Derecho Procesal Constitucional

Domingo García Belaunde

Editorial TEMIS, Bogotá 2001

A la III Promoción “Domingo García Belaunde” de la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con el reconocimiento y la gratitud del autor.

A José F. Palomino Manchego y a Gerardo Eto Cruz.

PRÓLOGO

Reúno en este libro un total de diez ensayos sobre lo que el título enuncia, esto es, el *derecho procesal constitucional*, disciplina muy nueva aún y en plena discusión, para denominar lo que desde los años treinta, en Europa, y desde los cincuenta, en América Latina, se conoce como *jurisdicción constitucional*.

Se trata de ensayos escritos en circunstancias distintas, que versan sobre la problemática teórica de la novel disciplina, y también sobre aspectos prácticos que se presentan en nuestro continente. No es, por lo tanto, un libro escrito orgánicamente, -si bien la temática es orgánica-, sino que responde a una sola inquietud que me preocupa desde hace algunos años. Por cierto, no están todos los textos que deberían estar, pues existen ineludibles limitaciones de espacio, pero se incluyen los más representativos.

La primera edición de este libro, hoy agotada, data de 1998, y fue impresa por la editorial Marsol en la ciudad de Trujillo (Perú), al cuidado de mi dilecto amigo GERARDO ETO CRUZ, quien se encargó de ella y le antepuso un analítico y muy generoso estudio preliminar. Esta segunda edición, por razones de espacio, ha prescindido de dicho estudio, así como de un breve apéndice, y lo ha cubierto con otros ensayos sobre la misma materia, que han hecho doblarla en extensión en comparación con la primera. Aparte de esto, todo el texto ha sido sometido a revisión y se le han añadido algunas notas para su mejor comprensión, si bien se ha cuidado de precisar las fechas de cada ensayo, para su adecuada ubicación. Pero todo es actual y panorámico, y por tanto, bien puede decirse que es un libro nuevo en comparación con la edición anterior.

Como se sabe, el tema de la jurisdicción constitucional, o mejor, del Derecho procesal constitucional, como se tiende a llamarlo hoy en día -y así pretendo haberlo demostrado- se inicia muy tarde en América Latina, pero es interesante señalar que en forma corporativa, se planteó por vez primera en el Segundo Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional, llevado a cabo en noviembre de 1977, en Sochagota, en las afueras de Bogotá, con el auspicio del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y organizado por la Universidad Externado de Colombia, y su dinámico artífice, el prof. CARLOS RESTREPO PIEDRAHITA (sus actas fueron publicadas años más tarde, pero no han perdido actualidad).

Desde entonces, hay mucho que se ha publicado y son innumerables los eventos, congresos, conferencias y cursos que se han dedicado a lo mismo. Y ya en lo personal, he colaborado a esta expansión desde mi muy modesto sitial académico, y he seguido su desarrollo, desde que asistí siendo aún joven, al encuentro de Sochagota, hasta nuestros días. Y por cierto, son muchos los que se han entregado a esta tarea, dedicándole libros y ensayos de muy alta jerarquía, y que han servido de orientación y estímulo para todos los que

hemos venido después (como es el caso, ejemplar en América Latina, de HÉCTOR FIX-ZAMUDIO).

Lo que importa señalar de estos ensayos aquí reunidos, es que si bien se alimentan de la mejor doctrina sobre la materia -pues aquí no queda sino seguir a los grandes maestros- todo esto ha sido asimilado y desarrollado desde una atalaya latinoamericana, ya que nuestro continente, como queda insinuado en uno de ellos, presenta una fisonomía con caracteres peculiares en esta materia, difícilmente asimilable a los clásicos modelos americano y europeo (vigentes aún, con diversos matices y modalidades).

Que este libro se publique, totalmente remozado, en Colombia, es algo muy satisfactorio para mí, no sólo por los fuertes vínculos que conservo con muchos de sus juristas, sino por la gran calidad de su tradición jurídica y por el prestigio de la Editorial Temis, a cuyos directivos debo agradecer la inclusión de esta obra en sus catálogos.

Lima, octubre de 1999 - enero de 2000

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

CAPITULO I

EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL[*]
(Antecedentes, concepto, contenido y perspectivas)

Sumario: 1. Las inevitables limitaciones. 2. El nomen iuris. 3. Los orígenes del nombre. 4. La guerra de palabras. 5. Derecho procesal constitucional: ¿procesal, constitucional o mixto? 6. Otra posibilidad: el Derecho constitucional procesal. 7. Los contenidos: acción, jurisdicción y proceso. 8. Derecho procesal constitucional: a) jurisdicción constitucional. 9. Derecho procesal constitucional: b) procesos constitucionales. 10. Derecho procesal constitucional: c) órganos constitucionales. 11. Orígenes y desarrollo de la disciplina en el Perú. 12. Consideraciones conclusivas.

1. LAS INEVITABLES LIMITACIONES

Los problemas teóricos de una disciplina, y más aún, si se trata de su naturaleza jurídica, tenemos que abordarlos con cautela, advirtiendo desde el inicio las limitaciones ante las cuales nos encontramos.

Precauciones que, como lo sabe todo aquel situado dentro de la familia romano-civilista, vienen de muy antiguo, nada menos que desde Roma, en donde nace el Derecho, si bien es cierto que la consolidación se da mucho después, en largo periplo que parte de la Edad Media, y llega al siglo XIX, que es cuando se da su sistematización moderna. Por tanto, con tal arsenal de conocimientos, tenemos que saber por dónde andamos y cuánto avanzamos, y darnos cuenta si es que estamos dando vueltas en círculo. Por otro lado, tratándose del Derecho procesal, -y aquí asumimos provisionalmente que el Derecho procesal constitucional lo es, ya que más adelante lo analizaremos en detalle- la cosa se complica, pues no obstante que el proceso tiene raíces muy antiguas, su formulación moderna en el sentido de la autonomía de la acción, se remonta a fines del siglo pasado, por parte de la doctrina alemana, y a su posterior desarrollo y afinamiento, por ella misma y por la doctrina italiana. Esto es, se trata de una disciplina relativamente joven, que aún no ha desarrollado todas sus potencialidades, sobre todo en relación con el derecho público interno. Por tanto, un enfoque como el que ahora pretendo, centrado sólo en los aspectos principistas o de partida, tiene que ser consciente de estas limitaciones.

[*]Discurso de incorporación a la Academia Peruana de Derecho (Lima, 4 de agosto de 1997)

2. El nomen iuris

Lo primero que tenemos que afrontar es el problema del nombre, toda vez que, según los países, los autores y las distintas tradiciones jurídicas, los nombres utilizados son muy variados y no siempre coincidentes entre sí. Como se sabe, en los Estados Unidos la problemática procesal de la Constitución, en su parte medular, se conoce como *judicial review*, cuya traducción literal es *revisión judicial*. Pero como siempre sucede con las traducciones técnicas, su equivalente en castellano no significa gran cosa. Aun más, existiendo un cuerpo doctrinal y jurisprudencial en torno a la "revisión judicial" (cf. John H. Ely, *Democracy and distrust. A theory of judicial review,* Harvard Univ. Press 1980), ella es objeto de estudio en los manuales de Derecho Constitucional, considerándose que este tema es propio de lo constitucional. Con el agravante de que el problema constitucional sólo lo ve en definitiva la Corte Suprema de los Estados Unidos, de manera incidental en juicios que versan sobre asuntos civiles, laborales, tributarios, penales, etc. y sólo a partir de ellos y si el Tribunal Supremo lo considera imprescindible, se podrá hacer un enfoque o *aproach* constitucional. Y esto es así, por la especial estructura del derecho sajón, tan alejado de nuestra sistemática y muchas veces distinto del nuestro en cuanto a nombres, divisiones y pertenencias. Por tanto, la rica experiencia norteamericana no nos es de mucha ayuda en este planteo inicial.

Existen otros calificativos como: control judicial, defensa de la Constitución, control constitucional, justicia constitucional. De todos ellos, hay algunos que son muy amplios (como es el caso de control constitucional o defensa de la Constitución) y otros que pueden ser muy estrechos (como control judicial de la constitucionalidad). Más bien, los de "justicia constitucional" y "jurisdicción constitucional" son los que se han expandido más rápidamente. Así como se habla de justicia civil o justicia penal, se ha utilizado la expresión justicia constitucional. En igual sentido lo es jurisdicción constitucional, que, como decimos, coexiste muy ampliamente con aquella.

Podría decirse, teniendo en cuenta los congresos, las numerosas publicaciones, incluso las especializadas (libros y revistas), las mesas redondas, cátedras, etc., que las expresiones que más uso tienen son "justicia constitucional" y "jurisdicción constitucional", tomadas generalmente como sinónimas.

Pero, es indudable que al hablar de una justicia o de una jurisdicción constitucionales, por la gravitación de las cosas, ello nos lleva a teorizar sobre su contenido, que se da a través de un proceso, y que conduce inevitablemente a un planteo más amplio, abarcador y que da sentido a toda esa actividad. Y eso sólo puede ser el Derecho procesal

constitucional, como rama específica para estudiar la actividad procesal relacionada con la defensa de la Constitución. Así, la aparición de esta nueva disciplina procesal, remata el edificio del moderno Derecho constitucional que se está construyendo desde hace más de setenta años, es decir, desde los inicios del período de entreguerras. Si el Derecho civil no puede realizarse ni complementarse sino con el Derecho procesal civil, en igual forma el Derecho procesal constitucional sirve de cierre al edificio del moderno constitucionalismo.

Pero esta disciplina procesal todavía está en ciernes. Hay dudas sobre su alcance, su contenido y hasta de su utilidad. Estas líneas intentan poner algo propio que sirva para apuntalar su necesidad y su vigor.

Aceptemos, pues, el rótulo “Derecho Procesal Constitucional”, con cargo a mayores precisiones.

3. Los orígenes del nombre

Es difícil decir cuándo surge la expresión “Derecho Procesal Constitucional”. Lo más probable es que sea una expresión propia del período europeo de entreguerras y seguramente factura de algún procesalista.

Igual imprecisión existe en el mundo hispánico. Al parecer, es Niceto Alcalá-Zamora y Castillo el primero que contribuye a divulgarla en el mundo hispánico, en conferencias y artículos que publica desde la década del treinta (así, véanse sus ensayos “El derecho procesal en España, desde el advenimiento de la República al comienzo de la guerra civil” de 1938, y “Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales”, de 1933, ambos ahora reunidos, con adiciones, en su libro *Ensayos de Derecho Procesal-Civil, Penal y Constitucional*, Edic. Rev. de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires 1944). Posteriormente, el mismo Alcalá-Zamora utiliza esa expresión en su libro *Proceso, autocomposición y defensa*, UNAM, México 1947 (hay ediciones posteriores).

Por la misma época, Eduardo J. Couture publica una obra en la que reúne diversos ensayos bajo el título genérico de *Estudios de Derecho Procesal Civil*, 3 tomos, Ediar, Buenos Aires 1948 (con varias reimpresiones). En el primer tomo, hay tres estudios relacionados con la problemática constitucional, que el autor une en una sola sección bajo el siguiente rótulo: "Casos de Derecho Procesal Constitucional". Más tarde, Héctor Fix-Zamudio lo utiliza al analizar las contribuciones de Calamandrei a nuestra disciplina (cf. *La aportación de Piero Calamandrei al Derecho Procesal Constitucional* en "Revista de la Facultad de Derecho de México", núm. 23, julio-setiembre de 1956) y el mismo nombre aparece en uno de los capítulos de su libro *El juicio de Amparo,* Edit. Porrúa, México 1964. Y desde entonces, el término ha ido en expansión.

En cuanto al Perú se refiere, creo que la primera vez que este vocablo se introduce entre nosotros, es en mi libro *El Habeas Corpus interpretado* (Universidad Católica, Lima 1971, pág. 21), y que luego reitero y amplío en mi ponencia sobre *La jurisdicción constitucional en el Perú* de 1977 (en *Teoría y práctica de la Constitución peruana,* Lima 1989, Tomo I) y en *El Habeas Corpus en el Perú,* Edic. Universidad de San Marcos, Lima 1979 (pero terminado en 1975).

En España, el nombre cobra auge desde el libro pionero de Jesús González Pérez, *Derecho Procesal Constitucional,* Civitas, Madrid 1980. E igual podemos decir de otros países europeos, en especial Alemania, Austria e Italia. Si bien en Italia, en donde hay muy valiosos trabajos, se utiliza en forma dominante, el de *justicia constitucional* (véase por todos *Scritti su la giustizia costituzionale,* In onore di Vezio Crisafulli, 2 vols. CEDAM, Padova 1985 y Gustavo Zagrebelsky *La giustizia costituzionale,* Il Mulino, Bologna 1988)[1].

En América Latina hay muchos ensayos en esta línea. Así en el Brasil, (por ejemplo, José Alfredo de Oliveira Baracho, *Processo Constitucional,* Saraiva, Sâo Paulo 1987 y Roberto Rosas, *Direito Processual Constitucional,* Edit. Revista dos Tribunais, Sâo Paulo 1983, con contenido heterodoxo). En fecha reciente, tenemos los de Rubén Hernández Valle *(Derecho Procesal Constitucional,* Juricentro, San José 1995); Osvaldo A. Gozaíni, *(Introducción al nuevo Derecho Procesal,* Ediar, Buenos Aires 1988; *El Derecho Procesal Constitucional y los derechos humanos,* UNAM, México 1995) y Ernesto Rey Cantor *(Introducción al derecho procesal constitucional,* Edit. Universidad Libre, Bogotá 1994). Entre nosotros, Gerardo Eto Cruz, *Breve introducción al Derecho Procesal Constitucional,* Trujillo 1990.

Por cierto, esto sólo es una muestra panorámica de los principales hitos que representan este avance. Lo que se confirma cuando la obra monumental de Néstor P. Sagüés, iniciada en forma suelta con volúmenes dedicados al Amparo, Habeas Corpus y Recurso Extraordinario, ahora los reordena bajo el título común de *Derecho Procesal Constitucional,* en cuatro tomos, precedidos por una penetrante introducción teórica (Edit. Astrea, Buenos Aires 1988).

Y así se han sucedido los congresos, los foros, los seminarios y las cátedras. Adicionalmente, la literatura sobre la materia, tanto en América Latina como en Europa, crece en forma incontrolada. Es inmensa y se ha vuelto inmanejable. Pero, anotemos, que casi toda ella se agrupa bajo el rótulo de "justicia constitucional" o "jurisdicción constitucional", que además es usado convencionalmente con fines editoriales (véase la voz "jurisdicción constitucional" por Domingo García Belaunde, en *Enciclopedia Jurídica Omeba,* Apéndice, tomo VI, Buenos Aires 1990, al cual me remito para mayores precisiones bibliográficas).

4. La guerra de palabras

Los orígenes doctrinarios de nuestra temática, se encuentran, como queda dicho, en el período europeo de entreguerras. Y la teorización va acompañada de un nombre: justicia constitucional o jurisdicción constitucional. Así figura en varios autores franceses de la época (cf. las colaboraciones de Duez, Lambert y otros al *Mélanges Maurice Hauriou,* Sirey, Paris 1929), y también en algunos autores alemanes. El gran teorizador es Hans Kelsen (cf. de este autor, *La garantie juridictionnelle de la Constitution* de 1928, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán y revisión técnica de Domingo García Belaunde: *La garantía jurisdiccional de la Constitución* en "Ius et Veritas", núm. 9, noviembre de 1994, y *El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana,* traducción de Domingo García Belaunde, en "Ius et Veritas", núm. 6, junio de 1993; los textos completos de Kelsen sobre esta materia en *La Giustizia Costituzionale,* Giuffré, Milano 1981).

[1] Sin embargo, Alessandro Pizzorusso usa la denominación *diritto processuale costituzionale* en su reciente colaboración al volumen organizado por Jorge Miranda, *Perspectivas constitucionais*, I, Coimbra Editora, 1996.

Pero Kelsen y otros juristas, utilizaron "justicia" y "jurisdicción" como sinónimos. Aún más, es dable sostener que a esa época, Kelsen no tenía ideas claras sobre lo que era la jurisdicción (y así lo comprobamos si revisamos su obra *Teoría general del Estado,* de 1925, a la que se remite como soporte teórico de su construcción sobre la garantía de la constitucionalidad). Y es más que probable que la gente de la época (salvo los procesalistas) no conocieran los avances del Derecho Procesal. Kelsen habla de justicia y de jurisdicción constitucionales, como algo indistinto. Jamás pensó Kelsen que justicia hiciese referencia a valores. Para Kelsen decir justicia o jurisdicción constitucional, era sostener fundamentalmente la necesidad de tener tribunales especiales dedicados a la salvaguarda de la Constitución, esto es, tribunales al margen y fuera de la magistratura ordinaria. Y esto por cuanto la solución norteamericana, que Kelsen conocía muy bien, era inaceptable para los ojos europeos, que tenían que lidiar, todavía en aquella época, con la concepción robótica del juez, heredada de Montesquieu, y con la soberanía del parlamento; mitos ambos que iban a desmoronarse tan sólo a partir de la década de los sesenta, lentamente, sobre todo en Francia y en Inglaterra (en especial con el ingreso de ésta última a la Unión Europea).

Kelsen, como he indicado, entendía que la jurisdicción, si bien atributo del Estado, se distribuía en tribunales. Y por eso, pregonaba la necesidad, en una Europa sujeta a viejos mitos, de que existiese una jurisdicción especial, esto es, un tribunal distinto del ordinario, en el cual la tradición europea nunca confió.

Por eso, Niceto Alcalá-Zamora señala que es a Hans Kelsen a quien

debemos reputar como fundador de esta rama procesal, o sea, el derecho procesal consti-tucional, ya que fue él quien teorizó e hizo realidad que una jurisdicción constitucional autónoma funcionara, se instalara y fuera eficiente y eficaz (primero fue Kelsen teórico de la institución y luego juez del Tribunal Constitucional austriaco desde 1921 a 1930).

Pero es indudable que al hablar de jurisdicción constitucional, si bien el nombre es estrecho, nos remitimos, sin querer, al Derecho procesal constitucional. Es igual que si hablamos de jurisdicción civil: tarde o temprano terminaremos haciendo derecho procesal civil. Lo que sucede es que este paso audaz no lo dio Kelsen, no sólo porque carecía de formación procesal, sino porque la vida lo llevó por otros derroteros, en especial, la Teoría del Derecho, temas filosóficos y sociológicos vinculados al Derecho, así como al derecho internacional público.

En conclusión, aun cuando sigamos hablando de justicia o jurisdicción constitucional, usados ambos como sinónimos, es evidente que estamos apuntando al Derecho Procesal Constitucional. El hecho de que este concepto no tenga aún un uso generalizado, es una clara muestra de la inmadurez y sobre todo de la juventud de nuestra disciplina. De ahí los numerosos errores, imprecisiones o malentendidos que todavía imperan (para un planteo distinto, cf. Rodolfo Piza E. *Justicia constitucional y Derecho de la Constitución* en AA. VV. “La Jurisdicción constitucional”, Juricentro, San José 1994).

5. Derecho procesal constitucional: ¿procesal, constitucional o mixto?

La aparición de esta nueva disciplina, ocasionó no sólo problemas en torno al nombre, sino también sobre su ubicación en el conjunto de las disciplinas jurídicas.

Es frecuente en el mundo romanista, la sistematización de las diversas áreas, ya que si bien el Derecho es uno solo, se diversifica y divide según sus campos de aplicación, y ello determina características diferenciadoras, que en unos casos son más marcadas que en otros. Así, es clásica la distinción entre derecho público y derecho privado, la cual se sigue usando, no obstante las dudas que todavía suscita su clara conceptuación.

Lo mismo puede decirse de la distinción entre derecho sustantivo y derecho adjetivo o procesal. Este último de carácter instrumental, es decir, de medio para obtener un fin. Y esto en forma relativamente reciente. Si bien es cierto que proceso hay desde siempre y en especial desde Grecia, Roma, Bologna, los glosadores y más tarde los codificadores del período revolucionario francés, lo concreto es que su autonomía y grado científico es tardío. Se acostumbra señalar su definitivo asentamiento en el siglo pasado, en especial desde 1868, con la aparición de la famosa obra de von Bülow que, entre otros aspectos, propugnó con éxito la autonomía de la acción y su desmembramiento

del clásico concepto de Derecho (entre otros aspectos más). Antes, lo procesal se confundía con lo sustantivo, y la difusión de las nuevas tesis sólo tendrán acogida muy entrado el siglo XX, como lo demuestra, entre otros casos, que legislaciones procesales como la peruana, sólo hayan sido modernizadas a raíz del nuevo Código Procesal Civil, que es de 1992. En igual sentido puede decirse de las llamadas clásicamente "garantías constitucionales", originadas en el vocabulario jurídico de la famosa Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, y de aquí pasó a toda la América Latina, donde se entendía como garantía, el derecho mismo, lo que ha causado confusiones durante décadas. Sólo modernamente han empezado a separarse, a nivel de derecho positivo, los derechos, de las garantías (véase por ejemplo la Constitución de 1979, arts. 295-298 y la Constitución de 1993, art. 200). Pero esto es válido, en términos generales, en nuestro ámbito jurídico. En los Estados Unidos, como señalé anteriormente, el problema de la revisión judicial *(judicial review)* que es típicamente procesal, se trata en los manuales de Derecho constitucional, sin que tal inclusión haya sido discutida (véase por ejemplo, J. A. Barron y C. Thomas Dienes, *Constitutional Law,* West Pub. Co. 1991).

Es por eso que la primera respuesta a la interrogante planteada en este acápite, es que el Derecho Procesal Constitucional forma parte del Derecho Constitucional. Aun cuando últimamente esta tesis no tiene mayores defensores, se ve reforzada en la práctica por nuestra experiencia cotidiana, pues mayormente son los constitucionalistas los que prestan más atención a esta parte procesal, si bien es cierto que tratan de estar debidamente artillados con categorías procesales, pues los procesalistas que se han interesado en esta problemática, son todavía muy pocos.

Desde esta perspectiva, hay algunos que sostienen que el Derecho Procesal Constitucional es una rama del Derecho Constitucional y no otra cosa (como es el caso notable de Peter Häberle y, recientemente, del constitucionalista argentino Alberto A. Spota, en comunicación epistolar y en intervenciones en congresos, no recogidas en volumen). Pero este criterio ya no es mayoritario ni tiene predicamento entre nosotros y ha sido criticado en la misma Alemania. Adicionalmente, el caso de los Estados Unidos es especial, un poco fruto de viejas estructuras constitucionales y de herencias del pasado, y también de la especial configuración del *common law,* en donde estos refinamientos no son tomados muy en cuenta.

Nacido el Derecho procesal con carácter instrumental, por la fuerza de las cosas, se va ampliando y cubriendo vacíos en donde precisamente hay instituciones que defender. En el siglo pasado, con un derecho procesal incipiente, y no existiendo prácticamente mecanismos rápidos de defensa de la persona, era difícil que esta disciplina surgiera. Pero hoy en día las cosas han cambiado radicalmente. Por tanto, sólo por un convencionalismo puede sostenerse que el Derecho Procesal

Constitucional sea parte del Derecho Constitucional.

La segunda tesis en importancia es la que sostiene que el Derecho Procesal Constitucional es una disciplina mixta. Se trata de un *tertium genus* a caballo entre ambas y que configura una nueva realidad. Es lo que muchas veces se predicó de ciertas áreas, como del Derecho laboral o del Derecho minero. Se habló en cierta oportunidad de una nueva clasificación tripartita: Derecho público, Derecho privado y Derecho social o mixto, hoy ya abandonada.

Esta tesis no ha sido muy desarrollada, pero aparentemente se orienta hacia el hecho de que las instituciones, no obstante ser procesales, están en la Constitución y además son mayormente los constitucionalistas los que se dedican con más interés a ello (lo que no deja de ser cierto). Aún más, el poco interés que muestran los procesalistas por esta rama, es por cuanto el Derecho Procesal Constitucional no se comprende sin un previo estudio del Derecho Constitucional; como el Derecho Procesal Civil no se entiende sin un previo conocimiento del Derecho Civil. Además, el conocimiento y estructuración del Derecho Constitucional es relativamente reciente y con cierta evolución en los últimos años, lo que dificulta su acceso al no iniciado y permite que sean los constitucionalistas los que incursionen en esta área, agravado por el descuido, negligencia o desinterés de los procesalistas. De ahí la mixtura señalada.

En cuanto a la tesis mixta (sostenida por Néstor P. Sagüés y algunos de sus discípulos, cf. María Mercedes Serra, *Procesos y recursos constitucionales,* Edic. Depalma, Buenos Aires 1992) es interesante, pero no resuelve el problema. Se limita a señalar una dificultad.

Finalmente, la tesis procesal es a nuestro entender, la más acertada de todas; la más moderna y la que debe encarrilar los aspectos instrumentales de la disciplina. Es ésta la que tiene mayor predicamento, y a ella le pertenece el porvenir. Pero su configuración científica dista mucho de estar plenamente constituida y todavía levanta más de una polémica.

6. OTRA POSIBILIDAD: EL DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL

Desde hace muchos años, Héctor Fix-Zamudio ha sostenido que, al lado del Derecho Procesal Constitucional, disciplina procesal que precisamente estudia los mecanismos operativos e instrumentales para hacer efectivas determinadas instituciones constitucionales, existe un *Derecho Constitucional Procesal,* que no es un simple juego de palabras, sino una realidad tangible, cual es, el análisis de aquellas instituciones procesales que contiene la Constitución del Estado. Esto es así, toda vez que desde fines del siglo XVIII, en que aparecen las primeras constituciones, a la actualidad, la mayoría de ellas han ampliado su radio de acción, pues se ha producido el fenómeno que podemos llamar de *constitucionalización del orden jurídico,* que es una operación

intelectual mediante la cual, para dar mayor solidez y fijeza a cada ordenamiento específico, se procede a depurar las normas básicas o principios de cada área del Derecho, y se las eleva a rango constitucional. Así, las actuales constituciones contienen lo que clásicamente se conoce como Derecho Constitucional, pero también otros temas y han acogido diversos principios que no siendo constitucionales *stricto sensu,* han buscado su constitucionalización. De esta suerte, al lado de la parte dogmática y orgánica que siempre existieron, se ha incorporado principios de Derecho financiero (aspectos tributarios, de endeudamiento, crédito, presupuesto), laborales y de seguridad social, penales, civiles, internacionales, mercantiles, etc. Dentro de este elenco, determinadas instituciones básicas del Derecho procesal se han elevado a rango constitucional, tales como el principio del juez natural, de la instancia plural, del debido proceso, etc. Se crea así el *Derecho Constitucional Procesal* que en rigor no es procesal, sino constitucional (cf. Héctor Fix-Zamudio, *La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucional* en "Ius et Veritas", núm. 8, junio de 1994).

Ahora bien, si la misma lógica la extendemos a otras partes del Derecho que se han visto elevadas a rango constitucional, podríamos también hablar del Derecho Constitucional Tributario (que sería disciplina tributaria), del Derecho Constitucional Civil (que sería disciplina civil), del Derecho Constitucional Internacional (que sería disciplina del Derecho Internacional Público), del Derecho Constitucional Comercial (que sería comercial) y así sucesivamente, las que también podrían ser consideradas disciplinas constitucionales.

Con esto, habríamos logrado dos cosas:

a) En primer lugar, obtener un aislamiento, de corte académico, para entender adecuadamente cuál es nuestra disciplina y cómo ella encuentra acomodo, o mejor aún, sustento, en el Derecho Constitucional.

b) Enriquecemos las disciplinas jurídicas y prácticamente las doblamos, toda vez que por cada una de ellas, podemos hacer un desarrollo de su contraparte constitucional, ya que, a la larga, directa o indirectamente, toda rama del Derecho tiene su punto de apoyo en la Constitución, la cual, como decía Pellegrino Rossi, contiene en su seno las *têtes de chapitre* de todo el orden jurídico (cf. *Cours de Droit Constitutionnel,* Paris 1843).

Sin embargo, el hecho de que tras esta nueva nomenclatura se dé una realidad, que ella misma nos sea útil por razones de estudio, y que tenga cierto predicamento, no significa que en rigor sea necesaria. Aquí estamos, más que ante un juego de palabras, con un crecimiento innecesario de disciplinas jurídicas, sin beneficio del rigor. Es un poco como aquellos cursos que se llaman "Introducción al Derecho", "Criminología" o "Derecho
Económico" que no tienen sustancia propia, sino que sólo son útiles

convencionalmente, como unidades académicas para el estudio, pero sin alcanzar configuración autónoma. En consecuencia, si bien útiles para fines docentes y curriculares, son eliminables si queremos mantener una sistemática coherente en la clasificación que hagamos de las distintas áreas jurídicas.

Aquello que pretende estudiar el llamado “Derecho Constitucional Procesal”, puede ser distribuido en dos áreas: los aspectos netamente procesales pueden ir al Derecho Procesal Constitucional y los netamente constitucionales, pueden desarrollarse en el Derecho Constitucional. En última instancia, pueden alojarse en el Derecho Procesal Constitucional, ya que estamos tratando de instituciones netamente procesales. El hecho notorio de que hayan sido paulatinamente constitucionalizadas dentro de este fenómeno antes descrito, no nos autoriza a crear una nueva disciplina que, como decimos, pese a su utilidad docente, carece de rigor científico[2].

7. LOS CONTENIDOS: ACCIÓN, JURISDICCIÓN Y PROCESO

Debemos a Ramiro Podetti haber diseñado por vez primera lo que venía desde atrás; esto es, que existe una trilogía estructural del proceso, formada por la *acción, la jurisdicción y el proceso* (cf. R. Podetti, *Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil* en “Revista de Derecho Procesal”, Buenos Aires, año II, 1944, y antes, en 1942): Esta trilogía, que Alcalá-Zamora denomina trípode desvencijado, ha atravesado un sinfín de tribulaciones, empezando con su propia conceptuación, sobre la que existen bibliotecas enteras. Pero, simplificando algo la problemática, y sólo con fines utilitarios, podemos hacer las siguientes precisiones:

a) La acción como capacidad de recurrir a los órganos del Estado en busca de la satisfacción de pretensiones; cuyos titulares son, generalmente, los parti-culares, pero que pueden serlo otros órganos del Estado, de acuerdo a lo que establezca la ley;

[2] Otra posibilidad sería que el "derecho constitucional procesal" no sea una disciplina autónoma, sino parte o integrante del derecho constitucional. O mejor dicho, uno de sus capítulos, con lo cual el problema desaparece.

b) Jurisdicción, que es la capacidad de resolver las pretensiones de las partes, envueltas en un litigio; y

c) El proceso, que es el camino dialéctico a través del cual se desarrolla la jurisdicción, y en donde se definen las pretensiones o intereses en juego.

Estos son términos netamente procesales, si bien es cierto que el fundamental de ellos, es quizá el de jurisdicción, que es pieza clave del Derecho Constitucional. Así, Alcalá-Zamora señala que la jurisdicción en sentido estático es parte del Derecho Constitucional, y en sentido dinámico es parte del Derecho Procesal. En todo caso, la jurisdicción es

vista como un atributo del Estado, que se desarrolla en plenitud, a través de tribunales y mediante procesos de naturaleza diversa. Tan importante es la jurisdicción, que hay algunos (como Juan Montero Aroca), que pretenden llamar Derecho jurisdiccional al Derecho procesal, lo cual, si bien en principio no está del todo desencaminado, tropieza con algunos obstáculos, de los que señalamos dos:

a) El uso reiterado y frecuente del término “derecho procesal”, que se afianza cada vez más; y

b) La situación real que existe, ya que el fin de la *litis* depende directamente del proceso y de su desarrollo (que consiste en una decisión final y en su posterior ejecución).

Como es fácil advertir, estos tres puntos, o sea, esta trilogía estructural, se repite en toda rama procesal, aun cuando en realidad se desarrolla, fundamentalmente, en la parte general, la conocida como teoría general del proceso (sobre la cual hay varios manuales acreditados, cf. Víctor Fairén Guillén, *Teoría general del derecho procesal.* UNAM, México 1992; Enrique Véscovi. *Teoría general del proceso,* Edit. Temis, Bogotá 1984; H. Devis Echandía *Teoría general del proceso,* 2 t., Edit. Universidad, Buenos Aires 1984-85; quienes, por cierto, parten de la idea dominante de que el proceso es uno solo). Pero en la parte especial, esta trilogía se difumina, es decir, se extiende o desarrolla pero cobijada en determinadas instituciones, que son desarrolladas por la parte especial del Derecho procesal, y que además tienen sus propias variantes en función, sobre todo, de la legislación positiva de cada país.

Si esto lo trasladamos al Derecho Procesal Constitucional, tenemos lo siguiente:

a) La acción es de carácter abstracto y tiene como sujeto a la persona que en tal virtud, puede movilizar los mecanismos judiciales del Estado.

b) En cuanto a la jurisdicción, ella se atribuye a los órganos que tienen la misión de llevar a cabo el desarrollo de tales pretensiones, y

c) El proceso se configura de acuerdo a lo que cada legislación en especial contempla (Los procesos constitucionales no son uniformes, y dependen de la legislación de cada país).

Ciñéndonos aún más a lo expuesto, sostenemos lo siguiente en lo relacionado con el contenido del Derecho Procesal Constitucional:

1) Una primera parte es la jurisdicción (o justicia, como clásicamente algunos prefieren). En este apartado, se discuten los diferentes modelos que existen;

2) Los procesos constitucionales; y

3) Los órganos constitucionales.

Estos a su vez se diversifican, amplían y perfeccionan en función de la legislación de cada país.

Con esta clasificación hemos hecho, un deslinde o desdoblamiento que nos permite un mejor análisis, prescindiendo formalmente del

concepto de acción, pues éste subyace a los demás, y por cuanto su carácter abstracto, lo hace aplicable a cualquier tipo de proceso. La acción, o mejor su autonomía, es el presupuesto de cualquier teoría procesal y en consecuencia de todos los procesos, no siendo exclusiva de ninguno de ellos, porque su configuración es general. Sólo se distingue, cuando se materializa en determinado ordenamiento.

8. Derecho procesal constitucional: a) jurisdicción constitucional

El primer y más importante punto es, sin lugar a dudas, la jurisdicción constitucional, capítulo inicial en nuestro Derecho Procesal Constitucional. Por cierto, la jurisdicción es una sola, pero ella tiene diversas manifestaciones o campos sobre los cuales se aplica, por lo que metafóricamente, se habla de jurisdicción civil o jurisdicción penal (como lo señala L. Prieto-Castro, en su *Derecho procesal civil,* Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid 1964, tomo 1, pág. 102). En igual sentido es dable hablar de jurisdicción constitucional, lo que envuelve dos problemas centrales:

a) Si es factible que el Estado permita que se cuestione su propia actividad, en especial, la legislativa, y

b) Aceptado lo anterior, considerar a través de qué tipo de órgano se va a ejercer dicha función controladora.

Todo esto se puso sobre el tapete, precisamente a raíz de la introducción en Europa de los tribunales constitucionales. El gran teórico, Kelsen, habló en todo momento de jurisdicción o justicia constitucionales como equivalentes. Pero como Kelsen, conforme se nota en su obra de la época, no tenía mayores nociones del moderno Derecho procesal, entendió que postular una justicia o una jurisdicción constitucional, era postular un tribunal diferente, un órgano decididor distinto a la judicatura ordinaria y a la judicatura administrativa. En suma, se trataba de crear un órgano especial con capacidad para -entre otros aspectos- declarar la inconstitucionalidad de las leyes, ya que, según la tradición europea, el Poder Judicial no podía hacerlo. Esta solución kelseniana tuvo su lógica y la mantiene, y ha dado origen, precisamente, al llamado modelo kelseniano (por su autor), *austriaco* (por ser el país que primero lo perfiló) o *europeo*, por ser el continente que lo acogió e hizo suyo y cuya influencia llega, hoy en día, incluso a la Federación Rusa, a las antiguas democracias populares, y a democracias novísimas, como Sudáfrica o estados diminutos como Andorra, que han hecho suya la institución. Y pese a su difusión, tuvo dificultades para imponerse.

A la altura de 1930, el jurista Franz Jerusalem señaló que la jurisdicción constitucional sólo existía cuando había un órgano *ad hoc* como era, en ese momento, el Tribunal Constitucional austriaco. Esta tesis ha tenido luego amplio predicamento, sobre todo por obra de Niceto Alcalá-Zamora, en especial en su libro *Proceso, autocomposición*

y defensa (UNAM, 2da. edición, México 1970, p. 215), reiterada y muy difundida posteriormente por Héctor Fix-Zamudio (cf. *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional,* UNAM, México 1968). La importancia que tiene Fix-Zamudio se debe, sin lugar a dudas, a la calidad de su obra, que es cimera en la materia en habla castellana y a su vasta influencia, motivo por el cual nos detendremos con más detalle en sus planteos. Fix-Zamudio sostiene que prefiere hablar de justicia constitucional por dos razones: en primer lugar, una de orden axiológico, ya que se orienta hacia un valor muy alto, como es norte del Derecho, y en segundo lugar, técnico, pues justicia es aplicable a toda clase de jueces, órganos o instituciones, mientras que al hablar de jurisdicción constitucional, debemos entender en rigor, que estamos haciendo referencia a la existencia de un tribunal especializado en estos temas. Así, según Fix-Zamudio, siguiendo en esto a Jerusalem, existe jurisdicción constitucional en Austria o en Alemania (con tribunales especializados) mas no en Estados Unidos de América, en donde los problemas constitucionales no existen *per se,* sino *per accidens,* y además son vistos, analizados y resueltos por cualquier juez, de cualquier parte, de cualquier nivel y al decidir cualquier materia (si bien esto queda matizado por el *stare decisis* y por el rol determinante del Tribunal Supremo). De acuerdo a esta postura, México tendría justicia constitucional, mas no jurisdicción constitucional (no obstante que su Corte Suprema, sólo ve asuntos de esta naturaleza).

La misma tesitura ha tenido acogida en el primer libro español dedicado a la materia, debido a la pluma de Jesús González Pérez *(Derecho Procesal Constitucional,* Civitas, Madrid 1980). Según él, en Estados Unidos no existe jurisdicción constitucional, y sí existe en España, que tiene un órgano especial para resolver tales materias.

Posteriormente, y utilizando ciertas indicaciones de Biscaretti di Ruffía, Néstor P. Sagüés ha planteado el problema de la siguiente forma: la jurisdicción constitucional debe ser analizada desde dos puntos de vista: uno material (cuando cualquier juez decide los problemas constitucionales) y otro formal u orgánico (cuando sólo lo hacen los tribunales especializados) (cf. *Derecho Procesal Constitucional y Jurisdicción Constitucional,* en “La Ley”, 1981, refundido y ampliado en su libro *Recurso Extraordinario,* tomo I de la obra *Derecho Procesal Constitucional,* Editorial Astrea, Buenos Aires 1989). De esta manera, quedaba zanjado el dilema: existía jurisdicción constitucional, cuando alguien legalmente investido para ello, decidía problemas constitucionales, con independencia de su ubicación en la estructura del Estado. No cabían pues exclusivismos. A esta tesis se han sumado diversos juristas, como es el caso de Germán J. Bidart Campos (cf. *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional,* Ediar, Buenos Aires 1987) y más recientemente Fix-Zamudio, que ha dado así un paso adelante en su concepción primigenia (cf. *Jurisdicción constitucional y protección de los*

derechos fundamentales en América Latina en “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”, Medellín, núm. 1, 1995).

El planteo es, sin lugar a dudas, sugestivo, pues nos libraba del destierro al que nos había condenado Jerusalem. En efecto, la tesis de Jerusalem contrastaba con el propio pensamiento kelseniano, pues el famoso jurista austriaco, ya en su exilio en los Estados Unidos, no vaciló en reconocer en el derecho de este país un sistema válido de control constitucional, aun cuando consideró que era inferior al austriaco, pero por razones totalmente distintas a las esgrimidas por Jerusalem. Esto es, para Kelsen, el problema no estaba en los tribunales que resolvían, sino en cómo resolvían y cómo se justificaba esta resolución. Para Kelsen el problema estaba en otra parte.

Sin embargo, este último planteo, (sugerido por Sagüés) y que salva los *impasses* señalados (olvidándose de la nula importancia que Kelsen puso en este punto) está, a mi juicio, basado en un error de concepción, y en consecuencia ha creado un falso problema. Estaríamos así ante un seudo-problema, que no tiene por qué ser resuelto, sino *disuelto,* que es distinto.

En efecto, la teoría procesal sostiene hoy en día que la jurisdicción, como emanación de la soberanía del Estado, es una sola. Pero siendo una, se atribuye a los diversos órganos o tribunales que la propia Constitución o la ley establecen. De tal suerte, lo que existe es una sola jurisdicción, que se canaliza a través de numerosos tribunales o salas, que tienen cada una, por así decirlo, un pedazo de esa jurisdicción. Esto es lo que se llama competencia. Dicho en palabras de Couture: la competencia es la medida de la jurisdicción. En un país, todos los jueces legalmente investidos tienen jurisdicción. Pero sólo pueden intervenir en los casos para los cuales tengan competencia (en función del territorio, de la materia, de la cuantía, etc.) Y ella la tienen en virtud de reglas que les asignan el conocimiento de determinados asuntos. Por tanto, decir que hay jurisdicción constitucional sólo cuando existe un tribunal *ad hoc* y al margen del Poder Judicial, es confundir los planos, ya que todos los tribunales tienen jurisdicción, sin excepción alguna, y más bien lo que existe, debidamente distribuida, es la competencia que se ejerce a través de jueces y tribunales especializados. Y ésta es, en palabras de Alsina, la aptitud del juez para ejercer su jurisdicción en un caso determinado (cf. Hugo Alsina, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial* 2da. edic., Ediar, Buenos Aires 1957, Tomo II, pág. 512). Por tanto, si la Corte Suprema, cúspide del Poder Judicial, tiene competencia (dada por ley o por la Constitución) para declarar y resolver en asuntos constitucionales, todo lo demás es irrelevante. En primer lugar, tener competencia; en segundo lugar, resolver; y finalmente ejecutar: estos son, en síntesis, los pasos que se dan.

La experiencia histórica ha visto desarrollarse varios modelos de jurisdicción constitucional. Clásicamente, el difuso, el concentrado y el

mixto, así llamados por Carl Schmitt, y cuyas características delineó en la década de los cincuenta, Calamandrei (cf. *L'illegittimitá costituzionale delle leggi nel processo civile,* CEDAM, Padova 1950) y que más tarde difundió y perfeccionó Mauro Cappelletti (cf. La *justicia constitucional,* UNAM, México 1987). Esta clasificación me pareció insuficiente desde 1987, cuando esbocé el modelo "dual" o "paralelo", que replanteé luego (cf. mis artículos *El control de la constitucionalidad de las leyes en el Perú,* en "Ius et Praxis", núm. 13, 1989 y *La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado* en "Lecturas Constitucionales Andinas", núm. 1, agosto de 1991) en donde desarrollo por vez primera una clasificación pentádica.

Así, tendríamos lo siguiente:

a) Modelo europeo de corte clásico, basado en la creación kelseniana (1918, ratificado por ley de 1919 y la Constitución austriaca de 1920).

b) Modelo americano; nacido en los Estados Unidos, en el célebre caso "Marbury vs. Madison" (1803), obra del *chief justice* John Marshall; y

c) Modelo político; creado por la Revolución francesa, consistente en otorgar a un órgano político, generalmente el legislativo, el control de constitucio-nalidad; que ha tenido gran aceptación en las democracias marxistas, y presente, en cierto sentido, en el actual Consejo Constitucional francés (cf. P. Avril y J. Gicquel *Le Conseil Constitutionnel*, Montchrestien, Paris 1993).

Estos son los que podemos llamar *modelos originarios*; o sea, que se han configurado como tales, a partir de realidades concretas, y que luego se han desarrollado en diferentes direcciones, a tal extremo, que un grado de pureza no existe, ya que se presentan muchas veces con matizaciones y, en cierto sentido, desviaciones.

De estos modelos, han derivado varios más:

d) Modelo mixto, propio, en realidad, de nuestra América, como es el caso de Venezuela o México, en donde sólo un órgano, la Corte Suprema, aparece como única instancia o como instancia final, pues conoce tanto del control incidental (modelo americano) como del control abstracto (a través de la acción popular de inconstitucionalidad); cf. Allan R. Brewer-Carías *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes,* Edit. Jurídica Venezolana, Caracas 1994 y Salvador Valencia Carmona, *Derecho Constitucional Mexicano a fin de siglo,* Edit. Porrúa, México 1995. Es decir, se fusionan armoniosamente las peculiaridades del modelo americano con el europeo, y dan origen a un *tertium quid.* Generalmente, con esta mixtura se cubre una muy amplia gama de situaciones, motivo por el cual algunos lo llaman integral;[3] y

[3] Sobre este tópico, y en el prólogo al libro de Ernesto Blume Fortini *(El control de la constitucionalidad,* Lima 1996), he escrito lo siguiente:

"En cuanto a su calificación (el modelo colombiano), la mayoría de los estudiosos convienen en llamarlo mixto, y creo que ello es correcto, Pero algunos, como es el caso del venezolano Brewer-Carías, aventuran un paso adelante, al sostener que este modelo mixto puede también llamarse integral, lo cual es ya discutible".

"En efecto, el modelo mixto significa la creación de un *tertium genus* que, combinando otros modelos y sin llegar al eclecticismo, arriba a una nueva formación que une ventajas de los sistemas que sintetiza, mediante una fusión armónica. Pero, al calificarlo de integral, que viene de íntegro, nos referimos a su campo de acción; esto es, a su cobertura, que nada tiene que ver con los modelos que alberga. Dicho en otras palabras: un sistema es integral, cuando en su seno tiene una cobertura muy amplia que desarrolla todas las posibilidades de la jurisdicción constitucional. Se sabe, por cierto, que cada país o cada elenco de países, cubre ciertas cosas y otros no. En tal sentido, hay países que cubren algo, otros que cubren mucho y otros que cubren casi todo o todo, como es el caso de México. Lo que importa es, pues, la cobertura. Pero en Colombia no se cubre todo con su jurisdicción constitucional; hay cosas que quedan fuera. Y aun si no fuese así, no se debe llamar integral a un modelo, por la forma como es creado, sino por sus alcances, por lo que cubre, protege o resuelve. En este sentido, un sistema concentrado puede ser integral, como lo puede ser un modelo americano; y un mixto puede no serlo. En fin, creo que estos modelos, caracterizados doctrinariamente en la década del treinta por Carl Schmitt y sistematizados por Calamandrei en la década del cincuenta, siguen teniendo vigencia, si bien, pienso yo, hay que considerarlos como modelos originarios, de los cuales derivan otros".

e) Modelo dual o paralelo; cuando se dan las dos situaciones básicas en un mismo ordenamiento; esto es, cuando *coexisten* dos modelos en un solo sistema jurídico nacional, sin mezclarse ni desaparecer (como sería el caso de los mixtos); así, por ejemplo el Perú desde 1979 y Ecuador desde 1996.

Observando diversas experiencias, Manuel García-Pelayo en conferencia impartida en Lima, ha observado la existencia de diferentes realidades a las que ha agrupado por su composición y competencias, ensayando una clasificación que tiene un distinto punto de partida (cf. Manuel García-Pelayo, *Estado legal y Estado constitucional de Derecho* en AA. VV. "El Tribunal de Garantías Constitucionales", Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, 2da. edición, Lima 1988, ahora en sus *Obras completas,* CEC, Madrid 1991, tomo 3, pág. 3025):

1) Jurisdicción descentralizada y no especializada: cualquier juez o tribunal puede entender de la constitucionalidad, sin perjuicio de su apelación hasta la Corte Suprema que decide en definitiva. Tal es, con matices que no son del caso detallar, el sistema originado en los Estados Unidos y extendido a otros países.

2) Jurisdicción descentralizada y especializada. Es el caso de

Alemania Federal, donde junto al Tribunal Constitucional Federal, único competente para juzgar de la constitucionalidad de los actos en relación con la Ley Fundamental, pueden existir tribunales constitucionales de los *Länder,* competentes para entender de la constitucionalidad en relación con sus propias constituciones y autoridades.

