

**"LA ACCION DE AMPARO
CONTRA RESOLUCIONES
JUDICIALES Y LA
PROBLEMATICA DE LAS
VIAS PREVIAS Y LAS VIAS
PARALELAS "**

Samuel Abad Yupanqui

**Tesis sustentada en mayo de 1988
ante los doctores Domingo Gar-
cía Belaúnde, César Valega Gar-
cía y Francisco Eguiguren Praeli.
Sobresaliente.**

Es indudable que la incorporación de la acción de amparo a nuestra normatividad constitucional y legal ha significado un positivo avance para la defensa de un amplio conjunto de derechos fundamentales, pero también ha suscitado —principalmente por su novedad entre nosotros— diversos problemas de interpretación y aplicación de las normas sustantivas y procesales que regulan su ejercicio. Por el interés jurídico que el esclarecimiento de estos controvertidos problemas ha generado en los ámbitos académicos, profesionales y judiciales, no exageramos al afirmar que la temática del amparo concentra actualmente especial atención incluso más allá del terreno de los especialistas en el Derecho Constitucional.

Este es quizás el primer mérito importante de la tesis de Samuel Abad, pues contribuye decididamente al mejor conocimiento y comprensión de la institución del amparo, a la luz del tratamiento de algunos de los principales temas que hoy preocupan a los juristas, abogados, jueces y litigantes nacionales vinculados a este tipo de procesos.

No es por ello casual que la tesis se divida en dos grandes partes,

cada una de las cuales pretende abocarse al estudio de un problema central y controvertido en la utilización del amparo en el Perú. La primera parte está destinada al análisis de los alcances y requerimientos para la procedencia de las acciones de amparo promovidas contra resoluciones expedidas por magistrados del poder judicial, nada menos que el 60% del conjunto de los casos de amparo publicadas en *El Peruano* desde diciembre de 1982 (inicio de la vigencia de la Ley 23506) hasta diciembre del 86. Y, la segunda, dedicada a analizar la ubicación de la acción de amparo dentro del sistema procesal y judicial peruano, para determinar si tiene una naturaleza excepcional, extraordinaria o residual frente a otro tipo de acciones judiciales disponibles a los justiciables; o si, por el contrario, su empleo queda librado a la exclusiva decisión o elección del afectado, ante la amenaza o violación de alguno de sus derechos fundamentales.

Y es aquí donde reside un segundo mérito de esta tesis, pues para el estudio de los temas se ofrece un riguroso e integral esfuerzo de recopilación y análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial, que abarca las principales tendencias y experiencias sobre la materia en países como México, España, Alemania, Argentina y, naturalmente, Perú. En el caso peruano destaca especialmente la evaluación que la tesis permite lograr sobre los antecedentes y la situación actual a nivel doctrinario, legislativo y jurisprudencial en relación al amparo contra resoluciones judiciales y los problemas de las vías previas y paralelas.

Pero si el aporte al estudio de temas de interés actual y la integridad del enfoque son dos méritos

indudables de este trabajo, pienso que su principal logro (pese a mencionarlo como tercer mérito de la tesis) es la paciente tarea de recopilación, sistematización cuantitativa y cualitativa y análisis de la jurisprudencia nacional sobre el tema. Estamos ante un verdadero trabajo de investigación jurídica, cuyos resultados permiten apreciar con claridad, por ejemplo, cuáles han sido los criterios y razonamientos adoptados por el poder judicial y el Tribunal de Garantías Constitucionales al resolver estos procesos, así como las opciones interpretativas que han ido prevaleciendo en la magistratura en torno a estos problemas.

Creo necesario dar cuenta de la forma en que se ha elaborado esta tesis, de lo cual puedo dar testimonio como asesor de la misma, pues he conocido el entusiasmo y la seriedad con que Samuel Abad emprendió esta tarea de investigación que le ha tomado casi tres años. Las páginas de "THEMIS", siempre abiertas a las inquietudes académicas de profesores y estudiantes, recogieron en 1985 (en los números 2 y 3) los primeros esfuerzos de investigación desarrollados por Abad en el tema. Esta tesis es la culminación de aquellas inquietudes y, estoy seguro, un paso decisivo en la concreción de sus nuevos trabajos de estudio en materia del derecho procesal constitucional.

Finalmente, debo explicar que si me he limitado en esta breve reseña a presentar los principales aportes y el contenido general de la tesis, en vez de dar cuenta de sus principales planteamientos y conclusiones, es porque estoy convencido que quienes tienen interés por la problemática del amparo deben necesariamente leer y consultar dicha tesis que, en mi modesta pero

sincera opinión, constituye el trabajo de investigación más serio y riguroso que hasta el momento se ha realizado en el Perú en torno a la acción de amparo y su aplicación.

