativos. Por ejemplo, las sesiones legislativas se clausuran y los tratados se aprueban por resoluciones Legislativas¹⁸.

III. EL PROBLEMA DE LA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

A) Revisión Judicial

El Perú, como muchos países latinoamericanos tiene conflictos entre la teoría y la práctica en lo que respecta a la supremacía constitucional. Antes que la Constitución constituya la norma suprema dentro de un país, deben existir algunos medios de garantizar su cumplimiento. Si se carece de la maquinaria necesaria para hacer respetar la Constitución, ésta no podrá ser “la ley suprema de la nación”; por el con-

17. Por ejemplo, el Código Civil y el Código Penal son actos del Congreso. *Código Civil*, Ley N° 8305 de 2-7-36; *Código Penal*, Ley N° 4868 de 11-1-24. La mayoría de los códigos son preparados por comisiones de especialistas nombrados por el Ejecutivo, y son después sometidos al Congreso para su aprobación. Al menos en una ocasión, la legislatura ha aprobado el trabajo de la comisión *a priori*. El Código Tributario fue promulgado como acto administrativo previamente autorizado por ley. Véase Ley N° 16043 del 4-2-66; D.S. 263-11 del 12-8-66. Este, sin embargo, fue un Código procesal que no creaba derechos sustantivos.

18. Las Resoluciones Legislativas son enumeradas correlativamente conjuntamente con las leyes. Por lo tanto el numeral de una ley no indica la cantidad de leyes promulgadas por el Congreso peruano, ya que la numeración es un requisito de los actos del Congreso, sino cuantas leyes y resoluciones legislativas han sido promulgadas. Véase Ley N° 1 de octubre de 20 de 1904. Es más, los Decretos-Leyes son numerados dentro del mismo sistema.

trario, queda reducida a “máximas de moralidad política las cuales tienen fuerza solamente por encontrarse dentro de la Constitución y por la fuerza con la cual la apoya la opinión pública”¹⁹, y de la conciencia de las ramas ejecutivas y legislativas del gobierno. En los Estados Unidos y otros países²⁰, naturalmente, la rama judicial ejerce el poder de revisión sobre los actos legislativos con poder hasta para anular e invalidar una ley **ex tunc** y **erga omnes**.

La Corte Suprema del Perú nunca ha intentado ejercer ese poder, aunque es razonable que pueda hacerlo de acuerdo con el ordenamiento vigente. La Constitución en sí misma, no establece específicamente que ella es la fuente permanente del derecho en el Perú²¹, pero lo propuesto podía ser teóricamente indiscutible por varias razones. Obviamente, cualquier pronunciamiento de la Constitución, por definición, está designada como la fuente formal más alta para ese

19. LIEVENS, “The Conseil d’Etat in Belgium”, 7 *Am. J. Comp. L.* 572 (1958).

20. Entre los países europeos que confían el poder de revisión constitucional a la judicatura son Italia, Constitución de 1-1-48, arts. 134, 135, 136; y Alemania Oriental, Constitución de Bonn de 23-5-49, art. 92, por no citar sino los casos más destacados. Véase CAPPELLETTI Y ADAMS, “Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations”, 79 *Harv. L. Rev.* 1207 (1966), y los artículos ahí citados.

Entre las naciones latinoamericanas la revisión judicial aparece en Argentina, Ley N° 48 de 14-9-63, art. 14, Constitución de 1949, art. 95; Brasil, Constitución de 1946, art. 101 (III) (a); Uruguay, Constitución de 1952, arts. 256-59; Venezuela, Constitución de 1961, Disposición Transitoria 15 *Ley Orgánica de la Corte Federal* del 6-8-53, art. 3 (10). Sobre la práctica en otros países, véase ALZAMORA V., “La organización del Tribunal Supremo en diversos países”, 54 *Revista del Foro* 13 (Lima, abril-junio, 1967); Ferrero, *Teoría del Estado* 209 (1967).

21. La Constitución de 1856 expresa claramente en su art. 10 “Cualquier ley que se oponga a la Constitución es nula y sin efecto”. Por lo menos un comentarista peruano ha tratado de hacernos ver la analogía entre esto y el espíritu similar que se encuentra en el art. 19 (una limitación *ultra vires* a los miembros del gobierno) y el 220 (el poder judicial debe administrar justicia de acuerdo con la Constitución). Véase: RAVAGO BUSTAMANTE, “La revisión de la constitucionalidad de las leyes en nuestro ordenamiento y en nuestra realidad política”, *Advocatus* 73, 74-75 (Lima, enero-abril, 1963).

caso²². El sistema peruano ha estado reclamando la protección judicial de ese principio, aún desde la promulgación de la actual Constitución. Si la judicatura quisiera ejercer la revisión judicial, podría basar su práctica en cualesquiera de dos causas relativamente clara para hacerlo: (1) la Constitución, en el Art. 69, provee una “acción de habeas corpus” para proteger “todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución” de las acciones oficiales impropias, incluyendo la legislación, al menos teóricamente; (2) las cláusulas de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963²³ estipulan que la Constitución tendrá preferencia sobre todas las otras fuentes legales y describe un elaborado y detallado proceso para la revisión judicial de las fuentes constitucionales. Sin embargo, el poder judicial peruano —a menudo con buenas razones— ha temido comenzar una práctica de la revisión judicial, a pesar de haber tenido varias oportunidades para hacerlo.

B) Habeas Corpus estilo peruano

Hasta la Constitución de 1933, el Habeas Corpus había sido considerado en el Perú como una acción sumaria contra la detención arbitraria de personas, de acuerdo con sus orígenes en el derecho inglés²⁴. Otras garantías tales como el embargo (**injunction**) y el mandamiento (**mandamus**) no habían sido adaptadas al sistema peruano, a pesar de la necesidad de tales instituciones protectoras. La solución peruana fue la de ampliar el concepto de habeas corpus en lugar de introducir nuevos recursos con otros nombres. Así nos encontramos con que el actual concepto constitucional de “Habeas Corpus”, sobrepasando la tradición y hasta el mismo significado del término, representa una

22. Véase FERRERO, *Teoría del Estado* 143-50, 153 (1967); KELSEN, op. cit. supra nota 1, 198-214, 221-24; LEON BARANDIARAN, *Manual del Derecho Civil* 13 (1963). La ley que convocó la Asamblea Constituyente de 1931 le da peso a esta cuando utiliza términos tales como “ley fundamental” “carta fundamental”, etc. al describir el documento en debate. Véase Decreto-Ley N° 7160 de may 26, 1931.

23. Decreto-Ley N 14605 de 25 de julio de 1963, arts. 8, 141 (7).

24. Véase COOPER, “Habeas Corpus in the Peruvian Legal System”, 31 *Revista de derecho y Ciencias Políticas* 297 (Lima, 1967); PAREJA, 515-17; BUSTAMANTE CISNEROS, “Constitución y Habeas Corpus”, 19 *Revista de Jurisprudencia Peruana* 244 (1960).

posible vigilancia judicial, de una amplitud casi ilimitada, a las otras ramas del gobierno.

Es posible que el nuevo concepto de Habeas Corpus haya tenido un gran impacto en el Perú en cuanto a la supremacía constitucional. Debido a una serie de circunstancias fortuitas, nadie lo sabe de seguro. Hasta hace poco, las acciones de Habeas Corpus, no importa cual fuera la naturaleza de las mismas, eran examinadas por los Tribunales Correccionales siguiendo los trámites del Código de Procedimientos Penales²⁵. A pesar de haberse redactado después de la Constitución, las secciones pertinentes en las leyes procesales penales fueron claramente designadas para implementar solamente el sentido tradicional del Habeas Corpus. Los procedimientos eran estrictamente orales (en un país donde casi todos los procedimientos legales se hacen por escrito) y ninguna apelación por parte del gobierno era posible donde un demandante privado había ganado su recurso²⁶. En vista de que sólo las decisiones de la Corte Suprema son sistemáticamente publicadas, y sólo los demandantes particulares que **no han tenido éxito** pueden recurrir a la Corte Suprema, los casos legales a nuestra disposición consisten en su mayoría de decisiones corroborando los fallos de las Cortes Superiores contra los recursos de Habeas Corpus²⁷. No existe ninguna forma de conocer cuántos de estos recursos tuvieron éxito, a no ser que se hiciese una revisión total de las decisiones judiciales en todos los Tribunales Correccionales en los últimos 37 años²⁸.

25. Código de Procedimientos Penales, arts. 349-359.

26. Ibid., art. 292, § 8.

27. Véase GUZMAN FERRER, *Código de Procedimientos Penales*; anotaciones al art. 349 (6ª ed., 1966).

28. Por ejemplo, ante la Corte Suprema se plantea la solicitud del Ministro de Trabajo y Asuntos indígenas para la interpretación de una ley cuya aplicación era responsabilidad de dicho Despacho. Varios exitosos habeas corpus obstruyeron la aplicación de la ley, haciendo imposible al mismo tiempo actuar con certeza debido a distintos fallos en diferentes cortes. La Corte Suprema, en sala plena, opinó que no podía fallar aconsejando en este asunto, pues se limitaba a sentenciar sólo en un caso concreto, y rechazó la petición. R. S. del 26-8-65, 60 *Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia del Perú* 321 (1965) [de ahora en adelante citado como *Anales Judiciales*]. Ninguno de los habeas corpus de los que se quejaba el Ministro están disponibles al investigador.