3) Jurisdicción centralizada y no especializada: sólo un tribunal que normalmente es la Corte Suprema y, por tanto, no específicamente constitucional, puede entender de los litigios constitucionales.

4) Jurisdicción centralizada y relativamente especializada: la materia constitucional se encomienda a una Sala especializada de la Corte Suprema, sistema frecuentemente seguido y, hasta podríamos decir, originario de Iberoamérica, aunque también se extiende a otros países.

5) Jurisdicción especializada y centralizada en un tribunal único para todo el país; por ejemplo, Italia y España.

El Derecho Procesal Constitucional presenta una gran variedad de aplicaciones, que diferencia claramente entre esta rama del derecho y otras. Por cierto, no cabe decir cuál de ellas es mejor. En el fondo, todas surgen de una determinada coyuntura histórica, y hay que tener siempre presente cuál es su trayectoria y sus transformaciones. Así, por ejemplo, en el caso de Argentina, tenemos un modelo americano con variantes. México es también ejemplo del modelo americano, pero con la reforma de 1994 se convierte en modelo mixto, en donde se fusionan las dos vertientes clásicas. Colombia, con la reforma de 1991 introdujo el modelo concentrado en coexistencia pacífica con el "difuso" que lo hace un modelo mixto; Venezuela es desde el siglo pasado un modelo mixto, y el Perú empezó afiliándose al modelo americano en 1936, y a partir de 1979, representa el modelo dual o paralelo.

9. Derecho procesal constitucional: b) procesos constitucionales

Son tantos cuantos son los países existentes. Los procesos más importantes de carácter constitucional (aun cuando se han desarrollado en el ámbito de la legislación civil y penal), son los relativos a la defensa de la libertad individual, a través del *writ of habeas corpus,* de origen incierto, pero actuante ya en el siglo XIII en Inglaterra, de donde pasó a sus colonias, en especial a los Estados Unidos y desde allí emprendería una rápida expansión a todo el mundo, sobre todo en el siglo actual (cf. William F. Duker, *A constitutional history of Habeas Corpus,* Greenwood Press, Conn. 1980). Este *writ* es uno de los muchos que existen en el derecho sajón, dispersos en la legislación y la práctica judicial; unos, meramente procedimentales, y otros, de relieve constitucional, como puede ser el *writ of mandamus,* que fue precisamente lo que constituyó la base del famoso caso *Marbury vs Madison.* Son trámites sencillos, y como puede apreciarse, están vinculados con la defensa de los derechos fundamentales. Es lo que se conoce como "jurisdicción

constitucional de la libertad", que en realidad, deberían calificarse como procesos constitucionales *de libertad* o *de las libertades.* El Habeas Corpus se ha extendido ampliamente, sobre todo en la América Latina, si bien en algunos países tiene otro nombre (*Amparo* en Chile, *Exhibición personal* en Centro América).

El otro instrumento de defensa de la libertad es el Amparo, creación histórica del constitucionalismo mexicano, y que a partir de la segunda década del presente siglo, se ha extendido en forma vertiginosa en nuestro continente, e incluso en España, por obra del jurista mexicano entonces residente en la península, Rodolfo Reyes. El modelo mexicano es de gran alcance y muy complejo, en cuanto representa una modalidad de protección de todos los derechos y que podríamos calificar de "integral", por la amplitud de su cobertura. Sin embargo, la grandeza del amparo mexicano es trágica: su influencia ha sido enorme, pero en cuanto tal, esto es, en cuanto modelo integral, no ha sido seguido por nadie. Más bien, en Centroamérica, en donde se tenía el Habeas Corpus desde el siglo pasado, adoptaron el amparo por esa época, y así nació la modalidad de un amparo muy amplio, menos para la libertad individual (y esto reafirmado desde la década del veinte). Y así se desarrolló en la Argentina, ya en los cincuenta, y luego se ha extendido enormemente. El amparo en esta versión platense (aun cuando con antecedentes centroamericanos), es distinto del modelo mexicano, y debemos a los juristas argentinos el mérito no sólo de haber aceptado e incorporado la institución en esa modalidad, sino de haber diseñado sus contornos doctrinarios en forma definida, a través de jurisprudencia y literatura de alto nivel. Este amparo, ampliamente difundido, tiene algunas variantes no sólo en cuanto al proceso, sino incluso en cuanto al nombre (*Recurso de protección*, en Chile, *Acción de Tutela*, en Colombia, *Mandato de Seguridad*, en el Brasil).

En lo que se denomina *jurisdicción constitucional orgánica*, o mejor aún, *procesos constitucionales orgánicos,* los más importantes son los destinados a la protección de la Constitución frente a las leyes y demás normas que pretenden desconocerla. Sabemos que el modelo clásico se originó en los Estados Unidos a principios del siglo XIX (control concreto, sobre un caso), y se perfeccionó mediante acciones específicas de inconstitucionalidad (control abstracto), en Europa a mediados de este siglo, si bien en esto también encontramos antecedentes en la América Latina, desde el siglo XIX (como lo han demostrado las investigaciones de James Grant).

Dentro de este rubro, hay otros problemas de los cuales se encargan las jurisdicciones constitucionales, que tienen un trámite específico, y son también muy variados, aun cuando quizá el más importante sea el referido a la solución de conflictos de competencia (procesos de competencia o procesos competenciales), propios sobre todo de modelos de Estados federales o regionales, aunque también se dan en

los Estados unitarios, por la sencilla razón de que pueden producirse conflictos entre diversos órganos del Estado, que hoy ya no se limitan a los tres conocidos por la tradición clásica.

10. Derecho procesal constitucional: órganos constitucionales

El último problema que se nos presenta en esta disciplina es, sin lugar a dudas, cuáles son los órganos que, llegado el caso, van a tomar conocimiento del litigio o conflicto constitucional y, en consecuencia, lo van a resolver.

En un primer momento es fácil comprender que podemos inclinarnos a hablar, en este supuesto, de magistratura constitucional, que sería así, el órgano específico dedicado a resolver este tipo de conflictos. Pero, si bien este enfoque puede ser certero y preciso en muchos casos, deviene demasiado ceñido en otros e incluso errado. Más aún, si tenemos en cuenta que desde un punto de vista histórico, hay muchos casos en los cuales los órganos no tienen carácter jurisdiccional, sino político. Así, por ejemplo, clásicamente y todavía hasta hace poco, los órganos legislativos eran los encargados de velar por la supremacía constitucional, y este modelo nacido durante la Revolución francesa, se mantuvo por décadas en varios países occidentales, y sin alterar, en las democracias populares lideradas por la extinta Unión Soviética. Aún más, existen ciertas instituciones como el Consejo Constitucional francés que tiene una naturaleza decididamente política (no obstante los cambios operados desde 1971), y otros órganos, como el Tribunal de Garantías Constitucionales del Ecuador, que nació en 1945 sin resolver nada, y con contornos difusos, y que tenía un papel de mero tramitador con una naturaleza más política que jurisdiccional; y así hasta la reforma de enero de 1996, que creó un verdadero Tribunal Constitucional. E igual podríamos decir de numerosas cámaras legislativas que ejercen ciertas atribuciones netamente jurisdiccionales. Por tanto, estimo que llamarlos órganos constitucionales es más amplio, cubre más posibilidades y es conveniente mantenerlo por ahora.

Por cierto, la evolución de los hechos y el desarrollo de las instituciones, puede llevar al mayor reforzamiento de los órganos con carácter jurisdiccional y que además sean conducidos por magistrados. Pero, mientras tanto, creo que podemos usar el término de "órganos constitucionales". Somos conscientes de la debilidad de esta clasificación, que por ahora usamos sabiendo cuáles son sus limitaciones, pues puede confundirse con la muy usada, de órganos constitucionales (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, etc.). Pero es preferible hacerlo así, y entender que estos últimos son órganos constitucionales en sentido amplio o mejor aún, órganos del Estado, y los primeros son órganos en sentido estricto, operativos y defensores de la Constitución.

11. ORÍGENES Y DESARROLLO DE LA DISCIPLINA EN EL PERÚ

Aunque el problema del control de la constitucionalidad de las leyes y el de la defensa de los derechos de la persona, están presentes en el constitucio-nalismo peruano desde fines del siglo pasado, sólo se desarrolla, con mayor amplitud, a partir de 1920, época en la cual se da un mayor conocimiento de esta modalidad y, sobre todo, de los procesos existentes. Quizá el primero que hizo referencia detallada a los tribunales especializados sea, Toribio Alayza y Paz Soldán (cf. *Derecho constitucional general y comparado,* Lima 1935), y el tema del control difuso es tratado en diversas monografías y artículos, sobre todo a partir de la década del 40 (cf. Raúl Ferrero Rebagliati, "Limitación del Poder por el Derecho"*,* en *Derecho*, núm. 1, 1944). Pero todo esto tratado por constitucionalistas, como un problema constitucional y de alcance constitucional. La necesidad de un enfoque procesal y de una disciplina llamada "Derecho Procesal Constitucional", fue planteada por mí en 1971, y ha sido reiterada en sucesivos escritos y ensayos que han tenido cierta repercusión. Por cierto, aquí no hice más que recoger las lecciones de los grandes maestros, a los que tuve el privilegio de difundir entre nosotros, y a eso he hecho referencia líneas arriba.

Es decir, lo que buscaba en esa época era llamar la atención sobre la parte procesal del Derecho Constitucional, acerca de lo cual en el país, hasta ese momento, nadie había reparado. Esto es, en la necesidad de analizar, bajo la óptica procesal, los instrumentos de defensa que tenía la Constitución, tanto en su parte dogmática como en su parte orgánica, lo que se reforzó cuando la Constitución peruana de 1979, que tantas novedades trajo para la normatividad procesal constitucional, estableció en su artículo 22 que la enseñanza de los derechos humanos y su protección, era materia obligatoria en todo centro de enseñanza, civil y militar, y en todos sus niveles.

Sobre esta base, y a mi iniciativa, la Facultad de Derecho de la Universidad Católica aprobó en 1984 la creación de un curso denominado "Garantías Constitucionales", precisamente para estudiar la parte procesal de la nueva Constitución, curso que tuve a mi cargo durante algunos años, y que se sigue impartiendo. El dictado de este curso, y sobre todo el *boom* en materia constitucional iniciado en 1980 con el retorno a la democracia y el inicio de actividades del Tribunal de Garantías Constitucionales (1982-1992), motivó el auge, no sólo de las instituciones constitucionales, sino también de sus instrumentos procesales.

Así, el curso de "Garantías Constitucionales", se empezó a dictar en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica en 1985, y posteriormente en 1990, fue creado uno denominado "Jurisdicción Constitucional" en la Maestría de Derecho Constitucional de la misma Universidad. En forma paralela, en 1992 y a propuesta de Víctor Julio

Ortecho Villena, se creó el curso denominado "Derecho Procesal Constitucional", que desde entonces se dicta en la Universidad Privada Antenor Orrego, en la ciudad de Trujillo (cf. Víctor J. Ortecho Villena, *Jurisdicción y procesos constitucionales,* 2da. edición, Trujillo 1996). Y también en 1992, con el mismo nombre, se creó el curso correspondiente en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos, a pedido de Elvito A. Rodríguez Domínguez (cf. su ponencia *Derecho Procesal Constitucional Peruano* en "Notarius", núm. 2, 1991). A lo que hay que añadir las "Jornadas de Derecho Procesal Constitucional" que se llevaron a cabo en la Universidad de San Agustín (Arequipa, 1989 y 1991) a propuesta y con la coordinación de Magdiel Gonzales Ojeda y que contó con la participación de constitucionalistas y procesalistas extranjeros: Germán J. Bidart Campos, Néstor P. Sagüés y Juan Carlos Hitters.

La disciplina, iniciada modestamente, ha seguido un desarrollo lento, pero seguro. Las publicaciones han abundado sobre las más diversas materias, en especial sobre el Habeas Corpus y el Amparo[4]. Y recientemente se han creado en Lima, en ejemplo que luego se seguirá en provincias, Jueces y Salas de Derecho Público, esto es, jueces especializados, lo que nos permite esperar que, en el futuro, podamos tener una jurisprudencia interesante. Lo mismo podemos decir del Tribunal Constitucional, recreado en la Constitución peruana de 1993 y que se ha instalado en el mes de junio de 1996[5].

[4] Terminado este trabajo, llegó a mis manos el enjundioso volumen de Elvito A. Rodríguez Domínguez, *Derecho Procesal Constitucional*, Edit. Grijley, Lima 1997, que confirma la tendencia señalada.

[5] Sobre los sucesos posteriores a 1996 véase la nota que se anexa al capítulo II de esta obra (Nota de 1999)

12. Consideraciones conclusivas

Las líneas matrices del proceso fueron fijadas por la gran tradición jurídica procesal nacida en Alemania a fines del siglo pasado, y reafirmada luego en este país y en Italia. Sus grandes lineamientos ya han sido dichos y sus carriles fundamentales fueron pensados, escritos y fijados antes de 1945, según nos comentaba en reciente conversación el procesalista español Juan Montero Aroca.

Sobre esa base hay que construir el Derecho Procesal Constitucional. El problema es fácil y difícil a la vez. Fácil, pues las grandes categorías ya están dichas y hechas, y además existen numerosos afinamientos en la doctrina de los últimos años. Difícil, pues

las figuras procesales, los actores y los que resuelven los conflictos en materia constitucional, son distintos, no son los mismos, y generalmente cambian de país a país, o de grupos de países a otro grupo de países. El amparo en México es distinto al amparo argentino, y éste se diferencia a su vez del amparo peruano por diversos detalles. Igual podríamos decir del control de la constitucionalidad de las leyes. De ahí la imposibilidad de hacer un tratamiento parejo, uniforme, que pueda ser válido para diversas latitudes. Si, por ejemplo, podemos leer con provecho el *Manual de Derecho Procesal Civil* de Enrico Tullio Liebman, e incluso nos puede ser de utilidad en la vida diaria del litigio, cualquier manual sobre el amparo argentino o el amparo mexicano, los debemos usar con respeto, pero con grandes precauciones, porque cada país tiene lo suyo.

Y esto ocurre, por cuanto los modelos constitucionales dependen de la historia y de la política, mucho más que de otros factores. Los intereses en juego son grandes y además hay que tener presentes la realidad y la experiencia de cada país. Por tanto, hacer libros generales e incluso tratados, es una empresa arriesgada, que puede naufragar en corto tiempo.

Pero siendo conscientes de estos límites, podemos avanzar mucho. Por un lado, ir asimilando las grandes categorías creadas o recreadas por el pensamiento procesal clásico, para mejor definir el punto de partida. Por otro lado, ahondar en aspectos puntuales de nuestra legislación procesal constitucional, para que preste un mejor servicio a la comunidad a la cual va destinada.

Lima, agosto de 1996

CAPITULO II

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ*

Sumario: I. Control de la constitucionalidad de las leyes. II. Instrumentos procesales protectores de los derechos humanos. III. Jurisdicción supranacional.

I *CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES*

1. ANTECEDENTES Y NORMATIVA ACTUAL

Al igual que otros países latinoamericanos, el Perú se hizo presente en las Cortes de Cádiz, con un total acreditado de 15 representantes que tuvieron destacada actuación. Uno de ellos, Vicente Morales y Duárez, catedrático de la Universidad de San Marcos, alcanzó alta configuración, y llegó a desempeñar la presidencia de las Cortes. Sin embargo, casi no gozó de tan regia función, pues falleció poco después, por causas que no han llegado a esclarecerse del todo.

Pero tan memorables debates, que constituyen un antecedente importante en nuestra América, -pues la carta de 1812 fue aprobada y rigió en varios lugares-, no incorporaron ningún mecanismo específico de control frente al legislativo, y si bien concretaron un procedimiento contra las infracciones a la Constitución, que algún parentesco tiene con la institución, en ningún momento puede decirse que tal institución fuese consagrada expresamente. Con todo, la idea proclamada de que la Constitución es la norma suprema, es algo que sin lugar a dudas influyó en nuestros primeros documentos constitucionales.

Las primeras constituciones del Perú republicano (luego de declarada su independencia política) no dicen nada sobre el particular. Sólo la Carta de 1856, de efímera vigencia, señaló en su artículo 10 que era nula toda ley contraria a la Constitución. Esta norma, lógica consecuencia de la idea de la constitución como norma suprema del Estado, fue incluida por una comisión *ad hoc* de la Convención Nacional de 1855-1856, pero sin debate alguno. Al parecer, se trataba de un principio inconcuso. Por lo demás, la misma idea ya había sido acogida en otros

* Publicado en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, García Belaunde D., Fernández Segado F.; coordinadores, Editorial Dykinson, Madrid 1997.

otros textos americanos de la época, por lo que es de pensar que por tal motivo fue incorporada sin oposición alguna. Además, siendo la Convención de una predominante influencia liberal, era lógico que tal principio fuese positivizado.

Sin embargo, la incorporación de tal principio, no significaba que, de por sí, se instituyese en el Perú la institución específica del control constitucional de las leyes. Y decimos esto, por cuanto existen estudiosos que piensan que la simple aceptación del principio, significa que se ha introducido un mecanismo de control, lo cual decididamente es inexacto. Por un lado, está el axioma de la supremacía constitucional, y por otro, el mecanismo procesal para su defensa. Esto último no siempre se ha dado, y en 1856 no se aprobó nada parecido en el Perú. Por cierto, asentado el principio, era relativamente sencillo desarrollar el mecanismo protector, pero esto no sucedió en aquel entonces. En parte, por la incipiencia de los institutos procesales (y además por el desconocimiento de los existentes); y por otra, la corta duración de la Carta de 1856, que en medio de luchas y contratiempos, fue derogada y dejada sin efecto por la siguiente Constitución de 1860, que tuvo larga vida hasta 1920.

Pero, al margen de esto, la doctrina, escasa por aquellos días, se interesaba por el tema del control constitucional. En 1848, Bartolomé Herrera, al comentar el *Compendio de Derecho Público* de Pinheiro Ferreira, traducido por él, del francés, señalaba que el Poder Moderador, que tanta influencia tuvo en nuestros países, en especial en Portugal y en el Brasil (la idea, como se sabe, fue formulada originalmente por Benjamín Constant, a principios del siglo XIX), tenía a su cargo tan delicada tarea. Pero el planteo de Herrera, siendo pionero, era muy sumario. Mas la idea prendió, y años más tarde, uno de sus discípulos del Convictorio de San Carlos, Felipe Masías, la defendió en un manual dedicado a la disciplina y publicado en 1855. La tesis de Masías, breve pero clara, es que el control de la constitucionalidad de las leyes debe ser ejercido por el Poder Judicial. Se hizo aquí presente, decididamente, la influencia de los Estados Unidos, pero probablemente filtrada a través de la célebre obra de Tocqueville sobre La *democracia en América,* que todos los espíritus selectos de la época conocían.

Luego se sucederán diversos esfuerzos, primero en la doctrina, y posteriormente en la legislación, durante varias décadas. Un primer planteo se plasma en la Comisión Prado, integrada por diversos parlamentarios y presidida por el eminente hombre de letras Javier

Prado, quien en 1919 propone introducir en la Constitución el control judicial de la constitucionalidad, a cargo de la Corte Suprema. Sin embargo, este proyecto de 1919, que debía ser incorporado en la Carta que se sancionó meses después, en 1920, no fue ni siquiera discutido en el Pleno, siendo retirado antes de su debate. Lo más probable es que la idea pareciera demasiado audaz para la época, más aún si se tiene en cuenta que dicha Carta sirvió para justificar una larga dictadura, que sólo acabó violentamente, por un golpe de Estado, en 1930.

Sin embargo, lo más interesante es que la Comisión Reformadora del Código Civil, instalada en 1922, acogió una norma para el futuro código, que establecía el principio de inaplicación; o sea, que en caso de conflicto entre una norma constitucional y una legal, los jueces preferirían la primera. Pero el Código mismo sólo fue promulgado en 1936. El principio fue así consagrado en el derecho positivo. Luego se generalizaría en 1963 con la Ley Orgánica del Poder Judicial, sancionada en ese año.

Luego de diversos vaivenes, el control constitucional de las leyes se configura, por vez primera, en la Constitución de 1979. Aquí se trata del control difuso, antecedido por el Código Civil de 1936, y como cosa nueva se incorpora el Tribunal de Garantías Constitucionales. La vigente Carta de 1993 mantiene los dos controles: por un lado, el judicial y difuso, y por otro, el concentrado, a cargo del ahora denominado Tribunal Constitucional.

2. Tipo de control

Como se ha adelantado, el Perú, al igual que muchos de los países de la América Latina, aun cuando en diferentes épocas, apostó por el control constitucional a cargo del Poder Judicial. O sea, por el denominado sistema difuso, incidental, disperso y con alcances *inter partes.* Entre nosotros, se incorporó por vez primera en 1936, pero se hizo operativo tan sólo en 1963, merced a las precisiones reglamentarias de la Ley Orgánica del Poder Judicial de ese año. Mas, como queda dicho, sólo alcanzó rango constitucional en 1979, el mismo que ha sido reiterado en la vigente Carta de 1993.

Sin embargo, al lado del control difuso a cargo del Poder Judicial, se ha incorporado, desde 1979, el Tribunal de Garantías Constitucionales, hoy Tribunal Constitucional, con lo cual tenemos en principio dos sistemas coexistiendo en un mismo ordenamiento. Por un lado, el sistema difuso a cargo del Poder Judicial, y por otro, el sistema concentrado, a cargo del Tribunal de Garantías Constitucionales, hoy Tribunal Constitucional. Pero, ¿cómo se llegó a esto?

En principio, creo que discutir cuál sistema es el mejor, es algo que no tiene sentido y en todo caso, lo que interesa es ver si el sistema

funciona o no. Pero la razón fundamental de la incorporación del sistema concentrado en 1979, es puramente política, como lo explicaremos en breves líneas. En 1968 se instauró en el país una dictadura militar, que estuvo en el poder hasta 1980. Fue una junta militar desarrollista, modernizadora, pero también dictatorial. Entre sus múltiples desafueros, está el avasallamiento del Poder Judicial, al cual intervino, reformó y manejó a su antojo. En tal período, el Poder Judicial no fue, lamentablemente, un buen defensor de los derechos fundamentales, sino que por el contrario, por miedo, temor o connivencia, cohonestó muchos actos de la dictadura. En 1979, cuando está en funciones la Asamblea Constituyente, sus miembros, que en gran mayoría habían sido opositores del gobierno militar, sobre todo en su primera fase, mostraron una aguda desconfianza frente al Poder Judicial. Por un lado, trataron de configurar una institución judicial independiente, que no viviera acicateada por tantas presiones, pero por otro, desconfiaban de él, pues en el inmediato pasado no había sido un defensor de la constitucionalidad. Por tanto, idearon una fórmula doble: consagraron, por vez primera a nivel constitucional, el control difuso, o sea, el control de la constitucionalidad de las leyes a cargo de cualquier juez, y sujeta a una reglamentación posterior, y por otro, crearon el Tribunal de Garantías Constitucionales, con dos funciones específicas: primera, conocer en casación las resoluciones denegatorias de *Habeas Corpus* y de *Amparo*, y segunda, conocer de la *Acción de Inconstitucionalidad*, o sea, el control abstracto de leyes. La Carta de 1993 repite el esquema, pero añade el conocimiento en última instancia (y no en casación) por parte del Tribunal Constitucional (este es su nombre actual) de todas las acciones de garantía, que han sido aumentadas (*Habeas Corpus, Amparo, Habeas Data, Acción de Cumplimiento*). Y, por otro lado, el conocimiento de los conflictos de competencia o de atribuciones entre determinados órganos del Estado.

En síntesis, hasta 1979 el Perú se afilió al modelo americano o difuso del control constitucional, y a partir de este año, hace coexistir el modelo difuso con el modelo concentrado. Esto no ha creado una mixtura o simbiosis, que en realidad no existe, sino una coexistencia de dos sistemas en un mismo entramado normativo; que no se cruzan ni se oponen en lo esencial.

3. Normas objeto de control

Conforme lo acreditará el presente apartado, el objeto de control son las leyes. Sin embargo, bajo el término de “leyes” debe entenderse, en primer y prominente lugar, a aquéllas que son objeto de sanción por parte del Poder Legislativo, y que luego son promulgadas por el Poder Ejecutivo. Pero al lado de la ley, se conceptúan otras normas más, como a continuación veremos.

En primer lugar, los decretos-leyes, que en el Perú es el nombre como se conoce a los dispositivos generales con rango de ley, pero que son emitidos por los gobiernos de facto que adicionalmente clausuran el órgano legislativo. De acuerdo a cálculos aproximados, casi la mitad de la legislación de los últimos cincuenta años, son decretos leyes, o sea, normas emanadas de gobiernos de facto. Y esta realidad es incontestable, toda vez que los gobiernos civiles, elegidos democráticamente, son pocos en el Perú contemporáneo. Aquí también, durante algún tiempo, se discutió sobre la vigencia y la ubicación normativa de los decretos-leyes. Muchos sostuvieron que carecían del rango de ley y que tenían vigencia limitada en el tiempo, por cuanto requerían, además, de ratificación por el subsiguiente gobierno constitucional. Pero desde 1963, y más en concreto desde 1980, se admite que los decretos-leyes (y los funcionarios de facto) tienen igualdad de jerarquía y vigencia que las leyes ordinarias. Con lo cual, el problema se simplifica enormemente. Sin embargo, este es un producto jurisprudencial (de jurisprudencia judicial y parlamentaria) que no figura en la Constitución.

El segundo rango o equivalencia de ley, son los decretos legislativos, o sea, los decretos que son dados por el Ejecutivo, previa delegación del Congreso, y que tienen el mismo rango de las leyes. Son, en puridad, decretos del Poder Ejecutivo. Pero han sido precedidos por una ley autoritativa del Congreso, que fija temas, alcances y plazos. Son iguales en todo a las leyes, pero tienen una numeración distinta.

La misma Constitución hace referencia a otro tipo de leyes, como la ley orgánica, la cual no está claramente precisada (salvo los temas que le son privativos y el quórum que se necesita para aprobarlos). Pero en rigor, no existe diferencia entre los diversos tipos de leyes. Todas son iguales en jerarquía e importancia.

El tercer aspecto, que es relevante, aun cuando de alcance restringido, es el Reglamento del Congreso. Este, como se sabe, regula y precisa las atribuciones y funcionamiento del cuerpo legislativo. Si bien en rigor es un reglamento, desde antiguo se le da rango de ley, para dar firmeza a sus acuerdos, y además para preservar al Legislativo frente a otro tipo de normas. Pero su aplicación es restringida: alcanza sólo a los congresistas y al funcionamiento de la institución.

Un cuarto punto es el relativo a los tratados. De acuerdo a la nueva Constitución, los tratados son parte del derecho nacional, y en consecuencia, también pueden ser objeto de declaración de inconstitucionalidad. Por cierto, este discreto dualismo de la actual Constitución implica, sin lugar a dudas, que un tratado podrá inaplicarse a nivel interno, pero siempre queda en pie el hecho de que por ser norma internacional, sigue vigente en el ámbito exterior, pues no puede el Estado desvincularse de su cumplimiento, alegando legislación doméstica en contrario. Si este *impasse* surgiera, sería necesario

cambiar la Constitución o simplemente negociar con el otro Estado una modificación del tratado. Es una lástima que el excelente tratamiento que la Carta de 1979 dispensara a los tratados (y que tuviera influencia en el exterior) haya sido eliminada de la Carta de 1993, en éste, como en tantos otros puntos, inferior a su precedente.

Una quinta modalidad la constituyen los llamados decretos de urgencia, que es lo que la doctrina conoce como "decretos de necesidad y urgencia", y que en embrión estaban en la Carta de 1979, pero se han formalizado y perfilado en la actual Constitución. Estos dispositivos, como se sabe, pueden dejar sin efecto las leyes y contra ellas cabe la acción de inconstitucionalidad, conforme lo declara el artículo 200 de la Constitución.

Una sexta modalidad son las normas regionales, que actualmente no existen, toda vez que las regiones han sido desactivadas y son actualmente administradas por el Ministerio de la Presidencia.

Finalmente, se otorga rango de ley a las Ordenanzas Municipales, que son la máxima expresión normativa de los gobiernos locales, y que están destinadas a poner en práctica medidas sobre organización, administración o prestación de servicios públicos y demás aspectos relacionados con las funciones generales de los municipios.

4. Tribunales encargados del control

Como queda dicho, el control difuso se introduce por vez primera en el Perú en 1936, y de ahí inicia su desarrollo y consolidación paulatina. Luego se eleva a rango constitucional en 1979, y se reitera en la vigente Carta de 1993. Este control, como se sabe, se ejerce ante cualquier juez, ya que no existe preferencia alguna en esta materia. Dicho en otras palabras, el sistema difuso implica la inaplicación de la norma, y para ello alguien, esto es, el interesado, debe invocarla, sea en un juicio civil, penal, laboral, etc.

El Perú tiene un Poder Judicial unitario, y sólo admite, como la mayoría de los países, un fuero militar privativo, que en principio afecta tan sólo a los militares (si bien se han hecho excepciones últimamente con los casos de terrorismo). La estructura judicial tiene cuatro niveles, que son:

i) Jueces de paz,

ii) Jueces de primera instancia (especializados en lo civil, penal, etc.),

iii) Corte Superior de Justicia, que es la máxima instancia en cada distrito judicial, y

iv) Corte Suprema de Justicia de la República.

Las nuevas leyes procesales han establecido, conforme al mandato

constitucional, una doble instancia como mínimo. Por lo general, la Corte Suprema de Justicia, con sede en la capital de la República, ve sólo contados casos y en vía de casación (si bien es cierto que, siendo selecta su competencia, ello no le libra de tener un despacho recargado, aun cuando relativamente escaso, si se compara con la gran cantidad de litigios que se tramitan en toda la República). Por tanto, la mayoría de los juicios terminan por lo general, en las Cortes Superiores de Justicia, que están en la cúspide de cada Distrito Judicial (hay un total de 24 en todo el país). Sin embargo, por razón de cuantía o de la materia, muchos expedientes se inician en los juzgados de paz y finalizan en primera instancia. Pero, por lo general, puede señalarse que en la actualidad los juicios se presentan en los juzgados de primera instancia y terminan en la Corte Superior, salvo aquellos en los que se recurra en casación ante la Corte Suprema, la cual los evalúa y opera de acuerdo al modelo francés, es decir, "rompe" la sentencia y devuelve la causa al inferior para que la subsane.

No obstante, al inaplicar la norma por considerarla inconstitucional, debe ponerse esta decisión en conocimiento de la Corte Suprema, ya que, con este criterio, se busca ordenar la jurisprudencia y eventualmente que, usando su capacidad de iniciativa, la Suprema pueda remitir proyectos de ley al Legislativo. Pero este sano precepto permanece incumplido.

Dicho en otras palabras, nuestro modelo clásico, y en cierto sentido el más utilizado y el más efectivo, es el que se lleva a través del Poder Judicial, de acuerdo al denominado modelo americano.

Pero existe otra vía, y es la del Tribunal Constitucional, creado en 1979, y ratificado en la Constitución de 1993. Este Tribunal tiene las siguientes facultades:

i) Conocer en forma directa y única, la acción de inconstitucionalidad;

ii) Resolver los conflictos de competencia o de atribuciones señalados por la ley, entre reparticiones del Estado, y

iii) Resolver en instancia final y definitiva las resoluciones denegatorias de Habeas Corpus, Amparo, Habeas Data, y Acción de Cumplimiento. Hagamos hincapié, que esto procede sólo en caso de una sentencia denegatoria, con lo cual, por ésta y otras razones, sólo llegaron al Tribunal (en el período 1982-1992) el 10% de las causas resueltas por el Poder Judicial en última instancia (sin que ésta sea la única razón, pues hay otras más: como el abandono de la *litis* por las partes, los acuerdos mutuos o desestimientos, etc.). Pero la revisión final que en estos casos hace el Tribunal Constitucional, afecta a un porcentaje muy pequeño del universo de causas.

Como es de verse, el Tribunal Constitucional tiene sólo dos funciones privativas y de su sola incumbencia, el control abstracto de

constitucionalidad y el conocimiento de los conflictos de competencia (en realidad, un proceso competencial). En los demás casos, actúa como última instancia, luego de que la causa se agota en el Poder Judicial y sólo en el caso de resoluciones denegatorias. No es casación, como era con el Tribunal anterior creado en 1979, sino instancia. Con lo cual, en este punto, el Tribunal Constitucional constituye un punto de enlace con el Poder Judicial. En los demás casos no, pues se desenvuelve con autonomía plena. Se trata, en resumen, de que la normatividad constitucional peruana lleva en su seno los dos sistemas, el difuso y el concentrado. Durante algún tiempo, sobre todo en los primeros años de la década del 80, pensé que estábamos ante un modelo mixto, al igual que México y Venezuela. Pero luego, al analizar la realidad de estos países, llegué a la conclusión de que no era una mixtura, pues en un solo ordenamiento se daban las características de ambos sistemas en forma independiente, es decir, no había una fusión, un *mixtum,* que originara una nueva realidad, distinta de las dos anteriores. A diferencia de los modelos mixtos, en el peruano no había tal fusión, sino que ambas instituciones, el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, tenían cada cual su propio ámbito competencial, y coincidían tan sólo en un punto: en el conocimiento de las acciones o procesos de garantía (defensa de los derechos humanos) que fuesen denegatorios, pero guardando cada uno su identidad. Fue así como formulé hace algunos años la tesis (que otros, sin citarme, han seguido) de que el peruano era un modelo dual o paralelo, lo cual todavía me parece válido.

5. Legitimación procesal

Varía según los casos. Así, si nos referimos al modelo americano o difuso, según el cual, cualquier juez puede declarar la inaplicación de una norma, estamos ante una especie de acción popular, dicho esto en forma muy imprecisa. Esto significa que en cualquier juicio, cualquier persona, sin más interés que aquél que deriva de la propia tramitación de la *litis*, puede pedir al juez la declaración de inconstitucionalidad. Es decir, basta que se ejerza el derecho a la jurisdicción, y éste sea canalizado en un proceso, para que cualesquiera de las partes tengan la legitimación procesal suficiente para invocar la inconstitucionalidad de la ley. Lo que se decida, será siempre con efectos *inter partes.*

En el caso del Tribunal Constitucional, la cosa es distinta. La acción de inconstitucionalidad sólo puede ser utilizada, en forma taxativa, por las siguientes personas o agrupaciones (art. 203):

i) El Presidente de la República,
ii) El Fiscal de la Nación,
iii) El Defensor del Pueblo,
iv) 25% del número legal de congresistas,

v) Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento (1%) de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas antes señalado.

vi) Los presidentes de Región, con el acuerdo del Consejo de Coordinación Regional (que actualmente no existen) o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia; y

vii) Los colegios profesionales en materias de su especialidad.

Vemos que la legitimación procesal activa es muy vasta, lo cual ha sido criticado por ciertos sectores de la doctrina. Pero internamente, esta amplitud se ha visto como una manera de acercar el control constitucional al pueblo.

6. Efectos de las sentencias

Varían en función de cuál sea el modelo que sigamos. Así, las sentencias que se adoptan en el ámbito judicial, sólo alcanzan a las partes y nada más que a ellas. Es cierto que la ley de Habeas Corpus y Amparo y otros dispositivos, han tratado de dar fuerza a la jurisprudencia, indicándolo así expresamente, pero en la práctica esto no ha sucedido. A contrapelo de los buenos deseos de los legisladores, de los juristas y de los políticos, los casos concretos alcanzan a las partes y a nadie más. Incluso los tribunales caen a veces en prácticas o pronunciamientos contradictorios, que aparentan no inquietarlos. Pero también es cierto que en el mundo del litigio, las partes invocan los antecedentes jurisprudenciales que se han dado en casos análogos, y esto puede favorecer sus pretensiones. Pero por lo general, sus alcances son limitados.

Distinto es el caso de la acción de inconstitucionalidad, creada en 1979 y confirmada en 1993. Aquí el pronunciamiento abroga la ley o la parte de ella que se considere inconstitucional.

La nueva Constitución ha establecido un mecanismo más expeditivo que el que existía con anterioridad. Su artículo 204 señala que la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de una norma, se publica en el Diario Oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin vigor. Y agrega: no tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal.

En cuanto a la retroactividad, hay dos excepciones: a) En el caso del Tribunal Constitucional, hay retroactividad si la norma anulada es tributaria, lo que deberá ser precisado en cada caso. Y, b) Tratándose de inaplicación dispuesta por sentencia consentida emitida por juez competente (en el Poder Judicial), la norma no se aplica al caso *sub*

litis. En ambos opera, adicionalmente, la retroactividad benigna en materia penal.

7. BREVE COMENTARIO SOBRE LA EFECTIVIDAD DE ESTE CONTROL

El control de constitucionalidad de las leyes en el Perú es muy reciente, si lo comparamos sobre todo, con otros países de la América Latina. Para efectos prácticos, existieron unos cuantos casos en el breve período 1963-1968 (régimen democrático), y luego se eclipsó durante la larga dictadura militar (1968-1980). La Constitución de 1979 posibilitó los dos controles, concentrado y difuso, lo que reiteró la vigente Carta de 1993. Pero dicho control difuso fue muy parco, y además casi no hay huellas de ello, por el escaso influjo que tuvo y por las restricciones que se dieron durante el bienio 1992-1993, de pleno desborde autoritario. Más bien, donde se dio un amplio control de la constitucionalidad, no muy extenso, pero sí importante, fue al defenderse los derechos fundamentales a través del Habeas Corpus y el Amparo, sobre todo en el período 1980-1990. Es decir, se iniciaron sendas acciones constitucionales para defender derechos fundamentales y luego, en el trámite o conjuntamente con su inicio, se pidió la inaplicación de la norma inconstitucional, lo cual varias veces ha sido consagrado a nivel del Tribunal de Garantías Constitucionales (1982-1992).

En cuanto al control abstracto, en el período 1982-1992, el Tribunal de Garantías conoció únicamente quince (15) acciones de inconstitucionalidad: sólo derogó íntegramente una ley y tres más fueron declaradas inconstitucionales, sólo en parte.

El Tribunal Constitucional, creado por la Carta de 1993 y sucesor del Tribunal de Garantías Constitucionales, acaba de instalarse, y tiene varias causas pendientes por resolver. En el pasado, el control abstracto vía Tribunal de Garantías Constitucionales, fue discreto, como ya se indicó. En cuanto al futuro, esto todavía es incierto, y debemos esperar antes de emitir un juicio al respecto.

El control constitucional de las leyes, sea en su versión difusa o en la concentrada, ha sido en el Perú muy cauto y escaso. Lo sucedido en los últimos años es muy poco, pero es valioso en comparación con décadas pasadas. Pensamos que en esto lo que cuenta, sobre todo, es la experiencia, más aún cuando crece el consenso en la comunidad jurídica y en la opinión pública, de que las normas inconstitucionales deben ser dejadas de lado.

II *INSTRUMENTOS PROCESALES PROTECTORES DE LOS DERECHOS*

8. Antecedentes historicos y normativa actual

Los antecedentes históricos están dados fundamentalmente en referencia al Habeas Corpus. Este instrumento normativo fue propuesto en las Cámaras legislativas en un proyecto de 1892, pero sancionado tan sólo en 1897. En aquel entonces, tomándose el ejemplo inglés, se circunscribió el Habeas Corpus a la protección de la libertad individual. Su desarrollo caía dentro del Poder Judicial, en los jueces del crimen o de instrucción. Más tarde, se dieron otras normas en 1916 para perfeccionarlo, pero sólo en 1920 adquiere dicho instituto, rango constitucional.

Por una curiosa mutación, en la Constitución de 1933 el Habeas Corpus aparece redimensionado y con alcance protector de todos los derechos individuales y sociales. Incluso hubo algún momento en que se utilizó, ya en la década de los cincuenta, para impugnar la validez de leyes y normas de inferior jerarquía, con lo cual, en cierto sentido, se volvió un instrumento omnicomprensivo, en algo parecido al amparo mexicano.

Pero en 1968, el Habeas Corpus que era un instrumento integral de defensa, a cargo del Poder Judicial, fue dividido en dos vías procesales: una en el orden penal, para proteger la clásica libertad individual, y otra en el orden civil, para la protección de los demás derechos. En el fondo, se hizo aquí una distinción que preludiaba el Amparo, que se iba a introducir años después. Curiosamente, el Gobierno militar que había creado un fuero privativo agrario, al margen del Poder Judicial y para ventilar todos los problemas surgidos del proceso de reforma agraria, estableció en 1974 el denominado "Recurso de Amparo" mediante Decreto Ley 20554, que tenía por objetivo impugnar los excesos cometidos en los procesos de afectación de predios para la reforma agraria y, por cierto, para ser utilizado por los propietarios de tierras que entendían que se estaban violando sus derechos. Este recurso fue usado con variada fortuna, y las pocas veces en que fue declarado procedente por el Tribunal Agrario, máxima instancia del fuero, quedaba obligado el Ejecutivo a dictar un decreto supremo declarando la inafectación, para fines agrarios, del predio, cuyos propietarios habían obtenido un recurso de Amparo exitoso. Cabe señalar que este recurso se ventilaba en instancia única.

Posteriormente, en 1979, la Constitución de ese año da un vuelco total, estableciendo el Habeas Corpus para la protección de la libertad individual y el Amparo, para la protección de los demás derechos. A su vez, desdobló en dos los órganos especiales para la protección de dichos derechos. Por un lado, los Habeas Corpus y Amparo se interpondrían y tramitarían ante el Poder Judicial, empezando por la

primera instancia hasta culminar en la Corte Suprema. Por otro, se creó el Tribunal de Garantías Constitucionales, que vería en casación únicamente los Habeas Corpus y Amparo desestimados, o sea, denegados por el Poder Judicial. Se creó así, un sistema paralelo, como ya hemos mencionado.

La vigente Constitución de 1993 confirma y acentúa esa tendencia. Por un lado, mantiene los instrumentos protectores existentes: esto es, el *Habeas Corpus* y el *Amparo*. Pero agrega otros más: el *Habeas Data* y la *Acción de Cumplimiento*; en total, cuatro instrumentos protectores de los derechos fundamentales.

Se discutió si el Habeas Data debió o no existir, toda vez que los mismos objetivos podían darse con un Amparo bien reglamentado. Pero en esto pesó cierta onda o moda latinoamericana, que se veía en diversas constituciones del continente (Brasil 1988, Colombia 1991, etc.), así como en algunas constituciones provinciales argentinas. Finalmente, la Acción de Cumplimiento ha sido muy cuestionada, ya que en realidad no sirve específicamente para la protección de derechos humanos, sino tan sólo para exigir el cumplimiento de una ley o un acto administrativo, que, en principio, podrían estar vinculados con los derechos humanos, pero más probablemente, con cualquier otra rama del Derecho. Por tanto, es cuestionable que esta Acción de Cumplimiento, tomada literalmente de la Constitución colombiana de 1991, pero con alcances distintos, sea realmente un instrumento protector de derechos humanos, por lo que habrá que observar su desarrollo jurisprudencial, a fin de tener una visión más exacta de su utilidad.

9. Instrumentos procesales

a) Aparición histórica y ordenación actual

Como ya hemos señalado, salvo el Habeas Corpus que procede de fines del siglo XIX, los demás son del siglo XX, en concreto y si lo consideramos a nivel constitucional, aparecen en la carta de 1979 y son ratificados y ampliados en la vigente Constitución de 1993, como en detalle lo hemos visto en el apartado precedente.

b) Configuración jurídica

Tradicionalmente, el Habeas Corpus, en su versión original, se reguló en una ley especial de 1897. Pero luego a partir de 1920 pasó a ser regulado dentro de los códigos procesales penales, hasta que en 1982, con motivo de las leyes de desarrollo de la normatividad constitucional que se aprobaron en aquella época, se sancionó la ley 23506, que pretende reglamentar todo el trámite de las acciones de Habeas Corpus y Amparo. Dicha ley sigue vigente, pero ha sufrido algunas modificaciones, sobre todo para contemplar el trámite de las acciones

de Habeas Data y Acción de Cumplimiento. En la actualidad, existen algunos proyectos para hacer una norma integral que ordene y actualice el trámite de todos estos procesos constitucionales protectores de los derechos humanos, los cuales son denominados por la Constitución como "acciones de garantía", que si bien no es un término del todo técnico, no deja de ser útil y sugeridor.

La referida ley 23506 y sus modificatorias, contiene los principios generales, aplicables a todos los procedimientos y trámites especiales, para cada proceso. Salvo el Habeas Corpus, que se tramita ante el juez en lo penal, todas las demás acciones (Habeas Data, Amparo y Acción de Cumplimiento) se tramitan ante el juez en lo civil, o todas ellas ante los jueces de derecho público, cuando los hay.

c) Derechos protegidos

Los derechos protegidos son los que están en la Constitución. Así, el Habeas Corpus protege la libertad individual y todos los derechos conexos a ella. La ley reglamentaria ha establecido que dentro del amplio concepto de libertad individual, deben considerarse también:

i) Guardar reserva sobre convicciones políticas, religiosas, filosóficas o de cualquier otra índole,
ii) La libertad de conciencia y de creencia,
iii) El de no ser violentado para obtener declaraciones,
iv) El de no ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer su culpabilidad en causa penal contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad,
v) El no ser exiliado o desterrado o confinado, sino por sentencia firme,
vi) El de no ser expatriado ni separado del lugar de su residencia, sino por mandato judicial o por aplicación de la Ley de Extranjería,
vii) El de no ser secuestrado,
viii) El del extranjero a quien se ha concedido asilo político, de no ser expulsado al país cuyo Gobierno lo persigue, o en ningún caso si peligrase su libertad o seguridad, por el hecho de ser expulsado,
ix) El de los nacionales o de los extranjeros residentes, de ingresar, transitar o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la Ley de Extranjería o de Sanidad,
x) El de no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del juez, o por las autoridades policiales en el caso de flagrante delito; o el de no ser puesto el detenido, dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponda,
xi) El de no ser detenido por deudas, salvo los casos de obligaciones alimentarias,

xii) El de no ser privado del pasaporte, dentro o fuera de la República,
xiii) El de no ser incomunicado, sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito y en la forma y por el tiempo previstos por la ley,
xiv) El de ser asistido por un abogado defensor de su elección, desde que es citado o detenido por la autoridad,
xv) El de hacer retirar las guardias puestas a un domicilio o suspender el seguimiento policial, cuando ello atente contra la libertad individual,
xvi) El de la excarcelación, en el caso de un detenido o procesado que haya sido amnistiado, indultado, sobreseído, absuelto o declarada prescrita la acción penal o la ejecución de la pena, y
xvii) El de que se observe el trámite correspondiente cuando se trate de pro-cesamiento o detención de las personas, beneficiadas por el antejuicio.

Por su lado, el Amparo protege los demás derechos no protegidos por el Habeas Corpus ni por el Habeas Data. Tales derechos son descritos en la ley de manera muy amplia, mencionándose los siguientes:

i) La inviolabilidad de domicilio,
ii) No ser discriminado en ninguna forma, por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma,
iii) El ejercicio público de cualquier confesión religiosa, siempre que no ofenda la moral y las buenas costumbres,
iv) La libertad de prensa, información, comunicación y opinión, circulación o propalación por cualquier medio de comunicación,
v) La libertad de contratación,
vi) La libertad de creación artística, intelectual y científica,
vii) La inviolabilidad y secreto de los papeles privados y de las comunicaciones,
viii) De reunión,
ix) De asociación,
x) De libertad de trabajo,
xi) De sindicación,
xii) De propiedad y herencia,
xiii) De petición ante la autoridad competente,
xiv) De participación individual o colectiva en la vida política del país,
xv) De nacionalidad,
xvi) De jurisdicción y proceso en los términos señalados en la Constitución,
xvii) De escoger el tipo y centro de educación,
xviii) De impartir educación dentro de los principios constitucionales,
xix) De exoneraciones tributarias en favor de las universidades, centros educativos y culturales,

xx) La libertad de cátedra, y
xxi) De acceso a los medios de comunicación social.

