

¿ TIENE LA ACCION POPULAR FUERZA DEROGATORIA ?

Luis Miguel García Mori

Luz María Sumarriva Rodríguez

*Estudiantes de La Facultad de Derecho
y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima*

*Al Dr. Luis Enrique Antúnez y Villegas
con el aprecio de los autores*

El veintiséis de abril de mil novecientos ochenta y ocho se emite una Resolución Suprema correspondiente al Expediente N° 368-86 - Lima; en la cual se afirma : "... que la demanda sobre la Acción Popular, no persigue anular los Decretos Supremos o resoluciones que contradigan o violen la Constitución o la Ley, sino simplemente su finalidad es establecer la prevalencia de la norma superior sobre toda otra norma de inferior categoría..." (1)

El Artículo 233º de la Constitución de 1979

Teniendo en cuenta que la actual Constitución de 1979 señala como una Garantía de la Administración de Justicia, en su artículo 233º inciso 17º : "El derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales con las limitaciones de la ley.", nos permitiremos comentar lo afirmado por la Corte Suprema, conjuntamente con lo expresado por las dos instancias precedentes, (2)

Prefacio

Por razones de orden didáctico describiremos en una primera parte en qué consistió el expediente, cuyas sentencias tomaremos como punto de referencia para realizar posteriormente un análisis de la "fuerza derogatoria" de la Acción Popular, lo cual constituye el tema central del presente artículo.

PRIMERA PARTE

En que consistió el caso (3)

1.- El Club Departamental Moquegua interpone demanda de Acción Popular contra El Poder Ejecutivo, con el propósito que se declare la nulidad del Decreto Supremo N° 047-84-PCM del 13 de Julio de 1984, por transgredir la Ley N° 23257.

2.- Sustenta la acción en que con fecha 01 de Junio de 1983 se promulgó la ley N°23257 en cuyo artículo 02º se declaró prioritaria la ejecución del Proyecto Pasto Grande Moquegua reservando las

aguas de las cuencas altas del río Vizcachas y del río Moquegua. (4)

3.- Con fecha 13 de Julio de 1984 se dictó con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, el Decreto Supremo N° 047- 84-PCM que crea el Proyecto Especial denominado alianzamiento y ampliación de los recursos Hídricos de los departamentos de Tacna y Moquegua, encargándosele el manejo integral del proyecto Hidroenergético "Alianzamiento de la Laguna de Aricota" y el estudio que identifique y compatibilice las mejores alternativas de oferta hidroenergética. (5)

4.- Ampara su acción en lo dispuesto por el artículo 296º, párrafo 3º, en relación con el artículo 87º de la Constitución Política del Perú. (6)

5.- El 14 de Setiembre de 1984 se dictó el Decreto Supremo N° 059-84-PCM, que modifica el D.S. N° 047-84-PCM.

ADVOCATUS

Considerandos de la Primera Instancia

En los Considerandos se señala:

"Que el juzgador al examinar los fundamentos (sic) la legislación invocada por ambas partes, llega a la solución de la indicada controversia a través del siguiente organigrama: I) Expreso derecho reconocido por la Ley veintitrés mil doscientos cincuenta y siete; II) Resumen emitido por la agencia de Cooperación Internacional del Japón, respecto al informe DE ESTUDIO DE FACTIBILIDAD DEL AFIANZAMIENTO HIDRICO DE LA LAGUNA DE ARICOTA Y LA CENTRAL HIDRO-ELECTRICA ARICOTA NUMERO TRES; III) Examen del Decreto Supremo número cero cuarenta y siete guión ochenta y cuatro guión PCM del Trece de Julio del ochenta y cuatro y de su modificatoria el Decreto Supremo número Cero Cincuenta y nueve guión del ochenta y cuatro guión PCM del catorce de Setiembre de mil novecientos ochenta y cuatro; en cuanto al numeral uno es menester examinar los artículos dos y cinco de la Ley veintitrés mil doscientos cincuenta y siete. En efecto, el artículo dos al prescribir; (sic) DECLARESE ASIMISMO PRIORITARIA LA EJECUCIÓN DE LOS SIGUIENTES PROYECTOS...", nos está precisando en razón del vocablo PRIORITARIA, que significa según el diccionario gramatical de la Lengua Española, "anterioridad de una cosa respecto de otra, o en tiempo o en el orden; nos está precisando, reitero que claramente no puede existir ingenerancia de otro proyecto similar y anterior a los que la presente Ley señala. Asimismo, se declara con exactitud de que todos los proyectos que comprende el indicado artículo deben ejecutarse a la vez, por ello guardan una Homogeneidad Conceptual en lo prioritario. Ahora bien, entre los proyectos que comprende el indicado artículo

está el "DEPARTAMENTO DE MOQUEGUA, PASTO GRANDE, MOQUEGUA, RESERVANDO PARA ESTE EFECTO LAS AGUAS, DE LAS CUENCAS ALTAS DEL RIO VISCACHAS (sic) Y DEL RIO MOQUEGUA".