En una realidad universitaria y profesional donde muchos tienden a desmerecer e instrumentalizar el papel de la tesis, asumiéndola como un simple requisito a cumplir sin mayor creatividad ni rigor académico, este trabajo de Samuel Abad rescata para la tesis ese auténtico valor de incentivo a la investigación jurídica que no puede perderse en nuestra Facultad, pues no sólo conlleva un destacado aporte a la incipiente disciplina constitucional peruana, sino que sirve de ejemplo a seguir por aquellos estudiantes que saben que la elaboración de una tesis no es un incidente cualquiera en su vida universitaria, sino un componente decisivo en su formación académica, personal y profesional. (Francisco José Eguiguren Praeli)

"LA MÚLTIPLE NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS NATURALES"

José Manuel Peschiera R.

Tesis sustentada en julio de 1988 ante los doctores César Delgado Barreto, Miguel de la Lama Eggerstedt y Francisco Eguiguren Praeli. Sobresaliente.

La motivación del graduando por dedicar su investigación de bachillerato al tema de la múltiple nacionalidad de las personas naturales, surge de una doble constatación: la novedad de la norma contenida en el artículo 92 de la Constitución Política del Perú, que establece que los latinoamericanos y españoles pueden naturalizarse peruanos sin perder su nacionalidad, así como que los peruanos que adopten la nacionalidad de otro país latinoamericano o la española no pierden la nacionalidad peruana; y la plena vigencia del Convenio sobre Doble Nacionalidad celebra-

do por la República del Perú y el Estado Español.

La tesis está estructurada en cuatro capítulos. En el primero se establecen las bases del marco teórico de la investigación, analizando el concepto; naturaleza jurídica, clases y aspecto internacional de la nacionalidad; su diferencia con el concepto de ciudadanía, así como una reflexión sobre la recuperación de la nacionalidad.

En el segundo capítulo, el graduando ingresa propiamente al tema de su investigación. Parte de la distinción entre los conceptos de doble y múltiples nacionalidad, para dedicarse a continuación a una revisión de la múltiple nacionalidad a través de la historia, particularmente en el área iberoamericana. Distingue la múltiple nacionalidad por el momento en que nace —clasificándola en múltiple nacionalidad originaria y múltiple nacionalidad adquirida— y por su juridicidad —en múltiple nacionalidad de hecho y múltiple nacionalidad de derecho—. Continúa con una reflexión sobre las consecuencias y efectos de la múltiple nacionalidad respecto a la protección diplomática y al servicio militar; para culminar el capítulo con algunas consideraciones sobre la prevención y solución de situaciones de múltiple nacionalidad de hecho.

Precisa el autor que la múltiple nacionalidad de hecho es una fuente generadora de conflictos y dificultades en la esfera del Derecho Internacional Privado, en relación con el estatuto personal. De otro lado, respecto a los casos de múltiple nacionalidad de derecho, el graduando plantea la necesidad que los Estados los regulen adecuadamente, sea a través de tratados, sea a través de la armonización de sus legislaciones internas. Cabe precisar que el graduando propone como solución a los casos de múltiple nacionalidad de hecho originaria, la celebración de tratados multilaterales que consagren el derecho de opción para los individuos que ostenten una polipatría original. Para los casos de múltiple nacionalidad de

hecho adquirida, propone en cambio que los Estados establezcan, a través de los convenios respectivos, las siguientes reglas básicas: La adquisición de una nueva nacionalidad debe acarrear, necesariamente, la pérdida de la nacionalidad anterior; la naturalización tiene sólo efectos individuales; los Estados deben reconocer e inscribir en el registro correspondiente, las naturalizaciones de sus súbditos o ciudadanos en otros Estados. Para efectos de esta última norma, el autor propone que los Estados otorguen naturalizaciones, informen de la misma al Estado de la antigua nacionalidad del sujeto naturalizado; información que debe efectuar, asimismo, el individuo naturalizado.

La múltiple nacionalidad en la esfera del Derecho Internacional Privado, es analizada por el graduando en el capítulo tercero de su investigación. Parte de un examen de la nacionalidad como factor de conexión en la norma de conflicto, y de su relación con elementos de conexión alternativos, tales como el domicilio y la simple residencia. Revisa el tratamiento jurisdiccional de los casos de múltiple nacionalidad tanto en el orden interno como por los tribunales internacionales; distinguiendo los conflictos entre nacionalidad del foro y otra u otras extranjeras, y los conflictos entre nacionalidades extranjeras. Así, el autor considera que la única manera de poder aplicar válidamente la doctrina de la nacionalidad efectiva, cuando el juez tuviese ante sí a una parte que ostente más de una nacionalidad siendo una de ellas la del foro, es que su norma de conflicto establezca que debe preferirse aquella con la cual el individuo se encuentre más vinculado. De otro lado, respecto al conflicto entre nacionalidades extranjeras, el graduando estima que debe prevalecer la nacionalidad que el individuo viva y sienta más que otra, para lo cual plantea determinados índices objetivos, tales como su domicilio, idioma, ejercicio de cargos públicos, prestación de servicio militar, lazos familiares, posesión de inmuebles, etcétera.

