

***LA NULIDAD DE LOS DECRETOS SUPREMOS***

I. INTRODUCCION.— II. EL SISTEMA JURIDICO PERUANO.— 1. Principios y presunción de legalidad.— 2. El control de la constitucionalidad o legalidad.— III. CONSECUENCIAS DE LA ILEGALIDAD O INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA.— 1. La declaración de ilegalidad o de inconstitucionalidad en la doctrina y en el derecho comparado.— 2. La posición de Hans Kelsen.— 3. El problema en el derecho positivo y en la doctrina peruanos.— IV. CONCLUSIONES.

## 1. *INTRODUCCION*

De la misma manera como la cuestión de la constitucionalidad de una ley presenta aspectos complejos y penetra en lo más profundo de la organización jurídica de una sociedad, la cuestión de la legalidad de las normas de jerarquía inferior puede, bajo una apariencia menos espectacular, adquirir también tonos de alto dramatismo jurídico.

En efecto, tanto los conflictos entre la Constitución y las leyes como los conflictos entre las leyes y los decretos supremos u otras normas reglamentarias afectan muy severamente las relaciones jurídicas bajo su imperio; y tienen consecuencias de carácter general, debido a la generalidad (relativa) implícita en to-

da norma. Dado que entre la promulgación y la derogación de la norma cuestionada se produce un número considerable de hechos que caen dentro de su esfera de aplicación, ello genera interrogantes sobre los actos de buena fe realizados al amparo de una norma aparentemente válida que después es declarada inválida.

En nuestra historia jurídica reciente, hemos encontrado una nueva modalidad para declarar la invalidez de una norma aparentemente ilegal: la nulidad. Y tal nulidad ha sido invocada por el mismo autor de la norma —el Poder Ejecutivo— con el objeto de no aplicar aquello que, siempre a criterio propio, consideraba ilegal. De esta manera, se ha visto decretos supremos que declaran la nulidad de otros decretos supremos.

El presente trabajo está orientado a explorar este tipo de situaciones. En particular, pretendemos examinar si un decreto supremo puede ser declarado nulo por el hecho de que contraría lo dispuesto en una ley; y, en el caso de que fuera nulo (o si fuera declarado inválido por inconstitucional o por ilegal), si los efectos de tal invalidez son retroactivos a la fecha de la promulgación de la norma (considerando que la norma nula es inexistente) o si la declaración de nulidad sólo tiene consecuencias para el futuro.

## II. *EL SISTEMA JURIDICO PERUANO*

### 1. *Principios y Presunción de Legalidad*

Independientemente del juicio que a cada persona merezca el formalismo kelseniano, no cabe duda de que las ideas de Hans Kelsen han tenido un influencia notable en el medio jurídico peruano durante los últimos cuarenta años y han inspirado largamente a los constituyentes de 1979.

Es así como Marcial Rubio Correa y Enrique Bernales Ballesteros señalan que el sistema legislativo en el Perú jerarquiza en varios niveles las diferentes normas y que “se reconoce generalmente que el tratadista que ha desarrollado más este tema es

Kelsen”<sup>1</sup>. Asimismo, Enrique Chirinos Soto, uno de los constituyentes de 1979, al comentar el artículo 87 de la Constitución en el que se establece la base de estructuración del sistema jurídico, da cuenta de que esa norma es resultado de una iniciativa de Luis Bedoya Reyes, y agrega: “se trata de la pirámide jurídica que ha teorizado el gran tratadista austríaco Hans Kelsen”<sup>2</sup>.

En consecuencia, es indispensable estudiar la concepción de Kelsen sobre el sistema jurídico y su configuración en el Perú.

Dentro de este orden de ideas, debemos destacar fundamentalmente el hecho de que el sistema jurídico, a pesar de la diversidad de sus normas, constituye una unidad. Ahora bien, ¿qué es lo que funda la unidad de la pluralidad de normas? La noción de validez. Pero no puede hacerse descansar la validez en un mero hecho: de que una cosa es no puede seguirse que una cosa *debe ser*. La validez de una norma no puede tener fundamento sino en la validez de otra norma. Por eso, “En términos figurados se califica como norma superior a aquella que constituye el fundamento de otra: es superior con respecto a esta otra, que aparece entonces como inferior a ella”<sup>3</sup>. No puede decirse que la validez de una norma se funda en el *hecho* de haber sido promulgada por una autoridad: esa no es sino una apariencia, porque en realidad la norma de esa autoridad se funda en otra norma —que funda o constituye a la autoridad misma— que establece que deben obedecerse las normas emanadas de tal autoridad<sup>4</sup>. Por consiguiente, toda norma se apoya en otra norma superior.

Es así como Kelsen construye el sistema jurídico con sentido de unidad, en la medida en que incorpora las normas en una

- 
1. Marcial RUBIO CORREA y Enrique BERNALES BALLESTEROS: *Constitución y Sociedad Política*. DESCO, Lima, 1981 p. 303.
  2. Enrique CHIRINOS SOTO: *La Nueva Constitución al alcance de Todos*. Editorial Andina, Lima, 1980 p. 102.
  3. Hans KELSEN: *Théorie Pure du Droit*, Trad. fr. de la 2ª ed. de la “Reine Rechtschre” por Ch. Eisenmann. Dalloz, Paris, 1962 pp. 255-6.
  4. Hans KELSEN: *Op. cit.* p. 256.

jerarquía organizada: “El sistema jurídico no es un sistema de normas jurídicas situadas todas al mismo nivel, sino un edificio en varios pisos superpuestos, una pirámide o jerarquía formada (por así decir) de un cierto número de pisos o capas de normas jurídicas. Su unidad resulta de la conexión entre elementos que surge del hecho de que la validez de una norma que ha sido creada conforme a otra, reposa sobre esta última; ésta, a su vez, ha sido creada en forma reglada por otras normas, que constituyen a su vez el fundamento de su validez. . .”<sup>5</sup>. Nos encontramos así con una justificación regresiva del orden jurídico que llega hasta una norma hipotética fundamental<sup>6</sup> —“Es obligatorio obedecer a la Constitución”— que fundamenta y sella el sistema de creación de normas<sup>7</sup>.

Esta tesis del fundamento regresivo de la validez y de la jerarquía de normas está consagrada por el artículo 87 de la Constitución peruana que a la letra dice: “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”. Pero, entonces ¿cuál es esta jerarquía de normas, cuáles son las categorías de normas que conforman los diferentes pisos del edificio jurídico peruano?

En términos generales y en orden descendente podemos decir que estas normas son: (1) la Constitución; (2) los Tratados debidamente ratificados; (3) las Leyes Orgánicas; (4) las Leyes Ordinarias aprobadas por el Congreso y los Decretos Legislativos que da el Poder Ejecutivo por delegación del Congreso; (5) los Decretos Supremos; (6) las Resoluciones Supremas; (7) las Resoluciones Ministeriales; (8) las Resoluciones Directorales y (9) otras normas administrativas diversas de jerarquía menor. Cabe señalar que la palabra “Ley” tiene dos sentidos en el lenguaje jurídico peruano: uno restrictivo que Kelsen llama “sentido formal”, que designa única y exclusivamente aquellas disposiciones de carácter general que han sido promulgadas como leyes, ésto

---

5. Hans KELSEN, *Op. cit.* p. 299.

6. *Grundnorm*.