El Habeas Data, como su nombre lo indica, tiene como objetivo proteger a las personas a fin de que no se dé información de ellas a terceros, en la medida que están guardados en bancos de datos y afecten la intimidad personal y familiar. Así mismo, la de que no se registren datos que afectan a la persona en toda clase de servicios electrónicos, informáticos, etc., los cuales pueden ser borrados si eso sucede. Igualmente a solicitar información sin expresión de causa, a cualquiera entidad pública. En buen romance, es una defensa del derecho a la privacidad, a la dignidad y buen nombre, en la medida que ésta es amenazada por el mundo informático, o sea, por las computadoras y sus redes; así como un derecho a la información.

La Acción de Cumplimiento está destinada, como dijimos, a pedir el cumplimiento de un acto administrativo o de una ley, en la medida que tal incumplimiento cause perjuicio. En rigor, no es un instrumento de defensa de los derechos humanos (como ya lo adelantamos), pues un acto administrativo puede cubrir cualquier materia, y una ley, tiene ámbitos más extensos. Ante este abanico tan grande de posibilidades, es indispensable que la futura legislación limite este instrumento procesal, ya que para ello existen los correspondientes procedimientos en la vía ordinaria. Nuestra impresión es que la introducción de este instrumento, con rango de acción de garantía, es un exceso del constituyente, que lo introdujo por novelería o desconocimiento de lo que se trataba.

d) Eficacia frente a poderes públicos y particulares

Cuando se sancionó la primera ley de Habeas Corpus en 1897, ella fue pensada y diseñada para proteger al ciudadano de la privación arbitraria de la libertad que puede llevar a cabo la autoridad. Así fue concebida, no obstante que en el Reino Unido, el Habeas Corpus desde sus orígenes procedía también contra los particulares. Pero el modelo peruano se ciñó tan sólo a los abusos de las autoridades, en el entendido de que los abusos de los particulares podían ser conjurados mediante el recurso a la fuerza policial. Esta misma tesitura pasó a la Constitución de 1920. Pero en 1933, como ya se adelantó, el Habeas Corpus fue ampliado para la protección de todos los derechos individuales y sociales, con lo cual evidentemente sufrió una deformación. Pero tan amplio espectro posibilitó el ejercicio del Habeas Corpus contra excesos de los particulares, y así consta en alguna jurisprudencia de la década de 1940. Esto es, por simple extensión analógica, se empezó a utilizar el Habeas Corpus también contra particulares. Más adelante, al crearse una doble vía para la tramitación

del Habeas Corpus (civil y penal), se empezó a utilizar el Habeas Corpus contra particulares, en forma bastante amplia (así, por ejemplo, en el caso de unos alumnos expulsados, contra una universidad privada, en 1973). Finalmente, la Constitución de 1979 consagró expresamente lo que venía de atrás: la procedencia del Habeas Corpus y del Amparo contra la acción u omisión o incluso amenaza de los derechos, que pudiese provenir de cualquier autoridad, funcionario o persona (art.295). Quedó así expresamente consagrada al más alto nivel, la procedencia de dichos instrumentos protectores, no sólo contra autoridades, sino también contra particulares. Y así se mantiene en la actualidad en la Carta de 1993.

e) Legitimación procesal

En principio, la legitimación procesal activa, o sea, la capacidad para accionar, la tiene tan sólo el interesado. Esto es, el que se siente víctima de un atropello o es amenazado en sus respectivos derechos. Así lo fue de manera exclusiva durante muchos años, e incluso cuando alguien cercano al afectado interponía la acción, se le pedía que acreditase el interés legítimo en ella (si, por ejemplo, el afectado era un hombre casado, la esposa tenía que iniciar la acción con una copia de la partida de matrimonio para acreditar su interés).

Este principio general se mantiene, pero se han abierto algunas excepciones. Sobre todo en el Habeas Corpus y en el Amparo (que por extensión se aplican al Habeas Data y a la Acción de Cumplimiento). En el caso del Habeas Corpus, el que puede interponer la acción no es sólo el afectado, sino cualquiera, sin necesidad de alegar vínculo alguno, ni menos interés en la acción. Esto es así, pues se trata de la libertad individual, que defiende el Estado y que interesa a todos. Aun en el proceso de Habeas Corpus se han eliminado toda clase de pretensiones formularias. En consecuencia, se trata de una legitimidad procesal activa sumamente amplia.

En el caso del Amparo (y en consecuencia en el Habeas Data y en la Acción de Cumplimiento) se mantiene que la acción la puede interponer tan sólo el interesado o su apoderado. Pero se admite como excepción que cualquiera la puede interponer en su nombre, siempre y cuando, en breve plazo, el propio interesado la confirme, sea directamente, sea por poder especial para tal acción. En este supuesto, siendo muy amplio el abanico de derechos protegidos, el legislador ha querido evitar los excesos de demandas, y confiarlas tan sólo al interesado, permitiéndose, no obstante, una representación o apoderamiento bastante simple, con cargo a ser confirmada de una manera clara, pero totalmente informal. Como excepción, tratándose de asuntos ambientales, el Amparo puede ser interpuesto por cualquiera persona. Y por mandato de su Ley Orgánica, también está facultado el Defensor del

Pueblo.

f) Órganos ante los que se interpone

Todos los instrumentos procesales antes mencionados, se interponen ante el Poder Judicial. Esto por cuanto el Perú, desde muy temprano, se afilió al denominado sistema americano, que encargaba al fuero común la protección de los derechos, así como la resolución de los conflictos entre los particulares. Por tanto, todos ellos se inician, y por lo general, culminan en el Poder Judicial.

En la actualidad, y en vista del replanteamiento hecho a las funciones del Poder Judicial, tal como se desprende del reciente Código Procesal Civil (1993), la Corte Suprema de Justicia actúa tan sólo como cuerpo de casación, esto es, para analizar los casos en los cuales haya habido errores en la apreciación de la ley o en su interpretación y aplicación. La casación efectuada por la Corte Suprema es de corte clásico, con lo cual estamos significando que su pronunciamiento lleva consigo el reenvío a la Corte inferior, la que luego de tomar conocimiento de los errores señalados en la resolución casatoria, debe fallar nuevamente de acuerdo con ellos.

Por tanto, en la actualidad la justicia en el Perú opera en principio bajo la pauta de la instancia doble, con la eventualidad de una casación, que no es instancia.

Acorde con esta situación, las acciones de garantía antes mencionadas, se interponen ante el Juez de primera instancia correspondiente (penal, en el caso del Habeas Corpus, y civil, en los demás casos) y luego de ser resueltas son susceptibles de apelación ante la Corte Superior del respectivo Distrito Judicial. En el segundo nivel, la acción queda terminada, en principio.

No obstante, la actual Constitución, siguiendo el espíritu que animó a la Carta de 1979, pero con una nueva modalidad, ha establecido que el Tribunal Constitucional resuelve en última instancia, las resoluciones denegatorias recaídas en los Habeas Corpus, Amparo, Habeas Data y Acción de Cumplimiento. De tal suerte, quien considere no haber sido favorecido en su acción, puede, mediante un recurso extraordinario (que la legislación vigente no ha calificado de manera expresa) recurrir al Tribunal Constitucional, que esta vez resolverá como instancia final (y no como casación, como era la alternativa contemplada en la Carta de 1979). Por tanto, todo aquel que encuentre que su pretensión (y en consecuencia su respectiva demanda), no haya sido acogida favorablemente por el Poder Judicial, podrá recurrir al Tribunal Constitucional. Este, como decimos, se ubica fuera del Poder Judicial, y lo que resuelva en definitiva, sea a favor o en contra, lo devolverá a este fuero. De acuerdo a la legislación reciente, la Corte Suprema ya no conoce este tipo de procesos: su facultad casatoria se mantiene en los

demás procesos, mas no en los constitucionales.

La experiencia de los últimos años demuestra que, por lo general, el Tribunal Constitucional (y antes el Tribunal de Garantías Constitucionales de 1979) sólo conocía el 10% de las acciones interpuestas en el fuero judicial, lo cual demuestra que en cuanto tal, dicho recurso no fue muy utilizado.

El Tribunal Constitucional, al igual que su antecesor el Tribunal de Garantías Constitucionales, es órgano único, o sea, tiene una composición de 9 miembros (con la Constitución de 1979) y 7 en la actualidad. Por tanto, lo relacionado con el cumplimiento de sus sentencias, más aún ahora que actúa como instancia final, se hace a través del Poder Judicial; en concreto, por el Juzgado que conoció originalmente la causa, y eventualmente con la ayuda de la fuerza pública.

g) Efectos de las sentencias. Recursos

Todas las sentencias que recaigan en los Habeas Corpus, Amparo, Habeas Data y Acción de Cumplimiento, tienen alcances *inter partes.* Sus efectos sólo alcanzan a los que han sido parte en el proceso, los que pueden ser invocados en situaciones análogas como medios de defensa, pero siempre en relación con quien ha sido parte de un proceso ya fenecido.

La ley 23506, sancionada en 1982 y todavía vigente, introdujo promisoriamente el artículo 9, el cual señala que los jueces estaban en la obligación de fundamentar sus decisiones y además deberían seguir las sentencias emanadas del más alto órgano, cuando de ellas se desprendiesen principios generales. Se intentó sentar el principio de que la jurisprudencia contribuye a enriquecer la problemática constitucional, dándole carácter obligatorio. Además, se estableció la facultad de los jueces de apartarse de los precedentes, siempre y cuando mediasen poderosas razones para hacerlo, de manera que, por un lado, se preconizaba la formación de una corriente jurisprudencial pero, por otro, se permitía su cambio motivado, con lo cual no se la condenaba a la inamovilidad.

Lamentablemente, ni el Tribunal de Garantías Constitucionales, ni tampoco la Corte Suprema de Justicia (en los años en que actuó como tercera instancia) tuvo el menor empeño en sentar principios jurisprudenciales válidos y orientadores de carácter general. A ello contribuyó cierta desidia de los propios órganos jurisdiccionales, el desconocimiento de la problemática constitucional y además la ausencia de medios para conocer los fallos existentes, que hasta la fecha no han sido compilados ni ordenados por ninguna entidad oficial; ni siquiera el Tribunal de Garantías Constitucionales, en su actividad ininterrumpida de diez años, se preocupó de editar un boletín que diese

cuenta de sus actividades. Aquí, como sucede generalmente, lo poco existente es fruto del esfuerzo de los particulares. Por tanto, la jurisprudencia, sobre todo en los casos de Habeas Corpus y Amparo, no ha tenido ningún influjo, salvo casos aislados, que nunca faltan y que más bien son la excepción que confirma la regla (así, en el caso de los diplomáticos cesados, los pensionistas recortados en sus haberes, etc., en donde se ha sentado una línea jurisprudencial que ha tenido cierta duración).[1]

En cuanto a los recursos son, actualmente, apelación (de primera a segunda instancia), y el denominado "recurso extraordinario" ante el Tribunal Constitucional, ya que, en la actualidad, la Corte Suprema no conoce estos procesos.

h) Relación con las vías paralelas. Subsidiariedad

Las vías paralelas son las que existen en el ordenamiento procesal común. En principio, la vía civil y la vía penal, contenidas, respectivamente, en los códigos procesales civil y penal.

La ley 23506, cuando fue sancionada, adoptó un criterio adecuado para la época. Por un lado, sostuvo que el propio interesado era el que escogía la vía, con lo cual quedaba a merced de éste. Y por otro, señaló que la utilización de la vía paralela (o sea la procesal ordinaria) impedía utilizar la extraordinaria del Amparo y Habeas Corpus. Esto es, agotada la vía constitucional, se podía recurrir a la vía ordinaria, pero no al revés.

Esta solución, adoptada en aquel entonces, obedeció a diversas razones. En primer lugar, salía el país de una larga dictadura, negadora de los derechos humanos, que había intervenido y manejado a su antojo el Poder Judicial, acostumbrado éste a rituales formularios. Por tanto, si bien no se podía cambiar ese funcionariado judicial, se podían utilizar otros cauces procesales, para lo cual se creó, en la cúspide, el Tribunal de Garantías Constitucionales (que era el correctivo final para los eventuales excesos judiciales). Además, a ese momento, se iniciaba una reestructuración judicial cuyos frutos todavía no se percibían. Pero por otro, y esto fue el factor determinante, se desconfiaba mucho de los códigos. El procesal civil databa de 1912, y había sido copiado de legislación extranjera del siglo XIX; el proceso penal, algo mejor, era de 1940 y acusaba se-

[1] Esta carencia ya ha sido subsanada, cf. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional,* Gaceta Jurídica Editores, 4 tomos, Lima 1998 - 1999 (Nota de 1999).

rias deficiencias y aún más, estaba en pleno proceso de reformas.

Como consecuencia de ello, las vías ordinarias o paralelas no contenían, en sí, los mecanismos adecuados para proteger todos los derechos fundamentales que existían en la nueva Constitución. Y por otro, como los procesos estaban estructurados de acuerdo a pautas decimonónicas, la duración de ellos era excesivamente largo; el atraso judicial, la excesiva duración de los juicios (años de años para culminar acciones simples), aconsejaron al legislador dejar en manos del propio interesado a cuál ruta ir, ya que si bien no se podía cambiar de inmediato los códigos procesales, sí se podían crear procedimientos más ágiles en la vía constitucional.

Esta alternativa, válida en su momento, trajo como consecuencia un alud de acciones constitucionales, que a la larga creó gran congestión y volvió ilusorios muchos derechos; amparos había que duraban cuatro o más años, cuando la ley razonablemente no les daba un plazo mayor de tres meses, previendo toda clase de incidencias. También hubo, es cierto, una *amparitis,* como ha sucedido en otros países (como es el caso de Venezuela).

En la actualidad, con un Código Procesal Civil moderno, las acciones de Amparo han tendido a disminuir, pues los interesados encuentran en el nuevo código algunos instrumentos rápidos (procedimientos abreviados, procesos cautelares) que llegado el caso, son más eficaces que el Amparo.

Es evidente que ante tal situación, una futura ley orgánica sobre estos procesos constitucionales, debe considerar a tales acciones como excepcionales. Y sólo en caso de que no existan vías adecuadas para la protección de los derechos en la legislación común, o que el daño devenga irreparable, si es que se recurre a éstas.

i) Relación con los estados de excepción

Históricamente, el Perú sólo tuvo lo que se llamó "suspensión de garantías", y por tales se entendían las llamadas entonces garantías sociales e individuales. Pero en 1979 con la Carta de ese año, la situación fue replanteada y se crearon dos figuras muy claras: por un lado, el estado de emergencia, en el cual se suspenden determinados derechos y que se decreta sólo por determinado período; y por otro, el estado de sitio, para asuntos más graves (como guerra, civil o exterior, etc.) El estado de emergencia ha sido declarado muchas veces; el estado de sitio, nunca.

Cuando en el Perú había "suspensión de garantías", de acuerdo con la legislación de la época, se suspendía el uso del Habeas Corpus, que era en aquel entonces el único instrumento protector de los derechos. En 1982, algo de esta tradición llegó a la ley de la materia, que con fórmula no muy feliz y bastante ambigua, permitía declarar la improcedencia de un Habeas Corpus en estado de excepción; esto es,

su inadmisibilidad. Sin embargo, esto fue reparado más tarde en un anteproyecto que lamentablemente no fue aprobado (en 1985) y posteriormente en la ley 20542 de 1992. La actual Constitución de 1993, recogiendo lo existente, ha sentado los criterios siguientes:

i) Los derechos fundamentales, durante los regímenes de excepción citados, se suspenden en forma restringida y sólo los que en ellos están enumerados;
ii) Los procesos constitucionales, en especial el Habeas Corpus, no se suspenden, o sea, pueden utilizarse ante las autoridades judiciales, pero serán declarados fundados tan sólo si la persona a la que se quiere proteger no tiene relación directa con las causas del estado de excepción decretado; y
iii) Los jueces, durante los estados de excepción, pueden analizar la razonabilidad y la proporcionalidad de las medidas adoptadas, y actuar conforme a ellas. No pueden pronunciarse sobre el estado de excepción en sí, ni sobre su procedencia. Se le considera pues, una decisión política no justiciable.

Esta situación ha significado un avance importante, que se ha dado tan sólo en los últimos años, pero que todavía no logra calar, lamentablemente, en los ambientes judiciales y policiales (que son los que ejercen la potestad del Estado durante esos estados de excepción; en los cuales, en realidad, sólo está en entredicho o suspendida la libertad individual, en sus diversas manifestaciones).

j) Breve comentario sobre su vigencia

En el Perú, la protección de los derechos fundamentales estuvo siempre relacionada con el Habeas Corpus y con el Poder Judicial. Sólo años después, ya bien entrado este siglo, se agrega el Amparo, y más recientemente otras figuras procesales. Pero tradicionalmente, todo esto fue sometido a conocimiento del Poder Judicial, que era la guardia habitual de los derechos de los ciudadanos. Lamentablemente, y desde un punto de vista histórico, el Poder Judicial nunca gozó de verdadera autonomía. En lo económico, dependía del Poder Ejecutivo, y más en concreto del Ministerio de Economía y Finanzas (o Hacienda, como se llamaba antes); y en los nombramientos, dependía del poder político, con lo cual se creaba una relación casi de clientelaje. Esto hizo que durante largas épocas el Poder Judicial estuviese más atento a respetar al poder político que a los ciudadanos. Y si a eso se agrega la larga lista de golpes de Estado y gobiernos de facto que hemos tenido en nuestra historia, la cosa se complica. En efecto, todo gobierno de facto, generalmente autoritario, lo que busca es doblegar al Poder Judicial. La independencia de esta rama del Estado no ha sido lamentablemente una realidad. Por cierto, nunca han faltado jueces que hacían honor a

su juramento, y tampoco han escaseado épocas en las cuales el Poder Judicial actuaba a la altura de las circunstancias (1895-1920; 1945-1948; 1956-1968), pero esas eran pocas en comparación con la generalidad de los casos. Fue por eso que el Habeas Corpus, hasta 1973, de acuerdo a un estudio realizado, fue poco protector de la persona, o si se quiere, desprotector. Todo esto se agravó con la dictadura militar que duró de 1968 a 1980, período en el cual el Poder Judicial, cohonestó varios actos autoritarios del poder central. Por causa de ello, es que en la Asamblea Constituyente de 1978, se hizo patente un fuerte resentimiento y hasta desconfianza frente al Poder Judicial, que no había sabido defender los derechos fundamentales. Ese fue, en realidad, el motivo de la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales y no otro. Es decir, nadie cuestionó la validez o la utilidad del llamado modelo americano de control constitucional y de defensa de los derechos fundamentales. Fue suficiente constatar que en el Perú de los últimos años no había funcionado. Por eso crearon el Tribunal, y entre las condiciones para ser Magistrado Constitucional, se introdujo la de tener probada trayectoria democrática y de defensa de los derechos humanos (Carta de 1979, art. 297), lo cual, seguramente es único en el mundo, requisito que curiosamente ha desaparecido en la Constitución actual. Pero al crearse el Tribunal de Garantías Constitucionales, le introdujeron, luego de largas discusiones y concesiones, autoridad para revisar en casación los actos denegatorios de Habeas Corpus y Amparo, agotada la vía judicial. Este Tribunal de Garantías Constitucionales fue desactivado por el golpe de Estado de 1992, y estuvo en funciones diez años. La Carta de 1993 restableció el órgano, pero con un nombre distinto: Tribunal Constitucional. El Tribunal, como se indicó, se acaba de instalar y será necesario más tiempo para apreciar cómo actúa.

Por tanto, sólo cabe esperar aquí un balance de la actuación del Poder Judicial y en especial del Tribunal de Garantías Constitucionales, durante el período 1982-1992.

En términos generales, la actuación ha sido interesante, tanto a nivel judicial, como a nivel del Tribunal de Garantías Constitucionales, gracias a la labor efectuada a su favor por la opinión pública, por una legislación moderna en la materia y sobre todo por el clima democrático que se vivió durante ese período. En cuanto al Poder Judicial mismo, si bien no se tienen referencias sobre el número exacto de resoluciones que se emitieron (se calcula que son unas 4,500 en esos 10 años) es evidente que hay un avance, si se compara con lo sucedido en las últimas décadas.

Las críticas más fuertes han recaído, curiosamente, sobre el Tribunal de Garantías Constitucionales, a tal extremo que su propio propugnador en la Constituyente de 1978, pidió su desaparición años más tarde, al constatar que no funcionaba como se esperaba.

Bajo el prisma del rigor, el funcionamiento del Tribunal de Garantías Constitucionales durante esa década, fue insuficiente. Pero, si se considera que se trataba de una institución nueva, integrada con un inevitable componente político, que además tenía competencias limitadas, y que adicionalmente la mayoría de sus miembros, no obstante sus méritos y esfuerzos, eran abogados en ejercicio o antiguos magistrados, con poca o nula formación jurídica y menos aún formación en derecho público, se desprende que tuvo un funcionamiento, si no notable, cuando menos decoroso. Más aún, teniendo presente la juventud de la institución y las limitaciones con las cuales se movió. Aún más, en materia de Habeas Corpus fue bastante protector, y tuvo algunos aciertos en Acciones de Amparo, si bien escasos. Eso fue precisamente lo que llevó a la opinión pública y a la comunidad jurídica del país, a solicitar su reincorporación a la nueva norma constitucional debatida en 1993, y que al final triunfó, frente a la reticencia del oficialismo y sus alabarderos, que lo veían con suspicacia y temor

III *JURISDICCIÓN SUPRANACIONAL*

10. RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN SUPRANACIONAL

Luego de largas negociaciones, y teniendo como antecedentes diversos acuerdos realizados en 1960 y como trasfondo la Declaración Americana de Derechos Humanos firmada en Bogotá en 1948 (antes que la Declaración Universal lo fuese en París, en diciembre del mismo año), se firmó en San José de Costa Rica, en 1969, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que tiene como objeto fundamental cautelar los derechos humanos, sobre todo en su vertiente clásica (derechos civiles y políticos) y establecer los órganos respectivos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Washington, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José. Abreviadamente, a este instrumento internacional se le denomina como Pacto de San José. Posteriormente, se ha aprobado el denominado Protocolo adicional, de la Convención Americana firmado en San Salvador, en 1988, que amplia la protección de esos derechos a sus aspectos económicos, sociales y culturales, con lo cual, el espectro normativo se ha completado. Con todo, los mecanismos de protección de estos últimos, llamados derechos de la segunda generación, son más tenues y difíciles de implementar. Lo que no sucede con los primeros, en los cuales existe, aun cuando en poca cantidad, opiniones consultivas (OC) y sentencias.

El Pacto de San José plantea no sólo su aceptación mediante la firma, aprobación y ratificación por parte de los Estados, como cualquier tratado, sino la aceptación expresa de la competencia de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos. El Perú así lo hizo en 1979, en la cláusula decimosexta transitoria y final de la Constitución de 1979, y en cuanto tal, hizo los depósitos correspondientes de tal adhesión ante los organismos respectivos. El Perú pues, no sólo es signatario, sino que la ha incorporado a su derecho interno y además ha aceptado expresamente la jurisdicción de la Corte Interamericana.

11. Requisitos para acceder a la Corte Interamericana

Están previstos en el mismo Pacto (los particulares acceden a ella a través de la Comisión). Entre otros, se pide datos precisos del peticionario, ubicación, señalamiento del derecho que se invoca, etc. (existen numerosos formularios que detallan estos requisitos). Además, aspecto importante es que no hayan pasado más de seis meses desde que se cometió la agresión, y que se haya dado por agotada la jurisdicción interna, Esto mismo ha sido señalado por la ley 23506 de 1982, a la cual ya hicimos mención.

12. Efectos de las sentencias

En una oportunidad, el Gobierno del Perú ha sido sancionado por la Corte Interamericana por haber violado derechos humanos en determinada situación. Y existen en proceso otras denuncias más. En estos casos, las sentencias deben ser remitidas al país de origen, para su aplicación por el órgano judicial correspondiente, sin necesidad de que medie exhorto.

Si bien nadie cuestiona la ejecución en el país, de las sentencias que dicte o pudiera dictar la Corte Interamericana, sin embargo, no se sabe la manera cómo el Estado peruano cumplirá el mandato de la Corte, lo que recién se podrá apreciar en los próximos meses.[2]

Lima, junio de 1996

Nota de 1999

El trabajo que antecede fue preparado y terminado de redactar en junio de 1996, y presenta un panorama sobre lo que el título enuncia. Desde entonces, como es natural, han sucedido muchas cosas que, sin embargo, no alteran lo sustancial de este informe. Con todo, cabe señalar que han acontecido algunos hechos, que vale la pena señalar:

a) En junio de 1997, tres magistrados del Tribunal Constitucional fueron destituidos por el Congreso de la República, en actitud sin precedentes, y con una fundamentación demasiado ligera como para resistir el menor análisis. Desde entonces, el Tribunal Constitucional se mantiene con cuatro miembros, y está limitado en su accionar, pues no conoce las acciones de inconstitu-cionalidad. Por otro lado, los magistrados destituidos recurrieron a la Comisión Interamericana de

Derechos Humanos, creando de esta manera una situación difícil para el gobierno peruano. Se ha tratado de llegar a un entendimiento entre las partes, pero no se ha logrado ningún resultado.

b) Al haber quedado disminuido el Tribunal Constitucional a cuatro miembros, todos ellos nombrados, o en todo caso, tolerados por el gobierno, ha ocurrido algo curioso, cual es que dejando atrás la postura de avanzada e innovadora que tuvo su jurisprudencia inicial, han retrocedido y se advierte en sus pronunciamientos un nivel de desprotección que es de lamentar. El Tribunal Constitucional actual, disminuido y con una jurisprudencia vacilante y poco consistente, tiene todavía un pronóstico reservado.

c) Por si no fuera poco, con fecha 8 de julio de 1999, el Gobierno peruano, en respuesta a una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ordenaba hacer un nuevo juicio a terroristas condenados por el fuero militar

[2] En setiembre de 1997, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado peruano y ordenó la liberación de María Elena Loayza, la que sido hecha efectiva (Nota de 1997).

peruano, procedió a retirarse de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual se ha hecho efectivo mediante Resolución Legislativa núm. 27152. El retiro del Perú de la competencia de la Corte, con efecto inmediato, le fue sugerido por el jurista uruguayo Héctor Gros Espiell, quien ha asesorado al gobierno peruano en este punto, y que es una medida sin precedentes en el Derecho Internacional, y alejado, por cierto, de lo que dispone la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

d) Por otro lado, y con independencia del eficiente manejo gerencial del aparato del Estado, el Gobierno ha continuado su labor política de interferencia en las demás instituciones del Estado, y ha copado el Poder Judicial y el Ministerio Público y eso hace muy difícil no sólo la administración de justicia, sino la protección de las personas a través de los instrumentos protectores clásicos, como son el Habeas Corpus y el amparo, muy venidos a menos en los últimos meses.

En síntesis, si bien la normatividad prácticamente se mantiene, a nivel institucional y, sobre todo, en su dimensión práctica, ha habido un evidente retroceso, lo que esperamos se supere en un próximo futuro.

Domingo García Belaunde

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

ABAD, SAMUEL B.: "El modelo de jurisdicción constitucional: reformas y retrocesos", en *Ius et Veritas*, núm. 7, Lima, 1993.

- "La jurisdicción constitucional en la Carta peruana de 1993: antecedentes, balance y perspectivas", en *Lecturas constitucionales andinas*, núm. 4, Lima, 1995.
- *Selección de jurisprudencia constitucional*, Lima 1990.

AA.VV.: *La Constitución de 1993 (Análisis y comentarios)*, Comisión Andina de Juristas, Lima 1994 (I), 1995 (II), 1996 (III).

- *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Francisco J. Eguiguren (coordinador), Lima 1987.
- *Sobre la jurisdicción constitucional*, Aníbal Quiroga León (compilador), Lima 1991.

BECERRA PALOMINO, CARLOS ENRIQUE: *Antecedentes sobre la jurisdicción constitucional en el Perú*, en "Notarius", núm. 2, Lima, 1991.

BOREA ODRÍA, ALBERTO: *Evolución de las garantías constitucionales*, Lima 1996.

DANÓS ORDÓÑEZ, JORGE: "El Amparo por omisión y la Acción de Cumplimiento en la Constitución peruana de 1993", en *Lecturas constitucionales andinas*, Lima, núm. 3, 1994.

- "La garantía constitucional de la acción popular", en *Lecturas sobre temas constitucionales*, Lima, núm. 4, 1990.

EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO J.: "La libertad de tránsito en la jurisprudencia de Habeas Corpus", en *Lecturas sobre temas constitucionales*, Lima, núm. 8, 1992.

- *Los retos de una democracia insuficiente*, Lima 1990.

ESPINOSA-SALDAÑA B. ELOY: "El tratamiento del control de la constitucionalidad en el Perú: balance y perspectivas", en *Prudentia Iuris*, núm. 31, Buenos Aires, mayo, 1993.

ETO CRUZ, GERARDO: "Breve introducción al Derecho Procesal Constitucional (Notas para un estudio de la jurisdicción constitucional en el Perú)", en *Revista Jurídica*, núm. 129, Trujillo, 1990.

FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO: "El Tribunal de Garantías Constitucionales del Perú: una aproximación", en *Ius et Praxis*, Lima, núm. 14, 1989.

GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO y FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO: *La Constitución peruana de 1993*, Lima 1994.

GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO: *Las Constituciones del Perú* (con la colaboración de Walter Gutiérrez), Lima, 1993.

- *Teoría y práctica de la Constitución peruana*, 2 tomos, Lima 1989 - 1993.

GARCÍA TOMA, VÍCTOR: *Constitución y Derecho Judicial*, Lima 1990.

HEREDIA, MADELEINE: *Naturaleza procesal de la acción de amparo*, Lima 1995.

KELSEN, HANS: "El control de la constitucionalidad de las leyes (estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana)", en *Direito*, Santiago de Compostela, núm. 1, 1995 (traducción de D. García Belaunde).

LANDA ARROYO, CÉSAR: "Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional: el caso peruano", en *Pensamiento constitucional*, II, Universidad Católica, Lima 1995.

MESÍA RAMÍREZ, CARLOS: "La jurisdicción constitucional en la Constitución de 1993", en *Derechos Humanos*, Walter Gutiérrez y Carlos Mesía (compiladores), Lima 1995.

ORBEGOSO, SIGIFREDO: *Historia y Constitución: temas polémicos*, Trujillo 1995.

ORTECHO VILLENA, VÍCTOR JULIO: *Jurisdicción y procesos constitucionales*, Trujillo 1996.

PANIAGUA CORAZAO, VALENTÍN: "La Constitución peruana de 1993", en *Direito*, Santiago de Compostela, núm. 2, 1995.

PAREJA PAZ-SOLDÁN, JOSÉ: *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, Lima 1984.

RUBIO C. MARCIAL y BERNALES, ENRIQUE: *Constitución y sociedad política*, Lima 1988.

SALIGMAN, JÜRGEN: *La Constitución peruana de 1993*, (traducción de David Sobrevilla A.), Lima, 1995.

VALLE-RIESTRA, JAVIER: *El Tribunal de Garantías Constitucionales (El caso de los votos nulos y blancos)*, Lima 1986.

VIGO ZEVALLOS, HERMILIO: *El Habeas Corpus*, Lima 1989.

ZUBIETA REYNA, FERNANDO *La acción de amparo*, Lima 1990.

CAPITULO III

EL HABEAS DATA Y SU CONFIGURACIÓN NORMATIVA

Sumario: 1. Liminar. 2. Terminología. 3. ¿Derecho instrumental? 4. Habeas Data ¿figura autónoma? 5. Habeas Data ¿instituto legal o constitucional? 6. El caso peruano. 7. Apéndice jurisprudencial.

1. LIMINAR

Del 9 al 11 de abril de 1997, se llevó a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Talca, un interesante "Seminario Iberoamericano sobre la Acción de Habeas Data", que tenía como telón de fondo el debate existente en dicho país, en torno a la incorporación de un instrumento procesal similar en la legislación chilena. A fin de contribuir al esclarecimiento de este tema, se convocó a distinguidos juristas y personalidades chilenas, así como un selecto grupo de profesores extranjeros, para tratar con prolijidad el Habeas Data en sus diferentes dimensiones y en sus respectivos países. Asistieron, entre otros muchos, representantes de España (Francisco Fernández Segado), Brasil (Dalmo de Abreu Dallari), Bolivia (Benjamín Miguel Harb), Venezuela (Carlos M. Ayala Corao), Colombia (Eduardo Cifuentes Muñoz), Paraguay (Luis María Benítez), Argentina (Néstor P. Sagüés y Oscar R. Puccinelli) y por el Perú, fueron Francisco J. Eguiguren y el autor de estas líneas.

Muchos presentaron sus ponencias escritas con antelación y otros se limitaron a disertar oralmente un texto que ya tenían preparado, pero que no fue presentado por escrito, como era mi caso. Mientras tanto, la Facultad de Derecho de Talca a través de su revista *Ius et Praxis. Derecho en la Región,* año III, núm. 1, correspondiente al primer semestre de 1997, ha cumplido con publicar los textos entregados, así como las intervenciones debidamente desgrabadas, entre ellas, la mía, si bien con muchos descuidos, que el lector atento podrá apreciar. Por cierto, como siempre sucede, pasado el tiempo y a la vista del Seminario, me he replanteado algunos aspectos y he afinado otros, en torno a esta novel institución. *Y* por eso he decidido dar aquí esta versión, que es en realidad nueva en relación con la anterior, pero que

no hubiera podido ser escrita si no hubiera tenido la grata experiencia de dicho Seminario.

Por parte del Perú como ya señalé, fuimos invitados Francisco J. Eguiguren y yo. Eguiguren presentó con tiempo una sesuda ponencia sobre el Habeas Data y su desarrollo en el Perú, así como sus antecedentes y principal jurisprudencia. Por este motivo, y para evitar un cruce que no hubiera tenido beneficio para nadie, es que opté por limitarme a hacer un desarrollo teórico, y sólo dejar para el final una brevísima referencia a la parte peruana, que condensa el problema y reitera algunos de sus componentes políticos, y que sólo pretende ser una síntesis demasiado somera de un problema mayor. En esta oportunidad, respetando esos parámetros, he intentado dar un paso más adelante y presentar un bosquejo más ajustado.

Es innecesario recalcar la importancia del Habeas Data, que ha llamado la atención de los juspublicistas de Europa y de Estados Unidos desde la década de los setenta, y que sólo ahora comienza a expandirse en nuestra América. Por eso la utilidad de volver, en vista de esta realidad, a los temas que conlleva y a su encuadre teórico.

2. Terminología

Interesa antes que nada precisar en dónde debemos ubicar a la figura del Habeas Data. Para ello debemos tener presente que de primera intención, hay que vincularla con la clásica figura del Habeas Corpus, con lo cual se advierte de inmediato una diferencia: lo que se busca proteger no es el *cuerpo,* como en el clásico instituto sajón, sino el *dato.* Esto es, una información sobre alguien o sobre algunos. Una primera impresión, es pues, que lo que busca esta figura es proteger una información o un determinado dato. Y esta información, por cierto, está relacionada con las personas humanas. Por tanto, de por medio existen uno o varios derechos humanos, en la medida que se trata de proteger a éstos, de los datos que los perjudican. Pero no cualquier dato, sino de aquellos que, pudiendo ser o no de carácter íntimo, lo perjudican.

Y aquí surge el primer problema relacionado con lo que debe proteger el Habeas Data, figura relativamente reciente, y que tiene su inicio, por así decirlo, en el derecho público europeo de los años setenta, en forma más o menos paralela a su aparición en el derecho norteamericano. Si bien hay que advertir que no ha habido uniformidad en cuanto al tratamiento del nombre.

En un momento se pensó que lo que se protegía con el Habeas Data era la privacidad, o sea, existiría en riesgo, por así decirlo, un derecho a la privacidad, que como se sabe, fue puesto de relieve en un conocido ensayo de Warren y Brandeis en 1890. Después se pensó que era un derecho a la intimidad, o sea, a la reserva de determinados datos que significan un acceso indebido a nuestra persona en sus aspectos más

íntimos. Pero hoy en día, la cosa se ha extendido y se entiende de manera más amplia, esto es, que son varios los derechos que hay en juego, pero que al final se canalizan en uno solo. Por tanto, a la larga lista de derechos humanos existentes, debería agregarse uno más, que algunos llaman *libertad informática* o derecho a la libertad informática, y otros, autotutela informativa o *autodeterminación informativa.* Ellos son utilizados en forma indistinta, y creo que si se precisa para qué sirven, el uso del nombre es a la larga irrelevante. Pero, entre todos ellos, nos quedamos, por ser más explícito, con el de autodeterminación informativa, o sea, la capacidad o derecho que tiene cada cual para determinar por sí y ante sí, qué debe hacer en relación con su persona, y vinculado con el mundo informático, si bien esto, como es obvio, no es absoluto. Sabemos que todo derecho, y éste es uno de ellos, no es absoluto, ni menos puede ejercerse indiscriminadamente, pero tiene, qué duda cabe, un núcleo básico que es importante.

Por cierto, no creo que estemos ante un derecho que pudiera llamarse fundante, como es el derecho a la vida o el derecho al libre tránsito, sino de un derecho derivado del principio de la dignidad de la persona, pero con una entidad propia, y que ha nacido precisamente, del desarrollo explosivo del mundo informático.

No voy a entrar al desarrollo de este derecho, sobre el cual existe abundante literatura, pero sí debo señalar que, en sustancia, es un derecho nuevo, que ha surgido precisamente al calor del desarrollo científico y tecnológico de nuestros días, en donde la intimidad, el derecho a la honra y al buen nombre, a la vida propia, están sujetos a manipuleo incesante.

Este, como queda dicho, es un derecho humano de suma importancia en los momentos que vivimos. Veamos ahora el papel que tiene el Habeas Data en relación con él.

3. ¿DERECHO INSTRUMENTAL?

Los derechos humanos, entre ellos el derecho a la autodeterminación informativa, tienen una categoría precisa. Pero se trata de un derecho sustantivo, del cual es necesario afirmar que su defensa debe hacerse por un medio jurídico. Es decir, para perfeccionar cualquier ordenamiento debemos buscar su parte adjetiva o accesoria que lo proteje. O si se quiere, procesal, como precisa la moderna doctrina, que insiste en que el derecho procesal es, en lo fundamental, un cuerpo doctrinario sólido y de carácter instrumental.

Así consideradas las cosas, es evidente que el Habeas Data viene a ser una figura típica de carácter instrumental, o mejor dicho, un proceso típico de defensa de un derecho humano, como es el de la autodeterminación informativa. Pero hay algunos problemas teóricos que han agobiado a nuestra América, que conviene repasar brevemente.

Durante más de un siglo, y todavía en algunas latitudes de nuestro continente, las constituciones latinoamericanas, por especial herencia francesa, filtrada a partir de textos y doctrina españolas, calificaron como garantías constitucionales a lo que en rigor eran derechos de la persona, derechos del hombre o simplemente derechos humanos. Esto es, la vida, la libertad, el honor, el libre tránsito, etc., no eran sino *garantías constitucionales* y así figuran todavía en alguna dogmática latinoamericana. Esto, por cierto, era válido en su momento, cuando el derecho procesal prácticamente no existía. Sin embargo, la doctrina pronto reparó en que los derechos de la persona, derechos del hombre o derechos humanos, no eran garantías, pues por sí solas no garantizaban nada, pese a la solemne proclamación de los textos constitucionales. Fue así que a mediados de los años cincuenta de este siglo, un sector de ella propuso llamar garantías constitucionales, a los instrumentos de carácter procesal como el Habeas Corpus o el Amparo, y a los derechos, llamarlos derechos fundamentales o derechos humanos, si bien, a nivel de textos internos, la primera acepción ha prendido más que la segunda. Pero en esta evolución se ha ido más lejos, y hace algunos años se ha llamado la atención acerca de que en realidad estas instituciones llamadas garantías constitucionales son, en puridad, procesos constitucionales. Y no otra cosa, ya que sirven para proteger derechos constitucionales.

En resumidas cuentas, el término *garantía constitucional* está en retirada; tiende a desaparecer, pues hoy en la actualidad, pese a que es usada todavía por algunas constituciones y cierto sector de la doctrina (en especial en Venezuela), la garantía se considera como equivalente a derechos humanos o derechos fundamentales, y más vale designarlos con este último nombre.

Por cierto, esta afirmación nada tiene que ver cuando, como sucede en algunos casos, se emplea la expresión *garantías* en el sentido acuñado por Carl Schmitt, y más en concreto, por el más utilizado de garantía institucional. Pero en el pensamiento schmittiano, esto tiene una connotación distinta y puede perfectamente deslindarse de lo nuestro, e incluso es discutible en qué medida pueda extrapolarse al resto de las constituciones latinoamericanas.

Resumiendo, podemos decir que estamos ante dos realidades: un derecho humano o derecho fundamental, que es la autodeterminación informativa, y su correlato protector, a través de un determinado instrumento procesal, que es el Habeas Data.

4. HABEAS DATA ¿FIGURA AUTÓNOMA?

Uno de los problemas serios que afronta el Habeas Data, es su configuración normativa, sobre lo cual hemos hecho ya algunos alcances. El otro es sobre la utilidad misma del Habeas Data, con su propio nombre y como figura autónoma.

Tengamos presente que frente al Habeas Data se han dado dos posiciones:

i) Regularlo como figura autónoma, como es el caso del Brasil en 1988, y Ecuador desde 1996, y
ii) Regularlo dentro de otra entidad normativa, tal es el caso de la Argentina (en donde se presenta como parte del Amparo), o Colombia (país en el que es parte integrante de la Tutela), o México (en donde es susceptible de defensa a través del Juicio de Amparo).

Pero, por cierto, existe una tercera posición; que niega la validez del Habeas Data en cuanto tal, toda vez que, según algunos (en el Perú es la posición de Samuel Abad), el Habeas Data sería totalmente innecesario, ya que de la propia naturaleza de los derechos humanos protegidos por el Amparo y de la reglamentación procesal existente, se desprende que el Amparo era suficiente, y bastaba y sobraba para los mismos fines. Así, admitida la existencia o mejor aún, la precisión del nuevo derecho a la autodeterminación informativa, era suficiente extenderle un manto tuitivo ya existente, que, como en el caso peruano, es clarísimo, pues la ley de la materia expresa taxativamente que el Amparo protege los demás derechos que figuran en la Constitución o que se desprenden de ella (pues existe una cláusula en la Carta de 1979, que en parte se repite en la de 1993, que recoge los conocidos como "derechos no enumerados", aspecto que ha llamado la atención a constitucionalistas de nota, como es el caso de Peter Häberle).

La posición por cierto, es correcta desde un punto de vista teórico, y entendemos que las democracias europeas no han incorporado a sus constituciones esta figura de manera expresa, sino que simplemente han utilizado diversos canales previos o creados ex profesamente y sin ese nombre, para proteger el nuevo derecho a la autodeterminación informativa.

Pero aquí surge un problema que es serio, y es el siguiente. La América Latina ha perdido hace mucho tiempo su fe en el legislador, y ahora confía en las constituciones, que se han vuelto el mito de nuestro tiempo. Al revés de los países sajones que confían en el juez, y de las democracias europeas, que confían en las leyes, las democracias inciertas de América Latina confían en el constituyente, y por eso es que la norma se incorporó *ipso nomine*, por vez primera en el Brasil y en 1988, y de ahí cundió el ejemplo como reguero de pólvora. Y, cual efecto dominó, la figura se ha extendido entre nosotros y tiende a conocerse con ese nombre y llegar así a las constituciones. Por tanto, frente a una sólida reflexión teórica, tenemos una realidad tangible, que tenemos que reconocer. Partamos pues, de este hecho y volvamos al tema en el que nos quedamos.

Brasil, como dijimos, fue el primero en introducirlo a nivel constitucional en su Carta de 1988, y otros lo han seguido. Y lo ha

hecho, como figura autónoma. Pero en otros casos, como lo es la reforma argentina de 1994, existe como un sub-tipo del Amparo. Es decir, en la Argentina no existe el Habeas Data, sino que existe el Amparo en su vertiente protectora del dato. Pero pese a no existir, la doctrina de manera dominante y cierta jurisprudencia, aceptando este hecho, tienden a denominarlo como Habeas Data, ya que de esta forma es más especifico y más preciso en su protección.

En realidad, no tiene mayor importancia si el Habeas Data existe como figura procesal autónoma o si está encubierto y aparece como dependiente de otra. Lo importante, en realidad, es que el derecho sea protegido, y lo es en ambas vertientes.

Pero no podemos dejar de anotar un hecho: y es que la tendencia en la dogmática y en la doctrina latinoamericana, es a darle configuración autónoma. Y en esto reside, quizá, nuestra originalidad constitucional. No originalidad autóctona o primigenia, sino originalidad derivada. Y a los hechos nos atenemos, salvando las peculiaridades teóricas.

5. HABEAS DATA ¿INSTITUTO LEGAL O CONSTITUCIONAL?

> Otro aspecto importante es delimitar cuál es la ubicación que corresponde a la figura del Habeas Data, dentro de nuestro universo normativo. Hemos visto que, en líneas generales, tanto en los Estados Unidos como en los principales ordenamientos europeos, el Habeas Data figura como institución procesal común, esto es, como un proceso, trámite o práctica al lado de otras y muchas veces a nivel administrativo. Y todo esto contrasta con la realidad latinoamericana, que tiende, como se ha visto, a darle nivel constitucional a dicha figura, precisamente como una especie de última garantía, frente a las violaciones que desde épocas seculares han sufrido las democracias latinoamericanas, jaqueadas por la violencia, por las dictaduras de todo pelaje y por fuerzas descontroladas.

Las constituciones latinoamericanas prefieren, como se ha visto en algunos casos relevantes, elevar el Habeas Data a rango constitucional, y otras no, como lo es en gran parte de países europeos y en los Estados Unidos.

En verdad, lo que importa al final no es cuál es la jerarquía que tiene dicho instituto, sino cuál es su eficacia. Pero anotemos que del lugar que ocupe dentro del ordenamiento, se desprenden varias consecuencias y otras interrogantes, que debemos destacar y sobre las cuales hay que hacer algún desarrollo.

En primer lugar, si el Habeas Data no está expresamente consagrado en la Constitución, no es un instituto procesal constitucional, ya que, para que existan estas figuras procesales, es necesario que la institución no sólo se destine a la defensa

constitucional, sino que tenga una ubicación constitucional expresa. En la Constitución existen muchos principios y normas que son defendidos por los códigos procesales ordinarios, sean civiles o penales. En tal sentido, y de manera amplia, puede decirse que todos los procesos son constitucionales; de esta manera, todos los procesos que figuran en un código procesal civil son constitucionales, pues deben ellos ajustarse a los principios que disciplina la Constitución para todo el orden jurídico. Pero, en sentido estricto y puntual, son constitucionales tan sólo los procesos que, defendiendo directamente derechos que la Constitución sanciona, están consagrados en ella misma, y no en normatividad inferior.

Mas, puede ser que el derecho sea defendido por un Habeas Data que no es creación constitucional, sino creación de una ley procesal cualquiera, de naturaleza más bien civil. En este caso simplemente estaremos al frente de una institución de naturaleza civil que protegerá derechos fundamentales. Y esto no tiene nada de extraño, ya que los derechos que la Constitución reconoce deben ser defendidos normalmente por los códigos y leyes procesales de manera común y ordinaria, y sólo lo podrá ser por expresos recursos constitucionales, en situaciones excepcionales y bajo determinadas condiciones. Por tanto, nada impide que una institución como es el Habeas Data, nazca al margen de la Constitución y por ley expresa, si bien es cierto que estará destinada a la defensa de determinados derechos, con rango constitucional.

Existe otro problema y es el relacionado con la reglamentación del Habeas Data, que interesa con independencia de su ubicación normativa. Así, aun cuando el Habeas Data nazca directamente en la Constitución, cabe la pregunta de cómo tiene que regularse el Habeas Data. Y al respecto, caben cuatro posibilidades:

i) Que el Habeas Data sea regulado dentro de un código procesal cualquiera;
ii) Que el Habeas Data sea regulado dentro de una ley cualquiera;
iii) Que el Habeas Data sea regulado por una ley especial;
iv) Que el Habeas Data sea regulado por un código especial sobre procesos constitucionales.