Aque (sic), es necesario, percatarse de dos vocablos sinónimos: reservado y exclusivo. Por el primero, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa en su acepción (sic) aplicable al caso en discordia; (sic) "destinar un lugar a una cosa, de modo exclusivo, para uso o persona determinada; y el vocablo EXCLUSIVO para el mismo diccionario, significa privilegio en virtud del cual una persona o corporación puede hacer algo prohibido a los demás. Tal sinónimo, pues nos da la consolidación expresa y exacta de lo que la indicada ley le otorgaba al proyecto Pasto Grande, la reserva o exclusivamente (sic) de las cuencas altas del río Viscachas y del río Moquegua, quedando por ello prohibido cualquier tipo de privación o restricción. En cuanto al artículo quinto que expresa: "FACULTESE AL PODER EJECUTIVO PARA CONSIDERAR ENTRE LAS OBRAS DE RIEGO PROGRAMADAS EN EL ARTICULO DOS LAS QUE CONSIDERE PRIORITARIAS DENTRO DE LAS POSIBILIDADES DEL ESTADO". En este precepto, aparentemente se intenta precisar un orden jerárquico de los proyectos que comprende el artículo dos y supeditado a la consideración del Ejecutivo, cosa que representa UNA FLAGRANTE CONTRADICCIÓN A LA CONSOLIDACIÓN EXACTA Y EXPRESA DE LOS DERECHOS QUE DECLARA EL INDICADO ARTICULO. RESPECTO A LOS PROYECTOS QUE COMPRENDE, Y QUE ESTAN GARANTIZADOS POR LA PRIORIDAD QUE LE OTORGA PREFERENTEMENTE LA LEY, POR LO QUE PARA RESOLVER

ESTA INCOMPATIBILIDAD, ESTA INCONCILIABILIDAD, ES MENESTER APLICAR EL PRINCIPIO DE (sic) QUE CUANDO UNA LEY DECLARA PRIMERA MENTE (sic), LA CONSOLIDACIÓN EXPRESA Y EXACTA DE UN DERECHO, ESTE NO DEBE LLEVAR UNA PRIVACION O CONTRADICCIÓN MATERIAL DE ELLA, EN FORMA SECUNDARIA, DENTRO DE LA MISMA LEY, CASO EN EL CUAL PRIMERA LA PRIMERA, MIENTRAS QUE LA ACCESORIA SECUNDARIA SE TIENE POR NO PUESTA (7).

La interpretación asumida (sic) del Juzgador respecto a los indicados artículos los encuentra en armonía con el principio sentado por el constitucionalista (sic) Sánchez Viamonte de que: "Los Jueces deben aplicar en la plenitud de su sentido, sin alterar ni debilitar con vagas interpretaciones o con ambigüedades la expresa significación del texto de la Ley". En cuanto al resumen emitido por la Agencia de Cooperación Internacional del Japón, respecto al INFORME DE ESTUDIO DE FACTIBILIDAD DEL AFIANZAMIENTO HIDRICO DE LA LAGUNA DE ARICOTA Y LA CENTRAL HIDROELECTRICA ARICOTA NUMERO TRES, es rescatable relevar (sic) que dentro de las conclusiones del indicado informe, se especifica que el RIO TOCCO PERTENECE A LA PARTE ALTA DEL RIO VIZCACHAS Y QUE SUS AGUAS CONJUNTAMENTE CON LA DE LA LAGUNA LARISCOTA SON LA UNICA ALTERNATIVA PARA AFIANZAR LA LAGUNA DE ARICOTA. En cuanto al numeral tres es menester examinar los Decretos Supremos número cero cuarenta y siete guión ochenta y cuatro PCM y de su modificatoria el Decreto Supremo número Cero Cincuenta y nueve (sic) guión ochenta y cuatro PCM del trece de julio de mil novecientos ochenta y cuatro; respecto al primer Decreto Supremo diremos que desde el instante que por el (sic)