7. *Loc. cit.*

es, los Tratados, las Leyes Orgánicas, las Leyes Ordinarias y los Decretos Legislativos; el otro sentido tiene un carácter extensivo, que Kelsen llama "sentido material", que designa a toda disposición jurídica de alcance general<sup>8</sup>. En otras palabras, "Ley" puede significar tanto todas y cada una de las categorías de normas antes mencionadas como también algunas categorías específicas contempladas en los puntos (2), (3) y (4). Esta ambigüedad del término "Ley" —que sólo se aclara por el contexto dentro del que se lo utiliza— es preciso tenerla presente a fin de evitar confusiones de interpretación.

Por otra parte, debemos destacar también que las categorías de normas antes indicadas se distinguen fundamentalmente por el tipo de autoridad que las crea. Así, las normas constitucionales sólo pueden ser creadas por una Asamblea Constituyente o, excepcionalmente, por dos Legislaturas Ordinarias sucesivas del Congreso; las Leyes, (en sentido estricto) sólo pueden ser creadas por el Congreso o por el Poder Ejecutivo previa delegación de facultades o en circunstancias extraordinarias en materia económica y financiera (incisos 11° y 20° del artículo 211 de la Constitución); los Decretos Supremos y las Resoluciones Supremas, Resoluciones Ministeriales y Resoluciones Directorales son creadas por el Poder Ejecutivo a diferentes niveles de la jerarquía administrativa.

Ahora bien, el artículo 87 de la Constitución —que ya hemos mencionado —establece el principio de que ninguna disposición inferior puede transgredir los alcances de una disposición superior, esto es, la Ley con relación a la Constitución, el Decreto Supremo con relación a la Ley etc. Este principio se encuentra particularmente desarrollado en un texto constitucional relativo a la relación entre las disposiciones emanadas del Poder Ejecutivo (Decreto Supremo, Resolución Suprema, etc.) y las disposiciones emanadas del Poder Legislativo (Leyes en sentido estricto). En efecto, el inciso 11° del artículo 211 de la Constitución faculta al Poder Ejecutivo para "reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar Decretos y Resoluciones".

---

8. Vid. Hans KELSEN: *Op. cit.* p. 309.

El principio así incorporado al Derecho positivo peruano se conoce en doctrina como "Principio de Legalidad".

Maurice Duverger explica que "el principio de legalidad implica una jerarquía entre los actos jurídicos (Leyes, Decretos, Resoluciones, etc.) en la cual los actos de los grados inferiores deben conformarse a los de los grados superiores". Entonces, "el principio de legalidad significa que todos los actos gubernamentales y administrativos están subordinados a las leyes (lo que corresponde al sentido literal de la palabra legalidad). Pero significa también que existe una jerarquía entre los actos gubernamentales y administrativos"<sup>9</sup>.

Sin embargo, el funcionamiento del principio de legalidad no se encuentra exento de opacidades ni de ambigüedades. Es evidente que la inconstitucionalidad o ilegalidad de una disposición legal es patente cuando ésta contraría manifiestamente la norma superior: un reglamento *contra legem* es un reglamento ilegal. Pero la situación no es tan clara cuando el Decreto Supremo no se opone a la Ley sino que simplemente establece las condiciones para el ejercicio de los derechos contenidos en ella. En este caso, fácilmente puede decirse que el reglamento se aparta del marco legal, sea por exceso o por defecto. Dado que toda ley tiene una textura abierta<sup>10</sup> y consiguientemente admite varias interpretaciones, si el reglamento adopta una interpretación permisiva y establece pocas condiciones para el ejercicio de los derechos contenidos en la ley, puede sostenerse que "amplía" la ley y que, por tanto, es ilegal; si adopta una interpretación restrictiva y coloca demasiadas condiciones para tal ejercicio, puede sostenerse que "recorta" la ley y, en tal sentido, también la vulnera.

Resulta evidente que el sistema jurídico sería invivible, si ante la ambigüedad intrínseca del texto de las normas legales se

---

9. Maurice DUVERGER: *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. 5ª ed. Española. DEMOS, Biblioteca de Ciencia de Política. Ed. Ariel, Barcelona, 1970 p. 232.

10. H.L.A. HART: *The Concept of Law*. At the Clarendon Press. Oxford, 1961. p. 120.

exigiera a cada ciudadano, a cada órgano administrativo, a cada actor social en general, que asuma la responsabilidad del control del principio de legalidad. Una tal exigencia significaría que cada actor social, previamente a la realización de cualquier acto amparado en una norma, tendría que interrogarse sobre si tal norma es constitucional o legal, según el caso. Pero como su interpretación es sólo una opinión que no tiene valor conclusivo, bien podría suceder que posteriormente un órgano jurisdiccional adoptara una interpretación diferente y, haciendo efectiva la absurda responsabilidad que hemos planteado como hipótesis, sancionara a tal actor social por haber realizado actos en infracción de la Ley o de la Constitución. De esta manera, la inseguridad jurídica sería consustancial al sistema y no existirían las bases más elementales de predictibilidad y cálculo que requiere la sociedad y la economía modernas.

Para evitar esta neurosis colectiva, en la que nadie estaría seguro de las consecuencias de sus actos porque los reglamentos que establecen la forma cómo se deben cumplir las leyes quedarían siempre sujetos a cuestionamiento y revisión, el sistema ha previsto un remedio: la presunción de legalidad. Esto significa que, mientras un órgano jurisdiccional (Juez o Corte) no establezca que una determinada norma es inconstitucional o ilegal, se presume que tal norma es constitucional o legal. En otras palabras, los ciudadanos o los órganos administrativos no tienen ni la facultad ni la obligación de interrogarse sobre el fundamento de constitucionalidad o legalidad de las leyes. Este cuestionamiento se encuentra reservado a los órganos jurisdiccionales competentes. Pero, consecuentemente, si los ciudadanos no tienen tal obligación tampoco pueden ser sancionados ni perjudicados por haber cumplido una norma (o haberse beneficiado con ella, que es lo mismo) que después sea declarada inconstitucional o ilegal. En consecuencia, la presunción de legalidad significa que, en tanto que una norma no sea declarada inconstitucional o ilegal, puede (y debe) ser usada por los actores sociales en forma normal y, para todos los efectos, debemos considerarla como válida y constitucional o legal.

Como puede apreciarse, la presunción de legalidad es una presunción *iuris tantum*: toda norma participa del principio de



legalidad en tanto no se demuestre lo contrario ante la autoridad competente. El jurista español don Manuel García Pelayo, Presidente del Tribunal Constitucional de España, en el discurso de instalación de ese Tribunal, señalaba: "una Constitución democrática, como es la Constitución española, es siempre un orden abierto que puede dar lugar a políticas plurales, todas las cuales, en cuanto llevadas a cabo por órganos democráticamente legitimados y respetando el marco constitucional, tienen en principio a su favor una presunción de validez que sólo argumentos sólidos pueden allanar"<sup>11</sup>.

## 2. *El control de la constitucionalidad o legalidad*

Hemos señalado ya que el control de la constitucionalidad o legalidad no corresponde a todo ciudadano sino fundamentalmente a los órganos jurisdiccionales especialmente designados para ello. Interesa ahora precisar la identidad de tales órganos y el tipo de acciones disponibles para ejercitar tal control.