Las dos primeras alternativas eran muy usadas en el período de entreguerras. Pero hoy lo frecuente, tanto en Europa como en América, es que el Habeas Data sea regulado por una ley especial (como es el caso de España) o remitida a una ley análoga (como es el caso del Perú). Esto es, se destina a una ley especial que se ha preparado con tales fines.

Pero otra tendencia que se abre camino es la de formular una ley especial o un código específico unitario sobre jurisdicción constitucional o procesos constitucionales. En esto hay que señalar el caso de Costa Rica, que cuenta con su respectiva ley desde 1989. Y el caso del Perú, en donde una comisión *ad-hoc* de juristas, está empeñada en la

preparación de un completo código procesal constitucional.

6. El caso peruano

En el Perú, de acuerdo al amplio espectro de la Constitución de 1979, la autodeterminación informativa podía ser defendida perfectamente por el Amparo, consagrado constitucionalmente en la Carta de ese año. Pero, a raíz del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, y tras la convocatoria a un Congreso Constituyente, la mayoría oficialista se dedicó a hacer una nueva Constitución, que en gran parte repetía la anterior constitución, con algunas modificaciones. Una de ellas fue precisamente la introducción del Habeas Data, que fue obra del constituyente Carlos Torres y Torres-Lara, quien la tomó directamente de la Constitución brasileña de 1988, pero de manera algo peculiar. Así fue introducido el Habeas Data en el artículo 200, inciso 3, de la Carta de 1993, que alcanzaba el poder recabar información pública, el prohibir dar información que afectase la intimidad y, finalmente, ejercer el derecho de rectificación ante los medios. Esta propuesta que hizo Torres y Torres-Lara, mal planteada y defendida por quien no conocía mucho del asunto, fue introducida en la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente, y aprobada por todos los asistentes a ella. En realidad, nadie se percató en ningún momento de la mala configuración presentada, ni tampoco de los riesgos que implicaba, toda vez que la opinión pública, en aquel entonces, estaba pendiente de otros hechos más graves. Y el más importante era que el proceso constituyente había sido convocado artificialmente por un gobierno de facto que buscaba legitimarse, pero con grave riesgo de que ello sirviese de preludio a una dictadura, como los hechos posteriores lo han venido a confirmar. Esto es, a diferencia del proceso constituyente de 1978-79, que fue amplio, plural, democrático y que garantizaba el retorno a la democracia -como en efecto lo fue-, el actual parecía sólo estar destinado a perpetuar a Fujimori en el poder, con un aparente respaldo popular, y con una cúpula militar que le servía de sostén para cometer toda clase de tropelías.

Un proceso constituyente bajo este signo, se inició en enero de 1993 y culminó en setiembre del mismo año. Y durante meses, el Habeas Data, así defectuosamente introducido, pasó todas las instancias y en forma totalmente inadvertido.

Sin embargo, a mediados del mes de agosto, parte de la oposición advirtió que la parte final que destinaba el Habeas Data a la rectificación en los medios, podía ser empleado abusivamente, y que para eso existían otros recursos, toda vez que el clima político podía inclinar la balanza en el sentido de que fuese un arma usada eventualmente con motivos políticos y para censurar a la prensa. En realidad, teóricamente tal peligro no existía, pero el ambiente político lo hacía presagiar. Sin embargo, la crítica de la oposición continuó, reaccionando después de

un largo letargo (cf. *El Comercio,* 26 de agosto de 1993), pero el oficialismo no cedió. Por esos días, la Universidad de Lima organizó un Congreso de Derecho Constitucional (setiembre de 1993) y el constitucionalista argentino Néstor P. Sagüés criticó duramente el proyecto, pero el oficialismo no se dio por enterado. El autor del desaguisado, Carlos Torres, no vaciló en defender el proyecto una y mil veces (cf. *El Peruano,* 25 de febrero de 1994), y por último, aprobado ya el texto constitucional, al ver sus posibles excesos, pidió reglamentar la institución del Habeas Data (cf. *Expreso,* 12 de abril de 1994). Es decir, el oficialismo se empeñó hasta el final en mantener el Habeas Data en el exceso criticado, y así fue finalmente consagrado en el texto constitucional.

Pero luego sucedió lo que debía suceder. Un Habeas Data, interpuesto en la vía penal por un conocido abogado, Vladimir Paz de la Barra, pretendió usar la novel institución, en un mayor grado de lo verosímil y eso desató una tormenta política, que convirtió en irremediable la reforma. Finalmente, mediante ley 26470 de 9 de junio de 1995, se modificó la Constitución en ese punto, y se eliminó del ámbito del Habeas Data la rectificación a los medios, la que se remitía a la ley de la materia. Se optó así, por la sensatez.

Ahora bien ¿qué ha pasado desde entonces? Luego de la jurisprudencia ya señalada, el Habeas Data ha tenido una utilización parca, centrada, en lo fundamental, en obtener la información que se guarda en la administración pública, y que ésta, por desidia, no gusta de entregar. Es poca hasta la fecha, pero tenderá a crecer.

Concuerdo, por cierto, con las importantes apreciaciones señaladas por el profesor Eguiguren sobre el Habeas Data peruano: mal concebido y peor desarrollado. Tal como está, debería en realidad desaparecer por innecesario. O en todo caso, replantearse seriamente, aprovechando experiencias tan valiosas como las que hemos recibido en el Seminario de Talca.

7. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

Hasta la fecha y hasta donde alcanza nuestra información, se han producido tres sentencias sobre el Habeas Data, consentidas y ejecutoriadas, que aquí reproducimos. La primera y más importante, se reproduce *in toto,* ya que ella no sólo es muy ilustrativa, sino que además es la que motivó la reforma constitucional de la que se da cuenta en el texto, y que ha sido tomada directamente del expediente. Las otras dos han sido publicadas en el diario oficial *El Peruano.*[*]

I

a) Primera Instancia

Habeas Data 01-94
Resolución Nº 01-94-V.

Lima, siete de febrero de mil novecientos noventicuatro

AUTOS Y VISTOS

Con la acción de Hábeas Data, interpuesta por el accionante don Vladimir Paz de la Barra, exponiendo que en el programa televisivo “La Revista Dominical” del día domingo treinta de enero de mil novecientos noventicuatro, dirigida por el periodista Nicolás Lúcar De la Portilla, se ha propalado un reportaje efectuado por la periodista Roxana Cueva Mejía, denominado "El Cuento de los Bonos", en el cual, según el accionante, se le atribuye haber asesorado al ciudadano Carlos Manrique Carreño, en la compra de los denominados "Bonos Alemanes", en perjuicio de los ahorristas de CLAE y que los asesores que participaron en dicha operación eran personajes de dudosa reputación; habiendo además proyectado su imagen aprovechando la que tenían en el archivo del mismo programa; por lo que solicita se ordene que se rectifique la información mencionada y la apertura de la instrucción correspondiente; solicitando asimismo, que los mencionados periodistas se abstengan en el futuro de relacionarlo con la compra de los referidos bonos alemanes realizados por CLAE y de vincularlo a la defensa de la citada entidad, y a los citados personajes de "dudosa reputación". El recurrente sustenta su petición en lo dispuesto en los artículos doscientos, inciso tercero y segundo, inciso sétimo de la Constitución Política del Estado; y CONSIDERANDO: A que, la acción de Hábeas Data de que trata el inciso tercero del artículo doscientos de la Constitución Política del Estado, tiene relación directa con el derecho fundamental de toda persona a acceder a la información que requiera, sean estos almacenados de forma mecánica, informáticos, computarizados o no, públicos

* Transcritas textualmente

o privados, al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la propia imagen, pudiendo en este último caso antes del inicio de la acción judicial propiamente dicha, solicitarse la rectificación necesaria cuando ello provenga de un medio de comunicación social, de conformidad con lo dispuesto en la concordancia por remisión a los incisos cinco, seis y siete del artículo dos de la misma Carta Política; que, como aparece evidente, a la fecha tal acción específica carece de normatividad propia, dado que es una figura legal y constitucional nueva en nuestro ordenamiento jurídico prevista por primera vez en la nueva Carta Política vigente desde el

treinta de diciembre del año próximo pasado; que para dar trámite a esta pretensión, el Juzgador debe analizar, en un primer momento y de oficio, los alcances de su propia competencia, pues son dos los presupuestos que dan validez a su actuación jurisdiccional, a saber: la imparcialidad del Juzgador, y la legalidad de sus actos definidos por la distribución competencial prevista en la Ley -principio de legalidad o de reserva de ley- de conformidad con lo previsto en la concordancia de los artículos ciento treintiocho ab initio de la Carta Constitucional ya citada y el artículo primero del Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; que, desde ese punto de vista, aparece evidente que la acción que se pretende incoar al carecer de normatividad expresa, debe sujetarse a un trámite procesal predeterminado por la ley genérica de la materia, y que en este caso el solicitante ha optado por el que confiere la vía penal, asimilando esta figura del Habeas Data al Habeas Corpus; que, sobre este particular, aparece que ese ejercicio no es procedente, desde que el origen y finalidad del Habeas Corpus es la protección de la vida, la integridad física y la libertad individual de las personas, en tanto que todos los demás derechos constitucionales -incluyendo los que ahora recoge específicamente el Habeas Data y la Acción de Cumplimiento- se hallan bajo la égida del amparo constitucional, que tiene trámite diferente al que ahora se propone y, sobre todo, sede judicial diferente, lo que determina, prima facie, la invalidez de la actuación jurisdiccional de este juzgado penal por incompetencia, ya que de otro modo se incurriría en una tramitación carente de validez jurídico-procesal y, por ende, nula.

Que, el solo hecho de que la acción de Habeas Data propuesta, carezca de normatividad expresa no debe inhibir al juzgador a darle trámite, sobre todo si existe normatividad análoga que puede ser válidamente utilizada sin alterar ni la esencia de la institución, ni subvertir el orden competencial que es sinónimo de validez de la actuación judicial, tanto más si los derechos específicos que ahora se cautelan por la acción específica del Hábeas Data, hasta el treinta de diciembre del año próximo pasado, se hallaban cautelados por la acción de amparo constitucional, y conforme a lo que preveía la Constitución de mil novecientos setentinueve en su artículo doscientos noventicinco, y se regula por la vigente Ley veintitrés mil quinientos seis, en su artículo veinticuatro, incisos dos, siete y veintidós, la misma que tiene su sede en Juzgado o Corte Superior Civil, de conformidad con lo dispuesto en su artículo veintinueve, en su texto vigente previsto por la ley veinticinco mil once; que, siendo lo anterior así, no resulta propio, ni válido, que a título de acción de Habeas Data, ante la falta de normatividad expresa, quebrando las reglas de la interpretación analógica, el presunto afectado "escoja" la sede judicial y recurra, en analogía impropia con el Habeas Corpus, a un Juzgado Penal, para la presente tramitación, dado que no está en su poder jurídico tal opción, so riesgo de afectar las reglas de competencia que determinan la

validez esencial del proceso judicial, como ya se ha anotado, tanto más si la misma prestación judicial, por los hechos que describe y el petitium que contiene, puede ser otorgada por un Juzgado Civil extendido analógicamente, para este caso, el trámite del amparo constitucional, hasta tanto no se regule por Ley expresa el trámite que debe seguir, tanto la acción de Habeas Data como la Acción de Cumplimiento prevista en el artículo doscientos de la Carta Constitucional en vigencia, analogía que es de orden procesal y no sustantivo, desde que la analogía penal en materia de tipificación sustantiva se halla explícitamente reprobada en el inciso noveno del artículo ciento treintinueve de la Constitución Política en vigencia; que, lo anterior determina no sólo la validez de la actuación jurisdiccional, sino que recupera y preserva para el Habeas Corpus su esencia verdadera, cual es la defensa de la vida -en su acepción más extensa- y la libertad de las personas como valor sagrado de la justicia, dejando la compulsa y preservación de los demás derechos constitucionales (como el de la libertad de información u opinión frente al derecho al honor y la buena reputación) en la sede civil que por su naturaleza le corresponde, donde es que debe ser debidamente apreciada la licitud o ilicitud de quienes, como periodistas, resultan ahora siendo sus emplazados en la presente solicitud, tanto más si el propio peticionante ha sumado a su petitorio una reclamación indemnizatoria que, de suyo, resulta inadmisible a ser tramitada en la presente vía penal dentro del trámite del Hábeas Corpus, que pretende ser ahora analogizado por el accionante; que, a mayor abundamiento, la argumentación esgrimida por el recurrente en cuanto a que la presunta ilicitud de los hechos expuestos justifican la intervención del Organo Jurisdiccional de Primera Instancia Especializado en lo Penal, es una apreciación errónea, por cuanto, en tal caso, debería recurrirse a dicha vía, siempre y en todo momento, a denunciar el delito en el procedimiento que corresponda, y no recurrir a una acción de garantía constitucional, cuyo propósito no puede ser en ningún caso investigar presuntos ilícitos penales, como los que describe expresamente dentro de su solicitud; que, si bien es cierto toda persona tiene derecho a la tutela judicial efectiva de orden jurisdiccional, como reza el artículo sétimo del Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial ya citada, no es menos cierto que ello debe ser previsto a través de un debido proceso legal, como esa misma norma lo indica, de manera tal que siendo el principal requisito de la validez del proceso penal la actuación competente de los Jueces y Tribunales de Justicia, para poder determinar la fuerza vinculante de sus decisiones y la autoridad moral de su contenido, ésta debe expedirse dentro de los exactos límites que la ley y la Constitución preveen, lo que en el presente caso no se ha cumplido.

Que si bien es cierto de conformidad con lo previsto en la concordancia de los artículos ciento treintinueve, inciso octavo de la Constitución en vigencia, y del artículo VIII del Título Preliminar del

Código Civil que contiene igual principio jurídico, los Jueces y Tribunales no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de las leyes -reprobación jurídica al principio non liquet-, en el presente caso, no se trata precisamente de eso, sino más bien de la reconducción exacta del orden competencial que no debe ser manejado ni por el solo arbitrio del justiciable, ni desconocido por el Juzgador, pues en el presente caso, no se trata de vacío o deficiencia de la Ley, sino de la aplicación exacta de la analogía en el tipo de procedimiento, y por ende, la sede judicial correspondiente, que debe ser aplicado al presente caso; que, finalmente, esta Juzgadora se halla consciente que éste es el primer caso que se presenta en el país, de la acción de Habeas Data desde la vigencia de la nueva Constitución Política del Estado, y de la importancia que tiene para la opinión pública el accionar del aparato jurisdiccional del Estado, tanto más si ésta se enfrenta ahora a la libertad de prensa y de información, que es valor constitucional igualmente consagrado por la Carta Constitucional y que el solicitante señala explícitamente respetar en su recurso, por lo que es consciente que debe mediar con exactitud los pasos jurisdiccionales que debe de darse, a fin que un instrumento protectivo del honor y buena reputación de las personas, que entre en colisión con el derecho -igualmente constitucional- de la libertad de información y de prensa, no empiece por ser tergiversado en su contenido y efectos, de tal manera que termine causando más perjuicio que el benéfico afán que el legislador constituyente le quiso otorgar; que, estando a las consideraciones precedentes la presente petición debe ser declarada inadmisible por este Juzgado, sin perjuicio de dejarse a salvo el derecho que el solicitante considerase le corresponde con arreglo a ley, no siendo aplicable al presente caso la disposición contenida en el artículo noveno de la ley veinticinco mil trescientos noventiocho, dado que no se trata de una confusión o error en el nomen iuris -habeas data por amparo o Habeas Corpus- sino en un acto consciente y voluntario de recurrir a la justicia penal que resulta incompetente para ello, tanto más si la norma legal antes señalada es pre-constitucional a la novísima Carta Política y cuyo supuesto de hecho normativo no resulta aplicable al caso de autos, por lo que estando a lo dispuesto en el inciso tercero, del artículo ciento treintinueve de la Carta Constitucional en vigencia, siendo presupuesto esencial de la tutela jurídica que se otorga a través de un debido proceso legal, el principio de la "libertad de la demanda" graficado en el aforismo nemo iudex sine actore, resulta inoficioso que este Juzgado penal derive la presente causa a uno de orden civil, a que tramite esto por la vía del amparo constitucional hasta tanto se dicte por la autoridad correspondiente la normatividad correspondiente, pues ello sólo se puede hacer válidamente por acto propio y voluntario del solicitante don Vladimir Paz de la Barra; por

las anteriores consideraciones y administrando justicia a nombre de la Nación, LA SEÑORITA JUEZ DEL CUADRAGESIMO SEXTO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO PENAL DE LIMA declara INADMISIBLE LA ACCION DE HABEAS DATA, interpuesta por don Vladimir Paz de la Barra contra don Nicolás Lúcar de la Portilla y doña Roxana Cueva Mejía, debiendo devolverse los recaudos al solicitante, dejándose a salvo el derecho que le pudiere corresponder para actuar conforme a derecho; tómese razón, notifíquese y, oportunamente, archívese.

E. López Pizarro
Juez Penal

Guido M. Vera Vera
Secretario

b) Segunda Instancia

EXP.: 009-94

SS.
RIVAS MANRIQUE
PRADO SALDARRIAGA
VERA-TUDELA RAMIREZ

Lima, veintiocho de febrero de mil novecientos noventicuatro.

AUTOS Y VISTOS

Interviniendo como Vocal Ponente el Señor Prado Saldarriaga; recibido el informe oral de los abogados de las partes; y ATENDIENDO: PRIMERO: A que viene en apelación la resolución que declara inadmisible la acción de Habeas Data interpuesta por el ciudadano Vladimir Paz de la Barra por atentado contra el honor y la buena reputación, por estimar el magistrado de origen que carece de competencia para conocer y tramitar dicha acción. SEGUNDO: Que, tal como lo reconoce de modo generalizado la jurisprudencia, legislación y doctrina constitucional en el derecho comparado, los conflictos entre libertad de información y los derechos de la personalidad como al honor y a la intimidad, se suscitan cuando los contenidos de la información emitida contradicen las exigencias del principio de veracidad, dando con ello lugar al surgimiento del derecho de rectificación para quien se considere afectado por la información emitida (Cfr. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Los límites entre la Libertad de Expresión y los Derechos de la Personalidad, en “Temas de Derecho Penal”, Cultural Cuzco, Lima, mil novecientos noventitrés, pág. doscientos ochentisiete y siguientes; del mismo autor: Honor y Libertad de Expresión, Editorial Tecnos, Madrid, mil novecientos ochentisiete, pág. ciento siete y siguientes). TERCERO: Que, la Constitución de mil novecientos

noventitrés se adhiere de modo expreso a la situación descrita en la consideración precedente, a través de lo dispuesto en el párrafo segundo del inciso sétimo del artículo dos. CUARTO: Que, la acción de Habeas Data a que alude el inciso tercero, del articulo doscientos de la Constitución de mil novecientos noventitrés, deviene en aplicable cuando por hecho u omisión se vulnera o amenaza los derechos reconocidos en el precitado inciso sétimo del articulo dos, lo cual implica en lo esencial, que se haya desconocido o violentado el derecho de rectificación, puesto que la medida inmediata frente a una información inexacta o perjudicial que tiene el ciudadano es, justamente, dicha opción rectificatoria. Esto es, la acción de Habeas Data aparece como un procedimiento de operatividad posterior y secuencial al ejercicio del derecho de rectificación, utilizable, por tanto, cuando este último sea rechazado o desconocido. QUINTO: Que, la decisión legislativa que se adopte para operativizar el procedimiento de aplicación de la nueva acción de garantía antes mencionada, debe, pues, considerar esa concurrencia y preeminencia a mecanismos que contempla la Constitución de mil novecientos noventitrés, para superar los conflictos entre la libertad de información y los derechos de la personalidad al honor y a la intimidad. SEXTO: Que, de lo actuado no se aprecia medio probatorio directo o indirecto que acredite de modo suficiente que el accionante en el presente proceso, haya ejercido previamente su derecho de rectificación ante los accionados y que éste le haya sido desconocido o rechazado. SETIMO: Que, por otro lado, es de considerar también que la definición del Juez Natural es una consecuencia legal, puesto que la esencia de dicha garantía del debido proceso radica en su predeterminación, lo cual, además, debe ser, necesariamente, inequívoca y expresa. Que, la actual normatividad vigente no contempla disposición específica que predetermine al Juez Natural para los casos, de acciones de Habeas Data, lo que implica, de momento, crear una opción de contienda competencial, negativa, situación inconveniente para un adecuado desarrollo de las nuevas acciones de garantía previstas en la Constitución de mil novecientos noventitrés. Por lo que urge que se promulgue por el órgano competente del Estado, una norma legal que permita superar dicha situación, ya que la adopción de decisiones judiciales al respecto conlleva necesariamente al riesgo latente de violentar derechos constitucionales de terceros, posibilidad impropia al sentido de justicia y legalidad que refleja y fundamenta todo acto jurisdiccional (Cfr. Néstor Pedro Sagüés, La Interpretación de la Constitución. Poder Judicial versus Poder Constituyente, en “Lecturas sobre Temas Constitucionales”, número siete, Comisión Andina de Juristas, Lima, pág. ciento veintinueve y siguientes). OCTAVO: Que, en consecuencia, y estando a las consideraciones expuestas, es de asumir que en su fondo la resolución venida en grado se encuentra arreglada a criterios de equidad. Por estos fundamentos: POR MAYORIA CONFIRMARON:

el auto apelado obrante de fojas once a catorce, su fecha siete de febrero de mil novecientos noventicuatro, que declara inadmisible la acción de Habeas Data interpuesta por Vladimir Paz de la Barra contra Nicolás Lúcar de la Portilla y Roxana Cueva Mejía, con lo demás que contiene; notificándose y los devolvieron.

EL SECRETARIO DE LA DECIMO PRIMERA SALA PENAL DE LIMA QUE SUSCRIBE, CERTIFICA: QUE EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR VOCAL DOCTOR ERNESTO VERA-TUDELA RAMIREZ; es como sigue:

AUTOS Y VISTOS

Escuchado el informe oral de los abogados de las partes; y ATENDIENDO:

PRIMERO: A que la acción de Habeas Data es un derecho reconocido en nuestra Constitución Política del Estado y que como fluye de autos se ha interpuesto teniendo como fundamento el inciso sétimo del artículo segundo de ese Cuerpo de Leyes, por haberse conculcado el consagrado derecho fundamental del HONOR Y LA BUENA REPUTACION, afectado según el accionante, por afirmaciones inexactas en medios de comunicación; que, la misma Carta Magna establece con precisión que las acciones de garantía deben regularse por una LEY ORGANICA, la misma que hasta la fecha NO SE HA PROMULGADO y menos establecido reglas sobre su procedimiento, pese a todo, USUALMENTE la acción de Habeas Corpus y la de Amparo se vienen regulando por la Ley número veintitrés mil quinientos seis, dispositivo legal que se encuentra derogado tácitamente por la propia CONSTITUCION por ser Ley de Leyes, sin embargo, como se repite, es parte del DERECHO USUAL Y CONSUETUDINARIO puesto que se viene aplicando en la vida de estas instituciones y en las prácticas convencionales de tales acciones como insertas en las resoluciones de jueces y tribunales constituyendo COSA JUZGADA con pleno valor jurídico.

SEGUNDO: Teniendo en cuenta que la resolución venida en grado de apelación, en su parte considerativa, mantiene una serie de fundamentos relacionados a la jurisdicción y competencia, a llenar el vacío de la ley; que, el procedimiento de Habeas Corpus no es aplicable, pero sí conciliable a la acción de amparo como acción de tutela y otros más, que también es valedero el criterio de PRE-REQUISITO de la RECTIFICACION para su admisibilidad, pese a no estar predeterminadas, por todo ello, al parecer de éste juzgador, es el que nos estamos fundiendo en un SOFISMA JURIDICO que trata de desconocer con una razón aparente UN DERECHO CONSTITUCIONAL pues contraviene aquel principio doctrinario que dice... QUE A TRAVES

DE LA SENTENCIA ES QUE EL JUEZ HACE REAL UNA CONSTITUCIÓN, por tal motivo, es el juez quien está en la obligación de aplicar la norma al caso real que se le presente, obrando INTERPRETATIVAMENTE de tal modo que viabilice el quehacer del legislativo como es el caso que calificándolo constituye UN DERECHO PUBLICO SUBJETIVO INSERTO EN LA CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO en vigencia.

TERCERO: Que, a fin de fundamentar la admisibilidad de la acción, también es necesario analizar dos aspectos que son: a) Una aplicación doctrinaria y b) Una aplicación por analogía procesal; a) La doctrina. En este aspecto debemos recoger algunos principios constitucionales entre ellos, por ejemplo, el del PRINCIPIO ARMONICO DE LOS DISPOSITIVOS el mismo que nos enseña que todo Instituto Constitucional como el Habeas Data debe ser coherente con los demás principios constitucionales, así tenemos que lo es con mucha claridad con lo dispuesto en los artículos primero, segundo, incisos cuarto, quinto, sexto, sétimo, veinte, artículos cuarenticuatro, cincuentiuno y cincuenticinco, ciento dieciocho inciso noveno, ciento treintiocho, ciento veintinueve inciso segundo, tercero, quinto, sexto, octavo y veinte, ciento sesentidós, doscientos y con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución por lo que es aplicable; del PRINCIPIO DEL DERECHO SUSTANCIAL, en el cual se concibe que ningún juez puede excusarse por formas procesales para negarse a declarar la violación o amenaza de un derecho Constitucional. La Analogía Procesal. Este fundamento deviene por que en el procedimiento sí es aplicable la analogía y esto se fundamenta porque el OBJETO de la norma procesal es la conducta de los sujetos del proceso actor, es decir, nos estamos refiriendo al denunciado, al denunciante, al accionante, al juez, a los peritos, a los testigos, etc., lo que se manifiesta en actos y que en conjunto sistemático se llama PROCESO, como resultado de la aplicabilidad de las normas procesales de las Acciones de Garantía que dispone la Ley veintitrés mil quinientos seis, asimismo debemos distinguir que esta ley tiene Normas Generales y Normas Excepcionales, de donde la TEORIA PROCESAL permite que las normas generales sí pueden ser aplicadas por ANALOGIA, que analizando a la vez este instituto nos encontramos con la ANALOGíA LEGIS (analogía de la ley) y la ANALOGíA JURIS (analogía del derecho), definiendo la primera como una aplicación deductiva de una regla a casos fundamentales idénticos y la segunda más amplia, puesto que debe justificarse por sus consecuencias prácticas (PRAGMATISMO JURíDICO) o por su íntima coherencia con el sistema (RACIONALIDAD INTRíNSECA) o por su adecuación a fines sociales (RACIONALIDAD FUNCIONAL) como resulta también en el caso de aplicar la Ley veintitrés mil quinientos seis.

CUARTO: El artículo ciento treintinueve, inciso octavo de la Constitución Política del Estado, establece definitivamente como

PRINCIPIO el no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley; agrega, que en tal caso deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario, como lo es en la actualidad la aplicación que se viene haciendo de la Ley veintitrés mil quinientos seis, del mismo modo la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, nos obliga a recurrir a los Tratados y Convenciones Internacionales en vía interpretativa, y por ello es que para el presente caso debemos asimilar a la CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS DE SAN JOSE DE COSTA RICA del veintidós de noviembre de mil novecientos sesentinueve, la misma que en su artículo segundo con precisión dice del DEBER QUE TIENE NUESTRO ESTADO PARA RECURRIR A ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO cuando existan normas precisas dirigidas a los Derechos y Libertades reconocidas por la Convención y que son materia de buen entender de la presente acción; por estos basamentos, debe aplicarse la Ley número veintitrés mil quinientos seis.

QUINTO: Que, por todo lo expuesto, es parecer de este juzgador que la presente acción debe admitirse por el procedimiento de la Ley antes referida por los cauces específicos del procedimiento de Habeas Corpus, por haberse requerido a dicho juzgador ante el vacío de la Ley, obviándose los artículos dieciséis y diecisiete de la Ley número veinticinco mil novecientos treintiocho y artículo veinte de la Ley veintitrés mil quinientos seis y todos los específicamente relacionados a la ubicación del agraviado, por tratarse de normas que deben calificarse como excepcionales en el proceso. Que, a mayor argumento este parecer se sustenta por la coherencia de los siguientes principios: a) Economía Procesal, b) Prevalencia del Derecho Sustancial, genéricamente las acciones contra el honor y la reputación se han ventilado en la vía penal, c) Celeridad Procesal, es más viable para ambas partes en la vía penal, d) Eficacia, porque con ello se trata de conseguir una rápida solución, y e) La Costumbre.

SEXTO: Para concluir esta apreciación debo dejar expresa constancia que lo expuesto no está referido a la procedencia o improcedencia de la acción de Habeas Data, sino expresamente a la admisibilidad que es el grado que debe absolverse, que debe admitirse la acción en el circuito judicial que se requiera, como en este caso es el penal, sin embargo, para culminar, es necesidad pública atender que en todos los países del mundo, los problemas suscitados como consecuencia de la colisión o conflicto entre la libertad y personalidad contra la libertad de expresión, son jurídicamente muy complejos, siendo inclusive tan antiguos como la propia democracia, sin solución alguna, por lo que me permito exhortar a las partes para que en base a la razón logren un buen entendimiento por trato conciliatorio y directo. Por estos fundamentos MI VOTO: es por que SE REVOQUE la resolución apelada obrante de fojas once a catorce, su fecha siete de

febrero último, que declara inadmisible la acción de Habeas Data interpuesta por Vladimir Paz de la Barra contra Nicolás Lúcar de la Portilla y Roxana Cueva, con lo demás que contiene; REFORMANDO la apelada SE DISPONGA: que el *A quo* dé trámite a la acción de Habeas Data interpuesta, aplicando para su sustanciación lo previsto por la Ley de Hábeas Corpus y Acción de Amparo número veintitrés mil quinientos seis y su Reglamento número veinticinco mil novecientos treintiocho.

Ernesto Vera-Tudela Ramírez

c) Corte Suprema

H.D. Nº 361-94
LIMA C,

Lima, veintiocho de marzo de mil novecientos noventicuatro.

VISTOS; y CONSIDERANDO: Que si bien aún no se ha dictado la norma que regule el ejercicio de la acción de Habeas Data prevista en el inciso tercero del artículo doscientos de la Constitución, a falta de norma específica debe aplicarse supletoriamente la Ley número veintitrés mil quinientos seis, sus modificatorias y complementarias, por ser en el ámbito procesal constitucional las pertinentes, dada la naturaleza jurídica que comparten el Habeas Data, la acción de amparo y el Habeas Corpus; que, aplicando supletoriamente las mencionadas leyes al caso de autos, debe tramitarse la acción de Habeas Data incoada a fojas una, mediante el procedimiento del amparo; ya que el normado para el Habeas Corpus está reservado a la protección de la libertad individual y los derechos constitucionales conexos a ella, entre los que no se encuentran los derechos fundamentales de la persona consagrados en los incisos quinto, sexto y sétimo del artículo segundo de la Carta; declararon NULA la resolución de vista de fojas treinticuatro, su fecha veintiocho de febrero de mil novecientos noventicuatro, e INSUBSISTENTE la apelada de fojas once, fechada el siete de febrero del mismo año; DISPUSIERON que la demanda de fojas uno se remita al Juez Especializado en lo Civil de Turno para que proceda con arreglo a ley; en los seguidos por don Vladimir Paz de la Barra contra don Nicolás Lúcar de la Portilla y Roxana Cueva Mejía sobre Habeas Data; y los devolvieron.

Castillo C. - Buendía G. - Ortiz B. - Reyes R. - Echevarría A.

Roberto Quezada Romero
Secretario

*****

Esta ejecutoria mereció el siguiente comentario mío que fue publicado en *El Comercio* de 27 de junio de 1994 y reeditado, junto con otros comentarios de distinguidos juristas, en *Autos* y *Vistos,* editado por el Colegio de Abogados de Lima, Lima 1996.

"La sentencia de primera instancia de fecha 7 de febrero de 1994 (Cuadragésimo Sexto Juzgado en lo Penal), declara inadmisible el Habeas Data interpuesto, sobre la base de largas como acertadas reflexiones sobre la acción incoada, declarando la inadmisibilidad de la acción, ya que el accionante ha escogido la vía penal, cuando en realidad la que corresponde es la vía civil, a la cual no quiere remitir los actuados, entendiendo que ello no es factible, por una interpretación demasiado estrecha del artículo 6 de la Ley Nº 25398".

"La sentencia de segunda instancia corresponde a la Undécima Sala Penal de Lima, y es emitida por mayoría, con fecha 28 de febrero de 1994, en la cual la Sala señala, entre otros aspectos, la necesidad de la rectificación previa, pero termina confirmando el auto apelado, o sea, se pronuncia por la inadmisibilidad y la procedencia de la acción en la vía civil. La sentencia cuenta adicionalmente con un extenso como inconsistente voto singular, que por su falta de sindéresis me abstengo de comentar (este curioso voto singular opina por la procedencia de la acción en la vía penal)".

"La resolución final emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema, con fecha 28 de marzo de 1994, declara nula la resolución de vista (o sea, la de la Corte Superior), insubsistente la apelada (o sea, la de primera instancia) y dispone que la demanda se remita al Juez especializado en lo Civil de turno".

"Los comentarios que me suscitan estos tres pronunciamientos, son los siguientes:

a) Es evidente que hay una línea de tendencia en todas las instancias, de admitir que la vía procesal adecuada es la civil y no la penal.
b) Se nota en términos generales, un cierto desconocimiento de los mecanismos jurisdiccionales en materia constitucional, aspecto que debería considerarse también en la fase de formación y perfeccionamiento de los magistrados.
c) Toda la mecánica judicial, demuestra un excesivo apego al formalismo, sin ánimo creativo. Así, por ejemplo, recién planteada la denuncia, lo que ha debido hacer el juzgador en primera instancia es correr traslado de la demanda al juez en lo civil, y no esperar que los denunciados tengan que seguir las penurias de un proceso, que recién se inicia. Pero,
d) Llegada la causa a la Sala Constitucional de la Corte Suprema ésta, amparándose en el artículo 11 de la Ley Nº 25398, ha debido entrar a fallar sobre el fondo del asunto, en aras de una bien entendida economía procesal, ya que si bien actuó

correctamente al señalar que la vía correspondiente era la civil, al remitirla sin más a dicha vía, no hacía otra cosa que prolongar un proceso, que no tenía ninguna razón de ser".

"El comentario final que se desprende de la lectura de los actuados, en forma adicional a lo ya expresado, es que el Habeas Data tal como está concebido en la Constitución, no es más que una tosca deformación de lo que es la institución en sí misma, y que por tanto, representa una seria amenaza para la libertad de expresión, en cualesquiera de los medios en que ésta se exprese. Y en tal sentido, no cabe, en mi opinión, más que reformular la institución de raíz, o en su defecto, eliminarla del todo. La reciente tentativa de mediatizar sus efectos realizada por la Ley 23601, es tan sólo una tentativa destinada al fracaso, y hecha además sin ninguna solvencia científica".

II

Exp. Nº 1658-95
Lima
Sala Constitucional y Social
Dictamen Fiscal Nº 122-96

Señor Presidente:

El señor Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del sector Energía y Minas interpone de fojas 138 a fojas 140, recurso de nulidad contra la sentencia de vista de fojas 119 y 120, su fecha 21 de junio de 1995, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Lima, que revocando la apelada de fojas 82 a fojas 84, y, reformándola, declara fundada la demanda de Habeas Data interpuesta por la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental -SPDA- contra el Ministerio de Energía y Minas.

De los actuados se tiene que es materia de la acción de garantía que se ordene al Ministerio de Energía y Minas, suministre a la Sociedad demandante, la información de carácter público, relacionada a las canchas de relaves de la Compañía Aurífera Retama S.A. que no le ha sido proporcionada pese a haber sido solicitada por los canales administrativos previstos en la ley, violando su derecho de información, reconocido en el artículo 2º, inciso 5) de la Constitución vigente.

La recurrente es una asociación civil sin fines de lucro constituida en 1987, cuyos fines son la promoción y defensa del ambiente y los recursos naturales del país, fomentando su manejo adecuado para prevenir toda acción del hombre, voluntaria o involuntaria, que lo deteriore o destruya; avocándose a la defensa judicial del ambiente y recursos naturales, conforme se desprende de los artículos 4º y 5º de

sus Estatutos, obrantes de fojas 1 a fojas 21.

La demandante, al haber tomado conocimiento de que a fines de marzo de 1993, ocurrió un derrame de relaves de la Compañía Minera Aurífera Retama S.A. -MARSA- en el distrito de Parcoy, provincia de Pataz, departamento de La Libertad, los que eran depositados en canchas ubicadas en la quebrada Mushmush que constituye la naciente del río Parcoy produciendo la muerte de 8 personas de la comunidad de Llacuabamba, destruyendo bosques naturales y cultivados ubicados en la quebrada de Mushmush, así como la contaminación grave del río Parcoy y de la laguna de Pías; que siendo así, solicitó información al Director General de Minería, solicitando se le expida copia del expediente técnico que sustenta el otorgamiento de la concesión de beneficios y de la construcción de la cancha de relave al interior de la quebrada de Mushmush, así como el informe Nº 239-93-EM-DSM-CERB sobre la Concesión de Beneficios y Garantías de la Compañía Minera Aurífera Retama S.A. -MARSA- para la ampliación de producción, interponiendo los recursos de reconsideración y apelación conforme se desprende de fojas 29 a fojas 32, no habiéndose obtenido respuesta, operando el silencio administrativo negativo, violando la demanda el derecho contemplado en el inc. 5) del artículo 2º de la Constitución del Estado.

En consecuencia, esta Fiscalía Suprema es de opinión que se declare NO HABER NULIDAD en la recurrida.

Lima, 17 de enero de 1996.

NELLY CALDERON NAVARRO
Fiscal Supremo en lo Contencioso Administrativo

SENTENCIA

Lima, diecinueve de junio de mil novecientos noventiséis.

VISTOS; de conformidad con el dictamen de la señora Fiscal; por los fundamentos de la recurrida; y CONSIDERANDO, además; que el inciso quinto del Artículo segundo de la Constitución confiere a toda persona el derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido, exceptuándose las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional; que el incumplimiento de dicha norma da lugar a la acción de Habeas Data conforme al inciso tercero del artículo doscientos de la misma Carta; que el numeral seis del Título Preliminar del Decreto Legislativo número seiscientos trece, Código del Medio Ambiente, faculta expresamente a toda persona a ser informada

de las medidas o actividades, que puedan afectar directa o indirectamente la salud de las personas o de la conservación del medio ambiente y de la integridad de los recursos naturales, declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento diecinueve, su fecha veintiuno de junio de mil novecientos noventicinco, que revocando la apelada de fojas ochentidós, fechada el diez de octubre de mil novecientos noventicuatro, declara FUNDADA la acción de Habeas Data interpuesta a fojas treintitrés por la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental contra el Ministerio de Energía y Minas, en consecuencia; MANDARON que el demandado suministre al accionante la información relacionada a las canchas de relave de la Compañía Aurífera Retama Sociedad Anónima ubicadas en la entrada de Mushmush, así como el Informe número doscientos treintinueve-noventitrés-EM-DGMCE-PB; y constituyendo la presente resolución final; MANDARON se publique en el Diario Oficial "El Peruano" dentro del término establecido en el artículo cuarentidos de la Ley número veintitrés mil quinientos seis; y los devolvieron.

SS. Urrello A. - Serpa S. - Buendía G. - Ortiz B. - Castillo La Rosa S.

("El Peruano", 04 de setiembre de 1996)

III

Exp.: Nº 263-96
Lima
Sentencia de la Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia

Resolución Nº 474

Lima, diecisiete de junio de mil novecientos noventiséis.

VISTOS; interviniendo como Vocal Ponente el señor Tineo Cabrera; con lo expuesto por el señor Fiscal Superior en su Dictamen de fojas ochentidós y CONSIDERANDO: Que mediante la acción de Habeas Data, contenida en el escrito de fojas ocho, la Asociación emplazante, de conformidad con su declarado objeto, solicita se ordene al señor Director General de Minería, le proporcione información referente a los estudios de impacto ambiental, presentados por la Empresa Southern Peru Copper Corporation para el establecimiento de una planta de ácido sulfúrico en la fundición de cobre de Ilo y la resolución que aprueba la instalación de depósito de ácido sulfúrico en el casco urbano del Puerto de Ilo; que la referida acción, enderezada contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo segundo, inciso

quinto, sexto y sétimo de la Carta fundamental, se funda precisamente en el desconocimiento de las prescripciones contenidas en el inciso quinto del referido artículo constitucional, el cual otorga a toda persona el derecho a solicitar, sin expresión de causa, la información que requiera y desde luego, a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido, exceptuándose las informaciones que afecten la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional; que de sus antecedentes aparece con claridad que la Dirección General emplazada no cumplió con proporcionar la información solicitada, pues no puede estimarse cumplida esa obligación legal con el informe de fojas treinti-cinco anexado al escrito del Procurador Público de fojas cuarenta, con el que apersonándose a los autos, contesta la demanda en nombre de la Dirección emplazada, tanto por la fecha de su emisión (posterior al emplazamiento), cuanto por su contenido; que por otra parte, las afirmaciones del referido Procurador en cuanto a que la solicitud de su referencia pudiera comprometer la seguridad y reserva de los documentos de la empresa privada allí precisada, son manifiestamente ajenos a los supuestos de excepción que prevé la propia norma, esto es, el mencionado inciso quinto del artículo segundo de la Carta fundamental, en todo caso, no corresponde ni a la Procuraduría Pública mencionada, ni a la Dirección General de Minería, calificar la solicitud de información requerida por la emplazante, como atentatoria de la seguridad y reserva de una empresa privada, sin que semejante calificación tenga el fundamento legal requerido, tanto más cuanto que, conforme a lo precisado por el artículo décimo primero del Decreto Ley número seiscientos tres, Código del Medio Ambiente, los estudios de impacto ambiental se encuentran a disposición del público en general; por lo que de conformidad a lo prescrito por el inciso a) del artículo quinto de la Ley número veintiséis mil trescientos uno; REVOCARON la resolución apelada de fojas cincuentiocho, su fecha dieciséis de octubre de mil novecientos noventicinco que declara improcedente la acción de Habeas Data interpuesta a fojas ocho por la Asociación Civil "Labor"; REFORMANDOLA, DECLARARON FUNDADA la referida acción en consecuencia, MANDARON que el Director General de Minería proporcione a la Asociación referida y a su costo, la información referente a los estudios de impacto ambiental presentados por la empresa Southern Peru Copper Corporation para el establecimiento de la planta de ácido sulfúrico de la fundición de cobre de Ilo, asimismo la resolución que aprueba la instalación de depósitos de ácido sulfúrico en el casco urbano del Puerto de Ilo; MANDARON que consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución se publique en el Diario Oficial "El Peruano" por el término de ley; y los devolvieron.

SS. Tineo Cabrera; Cabello Matamala; Carbajal Portocarrero. ("El Peruano", 20 de diciembre de 1996).

CAPÍTULO IV

EL AMPARO COLONIAL PERUANO*

Sumario: 1. A manera de explicación. 2. El libro de Lira. 3. Antecedentes y orígenes. 4. El amparo colonial mexicano. 5. ¿Y el Perú? 6. Los papeles de la hacienda Santotis. 7. ¿Es el amparo colonial peruano un antecedente o un origen de nuestro actual amparo? 8. Conclusión.

1. A MANERA DE EXPLICACIÓN

Es posible que el título de este breve artículo, cause escozor o más de una sorpresa al lector. En realidad, así lo fue para mí, cuando hace ya muchos años, pensé en esta posibilidad. Por lo tanto, no tengo más remedio que hacer un breve recuento de lo que pasó, para justificar mi empeño.

En agosto de 1975, tuve la oportunidad de visitar México por vez primera, invitado oficialmente como participante del Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Constitucional, que después se denominó Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (con posterioridad se han sucedido cuatro congresos en la misma línea, lo que hace un total de cinco; sólo de los cuatro primeros se han publicado sus ponencias). Pues bien, este viaje me fue muy importante, sobre todo en lo histórico y cultural y constituyó en cierto sentido un descubrimiento. De México venía no sólo cantidad de libros, originales o en traducciones, sino la enseñanza de eminentes maestros, algunos del mismo país, otros que hacían en México alguna estancia breve, o quizá larga, tan larga como sus propias vidas de docentes (como es el caso de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo o Luis Recaséns Siches en el campo jurídico). En dicho congreso, al cual asistieron más de cien representantes de toda nuestra área, aparte de conocer a muchas personalidades con las cuales forjé amistad duradera, me fue dable acceder a novedades bibliográficas, no sólo impresas en México, sino en otros países. Esto era muy importante, ya que en aquella época, el Perú vivía con una severa restricción en cuanto al uso de dólares, a tal extremo que no se podía importar lo que cada cual quisiera, sino tan sólo lo que el gobierno militar asignaba en las famosas cuotas de

importación. Así, por ejemplo, un destacado librero podía pedir cien, pero le otorgaban la quinta parte

[*] Publicado en *Revista Jurídica del Perú*, núm. 4, Trujillo, octubre-noviembre de 1996.

de lo solicitado. Ante tal coyuntura, el librero optaba por importar estrictamente aquello que era de fácil venta, para recuperar su inversión, sin poder distraer fondos en otros libros que probablemente se venderían, pero más lentamente. Durante esos años, y por problemas de dólares, el Perú se atrasó culturalmente en forma significativa, lo cual hasta ahora, pienso, no ha podido remediarse. Los únicos que pudieron estar al día en sus respectivas disciplinas -aparte de los que frecuentaban bibliotecas bien surtidas-, eran los que viajaban o podían hacer pedidos directos a las librerías extranjeras, lo que como se comprenderá, era el recurso de una elite.

Pues bien, entre las cosas que más me atrajeron en aquella oportunidad, aparte del trato con las personalidades ahí presentes, fue la bibliografía sobre el sistema institucional mexicano, y sobre todo, en torno al Amparo, que era sin lugar a dudas un instrumento mítico y casi modélico en materia de garantías procesales constitucionales. Entre la numerosa bibliografía existente (aparte del clásico texto de Burgoa, con quien tuve el placer de cenar una de las noches del evento) el más curioso que detecté fue el libro de Andrés Lira titulado *El Amparo colonial y el juicio* de *Amparo mexicano.* El texto había sido editado en 1972 por el Fondo de Cultura Económica, y por cierto, aquí no se conocía. Más tarde se hizo una reimpresión en 1979; no tengo noticias de que haya circulado más. El texto de Lira tenía un título incitante y en cierto sentido demoledor. La obra estaba precedida por un encomioso prólogo de Alfonso Noriega, uno de los maestros mexicanos que pudimos ver en el Congreso, y que acababa de publicar un libro magistral sobre el Amparo.

2. EL LIBRO DE LIRA

Por razones que no es del caso exponer ahora, México, como es sabido, ha cultivado desde siempre, un marcado nacionalismo, conjugado en algún momento con anti-catolicismo (en realidad, más formal que de fondo), anti-hispanismo (que ha ido desapareciendo paulatinamente, sobre todo tras la muerte de Franco) y cierta xenofobia, acompañada de una exaltación casi desmedida de sus propios valores. Esto en parte es explicable por su cercanía, mejor dicho, vecindad con los Estados Unidos, vecindad difícil y conflictiva que duró más de un siglo, si bien ahora también está siendo superada. En fin, este nacionalismo, volcado también a lo intelectual, ha dado sus frutos, y sin lugar a dudas, ha contribuido en gran medida a crear la mexicanidad y

la unidad de un pueblo, no empece las dificultades que aún atraviesa.