Es quizás curioso que fuera el actual gobierno de facto el que tomó la iniciativa y dio los primeros pasos para mejorar y perfeccionar el procedimiento de Habeas Corpus, donde las garantías constitucionales, y no sólo la libertad física del individuo estén envueltas.

El Decreto-Ley Nº 17083 promulgado poco después del establecimiento de la Junta²⁹, señala el procedimiento a seguir en todas las acciones de Habeas Corpus, exceptuando aquellas que envuelven la detención de un individuo, protección de su domicilio, o restricciones en su derecho a viajar y que siguen vigentes de acuerdo con el Código de Procedimientos Penales. El nuevo proceso debe hacerse por escrito, presentándose ante la Corte Superior y ambas partes —el particular o el Estado— pueden interponer recurso de nulidad ante la Corte Suprema³⁰.

Los mismos procedimientos de habeas corpus ya han sido utilizados en una demanda cuyo propósito era anular el Estatuto de la Libertad de Prensa promulgado por la Junta³¹, que establece penas pecuniarias y de prisión para quienes escriban o publiquen artículos periodísticos que contengan un lenguaje ofensivo “al honor o la reputación” de personas o grupos, incluyendo a funcionarios públicos y entidades gubernamentales³², o la atribución de un hecho, una característica o conducta perjudicial a la reputación o al honor de una persona o una sociedad, una vez más incluyendo a los miembros e instituciones del gobierno, exceptuando aquellos casos en que pueda probarse³³. La verdad absoluta de la información. Los presidentes de dos asociaciones periodísticas nacionales plantearon una acción de Habeas Corpus atacando este Decreto-Ley como violatorio de las garantías constitucionales de la libertad de prensa, de pensamiento y de expresión. La demanda fue rechazada en la Corte Superior³⁴ y el fallo fue confirmado por la Corte Su-

prema³⁵. La opinión de la Corte Suprema fue de que el Habeas Corpus “no está dado contra las leyes ni contra los estatutos de igual jerarquía, considerados en abstracto, como transgresiones-constitucionales de índole formal o normativa”. Para que el Habeas Corpus pudiera ser aplicado en este caso, la Corte Suprema requería “un acto arbitrario del Poder y la lesión consiguiente de un derecho subjetivo”, aunque se esforzó en aclarar que “la bondad y amplitud de nuestro sistema legal franquea en cada caso particular los medios adecuados de planteamiento y defensa del principio de supremacía constitucional frente a las leyes que las desconocen o vulneran, siendo ésta, sin duda alguna, la más alta función del Poder Jurisdiccional”.

Las cortes peruanas han usado el Habeas Corpus en contra de las acciones gubernamentales de la Junta que intentaron multar a periodistas por sus publicaciones³⁶ o deportarlos sumariamente³⁷. De la misma manera los gobiernos anteriores³⁸ han utilizado el Habeas Corpus para proteger los derechos constitucionales de las personas. En todos estos casos, sin embargo, las cortes han tenido cuidado de afectar solamente los derechos del individuo, tal como están definidos por los hechos específicos en controversia. Aún en el caso de que se discuta directamente sobre una ley u otra norma específica, no ha existido ni la más ligera pretensión por parte de la Corte de estar tachando un acto general en contraste con la aplicación específica del mismo en un caso determinado³⁹.

Los abogados del Common Law podrían protestar que la extrema precaución de las cortes peruanas se hace irrelevante si sus decisiones van a sentar precedentes. La línea que traza la diferencia entre “deklarar” una ley inconstitucional y “preferir” la Constitución a la ley en un caso determinado, se convierte en una controversia académica si el Congreso, el ejecutivo, los tribunales y los demandantes, pueden

29. El 24 de octubre de 1968, tal vez para asegurarse de que el Gobierno pudiera apelar un fallo favoreciendo a la Internacional Petroleum Co. en su acción de Habeas Corpus en contra de la expropiación de los campos de petróleo de La Brea y Pariñas. Véase *ibid.*, art. 5.

30. *Ibid.*, arts. 3-4.

31. Decreto-Ley Nº 18075 de 30-12-69.

32. *Ibid.*, art. 27 § c.

33. *Ibid.*, art. 27 § e.

34. Exp. 3452-69, R. S. de 8-1-70, *Corte Superior de Lima*.

35. R. S. de 30-1-70 (*Primera Sala*), en 57 *Revista del Foro* 534 (1970).

36. Véase nota 76 *infra*, y texto acompañante.

37. R. S. de 28-4-69; R. S. de 29-4-69, ambos en el *Cuarto Tribunal Correccional* de Lima.

38. Véase, R. S. de 3-1-61, 57 *Anales Judiciales* 212 (1961); R. S. de 26-7-58, 53 *Anales Judiciales* 131 (1958); R. S. de 19-7-48, 44 *Anales Judiciales* 339 (1948).

39. Véase nota 35 *supra*; nota 45 *infra* y texto que incluye.

referirse a esa decisión como procedente. En el Perú, sin embargo, la distinción es importante, pues el Tribunal Supremo con frecuencia no sigue sus propias decisiones en casos subsecuentes⁴⁰. Las cortes peruanas no están limitadas, ni formalmente, ni por tradición al principio del **stare decisis**: es decir, que las cortes deberían seguir las decisiones existentes y decidir casos similares en forma similar para crear un cuerpo consistente de derecho aplicado.

Por supuesto, las decisiones de la Corte Suprema del Perú tienen efecto en las cortes y juzgados y entre los abogados, quienes las toman en consideración al sentenciar, o al hacer estudios de investigación del Derecho⁴¹. Pero las ramas ejecutiva y legislativa han demostrado que están dispuestas a aceptar la jurisprudencia al pie de la letra y continúan aplicando una norma legal o administrativa, aún después que otra norma superior ha sido "preferida" en un caso judicial anterior y similar. Esto significa que no hay ninguna seguridad en las decisiones judiciales y que cada ciudadano tendrá que disponer del tiempo, el trabajo y el dinero que implica entablar una demanda en la Corte Suprema de manera de obtener una

40. Por ejemplo, últimamente la Corte Suprema del Perú llegó a conclusiones opuestas en dos habeas corpus tratando el mismo problema y con respecto al mismo terreno. Esto son los dos casos Huadquiña relacionados con la Reforma Agraria en el Cuzco. Una hacienda con varios dueños, fue afectada por la reforma y sus dueños objetaron el valor total que la valorización gubernamental asignó a la misma. Uno de los condóminos presentó una demanda pretendiendo una reevaluación de la misma, pero no tuvo éxito. *Expediente 11/64, R.S. de 5-1-65, Primera Sala Corte Suprema*, en 23 *Revista de Jurisprudencia Peruana* 100 (1965). Subsecuentemente, otros dos condóminos interpusieron una segunda demanda basándose en los mismos hechos que la primera y tuvieron éxito logrando la anulación de la evaluación original. *Expediente 16/64, R.S. de 30-7-65, Primera Sala de la Corte Suprema*, en 52 *Revista del Foro* 279 (1965). Aparentemente el dueño que fracasó sería indemnizado por el gobierno a base de la evaluación original de la propiedad, mientras los otros dos dueños que obtuvieron éxito en su gestión ante la Corte Suprema, recibirían, cada cual su parte correspondiente basándose en un valor completamente distinto, para la misma propiedad. Estas y muchas ejecutorias más han sido compiladas por GARCIA BELAUNDE *El Habeas Corpus Interpretado*, Lima 1971.

41. En las instancias inferiores el respeto por las decisiones de la Corte Suprema se debe en parte a la

sentencia judicial inapelable en su caso particular, cualquiera que sea la precedencia que tome la Constitución sobre una ley u otro acto oficial.

Aún bajo las limitaciones anteriormente expuestas, hay una instancia en la cual una revisión judicial puede revertir en la práctica: cuando una ley privada o una ley específica aplicable a un solo caso es cuestionada por un procedimiento de Habeas Corpus. En este caso la preferencia de la Constitución sobre la ley, efectiva e inevitablemente, anularía la última. Este problema fue presentado recientemente ante las cortes peruanas cuando la International Petroleum Corp. (IPC) atacó la validez de ciertos decretos-leyes de la Junta Militar, promulgados con el propósito de expropiar los campos petrolíferos de la IPC en el norte del Perú. Antes de ser destituido en octubre de 1968, el régimen constitucional de Fernando Belaúnde Terry había firmado un "acuerdo final" con la IPC definiendo los derechos y las concesiones de las últimas explotaciones petroleras. El acuerdo había sido oficialmente ratificado por dos Decretos Supremos y varias Resoluciones Supremas implementando sus disposiciones⁴². Una de los primeros ac-

ratificación que ésta efectúa cada cinco años en todos los miembros del Poder Judicial. La Corte Suprema actúa entonces como jurado revisando las cualidades y la actuación de cada juez y puede separarlos de su cargo. Decreto-Ley N° 14605 de 25-7-63, art. 104. Cuarenta miembros del poder judicial fueron separados de su cargo durante la ratificación realizada en 1967.

Una ratificación semejante de los magistrados se celebró el 23 de diciembre de 1969 bajo el Decreto Ley N° 18060, art. 5 (a). Con la reciente creación del Consejo Nacional de Justicia (D.L. 18060 y leyes complementarias) este tipo de control ha adquirido nuevas dimensiones.

La mayoría de las cortes latinoamericanas siguen las decisiones de la corte, especialmente en aquellos casos en que la información sobre las decisiones pueden obtenerse fácilmente. Véase deVRIES and RODRIGUEZ-NOVAS, *Law of the Americas* 194, 197-98, 201-16 (1965).