crean el proyecto especial denominado "AFIANZAMIENTO Y AMPLIACION DE LOS RECURSOS HIDRICOS DE LOS DEPARTAMENTOS DE TACNA Y MOQUEGUA" y que en el segundo párrafo de su consideración se hace precisa referencia al informe de ESTUDIO DE FACTIBILIDAD Y AFIANZAMIENTO HIDRICO DE LA LAGUNA DE ARICOTA Y LA CENTRAL HIDROELECTRICA ARICOTA NUMERO TRES, emitido por la Agencia Internacional del Japón; y teniendo en cuenta la expresividad de que el indicado proyecto se refiere en su artículo primero al afianzamiento de la laguna de Aricota, que según el indicado informe, sólo podrá lograrse con las aguas del río Tocco que pertenece a la parte alta del río Vizcachas y las aguas de la laguna de Lariscota, significa ello, que por un DECRETO SUPREMO norma secundaria de inferior jerarquía se está atentando contra la consolidación expresa y exacta del derecho otorgado al pueblo de Moquegua a través del artículo(sic) segundo de la Ley veintitrés mil doscientos cincuenta y siete lo que al mismo tiempo significaría atribuirse facultades Legisferantes(sic) con la cual se incurre en la vulneración del artículo ochenta y siete de la vigente Carta y en cuanto al Decreto Supremo que amplía al Decreto Supremo anteriormente cuestionado jurídicamente por ser accesorio del principal, también se le hace extensiva el preciso y susodicho cuestionamiento; dentro de esta estimativa, el juzgador no debe omitir el criterio de que el proyecto de afianzamiento de la laguna de Aricota, se basa asimismo, en el principio de la necesidad social, es decir, en las supuestas repercusiones agrícolas, electrificativas e industriales para los departamentos de Tacna y Moquegua, al respecto ello constitucionalmente tiene la premisión (sic) legisferante (sic) (artículos ciento ochentiocho y doscientos once inciso décimo de la Carta, para darle fuerza de ley a los De-

cretos Supremos (8) que se acaban de cuestionar jurídicamente vía la exigibilidad de Acción Popular,(9)

LA SENTENCIA DE LA PRIMERA INSTANCIA

(24^o Juzgado Civil de Lima)

***FALLA:** Declarando fundada la demanda de Acción Popular de fojas treintuno (sic), treintidós(sic) presentada por el Club Departamental Moquegua contra el Supremo Gobierno, y en consecuencia Erga Omnes la Nulidad de los Decretos Supremos cero cuarentisiete (sic) guión ochenticuatro guión (sic) PCM del trece de julio de mil novecientos ochenticuatro y su modificatoria el Decreto Supremo número cero cincuentinueve guión ochenticuatro PCM del siete de setiembre de mil novecientos ochenticuatro, que devienen de suyo inexequibles,(10) sin costas." (11)

Sentencia de la tercera Sala de la Corte Superior

(25 de Noviembre de 1985)

Considerandos:

- 1.- Señala que la Ley N° 23527 (sic) es la ley N° 23257- está vigente. Y que no ha sido abrogada por la Ley N° 23380 (que es la ley de Financiamiento Eléctrico del 06 de Mayo de 1982).
- 2.- Debe desestimarse la nulidad por cuanto la supuesta extralimitación en que habría incurrido el juzgador resolviendo ultra petita no es tal, en razón que el Decreto Supremo 059-84-PCM, fue expedido para modificar los artículos segundo y tercero del Decreto Supremo 047-84-PCM.
- 3.- La inexigibilidad del D.S. N°059-84-PCM deriva ipso jure de

la declaración de nulidad del Decreto Supremo 047-84-PCM modificado por aquel y hubiera operado igualmente en silencio del Juzgador en razón que el D.S. N°047-84-PCM, recoge el texto del Decreto Supremo N° 059-84-PCM.

4.- El Juzgador goza en materia de jurisdicción constitucional de las más amplias facultades para suplir la queja deficiente del recurrente, a los efectos de garantizar el respeto al principio de jerarquía normativa, de tal suerte que su intervención signifique un efectivo control de la constitucionalidad de las leyes y de la legalidad de las normas de carácter general de mayor jerarquía y asegure la eficacia de la acción popular como garantía constitucional.(12)

Sentencia

Confirma la sentencia de fojas ciento veinte a ciento veintidós que declara fundada la Demanda de Acción Popular presentada por el Club Departamental Moquegua y en consecuencia nulos los Decretos Supremos 047-84-PCM y su modificatoria el D.S. N° 059-84-PCM.

Díctamen Fiscal

(Noviembre 1987)

La Fiscalía es de opinión que la Sala declare NO HABER NULIDAD, y que se declare fundada la demanda de acción popular incoada(13) por el Club Departamental Moquegua contra el Supremo Gobierno, e inaplicables y nulos los Decretos Supremos N° 047-84-PCM y 059-84-PCM.