Dentro de este esquema, la tendencia general de la doctrina sobre el Amparo, de la cual es vocero eminente el maestro Ignacio Burgoa, sostenía que el amparo era una fiel planta nacida en México, tanto como el maíz o la papa en el Perú, y por tanto, vernacular en tal extremo, que había trascendido, por su bondad intrínseca, más allá de sus fronteras. En uno de sus excesos, Burgoa propuso en aquel Congreso que todos los países latinoamericanos dejasen de lado sus instrumentos procesales protectores, y adoptasen el amparo mexicano sin más; tesis hiperbólica que tuve oportunidad de criticar en otro congreso posterior en el mismo México. Pero, en fin, la idea fundamental era de que el amparo era mexicano químicamente puro. A lo más se reconocían antecedentes, esto es, institutos que en otras épocas o países tenían cierto parecido o vinculación con el Amparo (el interdicto romano, la casación francesa, el Habeas Corpus inglés, etc.) y alguna inspiración específica, como es el caso de Tocqueville. Pero sólo como antecedentes; o en todo caso, influencias. Mas el origen era netamente mexicano y republicano. Y sobre esto no había vueltas que darle. Precisamente el libro de Lira, sin negar lo anterior, vino a sustentar la tesis de que existía un Amparo colonial, del que había surgido el actual juicio de Amparo. Con lo cual, la temática en este punto se enriqueció notablemente.

3. ANTECEDENTES Y ORÍGENES

Estos dos términos se usan con frecuencia como sinónimos o como parecidos, y en realidad no lo son. De conformidad con el *Diccionario Ideológico de la Lengua Española* de Julio Casares; "antecedente" es lo que tiene que ver con anteceder, es decir, con una cosa que es anterior a otra, que la precede en el tiempo. De esta suerte, es válido decir que la guerra franco-prusiana antecede a la Gran Guerra o, en cierto sentido, que es antecedente de ella. Pero en "orígenes" el significado es distinto: significa principio, nacimiento y causa de una cosa, con la cual hay vínculos directos de relación.

Por tanto, es preciso distinguir estos dos términos. La simple precedencia en el tiempo nos faculta a hallar antecedentes, todos ellos válidos si guardan proporcionalidad y similitud con lo que buscamos (así, por ejemplo, cuando se buscan antecedentes del "leasing" en la Edad Media y aun antes). Pero ello es distinto a los orígenes. Este denota, en cierto sentido, una partida de nacimiento, un cordón umbilical, una unión entre lo actual o presente y aquello anterior con lo que queremos enlazarlo. Los orígenes y los antecedentes siempre son previos; pero en el primer caso, hay una vinculación directa; en el segundo no.

Veamos cómo esto enlaza con la tesis de Lira.

4. El amparo colonial mexicano

Durante mucho tiempo se pensó, como indicamos, que el amparo era netamente mexicano. Pero las investigaciones de Ignacio Vallarta, a fines del siglo pasado, trataron de demostrar que el amparo mexicano no era más que una trasposición mecánica del Habeas Corpus sajón, tesis que en su momento tuvo predicamento. Pero luego Emilio O. Rabasa cuestionó esta tesis, y con éxito. Se empezó a perfilar nuevamente la idea de la primigeneidad, pero se reinició también la búsqueda de antecedentes. Fue así que se señalaron varios que existían en la historia del derecho, de Roma a nuestros días. Incluso se buscaron afinidades en el mundo azteca. Pero eso sólo como antecedentes. Incluso, en fecha más reciente, un procesalista de nota, Víctor Fairén Guillén, señaló en notable estudio, las fuentes que permitían detectar antecedentes aragoneses del juicio de amparo. Pero en torno de esto; o sea, como precedentes.

Sin embargo, la tesis de Lira, esbozada el año de la primera edición de su libro en 1972 (pero pergeñada en la década del treinta, si bien él es el que la configura a plenitud), demuestra algo distinto: el Amparo mexicano, si bien es cierto que tiene diversos antecedentes e influencias de fuera, tiene uno interno: el Amparo colonial; esto es, el instrumento, casi de carácter interdictal, que contenía la vieja legislación española que se remonta a la época de las Partidas. Pero a este dato que muchos conocían, Lira agregó uno más, que era contundente: ese Amparo colonial que se utilizó en la Nueva España desde el siglo XVI, se prolongó en su uso hasta fines del siglo XIX; esto es, hasta el filo de 1900, con esa misma estructuración. Por tanto, según él, existe un origen (él lo llama antecedente) novohispano del actual juicio de Amparo mexicano. Dicho en otras palabras: no se trata de una institución que nació de la mente de unas cuantas inteligencias como producto de laboratorio, que utilizó diversas fuentes, sino que nació en el mismo México, utilizando como cimiento, como base o matriz, el Amparo colonial español, el cual, debidamente reformulado, se convirtió en el juicio de Amparo que, en largo periplo no exento de cambios, ha llegado a nuestros días y se ha difundido a nivel mundial. Esto es, un Amparo mexicano, pero de fuertes raíces hispánicas y no solamente influencias, como muchos querían.

La tesis de Lira era decididamente demasiado radical para ser aceptada fácilmente. Pero al final ha llegado a imponerse, aun cuando algunos lo han hecho a regañadientes. El egregio Alfonso Noriega la ha hecho suya y ha contribuido a divulgarla. Lo mismo podemos decir de los notables trabajos de Héctor Fix-Zamudio, que ha acogido la tesis y la ha difundido entre las nuevas hornadas de investigadores. A tal extremo, que tras su aceptación, han ido ampliándose las

investigaciones sobre este punto.

Mención aparte merece la obra histórico-jurídica de José Barragán Barragán, quien en forma muy temprana no sólo hizo suya la tesis de Lira, sino que se dedicó a ampliarla y fundamentarla de manera más extensa. Así, en su ensayo *Los reales Amparos* (publicado dentro de su libro *Temas del liberalismo gaditano,* UNAM,México 1978) Barragán señala que los reales amparos provienen de los interdictos posesorios de Castilla y Aragón, que tal nombre se encuentra ya en las Leyes de Indias, que el juicio de amparo actual nace y toma su nombre del Amparo real, y que es práctica permanente del derecho indiano y pervive en México hasta fines del siglo XIX.

La pregunta que se formula Lira, y en cierto sentido la hace Barragán es, que los creadores del Amparo, Manuel Crescencio Rejón y Mariano Otero (en 1840 y en 1847 respectivamente), formados en la tradición jurídica novohispánica, no podían ignorar los amparos coloniales, que no sólo estaban en la legislación, sino que operaban en la práctica jurisprudencial del país. Y esto hasta 1890, según prueba documentada que presenta Barragán quien, al igual que Lira, se documentó en varios repositorios mexicanos.

5. ¿Y EL PERÚ?

Estas reflexiones, hechas al margen de diversos trabajos sobre el Amparo mexicano, me las planteé por primera vez en 1975, con motivo de mi visita a México, y me hicieron pensar sobre la posibilidad de que hubiera un Amparo colonial peruano, toda vez que el Perú, como Virreinato, al igual que México (Virreinato de la Nueva España), había estado sujeto al dominio español durante más de 300 años y había tenido, en principio, la misma legislación y seguramente los mismos problemas (es curioso señalar que México y el Perú tienen cierto paralelismo histórico en la época precolombina y luego en la virreinaticia, pero a partir del período republicano, las experiencias son radicalmente disímiles).

En alguna oportunidad, años después, revisando expedientes en un archivo judicial de provincias, pude constatar la existencia de un amparo real, que venía a confirmar, precisamente, este precedente. Sin embargo, el dato no pude retenerlo o si lo retuve, lo traspapelé en alguna mudanza. Con todo, tenía el dato cierto y concreto de que el Amparo colonial peruano había existido. Lo que faltaba eran las pruebas Por otro lado, analizar con calma si, aparte de esa existencia, el Amparo colonial peruano tenía vinculación directa con nuestro moderno Amparo, como es el caso de México, detectado por Lira, y hoy aceptado ampliamente.

6. LOS PAPELES DE LA HACIENDA SANTOTIS

De casualidad cayó a mis manos el importante libro de Jorge Armando Guevara Gil, titulado *Propiedad agraria y derecho colonial (los documentos de la hacienda Santotis, Cuzco 1543-1822)* publicado por el Fondo Editorial de la Universidad Católica, en Lima y en 1993. La obra, auspiciada y prologada por Fernando de Trazegnies Granda, a quien tanto debemos agradecer por haber promovido e impulsado los estudios de Historia del Derecho entre nosotros, es un análisis de la vida de una hacienda cuzqueña, llamada "Santotis", prácticamente desde la conquista española, hasta los inicios de la República. Si bien aquí no se desarrolla el tema que nos interesa (y diría yo que más bien lo soslaya, ya que su autor es abogado especializado en historia del derecho y antropólogo) trae datos de interés para el constitucionalista, no sólo por lo que dice, sino por la documentación que publica, seleccionada rigurosamente del expediente que el autor tenía entre manos, por razones familiares.

Según indica Ots Capdequí (en su conocida obra *España en América)* el real amparo es una figura que hay que encuadrar dentro del derecho adjetivo, esto es, el Derecho Procesal. Es de carácter interdictal y fue más bien un mecanismo de tutela posesoria, atado a la propiedad privada, si bien, según parece, defendió también otros derechos.

La obra de Guevara trae datos de amparos en el Perú desde el siglo XVI, y abundan las referencias a ellos (pp. 186, 191, 252, 253, 411) e incluso contiene piezas completas de estos procesos de amparo (pp. 317-351). Por tanto, desde un punto de vista documental, queda claro que al existir los reales amparos en el Virreinato peruano, podemos hablar, en sentido amplio, de un Amparo colonial peruano. El libro que nos ha servido en este punto, tan importante para nuestro constitucionalismo, tiene además otros méritos relevantes, que no es del caso ponderar ahora, y que se lo dejamos a los especialistas (por lo demás, un justiciero elogio le hace Trazegnies en el simpático prólogo que le dedica).

7. ¿ES EL AMPARO COLONIAL PERUANO UN ANTECEDENTE O UN ORIGEN DE NUESTRO ACTUAL AMPARO?

La pregunta que surge de inmediato es si el Amparo colonial peruano, es antecedente u origen de nuestro actual Amparo, o ambas cosas a la vez.

Por cierto que, mediando evidentes razones cronológicas, debe concluirse que el Amparo colonial peruano es un antecedente de nuestro actual Amparo. Y esto por una sencilla razón: el Amparo

colonial peruano se desarrolla entre los siglos XVI y XIX, y presumiblemente algo más, mientras que nuestro actual Amparo se configura legalmente recién en 1979 y en la Carta Política de ese año.

Con todo, lo que no está claro es si constituye un origen de nuestro actual Amparo. Es decir, si el punto de partida de nuestro Amparo, se encuentra en aquel Amparo colonial.

Como se sabe, el derecho hispánico o mejor, derecho indiano, rigió formalmente hasta 1821, época en la cual se declara la independencia. Pero nuestro primer Código Civil es de 1852 y nuestro primer Código Penal es de 1863 y por la misma época son los de enjuiciamientos (como se denominaba a los procesales en aquel entonces). Por tanto, hubo largos años durante los cuales, los particulares tuvieron que recurrir a algún tipo de legislación para tener referencias en la solución de sus conflictos.

En la década del cincuenta de este siglo, Jorge Basadre inició estudios fundamentales -que lamentablemente no llegó a concluir-, que demostraban que entre 1821, año de la independencia y 1852, época de la sanción de nuestro primer Código Civil, las relaciones entre particulares habían seguido rigiéndose por la legislación española colonial (cfr. de Basadre, *Historia del Derecho Peruano* 2da. edición, Lima 1984, que trae en apéndice los tres ensayos del autor sobre el tema). Esto ha sido constatado con posterioridad en otros campos, así como en vistas fiscales del siglo pasado (cfr. Domingo García Rada *El Fiscal José Gregorio Paz Soldán* en "Revista del Foro", No. 1, 1981). Pero entre lo publicado, no hay nada que acredite que ese amparo colonial pervivió con posterioridad a 1821 (el *Diccionario de la legislación peruana* de Francisco García Calderón, en su versión definitiva de 1879, sólo registra la voz *amparo de posesión,* como equivalente a interdicto). Pero puede sostenerse la hipótesis de que realmente se usó, en algunas poblaciones, siendo ya el Perú independiente, y durante algunos lustros del siglo XIX. Pero es muy improbable que hayan pasado de ahí estos eventuales procesos. En todo caso, no existe hasta la fecha prueba concluyente que nos permita ir más lejos de esta simple hipótesis.

Nuestra conclusión, provisional por cierto, es que el Amparo colonial peruano desapareció en el siglo XIX y no volvió a usarse nunca más. Por tanto, tampoco tuvo influencia alguna en la modelación de instrumentos protectores de determinados derechos. En consecuencia, el Amparo colonial peruano no está en el origen de nuestro actual Amparo constitucional, sino más bien hay que situarlo como un antecedente lejano, con valor referencial e histórico.

8. Conclusión

Los dos grandes instrumentos procesales para la defensa de

nuestros derechos fundamentales, son el Habeas Corpus y el Amparo. Se sabe que el Habeas Corpus, cuya primera ley es de 1897, sobre la base de un proyecto presentado en 1892, fue tomado de la experiencia sajona, en especial inglesa. Y desde entonces no ha dejado de desarrollarse, si bien ha adquirido perfiles propios. Pero en cuanto al Amparo, la cosa es más reciente. Una primera mención literal la tenemos en el artículo 7º de la Ley No. 2223 de 1916, pero en forma tan desmañada que no creemos que deba considerarse como el punto de partida u origen de nuestro Amparo. En todo caso, las fuentes disponibles no arrojan mayores luces y en la práctica, no se aplicó y fue derogada al poco tiempo. Más bien en 1974, al establecerse el "recurso de Amparo" en el fuero privativo agrario mediante Decreto Ley Nº 20554 (para controlar los excesos de la reforma agraria), se tuvo en cuenta el amparo mexicano, pero en forma muy reducida y *sui generis.* Esto se sabe por testimonios de la época, ya que como tal instituto legal fue establecido por un gobierno militar, no se dispone de las fuentes que dieron base para la promulgación de tal norma (fuentes que, en todo caso, o no existen o permanecen en reserva). Antes, en 1968 y mediante Decreto Ley No. 17083, el mismo gobierno militar había establecido una división en la tramitación del Habeas Corpus, uno en la vía penal (clásico, para proteger la libertad) y otro en la vía civil (para proteger los demás derechos). El Habeas Corpus en la vía civil, aun cuando tiene ese nombre, es quizá la primera configuración legislativa de nuestro Amparo (y así lo ha destacado Fix-Zamudio). Por tanto, los primeros hitos cronológicos son los de 1968 y el posterior de 1974. En verdad, sin descartar la doctrina nacional que desde la década del sesenta, se pronunciaba a favor de la introducción de esta institución, utilizando como fuente principal el Amparo mexicano y sobre todo el Amparo argentino, más afín a nuestra tradición jurídica. Todo ello plasmó en la Constitución de 1979, que consagra por vez primera, a nivel constitucional, el Amparo para la protección de los derechos fundamentales no protegidos por el Habeas Corpus, Y así se mantiene hasta ahora, con ligeras variantes que no han afectado su sentido.

Nuestro Amparo constitucional, creado en 1979, sobre la base de experimentos realizados en 1968 y en 1974, debe reconocer en este Amparo colonial peruano, algo distante y ajeno a nuestra tradición, pero no por ello menos interesante.[1]

[1] Al parecer, los amparos coloniales fueron comunes en todos los dominios hispánicos de ultramar, y desaparecieron en el transcurso del siglo XIX. De excepción es el caso de Cuba, que lo mantiene incluso hasta ahora; cf. Raúl López Castillo, *El Recurso de Amparo*, Jesús Montero editor, La Habana 1932 y Cecilio A. Caneda Acosta, *El Amparo y su jurisprudencia*, Cultural S.A., 2da. Edición, La Habana 1953.

CAPÍTULO V

EL HABEAS CORPUS LATINOAMERICANO*

Sumario: 1. Del Habeas Corpus sajón al Habeas Corpus latinoamericano. 2. El Habeas Corpus *en América. 3. La constitucionalización del Habeas Corpus. 4. Cuba y Puerto Rico: dos casos especiales. 5. Las complejas realidades normativas. 6. Los orígenes sajones. 7. El Habeas Corpus en España. 8. La recepción en América Latina. 9. Algunos temas del debate. 10. Peculiaridad en su desarrollo. 11. Otros instrumentos protectores. 12. Derechos Humanos y Democracia. 13. Abusos de los particulares. 14. Ubicación procesal. 15. Juez competente. 16. Relaciones con el proceso penal. 17. Los estados de excepción. 18. Líneas conclusivas.*

1. DEL HABEAS CORPUS SAJÓN AL HABEAS CORPUS LATINOAMERICANO

Como se sabe, el Habeas Corpus nace en Inglaterra, a mediados del siglo XIII, y desde entonces emprende un rápido desarrollo que perfila sus principales características. En cuanto tal, es trasladado a sus colonias, en especial a los Estados Unidos, que lo adopta a nivel local y luego a nivel federal cuando se consuma la independencia, y en donde también tiene un desarrollo peculiar hasta nuestros días. El paso de esta institución a los nuevos países latinoamericanos, se dio en el siglo XIX, y era quizá inevitable, y en tal sentido fue importante la influencia inglesa, primero, y la norteamericana después. Pero lo cierto es que la incorporación del Habeas Corpus a la legislación de las jóvenes naciones latinoamericanas, no fue mecánica ni tampoco constituyó una copia servil, sino que por el contrario, la adoptaron y la refundieron con su problemática y la hicieron encajar dentro de sus instituciones que estaban basadas en esquemas de inspiración romanista.

Este largo desarrollo, jalonado por ricas y contradictorias experiencias políticas, ha hecho del Habeas Corpus vivido en Latinoamérica, algo bastante distinto de

* El presente texto es la versión ampliada y revisada de una conferencia impartida en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina, por gentil invitación de la profesora Ana María Figueroa y dentro de un cursillo sobre

constitucionalismo latinoamericano, que tuve a mi cargo (Rosario, 14-16 de setiembre de 1998). Al hacerlo, he aprovechado largamente otro texto que, sobre el mismo tema, he publicado en años anteriores.

su modelo original, de tal suerte que bien podría hablarse, en esta materia, de un modelo original, que es el modelo sajón que existe en Inglaterra y en los demás países de habla inglesa por influencia de aquélla, y del Habeas Corpus latinoamericano, como algo peculiar de estos países, fruto de la adaptación que hicieron para afrontar sus complicadas trayectorias políticas desde el siglo pasado hasta nuestros días.

Las siguientes páginas tratan de desarrollar esta tesis, y para tal efecto emprende un análisis histórico, comparado y dogmático, así como de los problemas que ha afrontado y lo sigue haciendo todavía, que permiten comprender la importancia que tiene esta institución sajona, en un mundo latinoamericano, que lo ha hecho suyo.

2. EL HABEAS CORPUS EN AMÉRICA

El Habeas Corpus está unido desde muy temprano al desarrollo institucional de la América Latina. Nacido en Inglaterra en fecha imprecisa (pero en todo caso actuando ya en el siglo XIII), trasplantado a las nacientes colonias inglesas que emigraron a la América del Norte, fue acogido en las antiguas colonias españolas, que lo desarrollaron mucho antes que se expandiese por el resto del globo y que su mismo nombre se hiciera paradigmático y, en cierto sentido, mítico.

Estudios recientes han demostrado que en las Cortes de Cádiz, por iniciativa del diputado suplente por Guatemala Manuel de Llano, fue propuesto en 1810, un “proyecto de ley de Habeas Corpus al tenor de la existente en Inglaterra”, para lo cual se nombró una Comisión el 17 de diciembre de 1810. Pero por esos avatares del destino, la propuesta, no obstante su acogida, dio tantas vueltas que fue a parar a la Comisión que estudiaba la problemática judicial, en donde quedó, pero sin aparecer en cuanto tal. Es decir, como institución no fue recogida finalmente, ni tampoco su *nomen iuris* figura en la Constitución de 1812 (cf. Jorge Mario García Laguardia, *Orígenes de la democracia constitucional en Centroamérica,* EDUCA, San José 1971, 2da. edición 1976; José Barragán Barragán, *Temas del liberalismo gaditano,* UNAM, México 1978). Más o menos por la misma época, Ignacio López Rayón, importante caudillo y político mexicano, pensando en una futura Constitución, redactó lo que denominó "Elementos constitucionales circulados por el señor Rayón" de 4 de setiembre de 1812, que tanta influencia iba a tener en los tiempos posteriores, en especial en la denominada como *Constitución de Apatzingán*, que lamentablemente no llegó a tener

vigencia efectiva.

Pues bien los "Elementos" de Rayón contenían expresamente un artículo (núm. 31) que proponía la introducción del Habeas Corpus al estilo de la ley que existía en Inglaterra, si bien este instituto no apareció *ipso nomine* en la Carta de Apatzingán (cf. Manuel Gutiérrez de Velasco, *Historia de las constituciones mexicanas,* Universidad de Guadalajara, Jal. 1978; Ernesto de la Torre Villar, *La Constitución de Apatzingán y los creadores del Estado mexicano,* UNAM, México 1964). Con posterioridad, los Códigos de Livingston (1821) preparados para la Luisiana, siguiendo el magisterio del ilustre Bentham, tendrían en su seno el proceso de Habeas Corpus y en cuanto tal propuestos a Guatemala en 1831 y aprobados en 1837 (cf. Jorge Mario García Laguardia, *Las garantías jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos en Guatemala. El Habeas Corpus,* Edic. Procurador de los derechos humanos, Guatemala 1991). Años antes, en 1830 el Habeas Corpus fue introducido por vez primera a nivel de derecho positivo, en el Código Penal del Imperio del Brasil (cf. Pontes de Miranda, *História e prática do Habeas Corpus,* tomo I, Río de Janeiro, Editor Borsoi, 1972). Por tanto, y con la notable excepción de México, que veremos más adelante, el Habeas Corpus, con antecedentes en 1810 y en 1812, se plasma en 1830 por vez primera en un texto positivo y, desde entonces, emprende un desarrollo lento pero seguro, hacia los demás países del área. Hoy en día, el Habeas Corpus se ha extendido incluso a países europeos y a muchos denominados como del Tercer Mundo, en especial los independizados en la década del 60 de este siglo, pero a América Latina pertenece el mérito de haber hecho suya esta institución, que ha tenido un desarrollo propio y perfiles definidos, como lo veremos luego.

3. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL HABEAS CORPUS

Como hemos señalado, la incorporación del Habeas Corpus a nivel de derecho positivo en Latinoamérica, se da por primera vez en 1830, en el Brasil y en un Código Penal. Pero cabe preguntarse cuándo esta institución llegó al nivel constitucional, que es lo que generalmente sucede con las instituciones; o sea, primero aparecen en la legislación, y luego son constitucionalizadas. Esto es problemático, pues la afirmación del derecho de la libertad individual aparece en casi todos los textos constitucionales de la primera hora, y en muchos de ellos existe incluso la referencia a un trámite sumario y desprovisto de formalidades ante el juez, para recuperar la libertad, privada arbitrariamente a los ciudadanos. Así figura, por ejemplo, en la Constitución de Venezuela de 1811 (artículos 159 a 161), que debe considerarse la primera en la

América Latina, entendida como constitución nacional (pues las hay anteriores, como la de Socorro de 1810, que es local), y esto se repite en otros textos de la época (por ejemplo, la Constitución Federal de Centroamérica de 1824, artículo 158). Pero creemos que esto no basta, ya que estas referencias pueden estar vinculadas a otras figuras jurídicas, como los interdictos, las manifestaciones u otras figuras procesales de la época, que siendo eficaces, tenían otras características. Por tanto, al lado del derecho protegido y de la referencia a un trámite sumario, es necesario que aparezca expresamente consagrado el *nomen iuris*, y esto, sólo sucede en la Constitución de El Salvador de 1841 (artículo 83) a la cual luego seguirán otras, como lo veremos más adelante.

Así, el primer proyecto se presenta en 1810 en las Cortes de Cádiz, su primera consagración legislativa se da en el Brasil en 1830 y su constitucionalización en El Salvador, y en 1841.

4. Cuba y Puerto Rico: dos casos especiales

La evolución política y constitucional de Cuba y Puerto Rico, es sin lugar a dudas peculiar, en relación con el resto de los países latinoamericanos. Por un lado, el proceso independentista de las naciones hispanoamericanas empezó, prácticamente, en 1808, con la invasión napoleónica a la península, lo que provocó la resistencia hispánica y la fuga de los reyes portugueses a su colonia del Brasil. Desde entonces, los procesos políticos son distintos, pues mientras el Brasil se convierte en Imperio, con la clase real lusitana, hasta 1889, el resto de las colonias españolas inicia un lento proceso de independización que se concreta en el período de 1810 a 1820, y que se ratifica, solemnemente, en 1824, en los campos de Ayacucho, en la serranía peruana, en donde gracias a los esfuerzos del Libertador Bolívar, se obtuvo la rendición, en realidad capitulación, del último foco de resistencia del imperio español. Y además, del último territorio realmente importante de los dominios españoles no libres en aquel momento.

Sin embargo, Cuba y Puerto Rico siguieron sujetos al dominio español durante muchos años más, como islas importantes del mar Caribe, y así hasta 1898, en que rompieron su vinculación política con España. En ese momento, Estados Unidos ocupa ambas islas: en forma permanente en Puerto Rico hasta el día de hoy, pues tiene la forma de Estado Asociado; pero en Cuba la ocupación directa duró poco, y la indirecta duró muchos años más, en realidad hasta mediados de la década de los cuarenta de este siglo, si bien tuvo gran influencia sobre los destinos de la Isla, así como de otros países del Caribe.

Por eso no es de extrañar que en ambas islas, el Habeas Corpus fuese incorporado como producto de la ocupación norteamericana, y

sobre la base de la correspondiente legislación. Esto es, a diferencia de la incorporación del Habeas Corpus en los demás países del área, en donde la influencia inglesa es preponderante, en el caso de Cuba y Puerto Rico, es inequívoca la influencia norteamericana, a tal extremo que en Cuba se tomó, casi al pie de la letra, la ley de Habeas Corpus del Estado de Nueva York (cf. Diego V. Tejera, (h), *El habeas corpus*, edit. Reus, Madrid, 1927; se trata de un importante trabajo dedicado íntegramente a Cuba, y escrita por un jurista cubano).

Así, el Habeas Corpus fue incorporado en la legislación puertorriqueña como producto de una orden militar de 1899, aprobada por el gobernador militar de la isla, y con esas variantes se ha mantenido (cf. Manuel Fraga Iribarne, *Las constituciones de Puerto Rico*, ediciones Cultura Hispánica, Madrid 1953 y Santiago Amado, *El Habeas Corpus en Puerto Rico* en “Revista Jurídica de Puerto Rico”, San Juan, 1948). Y el caso de Cuba es similar, pues el Habeas Corpus fue incorporado por la Orden Militar núm 4 de 1900, tomándola de la legislación norteamericana (Diego V. Tejera, op.cit).

Mientras que el desarrollo de la institución en Puerto Rico ha seguido sin variantes y dentro de los moldes norteamericanos, el caso de Cuba es distinto, pues se desarrolló ampliamente y adquirió luego reconocimiento constitucional, operando sobre todo bajo la progresista Constitución de 1940, que duró hasta el golpe de Batista en 1952, y que permaneció algunos años en el poder. Finalmente, en 1959 triunfó la revolución encabezada por Fidel Castro, que si bien mantuvo la legalidad preexistente, por algún período, fue variándola poco a poco, hasta formalizar el nuevo estado de cosas con la Constitución socialista de 1976, que dejó de lado tales instrumentos protectores, para asumir los que eran propios de la llamada legalidad socialista.

5. Las complejas realidades normativas

Pero si bien dicha institución se encuentra presente en el desarrollo de nuestros pueblos, no tiene una evolución idéntica ni con los mismos caracteres, aun cuando guarden similitudes. Así, por ejemplo, México incorpora a su derecho positivo el Amparo en 1841 y en la Constitución de Yucatán, pero a nivel federal sólo lo hace en 1857 (aun cuando precedido por el Acta de Reformas de 1847). Este instituto, que ha tenido un desarrollo y expansión vertiginosos, cubre varios campos de aplicación, y uno de ellos es lo que un sector de la doctrina llama "Amparo de la libertad", esto es, Amparo para proteger la libertad corporal o ambulatoria, con lo cual resulta que el Habeas Corpus no existe en México en cuanto tal, pero se encuentra subsumido dentro del Amparo, con lo que la protección que éste brinda es suficiente para el bien jurídico tutelado, que es la libertad.

Además, siendo tan complejas nuestras realidades normativas, y

existiendo serias limitaciones para su exacto conocimiento (por carencia de fuentes o simplemente por ser muy difícil el acceso a ellas) es que en esta oportunidad sólo vamos a hacer enunciados generales sobre lo que cubre el Habeas Corpus (cómo se ha desarrollado y algunos de sus problemas), haciendo hincapié en unos cuantos países del área, en el entendido de que si bien no agotan la temática, son suficientemente significativos para poder servir de muestra válida para una comprensión de la institución. Adicionalmente, y como el Habeas Corpus es oriundo de Inglaterra, y porque además es esa versión la que ha influido más decisivamente entre nosotros, haremos una muy escueta reseña del nacimiento del Habeas Corpus en ese país, su desarrollo y la forma cómo hoy se utiliza.

6. LOS ORÍGENES SAJONES

El Habeas Corpus tiene una literatura impresionante y quizá inabarcable, sobre todo en Inglaterra y en los Estados Unidos (cf. *Habeas Corpus* por P. Biscaretti di Ruffía en "Enciclopedia del Diritto", Giuffré editore, Milano, tomo XIX), y la temática es bastante amplia. En lo referente a Inglaterra, se le conoce como *high prerogative writ* y es considerado un importante remedio en relación con acciones públicas o privadas para proteger la libertad individual. En la actualidad, es usado como medio de asegurar el control judicial del Ejecutivo, fundamentalmente en caso de extradición e inmigración, pero es potencialmente utilizable en otras áreas del poder, tales como detención o internamiento bajo poderes de emergencia o cuando es limitada o restringida la libertad en pacientes mentales. En cuanto a su legislación, ésta no ha sido objeto de reformas legislativas en los últimos años (cf. E.C.S. Wade and A.W. Bradley, *Constitutional and Administrative Law,* 11ma. edic., Longman Group, Essex 1993; Stanley de Smith and Rodney Brazier, *Constitutional and Administrative Law,* Penguin Books, 6ta. edic., London 1990; y R.J. Sharpe, *The Law of Habeas Corpus,* Clarendon Press, 2da. edic., Oxford 1989). Originalmente este *writ* sirvió para que una corte del *common law* pueda traer a su presencia a personas que deberían comparecer en un juicio. En los siglos XV y XVI, las cortes del *King's Bench y Common Law* usaron el *writ* para imponerse sobre cortes rivales y para liberar prisioneros de esas cortes que se habían excedido en sus jurisdicciones (competencias). En el siglo XVII, parlamentarios usaron el *writ* para revisar arrestos arbitrarios ordenados por el Rey o el Consejo del Rey. En 1640 se aprobó la ley para que en casos de detención, las Cortes del *Common Law* investigasen la verdadera causa del arresto o privación de libertad.

La esencia del Habeas Corpus era que una corte pudiera determinar la legalidad o no de una detención. Con posterioridad a esta ley de 1640, se sancionaron las de 1679, 1816 y 1862; ellas no crearon nada

nuevo, sino que se limitaron a perfeccionar lo ya existente. Así la de 1679, prohibía la evasión del Habeas Corpus trasladando prisioneros fuera de la jurisdicción de las cortes inglesas (por ejemplo, a Escocia e Irlanda). La de 1816 dio poderes al Juez en los casos civiles para investigar en relación con el "retorno" del detenido (o sea, el informe solicitado en el *writ* emitido a solicitud del agraviado). La de 1862 estableció que el *writ* no sería empleado fuera de Inglaterra en ningún dominio o colonia en donde existiesen cortes que garantizasen el uso del Habeas Corpus (hoy todavía se respeta esta norma y por eso las detenciones en Irlanda del Norte y Escocia están reservadas a las cortes de esas localidades). Es importante destacar que el *writ* no se rehúsa aun cuando existan otras vías para hacerlo; el Habeas Corpus es un remedio contra la detención ilegal; así, cuando se trata de un tribunal incompetente o lo hace una rama o dependencia del Ejecutivo, etc. Pero ¿y si la orden del tribunal parece o aparenta legalidad? Existen dudas al respecto, pero a veces la corte ha entrado al fondo del asunto, sobre todo en el caso de inmigrantes ilegales. Normalmente, el denunciante es el detenido, pero cualquier otro puede hacerlo en su nombre. Como norma general, el Habeas Corpus no puede ser usado como consejo o correctivo del actuar de una corte competente; esto es, de lo que sucede dentro de un proceso ordinario.

De Inglaterra, el Habeas Corpus pasó a Estados Unidos manteniéndose en sus diversas modalidades, pero en la actualidad lo que más se emplea (en ambos países), es el llamado técnicamente *Habeas Corpus ad subjudiciendum.* Su propósito fundamental es obtener la libertad inmediata por una detención ilegal, para liberar a aquellos que son hechos prisioneros sin causa suficiente; en otras palabras, para liberar a las personas detenidas indebidamente o alejados de aquellos que tienen que ver legalmente con su detención.

Aparte de la América Latina, el Habeas Corpus se ha extendido a otros países, como es el caso de Portugal (desde 1933) y más recientemente a España (en 1978), no obstante que, como se sabe, en este país se contaba desde muy antiguo con diversos recursos *(manifestaciones)* que tenían similares propósitos, lo que ha motivado la crítica de muchos juristas españoles (como Víctor Fairén Guillén). Sin embargo, si bien es difícil decir cuál de dichos medios procesales es anterior en el tiempo, (las manifestaciones españolas o el Habeas Corpus inglés) o cuál es más efectivo (de hecho son más o menos de la misma época, siglos XII y XIII y en cuanto a su cobertura van parejos, si se tiene presente la multiplicidad de *writs* existentes en el derecho inglés medieval), lo concreto del caso es que con la llegada del absolutismo a España, todas esas bondades procesales empiezan un período de extinción que durará siglos y por ende serán puestos de lado y olvidados por los pueblos. Por el contrario, el Habeas Corpus evolucionó en Inglaterra en forma lenta pero segura, y jamás dejó de

existir ni de aplicarse. Más aún, pasó a sus vastas colonias, mientras que en España no sólo se les olvidó, sino que ni siquiera las introdujo en sus dominios (para éstos crearon especialmente la legislación indiana), motivo por el cual un paralelo teórico sobre dichas instituciones no tiene mayor relevancia, si ponemos de manifiesto la gravitación determinante del instituto inglés, frente al eclipse de las manifestaciones forales.

7. El habeas corpus en España

En España, como hemos señalado, se incorporó el Habeas Corpus en la Constitución de 1978 y aquí nos extendemos en ella únicamente porque representa la introducción literal de dicha institución y por la vinculación que tiene este país con la América Latina, sobre todo, la de habla hispana.

El Habeas Corpus en España protege a la persona contra toda detención ilegal, con lo cual sigue la matriz clásica. Por su parte, se considera ilegal la detención cuando ella es realizada sin los requisitos legales mínimos o cuando el internamiento es ilegal. Se considera vulnerada la libertad individual cuando lo fuere por una autoridad o agente de la misma, funcionario público o particular, sin que concurran los supuestos legales o sin haberse cumplido las formalidades previstas y los requisitos exigidos por las leyes; las personas que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar; las que lo estuvieran por plazo superior al señalado en las leyes si transcurrido el mismo no fueran puestos en libertad o entregados al juez más próximo al lugar de detención; las privadas de libertad a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las leyes procesales garantizan a toda persona detenida (cf. Vicente Gimeno Sendra, *El proceso de Habeas Corpus,* Edit. Tecnos, Madrid 1985; Ramón Soriano, *El Derecho de Habeas Corpus,* Congreso de los Diputados, Madrid 1986; Francisco Fernández Segado, *El sistema constitucional español,* Dykinson, Madrid 1992).

La introducción del Habeas Corpus es nueva en España, y ha merecido críticas diversas, pero ello en nuestra opinión no es óbice para que el instituto, como ha sucedido en casi todos los países de América Latina, adquiera contornos más claros y acordes con los tiempos, y proteja derechos colaterales a los que cautela actualmente.

8. La recepción en amérika latina

El Habeas Corpus se incorporó y existe en la actualidad en casi toda la América Latina y se ha desarrollado fundamentalmente al influjo de la experiencia inglesa, si bien es probable que la experiencia norteamericana se haya extendido más durante el presente siglo. En

todos estos países, el desarrollo de la institución es similar, con algunas variantes. Conviene con todo dejar aclarado que el *nomem iuris* es distinto en algunos casos, lo cual no ha impedido que la doctrina y la jurisprudencia los reconozcan como *Habeas Corpus* (así en Honduras, El Salvador y Guatemala, recurso de exhibición personal; en Venezuela, Amparo a la libertad y seguridad personales; en Chile, Recurso de Amparo, que protege la libertad personal, mientras que los demás derechos son protegidos por el Recurso de Protección, etc.)

Lo primero que hay que destacar es el caso peculiar de México, porque es en rigor el único país que teniendo un adecuado aparato protector de los derechos de la persona, carece sin embargo del Habeas Corpus. México, como se indicó, tiene desde 1841 a nivel local y luego desde 1847 y más en concreto desde 1857 a nivel nacional, el Amparo, que ha tenido una evolución sumamente compleja y curiosa, y además con velocidad vertiginosa por el enorme desarrollo jurisprudencial y legislativo de los últimos cincuenta años, acompañado de una literatura realmente inmanejable. Clásicamente (y así hasta Burgoa) se ha considerado al Amparo como un instituto unitario, no obstante sus numerosas variantes en cuanto a alcances protectores y cauces procesales. Pero la teoría más moderna acepta que dentro del Amparo, como lo ha señalado Fix-Zamudio, existen diversos sectores, uno de ellos dedicado especialmente a proteger la libertad individual, que el mismo Fix-Zamudio denomina como "Amparo-libertad" o "Amparo-Habeas Corpus", que cautela no sólo la libertad corporal sino la integridad, la deportación, la tortura, etc. (cf. Alfonso Noriega, *Lecciones de Amparo,* Edit. Porrúa, México 1975; Ignacio Burgoa, *El juicio de Amparo,* Edit. Porrúa, México 1999; Héctor Fix-Zamudio, *Ensayos sobre el derecho de Amparo,* UNAM, México 1999).

Brasil es el país que introduce por vez primera el Habeas Corpus en 1830, mucho antes de que fuera consagrado en los Códigos de Livingston de 1837 (aplicados en Guatemala) o el Amparo en la Constitución de Yucatán (1841). Ha tenido en ese país una evolución muy curiosa, pues sufrió diversas deformaciones, las que sólo se zanjaron en 1934, cuando fue creado -para la protección de los demás derechos- el famoso mandato de seguridad *(mandado de segurança).* En Brasil procede en lo sustancial para proteger a quien sufre o pueda sufrir violencia o coacción ilegal en su libertad de ir y venir (cf. Pontes de Miranda, *Historia e prática do Habeas Corpus,* cit. tomo II; Pinto Ferreira, *Teoría e prática do Habeas Corpus,* Saraiva, Río de Janeiro 1988; José Cretella Jr. *Os writs na Constituiçâo* de *1988,* Forense Universitaria, Río de Janeiro 1989; J.M. Othon Sidou, *Habeas Data, Mandado de Injunçao, Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Açâo Popular,* Forense, Río de Janeiro 1998).

En la Argentina, el Habeas Corpus es bastante antiguo, pues se menciona por vez primera -a nivel nacional- en la Ley 48 de 1863 y

luego seguirá un camino ascendente y complejo, no obstante que la institución no se encuentra en la Constitución vigente de 1853, aun cuando sí estuvo expresamente en la Constitución peronista de 1949, derogada a la caída de Perón en 1955. Pero ello no ha obstado para su desarrollo legislativo, como tampoco para la creación pretoriana del Amparo en 1957. Más bien, la reforma constitucional de 1994 ha introducido textualmente el Habeas Corpus y el Amparo. Adicionalmente, la proliferación legislativa que existe a su interior, propia de un país federal, nos obliga a centrar nuestra exposición en el plano nacional, dejando para otra oportunidad la situación que presenta su Derecho público provincial.

También en la Argentina, el Habeas Corpus se da de manera bastante clásica y vinculada con la libertad personal. En síntesis, procede el Habeas Corpus por arresto sin orden de autoridad, pero también se utiliza en otros supuestos cercanos a él: así en el caso de leva sin servicio militar ordenado u obligatorio; por la internación indebida en un nosocomio; por la hospitalización forzosa, por la expulsión de extranjeros, por la negativa a admitir personas en ese país, contra sentencias militares recaídas en civiles y contra lo que afecte la libertad, aun cuando no la anule. En los últimos tiempos, se ha utilizado en defensa de los presos, esto es, de las personas sentenciadas, pero a las cuales se les ha agravado su condición (cf. Germán J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Buenos Aires 1997, Tomo II; Néstor P. Sagüés, *Elementos de derecho constitucional,* Edit. Astrea, Buenos Aires 1997, tomo I; idem, *Habeas Corpus,* Edit. Astrea, Buenos Aires 1998; Miguel Angel Ekmekdjian, *Tratado de Derecho Constitucional,* Edic. Depalma, Buenos Aires 1994, Tomo II, pp. 325-333; Adolfo G. Ziulu, *Derecho Constitucional*, Edic. Depalma, tomo II, Buenos Aires 1998).

En el Perú se sigue también la huella o matriz tradicional y así figura en la primera ley de Habeas Corpus que data de 1897, luego incorporada a las Constituciones de 1920, 1933 y 1979. Al reglamentarse el Habeas Corpus y el Amparo por Ley 23506 de 1982, ésta señaló en su artículo 12 que se vulnera o amenaza la libertad individual y en consecuencia, procede la acción de Habeas Corpus, *enunciativamente,* en los siguientes casos: guardar reserva sobre convicciones políticas, religiosas, filosóficas o de cualquier índole; la libertad de conciencia y de creencia, el de no ser violentado para obtener declaraciones, el de no ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer su culpabilidad en causa penal contra sí mismo ni contra su cónyuge ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; el de no ser exiliado o desterrado o confinado sino por sentencia firme; el de no ser expatriado ni separado del lugar de su residencia sino por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería; el de no ser secuestrado; el del

extranjero a quien se ha concedido asilo político, de no ser expulsado al país cuyo Gobierno lo persigue, o en ningún caso, si peligrase su libertad o seguridad por el hecho de ser expulsado; el de los nacionales o extranjeros residentes, de ingresar, transitar o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la ley de extranjería o de sanidad; el de no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en el caso de flagrante delito o el de no ser puesto el detenido dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, a disposición del Juzgado que corresponda; el de no ser detenido por deudas, salvo los casos de obligaciones alimentarias; el de no ser privado del pasaporte dentro o fuera de la República; el de no ser incomunicado, sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito; el de ser asistido por un abogado defensor desde que es citado o detenido por la autoridad; el de hacer retirar las guardias puestas a su domicilio o suspender el seguimiento policial cuando ello atente contra la libertad individual; el de excarcelación en el caso de que un detenido o procesado haya sido amnistiado, indultado, sobreseído, absuelto o declarada prescrita la acción penal o la ejecución de la pena; el de que se observe el trámite prescrito para los funcionarios que señala la Constitución (antejuicio). Una ley posterior ha agregado que también procede el Habeas Corpus cuando se dilata la liberación de un detenido, existiendo mandato judicial para ponerlo en libertad.

Como puede verse de esta relación, que tiene un mero carácter enunciativo, el instituto es muy amplio y quizá uno de los más comprensivos dentro de las legislaciones latinoamericanas, ya que permitiría apelar a él en caso de torturas, desapariciones o similares. Tal amplitud se explica si se tiene presente que dicha legislación nace luego de que el Perú retorna a la democracia tras doce años de gobierno militar (1968-1980). La reciente Constitución de 1993 en su artículo 200, establece que el Habeas Corpus protege la libertad personal, así como los derechos constitucionales *conexos,* con lo cual ha ratificado constitucionalmente lo que preveía la legislación desde años atrás. (cf. Domingo García Belaunde, *El Habeas Corpus en el Perú,* Edic. U. de San Marcos, Lima 1979; Alberto Borea O., *Evolución de las garantías constitucionale*s, Edit. Grijley, Lima 1996; Francisco J. Eguiguren, *Los retos de una democracia insuficiente,* Comisión Andina de Juristas, Lima 1990; *AA.VV., La Constitución de 1993,* Lecturas sobre temas constitucionales, No. 10, Comisión Andina de Juristas, Lima 1994; Enrique Bernales Ballesteros (con la colaboración de A. Otárola) *La Constitución de 1993*, edic. Constitución y Sociedad, Lima 1999).

Señalemos finalmente el caso de Costa Rica, que es muy interesante. En efecto, si bien existía el Habeas Corpus desde tiempo atrás, al sancionarse en 1989 la Ley de Jurisdicción Constitucional y crearse dentro de la Corte Suprema una Sala Constitucional

verdaderamente autónoma, ha creado un órgano especial dentro del Poder Judicial, pero con características afines al denominado "modelo concentrado". La Sala Constitucional interpretando en forma extensiva la ley de la materia, ha actuado no sólo en la libertad personal y su defensa, sino que ha llegado incluso hasta intervenir en procesos penales en curso para enmendar yerros o marcar pautas de conducta a la magistratura, considerando que el Habeas Corpus procede en cualquier procedimiento penal cuando no se respeta el debido proceso, entendiendo por tal al juez regular, el derecho de defensa, el principio de inocencia, el *in dubio pro reo,* la libre actuación de las pruebas, la doble instancia, el derecho a la sentencia justa, la eficacia de la sentencia, etc. (cf. Daniel González Alvarez, *Justicia constitucional y debido proceso* en "Ciencias Penales", San José, marzo de 1994 Nº 8; Gilberth Armijo Sancho, *El control constitucional en el proceso penal,* Editec Editores, San José 1992). Yendo más allá, Rubén Hernández señala dos casos en los cuales la Sala Constitucional ha anulado dos sentencias penales firmes (cf. R. Hernández Valle, *Derecho procesal constitucional,* Edit. Juricentro, San José 1995, pág. 155). Los defensores de esta irrupción de las acciones de Habeas Corpus dentro de un proceso penal en curso e incluso para alterar una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, han aducido que no se trataba de una incursión de la Sala Constitucional en las salas, cortes o juzgados penales, sino de una incursión de la Constitución en defensa de los derechos humanos, desconocidos por el ordenamiento procesal penal costarricense, del cual dan varios ejemplos. Admitiendo que ese ordenamiento procesal penal fuera represivo y no garantista (no obstante ser un país de gran tradición democrática) y que la jurisprudencia de la Sala Constitucional haya contribuido a enmendar esos extremos, es indudable que como práctica habitual es perniciosa y sólo puede explicarse como un proceder transitorio y, en todo caso, de carácter excepcional, que debería ser minuciosamente reglamentado. Por eso es que con el nuevo Código Procesal Penal de 1996, moderno y garantista, la situación ha cambiado notablemente (cf. Gilbert Armijo S., Javier Llobet R. y Juan Marcos Rivero S., *Nuevo proceso penal y constitución* IJSA, San José 1998).

9. Algunos temas del debate

Todo lo expuesto en las líneas que anteceden, necesariamente superficiales, nos permiten hacer algunas reflexiones que se centran en los siguientes puntos:

a) La peculiar evolución del Habeas Corpus en Latinoamérica, en relación con el modelo sajón,
b) La presencia del Habeas Corpus al lado de otros instrumentos protectores,

c) Habeas Corpus y derechos humanos,
d) Habeas Corpus y abusos de los particulares,
e) Habeas Corpus y su ubicación procesal,
f) Habeas Corpus y juez competente,
g) Habeas Corpus y proceso penal, y
h) Habeas Corpus y regímenes de excepción.