En México, cinco decisiones consecutivas e iguales de la Corte Suprema con respecto a un aspecto de la ley, se convierte en precedente obligatorio a seguir según la Ley de Amparo. Véase, e. g., Fix ZAMUDIO, *Juicio de Amparo* 406-08 (1964); HERNANDEZ, *Curso de Amparo*, 364-91 (1966).

42. Véase D. S. N° 088-68/FO de 13-8-68; D. S. N° 080-68/FO de 9-8-68; R. S. Nos. 0020-68/FO-PE, 0021-68/FO-PE, y 0022-68/FO-PE, todos de 14-8-68.

tos oficiales de la Junta Revolucionaria fue el de rescindir, por medio de un Decreto-ley, tal acuerdo y los actos ejecutivos promulgados en consideración a él y procedió a expropiar todas las tierras e instalaciones de la IPC en los campos de La Brea y Pariñas⁴³.

En su Habeas Corpus la IPC atacó la rescisión de sus acuerdos con el anterior gobierno como un ejercicio inconstitucional del poder judicial por el Ejecutivo, contrario al Art. 220 de la Constitución, apelando que un documento legal (el acuerdo) puede ser rescindido únicamente por una decisión judicial y que el Gobierno Revolucionario sólo puede ejercer funciones ejecutivas y legislativas de acuerdo con sus propios estatutos⁴⁴. Además se argumentó que la expropiación en sí misma era contraria al derecho de propiedad y el libre comercio, garantizados por los artículos 29 y 40 de la Constitución. Específicamente la IPC solicitó la nulidad del Decreto-Ley de la Junta.

En una primera resolución, el Quinto Tribunal Correccional vaciló ante el problema de la constitucionalidad así confrontada, fue más allá de los asuntos inmediatos en el litigio de habeas corpus para fallar, **inter alia**: “dentro del orden legal vigente no hay disposición que permita a este Tribunal Correccional declarar la inconstitucionalidad de los Decretos-Leyes; es cierto que el Art. 22 del Título Preliminar del Código Civil, establece que donde hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, la anterior tiene preferencia y el Art. 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que cuando los jueces o tribunales encuentran incompatibilidad entre las normas referidas, la Constitución tiene preferencia, pero ésto no autoriza la declaración de inconstitucionalidad de Leyes o Decretos Leyes; el Tribunal Correccional no puede, en consecuencia, hacer ningún pronunciamiento concerniente a la inconstitucionalidad de los Decretos-Leyes impugnados por la IPC, ni siquiera en el caso que la acción cayera dentro de la jurisdicción del Art. 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con referencia a las regulaciones gubernamentales, resoluciones o decretos de carácter general; aceptar la tesis alegada por la IPC, sería sostener que judicialmente y por resoluciones originadas en un Tribunal Correccional, los Decretos Leyes en pugna podrían ser modificados o derogados total o parcialmente; de acuerdo con estas disposiciones (entre otras) hemos declarado por mayoría de voto que la petición de la IPC es inadmisibile...”⁴⁵.

43. Decretos-Leyes Nos. 17065 y 17066, ambos de 4-10-68.

44. El Estatuto del Gobierno Revolucionario, Decreto-Ley N° 17063 del 3-10-68, art. 6, dice: El Presidente de la República ejercerá las funciones que la Constitución otorga al Poder Ejecutivo y con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros los del Poder Legislativo, mediante Decretos-Leyes expedidos conjuntamente con los miembros de la Junta Revolucionaria.

mentales, resoluciones o decretos de carácter general; aceptar la tesis alegada por la IPC, sería sostener que judicialmente y por resoluciones originadas en un Tribunal Correccional, los Decretos Leyes en pugna podrían ser modificados o derogados total o parcialmente; de acuerdo con estas disposiciones (entre otras) hemos declarado por mayoría de voto que la petición de la IPC es inadmisibile...”⁴⁵.

La Corte Suprema peruana —dando un paso firme, si no temerario— simplemente sostuvo que ninguna de las provisiones constitucionales habian sido infringidas⁴⁶. No se hizo ninguna referencia al poder de revisión de la Corte sobre la legislación o la carencia de la misma, sea independientemente o en referencia a la opinión del Tribunal Correccional. Una declaración no concisa de que “todo el resto (de la decisión emitida por el Tribunal Correccional) era insubsistente” era el único lenguaje que podría considerarse de alguna importancia en cuanto a la causa motivo de sentencia, que pudo haberse pospuesto para otro día.

C) La Ley Orgánica del Poder Judicial y la Supremacía Constitucional

El Habeas Corpus no es la única vía por la cual las cortes peruanas se han acercado a la revisión judicial. Según se mencionó en los considerandos de la resolución del Tribunal en el caso de la IPC tanto el Código Civil⁴⁷ como la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴⁸, establecen que cuando la Constitución y la Ley son incompatibles, aquella tiene precedencia. Tal declaración es inocua por sí misma, pues es casi un axioma con respecto a las fuentes del Derecho. Su inclusión en el Código Civil de 1936 probablemente

45. Expediente 939/68, R. S. de 9-11-68, Quinto Tribunal Correccional de Lima.

46. Expediente 939/68, R. S. de 3-1-69, Primera Sala de la Corte Suprema.

47. Código Civil, Título Preliminar, art. XXII, señala: “Cuando hay incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, se prefiere la primera”. Parece claro por los debates sobre este artículo, que se quiso crear un poder de revisión en la rama Judicial. Véase, 3 APARICIO Y GOMEZ-SANCHEZ, *Código Civil* 50-52 (1942) y las fuentes citadas allí. Otro problema puede ser que el Título Preliminar no es necesariamente una parte de la ley o del Código Civil, sino una declaración de principios en un preámbulo no obligatorio del Código.

48. Decreto-Ley N° 14605 de 25-7-63, art. 8.

no tuvo ningún efecto con respecto a la supremacía práctica de la Constitución en el Perú⁴⁹.

Sin embargo, con la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial en 1963, la situación cambió. Esta ley, no solamente reiteró el principio expresado en el Código Civil, sino que también estableció procedimientos muy específicos para implementarlo. Cada conflicto entre la Constitución y una ley debía ser elevado ante la Corte Suprema aunque las partes no lo solicitaran. Si la sentencia del Juez no fuese apelada ante la corte superior, ella deberá ir en consulta directa a la suprema. La Corte Suprema deberá pronunciarse sobre el problema constitucional en consulta, separado de los otros aspectos involucrados en esa causa⁵⁰.

La historia de los antecedentes de la Ley Orgánica del Poder Judicial indica que sus creadores tenían en mente instituir la práctica de la revisión judicial de la constitucionalidad de leyes en el Perú⁵¹. Sin embargo, existen en el Perú muchos obstáculos intrínsecos para su implantación. La naturaleza inestable de los gobiernos de jure en el Perú no ha estimulado la constitucionalidad. No existe la tradición de un Poder Judicial fuerte e independiente⁵², ni ninguna práctica análoga a una revisión judicial; eso sería una

49. A pesar de la historia legislativa del artículo en cuestión, la Corte Suprema en 1956 decidió que el artículo XXII del Código Civil no tenía aplicación en problemas de Derecho Público. R. S. de 7-1-56.

50. Decreto-Ley N° 14605 de 25-7-63.

51. Véase el ejemplar publicado por la Universidad de San Marcos en 1963, incluyendo el texto de la ley y las anotaciones del Dr. Mario Alzamora Valdez, quien fue su redactor principal.

Para tener una idea del movimiento en pro de la revisión judicial entre abogados peruanos en esta época, véase FERRERO, *Teoría del Estado* 206-09 (1967); FERRERO, "El control de la constitucionalidad de las leyes", 11 *Revista Jurídica del Perú* 87-91 (1960); LA HOZ TIRADO, "El control jurisdiccional de constitucionalidad", 15 *Revista de Jurisprudencia Peruana* 1259-69 (1957); ZARATE POLO, "La protección judicial de constitucionalidad", 15 *Revista de Jurisprudencia Peruana* 383-414, 497-522, 622-34 (1957); ALZAMORA V., "Necesidad de la reforma constitucional", *Expreso* 12 (30-3-67).

52. Por ejemplo, cuando los periodistas que criticaron el régimen militar fueron deportados en 1969, las cortes reconocieron su derecho de regresar al país. Véase RR. SS. de 28-4-69, 29-4-69, Cuarto *Tribunal Correc-*

aberración en el sistema⁵³. La Constitución no establece una cuidadosa y balanceada separación de poderes, pero si tiende a crear una confrontación entre el poder ejecutivo y el legislativo con una administración judicial fuera del cuadro. Aquellos que citan la salvaguarda constitucional en contra de una ley a menudo tienden a ser particulares tratando de proteger sus intereses creados contra todo cambio social y económico, tal como sucedió con la reforma agraria, por ejemplo, por lo tanto la acción judicial que pretenda el cumplimiento de la Constitución puede ser una acción singularmente impopular.

Entonces, de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial, igual como en el caso del Habeas Corpus, las cortes se pueden enfrentar con una ley en conflicto con la Constitución y darle precedencia a ésta en un proceso judicial determinado, toda vez que dicha situación no pretendería afectar la validez de la ley en sí misma. La distinción importante es entre el poder, que ahora ejercitan las cortes peruanas, de preferir la Constitución sobre la legislación conflictiva en una controversia judicial específica entre las llamadas partes y el Estado sin sentar un precedente, y del otro lado el poder declarar la inconstitucionalidad de una legislación y por lo tanto anularla.