Resolución Suprema

(Abril 26, 1986)

Considerandos

1.- La Demanda sobre Acción Popular, no persigue anular los Decretos Supremos o Resoluciones que contradigan o violen la Cons-

ADVOCATUS

titudin o la Ley, sino simplemente su finalidad es establecer la prevalencia de la norma superior sobre toda otra norma de inferior categoría.

2.- La Ley N° 23257 prevalece sobre los Decretos Supremos N°s 047-84-PCM y 059-84-PCM, de acuerdo a los preceptuado por el artículo 87° de la Constitución.

3.- Tales Decretos Supremos no son nulos sino inaplicables frente a la vigencia de la indicada Ley.(14)

Sentencia

Declararon no haber nulidad en la Resolución, declara fundada la demanda sobre acción popular, y en consecuencia inaplicables los Decretos Supremos.

Asimismo, declararon insubsistente la misma resolución de vista en la parte que declara nulos dichos Decretos Supremos(15).

SEGUNDA PARTE

EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL

La Ley N° 24968, ley procesal de la Acción Popular, del 22 de Diciembre de 1989, va a señalar en sus artículos 22°, 23°, 24° y 25° lo siguiente.(16)

1.- La sentencia que ampara la acción popular, a partir de la fecha que quedó consentida o ejecutoriada, determina la inaplicación total o parcial, según corresponda, y con efectos generales, de la norma materia del proceso cuya inconstitucionalidad e ilegalidad se haya declarado.

La sentencia tiene valor desde el día siguiente de su publicación.

2.- La sentencia que declara la inconstitucionalidad o ilegalidad de los preceptos impugnados, declarará igualmente la de aquellos otros a los que debe extenderse por conexión o consecuencia.

3.- La declaración de inconstitucionalidad e ilegalidad puede fundarse en la infracción de cualquier norma constitucional o legal aunque no haya sido invocada en la demanda.

4.- Las sentencias recaídas en los procesos de acción popular tendrán valor de cosa juzgada; no tienen efecto retroactivo y no permitirán revivir procesos fenecidos.

De lo anteriormente señalado se desprende que el legislador al momento de formular la ley procesal de la Acción Popular ha recogido lo que ha sido y es el criterio jurisprudencial.

Por ende, el análisis que se realiza guarda una relación armónica tanto con la ley de Acción Popular vigente, como con las sentencias que son materia del comentario del presente artículo.

Los Efectos

Tomaremos como punto de referencia, el momento en el cual la norma cuestionada deja de producir efectos. Esto se produce al día siguiente de la publicación de la decisión jurisdiccional de la Corte Suprema que ampara la Acción Popular. Porque toda norma a la cual se le ha encontrado un vicio de inconstitucionalidad o ilegalidad, y que es materia de esta acción de garantía, debe llegar hasta la última instancia, según lo establece el artículo 18 de la Ley N° 24968, Ley Procesal de Acción Popular.

Existen aquí dos conceptos que creemos necesario examinar:

1.- La Ineficacia Estructural

Se ha mencionado la existencia de un vicio de inconstitucionalidad o ilegalidad en la norma. Esto quiere decir que ésta se encuentra afectada por algún supuesto, que ha atentado contra su adecuada estructuración. Siendo este defecto de origen, estaríamos frente a un caso de ineficacia estructural.

A manera de ejemplo, podríamos decir, que un vicio que afecta la estructura de una norma se produce cuando ésta es dada por un funcionario incompetente, cuando es inconstitucional, cuando no se ha cumplido con el requisito de publicidad, cuando es ilegal, es decir, va a constituir un supuesto de ineficacia estructural todo aquello que no esté conforme con la adecuada dación de una norma. Por supuesto, hay que reconocer, que el vicio se va a presentar de forma sumamente evidente en unos casos, pero en otros quizás sea bastante difícil demostrar su existencia.

2.- La Ineficacia Funcional

Ya hemos dicho que la inconstitucionalidad e ilegalidad configuran supuestos de ineficacia estructural, porque se encuentran en el origen mismo de la norma; pero si se produjera la inconstitucionalidad o ilegalidad por supuestos posteriores a la dación de la norma, la inconstitucionalidad e ilegalidad nunca llegarían a configurarse, sino que lo que se estaría produciendo sería que la norma estaría sufriendo una derogación, una modificación o una abrogación según corresponda.

Como se ha podido apreciar la inconstitucionalidad e ilegalidad no son supuestos de ineficacia funcional, -que se producen con posterioridad a la dación de la norma-

sino que son supuestos de ineficacia estructural, porque se encuentran en el origen mismo de la norma.