10. Peculiaridad en su desarrollo

El Habeas Corpus nació en la Inglaterra medieval como un *writ* (desarrollado bajo siete modalidades) y conjuntamente con otros que han tenido vida y desarrollos autónomos, tanto en la misma Inglaterra, como en los Estados Unidos. Luego pasó a otras colonias y a la América Latina, en donde se incorpora en la década de 1830 y luego se extiende paulatinamente (ex-colonias británicas en Africa y en Asia, etc.). Pero lo concreto del caso es que el Habeas Corpus se difunde como si fuera una sola modalidad, pero ella va adquiriendo contornos disímiles, si bien todos relacionados con la libertad ambulatoria o libertad personal. Cabe, sin embargo, comprobar que en los países de América Latina es donde el Habeas Corpus se ha desarrollado más y con mayor amplitud que en aquellos lugares de origen, pues mientras que en otros países el desarrollo político e institucional hace del Habeas Corpus un instrumento respetable, pero no de muy frecuente uso, en nuestros países de continuas dictaduras desde el siglo pasado, el Habeas Corpus se convirtió en instrumento indispensable y con una configuración distinta y defensiva de la persona. Dentro de este cuadro panorámico, tenemos desde posiciones muy ceñidas como es el caso de la Argentina, Colombia, Uruguay, Venezuela y algunos países centroamericanos, hasta las muy amplias como el Perú o con acentos característicos, como Guatemala y Nicaragua, que habilitan expresamente el Habeas Corpus para el caso de desaparecidos. Y en cuanto a su relación con los procesos penales, ha sido también peculiar como lo veremos más adelante. Por tanto, la evolución y características del Habeas Corpus en nuestro continente, es muestra saludable de cómo una institución nacida en otro contorno, al ser trasplantada, echa raíces y adquiere fisonomía propia. Cabe no obstante señalar el caso de España, que por haberse adherido muy de cerca al modelo sajón, ha recibido severas críticas (válidas quizá para España, pero no para la América Latina; cf. Víctor Fairén Guillén, *Examen crítico de la ley de Habeas Corpus española de 24 de mayo de 1984* en AA.VV. "Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica", UNAM, México 1992).

11. Otros instrumentos protectores

El otro aspecto interesante en la América Latina y que lo diferencia claramente de otros países, es que al lado del Habeas Corpus, existen otros tipos de instrumentos protectores de los derechos fundamentales. Evidentemente, no se trata de hacer paralelos con el derecho sajón, que es muy vasto y complejo, sino con otros países de la órbita romanista, que no los tienen o los tienen en forma incompleta o que los han incorporado sólo en fecha muy reciente. En este sentido, la situación de la América Latina es sintomática, ya que cuenta no sólo con un instrumento protector, sino con varios, que han ido creciendo y diversificándose con los años y desde el siglo pasado (aun cuando hay excepciones: Uruguay lo conforma en definitiva en 1918; Bolivia lo hace en 1931; cf. Ciro Félix Trigo, *Derecho constitucional boliviano*, Edit. Cruz del Sur, La Paz 1952, pág. 394; y Venezuela en la Constitución de 1947, lo reitera la de 1961, pero sólo se reglamenta en 1988; cf. Hildegard Rondón de Samsó, *Amparo constitucional,* Caracas 1988; Gustavo J. Linares Benzo, *El proceso de Amparo en Venezuela,* Edit. Jurídica Venezolana, Caracas 1993; Allan R. Brewer-Carías y Carlos M. Ayala Corao, *Ley orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1991; Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones políticas y constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana y Universidad Católica del Táchira, Caracas 1996, Tomo VI).

El caso especial lo constituye el Amparo mexicano, que sigue siendo único, pero que alberga a su interior gran cantidad de sectores, como lo ha puesto de relieve la moderna doctrina de ese país, y además ha tenido desde hace unas décadas una evolución sorprendente. Sin embargo, lo paradójico es que el Amparo mexicano, no obstante haber desplegado una gran influencia en cuanto tal, como instituto complejo no ha sido imitado ni seguido por nadie,[1] ni siquiera por sus vecinos centroamericanos, tan receptivos, por lo demás, del derecho mexicano. Por el contrario, las repúblicas centroamericanas desde muy pronto adoptaron el Habeas Corpus en el siglo XIX y muy seguidamente el Amparo, para cautelar los demás derechos fundamentales y luego han implementado otro tipo de acciones de corte similar, e incluso pioneramente crearon la Corte de Constitucionalidad en Guatemala y en 1965 (cf. Alfonso Valle Postora, *Manual práctico del recurso de Amparo,* Managua 1991; CODEHUCA, *El Habeas Corpus en Centroamérica,* San José 1992; Jorge Mario García Laguardia, *Política y Constitución en Guatemala,* PDH, Guatemala 1993; Luis López Guerra, *Protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional en Centroamérica y Panamá* en AA.VV. "Justicia constitucional comparada", UNAM, México 1993). Pero en el resto de la América Latina, se han dado otros instrumentos al lado del Amparo (que prácticamente se ha extendido al igual que el Habeas Corpus) como es el Habeas Data (Brasil 1988; Colombia 1991; Paraguay 1992; Perú

1993, Ecuador 1995), y otros más como la Acción de Cumplimiento, la Tutela (en Colombia) y el Mandato de Seguridad (en Brasil); estos dos últimos con fines parecidos al Amparo; la Injunción, la Acción Popular (con alcances diversos según los países), etc.

Por cierto, la temprana introducción de estos instrumentos protectores, ha tenido un doble origen que en cierto sentido es paradójico, pero explicable. Por un lado, los frecuentes abusos que se han dado en el continente desde que nuestros países adquirieron su independencia política, caracterizados por revueltas, golpes de estado, dictaduras de diverso signo y violaciones sistemáticas de los derechos humanos. Y por otro, el deseo de las clases políticas e intelectuales de proveerse de instrumentos jurídicos que sirvieran al ciudadano de protección frente a tales excesos (cf. Tulio Halperin Donghi, *Historia Contemporánea de América Latina,* Alianza Editorial, Madrid 1972; Manuel Alcántara Sáez, *Sistemas políticos de América Latina*, 2 vols., Madrid, Edit. Tecnos, 2da. Edición, 1999).

[5] Como excepción, pero bastante discutible, es el Amparo consagrado en la Constitución española de la Segunda República (1931), que a su débil configuración teórica, añade su escasa vigencia y nula influencia. El actual Amparo español (Constitución de 1978) se mueve dentro de otros supuestos, y además, coexiste con el Habeas Corpus; cf. Joan Oliver Araujo, *El recurso de amparo*, Colección Estado y Derecho, Palma de Mallorca 1986).

12. DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA

Lo anterior está relacionado con lo que en las últimas décadas se ha visto con claridad: que los derechos humanos y su protección son el supuesto básico del funcionamiento de todo sistema democrático. A mediados de la década del veinte, el célebre Duguit, anotaba, no sin razón, que el respeto a la libertad individual era el supuesto necesario para el ejercicio de los demás derechos. Esa afirmación hecha dentro de un contexto distinto y distante, adquiere actualidad en nuestro continente. Todavía son frecuentes los abusos de los derechos humanos y ellos se dan sobremanera en lo relacionado con la libertad individual, en todas sus variantes. Más aún, todo régimen que actúe bajo el respaldo de la fuerza, lo primero que hace es afectar los derechos humanos y de manera especial, la libertad individual. En tal sentido, en países como los nuestros, inestables y movedizos, la libertad personal es fundamental y se ve de continuo avasallada. Por eso es que en nuestra América el Habeas Corpus, a diferencia de lo sucedido en otras latitudes, ha adquirido un relieve singular y se le considera como instrumento fundamental para el funcionamiento de todo sistema democrático. Eso puede explicar no sólo su desarrollo y

vigencia -por más que se le pueda desconocer en la práctica- sino también sus contornos y su especial desarrollo e incluso lo que podríamos llamar convencionalmente sus deformaciones, que en más de una oportunidad han sido advertidas por el observador extranjero (así, por ej. Phanor J. Eder, *The Habeas Corpus disembodied. The Latin American experience* en "XXth Century Comparative and Conflict of Laws. Essays in Honor of Hessel Entema", Leyden 1961).

13. Abusos de los particulares

Durante mucho tiempo se pensó que los derechos humanos sólo podían ser violados por el Estado o por sus agentes y, como lógica consecuencia de ello, se precisó que la utilización del Habeas Corpus sólo procedía contra abusos provenientes del aparato estatal (y así se considera todavía en algunas legislaciones como es el caso de Brasil, aun cuando discutido, Argentina hasta 1994, Colombia, Chile, Uruguay, México, etc.) Pero en los últimos tiempos, la comunidad internacional ha tomado conciencia de que el abuso de los derechos constitucionales también pueden ser realizados por los particulares y en consecuencia, procede también la utilización del Habeas Corpus contra particulares (como lo ha sido en Inglaterra) y así lo han aceptado diversos países de la América Latina, desde la década del cuarenta y aun antes. Como contrapartida, es curioso advertir que la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales europeos, sólo en fecha reciente han tomado conciencia de la violación de los derechos fundamentales por los particulares y, por lo tanto, la procedencia en estos casos, de determinados instrumentos procesales protectores (cf. Franck Moderne, *La problemática de la protección constitucional de los derechos fundamentales en la Europa contemporánea* en AA.VV., “Libro Homenaje al profesor Eduardo Ortiz Ortiz", Univ. Autónoma de Centroamérica, San José 1994). No está demás por ello resaltar que lo que en Europa es nuevo, es antiguo en América Latina y en este sentido, la aportación de nuestro continente no sólo ha sido pionera, sino ampliamente significativa.

14. Ubicación procesal

Tradicionalmente, y todavía en la mayoría de los países de América Latina, el Habeas Corpus se considera una acción típicamente procesal penal (con la notable excepción de Bolivia, que lo ha confinado al Código de Procedimientos Civiles). En tal sentido muchos, antes y ahora, incluyeron o mejor, reglamentaron el Habeas Corpus dentro de los códigos procesales penales. Así lo fue en el Código Livingston y en el Código de Procedimientos Penales brasileño de 1832 que fue el primer instrumento jurídico que regló su trámite, y así sucedió durante muchos años en diferentes partes de nuestro continente, como es el

caso del Perú (cf. Luis Del Valle Randich, *Derecho Procesal Penal-procedimientos especiales-,* Edit. Jurídica, Lima 1963); Brasil (Pontes de Miranda, *Comentários á Constituiçâo de 1967,* edit. Revista dos Tribunais, Sâo Paulo 1968, tomo V., pp.263-315); la Argentina (Mario A, Oderigo, *Derecho Procesal Penal,* Edic. Depalma, Buenos Aires 1978, pp.653-668 y Jorge A. Clariá Olmedo, *Tratado de Derecho Procesal Penal,* Ediar, Buenos Aires 1968, Tomo VII, pp.242-262) y otros países como Colombia, Panamá, Chile, etc.

En la actualidad, el Habeas Corpus, sea considerado como recurso o como acción, sigue mayormente anclado en los códigos procesales penales, pero se está abriendo paso una tendencia que busca reglar todo lo concerniente al Habeas Corpus en una ley general de alcance procesal constitucional, como puede verse en la legislación reciente de Argentina (a nivel nacional, pues en las provincias la situación es variada), el Perú, Costa Rica, Guatemala, México, Venezuela, etc. Esto no obstante, cabe llamar la atención de que la tentación de ubicarlo en el proceso penal es muy grande (así lo ha hecho Colombia en 1991, cf. Alberto Poveda Perdomo, *Estudio General sobre el Habeas Corpus,* Medellín 1995), a tal extremo que un reciente Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica lo incluye entre sus procedimientos (véase el proyecto en el libro de Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal argentino.* Edit. Hammurabi, Buenos Aires 1989, tomo 1, vol. a, pág.438). Todo esto nos lleva sin lugar a dudas a plantearnos la conveniencia de mantener el Habeas Corpus dentro de la ley procesal penal por un lado, y dentro del juez penal, por otro. Como quiera que ambos están vinculados, haremos un desarrollo indistinto de ellos, haciendo notar que la tendencia doctrinaria en la América Latina desde hace algunos años, es ubicar al Habeas Corpus dentro del amplio campo de la jurisdicción constitucional como disciplina autónoma, encargada de todo lo concerniente a la defensa constitucional, o si se quiere, al Derecho Procesal Constitucional (cf. Domingo García Belaunde, *Jurisdicción constitucional* en "Enciclopedia Jurídica Omeba", Ed. Dryskill, Buenos Aires 1990, Apéndice, tomo VI; Rodolfo Piza E., *Justicia constitucional y Derecho de la Constitución* en AA.VV. "La Jurisdicción Constitucional", III Aniversario de la creación de la Sala Constitucional, Edit. Juricentro, San José 1993). Evidentemente, si lo que se protege son derechos fundamentales a través de procesos especiales, que pretenden cautela para esos derechos en forma inmediata y directa, estamos ante un proceso constitucional y por tanto, lo adecuado sería hacer una ley o código procesal constitucional acorde con la existencia de una nueva disciplina denominada "Derecho Procesal Constitucional". Este planteo goza de creciente aceptación en la América Latina, si bien se discute qué ley o qué juez debe encargarse de su defensa. Pero es importante recordar que procesalistas penales como Clariá Olmedo (cit.) vieron en su momento que no obstante

aparecer el Habeas Corpus en los códigos procesales penales en la Argentina (en aquella época) se trataba más bien de un proceso constitucional, lo cual es una tesis que hoy goza de mayor predicamento.

Con todo, conviene hacer algunas precisiones sobre este ámbito procesal y en cuanto a la teoría general del proceso. En efecto, durante un buen tiempo se consideró que cada rama del proceso (penal, civil, administrativo) era independiente y única, distinta y quizá opuesta a las demás. Sin embargo, ahora se acepta en forma cada vez más creciente, que en realidad el proceso es uno solo y los diferentes procesos son tan sólo aplicaciones concretas de acuerdo a cada campo con sus especiales características, pero unidos al tronco común que es la teoría general del proceso (cf. el ensayo de Francesco Carnelutti, *Sobre una teoría general del proceso* en "Cuestiones sobre el proceso penal", Edic. Ejea, Buenos Aires 1961; Enrique Véscovi, *Teoría general del proceso,* Edit. Temis, Bogotá 1984; Víctor Fairén Guillén, *Teoría general del derecho procesal,* UNAM, México 1992 y la numerosa bibliografía que éste último cita). Por cierto, algunos autores clásicos como es el caso de Vicenzo Manzini niegan esta unidad y por el contrario, sostienen que el proceso penal es algo independiente y distinto al proceso civil (cf. *Tratado de derecho procesal penal,* EJEA, Buenos Aires 1951, tomo 1, pág. 109 y ss.; en el mismo sentido Eugenio Florián, *Elementos de Derecho Procesal Penal,* Edic. Bosch, Barcelona 1934, pág. 20) y algunos autores recientes parecen inclinarse por esta misma tendencia (cf. Julio B. J. Maier, *Derecho procesal penal argentino,* cit. tomo 1, vol. a, pp. 104, 199-210). Pero en general, la doctrina, como hemos adelantado, se adscribe en forma dominante por el concepto de una teoría general del proceso de carácter abarcador y que se desarrolla según diversas modalidades en función del campo de acción (en el mismo sentido, cf. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal,* Ediciones Jurídicas, Lima 1994, pág. 98; Niceto Alcalá-Zamora C. y Ricardo Levene, *Derecho Procesal Penal*, Edit. G. Kraft, tomo I, Buenos Aires 1945 y Juan Monroy Gálvez, *Introducción al Proceso Civil,* tomo I,. Temis, Bogotá 1996). De esta suerte (así Alcalá-Zamora y Castillo desde la década del 40), se ha hablado de la existencia o de la necesidad de un "Derecho Procesal Constitucional" que, en cuanto tal, no es más que una rama del derecho procesal general.

Es necesario, sin embargo, detenerse un poco en la parte procesal penal, para ver más claramente por qué en realidad no debe considerarse al Habeas Corpus dentro del proceso penal. El mismo Manzini (cit.) sostiene que lo que busca el proceso penal es el *ius puniendi,* es decir, el castigo del presunto culpable, la prueba de que el imputado ha realizado la violación de alguna norma sustantiva y en consecuencia, es pasible de una pena. En forma más explícita leemos

en un conocido manual: "El derecho penal material... determina qué *acciones* u omisiones son punibles (delitos o faltas) y marca las penas. Nace en virtud de él, el derecho del Estado a infligir un mal al culpable y el de éste, de sufrirlo. Pero para que pueda ser impuesta la pena, se requiere una actividad del propio Estado encaminada a averiguar el delito y el delincuente y, a medir su responsabilidad. Tal actividad es el proceso penal" (Emilio Gómez Orbaneja y Vicente Herce Quemada, *Derecho procesal penal,* 9na. Edición, Madrid 1981, pág. 1; en el mismo tenor, Miguel Fenech, *El proceso penal,* Madrid 1974). Y Carnelutti (cf. *Lecciones sobre el proceso penal,* EJEA, Buenos Aires 1950, tomo I, pág.69) dice que "en términos generales, el proceso penal consiste en el conjunto de los actos en que se resuelve el castigo del reo". Por su lado, Giovanni Leone (cf. *Manuale di Diritto processuale penale,* Jovene editor, Napoli 1982) sostiene que el proceso significa una serie de actos complejos destinados a la decisión jurisdiccional definitiva sobre la *notitia criminis,* buscando la represión del delito o infracción *(reato);* adicionalmente sostiene que la norma procesal penal está compuesta de un precepto y de una sanción (pp.14-17). Y así sucesivamente.

La conclusión es pues clara: el proceso penal busca aplicar la ley penal y ésta, como se sabe, disciplina todo lo referente a los delitos y las penas. Por tanto, si consideramos que el Habeas Corpus debe estar regulado en las leyes procesales penales, arribamos a una contradicción, ya que cuando así sucede y aun en los países que lo tratan en leyes especiales (el Perú, Argentina, Costa Rica, Guatemala, Venezuela, España), los procesos de Habeas Corpus buscan la inmediata protección de la persona, pero no contemplan sanción alguna, sino que concluido el proceso sumarísimo, queda abierta la posibilidad -o la necesidad según los casos- de que se inicie un proceso penal para sancionar por esta vía al presunto responsable o eventual imputado. Por tanto, en esta hipótesis, el Habeas Corpus sería un proceso penal que, luego de terminado, requeriría otro proceso penal para precisar el delito y la correspondiente sanción. El absurdo salta a la vista, y sólo puede explicarse por razones históricas, por la natural vinculación de la protección de la libertad personal al ámbito penal y por el insuficiente desarrollo de la doctrina y de la legislación constitucionales en la América Latina.

Esto confirma, más aún, la necesidad de que el Habeas Corpus sea regulado por una ley especial de carácter procesal constitucional, en forma independiente, como ya sucede en varios países y que no tenga ataduras con los códigos procesales penales. Por lo demás, no es inútil recordar que en Inglaterra, el Habeas Corpus se tramita ante cortes civiles e igual sucede en Estados Unidos, con las excepciones o variantes que nunca faltan. (cf. Thomas M. Cooley, *A treatise on the constitutional limitations,* Little Brown and Co, Boston 1868, pp.295-350; *American Jurisprudence,* 2da edic. Vol 39, California 1968, pp.173 y ss;

Rollin C. Hurd, *A treatise on the right of personal liberty and on the writ of Habeas Corpus,* Da Capo Press, New York 1972, pág.17 y ss.; Edward S. Corwin, *The Constitution and what it means today,* Princeton University Press, N.J. 1992).

15. JUEZ COMPETENTE

Lo anterior nos conduce al tema del juez competente en materia de Habeas Corpus. Aquí tenemos la misma incidencia que en el punto anterior y es que en numerosos países, aun en los que tienen leyes especiales, el proceso se tramita ante jueces en lo penal (así en la Argentina, Brasil, Colombia, el Perú, Uruguay, España, etc.) aun cuando hay excepciones: en Chile lo es ante la Corte de Apelaciones y ante los alcaldes en Ecuador. En otros (Costa Rica) lo hacen ante la Sala Constitucional, parte integrante de la Corte Suprema de Justicia de ese país. El caso de Costa Rica, en donde el Habeas Corpus se acciona directamente ante la Sala Constitucional del más alto tribunal, no es de fácil implementación, y es realizable en países pequeños, pero no en países de gran extensión geográfica. La solución alternativa sería, a mi criterio, implementar dentro de la rama judicial, a jueces especializados en lo constitucional, dedicados a tramitar en forma exclusiva los asuntos de esta naturaleza, de manera tal que no sólo fomentamos la especialización en la magistratura, sino además se agilizarían las pautas planteadas. Es de sobra conocido que cuando jueces comunes -civiles, penales, laborales, etc.- tienen a su cargo adicionalmente a las causas generales, aquéllas de carácter constitucional, no les dan la atención debida, ya que los juzgados se ven sobrecargados por juicios de la más diversa naturaleza que muchas veces no pueden atender debidamente, lo que ocasiona no sólo congestión en los juzgados, sino a la larga, la inoperatividad de las medidas solicitadas (como ha sido denunciado en el caso de los Amparos mexicanos planteados en defensa de la libertad personal). Ello hace conveniente la necesidad de profundizar la especialización de los jueces, la cual como se sabe, se encuentra recién en sus inicios.

16. RELACIONES CON EL PROCESO PENAL

Otro problema ya enunciado, pero no por ello menos importante, es el de las relaciones del Habeas Corpus con el proceso penal. Esto requiere una explicación previa. Dentro de la teoría del Estado democrático de Derecho, los órganos del Estado se distribuyen entre sí las diversas funciones que a aquél competen, reservando la jurisdicción o capacidad de decidir el derecho, a la magistratura (cf. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Notas relativas al concepto de jurisdicción,* en "Estudios de Teoría general e Historia del proceso", UNAM, México

1992, tomo I). Esta magistratura puede tener diversas características y diferentes formas de organización, que cambian de sistema a sistema o de país a país. Así, en un país federal, la justicia tiene una organización dual, mientras que en un país unitario, la situación es diferente. Igual podemos decir de las competencias, las instancias, los nombres de los cargos, etc. Pero lo que se acepta como norma general, es que la justicia o la impartición de justicia por el Estado, está confiada a un órgano permanente, sin importar cuál sea su estructura, denominación o competencia. Es decir, está confiada a una judicatura ordinaria, que a su vez actúa y se comporta de acuerdo a las leyes procesales comunes, que tienen sus propios cauces y sus medios impugnatorios (cf. E. Véscovi, *Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica,* Edic. Depalma, Buenos Aires 1988; Jorge A. Mancilla Ovando, *Las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal,* Edit. Porrúa, México 1993). Así, la justicia o la hetero-composición está confiada a la legislación común y a los jueces naturales. Que éstos sean nombrados o seleccionados dentro de una carrera preestablecida o lo sean mediante elección popular, es algo que no hace al caso. Pero, lo concreto es que esa justicia que podemos llamar común, es la encargada de la tutela de los intereses individuales, sociales y colectivos, sobre la base de la legislación existente, cabe decir, procesos de orden penal, civil, administrativo, laboral, etc. Pero el proceso constitucional, como es sabido, si bien comparte los grandes lineamientos del proceso, tiene sus peculiaridades, sus propios fines, que no son siempre asimilables a los procesos comunes. Quizá lo más significativo dentro de los procesos constitucionales -sobre todo en aquéllos destinados a defender los derechos fundamentales- es su inmediatez, la premura que se busca en resolverlo y el carácter fulminante de lo que dicho proceso decida para conjurar la irregularidad denunciada (en especial en el Habeas Corpus). En esto se diferencia claramente de los otros procesos. Exagerando, podríamos decir que mientras un proceso constitucional cautelador de derechos fundamentales debe durar días, los relacionados con los otros derechos deben o pueden durar semanas e incluso meses o años. Se advierte claramente la diferencia entre un proceso de Habeas Corpus (que es breve) de un proceso penal por delito contra la libertad individual, que es largo.

Si tomamos como hipótesis la tramitación del Habeas Corpus dentro del ámbito penal -como sucede en la mayoría de los países de la América Latina- la pregunta es qué relación puede haber entre el proceso de Habeas Corpus y los demás procesos penales en los cuales el bien tutelado y objeto del *ius puniendi,* tenga relación con él.

A primera vista, la respuesta sería la siguiente: siendo el Habeas Corpus una acción constitucional rápida, expeditiva, extraordinaria, puede ser ejercida antes de recurrir a un proceso penal ordinario, pero

no después. Esto es, utilizado o iniciado un proceso penal, ya no cabe interponer el Habeas Corpus, toda vez que el proceso y sus garantías son suficientes para defender los derechos de los imputados dentro del proceso penal. Por tanto, una primera respuesta sería dejar por sentado esta premisa en la cual ambos son excluyentes. Por cierto, finalizado el Habeas Corpus, nada impide recurrir a la vía penal para obtener la sanción del delito, pero no a la inversa.

Sin embargo, lo que aquí se plantea es de otra índole y es que si iniciado un proceso penal y ya dentro de él, cabe utilizar un Habeas Corpus para alterar alguna de las etapas del proceso. Aquí habría que hacer un distingo: por un lado cuando existe ilegalidad manifiesta contra quien no es parte del proceso o cuando el proceso se encuentra en sus inicios; en este supuesto el Habeas Corpus es procedente y así lo ha sido en Inglaterra. Pero iniciado un proceso penal y sujeto el imputado al *íter* procesal, no debe proceder el Habeas Corpus (y así lo señalan numerosas legislaciones como el Perú, Argentina, etc.) Sin embargo, en los últimos tiempos se han dado algunas excepciones que vienen a perturbar este cuadro general. La pregunta que está detrás de todo esto, es si una acción constitucional sumaria puede interferir en una acción procesal ordinaria. En principio, es difícil pensar que lo que no se obtiene en una larga vía procesal puede obtenerse en una vía procesal muy corta; más aún si pensamos que estas acciones constitucionales breves son instrumentos válidos para enmendar entuertos y que a la larga estamos atacando la validez de los códigos procesales y su utilidad. En efecto, si por el Habeas Corpus obtengo una reparación adecuada y rápida, entonces el Código Procesal Penal no sirve y nadie lo usará; esto ocasionará evidentemente un abuso del instituto y una atrofia del mismo, pues las acciones constitucionales son excepcionales y para casos clamorosos en los cuales generalmente no hay período probatorio; distinto a los casos ordinarios, en donde en principio caben todo tipo de defensas.

Sin embargo, como señalamos, existe un cierta tendencia de permitir la utilización del Habeas Corpus para frenar o enmendar procesos penales en situaciones especiales; así en el Brasil ha servido para detener procesos ya iniciados ante juez incompetente o por carecer de sustento la acusación o cuando hay motivos para creer en la extinción de la pena, y también en Venezuela, pero no contra las sentencias de la Corte Suprema (cf. Ada Pellegrini Grinover, *Os instrumentos brasileiros de defesa das libertades* en AA.VV. "Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica" UNAM, México 1992; Teresa Arruda Alvim Pinto, *Mandado de Securança contra ato judicial*, Ed. Revista dos Tribunais, Sâo Paulo 1989; Rafael J. Chavero Gazdik, *La acción de amparo contra decisiones judiciales,* Edit. Jurídica Venezolana, Caracas 1997).

Algo similar encontramos en los Estados Unidos, sobre todo desde la

década del cuarenta, pues se utiliza el Habeas Corpus ante las cortes federales, para atacar sentencias penales firmes sancionadas por las cortes de los Estados, si bien es cierto que desde 1976 esta tendencia tiende a ser localizada para situaciones excepcionales; y en Costa Rica, que hasta donde alcanza nuestra información, es un caso límite, si bien con el nuevo Código Procesal Penal de 1996, la situación tiende a revertirse.

México, por su especial configuración, merece una aclaración. En efecto, el Amparo para proteger la libertad está concebido cuando no existe proceso abierto, pero por otro lado, es sabido que las sentencias penales pueden ser recurridas mediante el Amparo y ser vistas por el Poder Judicial de la Federación. Pero aquí no se trata en realidad del Amparo-Habeas Corpus, como lo llama parte de la doctrina, sino del Amparo-casación, con lo cual la situación es otra. La sentencia penal es revisada en casación, lo cual es totalmente diferente a lo planteado: el caso mexicano no cae pues dentro de esta problemática.

Si bien como norma general se trata de procesos independientes y excluyentes, hay situaciones en las cuales se cruzan y se utilizan para enmendar procesos penales. Dentro de esto último, hay que distinguir a su vez dos posibilidades: si se utiliza el Habeas Corpus durante el trámite de un proceso penal o cuando éste ha concluido con sentencia firme. En Costa Rica se han dado las dos situaciones, como ya hemos visto. Pero cabe advertir que en estos casos, el Habeas Corpus reparador, obliga a reiniciar el proceso ante el juez que conoció la causa.

Indudablemente que la eficacia del Habeas Corpus y sobre todo del proceso penal, es tarea harto complicada (este último bastante complejo y dramático, como lo ha pintado con maestría F. Carnelutti en su hermoso opúsculo *Las miserias del proceso penal,* Edit. Temis, Bogotá 1993). Si bien pueden existir justificaciones en casos especiales, lo cierto es que, como norma general, los intereses de las personas deben estar protegidos en exclusiva por los jueces y las leyes procesales penales ordinarias. Los procesos constitucionales (como es el de Habeas Corpus) tienen otra pretensión y deben servir para otros fines, y las excepciones deben ser reguladas cuidadosamente.

17. Los estados de excepción

La historia política de la América Latina ha sido de inestabilidad y anarquía, sobre todo en el siglo XIX. Ya entrado el presente siglo, la situación ha variado en el sentido de que los períodos de normalidad han comenzado a aparecer y sobre todo a durar, aun cuando no siempre por mucho tiempo. Todos los países se han encontrado en alguna oportunidad envueltos en crisis que aparejaban violaciones de derechos humanos, inestabilidad política, crisis económicas,

conmociones, aparte de los ya tradicionales índices de subdesarrollo (cf. Jacques Lambert, *América Latina,* edic. Ariel, Barcelona 1970). Para sólo fijarnos en
los aspectos políticos, téngase presente que durante mucho tiempo se consideró países paradigmáticos (en cuanto a estabilidad política se refiere y en consecuencia con apreciables logros democráticos) a Chile y a México. Chile dejó de serlo en 1973, cuando empezó la larga dictadura de Pinochet, cuya fuerza increíblemente se mantiene, aun cuando ha vuelto el régimen democrático, y en México -que se vanagloriaba de más de cuatro décadas sin recurrir a los regímenes de excepción- el estallido (en enero de 1994) de los conflictos de Chiapas, demostró que por debajo de la aparente normalidad institucional, se incubaba o existía una seria anormalidad.

Todo lo anterior está vinculado a un hecho claro: la democracia y la estabilidad institucional están unidas al respeto de los derechos humanos, en especial, de la libertad individual. Y esto casi no ha existido en el siglo pasado y sólo esporádicamente en esta centuria. Es decir, los regímenes políticos latinoamericanos, no tienen una verdadera vocación de permanencia y de duración, en cuanto al respeto al sistema democrático.

Precisamente, estas situaciones fácticas conllevan el serio problema de cómo justifican estas vacaciones a la legalidad, a las cuales había que dar un membrete jurídico. Desde el siglo pasado, se crearon figuras tales como el estado de sitio, la suspensión de garantías, el estado de conmoción, etc. La más frecuente ha sido la del estado de sitio, de abolengo francés, y la suspensión de garantías, que tiene igual origen, pero con características propias. En gran parte de países y todavía en algunos, se habla de "suspensión de garantías" (México, Argentina) y esto incluso ha alcanzado a ciertos documentos internacionales. Sin embargo, a partir de la segunda posguerra, con la proclamación universal de los derechos humanos (1948), ha surgido una confusión en muchos de ellos, entre garantías y derechos. Así, mientras que ella ha sido salvada en algunos (Perú), en otros reina una confusión (Venezuela), avalada en parte por la redacción defectuosa del artículo 27 del Pacto de San José. Lo que cada vez es más claro es que durante los regímenes de excepción (concebidos como instrumentos legales y no como situaciones fácticas), el Estado aumenta sus poderes, los derechos de los ciudadanos sufren cierta afectación y en consecuencia los instrumentos protectores pueden o no suspenderse. Esto es, si los instrumentos protectores son garantías procesales, lo que se suspende, en rigor, son los derechos y no necesariamente las "garantías". Sin embargo, la práctica latinoamericana ha sido variada; ha optado por suspender ambos (derechos y sus garantías procesales) o simplemente las garantías procesales (el Habeas Corpus).

Lo anterior es el cuadro general, a pesar de que hay excepciones, y

esto ha suscitado serios problemas teóricos (cf. Domingo García Belaunde, *Regímenes de excepción en las constituciones latinoamericanas* en "Teoría y práctica de la Constitución peruana", Lima 1989, tomo I; AA.VV., *Estados de emergencia en la región andina,* Comisión Andina de Juristas, Lima 1987; Daniel Zovatto, *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina,* IIDH - Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1990). El problema de fondo (ininteligible para el constitucionalismo europeo) es el siguiente: ¿se suspenden los derechos o las garantías procesales? Felizmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus opiniones consultivas OC-8/87 y OC-9/87 ha dejado establecido, entre otras cosas, que lo que se suspenden son los derechos (o el ejercicio de los mismos); que además existen derechos no suspendibles y, adicionalmente, que determinadas garantías judiciales como el Habeas Corpus, no se suspenden bajo ninguna circunstancia. Esta clara interpretación no ha logrado, lamentablemente, una aceptación general. No obstante, queremos mencionar dos países en donde no sólo se ha hecho esa distinción entre derechos y garantías (los primeros, sustantivos y los segundos, adjetivos o instrumentales), sino que, adicionalmente, han consagrado el control judicial de los regímenes de excepción, en especial en lo relacionado con el Habeas Corpus, tema en el cual han incidido las opiniones de la Corte Interamericana, antes citadas.

El primer país es la Argentina, que incorpora el control judicial en forma vacilante desde fines de la década del 60, sobre la base de que el juez debe tener presente la *causalidad* y la *razonabilidad* al analizar los Habeas Corpus interpuestos durante el estado de sitio; todo esto ha sido finalmente consagrado en la Ley de Habeas Corpus de 1984.

El segundo país relevante es el Perú. Se plantea esta tesis en un anteproyecto reglamentario de 1985 (cf. Alberto Borea, op. cit.; pp.499-509); se consagra en la ley 25398 de 1992 y finalmente, lo recoge la Constitución vigente de 1993 (art. 200, *in fine*).

18. Líneas conclusivas

Como puede colegirse del largo recorrido que hemos efectuado, el Habeas Corpus, nacido dentro del *Common law* y desarrollado dentro de esa familia jurídica, llegó al continente latinoamericano, con una fuerte tradición jurídica romanista, a principios del siglo XIX y encontró un suelo fértil en donde germinó sin dificultad. Y creció en forma tan rica, que si bien guarda un aire de familia con sus orígenes, se ha distanciado tanto del modelo, que goza ya de una fisonomía y características propias.

Así, mientras que en otras latitudes su presencia es discreta y su desarrollo muy lento y casi imperceptible, en América Latina se ha convertido prácticamente en un símbolo del Estado de Derecho y en clave procesal para la defensa de la libertad física.

Por cierto, su importancia no ha amenguado, sino que sigue latente, no obstante la globalización, la liberalización que recorre el mundo desde hace algunos años, y sobre todo, la ola democratizadora que se inicia desde fines de los años setenta.

No obstante esto, el Habeas Corpus no ha perdido ni interés ni utilidad en nuestros pueblos, pues al lado de las clásicas violaciones de derechos humanos, que han caracterizado a nuestros países durante décadas y aun ahora, aparecen otras amenazas más sofisticadas, basadas en las técnicas de la informática, la manipulación de los medios y las democracias de fachada, que pretenden legitimarse guardando el culto a las formas.

Y mientras esto subsista, el Habeas Corpus latinoamericano será una necesidad sentida por nuestro constitucionalismo.

CAPÍTULO VI

GARANTIAS CONSTITUCIONALES EN LA CONSTITUCION PERUANA DE 1993[*] [1]

Sumario: 1. Alcance del concepto. 2. Procesos constitucionales. 3. Acción de Habeas Corpus. 4. Acción de Amparo. 5. Acción de Habeas Data. 6. Acción de Inconstitucionalidad. 7. Excepción de inconstitucionalidad. 8. Acción Popular. 9. Acción de Cumplimiento. 10. Proceso competencial. 11. Acusación constitucional. 12. Conclusiones.

1. ALCANCE DEL CONCEPTO

El concepto de "garantías constitucionales" es ampliamente conocido en la literatura constitucional latinoamericana, toda vez que si bien es cierto que tiende a ser sustituido por otros, la tradición y el uso lo han hecho familiar a amplias capas de la población. Pero el nombre de "garantías constitucionales" tiene hoy en el Perú, y en gran parte de la América Latina, un doble significado. El primero es el referente clásico y hoy anticuado, que lo hace equivalente a normas generales, principios o derechos de las personas, proveniente de la tradición francesa, filtrados por el constitucionalismo español. Así, los textos del siglo XIX se referían a las "garantías constitucionales" como aquellas normas

[*] BIBLIOGRAFÍA: Es muy amplia sobre el tema. Ver la que incluyo en mi ensayo *Sobre la jurisdicción constitucional,* en AA.VV. "Sobre la jurisdicción constitucional", Aníbal Quiroga (compilador) Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1990, y en *Enciclopedia Jurídica Omeba,* Apéndice, Tomo VI. Entre la más reciente y con vinculación a nuestro tema: cf. AA.VV. *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica* UNAM, México 1992; Alberto Borea Odría *Las garantías constitucionales: Habeas Corpus y Amparo,* Lima 1992; Héctor Fix-Zamudio *Justicia constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos,* Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 1993; AA.VV. *Justicia Constitucional Comparada, UNAM,* México 1993; Dominique Rousseau *La justice constitutionnelle en Europe,* Montchretien, Paris 1992; Louis Favoreu, *Los tribunales constitucionales,* Edit. Ariel, Barcelona 1994; Samuel B. Abad Yupanqui *El modelo de jurisdicción constitucional: reformas y retrocesos* en *Ius et Veritas,* núm. 7, noviembre de 1993; César Landa Arroyo *La Acción de Cumplimiento en el proyecto de Constitución del Perú de 1993* en *Revista del Foro* núm. 1, enero-junio de 1993.

[1] Publicado en *Lecturas sobre temas constitucionales*, Comisión Andina de Juristas, núm. 10, Lima 1994.

fundamentales de la vida en relación, y, muy en especial, los derechos de la persona. Con el tiempo, este rótulo tan genérico pasó a una triple división que iniciada en el siglo pasado, se consagró por primera vez en la Constitución peruana de 1920, que distinguió las garantías constitucionales en tres: garantías nacionales (atinentes a la marcha y obligaciones del Estado); garantías individuales (clásicos derechos del liberalismo) y garantías sociales (nuevos derechos económicos y sociales, surgidos después de la Gran Guerra). El segundo significado es el moderno, el cual entiende como garantía, algo accesorio, de carácter instrumental y, en consecuencia, relacionado con la parte procesal del derecho, en este caso, del derecho constitucional. Se distinguen así, por un lado, los derechos, que son la parte sustantiva, de lo que es la parte accesoria o procesal. De esta manera, los derechos fundamentales o derechos de la persona (llamados libertades públicas en la tradición jurídica francesa y derechos civiles en la tradición jurídica sajona), son considerados como derechos fundamentales básicos, constitucionales o simplemente derechos humanos.

En la tradición jurídica peruana, lo que se utilizó en todo momento fue el rubro de “garantías constitucionales”. Esto se modifica tan sólo en 1979, con la Constitución aprobada ese año, que por vez primera, acorde con los nuevos vientos de doctrina, distingue los instrumentos procesales, a los que llama “garantías constitucionales", de los derechos fundamentales de la persona.

A partir de ese momento, queda definido en toda su extensión que en la Constitución, hay dos partes centrales; una, la parte fundamental, declaratoria de los derechos intangibles, y otra, los aspectos procesales para su defensa. Sin embargo, esta clara conquista terminológica que se adquiere en la Constitución de 1979, queda en algo oscurecida cuando al tratarse sobre el régimen de excepción, se introduce una confusión entre derechos y garantías, que en algo es salvada por leyes posteriores. En el nuevo y vigente texto de 1993 tenemos lo siguiente: por un lado se consagra y perfecciona el concepto de garantías constitucionales, y por otro, se eliminan algunas vaguedades en lo referente al régimen de excepción, pero se introducen otras imprecisiones. Mas, en lo que ahora nos interesa, la de 1993 continúa y perfecciona lo que incorpora por vez primera el texto constitucional de 1979, que es pionero en esta materia.

2. Procesos constitucionales

Hemos titulado este texto con el rótulo de “garantías constitucionales”, porque así lo recoge buena parte de la doctrina (garantías como algo accesorio; al igual que se habla de garantías en el Código Civil), pero otros autores, aun cuando en menor grado, hablan

de procesos constitucionales.

¿Cuál es la postura correcta?

Indudablemente que la clásica palabra “garantía” utilizada en todo nuestro siglo XIX como equivalente a derechos de la persona, era algo incorrecto. Transformar su uso en materia constitucional para designar a las instituciones protectoras de la persona humana (como es el Habeas Corpus) constituye indudablemente un adelanto y un acierto. Y esto se difundió a tal extremo, que las experiencias de la II República Española (1931), y las Constituciones de Cuba (1940) el Ecuador (1945, 1967 y 1978) y el Perú (1979) ubicaron a los jueces que resolvían estos problemas, en un Tribunal de Garantías Constitucionales (si bien el caso de Cuba era singular, pues a diferencia de los demás casos citados, con independencia de cuáles eran sus competencias, dicho Tribunal no era independiente, sino integrante del Poder Judicial).

Sin embargo, desde el período de entreguerras, y más en concreto después de la Segunda Guerra Mundial, se empieza a hablar en el continente europeo del aspecto procesal de la Constitución, que algunos como Kelsen y Eisenmann califican como “justicia constitucional" y otros como Guetzevich y con posterioridad Cappelletti, como “jurisdicción constitucional”. Esto implicó un determinado modelo de control constitucional en una vertiente europea, distinta a la revisión judicial del ámbito norteamericano, que funcionaba con pulcridad desde hacía más de cien años. Como quiera que en Europa este tópico estuvo desarrollado sobre todo por procesalistas (así por ejemplo, Calamandrei en Italia) es que con mayor rigor se ha empezado a hablar, con insistencia desde hace unos veinte años, de que así como existe un derecho procesal civil, derecho procesal penal y un derecho procesal laboral, debe existir una rama del derecho que se llame “derecho procesal constitucional”, sobre la cual en la Europa continental y gran cantidad de países latinoamericanos, existe en la actualidad una frondosa literatura e incluso revistas especializadas.

Desde el punto de vista de la teoría del proceso, es evidente que este derecho procesal constitucional está todavía en ciernes, es decir, en embrión, y por tanto, hay que tomarlo con reserva, aun cuando en el futuro esta rama jurídica florecerá. Ahora bien, aceptada la existencia de esta rama procesal de carácter constitucional, y como quiera que ésta se integra o desarrolla a través de los juicios o procesos, es indudable que tales procesos son de naturaleza constitucional, motivo por el cual así como hablamos de procesos civiles, debemos hablar de procesos constitucionales, con más propiedad que de garantías constitucionales. Con todo, si lo anterior es lo adecuado, y como quiera que aún no se ha generalizado su uso, es que nos referimos en el presente desarrollo a las “garantías constitucionales”, que por lo demás, son muy antiguas en América Latina, y en cierto sentido, también lo son en el Perú. La nueva Constitución de 1993, recoge y complementa el cuadro de dichas garantías, como lo veremos a continuación.

3. Acción de habeas corpus

El artículo 200 de la Constitución de 1993, indica que son garantías constitucionales las que ahí se mencionan; el inciso 1° señala entre éstas a la acción de Habeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnere o amenace la libertad individual o los derechos constitucionales conexos a ella.[2]

[2] Por derechos constitucionales *conexos*, debe entenderse *conexión* con la libertad individual (art. 12, ley 23506) y no los derechos cautelados por el amparo.

Este artículo no hace más que recoger, en sustancia, lo establecido en el artículo 295 de la Constitución de 1979, en lo referente a la amplitud del enunciado general y a lo que realmente protege, con los afinamientos que con posterioridad dio su ley reglamentaria, la Nº 23506 (desde 1982) y con el importante aspecto de que el Habeas Corpus puede emplearse incluso contra particulares, lo cual fue aceptado por la jurisprudencia de la Corte Suprema en la década de 1940, pero sólo plenamente admitida en 1979, con la Carta fundamental de ese año.

En cuanto a antecedentes se refiere, valga la pena señalar que la primera propuesta legislativa sobre el Habeas Corpus fue presentada en la Cámara de Diputados en 1892, pero la primera ley formal sólo fue sancionada años después, en 1897, época en la cual esta primera ley de Habeas Corpus entra en vigor, y se convierte no sólo en la primera ley de Habeas Corpus, sino en la primera ley de carácter procesal peruana para la defensa de principios o derechos constitucionales. También es importante destacar que, tal como consta en los debates, y contrariamente a cierta idea muy difundida, se tomó como inspiración la idea o concepto inglés del Habeas Corpus (y no del norteamericano), pero sin lugar a dudas se adaptó la institución en forma limitada y no con la amplitud de su modelo original. Este instituto fue perfilándose con diversas normas posteriores, entre las cuales señalamos las leyes de 1916, y finalmente la Constitución de 1920, que elevó el Habeas Corpus a nivel constitucional por vez primera, para proteger tan sólo la libertad individual o física de los ciudadanos.

Tiempo después, la Constitución de 1933 deformó el Habeas Corpus, al ampliarlo para la protección de todos los derechos individuales y sociales (que en la terminología de la época llamó garantías individuales y sociales) creando de esta manera un instrumento inmenso y multiforme hecho para defender todo, incluso los excesos de poder y la constitucionalidad de las leyes, lo que dio origen a gran cantidad de normas procesales que se dieron sobre todo en 1968, para ordenar su tramitación ante los jueces.

Por último, y como una verdadera conquista e inflexión teórica, en

1979, la Constitución de ese año distinguió muy claramente el Habeas Corpus, dirigido únicamente a la protección de la libertad individual, del Amparo, que cautela los demás derechos constitucionales distintos de la libertad individual.

Esta diferencia, introducida por vez primera en 1979, se mantiene en la Constitución de 1993.

4. Acción de amparo

Como hemos visto, la Constitución de 1979 introduce por vez primera el Amparo a nivel constitucional y como garantía constitucional específica, distinta del Habeas Corpus. En la Constitución de 1993, el artículo 200, en su inciso 2) repite la institución al reconocer como garantía constitucional a la Acción de Amparo, la que procede contra el hecho o la omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, distintos a la libertad individual, y que opera también contra particulares.

Si bien, como decimos, la Constitución de 1993 no hace en este punto más que repetir la Constitución de 1979, que es la que introduce como constitucional la Acción de Amparo, ésta no deja de tener antecedentes. El más lejano lo constituye el artículo 7 de la ley 2223 de 1916 que estableció lo siguiente:

"Todas las garantías (o sea, derechos) contenidos en el Título IV de la Constitución del Estado (entonces vigente la de 1860), darán lugar a recursos destinados a amparar (yo subrayo) a los habitantes de la República que fueren amenazados en el goce de las libertades o hacer cesar las restricciones indebidas impuestas por cualquier autoridad. Son aplicables a estos recursos las disposiciones de la ley de Habeas Corpus..."

Sin embargo, esta norma que estaba destinada a hacer nacer un "amparo" dentro del derecho positivo peruano, no fue objeto de ningún desarrollo jurisprudencial ni legislativo, y más bien fue dejada de lado, sobre todo a partir de 1920, con la nueva Constitución.

Más tarde en 1933, la Constitución consagró un Habeas Corpus polimorfo, parecido al Amparo mexicano, y más tarde en 1968, por ley 17803, se distinguió el Habeas Corpus en materia civil y penal, esto es, un Habeas Corpus Penal o Habeas Corpus *stricto sensu,* y un Habeas Corpus Civil, que en realidad era un amparo, aun cuando no llevase este nombre.

Finalmente en 1974, se creó, dentro del fuero privativo agrario, el "recurso de amparo", para proteger a los propietarios de tierras indebidamente expropiadas para fines de reforma agraria, el cual era revisado en instancia única por el Tribunal Agrario. De esta suerte, este amparo agrario servía para defender el derecho de propiedad de los afectados por indebidas medidas de reforma agraria, recurso que

efectivamente operó, pero que fue finalmente desactivado en 1980, al entrar en vigencia la Constitución de 1979, que creó un amparo constitucional con otros alcances, y por otro lado, dispuso la reunificación de los fueros privativos dentro del Poder Judicial, lo que hasta ahora se mantiene.