Ante todo, debemos distinguir los casos en los que la objeción es *ratione materiae* de aquellos en que la objeción es por razón de la forma. Respecto de estos últimos, cuando el vicio de forma es flagrante y obvio para cualquiera, el control de su legalidad se ejerce de manera difusa por un gran número de personas: el Presidente de la República no puede promulgar una Ley que no le ha sido comunicada por el Congreso en la forma prescrita; el Director del diario oficial no puede publicar una promulgación que no esté refrendada por el Presidente de la República; el ciudadano común y corriente no puede usar en su beneficio un Decreto Supremo que nunca salió promulgado en el diario oficial sino que se dio cuenta del mismo en un diario de noticias. En todos estos casos, simplemente no hay norma legal porque no se han cumplido las condiciones formales para su creación.

Distinta es la situación de la eventual violación *rationi materiae* del principio de legalidad. En este caso, la inconstitucio-

---

11. Cit. p. Jorge DANOS ORDOÑEZ y Martha SOUZA CALLE: *Los instrumentos procesales constitucionales para el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general*. Tesis, Pontificia, Universidad Católica del Perú. Lima, 1985, p. 363.

nalidad o ilegalidad no es manifiesta sino que requiere una evaluación del contenido mismo de la norma para compararlo con el contenido de la norma de jerarquía superior. Por esta razón, la Constitución ha previsto órganos jurisdiccionales y acciones o recursos específicos para que la posible ilegalidad sea apreciada y finalmente decidida. Este es el campo pleno de la presunción de legalidad a que se ha hecho referencia en el punto anterior de este trabajo: toda norma se presume constitucional o legal mientras el órgano determinado por la Constitución no determine su inconstitucionalidad o ilegalidad a través del procedimiento establecido para ello.

¿Cuáles son estos órganos jurisdiccionales y estos procedimientos? Existen fundamentalmente dos tipos de acciones: aquellas orientadas a impugnar un acto particular de la administración que atenta contra una garantía constitucional del accionante y aquellas orientadas a impugnar o impedir la aplicación de una norma general. Del primer tipo son el Habeas Corpus (atentados o amenazas contra la libertad individual) y la acción de amparo (atentados o amenazas contra los demás derechos constitucionales); del segundo tipo son la acción de ilegalidad, la acción de inconstitucionalidad y la preferencia de la norma de jerarquía superior.

Dado que las acciones del primer tipo no están comprendidas dentro de los alcances de este estudio, nos limitaremos a la descripción de las acciones del segundo tipo.

La acción de ilegalidad —que dentro del Derecho peruano se conoce como “acción popular” porque puede ser ejercitada por cualquier ciudadano— está dirigida 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 las demás personas de Derecho Público (artículo 295, cuarto párrafo, de la Constitución). Esta acción se plantea ante el Poder Judicial aduciendo que la norma general impugnada infringe la Constitución o la Ley.

La acción de inconstitucionalidad está dirigida únicamente contra las leyes en sentido formal, es decir, contra las normas de

carácter general que expide el Poder Legislativo y excepcionalmente contra el Poder Ejecutivo cuando expide normas con carácter específico de leyes (en los casos antes indicados en este Informe), así como contra las normas regionales de carácter general y las ordenanzas municipales (artículo 298 de la Constitución). Esta acción se interpone ante una corte especial denominada Tribunal de Garantías Constitucionales (artículo 296 de la Constitución) y no puede ser ejercida por cualquier persona sino por los más altos dignatarios de los Poderes Ejecutivo y Judicial, así como por un cierto número de parlamentarios o por un número bastante elevado (cincuenta mil) de ciudadanos (artículo 299).

La preferencia por la norma de jerarquía superior consiste en el mandato constitucional en virtud del cual los jueces, en el conocimiento de las causas ordinarias, están obligados a preferir la Norma Constitucional a la Norma Legal y ésta última a toda Norma subalterna, en caso de que hubiera incompatibilidad entre ellas (artículo 236 de la Constitución). Para la aplicación de esta preferencia no se requiere la iniciación de un juicio específico que declare ilegal la norma violatoria, sino que simplemente se solicita su no aplicación al caso *sub-litis*. Evidentemente, esta defensa tiene un alcance particular ya que solamente hace inaplicable la norma a dicho caso pero no la invalida de manera general. Como puede apreciarse, esta preferencia no es sino la expresión dinámica del principio de legalidad al que antes nos hemos referido.

### III. *CONSECUENCIAS DE LA ILEGALIDAD O INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA*

#### 1. *La Declaración de Ilegalidad o de Inconstitucionalidad en la doctrina y en el Derecho comparado*

El acto jurisdiccional por el cual se declara que una norma infringe el principio de legalidad (ya sea por inconstitucional o por ilegal, según el caso) y que consecuentemente esa norma no es válida, ha sido denominado de varias maneras por la doctrina. En algunos casos se ha dicho que se trata de una "declaración de inconstitucionalidad" o de una "declaración de ilegalidad"; en

estos casos se ha dicho también que se trata de una “declaración de inaplicabilidad” o de una “declaración de invalidez”.

Dentro de algunos ordenes jurídicos, este acto jurisdiccional ha sido calificado como una “declaración de nulidad” de la norma impugnada. Sin embargo, esta denominación da lugar a problemas de interpretación ya que puede entenderse en dos sentidos: de un lado, puede comprenderse en su acepción más radical, según la cual una norma creada no ha existido nunca; de otro lado, puede utilizarse en su acepción débil, como que la norma será inexistente sólo desde que se la declare nula. En el primer caso, la sentencia que resuelve la nulidad es meramente declarativa: no cambia una norma válida en otra nula, sino que se limita a comprobar que una norma no es realmente válida y que nunca lo fue. Esta sentencia tiene fuerza *ex tunc*, esto es retroactivamente. En el segundo caso, la sentencia tiene un efecto constitutivo: anula la norma, la hace inválida a partir de una fecha; tiene así un efecto *ex nunc*, es decir, hacia adelante.

Como exponente del primer sentido cabe mencionar al autor argentino German J. Bidart quien, citando a un autor norteamericano, afirma: “El verdadero alcance de la inconstitucionalidad está dado en la fórmula de Bryce: cuando una Ley se declara inconstitucional es como si jamás hubiera existido. No puede servir de base a ningún Derecho; los contratos hechos apoyándose en esta Ley son nulos; no protegen a los que han obrado con arreglo a ella; y no puede castigarse a quien la haya desobedecido antes de la decisión del Tribunal. Ese efecto debe predicarse de cualquier acto —aunque no sea legislativo— declarado inconstitucional”<sup>12</sup>. El mismo Bidart se apoya en las palabras del Juez norteamericano Field quien, en *Norton vs. Shelby County* (1886) declaró: “una Ley inconstitucional no es una Ley, no confiere derechos, no impone obligaciones, no proporciona protección, no crea funcionarios; es desde el punto de vista legal, tan inoperante como si nunca se hubiera promulgado”<sup>13</sup>. La Constitución de Alemania Federal y la Constitución

---

12. Germán J. BIDART CAMPOS: *Derecho Constitucional. Realidad Normativa y Justicia en el Derecho constitucional*. Tomo I. Ediar, Buenos Aires, 1968. p. 246.