Pero pese a estar ante un supuesto de ineficacia estructural, si nos atenemos al momento en el cual la Acción Popular va a surtir sus efectos, tenemos que decir, que se estaría tratando a la inconstitucionalidad e ilegalidad "como si fueran" -no lo son- supuestos de ineficacia funcional. Y esto es porque la declaración de inconstitucionalidad e ilegalidad no tienen efecto retroactivo.

En sentido estricto, la ineficacia funcional con respecto a una norma, no existe; no la confundamos con el hecho que una norma no se cumpla. No se va a configurar este tipo de ineficacia, porque los únicos supuestos posteriores a la creación de la norma, que hacen que ésta pierda sus efectos, son supuestos de derogación, modificación o abrogación, como ya se ha mencionado.

Presunción de Validez por Seguridad Jurídica.

Otro punto importante es el de la validez de una norma. Entendiéndose válida como "vinculación jurídica", por tanto, se va a decir que una norma jurídica es válida, cuando logre vincular jurídicamente a las personas, y la vinculación jurídica va a estar dada por la posibilidad de poder exigir su cumplimiento forzoso (utilización de la fuerza pública).

La vinculación jurídica debe producirse de acuerdo a ciertos requisitos propios de la estructura de cada ámbito en el que se encuentre, por ejemplo, la estructura de un negocio jurídico va a ser distinta a la estructura de la dación de una norma imperativa.

Por seguridad jurídica se va a "presumir" que la dación de una norma se ha producido de acuerdo a los requisitos inherentes a su estructura. Sin embargo, ésta va a ser una presunción *juris tantum*, ya que va a permitir la prueba en contrario, mediante una acción de garantía constitucional(17), ya que sería sumamente inviable que se discutiese primero la legalidad o constitucionalidad de una norma antes que ésta produzca todos sus efectos. Es por eso que podríamos hablar de una presunción de validez, que se sustenta en la Seguridad Jurídica, que es uno de los pilares para hacer un sistema jurídico viable.

La Declaración del Vicio en la Estructura.

Continuando con lo que respecta a los efectos de la Acción Popular, debe decirse que la declaración de inconstitucionalidad e ilegalidad no tiene efecto retroactivo (18). Al no tener efecto retroactivo, podemos decir que tales normas han sido válidas, es decir, han producido un efecto vinculante, y sólo a partir de la decisión jurisdiccional, tal efecto cesa; es decir, la decisión jurisdiccional tiene efectos *ex-nunc*, y no *ex-tunc*.

Si se considerara que antes de la decisión la norma ha sido válida, y después ha dejado de producir efectos, está recibiendo un tratamiento como si fuese un supuesto de ineficacia funcional. Esto es porque a pesar que se ha presumido su origen como válido, ha dejado de producir efectos. Este cese de efectos es producto de una decisión jurisdiccional, que declara la existencia de un vicio en la norma.

Esta decisión es distinta a las clásicas decisiones legislativas o ejecutivas, según sea el caso, que producen el cese de efectos de una norma.

CONFLICTO ENTRE DOS NORMAS

Existen dos supuestos:

- Normas de distinta jerarquía.

La Constitución, en su artículo 87º, señala que la Constitución prevalece sobre toda ley, ésta sobre toda otra norma de inferior categoría, y así sucesivamente.

El juez va a determinar la no aplicación de la norma en cada caso concreto, pero esto no va a tener efectos *Erga Omnes*. Aunque se haya determinado la inconstitucionalidad de la norma, ésta va a seguir surtiendo efectos para el resto de las personas.

Lo anteriormente dicho, corresponde al control difuso de la constitucionalidad, del cual está encargado el Órgano Jurisdiccional.

En el caso específico de la acción popular, ésta va a tener un efecto *Erga Omnes* (lo cual va a ser analizado más adelante), convirtiéndose por lo tanto, ya no en un control difuso, sino en un "control concentrado" de la constitucionalidad pero de un nivel de aplicación inferior -ya que solamente es válido contra los reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público-, frente al control concentrado de la constitucionalidad de un nivel superior, que correspondía al T.G.C. Ambas, tanto la acción de inconstitucionalidad como la acción popular se van a regir por el principio que señala que una norma superior prima sobre cualquier otra norma de inferior categoría.

- Normas de igual jerarquía.

El problema va a surgir cuando son normas de igual jerarquía, lo cual usualmente se ve más

ADVOCATUS

en el campo de la acción de inconstitucionalidad, que correspondía al Tribunal de Garantías Constitucionales, ya que se suele dar entre leyes. Pero también es factible en normas de inferior jerarquía, por ejemplo, cuando un Decreto Supremo, que regulaba una ley, ha sido derogado por otro Decreto Supremo, que posteriormente es dejado sin efectos por una acción popular. En ese momento se va a producir un vacío legislativo, porque el Decreto Supremo anterior no va a volver a tener vigencia (lo cual no va a producirse cuando son normas de distinta jerarquía).