Por tanto, el amparo constitucional de la Carta de 1993, repite a la Constitución de 1979, en donde tiene su punto de partida, pero que tiene antecedentes que se remontan a 1916 (y esto sin explayarnos sobre el amparo colonial peruano, que dejamos para otra ocasión).

Como una novedad, aun cuando ya existente en la legislación de 1982, la Constitución de 1993 agrega que el Amparo no procede contra normas ni contra resoluciones judiciales emanadas de un proceso regular. Con lo primero se da a entender que el Amparo no acciona directamente contra leyes, sino únicamente contra actos u omisiones, pero ello no impide que se accione contra actos arbitrarios sustentados en normas, y adicionalmente se pida la inaplicación de una ley con efectos *interpartes* (art. 138 de la Constitución). Por otra, la prohibición de enderezar amparos contra resoluciones judiciales emanadas de un proceso regular, persigue acertadamente no interferir con los resultados emanados de un proceso llevado en forma normal, pero la jurisprudencia ha interpretado que en ciertos casos, cuando no se dan las mínimas condiciones del debido proceso legal *(due process of law)* cabe un amparo, pero sólo en situaciones excepcionales. Por tanto, puede decirse que en términos generales, la normatividad sobre el Amparo se mantiene, aun cuando existan dos diferencias saltantes; a) se elimina toda referencia a la legitimación procesal activa de las personas jurídicas (lo que a mi criterio lo permite) y b) establece taxativamente ciertos actos que no son revisables en sede judicial (art. 142).

5. Acción de habeas data

Procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5 (solicitar información de cualquier entidad pública) 6 (impedir que los servicios informáticos no afecten la intimidad) y 7 (honor y buena reputación, derechos a la intimidad y derecho de rectificación).

Mucho se ha discutido la conveniencia de la introducción de esta medida, por cuanto se estima que para ello era suficiente una adecuada reglamentación del Amparo, como se da en otras partes. Su introducción se debe al congresista Carlos Torres y Torres-Lara, quien la tomó de la Constitución brasileña de 1988, que la incorpora por vez primera en un texto constitucional, si bien en la literatura y en la legislación europeas existía desde la década del 70. Sin embargo, al introducirse este instituto, se le ha desnaturalizado, ya que si bien se le

da como campo de aplicación todo lo referente a la protección del ciudadano frente al abuso de la informática (vinculado en cierto sentido con el derecho a la vida privada, y a lo que se conoce corno libertad informática, autodeterminación informativa o autotutela informativa), tiene como inconveniente:

a) Haber incluido dentro de su campo de acción el derecho al honor, a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propia, agregando que,

b) Toda persona tiene derecho, a través del Habeas Data, a la rectificación en cualquier medio de comunicación social, por informaciones inexactas que la afectan.

Con lo primero puede atisbarse un peligroso conflicto con lo que entendemos por libertad de prensa y podría dar lugar a la censura previa; con lo segundo, se utiliza como arma para el derecho de rectificación, que nada tiene que ver con la etimología ni con el contenido teórico de la acción de Habeas Data.

El periodismo y diversos voceros de opinión (gremios profesionales, partidos políticos, etc.), han hecho severas críticas a la manera como se ha planteado el Habeas Data, y en el mismo sentido se pronunció el prestigioso consti-tucionalista argentino Néstor P. Sagüés, en el IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional celebrado en la ciudad de Ica, del 18 al 20 de noviembre de 1993. Todo esto motivó que el autor de la propuesta planteara al Pleno del Congreso Constituyente una ley modificatoria, que no tuvo tramitación alguna por su inoportunidad e imprecisión. Es de esperar que, independientemente de una modificatoria del texto constitucional, la ley de la materia salve estas contradicciones y disipe eventuales amenazas a la libertad de expresión.[3]

[3] La ley 26470 de 12 de junio de 1995 reformó la Constitución eliminando el inciso 7 del artículo 2, dentro del ámbito de protección del Habeas Data, con lo cual limó una de las mayores aristas que ésta última tenía (Nota de 1999).

6. Acción de inconstitucionalidad

El artículo 200, inciso 4°, señala que esta Acción procede contra las normas que tienen rango de ley (ley, decreto legislativo, decretos de urgencia, tratados, reglamento del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales) que contravengan a la Constitución en la forma o en el fondo.

Esta acción, abstracta y directa para efectuar el control de la constitucionalidad de las leyes y de normas de dicho rango, fue introducida por primera vez en la Constitución de 1979, siguiendo los modelos europeos sobre la materia (en cuanto atribuciones de los Tribunales Constitucionales).

Este nuevo control abstracto, coexiste con el control difuso, que

veremos a continuación.

7. Excepción de inconstitucionalidad

Los constitucionalistas acostumbran hablar de "excepción de inconsti-tucionalidad", mientras que los procesalistas optan por referirse al termino "cuestión prejudicial". Sea lo que fuera, lo cierto es que en estos casos, lo central no es el control de constitucionalidad, sino un proceso cualquiera en el cual hay un conflicto o defensa de intereses privados y en donde en forma incidental se plantea la inconstitucionalidad de una ley. Este sistema de inaplicación, de alcance *inter partes,* conocido como sistema difuso, tiene una clara inspiración norteamericana, y se introdujo por vez primera en 1936, en el Código Civil de ese año, pero sólo fue reglamentado en 1963, con la Ley Orgánica del Poder Judicial. A nivel constitucional fue ratificada en la Constitución de 1979 (art. 236) y ha vuelto a repetirse en la Constitución de 1993 (art. 138, *in fine).*

8. Acción popular

De claros orígenes romanistas, la Acción Popular constitucional se introdujo en 1933 en la Constitución de ese año, pero sólo fue reglamentada en 1963, en la Ley Orgánica del Poder Judicial de ese año. La Constitución de 1979 la reiteró y lo mismo ha hecho la Constitución de 1993, que señala que ésta procede contra los reglamentos, normas administrativas o resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, en cuanto infringen la Constitución y la ley. Como podrá apreciarse, y esto es una constante desde 1933, la Acción Popular está pensada en una suerte de control que ejerce cualquier ciudadano sobre el poder reglamentario de la Administración Pública, y más en particular, contra el Poder Ejecutivo, en la medida que la administración, mediante su propia actividad, puede vulnerar las leyes y la Constitución.

9. Acción de cumplimiento

El inciso 6° del artículo 200 de la Constitución de 1993, establece que ésta procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

Se desconoce el sentido de esta propuesta. Fue incorporada por iniciativa del congresista Carlos Ferrero Costa, pero en las actas no consta nada sobre su fundamentación; tampoco hubo debate alguno al respecto, ni se sabe de sus antecedentes. La idea que se tuvo fue únicamente crear un medio procesal rápido para obligar al cumplimiento de una norma o de un acto administrativo, ante la autoridad o funcionario que se negase a ello. Es difícil decir cómo funcionará, pues

falta todavía la Ley que reglamente y precise su ejercicio.

Tratando de rastrear antecedentes, podemos ver que el concepto de Acción de Cumplimiento existe en la Constitución colombiana de 1991 (art. 87), pero con un significado distinto al que aquí se le ha dado, pues el ordenamiento colombiano, al referirse a la acción de cumplimiento, hace mención a un principio de derecho que se exterioriza a través de otros medios; no es ni mucho menos lo que se ha consagrado en la Constitución peruana. Un parentesco o semejanza en el derecho comparado, podría ser el "writ of mandamus", tal como funciona en el derecho norteamericano, heredado de Inglaterra, y que ha sido incorporado a algunas provincias argentinas como "mandamiento de ejecución".

10. Proceso competencial

En 1979 se creó en el Perú, siguiendo el modelo europeo, un Tribunal de Garantías Constitucionales, para el que se utilizó la nomenclatura empleada por la Segunda República española en 1931. En ese momento, por la radical innovación que significaba crear un Tribunal de esta naturaleza, como ente autónomo e independiente, separado del resto de los poderes del Estado, se le asignaron pocas competencias, no obstante que la propuesta original las contempló en forma bastante completa.

Pues bien, la Constitución de 1993 ha reproducido dicha figura, pero ahora con el nombre de Tribunal Constitucional, siguiendo de esa manera la huella trazada por la Constitución de 1979. Pero a sus escasas atribuciones, ha añadido una, y que es importante, (art. 202, inciso 3) cual es conocer los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

Esto significa que la ley reglamentará en qué casos, determinados conflictos serán resueltos en definitiva por el Tribunal Constitucional. Es evidente que los conflictos entre Poder Legislativo y Poder Ejecutivo no serán resueltos por el Tribunal, pero es probable que la futura ley de la materia precise las competencias, que tentativamente podrían ser las siguientes:

i) conflictos entre el gobierno central y los gobiernos locales,
ii) conflictos entre los departamentos o regiones entre sí, cuando se instalen o funcionen libremente, y,
iii) conflictos entre otros órganos constitucionales.[4]

[4] La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional núm. 26435 de 10 de enero de 1995, ha consagrado este enfoque en su artículo 46 (Nota de 1999).

11. Acusación constitucional

Existe desde el siglo pasado, tomado del juicio de residencia

hispánica y más directamente del “impeachment” sajón y se mantiene en la actual Constitución (arts. 99 y 100). Como quiera que ahora hay una sola Cámara, corresponde la “acusación” a la Comisión Permanente, y al Congreso (sin participación de la Comisión Permanente) suspender o no al alto funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función, sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad. Son pasibles de esta acusación el Presidente de la República, los representantes a Congreso, los Ministros de Estado, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, los vocales de la Corte Suprema, los fiscales supremos, el Defensor del Pueblo y el Contralor General. El artículo 100 agrega que si la resolución acusatoria tiene contenido penal, se iniciará un proceso ante el Poder Judicial, previa acusación fiscal. Este es un privilegio que alcanza hasta cinco años después de que el funcionario ha cesado en sus funciones.

Lo importante de la “acusación constitucional”, que la doctrina denomina “juicio político”, está en que es una habilitación para un proceso posterior que se lleva ante los jueces comunes, los cuales pueden condenar o absolver al acusado. En sentido estricto, estamos ante un proceso político y no jurisdiccional, motivo por el cual su inclusión dentro de las garantías constitucionales, es algo que obedece, en cierto sentido, a una convención. No es, por tanto un proceso jurisdiccional, pero existe un debido proceso que habilita la jurisdicción.

12. Conclusiones

Las garantías o procesos constitucionales señalados en la Constitución de 1993 en forma algo dispersa, representan una innovación con respecto a la larga tradición constitucional del Perú, pero, por otro lado, constituyen una continuidad y en cierto sentido una mejora de lo que plasmó pioneramente la Constitución de 1979. Por cierto, algunas de estas instituciones como el Habeas Corpus, el Amparo y la Inconstitucionalidad (en vía de acción o de excepción), tienen arraigo y funcionamiento en nuestro entorno constitucional, pero otras son muy nuevas y la Constitución y la ley tendrán que diseñarlas e incluso mejorarlas, como es el caso de la defectuosa configuración del Habeas Data. Parte significativa en este manejo es, sin lugar a dudas, el papel que ejercerán los jueces, lo cual es muy importante, pero sobre lo que no hay que forjarse demasiadas ilusiones.

Lima, diciembre de 1993
Coventry, febrero de 1994.

CAPÍTULO VII

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y EL MODELO DUAL O PARALELO*

Sumario: 1. Liminar. 2. Los modelos. 3. Originarios y derivados. 4. El modelo dual o paralelo. 5. Los otros tribunales constitucionales en América Latina. 6. La virtualidad del modelo dual o paralelo.

1. LIMINAR

Se acostumbra denominar como "jurisdicción constitucional", al conjunto de mecanismos procesales destinados a defender la Constitución, sea en su aspecto orgánico o el dogmático. Dentro de ella, tienen destacada importancia el control constitucional de las leyes y la defensa de los derechos humanos. Y esto dentro del área en donde opera nuestro sistema romanista, en donde la problemática se inicia en forma sistemática en el período de entreguerras, si bien en nuestra América y en menor grado en la misma Europa, existen elementos y antecedentes de mayor antigüedad. Pero lo importante es que así se le conoce y éste es el nombre que más se utiliza.

También de gran predicamento, sobre todo por influencia francesa, es la utilización de "justicia constitucional", que en rigor significa prácticamente lo mismo. Tanto es así que el gran teórico de la disciplina, Hans Kelsen, les dio un significado equivalente.

Por cierto, éstas no son las únicas diferencias terminológicas y conceptuales existentes, como ya en otra oportunidad lo hemos señalado, ni podemos olvidar los importantes planteos de Fix-Zamudio, que han merecido una justa acogida y sana discusión entre los especialistas. Tampoco podemos dejar de reconocer que, en los últimos tiempos, está abriéndose paso el concepto más amplio y más ajustado de "Derecho Procesal Constitucional", sobre el cual ya existe una literatura importante. Pero en la práctica, el concepto de "jurisdicción constitucional" debe reputarse como equivalente a Derecho procesal constitucional, pues así es entendido por los especialistas y así ha ganado un público importante, que de esa manera identifica los temas de su preferencia. Si bien lo previsible es que con el tiempo se imponga el nombre de "Derecho pro-

[*] Publicado en *La Ley*, Buenos Aires, 16 de octubre de 1998.

cesal constitucional" como una nueva disciplina, y que el de "jurisdicción constitucional" sea abandonado, o en su defecto, replanteado y sea considerado como uno de los capítulos de aquélla.

Asentado lo anterior, analizaremos lo que la literatura especializada denomina los "modelos" o "sistemas" de jurisdicción constitucional, esto es, las formas, usos, estilos o estructuras existentes para analizar, procesar y resolver los problemas que plantea la Constitución y su defensa. Esto significa que para llegar al tema de los "modelos", no hace falta tomar partido con las disquisiciones teóricas antes mencionadas, sino partir de ellas y seguir adelante.

Y todo lo anterior vinculado, como veremos más adelante, a la América Latina, que a diferencia de las experiencias norteamericana y europea, presenta numerosas variantes y peculiaridades.

2. Los modelos

Al parecer, la caracterización de los modelos como "concentrado" y "difuso", se deben a Carl Schmitt (*El defensor de la Constitución*), entendiendo por difuso el norteamericano, y concentrado, el europeo continental. Por tanto, en Schmitt se encuentra *in nuce*, la caracterización de tales modelos, conjuntamente con el político. De esta suerte, los modelos, caminos o vías de ejercer la jurisdicción constitucional, serían el difuso o americano, el concentrado o europeo o mejor aún kelseniano, y el político, que en puridad es europeo.

El difuso nace en Norteamérica, como fruto de una larga experiencia colonial alimentada por la experiencia inglesa, y que se fija en 1803, en el célebre caso *Marbury vs. Madison*. Luego viene un largo silencio hasta después de la Guerra Civil, en donde nuevamente es retomado el problema lentamente, y se reanuda en el siglo XX**,** especialmente en la denominada revolución constitucional de la Corte Suprema, a raíz de su enfrentamiento con Roosevelt.

La experiencia norteamericana, nacida dentro de una familia jurídica distinta cual es el *common law*, fue mal vista en Europa. Recuérdese cómo el *Government by Judiciary* pasó a ser en Europa, merced al famoso libro de Lambert, el *gouvernement des juges*. Fue así que nació el llamado modelo kelseniano, plasmado en un proyecto de 1918, sancionado por el parlamento austriaco en 1919, y hecho realidad en la Carta austriaca de 1920. Su vecina Checoslovaquia hizo lo mismo ese mismo año, y más tarde los imitó la República Española en 1931. Fueron esos los únicos tribunales constitucionales existentes en la Europa del período de entreguerras.

Sobre esta base, a la altura de los años cincuenta, en una interesante monografía, Calamandrei intentó una clasificación que se ha hecho célebre, sobre lo que él llamaba el control de legitimidad

constitucional, que podía ser:

i) por su objeto; formal y material,
ii) por el órgano que lo ejercita; judicial (difuso) o concentrado (autónomo),
iii) por la legitimación; incidental (pre-judicial) y principal (directamente),
iv) por la extensión; general (*erga omnes*) y especial (*inter partes*),
v) por sus efectos; declarativo (*ex tunc*) y constitutivo(*ex nunc*).

Intentando una caracterización, señalaba el maestro florentino que podría hacerse esta agrupación que conllevaba cierta necesidad lógica. Así tendríamos los dos esquemas:

a)	*judicial*	b)	*autónomo*
	- difuso		- concentrado
	- incidental		- principal
	- especial		- general
	- declarativo		- constitutivo

Esta caracterización de Calamandrei, que luego han desarrollado y afinado Cappelletti y Fix-Zamudio, se ha convertido en clásica y sigue teniendo valor, si bien no lo es en términos absolutos.

No obstante, al lado de estos dos modelos clásicos, se ha colocado el denominado modelo político, desahuciado desde Kelsen, pero admitido en cuanto modalidad existente, y que consiste en que la tarea del control constitucional se adjudica a un órgano político, clásicamente el Parlamento. Y así lo fue, sobre todo en Francia, durante todo el siglo XIX y en gran parte de nuestro siglo también. Aún más, este modelo político, propio del liberalismo decimonónico, por cosas de la vida, pasó a ser el preferido de las democracias marxistas, llamadas populares, si bien a partir de la década de 1960 empezó a ceder su puesto y compartirlo con órganos de control constitucional *ad hoc*, que se dieron luego en los mismos países comunistas de Yugoslavia (l963), Checoslovaquia (1968), Polonia (1982), Hungría (1989), etc. Desaparecido el bloque socialista, el modelo político se mantiene pero muy limitado, y en el futuro tenderá a desaparecer o a focalizarse en aspectos muy puntuales.

Ahora bien, estos tres modelos surgidos en el siglo XIX, y principios del siglo XX, tanto en los Estados Unidos como en Europa, son los que más se han desarrollado y han alcanzado mayor influencia. Veamos algo más de ellos.

3. ORIGINARIOS Y DERIVADOS

Los modelos antes señalados, son lo que por comodidad podemos llamar originarios, pues nacieron con una relativa autonomía, fruto de especiales circunstancias, y se desarrollaron siguiendo una lógica

interna, dentro de su contexto. Y así han llegado a nuestros días.

Pero los modelos, como han observado los estudiosos, no se han mantenido en un estado de pureza, ni tampoco han permanecido inmunes a las influencias foráneas. Si bien relativamente autónomos y originales, en su largo desarrollo han sufrido diversos cambios y diferentes transformaciones, fruto de las influencias que han recibido, que han llevado a tales modelos a ser porosos y a no conservarse en su estado puro, sino que por el contrario, se han modificado sensiblemente en las últimas décadas.

Por cierto, esto no significa que hayan dejado de ser lo que son, ni que hayan perdido sus características básicas, pues en cuanto tales, se mantienen. Pero es indudable que no tienen una pureza químicamente pura, sino que por el contrario, demuestran influencias de diverso jaez.

Así, en su desarrollo han pasado dos cosas: por un lado, los modelos han recibido influencias y muestran matices y características que no son propias, sino adquiridas. Y si bien mantienen lo esencial de lo suyo, cada modelo acusa distinto grado de influencias recibidas de terceros y no todos son iguales, aun cuando siguen emparentados por el aire de familia.

Pero hay un segundo caso, y es cuando las influencias son tan fuertes, que el modelo deja de ser lo que es, y adquiere una nueva fisonomía, partiendo de las influencias asimiladas, y en consecuencia llega a ser en la práctica, otra cosa. Es lo que se denominan sistemas mixtos, es decir, mezcla de dos o más modelos, con diferentes elementos, que dan lugar a un *tertium*, que no es lo que son los dos anteriores, pero tampoco algo enteramente novedoso u original sino más bien sincrético. Por cierto, este *mixtum* es algo derivado, pues proviene de otros.

Tendríamos así, en materia de control constitucional, tres modelos clásicos que podríamos calificar de *originarios* o primigenios, que son el difuso, el concentrado y el político, ya que nacieron en medios y circunstancias muy concretas, se desarrollaron dentro de una cierta lógica interna, y adquirieron vida y renombre a partir de sus propias bondades. Por cierto, en el camino sufrieron mutaciones, pero eso es inevitable en toda institución humana.

Mas, al lado de los *originarios*, existen los *derivados*, que son los que partiendo de éstos, han ido más lejos y han creado una nueva realidad, no tan sugestiva ni tan novedosa, pero no por ello menos útil. Entre estos derivados tenemos el *mixto*, al cual nos hemos ya referido.

En verdad, en materia de mixtura hay muchas variantes, casi infinitas, pues salvo los principales países creadores de los modelos originales, los mixtos se han formado por imitación o recepción de los otros sistemas, y como cada país tiene su propia realidad, resultan recogiendo aspectos de esta última y dando nacimiento a sistemas bastante diferenciados.

Con todo, la mixtura se ha desarrollado con caracteres

verdaderamente creadores en la América Latina, como lo ha señalado Fix-Zamudio y recientemente Brewer-Carías, en especial al referirse al modelo colombo-venezolano, que es ejemplar.

Pero hay un sistema derivado, que he propuesto hace tiempo (1987), y sobre el cual quiero volver aquí, el que denominé dual o paralelo, y que tiene su concreción primera en el Perú.

4. El modelo dual o paralelo

El modelo dual o paralelo –puede llamársele indistintamente- es aquel que existe cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, co-existen el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse. Y esto, que no es frecuente, tiene su partida de nacimiento en la Constitución peruana de 1979, y ha sido reiterado en la vigente Carta de 1993. Veámoslo con más detalle.

El Perú en el siglo XIX no tuvo un sistema de control constitucional, aun cuando hubo intentos, sobre todo doctrinarios, para implantarlo. En rigor, tan sólo en la década de 1930, sobre la base de proyectos que venían desde atrás, es que se incorpora el llamado "modelo americano" en forma expresa. Así, el Código Civil de 1936, en el artículo XXII de su Título Preliminar, estableció que en caso de conflicto entre la Constitución y la ley, y entre ésta y otras normas inferiores, los jueces preferirían la primera, esto es, la de mayor rango y, en su caso, la Constitución. Esta norma, aislada y puesta en el lugar menos indicado, fue reiterada y reglamentada recién en 1963, en la Ley Orgánica del Poder Judicial de ese año (Decreto Ley 14605)en donde se incorporó como una norma de derecho público, y no solamente para el derecho privado, como algunos intérpretes en forma restrictiva pretendieron. Tal modelo americano empezó a funcionar a partir de 1963, si bien con intermitencias, y sobre todo, con largos períodos espaciados, debido en parte a la existencia de gobiernos de facto de larga duración.

En 1979, al discutirse la nueva Constitución del Estado, y en trance de volver al sistema democrático, como lo estaban haciendo los países del área que dejaban tras de sí el experimento militar, la Carta reiteró, en su artículo 236, el precepto de la preferencia que todo juez debía otorgar a una norma superior sobre cualquier otra de menor rango. Es decir, elevaron por vez primera a nivel constitucional, el llamado sistema o control difuso. Pero al mismo tiempo, por temor a la poca iniciativa del Poder Judicial y temiendo que éste, como había sucedido antes por interferencias políticas, no tuviera un buen desempeño, crearon, al margen y fuera del Poder Judicial, un órgano autónomo, no profesional, que no era instancia, y que condensaba el llamado sistema concentrado europeo. Fue creado así el Tribunal de Garantías Constitucionales, de carácter permanente, nombrado por tercios: por el Congreso, por el Poder Ejecutivo y por la Corte Suprema, entre juristas de destacada tradición y de clara vocación democrática, requisito raro y peculiar,

explicable por cuanto se quería que los miembros de dicho Tribunal fuesen demócratas que defendiesen la democracia, y no como sucedió en veces con el Poder Judicial, que cohonestó actos arbitrarios de las dictaduras.

Las competencias de este Tribunal eran tan sólo dos:

1) conocer en casación las resoluciones denegatorias de los Habeas Corpus y amparo, agotada la vía judicial, y
2) conocer en instancia única la Acción de Inconstitucionalidad.

Desarrollando estos dos puntos, tenemos que;

a) La acción de Habeas Corpus fue introducida en el Perú en 1897 y el Amparo lo fue en 1974 en forma restringida en materia agraria, pero en su versión moderna se consagraron ambos en la Constitución de 1979, siguiendo así la huella de otros países latinoamericanos, mediante la cual el primero estaba vinculado a la libertad individual y el segundo a la protección de los demás derechos fundamentales. Pero se agregaban dos características: el conocimiento era únicamente de las acciones que hubiesen sido denegadas en última instancia judicial, pues era el Poder Judicial el que conocía de ellas, y esto, como lo comprueban las estadísticas, eran tan sólo un 10% del universo de demandas, no tanto porque el resto resultasen acogidas, sino por cuanto no todos seguían los trámites ni se animaban a ir a un Tribunal algo distante y que además no tenía más oficina que él mismo.

En cuanto a la casación, era tomada del modelo francés, o sea, en la modalidad del reenvío, con lo cual al casar la sentencia venida en recurso, volvía al ente judicial para que volviese a fallar en definitiva.

b) La Acción de Inconstitucionalidad era típica del modelo concentrado; directa, principal, con efectos *erga omnes.*

Como puede apreciarse, era el modelo europeo incorporado a un sistema jurídico que conservaba el sistema difuso, sin cruzarse con él, ya que el Poder Judicial retenía el conocimiento y defensa de todos los derechos fundamentales a través del Habeas Corpus y el Amparo (tan sólo conocía en casación el Tribunal de Garantías Constitucionales y en caso de resoluciones denegatorias), y el mismo Poder Judicial mantenía el control difuso y de inaplicación de normas (art. 236 de la Constitución)

Aquí, en el caso peruano, no podía hablarse en rigor de un sistema mixto, pues lo mixto supone una mixtura, una mezcla de dos o más elementos, que en el caso peruano no sólo no se mezclan sino que tampoco originan un *tertium*, que sea distinto a sus dos fuentes de origen.

Por último, el Poder Judicial se mantenía separado y aparte del Tribunal de Garantías Constitucionales, que era así un órgano constitucional del Estado, tan autónomo y tan igual como los demás poderes clásicos. Dicho en otras palabras, la jurisdicción constitucional se ejercía en forma paralela por dos entes distintos, que nada tenían que ver entre sí, salvo la eventual coincidencia en aquellas garantías

constitucionales que no fuesen acogidas por el Poder Judicial, y que entonces pasaban en casación al Tribunal de Garantías Constitucionales.

Por estas razones, y por haber incorporado casi en bloque el modelo concentrado dentro de un sistema difuso, sin contaminarlo ni absorberlo, es que creo que dentro de las modelos derivados y al lado del modelo mixto, debemos colocar al dual o paralelo, cuya primera forma nítida de manifestación, está en la Constitución peruana de 1979.

La vigente Constitución del Perú de 1993 mantiene en sustancia el modelo, con las siguientes variantes que no alteran su esencia:

1) adquiere el nombre, en mi opinión más técnico, de Tribunal Constitucional,

2) esta vez sus resoluciones no operan en casación, sino en fallo definitivo, para conocer los instrumentos protectores, que ahora son más: Habeas Corpus y Amparo, y adicionalmente, el Habeas Data y la Acción de Cumplimiento. Pero sólo para las sentencias denegatorias que se dan en tales acciones, pues el resto se mantienen en sede judicial.

3) resuelve en exclusiva los conflictos de competencia o funciones que tengan o se produzcan en los órganos del Estado que señala la ley.

En cuanto a los orígenes de este modelo, al cual había que dar algún nombre, creo que es simple consecuencia de la aplicación y desarrollo en nuestra América, de los institutos creados en otras partes, pero que aquí han merecido un desarrollo autónomo y en cierto sentido peculiar que le son distintivos, motivados por nuestra propia evolución política-institucional. Igual podemos decir del modelo mixto, e incluso de la misma variante de concentrado que en nuestra América existe desde el siglo pasado, como es el caso de Venezuela.

5. Los otros tribunales constitucionales en América Latina

A fin de precisar aún más la peculiaridad del modelo peruano, es bueno echar una ojeada a las experiencias que en materia de tribunales constitucionales han existido o existen en la América Latina, para apreciar no sólo el grado de interés que ha tenido en su desarrollo, sino sus diferencias y avances con los demás tribunales existentes, y así poder apreciar cómo lo dual o paralelo sólo aparece en el caso peruano en 1979.

La experiencia más antigua que tenemos se remonta a Cuba, cuya Constitución de 1940 contemplaba la existencia de un Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, como una de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, y que por cierto era parte del Poder Judicial. Entre sus atribuciones, este Tribunal sólo decidía en asuntos constitucionales dentro de la modalidad del sistema difuso, y lo mismo sucedía con todos los jueces del Poder Judicial, que inaplicaban normas, pero lo elevaban siempre en consulta al Tribunal de Garantías

para que al final resolviese. Esto es, un control difuso en toda la escala, pero que terminaba, para su decisión final, en el más alto tribunal, en concreto, en una de sus salas especializadas que era el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales.

Pero también existía el Recurso de Inconstitucionalidad, como vía de acceso directo, y que podía ser interpuesto ante el Tribunal por 25 ciudadanos, en una especie de acción popular, cuando existiese agravio institucional. La sentencia que en este caso declaraba fundada la demanda, tenía efectos *erga omnes* (art. 194 de la Constitución).

El caso cubano, que se fue formando durante décadas, representa, por un lado, un desarrollo peculiar del sistema norteamericano, tan sensible en todo su derecho, y por otro, la presencia del modelo concentrado a través del modelo español de la II República, del cual tomaron hasta el nombre.

Tal experimento, muy activo hasta 1952 y que para efectos teóricos duró hasta 1959 en que advino la revolución castrista al poder, puede ser calificado de mixto. Pero la Isla, enrolada muy pronto dentro de las democracias del bloque socialista, al adoptar su nueva Constitución en 1976, se adhirió al modelo político y derogó finalmente el sistema que había introducido la Carta de 1940.

El caso cubano representa un valioso antecedente de lo que serán luego los tribunales constitucionales latinoamericanos, y es probable que, de no ser por su posterior desarrollo político, hubiera evolucionado en el sentido de una mayor autonomía funcional.

El segundo país es el Ecuador, que da nacimiento al Tribunal de Garantías Constitucionales en 1945, pero con funciones totalmente irrelevantes y con una composición sobre todo política. El Tribunal según decía el artículo 160, *excitaba* (sic), para el cumplimiento de la Constitución, y de ser el caso, suspendía los efectos de la ley y la remitía al Congreso, para que resolviese lo conveniente. Como es fácil advertir, se trataba de un órgano político, sin ningún poder efectivo de control; en el fondo, sólo con funciones consultivas. Esta Carta de 1945, fue remplazada por la de l946, que lo eliminó, y volvió al Consejo de Estado, de influencia francesa, y que tuvo aquí, como luego en Chile, una gran influencia. Años más tarde, la Constitución de 1967 volvió nuevamente a crear la institución del Tribunal de Garantías Constitucionales, pero en los mismos términos de 1945, esto es, meramente consultivo.

Más tarde, la Constitución ecuatoriana de 1978, mantuvo el Tribunal de Garantías Constitucionales, en términos similares a las anteriores. Pero lo interesante de ella es que ha sufrido en los últimos años numerosas modificaciones en relación con el Tribunal de Garantías Constitucionales, que demuestran el interés de la elite política en hacer más efectiva tal institución. Todos estos esfuerzos han culminado en un bloque de reformas aprobado en 1996, momento en el cual se han hecho dos giros importantes:

a) por un lado, lo denomina ahora como Tribunal Constitucional, con plena autonomía funcional, y b) le otorga efectivos poderes jurisdiccionales y de control.

Pero como el Poder Judicial en Ecuador mantiene también determinadas competencias en materia de inaplicación de leyes inconstitucionales, pensamos que aquí, Ecuador se aproxima a lo que hemos denominado el modelo paralelo o dual, toda vez que convergen en el mismo sistema normativo, los dos modelos de control antes descritos, sin fusionarse, y que obedece en parte a la influencia externa, y en parte, a la propia lógica de su desarrollo político.

Todo este largo proceso ha culminado en la nueva constitución del Ecuador aprobada el 11 de agosto de 1998, que confirma el modelo dual o paralelo.

El tercer país de interés, es Guatemala, que crea en 1965 una Corte de Constitucionalidad, pero con dos peculiaridades: a) es parte integrante del Poder Judicial, y b) no es permanente; se reúne tan sólo cuando algo hay que resolver. Se trata pues, de un modelo interesante, pero inferior, si se quiere, al cubano de 1940.

Más bien, es en la vigente Constitución de 1985, que se vuelve a consagrar la Corte de Constitucionalidad, como órgano permanente, autónomo y con funciones específicas, y afín a la versión concentrada. Pero no se puede decir que actúa al margen del Poder Judicial, pues quedándole rezagos del modelo anterior, esta Corte de Constitucionalidad se convierte en revisora, mediante la apelación, de los fallos que den las autoridades judiciales en materia de defensa de los derechos fundamentales. Existe, pues una cierta unión con la judicatura que hay que tener presente, y que lo hacen decididamente un modelo mixto.

Chile incorporó el Tribunal Constitucional en 1970, por especial modificación de la entonces vigente Constitución de 1925, y tuvo por lo demás, una vida borrascosa, hasta que fue desmantelado en 1973, por el golpe de Estado de ese año. Posteriormente, la vigente Constitución de 1980 reprodujo la figura del Tribunal Constitucional y así hasta la fecha. En el caso chileno, el modelo vigente es en sustancia el mismo de 1970, o sea, permite la inaplicación mediante el sistema difuso, pero sólo ante la Corte Suprema. Pero, por otro lado, el Tribunal Constitucional tiene prerrogativas limitadas, y en materia de control constitucional, tiene un carácter preventivo, o sea, previo a la sanción; no puede ejercer un control *a posteriori*. Se trata de una suerte de modelo político *sui generis*, pues el Tribunal Constitucional aparece así como un filtro de la actividad legislativa, y no como su controlador, demostrando aquí también una influencia francesa. El sistema chileno se asemeja en cierto sentido al modelo dual, pero se aleja de él pues uno de sus componentes es más político que jurisdiccional.

Colombia, como se sabe, tiene una larga tradición en materia constitucional, y en el presente siglo constituyen un hito fundamental las

reformas efectuadas en 1910. La segunda etapa, gestada desde los años 60, culmina con la creación de la Corte Constitucional en la vigente Constitución de 1991, al lado del Poder Judicial y otras entidades análogas y que incorpora el modelo europeo conjuntamente con el sistema difuso, consagrado en el artículo 4 de dicha Constitución. Objeto de justos elogios por su seriedad, por su jurisprudencia y por su labor dentro del entorno institucional, es quizá la Corte Constitucional más interesante en el contexto latinoamericano. Pero su modelo, como ya ha sido señalado, puede considerarse mixto, aun cuando con evidentes peculiaridades. Hay que recordar por lo demás, que la Corte Constitucional es parte de la denominada "rama judicial".

El más reciente caso de Tribunal Constitucional es el consagrado en Bolivia con la reforma de 1994, y hecha a la vigente Constitución de 1967. Incorporado con lentitud y grandes resistencias por una clase política que no conocía la institución, tiene competencias limitadas, y sobre todo, es parte integrante del Poder Judicial, el que puede ejercer el control difuso. Bolivia se afilia por tanto al modelo mixto, con variantes. Cabe no obstante advertir que el Tribunal Constitucional no ha sido nombrado; se calcula que estará en funcionamiento a fines de 1998.[1]

De este rápido balance puede colegirse que de los seis tribunales constitucionales existentes en América Latina (el precedente cubano desapareció), ninguno de ellos se apega a los modelos originales, sino que más bien, hacen avances y diseñan situaciones que en el fondo son adaptaciones a sus propias realidades políticas, lo que demuestra que el trasplante mecánico de instituciones no siempre es posible, y más aún, puede ser creador, como se ve en nuestra América.

6. LA VIRTUALIDAD DEL MODELO DUAL O PARALELO

Lo que pasó en la América Latina desde el siglo pasado, es que se encontró con

[1] En la actualidad se encuentra en funciones y ha producido una jurisprudencia interesante, pero breve (Nota de 1999).

una realidad política que había que afrontar, fruto de su recién ganada independencia y para eso contaron con la valiosa experiencia sajona, pero fundamentalmente norteamericana. El ejemplo de Estados Unidos, más cercano y más sugestivo para los nuevos países, pues se habían librado de la tutela de una gran potencia, tenía el agregado adicional de ser un país que tenía prácticas democráticas -con las inevitables limitaciones de la época- a diferencia de Europa, sumergida en dictaduras, regímenes autocráticos o monarquías conservadoras y fuertes o arbitrarias. Este contraste fue claramente percibido por Tocqueville, como lo denota el título de su obra clásica: *La democracia en América*.

Por consiguiente, los jóvenes países de América Latina adoptaron,

sin problema alguno, los métodos de control constitucional que venían de los Estados Unidos, y los sometieron a su propio desarrollo. Y lo curioso es que dentro de esta realidad, avanzaron muchísimo, recreando fórmulas e instituciones, que hoy se ven en toda nuestra América, a las que se sumó la influencia europea, ya avanzado el siglo XX.

Pues bien, dentro de tales experiencias, creemos que una de esas aportaciones, es precisamente el modelo dual o paralelo, que aparece por vez primera en la Constitución peruana de 1979, se perfecciona en la subsiguiente Carta de 1993, reaparece en las reformas constitucionales del Ecuador de 1996 y en la nueva Carta de 1998. Es decir, ni un modelo ni otro; tampoco una síntesis o mixtura, sino una co-existencia pacífica sin interferencias de modelos distintos, que dan pauta precisamente a un modelo paralelo o dual, que no obstante sus inconvenientes, ha tenido la fortuna de funcionar.

Lima, agosto de 1998

BIBLIOGRAFÍA: Siendo inmensa, nos limitamos a indicar la fundamental. En cuanto a América Latina, la más reciente y completa edición de textos es: *Constituciones latinoamericanas*, a cargo de Luis A. Ortiz-Alvarez y Jacqueline Lejarza, Caracas 1997 (con anterioridad son muy útiles las colecciones editadas por el CEC, a cargo de L. Aguiar de Luque y L. López Guerra y la de la UNAM). Panoramas generales, cf. García Belaunde D. y Fernández Segado F., coordinadores, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica* (colectivo de varios autores), Editorial Dykinson, Madrid 1997; *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (Madrid), núm.l, 1997; AA.VV. *Justicia constitucional comparada,* UNAM, México 1993; AA.VV. *La jurisdicción constitucional*, editorial Juricentro, San José 1993. Sobre el modelo americano, cf. Alexander M. Bickel, *The least dangerus branch*, Yale University Press 1986; John H. Ely, *Democracy and distrust*, Harvard Univ. Press, 1980 y Henry J. Abraham, *The judicial process*, N.Y. 1993. Un enfoque crítico, Edouard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la legislation sociale aux Etats Unis*, Paris 1921 (hay traducción italiana). Sobre el modelo europeo, cf. Hans Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Giuffré editore, Milano 1981; Charles Eisenmann, *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, L.G.D.L., Paris 1928 (reimpresión por Economica en Paris y en 1986); Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, CEC, Madrid 1987; Dominique Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Montchrestien, Paris 1992. Para un panorama general, cf. Michel Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Paris 1996 y Marc Verdussen (director), *La justice constitutionnelle en Europe Centrale*, Bruylant, Bruxelles 1997 (trata Bulgaria, Hungría, Polonia,

Rumania, Rep. Eslovaca y Rep. Checa). Sobre los modelos; cf. P. Calamandrei, *L' illegittimitá costituzionale delle leggi nel proceso civile*, Cedam, Padova 1950 (hay traducción castellana) recogido en *Opere giuridiche*, tomo 3, Moreno, Napoli 1968; Mauro Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalitá delle leggi nel diritto comparato*, Giuffré (ristampa) Milano 1978 (hay traducción castellana); Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, UNAM, México 1968; ib, *Los Tribunales Constitucionales y los derechos humanos*, Porrúa, México 1985; ib *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, Cuadernos constitucionales México-Centroamérica, 1994; ib, *Justicia constitucional, Ombudsman y derechos humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 1993, Osvaldo A. Gozaíni, *La justicia constitucional*, Edic.Depalma, Buenos Aires 1994; Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade*, Edic. Saraiva, São Paulo 1990; Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones políticas y constitucionales*, Univ. Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996, en especial el tomo VI dedicado a la justicia constitucional; Francisco Fernández Segado, *El control de la constitucionalidad en Iberoamérica: sus rasgos generales y su génesis en el pasado siglo* en "Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano", III, 1997 (ver en general en este importante Anuario, contribuciones sobre diversos aspectos de esta temática) y Rodolfo Piza Rocafort, *Influencia de la Constitución de los Estados Unidos en las constituciones de Europa y de América Latina* en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense" núm. 15, 1989 (es quizá el primero que, desde fuera, percibió la peculiaridad del modelo peruano). Sobre el caso específico del Perú, cf. Enrique Bernales B., *La Constitución de 1993* (en colaboración con Alberto Otárola), Lima 1997; Ernesto Blume Fortini, *El Tribunal constitucional peruano como supremo intérprete de la Constitución* en "Pensamiento constitucional", núm. 3, 1996; César Landa, *Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional: el caso peruano*, en "Pensamiento constitucional", núm. 2, 1995, ib, *Balance del primer año del Tribunal Constitucional del Perú* en "Pensamiento constitucional", núm. 4, 1997; Ernesto Blume Fortini, *El control de la constitucionalidad*, Lima 1996; Aníbal Quiroga León, *Una aproximación a la justicia constitucional; el modelo peruano* en AA.VV. "Sobre la jurisdicción constitucional" Univ. Católica, Lima 1990; Aníbal Quiroga L., *Control "difuso" y control "concentrado" en el Derecho Procesal Constitucional peruano* en "Derecho-Puc", núm. 50, diciembre de 1996; Samuel B. Abad, *La jurisdicción constitucional en el Perú; antecedentes, balance y perspectivas* en "Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano", II, 1996. Sobre el planteo del modelo dual o paralelo, cf. Domingo García Belaunde, *El control de la constitucionalidad de las leyes en el Perú* (1987) y *La Acción de Inconstitucionalidad en el Derecho comparado* (1991) ahora en Domingo García Belaunde, *La Constitución*

en el péndulo, Editorial UNSA, Arequipa 1996.

CAPÍTULO VIII

PROCESOS CONSTITUCIONALES EN LA CONSTITUCION BRASILEÑA DE 1988[*] [1]

Sumario: 1. Antecedentes. 2. Acción directa de declaración de inconstitucionalidad. 3. Recurso extraordinario y recurso especial. 4. Habeas Corpus. 5. Mandato de seguridad. 6. Mandato de Seguridad Colectivo. 7. Mandato de Injunción. 8. Habeas Data. 9. Acción Popular. 10. Conclusión. 11. Anexo legislativo sobre el mandato de seguridad.

1. ANTECEDENTES

La recientemente promulgada Constitución brasileña, no sólo es un hito democrático en ese país -coincide con el retorno de la democracia y el retiro de los militares a sus cuarteles- sino que adicionalmente es la culminación de un largo camino recorrido en torno a los instrumentos protectores de los valores e instituciones constitucionales, cuya exposición será materia de vulgarización en las presentes líneas.

En materia de jurisdicción constitucional, el Brasil, si bien se afilió desde muy temprano dentro de los cauces del llamado "modelo americano", es en la actualidad un sistema mixto, pues en el Supremo Tribunal Federal, con sede en Brasilia, se han concentrado decisiones que son propias de un Tribunal Constitu-

[*] El presente texto es la reconstrucción sintetizada de dos lecciones profesadas en la Maestría de Derecho de la Universidad Panamericana (México), que a su vez era parte de un seminario sobre “La defensa de la Constitución”, que ahí impartí en el mes de febrero de 1990. Se trata de un texto muy breve, pero que presenta cosas novedosas, sobre las cuales no tenemos noticia de que se haya escrito nada en idioma castellano. Para preparar nuestro resumen tuvimos presente, aparte de las obras generales de Pinto Ferreira, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, José Afonso da Silva, Elcías Ferreira da Costa, J. Cretella Junior, las más puntuales de Rogério Laura Tucci y José Rogério Cruz e Tucci, **Constituição de 1988 e processo**, Editora Saraiva, São Paulo 1989 (de altísima calidad académica); José Cretella Junior **Os “writs” na Constituição de 1988**, Ed. Forense Universitaria, Rio de Janeiro 1989; J.J. Calmon de Passos, **Mandado de Segurança coletivo; Mandado de injunção, Habeas Data,** Ed. Forense Río de Janeiro 1989; Diomar Ackel Filho, **Writs constitucionais**, Ed. Saraiva, São Paulo 1988; José Afonso Da Silva, *Mandado de injunçao e Habeas Data*, edit. Rev. dos Tribunais, Sâo Paulo 1989.

[1] Publicado en *"Lecturas sobre temas constitucionales",* Comisión Andina de Juristas, Nº 5, Lima, noviembre de 1990.

cional, reuniendo el órgano judicial brasileño atribuciones que son distintivas de ambos sistemas (concentrado y difuso), presentándose de esta manera como un resultado nuevo, un *mixtum,* mezcla de elementos dispersos, pero que están dotados de unidad de sentido en el órgano judicial. Esto se refuerza si se tiene en cuenta que la propuesta para crear un Tribunal Constitucional no estuvo ajena a los debates en torno a la nueva Constitución, pero a la postre se consideró innecesaria y no fue considerada por la Constituyente, toda vez que para efectos prácticos, la misma función la hacía la más alta instancia del órgano judicial.

Los procesos constitucionales que registra la nueva Constitución[2], son los que analizamos a continuación.

2. ACCIÓN DIRECTA DE DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Históricamente, como ya hemos señalado, el modelo adoptado en el Brasil fue el americano (difuso), pero en el presente siglo este modelo tuvo diversas innovaciones. Así tenemos que frente al clásico control en vía incidental, *incidentur tantum,* que es lo que los alemanes denominan *konkrete Normenkontrolle,* se vigoriza el control abstracto *(abstrakte Normenkontrolle),* mediante la introducción de dos acciones directas de inconstitucionalidad, de la ley o del acto normativo, y que son: la acción interventiva y la acción genérica.

Ambas se plantean ante el Supremo Tribunal Federal (en caso de inconstitucionalidad de leyes o actos normativos estatales), o ante los Tribunales de justicia de cada Estado (si se trata de la inconstitucionalidad de leyes o actos normativos estatales o municipales en relación con la Constitución específica de dicho Estado): se deberá tener presente que en el Brasil existen constituciones de los Estados y además la Constitución Federal o de la Unión. Desarrollando las dos acciones directas, tenemos:

a) Acción de declaración de inconstitucionalidad interventiva

Fue creada por la Constitución de 1934. Puede plantearla sólo el Procurador General (que es el titular del Ministerio Público) ante la presencia de actos o leyes de los Estados que menoscaben determinados principios de la Unión o sus autoridades, tales como autonomía municipal, rendición de cuentas de la administración, derechos humanos y la forma republicana de gobierno. Si dichas leyes o actos son declarados inconstitucionales, la Unión está en capacidad de intervenir en el respectivo Estado.

Otras modalidades de esta acción, se llevan a cabo en instancias inferiores para facilitar diversos tipos de intervención en los Estados miembros.

b) Acción de declaración de inconstitucionalidad genérica.

Fue creada en 1965 mediante expresa reforma constitucional. Están legiti-mados para plantearla: el Presidente de la República, el Procurador General, las

[2] Nos referimos aquí únicamente a los procesos en sede judicial.

Mesas Directivas de las Cámaras, el Gobernador del Estado, el Consejo Federal de la Orden de Abogados del Brasil, los Partidos Políticos con representación en el Congreso Nacional, Confederación Nacional y entidad de clase a nivel nacional, así como la Mesa Directiva de la Asamblea Legislativa (que son las Cámaras de los Estados). Procede contra la inconstitucionalidad de leyes o actos de naturaleza normativa. Si la inconstitucionalidad es por **acción,** la sentencia se comunica al Senado Federal, el que suspenderá la aplicación de la ley declarada inconstitucional; en cambio, si es por *omisión* la sentencia se limita a instruir al poder competente sobre las medidas que debe adoptar, y si es un órgano administrativo, le concede 30 días para hacerlo. En esta acción proceden medidas cautelares.