La Corte Suprema ha sido muy cauta al reconocer y mantener las limitaciones de su propio poder. Un caso en 1967, **Evans v. International Petroleum Corp.**⁵⁴ presentó directamente ante la Corte el problema de la inconstitucionalidad de una ley. En ese caso, una ley promulgada el 17 de septiembre de 1964 esta-

cional de Lima. Como respuesta a las acciones exitosas de Habeas Corpus planteados por los periodistas, el Ministro de Gobierno y Policía dijo: "Que vuelvan, si pueden". Aunque más tarde explicó que había querido decir que los periodistas podían regresar en cualquier momento que quisieran, éstos, bien aconsejados, se quedaron fuera del país varios meses después del fallo favorable de los Habeas Corpus. Véase *El Comercio*, 12-2-70, p. 1; 13-2-70, p. 4.

53. Una regla básica del sistema jurídico peruano es que una corte nunca hace una interpretación general de una ley, sino que simplemente se dedica a aplicarla a los casos concretos que le sean sometidos. Véase R. S. de 8-10-53 (Sala Plena), 49 *Anales Judiciales* 159 (1953).

54. Expediente 436/66 (Civil), R. S. de 3-8-67, Primera Sala de la Corte Superior (votos 4-3), en 19 *Revista Jurídica del Perú* 115 (1968).

bleció los beneficios de la jubilación para aquellos trabajadores que se habían retirado después del 6 de noviembre de 1963⁵⁵. Evans, quien se había retirado el 31 de julio de 1964, reclamó este derecho que le correspondía después de su retiro de acuerdo con esa ley, pero la IPC se resistió al pago de la jubilación alegando que la retroactividad contemplada en la ley era incompatible con el Art. 25 de la Constitución, la cual sin establecer distinciones, señala que “ninguna ley puede tener fuerza o efecto retroactivo”.

Antes de entrar a considerar directamente el problema constitucional, la Corte sentenció específicamente que ni la Ley Orgánica del Poder Judicial ni el Título Preliminar del Código Civil “concedían a la Primera Sala de esta Corte Suprema el poder de declarar inconstitucional una ley, pero si preferir la Constitución a cualquier otra ley... El Poder legislativo al crear la Ley, el Poder Ejecutivo al promulgarla y el Poder Judicial al aplicarla habían cumplido con la Constitución de la República y la designación de atributos de cada uno de dichos poderes... Nuestra Carta Fundamental no concede al poder Judicial la facultad de declarar una ley inconstitucional”⁵⁶.

Un caso más reciente fue el de un abogado que condenado a pagar una multa y a prisión de acuerdo con el Estatuto de la Libertad de Prensa por haber escrito una carta al Director de un periódico, y que considerada ofensiva a la Policía de Investigaciones del Perú, llevó su caso a la Corte Suprema. Su primera defensa fue que la garantía constitucional de la libertad de prensa y de la libertad de opinión y de expresión protegían su carta. La Corte, en

55. Ley N° 15144 de 17-9-64, art. 8.

56. La mayoría no encontró conflicto entre la retroactividad de la Ley N° 15144 y el artículo 25 de la Constitución, sentenciando que el artículo 132 de la Constitución, (“la ley es obligatoria desde el día siguiente a su promulgación y publicación, salvo disposición contraria de la misma ley”) hace posible un efecto *ex post facto*. Los jueces en minoría sostenían que el artículo 132 sirve para postergar la vigencia hasta una fecha futura, pero no aplicarla retroactivamente. Aunque no los citaron, habían fallos de acuerdo con la minoría. Véase Expediente 207/65, R.S. de 23-6-65, 1ª Sala de la Corte Suprema, en 23 R. de J.P. 1970 (1965); Expediente 882/58, R.S. de 10-10-58, 1ª Sala de la Corte Suprema, en 17 R. de J.P. 585 (1959).

una sentencia dividida, mantuvo la convicción aunque redujo la sanción⁵⁷. Sin embargo, no hubo indicación en la opinión, por parte de la mayoría o de los que disintieron, de que el caso representaba una prueba general de la ley o que podía tener efecto más allá de los principios inmediatos.

La aplicación práctica puede haber negado ya la intención de los redactores de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En la actualidad, la revisión del problema de la constitucionalidad de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial precisamente parece ofrecer lo que es aprovechable en una acción de Habeas Corpus: un posible desahogo para la persona directamente afectada. La diferencia principal de los dos remedios puede ser que el Habeas Corpus, acción sumaria, sea más rápida.

Si ésta es en realidad el actual estado de la cuestión no todos los juristas peruanos están de acuerdo con él. El Dr. Domingo García Rada, por mucho tiempo Magistrado y hasta hace poco Presidente de la Corte Suprema⁵⁸, ha publicado recientemente un **Manual de Derecho Procesal Penal** en el cual expone inequívocamente que los Habeas Corpus debían ser aplicados “solamente para la protección del individuo contra los excesos de la Administración y como una protección de las garantías constitucionales dondequiera que ellas puedan ser violadas por acciones o por hechos, en lugar de las normas legales. Esto

57. R.S. de 30-6-70, 1ª Sala de la Corte Suprema (voto 3-2-1).

58. El Dr. García Rada fue separado de su cargo en la Corte Suprema junto con todos, menos dos de los diecisiete jueces que la componen, por decreto de la Junta y como parte de un plan de “reorganización” de la Corte. Decreto Ley N° 18060 de 23-12-69. Aunque el propósito general de la ley era mejorar la administración de la justicia, así como la calidad del personal de la Corte Suprema, como explicaba la Junta en el Preámbulo de dicho Decreto-Ley, parece probable que el Dr. García Rada, un jurista de indudable capacidad y de logros académicos considerables, fuese separado por sus pronunciamientos públicos en cuanto a la legalidad de los gobiernos de facto. Véase “Memoria del Sr. Presidente de la Corte Suprema de la República” en *Memorias y Discursos de las Ceremonias de Apertura del Año Judicial de 1969* pp. 5-9 (1969). El caso específico del Dr. García Rada es una excepción a los comentarios generales sobre la reorganización de la Corte Suprema hechos por la Junta. Véase nota 77 infra.

es, la acción presupone un acto arbitrario de la autoridad sin apoyo de una norma escrita”⁵⁹. El Dr. García Rada señala que el Habeas Corpus fue usado para atacar la constitucionalidad de las leyes antes del advenimiento de la presente Ley Orgánica del Poder Judicial (1963) pero reclama ahora que la validez constitucional de una ley debe ser aplicada solamente en un procedimiento que esté de acuerdo con el Art. 8 de la Ley Orgánica, dejando el Habeas Corpus para servir aquellos fines “concordantes con su propia naturaleza”⁶⁰. Sin embargo, corregir esta tendencia puede ser algo teórica, pues los colegas del Dr. García Rada y sus sucesores en el Supremo Tribunal han fracasado aparentemente al no aplicar su teoría a ninguna acción concreta⁶¹.

D) La Acción Popular

Los particulares en el Perú tienen otra importante vía legal contra los actos ilegales del gobierno, aunque es de notar que los actos legislativos están fuera de su alcance. El Art. 133 de la Constitución contempla la “acción popular” “contra las regulaciones gubernamentales. . . resoluciones y decretos de carácter general que infrinjan la Constitución o las leyes”. Las disposiciones de la Ley evidentemente son claras en su contexto y parecen crear un mecanismo para anular actos ejecutivos, más que rechazar la aplicación de ellos en un caso concreto presentado por un ciudadano directamente afectado.

No ha sido esclarecido si las cortes realmente aplicarán la acción popular para declarar inválidos los decretos y resoluciones del Ejecutivo, pero la Corte Suprema ha actuado tan cautelosamente al tomar la iniciativa de esta acción, como lo ha sido en el caso del Habeas Corpus y la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El caso de **Arias Fiscalini contra el Supremo Gobierno** (1967) nos da un ejemplo de este problema. Una ley de 1964 creó nuevos sueldos y una escala

59. GARCIA RADA, *Manual de Derecho Procesal Penal* 234 (1970).

60. *Ibid.*, 228-34.

61. A no ser que el lenguaje ambiguo utilizado en el fallo sobre el Estatuto de la Libertad de Prensa presagie una cuidadosa limitación del habeas corpus. Pero esto requiere una mayor clarificación en los actuales momentos. Véase notas 31-35 supra.

de categorías para los maestros de enseñanza secundaria en el Perú⁶². El reglamento de la ley había impedido el ascenso de Arias Fiscalini a una posición más alta y con más sueldo, porque su título universitario era el de bachiller en lugar de un doctorado exigido por el reglamento⁶³. La ley hablaba únicamente de “grado académico”⁶⁴. Arias Fiscalini interpuso una demanda para lograr que las disposiciones del reglamento que lo afectaban fuesen declaradas nulas, alegando que éstas estaban en conflicto con lo estipulado por la ley. La Corte Suprema estuvo de acuerdo en que existía un conflicto y en que la Ley debía prevalecer, pero sostuvo solamente que las regulaciones legales no podían ser aplicadas al asunto de la promoción de Arias Fiscalini, resolviendo que la norma reglamentaria impugnada no podía ser completamente invalidada; solamente podía ser declarada inaplicable cuando afecte los derechos del asunto que se discute en un caso específico⁶⁵. Séis meses después de la resolución de la Corte, el Ejecutivo no había cambiado las partes ilegales y no tenía ninguna intención de hacerlo, aunque era totalmente consciente de la decisión judicial⁶⁶.