13. *Loc. cit.*

de Portugal establecen este sistema rígido del control del principio de legalidad.

Sin embargo, la mayor parte de los países han optado por la acepción débil de la palabra "nulidad" y, en algunos casos (como en el Perú, según veremos más adelante), se ha preferido no hacer mención siquiera a nulidad alguna, limitándose el texto legal a hablar de ilegalidad e inconstitucionalidad.

Cushman indica que tal aplicación rígida produce a veces serias injusticias por lo que las Cortes norteamericanas se han visto obligados a suavizarla. Es así como apoya las afirmaciones del Presidente de la Corte, Hughes, cuando éste dice: "La real existencia de un estatuto, previo a una tal determinación (de inconstitucionalidad) es un hecho operante que suele tener consecuencias que no pueden ser ignoradas en justicia. El pasado no puede ser borrado por una nueva declaración judicial. El efecto de la subsiguiente regulación de invalidez puede tener que ser considerado en varios aspectos con respecto a relaciones particulares, individuales y colectivas y la conducta particular, ya sea privada u oficial"<sup>14</sup>. En Colombia, la Corte Suprema, en Acuerdo número 3 del 17 de junio de 1915, sentó la doctrina de que "Si las (sentencias de inconstitucionalidad) tuvieran efectos retroactivos y alcanzaran a anular las leyes desde sus orígenes, ningún Derecho habría firme y la inseguridad social y la zozobra serían permanentes y mayores cada día"<sup>15</sup>. La Constitución austríaca, inspirada en el pensamiento de Kelsen que resumiremos más adelante, establece también que los fallos de inconstitucionalidad surten efecto para el futuro. La Constitución italiana establece en su artículo 136 que la declaración de ilegitimidad constitucional de una norma implica que ésta deja de tener eficacia desde el día siguiente de la publicación de la decisión. De esta manera, dice Biscaretti di Ruffia, quedan a salvo todos los efectos producidos anteriormente por esa norma de modo defi-

---

14. *cit. p. Ge*

14. *cit. p. Germán J. BIDART CAMPOS: Op. cit. T.I, p. 246, No. 78.*

15. *cit. p. Manuel T. ALVAREZ SIMONETTI: Debate en torno a la acción popular. Revista Derecho, número 32. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1974.*

nitivo: sentencias firmes, acciones prescritas, etc.<sup>16</sup>. El autor peruano Ernesto Blume afirma que "si el Tribunal de Garantías Constitucionales tuviera facultad de resolver con efectos retroactivos, el sistema jurídico perdería eficacia y seguridad y tanto gobernantes como gobernados no tendrían garantías para desenvolverse dentro de un ámbito de respeto a los derechos y a las obligaciones señaladas en las leyes vigentes"<sup>17</sup>. Danós y Souza afirman que "nosotros somos conscientes de que una norma reñida con la Constitución padece de vicio congénito, pero sin embargo consideramos también atendible la salvaguarda de principios como la seguridad y estabilidad jurídica que podrían verse vulnerados con probables consecuencias perjudiciales si se admitieran indiscriminados efectos retroactivos a las resoluciones del Tribunal de Garantías Constitucionales, declarando la inconstitucionalidad de una norma"<sup>18</sup>.

Es importante hacer notar que incluso en aquellos países donde se ha adoptado la acepción más radical de la nulidad, los Tribunales han intentado por otros medios asegurar la eficacia de los actos realizados bajo el amparo de la norma ilegal o inconstitucional, antes de que fuera declarada su nulidad. En Alemania Federal, por ejemplo, se ha contrarrestado de alguna forma el principio constitucional que declara inexistente y sin ningún valor la norma inconstitucional o ilegal con una cierta reticencia a declarar inconstitucionales o ilegales las normas; los Tribunales intentan más bien encontrar en la norma cuestionada un sentido compatible con la Constitución antes que declararla nula, a fin de evitar los problemas que se derivarían de su nulidad absoluta. Dentro de este orden de ideas, una sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 7 de mayo de 1953 declaró que: "una ley no puede ser declarada nula cuando sea

- 
16. Paolo BISCARETTI DI RUFFIA: *Derecho Constitucional*. Editorial Tecnos. Madrid, 1973. p. 573.
  17. Ernesto BLUME FORTINI: *El tribunal de Garantías Constitucionales*. Ius et Praxis. número 3. Revista de la Universidad de Lima. 1984.
  18. Jorge DANOS ORDOÑEZ y Martha SOUZA CALLE: *Los instrumentos procesales constitucionales para el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general*. Tesis. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1985. p. 372.

posible interpretarla conforme a la Constitución, lo cual no sólo responde a la presunción de que toda Ley es compatible con la Constitución, sino al principio que en esa presunción se expresa que, en caso de duda, es necesaria una interpretación conforme a la Constitución”<sup>19</sup>.

## 2. *La posición de Hans Kelsen*

Como se ha indicado en la parte antecedente de este trabajo, los constituyentes peruanos adoptaron las tesis de Kelsen como bases de organización del sistema jurídico peruano. Es así como recogieron la idea de la pirámide normativa del principio de legalidad y de la presunción de legalidad o constitucionalidad.

Ahora bien, Kelsen niega que una norma legal pueda ser declarada nula de manera absoluta, esto es, inexistente y sin efecto alguno aún durante el tiempo en que aparecería como vigente. De esta manera categórica y haciendo uso de una lógica jurídica estricta como es habitual en sus razonamientos, este jurista dice: “la afirmación de que una ley válida, una ley ‘vigente’, es contraria a la Constitución o ‘inconstitucional (*Verfassungswidrig*)’ es una *contradictio in adjecto*: porque la ley no puede ser válida sino en virtud de la Constitución. Si hay alguna razón para admitir que una ley es válida, el fundamento de esa validez no puede encontrarse sino en la Constitución. Por el contrario, respecto de una ley inválida no se puede decir que sea contraria a la Constitución: una ley inválida no es ley en absoluto porque jurídicamente no existe y, por consiguiente, no se puede decir nada jurídico de ella; lo que no existe no puede ser contrario a nada”. Dice Kelsen: “si se quiere dar a la expresión ‘ley inconstitucional’ —que la doctrina tradicional usa frecuentemente— un sentido jurídico aceptable, no hay que tomarla al pie de la letra. Hay que entender que significa únicamente que, según la Constitución, esa Ley puede ser abrogada (o anulada),

---

19. Jorge DANOS ORDONEZ y Martha SOUZA CALLE: *Op. cit.*, p. 363.

no solamente por el procedimiento habitual (es decir, por otra ley, en virtud del principio *lex posterior derogat priori*) sino también por un procedimiento particular, previsto por la Constitución”<sup>20</sup>. Y agrega: “las leyes llamadas ‘inconstitucionales’ son en realidad Leyes ‘constitucionales’ anulables por un procedimiento particular”<sup>21</sup>.