El cuarto y último capítulo de la tesis examina la nacionalidad en el derecho interno peruano, partiendo de un análisis del artículo 92º de la Constitución Política de 1979. Peschiera Rebagliati critica que este artículo contemple sólo los supuestos de múltiple nacionalidad adquirida, no encontrando la razón por la cual se han excluido los supuestos de múltiple nacionalidad originaria. Analiza el único Convenio sobre Doble Nacionalidad aprobado y ratificado por el Perú, examinando asimismo su Reglamento —aprobado por Decreto Supremo de 22 de julio de 1960—; la Ley 9148 —Ley de Nacionalización—; y su Reglamento —Decreto Supremo Nº 402-RE-40.

Crítica el autor que los nacionales naturalizados se vean privados de la posibilidad de acogerse a los beneficios del Convenio. Plantea que en los pasaportes se anote la condición de binacional. Por último, estudia tres instrumentos internacionales celebrados por la República del Perú: El Convenio sobre Ciudadanía celebrado con los Estados Unidos de América; el Acuerdo por Cambio de Notas con la República de Chile sobre Concesión de Pasaporte de Personas a las que se les atribuye Doble Nacionalidad; y el Acuerdo por Cambio de Notas celebrado con la República Federal de Alemania sobre Canje de Información de Naturalización. El capítulo concluye con un análisis del Decreto Supremo de 11 de julio de 1942, única norma vigente que regula —de manera unilateral— situaciones de múltiple nacionalidad de hecho. Critica el autor que dicha norma desconozca, implícitamente, la posibilidad que existan peruanos de nacimiento que, al mismo tiempo, ostenten una nacionalidad extranjera.

La tesis reseñada constituye un serio y exhaustivo trabajo de investigación sobre un tema que, pese a su importancia e interés académico, ha sido escasamente tratado por autores nacionales. Sus anexos, presentados como apéndices, son también particularmente útiles, tanto para la comprensión adecuada del

trabajo, como por constituir un valioso índice de los instrumentos internacionales y normas legislativas sobre la materia. (Miguel de la Lama Eggerstedt)

"LA DECLARACION DE MUERTE PRESUNTA Y EL RECONOCIMIENTO DE EXISTENCIA EN EL CODIGO CIVIL DE 1984"

Rolando Eyzaguirre

Tesis sustentada en el mes de julio de 1988 ante los Dres. Enrique Becerra Palomino, Ricardo Marcenaro Frers y Jack Bigio Chrem. Sobresaliente.

La declaración de muerte presunta, también conocida como declaración de fallecimiento o presunción de muerte por desaparecimiento, es definida como la "situación jurídica, por virtud de la cual se califica a una persona desaparecida como fallecida, se expresa la fecha a partir de la cual se considera la muerte de la persona y se abre la sucesión de la misma". (Luis DIEZ PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*. Editorial Tecnos, Madrid 1979, p. 338).

El actual Código Civil ha regulado en forma mucho más completa y sistemática que su antecesor esta figura jurídica, tratándola en el Título VII del Libro I, conjuntamente con la muerte, bajo el epígrafe "Fin de la Persona". Los supuestos previstos en el Código (artículo 63), se deben a la razonable presunción de que una persona desaparecida, por el transcurso del tiempo o por las circunstancias de riesgo en que se produjo la desaparición, ha dejado de existir, o "cuando exista certeza de la muerte, sin que el cadáver sea encontrado o reconocido". Entre los efectos jurídicos más importantes de dicha declaración se hallan la apertura de la sucesión y la disolución del matrimonio. Sin embargo, existe siempre la posibilidad de reaparición del declarado muerto presunto, lo que también es regulado por el Código.

La tesis que se reseña se refiere precisamente a esta problemática y está dividida en tres capítulos, los dos primeros referidos a la declaración de muerte presunta y el último al reconocimiento de existencia. En el capítulo I se tratan los problemas derivados de la falta de prueba o incertidumbre sobre el fin de la persona, es decir, sobre la muerte ("uno de los hechos de mayor trascendencia en el Derecho"), los antecedentes históricos de la institución de la declaración de muerte presunta, su concepto y naturaleza jurídica, así como sus diferencias con las figuras de la desaparición y la ausencia. En el capítulo II se analizan los efectos de la declaración de muerte presunta, distinguiendo entre los referidos a la persona, familia, sucesorios y patrimoniales. El capítulo III se refiere al reconocimiento de existencia, cuyo enfoque en cuanto a sus efectos sigue la misma perspectiva metodológica del capítulo anterior.