En otra acción popular, el principio opuesto fue aplicado. Dos Decretos Supremos habían fijado un precio al detalle para el azúcar⁶⁷, pero la asociación de azucareros libró una exitosa acción popular para declarar los decretos nulos e invalidarlos por estar en contra del artículo de la Constitución que protege la libertad de comercio e industria y de una ley que específicamente prohíbe al Gobierno fijar precios⁶⁸. Los azucareros tuvieron éxito, primero en un juzgado de Lima, anunciándose la decisión cuatro días antes que la Corte Suprema emitiera su resolución con respecto al caso Arias Fiscalini⁶⁹. En la apelación, la Corte Suprema reafirmó la sentencia de la instancia inferior ordenando la anulación de los decretos sobre el

62. Ley N° 15215 de 13-11-64.

63. Reglamento aprobado por D.S. N° 29 de 3-5-65, art. 5.

64. Ley N° 15215 de 13-11-64, art. 5.

65. *Expediente* 206/67, R.S. de 10-3-67, 1ª Sala de la Corte Suprema.

66. Entrevista en el Ministerio de Educación, 12-5-68.

67. D.S. N° 01 de 6-1-67; D.S. N° 49 de 19-5-67.

68. Art. 40.

69. Decreto-Ley N° 11208 de 11-11-49, art. 13.

70. R.S. de 6-11-67, 5ª *Juzgado Civil* de Lima.

precio del azúcar, sin referirse en ningún momento al caso Arias Fiscalini⁷¹.

Tal vez entusiasmado por el resultado del caso sobre el precio del azúcar, los líderes del Partido Aprista recientemente presentaron una acción popular impugnando los decretos-leyes del gobierno militar que nombraba alcaldes para todas las municipalidades⁷², en lugar de permitir elecciones populares tal como está fijado en la Constitución⁷³ y en la Ley de Municipalidades⁷⁴. La demanda no tuvo éxito por dos razones. Primero, el tribunal resolvió que como los decretos-leyes eran iguales a una ley del Congreso en la jerarquía peruana, una acción popular no podía presentarse en contra de un decreto-ley. Ahondando más en el tema, la Corte estimó que los nombramientos de alcaldes constituían un "asunto político" que incumbía solamente a la administración del Estado por el gobierno de facto, terreno en el cual la Corte no intervenía⁷⁵. En lo esencial la Corte encontró que no se trataba de derechos individuales o sociales. Aunque se puede estar en desacuerdo con la negativa de la Corte de proteger las elecciones populares como un derecho Constitucional, esa misma Corte ha demostrado que su distinción entre un asunto político y un derecho individual y social es significativa, al anular, en un proceso de habeas corpus, una multa impuesta a un periodista de acuerdo al Estatuto de la Libertad de Prensa⁷⁶. Es más, la negativa de la Corte de imponerse y situarse en contra de la estructura administrativa del gobierno de facto (no habían habido elecciones populares para ningún cargo público durante la administración de la Junta) puede ser que haya si-

71. R.S. de 8-6-68, 1ª Sala de la Corte Suprema, en 26 *R. de J.P.* 1217 (1968). Sin embargo, el gobierno seguía fijando precios para otros artículos y seguía multando a los comerciantes que no respetaban los precios oficiales, "contra el viento y la marea judicial" en las palabras de un abogado peruano, amigo del autor.

72. Decreto-Ley N° 17608 de 29-3-69; Decreto-Ley N° 18017 de 5-12-69.

73. Arts. 203-206.

74. Ley Orgánica de Municipalidades de 8-10-1892; Ley N° 14669 de 28-7-66.

75. La información sobre los hechos y la ley del caso descrito fue obtenida por medio de entrevistas con las personas envueltas en la presentación y decisión del caso. No hay constancia pública en los momentos en que escribimos.

76. Los comentarios de la nota 71 se aplican aquí.

do su manera de reconocer la inevitabilidad de los gobiernos de facto en el Perú, y al mismo tiempo, conservar su derecho judicial de moderar la conducta del régimen de facto, una vez asumido el poder, lo mismo que haría con un gobierno de jure.

La Junta actual ha permitido una actitud de independencia del Poder Judicial, a pesar de haber reemplazado a casi todos los miembros de la Corte Suprema⁷⁷. Esta medida, aparentemente, ha sido para mejorar la administración de justicia más que para eliminar a aquellos jueces contrarios al gobierno de facto. La Junta, como hemos dicho anteriormente, ha impulsado reformas largamente reclamadas en el procedimiento de habeas corpus⁷⁸. Incluyó un artículo en su radical Ley de Reforma Agraria que específicamente reconocía la cláusula sobre supremacía constitucional que aparece en el Título Preliminar del Código Civil, como obligatorio para todo conflicto que surja de la aplicación de ese Decreto-Ley⁷⁹. Es curioso que el último e importante paso hacia un sistema judicial de estricto cumplimiento de la Constitución fuera dado por un gobierno militar con la promulgación de la Ley Orgánica del poder Judicial de 1963.

Por lo tanto, los gobiernos militares en el Perú no están totalmente en oposición a la Constitución, a pesar de la declaración que hizo la Junta en su Estatuto diciendo que respetaría la Constitución siempre y cuando ésta fuese "compatible con los objetivos del Gobierno Revolucionario"⁸⁰. Hasta ahora, la Constitución ha probado ser una Carta Fundamental de garantías y la Junta ha respetado las sentencias con referencia al Decreto-Ley de la Libertad de Prensa⁸¹. Si en un futuro continuará o no haciéndolo es impredecible, pero la historia peruana nos muestra precedentes de que existen posibilidades de que así sea.

El Perú probablemente ya ha alcanzado la máxima protección judicial para su Constitución como le es posible alcanzar en un futuro inmediato. Los ciudadanos parecen tener medios a su alcance para asegurar y demandar sus derechos constitucionales, cuando estos sean violados por acciones ilegales del Go-

77. Véase Decretos-Leyes N° 18060 y 18061, ambos de 23-12-69.

78. Decreto-Ley N° 17083 de 24-10-68.

79. Decreto-Ley N° 17716 de 24-6-69, Disposición Especial N° 1.

80. Decreto-Ley N° 17063 de 3-10-68, art. 6.

81. Véase casos citados nota 76 supra.

bierno. Más admirable aún es que la posibilidad de hacer respetar los derechos constitucionales, parece ser igual en un gobierno constitucional que en un gobierno **de facto**.

IV. DISPOSICIONES DEL PODER EJECUTIVO

A) **Facultades Legislativas del Ejecutivo**

La autoridad del Ejecutivo peruano sorprenderá al abogado estadounidense acostumbrado a la separación de poderes en un sistema tripartito de frenos y contrapesos. En el Perú, la prerrogativa ejecutiva fluctúa no solamente con el hombre y los sucesos políticos —como en este o cualquier otro país— sino con los cambios periódicos naturales en este cargo. La Constitución le da al Presidente el poder para formular reglamentos que implementen las leyes del Congreso (“sin trasgredirlas o desnaturalizarlas”) y el poder para dictar decretos y resoluciones de orden administrativo ⁸².

El Congreso ha aumentado este poder delegando facultades legislativas al Ejecutivo con propósitos específicos o durante períodos determinados ⁸³. Finalmente, el Ejecutivo puede gobernar como un dictador, suprimiendo el Congreso ⁸⁴. La presente Constitución fue promulgada en 1933, después de la dictadura del Presidente Augusto B. Leguía por espacio de once años. Desde entonces han habido diez años de gobiernos de facto y veintinueve años de gobiernos constitucionales ⁸⁵. La tradición, por lo tanto, favorece a un Ejecutivo fuerte y el proceso legislativo es visto como un lujo que sólo puede permitirse durante los períodos más tranquilos de la vida nacional. Está claro que el Ejecu-

82. Constitución, art. 154, inc. 8.

83. Véase nota 12, supra.

84. Véase texto siguiente a nota 7 supra.

85. La cronología es así: Oscar R. Benavides, 1933-36, Presidente Constitucional; Oscar R. Benavides, 1936-39, gobierno de facto; Manuel Prado, 1939-45, Presidente Constitucional; José Luis Bustamante y Rivero, 1945-48, Presidente Constitucional; Manuel Odría, 1948-50, gobierno de facto, y 1950-56, Presidente Constitucional; Manuel Prado 1956-62, Presidente Constitucional; Junta Militar, 1962-62, gobierno de facto; Fernando Belaúnde Terry, 1963-68, Presidente Constitucional; Juan Velasco, 1968-presente, gobierno de facto. En muchos casos, la clasificación es difícil, pero espero que haya aceptación general para las aquí señaladas.

tivo peruano, aún en los períodos en los cuales comparte poderes y responsabilidades con el Parlamento, emite, proporcionalmente, más normas que el Ejecutivo norteamericano y ejercita más poder que éste al hacerlo.