Los Vacíos Legales

El vacío legal se va a producir cuando una norma declarada inconstitucional o ilegal ha derogado la norma de igual jerarquía que la precedía, y esto se va a dar tanto en casos particulares - cuando se determina la inconstitucionalidad o ilegalidad en el caso específico - como cuando exista el fenómeno de efectos Erga Omnes - acción de inconstitucionalidad y acción popular -.

Podría decirse que lo aplicable sería la costumbre, pero ¿qué sucede cuando lo que se habla hecho costumbre era precisamente lo derogado?. Y al haber sido derogado ¿debemos entender que es un criterio que ya no debe utilizarse?. ¿Qué hacer entonces?

Podría plantearse como una alternativa, que lo derogado ha sido la norma, mas no la costumbre, la cual no va a configurar una costumbre "contra legem", puesto que la derogación va a implicar una existencia de lo derogado, mas no una prohibición expresa de lo derogado. Sin embargo, hay que decir que tal costumbre no va a tener un carácter vinculante; pero que en todo caso podría servir como un criterio frente a un vacío

legal, aunque entendemos que para muchos supuestos podría resultar insuficiente.

Pensamos que quizás lo adecuado, sería conceder a la instancia que da la decisión jurisdiccional no sólo la facultad de la no aplicación de determinada norma (lo cual se viene dando), sino además la posibilidad de determinar los criterios aplicables frente a los vacíos legales que pudiesen originarse, producto del dejar sin efecto determinada norma. Esto es algo que va más allá de la expresión: que el juez no puede dejar de administrar justicia por deficiencia de la ley, porque al decir que una norma es inaplicable, está administrando justicia, puesto que lo que se le pide es la declaración que tal o cual norma es inconstitucional o ilegal; y no que subsane el vacío legal.

La Corte Suprema.

La Sala Constitucional ve en última instancia en lo que se refiere a Tribunales peruanos, las acciones de Habeas Corpus y Amparo -ya que existe la posibilidad de acudir ante la Corte Interamericana, mientras no sea denunciado el Pacto de San José de Costa Rica sobre Derechos Humanos, con efecto vinculante para el Perú- y también la de Acción Popular.

Pero lo que no ve la Sala Constitucional son las acciones de inconstitucionalidad que correspondían al T.G.C., es decir, en este momento no existe la posibilidad de intentar una acción de inconstitucionalidad.

Pero suponiendo que tal facultad se le otorgase a la Corte Suprema, es decir, que tuviese el control concentrado de la Constitucionalidad con respecto a la leyes, y ya no sólo el difuso propio de cada instancia en las decisiones jurisdiccionales, el problema plan-

teado sobre los vacíos legales seguiría existiendo.

Vigencia de Una Norma Inconstitucional o ilegal

Mientras no sea declarada la inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma inconstitucional o ilegal, ésta tiene plena vigencia. Y será sólo a partir de una decisión jurisdiccional o del T.G.C. que declare su inconstitucionalidad o ilegalidad, que la norma deje de producir efectos.

En el caso de la Acción Popular, esta declaración tiene efectos Erga Omnes, por lo cual podemos decir que mediante una decisión jurisdiccional se está derogando una norma que hasta antes de la decisión tenía plena vigencia y plenos efectos.

Nulidad

La nulidad implica un vicio o defecto en la estructura que es insalvable.

Lo que hace la acción popular, es declarar la existencia de tal vicio; sin embargo, por seguridad jurídica, y no porque se haya subsanado el vicio, es que recién a partir de la decisión jurisdiccional, tal norma va a cesar en sus efectos (lo cual no es en sentido estricto lo propio de una declaración de nulidad).

Es por esta razón que compartimos tanto lo expresado en las sentencias de Primera como de Segunda Instancia, y lo expresado en el Dictamen Fiscal, en lo que respecta a la declaración de nulidad de los Decretos Supremos cuestionados por la acción popular.

¿Declaración o Constitución?

Cabe preguntarnos si lo que hace la decisión jurisdiccional es declarar o constituir.

Si nos guiamos por los efectos, habría que decir que lo que hace la decisión jurisdiccional es constituir el cese de efectos de una norma. Sin embargo, esa constitución es producto de la declaración de la existencia de un vicio en la estructura de la norma, es decir, va a declarar su nulidad, empero recién a partir de tal declaración - puesto que sin tal declaración (la declaración del vicio) no podría configurarse - se va a constituir o configurar el cese de los efectos de tal norma, es decir, es una "declaración que constituye". La declaración del vicio constituye el cese de efectos.