Es importante destacar que Kelsen está utilizando la palabra “Ley” en sentido amplio, es decir, como toda disposición normativa; y no en sentido restringido, como expresiones normativas del Congreso. Por consiguiente, lo dicho por Kelsen se refiere tanto a la propiamente llamada “inconstitucionalidad” (discrepancia entre la Ley y la Constitución), como también a la “ilegalidad” (discrepancia del reglamento con la Ley). En el fondo, la ilegalidad del reglamento o Decreto Supremo no es también sino una forma de inconstitucionalidad porque, dado que el fundamento de validez de toda norma se encuentra en la Constitución de acuerdo a la pirámide jerárquica de normas establecida por ella, toda infracción a tal pirámide es a su vez una infracción constitucional. Esto es perfectamente claro para Kelsen, quien concluye: “Del análisis precedente resulta que entre la ley y la decisión jurisdiccional, entre la Constitución y la Ley, entre la Constitución y el reglamento o, para formularlo de una manera totalmente general, entre una norma superior y una norma inferior de un orden jurídico, no es posible ningún conflicto que destruya la unidad de ese sistema de normas. . .”<sup>22</sup>.

En consecuencia, ya se trate de la relación entre un Decreto Supremo reglamentario y la ley a la que reglamenta o entre una ley y la Constitución, la norma de jerarquía inferior es válida mientras no se la declare en conflicto con la norma superior. En otras palabras y aunque a primera vista parezca una tautología, sólo en el caso de que estemos ante algo que no es norma legal, podemos decir que no existe norma legal, en todos los demás casos, la norma existe aunque pueda y deba ser abrogada o

---

20. Hans KELSEN *Op. cit.* p. 360.

21. *Ibid.* p. 364.

22. Hans KELSEN: *Op. cit.* p. 367.



anulada porque es inconstitucional o ilegal. El primer caso se da cuando aquello frente a lo cual estamos carece manifiestamente de las formalidades mínimas de toda norma legal: por ejemplo, un texto que nunca fue promulgado. Pero en esa hipótesis, ese texto no es una norma "nula" sino simplemente no es ni nunca fue norma: no cabe declarar nula la norma porque no fue norma. En cambio, pasado ese primer umbral mínimo que otorga "forma" de norma a un texto, ese texto así tocado por el Derecho se convierte en norma válida; aún cuando en razón de su contenido o materia esté viciado de inconstitucionalidad o ilegalidad y sea preciso dejarlo sin efecto para salvar la coherencia del sistema jurídico. Utilizando una metáfora clásica, dice Kelsen que "el Derecho se parece al Rey Midas. Todo lo que éste tocaba se transformaba inmediatamente en oro; de manera análoga, todo lo que es tratado por el Derecho se convierte en Derecho"<sup>23</sup>: Derecho ilegal sin duda, quizá también Derecho injusto; pero en todo caso Derecho.

Ahora bien, esa ley o reglamento inconstitucional y/o ilegal que ha adquirido ilegítimamente un lugar dentro del sistema jurídico, debe ser invalidado; es decir, es preciso retirarlo de ese lugar jurídico en el que ya está. Aún más, las Constituciones que permiten que el Poder Ejecutivo dé reglamentos de carácter general pueden también disponer que si el Gobierno da un reglamento que no cumple las condiciones constitucionales (principio de legalidad) los responsables de su dación pueden ser sancionados<sup>24</sup>. Pero "mientras (la ley o el reglamento) no haya sido abrogado (o anulado) éste debe ser considerado como válido"<sup>25</sup>, y "hasta que el Tribunal adopte la resolución de anulación la Ley es válida y debe ser aplicada por todos los órganos de aplicación del Derecho"<sup>26</sup>. Aun cuando Kelsen no lo dice directamente, se sobrentiende que si los órganos están obligados a aplicarlo, los ciudadanos también están obligados a cumplirlo; y que

---

23. Hans KELSEN: *Op. cit.* p. 369.

24. *Ibid.* p. 365.

25. *Ibid.* p. 360.

26. *Ibid.* p. 364.

así como da lugar a obligaciones que éstos deben cumplir, también puede crear derechos de los que éstos se pueden beneficiar. “Puede suceder así que estas normas permanezcan vigentes y sean aplicadas durante años, antes de que sean anuladas como ‘inconstitucionales’ por el Tribunal competente”<sup>27</sup>.

Para dejar aún más clara su posición, Kelsen utiliza la conocida distinción entre la nulidad (*nichtigkeit*) y la anulabilidad (*vernichtbarkeit*): mientras que la nulidad declara sin efecto el acto *ab initio*, la anulabilidad sólo elimina sus efectos futuros. En otras palabras, la nulidad opera *ex tunc*, mientras que la anulabilidad *ex nunc*. En un capítulo en el que opone estas dos instituciones, dice: “de lo que precede (sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad de las leyes en sentido amplio), resulta también que en el seno de un orden jurídico no puede existir la nulidad: las normas que forman parte de un orden jurídico no pueden ser nulas, sino que sólo pueden ser anulables”<sup>28</sup>; y agrega: “en general, las normas jurídicas son anuladas solamente con efecto para el futuro, de manera que las consecuencias de Derecho que ya se han realizado bajo su imperio quedan intocadas”<sup>29</sup>. Para que la anulación comprenda también los efectos anteriores, debe tener un carácter retroactivo<sup>30</sup>; y veremos más adelante que el Derecho peruano tiene horror constitucional a la retroactividad: sólo la admite en casos muy especiales y siempre en sentido benigno o favorable al ciudadano.

Kelsen, concluye que “es consecuentemente inexacto el calificar la decisión que anula la ley en esas condiciones como ‘declaración de nulidad (*nichtigkeitserklärung*)’, como de manera equivocada a veces lo hace el órgano que anula la ley declarando en su decisión que esa ley era ‘nula *ab-initio*’”<sup>31</sup>.

---

27. Hans KELSEN: *Op. cit.* p. 364.

28. Hans KELSEN: *Op. cit.* p. 367.

29. *Ibid.* p. 367.

30. *Loc. cit.*

31. Hans KELSEN: *Op. cit.* p. 368.

### 3. *El problema en el Derecho positivo y en la doctrina peruanos*

Las ideas Kelsenianas influyeron notablemente en el desarrollo de la doctrina y jurisprudencia constitucional peruanas, así como en los constituyentes de 1979 conforme se aprecia en los testimonios que antes hemos mencionado.

Dentro de este orden de ideas, es muy interesante destacar que la Constitución vigente —al igual que la Constitución anterior— no menciona en forma alguna la palabra “nulidad” respecto de una ley inconstitucional (artículos 296 a 305) ni respecto de un reglamento o Decreto Supremo ilegal (artículo 295, cuarto párrafo). En el primer caso, la Constitución no menciona una “declaración de nulidad” sino una “sentencia de inconstitucionalidad”, mientras que en el segundo caso se limita a decir que “hay acción popular” contra los reglamentos y normas administrativas de carácter general “por infracción de la Constitución o la ley”; de esta manera la Constitución ha evitado utilizar la expresión “nulidad” que podría dejar un cierto sabor de retroactividad.

Para que no quede duda alguna de que la ley inconstitucional es válida mientras no se declare su inconstitucionalidad, la Constitución peruana optó por la solución de que el Tribunal de Garantías Constitucionales no declara nula ni invalida la ley sino que es el Congreso quien, por el mérito del fallo correspondiente, debe derogar (prueba de que estaba vigente) la ley inconstitucional (artículo 301, primer párrafo). Y aún en el caso de que el Congreso no la derogue, no es el Tribunal quien la deja sin efecto sino que, transcurridos 45 días, se entiende automáticamente derogada por disposición de la propia Constitución (artículo 301, segundo párrafo). La Constitución quiso ser aún más explícita en su adhesión a las ideas kelsenianas e incorporó una norma expresa que establece que “no tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional una norma en todo o en parte” (artículo 300).