A pesar del extenso papel del Ejecutivo y la importancia concomitante del acto administrativo como fuente de Derecho Público en el Perú, los abogados con frecuencia no han recurrido a esta fuente en sus esfuerzos de investigación. Esta tendencia se origina en parte de la práctica de los juristas peruanos y latinoamericanos quienes ignoran las normas ejecutivas como fuente de derecho, en el sentido investigatorio y analítico. Es más fácil concentrarse en algo claro, preciso, más consistente, como el concepto de —digamos— la reforma agraria, tal como aparece en la ley del Congreso, que tratar las dispersas y muchas veces inconsistentes aplicaciones de esa ley por el Poder Ejecutivo. Los estudios efectuados por abogados interesados en el cambio social y en el desarrollo, con frecuencia se basan en una ley orgánica de reforma agraria o de promoción industrial, para llegar a la conclusión de que la discreción ejecutiva jugará un gran papel en la aplicación práctica de la ley y su intención puede ser alterada o negada de acuerdo a lo que considere el Ejecutivo. La implicación es que un poder arbitrario e inescrutable trabaja en secreto (resultándole difícil al abogado descubrirlo) para influenciar la intención legislativa. Esta proposición es errónea. En cualquier forma que el Ejecutivo aplique o desnaturalice los actos legislativos en el Perú, generalmente lo hace público. Además, como vimos arriba, los decretos y resoluciones ejecutivas pueden estar sujetos a recursos judiciales cuando estén en conflicto con la Constitución o las leyes del Congreso. El esquema siguiente de los actos administrativos nos demuestra que el Ejecutivo Peruano (sea de jure o de facto) actúa abiertamente y deja una huella clara y precisa ⁸⁶. El abogado interesado en la ley como motor del cambio debe seguir ese camino para ver al Derecho en acción, pues en el Perú y otras naciones en desarrollo, la fuente más importante de la política de desarrollo es el Ejecutivo.

86. Esto no quiere decir que el Ejecutivo peruano siempre exprese todas sus razones para actuar en la forma en que lo hace en un acto determinado, sino simplemente que el acto será formalmente expresado como una norma publicada.

B) La Jerarquía de los Actos Administrativos

El sistema de los actos administrativos y la forma en la cual los diversos organismos ejecutivos los emplean, tiene mucho más de cien años. Sus orígenes probablemente son aún más antiguos y vienen de España pues, durante la época de la Independencia, una de las primeras leyes de la nueva nación peruana fue que "las leyes, resoluciones, decretos, órdenes y regulaciones" en vigor antes de que el Primer Congreso Constituyente se instalase en 1822, debían permanecer vigentes siempre y cuando no se opusieran al nuevo orden de cosas⁸⁷. Esto indica que un sistema de actos administrativos similares a los que se usan actualmente, probablemente existían en la **Recopilación de leyes de Indias**, las leyes promulgadas por los reyes españoles para las colonias⁸⁸.

La jerarquía de los actos administrativos actualmente en vigencia es tan antigua y tan tradicional que casi todos los abogados peruanos con quienes hablé, expresaron que era una cuestión de doctrina y no de jerarquía escrita. El sistema no se encuentra definitivamente en ninguna parte. Tiene que venir de vestigios de varias leyes muy antiguas. Las dos leyes más importantes que tratan de este asunto fueron promulgadas en 1856⁸⁹ y 1861⁹⁰, durante la presidencia de Ramón Castilla. Una tercera ley, promulgada en 1863, hizo pequeñas modificaciones en las dos anteriores⁹¹. Estas leyes definieron, muy elementalmente, el gabinete presidencial, sus poderes y responsabilidades. No contienen reglas que se refieran, por ejemplo, a "Decreto Supremo", cómo debe ser promulgado y los objetivos legales que debe contener. En este aspecto, esas leyes crean la estructura de una jerarquía y el proceso por medio del cual los actos administrativos deben promulgarse. La costumbre y el uso han creado todo un ropaje a esa estructura. Los regímenes de facto aparentemente han respetado el sistema de los actos administrativos.

87. Ley de 6-10-1822.

88. Véase *Recopilación de Leyes de Los Reynos de las Indias* Tomo Primero, Libro II, Títulos 1-3; I BASADRE, *Historia del Derecho Peruano* 266-67 (1937).

89. Ley de 17-11-1856.

90. Ley de 2-5-1861. Véase también ley de 26-9-1862 que "ratificó" la primera ley; es decir, la dió legitimidad "adicional" sin agregar ninguna disposición substantiva.

91. Ley de 18-2-1863.

Todas las disposiciones administrativas en el Perú siguen un formato similar. Antes de comenzar con el contenido esencial, las consideraciones que dan lugar a la creación de un acto son enumeradas. En algunos casos, si un estudio específico o petición ha engendrado la acción ejecutiva, ello aparece expresado en el encabezamiento del acto administrativo. En ese caso, el decreto o resolución comienza con "VISTO" y una referencia al estudio y/o la razón que ha servido de base al mismo. Después, posiblemente venga la palabra "CONSIDERANDO" con una lista de los factores tomados en consideración por el ejecutivo como fundamento del acto. Después del encabezamiento, se encuentra "DECRETA" o "SE RESUELVE" señalando las disposiciones esenciales del acto, el cual generalmente está dividido en artículos. Finalmente, las firmas necesarias siguen a la fecha⁹².

En orden jerárquico, las siguientes normas son las actualmente utilizadas por el Ejecutivo en el Perú.

1. **Decreto Supremo.** El más alto acto ejecutivo es el Decreto Supremo. Está firmado por el Presidente

92. Para evitar confusión, las disposiciones del Ejecutivo están sujetas a un sistema de numeración establecido en 1968. Cada disposición debe ser numerada para indicar si es un Decreto Supremo, Resolución Suprema, o Resolución Ministerial; el número de la serie; el año; y el Ministerio bajo cuyos auspicios es promulgada. Así, por ejemplo, el Decreto Supremo N° 77 de 1968, promulgado por el Ministerio de Agricultura será numerado D. S. 077-68/AG. El sistema de numeración de los actos del Ejecutivo se establece, con todos sus valores, en el Decreto Supremo 001-68/JC, de 9-2-68. El mismo decreto dispone que todos los "Decretos Supremos y Resoluciones de carácter general" deben ser publicados por el diario oficial "El Peruano", a no ser aquellas disposiciones que por "razones de seguridad pública y defensa nacional" deban mantenerse en privado. *Ibid.*, art. 10. Véase también Ley N° 9311 de 7-2-41. Hasta hace poco el Estado también limitaba las ediciones particulares de leyes y resoluciones a no ser aquellas versiones previamente aprobadas por el Ministerio de Justicia, "porque las publicaciones privadas de Códigos y Leyes de la República y hasta la Constitución, con frecuencia aparecen con graves errores en cuanto al texto o la vigencia de las disposiciones". D. S. 236-AL de 21-11-63; reglamentado en la R. S. 246-AL de 31-12-63. Ahora se permiten versiones no autorizadas siempre y cuando éstas contengan una especificación de su carácter no oficial y de que el editor asume la responsabilidad sobre la fidelidad de la misma. D. S. N° 25-AL de 25-11-66, derogando los actos anteriores.

y por el gabinete o aquellos miembros del mismo cuyos Ministerios están directamente afectados y responsabilizados por las disposiciones del decreto. Antes de ser firmado, el decreto es sometido al Consejo de Ministros para su discusión y aprobación⁹³. Aparentemente, la base para todo este proceso se encuentra en las tres antiguas leyes anteriormente mencionadas. Un artículo de la primera —la del año 1856— especifica que el Ministro firma los decretos correspondientes a su área, después del Presidente⁹⁴. Tanto la ley de 1856 como la de 1861 requieren la aprobación de los decretos por el Consejo de Ministros⁹⁵.

Estas vagas referencias legales representan una base muy insuficiente para la expedición de Decretos Supremos en 1970. Una completa descripción de lo que un Decreto Supremo —en contraste con varias Resoluciones— debe tratar, es una de las lagunas de estas disposiciones. Esto no quiere decir que no exista una teoría en relación a los alcances de los decretos u otras disposiciones ejecutivas. Varios tratados de Derecho Administrativo discuten este tema, aunque todos no están de acuerdo⁹⁶. Muchos comentaristas creen que un Decreto Supremo debe ser usado por el Ejecutivo solamente cuando se trata de asuntos generales. Basándonos en esta definición, es muy difícil poder distinguir entre decreto y ley.

Se puede decir que los decretos deben limitarse a interpretar y aplicar la legislación, sin trasgredirla, desnaturalizar o modificarla⁹⁷. Otra forma de señalar la diferencia es comprender que, mientras los de-

cretos tienen que ver con un asunto tan extenso como la legislación, los actos del Ejecutivo tienen que ser medidas más transitorias, y condicionadas a las circunstancias que las relativamente perdurables leyes del Congreso. Estas distinciones, si no bien carecen totalmente de significado, son simples de manifestar y difíciles de aplicar o fáciles de olvidar, según sea el caso. Ayudan a ilustrar las extensas posibilidades de que dispone un Ejecutivo creador.

Un tipo específico de Decreto Supremo es el **Reglamento**: una serie de regulaciones promulgadas específicamente para ampliar e interpretar una ley del Congreso; es decir, para llenar los intersticios en los mandatos legislativos de manera que la ley pueda aplicarse concretamente⁹⁸. Virtualmente, toda forma importante de legislación se aplica por medio de los Reglamentos promulgados por el Ejecutivo. Por ejemplo, tanto la ley de Promoción Industrial como la Ley de Reforma Agraria fueron implementadas por medio de una serie de Reglamentos, oficialmente promulgados por Decretos Supremos.