Derogación. Efecto Erga Omnes.

La Derogación.

La doctrina va a distinguir entre lo que es abrogación, derogación y modificación, pero generalmente se va a englobar estos términos dentro del concepto genérico de "derogación".

Es Abrogación cuando se deja sin efecto la totalidad de la norma, derogación cuando se deja sin efecto parte de la norma, y modificación cuando se cambia alguna parte de la norma.

Puede ser que una norma sin haber sido derogada, no produzca los efectos queridos, y esto por la realidad dentro de la cual existe.

Pero la derogación como concepto genérico, implica la existencia de alguna "decisión" que ha producido el cese de parte o de la totalidad de efectos de una norma, por lo general, es una decisión legislativa. En los casos que corresponda puede ser también una decisión del Ejecutivo.

Lo característico es que este cese de efectos es Erga Omnes. Por ende, una decisión jurisdiccional, que haga que una norma

deje de producir efectos y este cese de efectos sea Erga Omnes, es una derogación.

El Artículo II del Título Preliminar

El artículo II del Título Preliminar establece que una ley sólo se deroga por otra ley (entendemos que utiliza el término "ley" en un sentido amplio); pero la realidad demuestra que esto no es exacto. Porque si la derogación implica dejar sin efectos una norma para todos los ciudadanos, es decir, que tenga un efecto erga omnes, tanto la acción de inconstitucionalidad (no está en vigencia) como la acción popular que tienen efecto erga omnes estarían produciendo la derogación de una norma. Lo cual es cierto.

Afirmación que no es sorprendente ni escandalosa, y que se desprende de la interpretación de las normas.(19)

REFLEXION FINAL

El Abuso del Poder

Literalmente se podrían dictar normas manifiesta y abiertamente inconstitucionales (suponiendo un estado de derecho, democrático y constitucional) o ilegales, y tales normas tendrían plena vigencia bajo la actual normatividad. Ya que el cese de los efectos erga omnes (derogación) de tales normas recién se producirían a partir de la decisión jurisdiccional que declara no sólo la prevalencia de la norma superior (lo que afirma la Suprema), sino la nulidad de la norma inferior por la existencia de un supuesto que produce la ineficacia estructural; que recibe un tratamiento como si fuese un supuesto de ineficacia funcional -aunque en sentido estricto no exista supuesto alguno de ineficacia funcional-, lo cual se aprecia en los efectos ex-nunc de la decisión jurisdiccional. Por tal razón, consideramos que sería adecuado regular la

responsabilidad de los funcionarios que abusen dolosamente del beneficio de la presunción de validez que se le concede a las normas jurídicas.

Esperamos que esta pequeña reflexión haya servido para acercar al lector, a las razones por las cuales consideramos que la acción popular tiene fuerza derogatoria, aunque la ley no lo señale expresamente.

NOTAS

(1) Tomado de "El Peruano" Lima, Lunes 27 de Noviembre de 1989, página 4185.

(2) Entendemos que el art. 233º de la Constitución de 1979 no se encuentra en suspenso.

(3) Según lo establecido por la Sentencia de Primera Instancia, emitida en Lima, el veinte de febrero de mil novecientos ochenta y cinco; por el Juez del 24º Juzgado Civil de Lima.

(4) Ley Nº 23257 art. 02 "Declárese asimismo prioritaria la ejecución de los siguientes proyectos: ... Departamento de Moquegua, Pasto Grande Moquegua, reservando para este efecto las aguas de las cuencas altas del Río Viscachas (sic) y del Río Moquegua...."

Al emplearse el término "prioritario" debe entenderse, que se le está dando preferencia al proyecto señalado; y al utilizarse el concepto de "reservado", se está haciendo referencia a la exclusividad de las cuencas de los ríos para el proyecto que señala la ley.

Diccionario: Prioridad: anterioridad en tiempo u orden. *Reservado:* Apartar algo de lo que se distribuye y retenerlo para algún fin.

ADVOCATUS

(5) D.S.N° 047-84-PCM : "Artículo 01.- Créase el Proyecto Especial denominado "Alianzamiento y Ampliación de los Recursos Hídricos de los departamentos de Tarma y Moquegua" como Órgano desconcentrado del Instituto Nacional de Desarrollo encargado del manejo integral del Proyecto Hidroenergético Alianzamiento de la Laguna de Aricota y del Estudio que identifique y compatibilice las mejores alternativas de oferta hidroenergética."