Entre los diversos aspectos analizados en este trabajo y que son sostenidos por su autor, merecen destacarse los siguientes:

a) Si bien la declaración de muerte presunta implica una presunción legal de carácter relativo (*iuris tantum*), puesto que puede ser enervada, por la reaparición de la persona o por la comprobación de la muerte efectiva (en cuanto al lugar y fecha probables), para el Código dicha institución genera, en algunos casos, efectos jurídicos definitivos, como por ejemplo la disolución del matrimonio de la persona cuya muerte presunta ha sido declarada. En el ámbito familiar la declaración de muerte presunta configura una identidad entre la muerte natural y la presunta.

b) La declaración de muerte presunta no implica la modificación de la capacidad o del estado civil del declarado presuntamente muerto, sino "una desconexión entre su persona y el círculo jurídico en el que antes se desenvolvía y del que ahora falta", alterando su situación familiar y escindiendo su patrimonio en dos partes: uno, el que

pasará a sus herederos y el otro, el que, de estar con vida, pueda haber constituido como su patrimonio personal (sobre este último no existirá ninguna limitación y la declaración sólo afectaría al primero).

c) El Código Civil, al regular la declaración de muerte presunta, ha incurrido en omisiones y en inadecuada redacción. Entre las omisiones significativas está el hecho de no haber previsto el caso en que se compruebe fehacientemente la muerte de la persona en una fecha distinta a la que figura en la resolución que declara la muerte presunta, lo que debería originar (si las circunstancias lo ameritan) un procedimiento rectificatorio que no ha sido previsto.

En cuanto a la redacción, por ejemplo, el texto del inciso 1 del artículo 63, da lugar a confusión y su interpretación literal determinaría que, tratándose de una persona próxima a cumplir los 80 años, habría que esperar diez años y no cinco, para la declaración de la muerte presunta, lo cual parece no ser la intención del legislador.

d) La hipótesis establecida por el inciso 3 del artículo 63 del Código Civil, no debió contemplarse como un supuesto para la declaración de muerte presunta, sino más

bien ubicarse en el capítulo primero del Título VII referente a la muerte, considerando que en el supuesto aludido "no hay duda ni incertidumbre alguna" sino una "facilitación de la prueba de la muerte".

e) En cuanto al art. 65, éste otorga al juez un margen demasiado amplio para fijar la fecha probable de la muerte y, por tanto, deben precisarse los criterios aplicables. La fecha probable de la muerte debe fijarse, salvo prueba en contrario, en el caso del inciso primero del artículo 63, el día de vencimiento de los plazos previstos en dicho inciso, y en el caso del inciso segundo del mismo artículo, el día inicial del plazo.

f) La declaración de muerte presunta, al producir la disolución del vínculo matrimonial, posibilita que vía fraude a la ley, se celebre un nuevo matrimonio aún sin que exista buena fe de parte de los contrayentes, (en el supuesto que ambos o uno de ellos conocieran que el declarado muerto está con vida).

g) En lo referente a la regulación de los efectos patrimoniales, tratándose del reconocimiento de existencia, las normas del código resultan fragmentarias e incompletas, habiéndose incurrido en omisiones en el artículo 69, ya que ha

debido hacerse mención expresa a la buena o mala fe con que hubieren actuado los poseedores de los bienes.

En síntesis, la tesis reseñada constituye un trabajo muy interesante respecto a esta problemática que, dada la situación del país, no solamente tiene importancia teórica. El graduando ha propuesto la reforma del Título VII del Libro I del Código Civil. Algunos planteamientos son muy sugerentes, como, por ejemplo, el referido a la ubicación del inciso 3 del artículo 63 que habla de la certeza de la muerte, pero tenemos que reconocer que, mientras no exista un cadáver plenamente identificado, es preferible hablar de muerte presunta y no de muerte comprobada. Para nosotros, tratándose de ubicación de normas, resulta más cuestionable que el Código se refiera a la apertura de la sucesión por muerte y muerte presunta, en el Título VI, correspondiente a la Ausencia (Artículo 60).

Podemos estar de acuerdo o no con las críticas y proposiciones del autor, pero es necesario recalcar que, éste no se ha limitado a cuestionar los artículos del Código, sino que ha formulado propuestas normativas concretas y ha defendido sus puntos de vista con conocimiento amplio sobre la materia. (Enrique Becerra Palomino)