2. **Resolución Suprema**⁹⁹. Las diferencias más importantes entre un Decreto Supremo y una Resolución Suprema se sitúa en que la primera es promulgada con el consentimiento y el conocimiento de todos los miembros del Consejo de Ministros y con la firma del Presidente. La Resolución Suprema no necesita ser considerada por el Consejo y el Presidente solamente pone su rúbrica delante de la firma del Ministro bajo cuya jurisdicción cae la acción ejecutiva de la misma¹⁰⁰. Tal vez la mejor descripción legal de lo

93. Los Decretos Leyes básicamente son promulgados siguiendo el mismo proceso, pero todos los miembros del gabinete y de la junta firman la ley.

94. Ley de 17-11-1856, art. 10, inc. 4.

95. Ley de 2-5-1861, art. 22 inc. 11; Ley de 17-11-1856 art. 20. Una "mayoría absoluta" aparentemente es la decisoria. Ibid., art. 27. El Presidente de la República rompe cualquier empate votando como dirimente. Ley de 2-5-1861, art. 48. Véase también las leyes de 18-2-1863 y de 2-5-1861, art. 4. Constitución, art. 163.

96. Véase, ALAYZA Y PAZ-SOLDAN, *Derecho Administrativo General y del Perú* (1923) LEON Y LEON, *Tratado de Derecho Administrativo* (1897); NUÑEZ Y BORJA, *Lecciones de Ciencia de la Administración y Derecho Administrativo del Perú* (1959); TOLA, *Derecho Administrativo del Perú* (1945); PORTOCARRERO, *Curso de Derecho Administrativo del Perú* (1944).

97. Conforme al mandato de la Constitución, art. 154, inc. 8.

98. FERRERO dice: "Aún cuando autorizados tratadistas consideran la expedición de reglamentos como un acto de administración, nos parece más propio considerarlos como actos legislativos que son practicados por el Poder Ejecutivo". *Teoría del Estado*, 170 (1967). Véase también Ibidem. 163-164.

99. Los fallos de la Corte Suprema peruana se llaman Resoluciones Supremas pero no tienen conexión ninguna con las disposiciones ejecutivas del mismo nombre.

100. Ley de 18-2-1863, art. 2; Ley de 17-11-1856, art. 11. Un comentarista entrevió el tratamiento de estos actos por el Poder Ejecutivo, señalando: "En el Perú hay una virtual anarquía con respecto a los actos administrativos. Los Decretos resuelven asuntos individuales y específicos, mientras que las Resoluciones son habitualmente usadas para asuntos generales y reglamentarios de las leyes" ALAYZA Y PAZ SOLDAN, *Derecho Administrativo y General y del Perú*, 17 (1962).

que es una Resolución Suprema se encuentre en la Ley sobre Organización del Consejo de Ministros de fecha 2 de mayo de 1861. El art. 29 de la misma dice: “Si un acto oficial tiene lugar en relación con un asunto extraordinario, o a juicio del Presidente de la República debe merecer más fuerza e importancia, el Ministro a quien corresponde se la leerá e interpretará al Presidente para que éste la apruebe y rubrique”.

Una Resolución Suprema debe tratar “un asunto o un caso concreto” de acuerdo con los comentaristas. O sea que debe ser más específico en su proyección y alcance que un Decreto Supremo.

3. Resolución Ministerial. La Resolución Ministerial requiere solamente la firma del Ministro o los Ministros involucrados, aunque este tipo de acto trata virtualmente el mismo asunto que la Resolución Suprema. Aparentemente, la diferencia entre las dos disposiciones estriba solamente en la trascendencia relativa del asunto en cuestión. Por ejemplo, cuando el Ejecutivo no ha querido reemplazar o sustituir una Resolución Suprema existente, puede aprobar Resoluciones Ministeriales para llevar a cabo objetivos limitados supeditándolos a lo dictado anteriormente o a disposiciones superiores.

Si una medida es considerada Resolución Suprema o Resolución Ministerial también podría depender de lo ocupado que se encuentre en ese momento el Jefe del Ejecutivo. Aparentemente el Presidente necesita estar informado al menos en forma general del asunto de que se trata, ya que la decisión final sobre si debe sólo poner su rúbrica o debe firmar este acto administrativo, es una decisión exclusivamente suya. Si el Presidente estuviese muy ocupado, puede dejar pasar el acto como Resolución Ministerial para ahorrar tiempo, hasta tanto pueda estudiarla con detenimiento, obteniendo virtualmente los mismos resultados por medio de una Resolución Suprema.

Una Resolución Ministerial probablemente puede describirse más claramente por el artículo que dice: “la firma del Ministro será suficiente para convertir en actos oficiales la ejecución de leyes, reglamentos y disposiciones en vigor, o cualquier asunto a despachar o la transcripción de decretos o resoluciones”¹⁰¹.

101. Ley de 2-5-1861, art. 28. Véase también ley de 17-11-1856, art. 12, que dice que la firma de un Ministro basta para “asuntos comunes acerca de la ejecución de leyes y reglamentos...”.

4. Resolución Directoral. Las Resoluciones Directorales son promulgadas por los Directores de los Ministerios, es decir, sub-jefes de los respectivos Ministerios. Ellos deben resolver las diferencias o conflictos que puedan surgir entre las entidades administrativas o mitigar una contingencia en la operación de una oficina administrativa, o resolver y ayudar en problemas rutinarios similares¹⁰². Ninguno de los funcionarios afectados firman una Resolución Directoral, ni tienen nada que ver con su promulgación. Aparentemente, no existe una base legal específica para las Resoluciones Directorales, aunque son considerados actos ejecutivos públicos basándose en formatos consistentes, lo mismo que otras disposiciones administrativas.

5. Otras disposiciones legales. Muchas entidades incluyendo el Jurado Nacional de Elecciones, Junta Nacional de Telecomunicaciones, las autoridades de Aduana, etc., dictan sus propias Resoluciones. Es probable que ellos estén en el mismo nivel que las Resoluciones Directorales, aunque en algunos casos pueden tener rango de Resoluciones Ministeriales. Sea cual fuese el caso, son partes raras en la jerarquía, usualmente dictadas basándose en amplios poderes otorgados en conflicto con otras normas.

También hay **Instrucciones, Circulares, Oficios y Ordenes**. Todas éstas son mandatos semi-oficiales por autoridades o entes superiores y explican a sus subordinados cómo aplicar una ley determinada y lo que significa. Estas disposiciones son emitidas por cualquier oficina y probablemente representan un poco más que una carta o memorandum. Cuando uno de éstos viene de la oficina presidencial o de una ministerial, pueden ser considerados con más peso. Quizás son solamente cuasi-disposiciones, pero se incluyen en este estudio puesto que forman parte del Derecho escrito en el Perú.

102. La relativamente poca importancia de las Resoluciones Directorales es evidente por el tratamiento que reciben en “El Peruano”, el diario oficial. Con frecuencia no publican el texto completo de las Resoluciones Directorales, sino un resumen de las mismas. Se publica, sin embargo, el texto completo de la Constitución y de sus enmiendas, Tratados, Leyes, Decretos Supremos, Resoluciones Ministeriales. D.S. 001-68/JC de 9-2-68, que estipula el sistema de numeración de los actos administrativos, no menciona las Resoluciones Directorales. Véase nota 92 supra.

C) El Papel Variable del acto administrativo

Ciertas características políticas le dan al Ejecutivo un papel movedido en el Perú. La Constitución, promulgada en 1933 tras la dictadura de once años de Leguía, trata de garantizarle al Congreso la posición del "primer poder" en el Estado.

Esos frenos y equilibrios creados en la Constitución operan exclusivamente con la rama ejecutiva¹⁰³. Sin embargo, no es fácil vencer la tradición de unos Ejecutivos fuertes y poderosos. Muchos Parlamentos, elegidos por su actitud amistosa con el Ejecutivo y sus programas, han tenido la tendencia a ser serviciales, tolerantes y han sido un cuerpo de aprobación mecánica. Por otra parte, legislaturas de oposición han sido despojadas de sus poderes por Ejecutivos frustrados.

No existe ni la tradición ni el concepto de "leal oposición" en la política peruana¹⁰⁴. Una vez que la administración esté funcionando dentro de un marco constitucional, y una oposición mayoritaria y militante domine el Congreso, aún el menos agresivo de los Ejecutivos puede verse forzado a asumir un papel de reacción a la actitud legislativa. Una vez que tenga que enfrentarse a un Congreso terco e irresponsa-

103. Véase la Constitución, arts. 121-122, 123 inc. 5-8, 128-29, 133, 169-73. Un Presidente peruano intentó, y con éxito por un tiempo, restituir más poder al Ejecutivo. En 1939, bajo la presidencia del General Oscar R. Benavides, se hizo un plebiscito con el propósito de darle más atribuciones al Jefe del Ejecutivo a expensas del Congreso. En un plebiscito, Benavides propuso reformas que fueron aprobadas por una mayoría del 90%. Las modificaciones entraron en efecto gracias a la Ley N° 8929 de 25-7-39. Véase PAREJA, 184-90. Pero en 1945 los tiempos habían cambiado. Una de las primeras leyes dictadas por el Congreso en ese año, anuló las reformas de Benavides alegando que un plebiscito no es el medio correcto para hacer enmiendas en la Constitución. Ley N° 10334 de 29-12-45. (Tampoco dice la Constitución que cuando se hace una enmienda impropriamente, la legislatura pueda subsanar el defecto promulgando una ley.) Todos los cambios que hizo el plebiscito en el lenguaje de la Constitución fueron declarados inconstitucionales y anulados. La Ley N° 10334 reconoció que "la República había funcionado de acuerdo con las reformas del plebiscito" por 6 años y declaró válidas "todas las consecuencias jurídicas y de hecho" de esa administración. *Ibid.*, art. 2.