(6) Constitución Política del Perú: Artículo 295°, tercer párrafo: "Hay acción popular ante el Poder Judicial, por infracción de la Constitución o la ley, contra los reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público." Artículo 87° "La Constitución prevalece sobre toda otra norma legal. La ley, sobre toda otra norma de inferior categoría, y así sucesivamente de acuerdo a su jerarquía jurídica."

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

(7) ¿Contradicción entre los arts. 2° y 5°?

No nos parece que no exista tal contradicción, porque el artículo 1° de la ley N° 23257 va a señalar quienes tienen una primera prioridad, mientras que el artículo 2° va a decir que asimismo son prioritarios una serie de proyectos, dentro de los cuales se encuentra el del caso en mención, es decir, al no haber sido considerados dentro del artículo primero, debe entenderse que tienen una segunda prioridad.

Por su parte el artículo quinto va a establecer que se faculta al Ejecutivo a determinar el orden de

prioridad de los proyectos que se encuentran dentro del artículo segundo. Esto por una razón que responde a una necesidad fáctica, ya que con los escasos recursos del Estado, sería imposible que se pudiese cubrir la totalidad de los proyectos.

Sin embargo, cuando el Ejecutivo hace uso de los Decretos Supremos debe hacerlo de acuerdo a lo establecido en el artículo 211° inciso 11 de la Constitución que establece lo siguiente: "Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas, y dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones."

Por tanto, si la ley N° 23257 ha establecido la reserva de las aguas de las cuencas altas del Río Vizcachas y del Río Moquegua para un proyecto determinado, no puede un decreto supremo transgredir tal reserva.

(8) Los "decretos de necesidad y urgencia" pueden también dejar en suspenso una ley.

El artículo 211° inciso 20 faculta al Presidente de la República a dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso.

Pero en el caso en análisis no se ha hecho uso de estos Decretos Supremos "sui generis", por lo cual los Decretos Supremos en mención no estarían facultados para transgredir una ley expresa.

La Ley 25397 -Ley de Control Parlamentario sobre los actos normativos del Presidente de la República- regula estos decretos supremos sui generis, a los que denomina, en el art. 3°, "Decretos

Supremos Extraordinarios", señalándose en el art. 12° que "Contra los decretos supremos procede Acción Popular ante el Poder Judicial, sin perjuicio de control parlamentario".

Creemos que si estos decretos supremos extraordinarios pueden dejar en suspenso una ley, es decir, que si se está alcanzando el nivel de las leyes, lo adecuado hubiese sido que proceda la Acción de Inconstitucionalidad, en lugar de la Acción Popular que corresponde a un nivel inferior.

(9) Tomado de las consideraciones de la Sentencia de Primera Instancia. Diario "El Peruano", Lima, Lunes 27 de Noviembre de 1989, páginas 4180, 4181 y 4182.

(10) El subrayado es nuestro. Diccionario: Exequible: adj. Que se puede lograr.

(11) Tomado de el diario "El Peruano", Lima, Lunes 27 de Noviembre de 1989, página 4182.

(12) Tomado de los considerandos de la Sentencia de la Corte Superior.

(13) Diccionario: Incoar; empezar, comenzar.

(14) Tomado de los considerandos de la Resolución Suprema.

(15) Publicado en "El Peruano" el 27 de Noviembre de 1989, pág. 4185.

(16) Recuérdese que la resolución suprema es del mes de abril de 1988.

(17) Pero no siempre va a ser una presunción "iuris tantum", sino que algunas veces va a tomar el carácter de una presunción "iure et iure", cuando no se permita discutir su legalidad o inconstitucionalidad, por ejemplo cuando nos encontramos ante normas dadas por un

gobierno de facto, cuya existencia de por sí es inconstitucional, y cuyas normas van a ser vinculantes, a pesar de contar con un vicio en su estructura; o cuando el derecho para ejercitar la acción popular prescribe, según lo establecido en el art. 6º de la ley 24968, a los cinco años contra las normas violatorias de la Constitución, y a los tres años contra las normas que contravienen a la ley.

(18) Previamente hay que señalar que en la actualidad, la acción de inconstitucionalidad de las leyes no existe al haber sido "disuelto" el Tribunal de Garantías Constitucionales. Aunque tal vez lo exacto sería decir que el artículo que trata sobre el T.G.C. se encuentra en "suspense". Por otra parte, existe la Sala Constitucional de la Corte Suprema, pero frente a la realidad de los hechos sería casi "imposi-

ble" que una acción de tal naturaleza prosperase. Además no figura dentro de sus atribuciones.

(19) Lo que sí es grotesco, es la derogación vía "fe de erratas" que no se desprende de la interpretación de las normas, sino de la realidad fáctica.