En lo que respecta a la ilegalidad de los reglamentos y de otras normas administrativas de carácter general, la Constitución

no es igualmente explícita. En verdad, la disposición inconstitucional sobre la materia es muy escueta y se limita a otorgar la posibilidad de una impugnación sin dar detalles sobre el particular. Sin embargo, no cabe duda alguna de que el mismo principio de irretroactividad de la sentencia de inconstitucionalidad debe aplicarse a la sentencia de ilegalidad. Como antes se ha indicado, estos dos procedimientos forman parte de un mismo sistema de control de la constitucionalidad (principio de legalidad) de las normas de carácter general. Las diferencias entre ellos y sus peculiaridades específicas obedecen a que uno está orientado a dejar sin efecto leyes expedidas por el Congreso, por lo que, siendo este hecho de suyo muy grave en una organización democrática, requiere de las máximas garantías y precauciones. En cambio, el otro procedimiento —la acción popular— se dirige contra normas de inferior jerarquía (reglamentos) y puede ser tramitado sin necesidad de las precauciones adicionales que requiere la invalidez de una Ley del Congreso: se plantea ante el Poder Judicial ordinario y no ante un Tribunal especial, puede ser iniciado por cualquiera y no sólo por ciertas personas constitucionalmente calificadas.

Por consiguiente, si la acción de inconstitucionalidad y la acción de ilegalidad (acción popular) responden a una misma necesidad de cautelar el principio de legalidad, no parece lógico que sus efectos fueran sustancialmente distintos en lo que se refiere a la oportunidad desde la cual comienzan a regir. Un conocido aforismo jurídico, que tiene una extraordinaria fuerza persuasiva en el Perú, sostiene que donde hay igual razón, debe haber igual derecho (*Ubi cadem ratio, ibi idem ius debet esse*). Por consiguiente, si se consideran válidos los efectos de una ley inconstitucional antes de que sea declarada como tal, deben también considerarse válidos los efectos de un Decreto Supremo ilegal antes de que sea declarado como tal.

Es interesante recordar a este respecto que el primer proyecto de Constitución elaborado por una Comisión de la Asamblea Constituyente de 1979 establecía que la acción popular se tramitaría ante el Tribunal de Garantías Constitucionales<sup>32</sup>; lo que revela la naturaleza común de las acciones de inconstitucionalidad y de ilegalidad. La razón por la que se modificó esta

propuesta y se aprobó que la acción de ilegalidad se tramitara ante la justicia ordinaria mientras que la acción de inconstitucionalidad debe tramitarse ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, no fue porque se entendiera que estas acciones son de naturaleza diferente: simplemente se tomó en cuenta que había sido tradicional que la acción popular de ilegalidad se tramitara ante el Fuero Común y se pensó que no convenía hacer más difícil su utilización por el hecho de remitirla a un Tribunal especial. Todo lo cual abona la tesis del autor de este trabajo en el sentido de que esta naturaleza común de ambas acciones obliga a conservar una cierta simetría entre ellas: si la declaración de inconstitucionalidad no es retroactiva, tampoco puede serlo la declaración de ilegalidad.

Esta opinión se encuentra respaldada por el hecho de que el Poder Judicial peruano ha hecho suya la convicción de que una norma reglamentaria ilegal no puede ser invalidada desde su origen hasta el extremo de que en algunos casos se ha negado a invalidar normas en absoluto. A pesar de la existencia del artículo constitucional que franquea acción popular para estos casos —y que ya se encontraba presente en la Constitución de 1933— la Corte Suprema peruana ha estado muy vacilante sobre sus alcances y en algunos casos ha interpretado que tal acción está destinada exclusivamente a hacer inaplicable ese Decreto Supremo o reglamento respecto de la persona que interpuso la acción popular; pero que, a pesar de haber sido declarado inaplicable tal Decreto en ese caso, seguía vigente para todos los demás casos similares en los que el interesado no hubiera demandado la ilegalidad<sup>33</sup>. Y, aunque ha habido la vacilación mencionada, una cierta vacilación en sus posiciones, la opinión prevaleciente ha sido la de que la acción popular no puede invalidar los Decretos Supremos ilegales, los que siguen vigentes en los casos que no fueron objeto del juicio de ilegalidad. Dice el constitucionalista Domingo García Belaunde: “Como norma general, la acción popu-

---

32. Diario de Debates, Tomo VII, p. 499.

33. *vid.* Dale B. FURNISH: *La jerarquía del ordenamiento jurídico peruano*. Revista Derecho, número 30. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1972. pp. 72-3.

lar ha sido ejercida en determinadas oportunidades, sentándose al respecto la siguiente doctrina jurisprudencial: . . . (b) sus efectos no son de carácter anulatorio ni dejan sin vigencia a norma alguna, sino que, advertida la colisión de la norma inferior con la ley o la Constitución, se declara que aquella es 'no aplicable al caso sub-litis', ergo, será válida para todos los demás casos<sup>34</sup>.

En opinión del autor de este trabajo, esta interpretación es equivocada pues naturaliza la acción popular hasta hacerla inútil: si su efecto sólo es particular, no tiene sentido demandar la ilegalidad de un reglamento sino que, en el juicio en el que se discute el derecho del interesado, éste puede en vía de excepción solicitar simplemente que se aplique la ley con preferencia al reglamento ilegal, conforme lo establecido en el artículo 236 de la Constitución. En cambio, si inicia primero una acción popular, luego tendrá que plantear otra demanda para reclamar su derecho que se había visto afectado por el reglamento ilegal, duplicándose innecesariamente el procedimiento. Por ese motivo, creemos que la acción popular sólo cobra sentido si tiene un carácter general, es decir, si está destinada a dejar sin efecto para todos los casos (y no sólo para el caso de la persona que demanda) el reglamento ilegal.

Pero independientemente de la opinión que nos merezca dicha interpretación de la Corte Suprema, lo interesante del caso es que ella muestra sin lugar a duda alguna que la jurisprudencia peruana no considera que el reglamento o Decreto Supremo ilegal es nulo *ab initio* sino que lo considera como vigente y válido, salvo los casos específicos respecto de los cuales se ha declarado su ilegalidad. En otras palabras, la posición de los Tribunales peruanos no sólo rechaza la tesis de la nulidad absoluta sino que ni siquiera acepta la tesis de la anulabilidad genérica: interpretando a Kelsen en el sentido más restringido, opta por una anulabilidad de efectos particulares que constituye más bien una mera no aplicabilidad al caso específico.