104. Esto está de acuerdo con la práctica política en Latinoamérica, de que la oposición empleará todos los

ble que se niegue a actuar o que represente una vía dudosa de acciones, el Ejecutivo empleará su poder para modificar la legislación o crear una política independiente. El resultado en estas circunstancias tiene lógicamente que ser de extrema tensión, pues mientras que el Parlamento tenga sus prerrogativas, el Ejecutivo está a merced de los procedimientos constitucionales que pueden paralizar la mayoría de sus programas y su eficiencia.

Tal vez la prerrogativa más visible¹⁰⁵ a disposición del Congreso es su poder de censurar al gabinete o a cualquier Ministro en una sesión legislativa. Los interesados son obligatoriamente invitados a testificar ante el Congreso en un procedimiento constitucional que se denomina interpelación. Después de oír el testimonio, el Congreso impondrá una censura si lo cree necesario, pudiendo ser limitado solamente por su propia conciencia legislativa y su sentido político¹⁰⁶. Por Ejemplo, durante la administración del Presidente Belaúnde (1963-1968), escrupulosamente constitucional, la mayoría opositora en el Congreso ejerció este poder ampliamente. Rara vez un Ministro duró más de docenas de meses en el cargo¹⁰⁷.

El poder del Congreso es efectivo mientras que se observen y respeten las garantías constitucionales. Cuando el Ejecutivo gobierna sin el legislativo, la situación cambia radicalmente. Esto no es excepcional; ha sido el **modus operandi** al menos durante un tercio de los años desde que se adoptó la presente Constitución. Con el Ejecutivo utilizando prerrogativas legislativas, la tensión entre actos legislativos y administrativos disminuye y la maquinaria de aquellas normas que caen bajo la Constitución empieza a funcionar más coherentemente.

medios a su alcance para desacreditar al otro partido sin consideraciones de carácter ideológico. Esto hace que la posición del Ejecutivo cuando no tiene un Congreso receptivo y amistoso, sea intolerable. Esto se exagera por el hecho de que en la Constitución peruana, el Presidente y todos los miembros del Congreso, son elegidos al mismo tiempo y simultáneamente por un período de seis años. Ley N° 11874 de 31-10-52; Ley N° 9178 de 26-9-40, (enmendando los arts. 93, 94, 139 de la Constitución).

105. En comparación con el control "invisible" sobre el presupuesto, por ejemplo.

106. Véase Constitución, art. 169-73.

107. *Ibid.*, art. 173.

D) Revisión Judicial de los actos administrativos

Como ya hemos visto, las leyes y la Constitución del Perú encargan al Poder Judicial el clásico poder de revisión judicial de todo acto de la administración, por ejemplo, potestad para anularlos cuando están en conflicto con la Constitución o la Ley. Este poder se encuentra en la Constitución, Art. 133, que establece “una acción popular...” en contra de cualquier acto ejecutivo que atente contra la constitución o las leyes.

En 1948, la Corte Suprema se negó a considerar la procedencia de varios procesos instaurados mediante la acción popular en contra de decretos del Ejecutivo en base a que no existía un procedimiento legal para implementar el texto constitucional, y no podía ésta aplicarse sin una norma procesal emanada del Poder Legislativo. Luego que la Ley Orgánica del Poder Judicial hubo creado el procedimiento requerido, la Corte Suprema emitió resoluciones contradictorias en los casos de **Arias Fiscalini** y del **Precio del Azúcar**.

¿Qué encontramos entonces hoy en el caso de la “acción popular” en el Perú? Sin lugar a dudas, el resultado del caso del **Precio del Azúcar** —total anulación del arbitrario acto del ejecutivo— es la respuesta ofrecida por la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial. Tal vez, por ser la más reciente, sea la última posición adoptada por la Corte Suprema y la norma a seguir. La reciente acción popular en contra de la negativa del Gobierno Militar de celebrar elecciones municipales no llegó a discutirse. Pero, el caso del **Precio del Azúcar** se falló siete meses después del de **Arias Fiscalini**, y no cabe duda de que ambos son casos de “acción popular”. La persistente incoherencia de la Corte Suprema peruana deja este asunto lleno de dudas¹⁰⁹.

RESUMEN

Para el abogado interesado en el Derecho como elemento clave en el desarrollo, la impresión inicial del sistema jurídico peruano puede ser peligrosamente engañosa. El refinado sistema de actos ejecutivos y la falta de una revisión judicial deben llamar a cautela. Como hemos dicho, el papel del Ejecutivo

es muy amplio en el Perú y su poder es mayor con respecto al campo de la ley que tiene que ver con el desarrollo. Mientras que algunas cosas, tales como la derivación del derecho y doctrina de accidentes automovilísticos o la frustración de contratos, pueden dejarse al Código Civil y al Poder Judicial, aún bajo la más opresiva dictadura, las cuestiones del Derecho Público más directamente relacionada con el desarrollo casi sin excepción salen a la luz únicamente si el Ejecutivo lo cree conveniente. Pero hay que recordar que, como hemos dicho anteriormente, el Poder Ejecutivo tiene un récord oficial, ya que su voluntad es casi siempre ejecutada mediante la promulgación de disposiciones públicas y legales.

Cualquier seguridad que el jurista interesado en el desarrollo pueda encontrar con el sistema de gobierno constitucional, se desvanece en cuanto se enfrenta a una Junta Militar que ejerce poderes ejecutivos y legislativos en una nación sin Congreso y con frecuencia, cumpliendo acuerdos del depuesto ejecutivo constitucional. La primera reacción del abogado común y corriente puede ser que no hay, dada esta circunstancia, ninguna ley. Otra vez estará equivocado, pues en el Perú los gobiernos militares son aceptados como parte del sistema legal y gobiernan por medio de leyes y actos oficiales, controlados por una refinada costumbre y principios constitucionales. Para entender esto, tenemos que distinguir entre la supremacía del Derecho como se manifiesta en el sistema norteamericano (es decir, con cumplimiento obligatorio supervisado por el sistema judicial) y el concepto esencial de un dominio no personal y sin trabas, pero dentro de ciertos límites establecidos por el Derecho y la costumbre sea como sea impuesta¹¹⁰.

Por lo tanto, un análisis, digamos de la Ley de Reforma Agraria aprobada por el Congreso que no tiene que ver con su aplicación por el Ejecutivo, es más bien como una norma legislativa en el Common

110. Esta última es una regla del Derecho, tan válida histórica y filosóficamente como el muy celebrado lema de Dicey sobre “el derecho de los jueces de controlar al ejecutivo”. Véase HARVEY, “The Rule of Law in Historical Perspective” 59 *Mich. L. Rev.* 487 (1961); HARVEY, “The Challenge of the Rule of Law”, 59 *Mich. L. Rev.* 603 (1961). Ciertamente, el concepto de Dicey ya no es válido hoy día, si es que alguna vez lo fue. Véase Cooper, “The Executive Department of Government and the Rule of Law”, 59 *Mich. L. Rev.* 515 (1961).

108. R. S. de 14-I-48, *Sala Plena* de la Corte Suprema, 44 *Anales Judiciales* 348 (1948).

109. Véase la nota 40 supra.

Law, explicada sin referencias a los fallos que la aplica. Frecuentemente un ciudadano en el Perú —con influencia y contactos (o sea, lo que comunmente se llama “vara” o “justicia”) de su parte renunciará a su derecho judicial en un momento dado y tratará de resolver el asunto por medio de un acto ejecutivo “privado”¹¹¹. El proceso judicial tomaría mucho tiempo y costaría mucho dinero; la disposición ejecutiva tomará unos días y le costará mucho menos¹¹². Por estas razones la norma ejecutiva es posible que

sirva como una aplicación concreta de la norma general en una situación específica, y muy especialmente en esos casos de impacto fundamental, y de la misma forma que la sentencia de una corte en los Estados Unidos. Por si acaso nos dejamos llevar demasiado por la analogía, debemos recordar que en los Estados Unidos el caso legal, al menos en teoría y en una sola jurisdicción, debe desarrollarse en forma consistente mientras que el ejercicio del Ejecutivo peruano no está sujeto a las mismas reservas.

111. Un ejemplo sobresaliente es el movimiento laboral en el Perú. El derecho de los trabajadores históricamente ha sido protegido, no por el regateo colectivo, aunque los sindicatos son organismos poderosos y bien coordinados en sus actividades, sino por leyes protectoras para el trabajador y actos administrativos obtenidos por medio de la violencia y de manifestaciones. Así, una huelga es más para presionar al gobierno que al patrón. Cuando los líderes laborales se sientan a discutir, lo hacen con los burócratas, no con ejecutivos, y los tribunales no son un factor determinante en la ley laboral. Véase PAYNE, *Labor and Politics in Peru: The System of Political Bargaining* (1965).

112. Esto naturalmente es una de las fuerzas del proceso administrativo, en contraste con el judicial. Sin embargo, sucesos que parecen caprichosas inconsistencias en el ejercicio de la discreción ejecutiva ha provocado comentarios cínicos como uno popular en Brasil, “Para mi amigo, cualquier cosa; para mi enemigo, la ley”. En el Perú la frase utilizada es “la ley del embudo” significando que las leyes afectan a los ciudadanos de manera distinta, dependiendo de la posición del embudo. Aquellos en la parte superior del embudo y en la sociedad generalmente están más a sus anchas, mientras los de abajo se encuentran en la parte estrecha del embudo y se sienten adoloridos.