Es preciso tener en cuenta que, como lo sostienen Danós y Souza, "en el ánimo de los constituyentes de 1979 primó

---

34. Domingo GARCIA BELAUNDE: *La jurisdicción constitucional en el Perú*. Revista Derecho, número 33. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1978. p. 124.

una posición que, en resguardo de la seguridad jurídica como imperativo del derecho en sí, proscribire por todos los medios la aplicación retroactiva de las leyes<sup>35</sup>. En efecto, el segundo párrafo del artículo 87 de la Constitución establece terminantemente que ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos salvo en materia penal, laboral o tributaria, cuando es más favorable al reo, trabajador o contribuyente, respectivamente. La idea incorporada a la Constitución es que nadie puede verse perjudicado por efectos retroactivos de una Ley; excepcionalmente, los hechos anteriores pueden ser beneficiados por una ley posterior pero nunca perjudicados. Es dentro de ese mismo espíritu que el artículo 300 establece que la sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales no tiene efecto retroactivo. El constituyente Javier Valle Riestra, comentando el artículo 300 de la Constitución declaró ante la Cámara de Diputados con motivo de un debate parlamentario que él fue el autor de la iniciativa, y que propuso la no retroactividad para evitar tener que pagar daños y perjuicios a los propietarios de fundos agrarios expropiados y a los dueños de diarios confiscados, que seguramente plantearían la inconstitucionalidad de los Decretos Leyes emitidos por el Gobierno Militar anterior que los perjudicaban. De esta manera podría solucionarse el problema devolviendo los fundos y los diarios con efectos de ahí en adelante; y se evitaría tener que pagar sumas cuantiosas por los perjuicios causados por la desposesión de los mismos durante los años en que ésta duró<sup>36</sup>. Pero notemos que este argumento es reversible: si la norma que atenta contra el principio de legalidad es válida para que el Estado no pague daños y perjuicios por lo sucedido mientras estuvo en vigencia, las mismas razones abonan la causa del particular para negarse a pagar impuestos que le fueron exonerados por una Ley o por un Decreto Supremo inconstitucional o ilegal. En ambos casos se debe restablecer la situación para el futuro y no con efectos retroactivos.

Por otra parte, nuestra opinión en el sentido de que la acción popular de ilegalidad no puede invalidar los efectos anterior-

---

35. Jorge DANOS ORDOÑEZ y Martha SOUZA CALLE: *Op. cit.* p. 370<sup>2</sup>

36. Jorge DANOS ORDOÑEZ y Martha SOUZA CALLE: *Op. cit.* p. 370.

res de la norma invalidada, es compartida por la mayor parte de los autores nacionales.

Manuel T. ALVAREZ SIMONETTI sostiene que al momento de incoarse la acción popular contra un Decreto Supremo, este debe encontrarse en vigencia: dentro del razonamiento kelseniano a que antes hemos hecho referencia, no cabe impugnar lo que no existe, esto es, la norma que no esté vigente<sup>37</sup>. Es por ello que este autor concluye que “mediante la sentencia correspondiente. . . simplemente se anula los efectos del mismo (Decreto) hacia el futuro”<sup>38</sup>. De manera, nos dice, que la declaratoria de nulidad técnicamente viene a ser de anulabilidad<sup>39</sup>. Desarrollando esta tesis, Alvarez Simonetti se pregunta si este efecto hacia el futuro debe contarse a partir de: (a) la interposición de la demanda; (b) la fecha de la sentencia; (c) desde la fecha en que la sentencia queda ejecutoriada; o (d) la fecha en que se publicó la sentencia en el Diario Oficial. Y, por diversas razones, se inclina por la tercera de estas opciones: la norma es inválida sólo desde que la sentencia de ilegalidad queda firme<sup>40</sup>.

Marcial Rubio y Enrique Bernales sostienen que si la sentencia de inconstitucionalidad declarara la ley impugnada como “no existente” y anulara todas las consecuencias producidas por ella, esto sería muy problemático dentro del orden jurídico y, por ese motivo, no es aceptable<sup>41</sup>. Estos autores no hacen alusión en su libro a la sentencia de ilegalidad de un Decreto Supremo u otra norma de categoría inferior a la ley (en sentido estricto). Pero en conversación personal el Profesor Marcial Rubio me ha manifestado su opinión de que el principio de no retroactividad de la sentencia debe aplicarse también, por las mismas razo-

---

37. Manuel T. ALVAREZ SIMONETTI: *Op. cit.* p. 74.

38. *Ibid*, p. 87.

39. *Loc. cit.*

40. *Ibid*, pp. 87-8.

41. Marcial RUBIO CORREA y Enrique BERNALES BALLESTEROS: *Op. cit.* p. 256.



nes, a los casos de ilegalidad de las normas de categoría inferior a la ley que son materia de la acción popular (artículo 295, cuarto párrafo, de la Constitución).

El principio que parece haber jugado un papel importante en la opinión de constituyentes y autores para pronunciarse por la no retroactividad de la sentencia que invalida una norma legal, es el respeto a los derechos adquiridos. La seguridad jurídica conlleva la necesidad de que los derechos subjetivos adquiridos no sean afectados por cambios posteriores en la legislación. Mal podría decirse que, tratándose de una norma ilegal o inconstitucional, su invalidación no significa un cambio de la ley porque esa norma nunca existió verdaderamente y, por tanto, no fue ley. Ya hemos mencionado que todas las normas del sistema jurídico gozan de la presunción de legalidad y, por consiguiente, tienen vigencia mientras no se declare su ilegalidad o inconstitucionalidad. De esta manera, los derechos adquiridos bajo su amparo son válidos y no pueden ser conculcados.

Rubio y Bernaldes indican que existe solamente un caso en el que los derechos adquiridos no podrían ser respetados cuando la norma que les da nacimiento habría sido obtenida de mala fe, con el único objeto de beneficiarse con derechos subjetivos que se adquirirían durante el lapso que medie entre la promulgación de la norma y su declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad. En esta hipótesis, el dolo implícito en la operación habría invalidado los derechos subjetivos adquiridos en base a ella en aplicación de la norma del Código Civil que establece que la ley no ampara el abuso del Derecho<sup>42</sup>. En realidad, la norma del Código Civil no es sino una expresión positiva de uno de los principios generales del Derecho habitualmente aceptados por la comunidad jurídica para interpretar las normas legales y es en este sentido que tiene aplicación incluso en la interpretación constitucional. De otro lado, también es aplicable en este caso el principio contenido por el aforismo *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, en virtud del cual no se puede fundar un derecho sobre el propio dolo.

---

42. Marcial RUBIO CORREA y Enrique BERNALDES BALLESTEROS: *Op. cit.* p. 256.

Rubio y Bernaldes dejan constancia de que el dolo que da lugar a la promulgación de la norma ilegal o inconstitucional debe ser manifiesto<sup>43</sup>. Es igualmente un principio aceptado por la comunidad jurídica que *fraus numquam praesumitur*, esto es, que la mala fe no se presume nunca sino que debe probarse: los actos de los ciudadanos gozan siempre de una presunción *iuris tantum* de buena fe.

Pero lo que interesa más es que la excepción confirma la regla: el hecho de que la presencia del dolo en la creación de una norma ilegal o inconstitucional invalide los derechos adquiridos bajo su amparo, confirma que si no existe dolo esos derechos son válidos y tienen que ser reconocidos.

#### 4. *La declaración de ilegalidad por iniciativa del Estado*

Normalmente, la ilegalidad o inconstitucionalidad de una norma es invocada por el particular cuyos derechos resultan afectados por tal disposición. Pero puede suceder que el propio Gobierno encuentre que una determinada norma es ilegal o inconstitucional y tenga interés en invalidarla. Esto es particularmente verosímil cuando ha mediado un cambio de Gobierno y las nuevas autoridades discrepan de los puntos de vista de las anteriores. ¿Cómo debe proceder el Gobierno en éstos casos y cuáles son los efectos de tal situación?

Cuando se trata de leyes, si el Congreso está de acuerdo en que se encuentra ante una norma inconstitucional, puede simplemente proceder a derogarla. Pero puede ocurrir que el Congreso no esté de acuerdo con tal punto de vista que sólo es sostenido por el Poder Ejecutivo o por el Poder Judicial o por un grupo de senadores y diputados; en ese caso, evidentemente no habrá la mayoría suficiente para derogar la norma que los otros grupos consideran inconstitucional. Para ello, queda abierta la acción de inconstitucionalidad a fin de intentar que un órgano jurisdiccional —el Tribunal de Garantías Constitucionales— invalide la ley. Esta acción puede ser ejercida por el Presidente de la República, por la Corte Suprema de Justicia, por el Fiscal de la

---

43. Loc. cit.

Nación, por sesenta diputados o por veinte senadores (artículo 299 de la Constitución).

Cuando se trata de disposiciones de jerarquía inferior a la ley, el Poder Ejecutivo puede simplemente proceder a la derogación de la norma ilegal; sin perjuicio de que el Fiscal de la Nación o, en general, cualquier miembro de los Poderes del Estado (como cualquier ciudadano) pueda ejercer la acción popular ante la justicia ordinaria en el caso de que el Poder Ejecutivo se resista a derogar tal norma (artículo 295, cuarto párrafo, de la Constitución).

Si la invalidez se produce por la vía de la derogación, no cabe duda de que quedan vigentes todos los efectos anteriores que produjo la misma en aplicación del principio de no retroactividad de la ley. Si la invalidez se produce por la vía de la declaración de ilegalidad por el Poder Judicial, quedan igualmente vigentes los efectos en razón de todos los argumentos que se han dado en el punto anterior de este trabajo, los que son aplicables a todos los casos de inconstitucionalidad o ilegalidad, ya sea que la declaración correspondiente sea promovida por los particulares o por el Estado.

Cabe todavía preguntarse si, por la vía de la preferencia de la norma superior que establece el artículo 236 de la Constitución, podría el Estado intentar que los efectos de un reglamento ilegal que han beneficiado a algunos particulares, pudieran ser cuestionados. Imaginemos a título de ejemplo la situación de un Decreto Supremo que, a juicio del Gobierno posterior, haya otorgado beneficios tributarios a una categoría de particulares, que exceden de los previstos por la ley. Podría suceder que el Gobierno procediera simplemente a acotar los impuestos dejados de pagar, lo que daría lugar a una reclamación por parte de los particulares. Si esta reclamación resulta finalmente declarada sin lugar por el Tribunal Fiscal, los particulares afectados tendrían que acudir al Poder Judicial para impugnar tal resolución. Sin embargo, en esta situación, el Gobierno podría invocar el artículo 236 de la Constitución y solicitar a la Corte que aplique preferentemente la ley sobre el Decreto Supremo que considera que excede los alcances de ella, con el áni-

mo de justificar por esta vía la acotación de los impuestos dejados de pagar al amparo de tal Decreto Supremo cuestionado. Sin embargo, de acuerdo a lo expuesto anteriormente, el Juez no podría hacer uso de la preferencia del artículo 236 de la Constitución respecto de hechos ya consumados que han dado lugar a derechos adquiridos. Atendiendo al principio de irretroactividad, esa preferencia tendría que limitarse a establecer que para *el futuro* ese Decreto Supremo no puede utilizarse para gozar de beneficios tributarios; pero el juez de ninguna manera podría invalidar los beneficios ya gozados y que son derechos adquiridos aplicando un criterio legal que no tenía vigencia en el momento en que tales derechos adquiridos fueron constituidos.

Debemos destacar por último que el Poder Ejecutivo no puede expedir un Decreto Supremo declarando la nulidad o la ilegalidad de un Decreto anterior. La declaración de nulidad o de ilegalidad es un acto jurisdiccional que no puede ser realizado por el Poder Ejecutivo ya que ello constituiría una violación de lo prescrito en el inciso 1º del artículo 233 de la Constitución. De otro lado, tal declaración de ilegalidad (mal llamada de “nulidad”) ha sido expresamente reservada por la Constitución para la justicia ordinaria cuando se trata de reglamentos y otras normas del Poder Ejecutivo (artículo 298). En consecuencia, un Decreto Supremo que declarara nulo otro Decreto Supremo sería doblemente inconstitucional : un Decreto Supremo sólo puede *derogar* otro Decreto Supremo.

En este mismo sentido debe destacarse que el artículo 112 del Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto Supremo 006-SC del 11 de noviembre de 1967, no puede servir de fundamento para declarar la nulidad de un Decreto Supremo : su ámbito de aplicación se limita a los actos administrativos de carácter particular y consecuentemente no puede aplicarse a las normas o reglamentos administrativos de carácter general. Es por tal razón que ese texto legal no posibilita la declaración de oficio de nulidad de un Decreto Supremo sino solamente de *resoluciones*.

#### IV. CONCLUSIONES

En razón de todo lo expuesto, pueden establecerse las siguientes conclusiones :

- 1 Dentro del ordenamiento constitucional peruano no existe la institución de la "nulidad" de una norma legal, sino únicamente su declaración de inconstitucionalidad o de ilegalidad, según el caso.
- 2 Una ley o un Decreto Supremo pueden ser invalidados por adolecer de inconstitucionalidad y/o de ilegalidad. La Constitución establece las jurisdicciones ante las cuales debe tramitarse la acción judicial correspondiente.
- 3 Mientras la ley no haya sido declarada inconstitucional o mientras el Decreto Supremo no haya sido declarado ilegal, le beneficia la presunción de constitucionalidad o de legalidad; por tanto, los ciudadanos pueden actuar bajo su amparo y ello crea derechos adquiridos.
- 4 El artículo 300 de la Constitución establece que no tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional una norma en todo o en parte. Aun cuando no existe una disposición similar en materia de ilegalidad de los reglamentos y otras normas administrativas, debe entenderse que la acción popular a que se refiere el tercer párrafo del artículo 295 surte efectos análogos a los de la acción de inconstitucionalidad, esto es, no puede afectar los derechos adquiridos en virtud de los efectos ya definitivos de la norma invalidada, que se han producido antes de su invalidación.
- 5 Asimismo, por analogía aunque no se trate exactamente del mismo caso pues estamos hablando de una sentencia y no de una ley, debe aplicarse el segundo párrafo del artículo 187 que establece que ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, laboral o tributaria, en cuanto que sea más favorable al interesado.

- 6 Por consiguiente, tanto la declaración de inconstitucionalidad como la de ilegalidad no afectan los derechos adquiridos bajo el imperio de la norma impugnada, mientras ésta estuvo vigente.
- 7 El Poder Ejecutivo puede derogar un Decreto Supremo pero no puede declarar nulo o ilegal porque ello implicaría una usurpación de funciones que la Constitución reserva para el Poder Judicial.

San Miguel, Setiembre de 1988