Lo anterior es a nivel federal, pero la Constitución permite que los Estados miembros regulen en sus propias constituciones, acciones similares.

El desarrollo de estas dos acciones no interfiere, como ya anotamos, con el control difuso o de no aplicación, a cargo de todos los jueces de la rama judicial[3].

3. Recurso extraordinario y recurso especial

El Recurso Extraordinario está limitado a una cuestión constitucional, mientras que el Recurso Especial está circunscrito a una cuestión federal y ambos tienen como objetivo cautelar la jerarquía del orden jurídico.

Desarrollando cada uno de estos, tenemos:

a) Recurso Extraordinario: A través de él se revisa una sentencia recurrida que contraría un dispositivo de la Constitución, al declararse en ella la inconstitucionalidad de un tratado o una ley federal o convalidarse (en la sentencia impugnada) una ley o acto de gobierno local (estatal o municipal) tachado de inconstitucional. Es resuelto siempre por el Supremo Tribunal Federal.

b) Recurso Especial: Lo resuelve el Superior Tribunal de Justicia (a nivel de los Estados). Decide causas en única o última instancia (por los Tribunales Regionales o de los Estados) cuando la decisión: i) contraría un tratado o ley federal, ii) cuando juzga válida una ley o acto de gobierno local, discutido por afectar alguna ley federal, y iii) da a la ley federal una interpretación distinta a la de otro tribunal.

Ambos recursos tienen en común los siguientes supuestos: i)

existencia de una causa o *litis*, ii) existencia de acto decisorio de un tribunal inferior, iii) cuestión constitucional o federal en discusión.

Se trata, como se ve, de recursos que persiguen sustancialmente lo mismo, pero mientras que el primero (extraordinario) tiene por objetivo cautelar la Constitución Federal, el segundo (especial) defiende la legislación federal.

[3] Por enmienda constitucional sancionada en 1993, se perfiló la inconstitucionalidad por omisión de las normas de la Federación (Nota de 1999).

4. Habeas corpus

Se incorporó en 1830, veladamente en el Código Penal y más claramente en 1832, en el Código de Procedimientos Criminales. En la República, luego del experimento monárquico y con la Constitución de 1891, se recogió el Habeas Corpus con tal amplitud, que comprendió la defensa de todos los derechos, y en consecuencia, se desnaturalizó. En 1926, mediante reforma constitucional, el Habeas Corpus se restringió a la libertad individual. Durante los años posteriores se estableció que el Habeas Corpus no procedía en caso de detención disciplinar, pero esta restricción ha sido eliminada en la Carta vigente de 1988.

El Habeas Corpus procede contra particulares, y tiene como supuesto la ilegalidad o abuso de poder en la libertad de locomoción.

5. Mandato de seguridad (mandado de segurança)

Fue creado en 1934, luego fue eliminado en la Constitución de 1937 y finalmente se restableció en la Constitución de 1946, manteniéndose en la Carta actualmente en vigor.

Protege derechos constitucionales líquidos y ciertos (esto es, claros y exigibles) no amparados por el Habeas Corpus ni por el *Habeas Data.* Procede tan sólo contra acción u omisión de autoridad o ente ejerciendo el poder público. Así como el Habeas Corpus se ventila en la vía penal, el Mandato de Seguridad se tramita en la vía civil. Puede ser interpuesto por personas naturales o jurídicas, sean nacionales o extranjeras.

Como norma general, el mandato de Seguridad no procede cuando sobre la materia existe pendiente una vía administrativa o cuando al respecto hay un trámite judicial en curso (aun cuando en esto último hay excepciones, pues se acepta que proceda contra acto judicial, si éste atenta gravemente contra derecho líquido y cierto, y siempre que no se enderece contra resoluciones finales ejecutoriadas).

6. Mandato de seguridad colectivo (mandado de segurança coletivo)

Es una nueva modalidad del Mandato de Seguridad, pero dedicado

exclusivamente a proteger los denominados intereses colectivos, a diferencia de los intereses individuales, que son defendidos por el primero de los mencionados. En cierto sentido, tiene un parecido con la *class action* (acción de clase) existente en el procesalismo norteamericano. Requiere, concretamente, que estén en afectación o en peligro de estarlo, intereses que atañen a una colectividad. Puede ser interpuesto tan sólo por: i) Partido Político con representación en el Congreso Nacional; y ii) Organización Sindical, Entidad de Clase o Asociación legalmente constituida o en funciones por lo menos un año, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados.

7. MANDATO DE INJUNCIÓN (MANDADO DE INJUNÇÂO)

El origen de esta palabra, se encuentra en el constitucionalismo británico, de donde pasó a las prácticas constitucionales norteamericanas. Es pues, un término jurídico sajón, que ha sido adoptado por el lenguaje de la nueva Constitución brasileña, y que puede traducirse como injunción, o quizá, como ejecución. No obstante que el término ha sido tomado del famoso *writ of injunction* (el cual tiene, por lo demás, varias modalidades), no tiene el mismo significado[4], pues su contenido ha sido tomado del recurso de queja constitucional *(verfassungsbeschwerde)* del constitucionalismo alemán. El instituto brasileño, si bien conserva el nombre sajón, se ha inspirado en el recurso alemán ya mencionado. Este mandato se concede siempre que a falta de norma reglamentaria, se torne inviable el ejercicio de los derechos fundamentales y las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, soberanía y ciudadanía. Esta omisión puede ser tanto procesal como sustantiva, pero tiene que existir una gran claridad, en el sentido que la omisión cause daño. Se trata de una acción sumaria, de carácter civil, que presupone la existencia de una laguna normativa (tanto de orden procesal como sustantivo) y que a su vez todo ello tenga respaldo directo e inmediato en la Constitución. Como resultado, la sentencia que lo favorece no produce normas, sino tan sólo apoya al reclamante en el caso concreto (lo cual lo diferencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión, que precisamente estimula y orienta la producción de normas). Su trámite es similar al Mandato de Seguridad.

8. HABEAS DATA

Esta es otra de las innovaciones de la reciente Carta brasileña, propuesta por el distinguido constitucionalista José Afonso da Silva, y que ha tenido rápida influencia en el exterior (en la Argentina se ha empezado a discutir y plantear la incorporación de esta institución). Es en sustancia, el derecho a tener acceso a los datos personales y a su rectificación. En cierto sentido, es una defensa del ciudadano frente al

manejo de la informática por parte del poder público, y tiene su sustento en lo que ahora se denomina como "derecho a la autotutela informativa". Es igual al Habeas Corpus en su trámite y sirve para: a) conocer informaciones del recurrente en bancos de datos gubernamentales; y b) pedir rectificaciones de los datos que pueda considerarse erróneos y cuando no se emplee para tales fines la vía administrativa. Sólo puede accionar el interesado en una vía sumaria parecida al Habeas Corpus, pero que se encarrila por la vía civil.

[4] En efecto, en los Estados Unidos, el *writ of injunction* es una orden de la Corte dirigida a un tercero para que se abstenga de hacer o para que continúe lo que está haciendo. O sea, es un remedio por medio del cual una parte que viola o amenaza violar un derecho, recibe una orden judicial para no hacer, para cesar o no repetir el acto violatorio; una modalidad de esto es el llamado *injunction relief.*

9. Acción popular

Fue introducida por primera vez en 1934, resurgió en 1946 y sigue sin interrupciones hasta la fecha. Sirve para controlar los actos del poder público que sean ilegales o perjudiciales al patrimonio de la Unión, Estado o Municipios, por actos o normas (sea por acción u omisión) y siempre en defensa de los intereses de la colectividad. De acuerdo a su denominación, puede ser interpuesta por cualquier ciudadano. En la actualidad el concepto de patrimonio se ha ampliado y con esta acción se puede cautelar la moralidad administrativa, la afectación del patrimonio cultural, artístico, histórico, económico, etc. Algunos autores dicen por ello que en realidad sirve para defender los llamados intereses difusos. Su trámite es más lento que las anteriores acciones y se regula por una ley especial de 1965.

10. Conclusión

El conjunto de instrumentos procesales constitucionales que tiene la reciente Constitución brasileña de 1988 -que aquí hemos anunciado en sus grandes lineamientos, sin hacer mayores precisiones sobre su funcionamiento y menos aún sobre su eficacia- se presenta, sin lugar a dudas, como la más completa de las constituciones latinoamericanas en materia de jurisdicción constitucional, pues en parte representa la consagración de instituciones de larga data, y en parte, el reconocimiento de nuevas realidades que han hallado acogida en el nuevo texto. En tal sentido, y respetando las peculiaridades y tradiciones de cada uno de nuestros países, pensamos que esta Carta, así como sus desarrollos futuros, pueden servir de estímulo y de comparación provechosa para nuestros ordenamientos constitucionales.

11. Anexo legislativo sobre el mandato de seguridad[*]

I. *CONSTITUCIÓN FEDERAL (1988)*

Art. 5º.-...

LXIX. Concédese mandato de seguridad para la protección de derecho líquido y cierto, no amparado por habeas corpus o habeas data, cuando el responsable de la ilegalidad o del abuso de poder, fuere autoridad pública o representante de persona jurídica en ejercicio de atribuciones del poder público.

LXX. El mandato de seguridad colectivo puede ser interpuesto por:

a) un partido político con representación en el Congreso Nacional,
b) organización sindical, entidad de clase o asociación legalmente constituida y que haya estado funcionando no menos de un año, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados.

[*] Traducción efectuada por Carito Sánchez M. y revisada por Domingo García Belaunde y Samuel B. Abad Yupanqui. Tomado de J.M. Othon Sidou, *Habeas Corpus, Mandado de Sugurança, Mandado de Injunçâo, Habeas Data, Açâo Popular*, Editora Forense, Río de Janeiro 1989.

II*. LEY Nº 1533 (31 de diciembre de 1951)*

Modifica disposiciones del Código de Procedimientos Civiles relativas al mandato de seguridad

Art. 1°.- Se concede mandato de seguridad para proteger derecho líquido y cierto, no amparado por habeas corpus, siempre que, ilegalmente o con abuso de poder, alguien sufra violación o tenga justo temor de sufrirla por parte de una autoridad, de cualquier categoría y sean cuales fueren las funciones que ejerza.

§1º Se considera autoridad para los efectos de esta ley, a los representantes u órganos de los partidos políticos, a los representantes o administradores de las entidades autárquicas y a las personas naturales o jurídicas que por delegación ejercen funciones del poder público, siempre que actúen en ejercicio de esas funciones.

§2º Cuando el derecho amenazado o violado alcance a varias personas, cualquiera de ellas podrá interponer el mandato de seguridad.

Art. 2º.- Se considera federal a la autoridad agresora, si las consecuencias de orden patrimonial del acto contra el cual se requiere el mandato, afectan a la Unión Federal o a las entidades autárquicas federales.

Art. 3º.- El sucesor de un titular de derecho líquido y cierto que se encuentre en condiciones idénticas a las de un tercero, podrá interponer mandato de seguridad a favor del titular originario, si su titular no lo hiciere en plazo razonable, a pesar de haber sido notificado judicialmente.

Art. 4º.- En caso de urgencia, es permitido, observados los requisitos de esta ley, interponer el mandato de seguridad por telegrama o radiograma, al Juez competente, quien podrá disponer se efectúe de la misma forma la notificación a la autoridad agresora.

Art. 5º.- No procederá el mandato de seguridad cuando se trate:

I. de acto contra el que quepa recurso administrativo con efecto suspensivo, independientemente de la caución.

II. de resolución o decisión judicial, cuando haya recurso previsto en las leyes procesales, o pueda ser modificada en la misma vía.

III. de medida disciplinaria, salvo cuando haya sido practicada por autoridad incompetente o con inobservancia de formalidad esencial.

Art. 6º.- La demanda, que deberá reunir los requisitos de los artículos 153 y 159 del Código de Procedimientos Civiles, será presentada en dos copias y los documentos, que acompañen a la primera, deberán ser reproducidos por copia, en la segunda.

Parágrafo único.- En el caso que el instrumento necesario para la prueba del demandante, se encuentre en una repartición o establecimiento público, o en poder de autoridad que se niegue a entregarlo en copia certificada, el Juez ordenará preliminarmente, de oficio, la exhibición de ese documento en original o en copia autenticada y señalará para el cumplimiento de la orden el plazo de diez días. Si la autoridad que hubiere procedido de esa manera fuera el propio agresor, la orden se efectuará en el propio instrumento de notificación. El escribano sacará copias del documento para acompañarlas al segundo ejemplar de la demanda.

Art. 7º.- La resolución inicial del Juez ordenará:

I. Que se notifique al agresor del contenido de la demanda, entregándole el segundo ejemplar presentado por el demandante con las copias de los documentos, a fin de que, en el plazo de diez días, brinde las informaciones que sean necesarias.

II. Que se suspenda el acto que dio motivo al reclamo cuando fuera relevante el fundamento, y del acto impugnado pudiera resultar la ineficacia de la medida, en caso que sea diferida.

Art. 8º.- La demanda será rechazada cuando no proceda el mandato de seguridad o le falte alguno de los requisitos que señala esta ley.

Parágrafo único.- Contra la resolución que rechaza la demanda, procederá el recurso previsto en el artículo doce.

Art. 9º.- Efectuada la notificación, el secretario en cuya oficina corren los actuados, acompañará a los autos copias autenticadas del oficio dirigido al agresor, como prueba de su entrega o de la negativa en aceptarla.

Art. 10º.- Finalizado el plazo a que se refiere el ítem I del artículo 7 y oído el representante del Ministerio Público dentro de cinco días, los autos serán remitidos al Juez, independientemente de la solicitud de la parte, para la decisión, la cual deberá ser expedida dentro de cinco días, hayan o no sido prestadas las informaciones por la autoridad agresora.

Art. 11º.- Declarada procedente la demanda, el Juez comunicará por oficio, por intermedio del funcionario del juzgado o por correo, mediante registro de vuelta, o por telegrama, radiograma o teléfono, conforme lo requiera el solicitante, el tenor completo de la sentencia a la autoridad

agresora.

Parágrafo único.- Los originales, en los casos de transmisión telegráfica, radiográfica o telefónica, deberán ser presentados a la agencia que la expide, con la firma del Juez debidamente reconocida.

Art. 12º.- De la sentencia, que rechaza o concede el mandato, cabe apelación.

Parágrafo único.- La sentencia que otorga el mandato, queda sujeta a la jurisdicción superior por apelación, pudiendo mientras tanto, ser ejecutada provisionalmente.

Art. 13º.- Cuando el mandato fuera concedido, el Presidente del Tribunal al cual compete el conocimiento del recurso, ordenará al Juez la suspensión de la ejecución de la sentencia¸ si el acto causare agravio al Tribunal que preside.

Art. 14º.- En los casos de competencia del Supremo Tribunal Federal y de los demás tribunales, corresponderá al relator la investigación del proceso.

Art. 15º.- La decisión del mandato de seguridad no impedirá que el demandante directamente, litigue sus derechos y sus respectivos efectos patrimoniales.

Art. 16º.- El mandato de seguridad podrá ser presentado nuevamente, si la sentencia que lo rechaza no hubiere apreciado el mérito del pedido.

Art. 17º.- Los procesos de mandato de seguridad tendrán prioridad sobre todos los demás procesos judiciales, salvo el de Habeas Corpus. En la instancia superior, deberán ser remitidos para su juzgamiento en la sesión siguiente a la fecha en que fue hecha la distribución, tras la conclusión del trabajo del relator.

Parágrafo único.- El plazo para su conclusión no podrá exceder de 24 horas, contadas a partir de su distribución.

Art. 18º.- El derecho de utilizar el mandato de seguridad, se extingue luego de transcurridos 120 días contados a partir del conocimiento por el interesado del acto impugnado.

Art. 19º.- Se aplican al procedimiento del mandato de seguridad, los artículos 88 a 94 del Código Procesal Civil.

Art. 20º.- Deróganse los artículos del Código Procesal Civil que tratan sobre lo mismo y demás disposiciones que se le opongan.

Art. 21º.- Esta ley entrará en vigor en la fecha de su publicación.

III. *LEY Nº 2770 (24 de mayo de 1956)*

Suprime el otorgamiento de medidas cautelares en las acciones o procedimientos judiciales de cualquier naturaleza, que permitan la liberación de bienes, mercaderías o cosas de procedencia extranjera y da otras providencias.

Art. 1º.- En las acciones y procedimientos judiciales de cualquier naturaleza, destinados a obtener la liberación de mercaderías, bienes o

cosas de cualquier especie procedentes del extranjero, no se concederá, en ningún caso, medida preventiva o cautelar que, directa o indirectamente, importe la entrega de la mercadería, bien o cosa.

Art. 2º.- En el curso del litigio o durante el trámite del recurso, incluso sin efecto suspensivo, la ejecución de la sentencia que disponga la entrega o el ingreso del exterior de mercaderías, bienes o cosas de cualquier naturaleza, no será ordenada por el Juez o Tribunal si es que el autor o solicitante no presta garantías de restituir el respectivo valor, para el caso que, eventualmente, la acción sea rechazada.

§1 Las garantías referidas en este artículo, consistirán en el ofrecimiento de fianza bancaria idónea, aceptada por la autoridad aduanera competente, o de caución en títulos de la Deuda Pública Federal, cuyo valor nominal ascienda a 150% ad valorem de las mercaderías, bienes y cosas objeto de litigio, en la forma que señala el artículo 6º, §4º de la Ley Nº 2145 de 29 de diciembre de 1953.

§2 El valor exigible, tanto para la fianza bancaria cuanto para la caución, de que trata el parágrafo anterior, será comprobado con documento expedido por la Oficina de Comercio Exterior, en el cual constarán todos los datos indispensables para la precisa clasificación de la mercadería, bien o cosa.

Art. 3º.- Las sentencias que dispongan la liquidación por arbitrajes o artículos en las ejecuciones de sentencias no líquidas, contra la Unión, el Estado o el Municipio, quedan sujetas a la instancia plural con efecto suspensivo.

Art. 4º.- Las disposiciones de esta ley, entrarán en vigencia en la fecha de su publicación, inclusive en lo referente a su obligatoriedad en los Estados extranjeros, derogando para ese efecto, el §1º del artículo 1º del Decreto Ley Nº 4657, de 4 de setiembre de 1942, y aplicándose a los procesos en curso.

IV. LEY Nº 4348 (26 de junio de 1964)

Establece normas procesales relativas al mandato de seguridad.

Art. 1º.- En los procesos de mandato de seguridad, se observarán las siguientes normas:

a) el plazo para que la autoridad agresora brinde información, es de diez días (DEROGADO).

b) la medida cautelar solamente tendrá eficacia por un plazo de noventa días contados desde la fecha de la respectiva concesión, prorrogables por treinta días más, cuando efectivamente el número de procesos pendientes de sentencia lo justifique.

Art. 2º.- Será decretada la prescripción o la caducidad de la medida cautelar, ex oficio o a requerimiento del Ministerio Público cuando, concedida la medida, el demandante entorpezca el normal desenvolvimiento del proceso, dejando de promover por más de tres días, los actos y diligencias que le competen, o abandone la causa por

más de veinte días.

Art. 3º.- Las autoridades administrativas, en el plazo de 48 horas de notificada la medida cautelar, remitirán al Ministerio o al órgano a que se hallen subordinadas y al Procurador General de la República o a quien tuviera la representación judicial de la Unión, del Estado, del Municipio o entidad señalada como agresora, copia autenticada de la notificación, así como indicaciones y demás elementos necesarios de ser tomados en cuenta para la eventual suspensión de la medida y defensa del acto considerado como ilegal o de abuso de poder.

Art. 4º.- A requerimiento de persona jurídica de derecho público interesada y para evitar grave lesión al orden, a la salud, a la seguridad y a la economía públicas, el Presidente del Tribunal, al cual compete el conocimiento del respectivo recurso (DEROGADO), podrá suspender con resolución fundamentada en el plazo de diez días contados desde la publicación del acto, la ejecución de la medida cautelar, y de la sentencia, si esa decisión causa agravio, sin efecto suspensivo.

Art. 5º.- No será concedida la medida cautelar en los mandatos de seguridad interpuestos y destinados a la reclasificación o nivelación de servidores públicos, o a la obtención de aumentos o incrementos de beneficios.

Parágrafo único.- Los mandatos de seguridad a que se refiere este artículo, serán ejecutados después de que el juzgado haya dictado la respectiva sentencia.

Art. 6º.- (DEROGADO)

Art. 7º.- El recurso voluntario o ex oficio, interpuesto contra la resolución que concede el mandato de seguridad, que permite otorgar una ventaja adicional o una reclasificación funcional, tendrá efecto suspensivo.

Art. 8º.- A los magistrados, funcionarios de la administración pública y los servidores de la justicia que no cumplan con los plazos mencionados en esta ley, se les aplicará las sanciones del Código Procesal Civil y del Estatuto de los Funcionarios Públicos Civiles de la Unión (Ley Nº 1711 de 28 de octubre de 1952).

Art. 9º.- Esta ley entrará en vigor en la fecha de su publicación, modificándose las disposiciones en contrario.

V. LEY Nº 4862 (29 de noviembre de 1965)

Modifica la legislación del impuesto a la renta, adopta diversas medidas de orden fiscal y de hacienda pública, y da otras providencias.

Art. 51º.- Queda derogado el artículo 39º de la Ley Nº 4357 de 16 de julio de 1964, cesando los efectos de la medida cautelar concedida en mandatos de seguridad contra la Hacienda Pública Nacional, después de transcurrido el plazo de 60 días, contados desde la fecha de petición inicial o cuando se dispone su suspensión por el Tribunal inmediato superior.

VI. LEY Nº 5021 (09 de junio de 1966)

Regula el pago de beneficios económicos dispuesto por la sentencia que concede el mandato de seguridad al servidor público.

Art. 1º.- El pago de beneficios económicos dispuesto por la sentencia que concede el mandato de seguridad, al servidor público federal, de la administración directa o autárquica, y al servidor público estatal y municipal, solamente se efectuará respecto de las prestaciones que se venzan a partir de la fecha de la resolución inicial.

§1º- (DEROGADO)

§2º- A falta de crédito, la autoridad agresora o la repartición responsable por el cumplimiento de la decisión, dirigirá de inmediato, a quien legalmente corresponde el pedido de incremento de recursos, de acuerdo con las normas en vigor.

§3º- La sentencia que implica el pago de devengados, será objeto, en esa parte, de liquidación por cálculo (art. 906 a 908 del Código Procesal Civil), procediendo, en seguida, de conformidad con el artículo 204 de la Constitución Federal.

§4º- No se concederá medida cautelar para efectuar el pago de beneficios económicos.

Art. 2º.- La autoridad administrativa o judicial que ordene la ejecución del pago con violación de las normas establecidas en el artículo anterior, incurrirá en las sanciones del artículo 315 del Código Penal y la pena accesoria correspondiente.

Art. 3º.- La autoridad que incumpla lo dispuesto en el §2 del artículo 1º, incurrirá en las sanciones del artículo 317, §2 del Código Penal y la pena accesoria correspondiente.

Art. 4º.- Para los efectos de la presente ley, se aplica a las entidades autárquicas el procedimiento dispuesto en el artículo 204 y su parágrafo único, de la Constitución Federal.

Art. 5º.- Esta ley entrará en vigor en la fecha de su publicación, derogando las disposiciones en contrario.

CAPÍTULO IX

EL AMPARO CONTRA RESOLUCIONES JUDICIALES: NUEVAS PERSPECTIVAS[*] [**]

Sumario: 1. La situación actual. 2. Tesis negativa y tesis permisiva. 3. El dato constitucional. 4. El primer caso. 5. Procedimiento regular 6. Sigue: procedimiento regular. 7. Los derechos humanos del procesado. 8. Algunas propuestas. 9. El debido proceso legal, como referente. 10. Algunas perspectivas.

1. LA SITUACIÓN ACTUAL

El problema del amparo contra las resoluciones judiciales se encuentra en el debate nacional desde que fue sancionada la ley 23506, norma reguladora de las acciones de garantía: Habeas Corpus y Amparo. Si bien fue muy intenso en un primer momento, tiende a aplacarse en los últimos tiempos con la aparición de nuevos enfoques y diversos análisis y pronunciamientos judiciales que ameritan, en nuestra opinión, una revisión y un intento de balance hasta la fecha, que sin lugar a dudas nos abren nuevas perspectivas.

El origen de todo este problema, que ha consumido infinidad de horas de discusión en la cátedra, en el foro, en conferencias, paneles y mesas redondas, así como innumerables artículos, ensayos y pronunciamientos judiciales, radica en que la referida ley 23506 permite o, mejor aún, configura una permisión débil en materia de amparo contra resoluciones judiciales; y, por otro lado, cierta imprecisión de sus términos ha provocado un verdadero alud de amparos contra fallos judiciales, incluso sentenciados y ejecutoriados, que bordean el 60% de las acciones de amparo interpuestas en los últimos años.

[*] Publicado en "Lecturas sobre temas constitucionales", Nº 6, Lima, diciembre de 1990.

[**] El presente texto es la versión corregida de la ponencia presentada al Segundo Congreso Nacional de Derecho Constitucional (Lima, 19-21 de junio de 1990) y de conferencias que dicté en otras entidades académicas y gremiales. Trata de resumir una importante cuestión y la manera como se presenta en el derecho jurisprudencial peruano, y ha sido motivada por el importante ensayo de Samuel B. Abad "¿Procede el Amparo contra resoluciones judiciales?" publicado en el número 2 de "Lecturas sobre temas constitucionales", núm. 2, 1988. Por lo demás, debe tenerse en cuenta que ha habido cambios en la legislación desde entonces (el nuevo Código Procesal Civil de 1992, que significó modificar sustancialmente los procesos y ubicar a la Corte Suprema

como ente de casación, asi como la ley 25398, sobre las anomalías en los procesos regulares, que, lamentablemente no ha resuelto el problema al que este texto se refiere}. Finalmente, es quizá innecesario recalcar que estas consideraciones están pensadas para los procesos civiles y no para los penales, que merecen un tratamiento aparte (Nota de 1999).

Este excesivo número de amparos contra resoluciones judiciales, debe verse también conectado con lo que podemos llamar la crisis de la administración de justicia en nuestro país. Por un lado, el abogado, aun el que actúa de buena fe, sea por una deformación profesional, sea por petición de su patrocinado, busca siempre nuevas salidas o nuevas alternativas a su caso, con la esperanza de no perder nunca: de esta suerte, el amparo se ha convertido en un juicio contradictorio del juicio ordinario, como una cuarta instancia (en un país que sólo tiene tres) o como una articulación no prevista dentro de las causales de nulidad procesal. Por otro lado, salvando las excepciones que no faltan nunca, la justicia no demuestra o no inspira seguridad; se desconfía del aparato judicial, de los jueces y secretarios e incluso de los largos y tediosos procesos civiles (para no hablar de los penales) que están diseñados con estructuras mentales del siglo pasado y con leyes básicas que se remontan a 1911. Todo esto hace que nuestro amparo, trámite sumario, ágil, que no forma cosa juzgada para el perdedor o desamparado, y que tampoco tiene etapa probatoria, en lugar de ser una acción residual o heroica (como lo califica la doctrina brasileña), y sólo para casos realmente excepcionales, se ha convertido en arma común, de uso cotidiano, que amenaza desplazar, por inútil, al resto de nuestro ordenamiento procesal. En descargo de lo anterior, anotemos en salvaguarda de la buena fe de los que utilizan el amparo, que dentro de nuestro actual Estado de Derecho se cometen a diario tropelías de diverso calibre, que si fuesen atacadas por las vías ordinarias correspondientes, seguramente no se obtendría resultado alguno: esto explicaría -en algunos casos- por qué se recurre al amparo en asuntos que son manifiestamente improcedentes.

2. TESIS NEGATIVA Y TESIS PERMISIVA

Es importante, antes de entrar a nuestro análisis, hacer algunas consideraciones previas sobre el problema y sus diversos enfoques. Así podemos definir las posiciones existentes en dos grandes rubros: tesis negativa y tesis permisiva. La tesis permisiva, a su vez, se desdobla en tres: permisiva fuerte, permisiva mediana y permisiva débil. Veamos cada una de ellas.

La tesis negativa prototípica es la sostenida por la legislación argentina. En este país, con estructura federal, y en donde existe una gran tradición forense y la posible revisión final de lo establecido por los tribunales estatales (provincias) mediante el llamado *recurso*

extraordinario, la ley niega toda posibilidad de enervar, mediante el amparo, cualquier decisión judicial. Por otro lado, como ya se ha dicho, la tesis permisiva tiene tres modalidades: fuerte, mediana y débil. La fuerte permite el amparo contra todo tipo de resolución judicial (entendiéndose, por cierto, que se debe hallar en juego algún valor constitucional); la mediana lo admite en un buen número de casos y bajo ciertas modalidades; la débil lo admite sólo excepcionalmente. El primero podría ejemplificarse en México, país originario del amparo y en donde éste se ha convertido actualmente en un mecanismo procesal unitario, pero muy complejo, y que funciona ante el Poder Judicial federal, contra toda resolución que puedan emitir los órganos judiciales de los Estados o entidades federativas (en la actualidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con sede en ciudad de México, está prácticamente dedicada a resolver amparos). Una permisión mediana la representa el caso español, en donde procede el amparo contra resoluciones judiciales, pero sólo ante el Tribunal Constitucional, que, en su caso, puede enmendar la plana al órgano judicial, quien continuará el proceso en su estado. Por último, una permisión débil la configuran casos como el Brasil y el Perú, es decir, que sólo opera en situaciones muy especiales. Analicemos un poco más nuestra situación.

3. EL DATO CONSTITUCIONAL

Los datos registrados en el debate constituyente 1978-79, nos revelan que, en un primer momento, existía la firme idea de hacer procedente el accionar contra resoluciones judiciales firmes y ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. No está demás recordar que esto último estaba contemplado dentro de las atribuciones del novel Tribunal de Garantías, al cual se colocaba por encima de la Corte Suprema, ya que en aquel momento, y muy fresca aún la experiencia de la dictadura, se tenía una enorme desconfianza del Poder Judicial, y el Tribunal de Garantías, colocado por encima de éste, venía a ser, de tal suerte, un vigilante de la constitucionalidad y de la legalidad. Pero esto desapareció durante el debate, por las fuertes críticas que se hicieron al proyecto, y fruto de esta conciliación quedó la fórmula actual que permite al Tribunal de Garantías conocer, en casación, las resoluciones denegatorias de Habeas Corpus y Amparo; con lo cual decididamente dejaron de lado el problema. En líneas generales, puede entonces concluirse que el problema es concreto, esto es, si procede o no el amparo contra resoluciones judiciales, que si bien fue objeto de amplia discusión, no quedó resuelto. Pensamos que, en este punto, como quiera que no hay en nuestra Carta Política una norma o concreción al respecto, sólo cabe hacer una interpretación, es decir, una construcción a partir de los pocos datos que tenemos. Creemos por eso, dentro de las limitaciones anotadas, que es factible extraer una conclusión favorable a la utilización del amparo contra resoluciones

judiciales, pero en ámbito muy restringido. Así lo entendió la Comisión Redactora del Ante-proyecto de ley de Habeas Corpus y Amparo, de la que derivó, sin variantes en este punto, la vigente ley 23506.

4. El primer caso

La ley 23506 abordó el problema del amparo contra resoluciones judiciales en dos artículos: el 5º y el 6º, inciso 2. Analicemos cuál ha sido la forma como se proyectó originalmente y la forma como finalmente quedó sancionado dicho problema en las Cámaras legislativas.

El artículo 5º establece que las acciones de garantía proceden si una autoridad judicial, fuera de un procedimiento que es de su competencia, emite una resolución que lesiona un derecho constitucional. El problema serio que aquí creó el Parlamento (o mejor dicho, la Comisión parlamentaria que revisó el proyecto y le introdujo enmiendas que luego sancionó el Pleno) es que agregó una palabra que lo complicaría todo: *competencia.* En efecto, la idea original del proyecto era que la acción de garantía procedía contra un mandato judicial emitido fuera de un procedimiento. Y esto es así, por cuanto los jueces actúan siempre dentro de un procedimiento y nunca fuera de él. En consecuencia, al emitir una orden judicial fuera de un procedimiento, el juez incurría en acto arbitrario, desnudo de toda legalidad, contra la cual operaba, en principio, la acción de garantía. Ahora bien, como hemos dicho, al momento de la revisión y aprobación del texto en sede legislativa, se agregó la palabra *competencia*; lo cual significaba que se podían dar dos soluciones distintas: i) si el juez que actúa lesionando un derecho constitucional es competente, entonces la acción de garantía no procede, y ii) si quien actúa es juez incompetente, la acción de garantía procede. Lo absurdo es que en el primer caso, prácticamente se cierra toda posibilidad de accionar; y, en el segundo, se abren todas las puertas. Todo estaría en función de la competencia; de esta manera un juez competente podría hacer cualquier barbaridad y por ese solo motivo, estaría cubierto frente a cualquier acción de garantía. Así, un juez instructor competente podría ordenar detener arbitrariamente a una persona, sin motivo o razón alguna, y no podría interponerse contra él una acción de Habeas Corpus.

Felizmente, la interpretación absurda que se desprendería de una aplicación literal de la norma en cuestión, no ha prosperado, y más bien la jurisprudencia y la doctrina, se inclinan por interpretarla de manera congruente con lo que pensó la comisión redactora del anteproyecto; o sea, que procede cuando un juez actúa fuera de un procedimiento, cualquiera que éste sea, con independencia a que goce de competencia por razón de materia, sede, cuantía, etc. Cuando el acto arbitrario se realice *dentro* de un procedimiento, la solución será otra, y a eso está encaminado el artículo 6º, inciso 2, que luego veremos.

5. Procedimiento regular...

A diferencia del artículo 5º que acabamos de reseñar, y que si bien es problemático, no ha creado un problema permanente sino que, por el contrario, la solución se ha encontrado fácilmente y se ha aceptado en forma más o menos pacífica, el problema irresuelto lo presenta el inciso 2 del artículo 6º. Este inciso está colocado dentro de un artículo más general que establece la improcedencia de las acciones de garantía; el que indica que no proceden (dichas acciones) contra resolución judicial emanada de un procedimiento regular.

Ahora bien, ¿cómo se llegó a este artículo? En el seno de la Comisión se trabajó, en este punto, con un proyecto preparado por uno de sus miembros, Alberto Borea Odría, quien había propuesto algo más riesgoso: su texto hablaba de resoluciones judiciales firmes. Este texto, al ser debatido fue eliminado, pues se consideró que podría dar pie para intentar acciones de garantía contra las resoluciones judiciales que no eran firmes, que son la mayoría, creándose de esta suerte un verdadero caos tribunalicio. Otra propuesta que se analizó fue la de poner "procedimiento ordinario", en lugar de "procedimiento regular" la que, a la postre, también fue rechazada por considerarse, y con razón, que la mentalidad legalista de muchos abogados y magistrados, podría interpretar que nos estábamos refiriendo tan sólo a los juicios ordinarios y no a los especiales. Lo que conviene dejar sentado, aun cuando sólo sea como un valor referencial, es que la idea de la Comisión al aprobar este texto, que fue finalmente sancionado sin enmiendas por las Cámaras, era de que quien utilizaba las vías ordinarias existentes en los códigos procesales y hacía pleno uso de ellos, con todas las seguridades y garantías que otorgan las mismas leyes procesales, la amplitud de la prueba y en general del derecho de defensa, así como el mínimo de dos instancias que consagra nuestro ordenamiento jurídico, no tenía por qué acudir a la acción de garantía. Esto es, si se había seguido religiosamente un procedimiento con todas sus etapas, que generalmente es largo y tedioso, no podía irse al pequeño juicio, sumarísimo, de la ley de garantías; pues era no sólo contraproducente, sino inconsecuente buscar en un pequeñísimo juicio, lo que no se pudo obtener en un juicio muy largo, con todas las defensas posibles. Esto, en cierto sentido, guarda relación con el inciso 3 del mismo artículo 6º, que establece que estas acciones de garantía no proceden cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria (los juicios previstos en las leyes procesales). Pero ¿qué es lo que sucedió en la práctica?

6. Sigue: procedimiento regular

Tan pronto fue promulgada la ley 23506, empezó a funcionar la maquinaria judicial en defensa de los derechos constitucionales real o

presuntamente agraviados. La fiebre de las acciones de garantía, en especial el amparo, fue un *crescendo* continuo que tuvo su culminación, por así decirlo, a raíz de la frustrada estatización de la banca (julio de 1987). A partir de entonces, la ley ha entrado en una segunda etapa, algo descendente, que conviene analizar en otra oportunidad.

Lo que interesa aquí destacar, es que, las acciones de garantía, en especial, la de amparo, no tardaron en enderezarse contra resoluciones judiciales, en altísimo porcentaje; y, generalmente, conectadas con largos procesos perdidos en todas las instancias en materia de vivienda (desahucio y aviso de despedida), así como de cobro de dinero (pago de soles y de intis). En casi todos estos casos, se alegaba que durante el largo proceso que las partes habían seguido ante sus jueces naturales, se habían cometido diversas irregularidades procesales, que significaban desconocer, adulterar o festinar trámites lo que, al ser una ilegalidad manifiesta, iba contra el texto constitucional, procediendo en consecuencia la acción de amparo. La mayoría de estos casos, lo que buscaban en el fondo era alargar el tiempo del que disponían, antes de un lanzamiento o impedir el cobro inmediato de una determinada suma de dinero, toda vez que -por lo que se puede apreciar en la mayoría de ellos- las irregularidades eran en realidad periféricas y los aspectos básicos se habían cumplido. El tener acceso a la justicia, el derecho a la jurisdicción, el derecho que tenemos a que los jueces se pronuncien y resuelvan un litigio, no significa que tenemos el expreso derecho a que se falle a nuestro favor. Por así entenderlo; y para evitar ahondamientos innecesarios en cada expediente, las sucesivas resoluciones judiciales recaídas en estos amparos, los declaraban improcedentes, alegando (siguiendo aquí el criterio expuesto por la Comisión redactora del anteproyecto), que no cabía cuestionar en amparo lo que se había agotado en la vía ordinaria. Esta ha sido, pues, la tendencia general que consiste en entender como procedimiento regular -no atacable por una acción de garantía- el seguir ordenada y metódicamente, ante la autoridad judicial, un proceso preexistente en nuestro ordenamiento procesal. Así lo han entendido los tribunales y así lo siguen entendiendo hasta ahora. Y creemos que como punto referencial es un buen criterio, porque es la única manera como se puede establecer la paz y la seguridad, que son también fines o valores del derecho y de todo sistema jurídico.

7. Los derechos humamanos del procesado

Sin embargo, a fines de 1984, empieza a abrirse una nueva corriente que, aun cuando minoritaria hasta el momento, puede ser del mayor interés para un próximo futuro. Esta tendencia se manifiesta casi simultáneamente en la jurisprudencia, en la doctrina y en el debate académico. En ese momento, tanto la Corte Suprema de Justicia como el Tribunal de Garantías Constitucionales empiezan

a sostener, en forma por demás tímida y restringida (que hasta ahora persiste) que pueden existir irregularidades dentro de un proceso que den origen a una acción de garantía, precisamente destinada a enderezar tales irregularidades. Ahora bien, no se trata de que toda irregularidad dentro de un proceso, habilite la acción de amparo, porque, como es sabido por los litigantes, en todo proceso existen siempre y en todo momento irregularidades, las cuales son enmendadas, porque a la larga no afectan el resultado del proceso o simplemente porque se enmiendan o corrigen dentro del proceso, mediante los medios que las respectivas leyes procesales señalan. Es decir, no cualquier irregularidad, sino sólo aquellas muy graves, que afectan el resultado del proceso y que no tienen otra forma de enmendarse que no sea por el proceso de amparo. Aclarando aún más la figura, diremos que a nuestro criterio, esto habilitaría la interposición de una acción de garantía tan sólo contra las resoluciones finales de la Corte Suprema, ya que las emitidas por las instancias inferiores, son susceptibles de corrección en la misma instancia o por la superior. No obstante, si el litigio acaba en instancia inferior -con sentencia ejecutoriada y consentida- debe entenderse la procedencia del amparo contra esta última. En cuanto a las irregularidades que, de cometerse, dan origen a la interposición del amparo, la jurisprudencia, a la que nos estamos refiriendo, indica que ellas existen cuando no se observan las llamadas "garantías de la administración de justicia". Esto amerita un trato aparte.

Las llamadas *garantías de la administración de justicia* constituyen, en realidad, un concepto arcaico y vacío de contenido, que significa un haz de disposiciones, tanto procesales como sustantivas, en torno al buen funcionamiento del aparato jurisdiccional. Nuestra Constitución las conserva todavía en su artículo 233º (enlazado con su antecedente, el artículo 232º así como el inciso 20 del artículo 2º), y en ella incluye de todo. En realidad, lo que propiamente debería incluirse dentro de este pomposo título, serían tan sólo lo que podemos denominar como los "derechos humanos del procesado o enjuiciado". Es sabido, por lo demás, que los derechos humanos, si bien son universales en sentido muy genérico, tienden a situarse, a concretarse, de acuerdo a las circunstancias. Existen derechos humanos específicos para los que están en combate, para los que sufren prisión, para los enfermos, etc., esto es, derechos adecuados a cada situación. En consecuencia, determinados derechos humanos sólo operan o existen para aquellas personas que están en un proceso, procesadas, enjuiciadas, sea porque demandan o porque son demandadas. Desde este punto de vista, ha de considerarse lo siguiente: todo proceso tiene como fin la realización de un derecho humano básico: tal es la resolución de un conflicto, la culminación de un arreglo, la paz entre las partes. Pero como quiera que, precisamente, los procesos son hechos para

solucionar esos conflictos, es ahí en donde debe encontrarse la paz entre los miembros de una sociedad. Los procesos extraordinarios, como el amparo, sólo deben ser utilizados en casos realmente extremos. En consecuencia, lo que interesa es saber si todo lo que nuestra Constitución señala como garantías de la administración de justicia, es o no susceptible de amparo, por crear un procedimiento irregular. Pensamos que no todo el texto constitucional en este punto debe tenerse en cuenta; pues sus normas son de naturaleza muy variada y sin una adecuada jerarquización entre ellas. Más bien, debemos considerar tan sólo aquellos aspectos básicos, nucleares, para que un procedimiento en cuanto tal pueda considerarse irregular, en tanto que viola principios básicos de todo proceso, y además -y esto lo consideramos importante- teniendo presente otro hecho: que la comisión de tal irregularidad, sea de tal magnitud, que ha comprometido *el resultado del proceso.* Dicho en otras palabras: que corrigiendo tal irregularidad fundamental, el resultado sea distinto. Se trataría, como vemos, de criterios muy exigentes y que deben ser utilizados de manera muy restrictiva, para no abrir una compuerta peligrosa, que a la larga afecta al sano ordenamiento jurisdiccional.

8. ALGUNAS PROPUESTAS

La tímida jurisprudencia existente, no ha cuajado, según nuestro criterio, en nada orgánico ni coherente; pero, evidentemente, ella nos permite unas reflexiones adicionales, como la que hemos expuesto en esta oportunidad. Quizá no sea del todo impertinente recordar que mediante Resolución Suprema Nº 263-84-JUS, de 25 de mayo de 1984, el entonces Ministro de Justicia, Max Arias-Schreiber P., constituyó una Comisión, que me tocó presidir, a fin de preparar un anteproyecto del reglamento de la ley 23506, el que finalmente fue entregado al Despacho Ministerial en enero de 1985, siendo Ministro Alberto Musso. Lo cierto es que este ante-proyecto, que fue objeto de riguroso análisis y consultas con miembros del foro, de la policía y de la judicatura, trató sobre este problema que ya por entonces se presentaba, cual era el del amparo contra resoluciones judiciales, y que creo que tuvo cierta influencia en los pronunciamientos posteriores. Si bien dicho texto no llegó nunca a ser promulgado ya que muchos consideraban que debía ser encauzado como ley, (lo que era correcto) fue incorporado como apéndice del libro de Alberto Borea dedicado al Amparo y al Habeas Corpus y publicado precisamente en enero de 1985, y que ha tenido muy amplia divulgación. Ahí leemos lo siguiente:

Artículo 10.- Las irregularidades que pudieran cometerse dentro de un proceso regular, al que se refiere el inciso 2 del articulo 6 de la ley, deberán ventilarse y resolverse dentro de los mismos procedimientos, mediante el ejercicio de los recursos que las normas procesales específicas establecen.

No podrá bajo ningún motivo detenerse mediante una acción de garantía, la ejecución de una sentencia contra la parte vencida en un proceso regular, en el que ha sido debidamente citada o se haya apersonado en juicio.

Artículo 11.- Son procedentes las acciones de garantía, cuando la ejecución de una sentencia derivada de un procedimiento judicial regular afecta a un tercero ajeno a la relación juridico-procesal, salvo los casos especiales contemplados en las leyes.

Como se puede apreciar de esta lectura, este anteproyecto tiene la virtualidad de aclarar, por una parte, lo que se pensó originalmente del articulado de la ley y, por otro, adelantarse aun cuando en forma poco precisa, al problema que ahora nos ocupa. Es claro pues, que tanto este anteproyecto, como la discreta interpretación jurisprudencial que hemos mencionado, nacen, precisamente de casos concretos, en los cuales se notan violaciones flagrantes que no han sido corregidas como, por ejemplo, la sentencia emanada por quien no ha jurado el cargo de juez, que es uno entre los muchos casos que podríamos citar.

La fuerza de las cosas ha permitido, a partir de 1985, un replanteo de toda esta problemática Aclarado este punto, queremos extraer algunas conclusiones adicionales.

9. EL DEBIDO PROCESO LEGAL COMO REFERENTE

Hemos mencionado con anterioridad, que entendemos que las irregularidades procesales por sí mismas, no bastan para hacer procedente un amparo, sino tan sólo la existencia de un proceso irregular, entendiendo por éste un caso grave, resuelto en última instancia (cuando ya no hay modo de buscar la corrección) y sólo si se trata de irregularidades que podríamos llamar *estructurales* y siempre y cuando, salvada dicha irregularidad, tengamos la certeza de que el resultado del proceso sería otro. Esto último, por cuanto no tiene sentido tramitar un amparo para reabrir un juicio que tenga como final obtener la misma sentencia. Para tal efecto, queremos tomar en préstamo una noción clásica de gran utilidad, aun cuando haya que usarla con precauciones, cual es el concepto de "debido proceso legal" que viene, como se sabe, de la tradición jurídica sajona *(due process of law).* Este concepto, por lo menos en su ámbito procesal, significa que toda persona tiene el derecho a que cualquier daño o perjuicio que lo afecte, debe serlo dentro de un proceso adecuado, preestablecido, que ofrezca las mínimas garantías en un Estado civilizado o de derecho. Si bien originado en el ámbito sajón, el concepto se ha universalizado, pero en sustancia significa lo mismo. Esto incluiría, en síntesis, ser demandado adecuadamente (esto incluye ser noticiado de la demanda), apersonarse, ofrecer y actuar pruebas, instancia plural y seguir el proceso que corresponda y ante el juez natural. Esto es mucho menos de lo que se indica en el texto constitucional sobre garantías de la

administración de justicia, y en otros artículos dispersos, pero creemos que es lo básico (por lo menos para el amparo). Hay que tener presente, como idea matriz, que el amparo no es un sucedáneo del proceso civil, administrativo o laboral, motivo por el cual, las llamadas “garantías de la administración de justicia” deben observarse dentro de los respectivos procesos, y permitir la utilización del amparo sólo en casos muy graves, casi grotescos, en los cuales se violen principios elementales y siempre y cuando la corrección pedida a través del amparo, haga posible un resultado distinto (pues si es el mismo resultado, lo único que habremos hecho es atentar contra la economía procesal, sin beneficio para nadie).

A nuestro entender, debemos ser muy severos en admitir la procedencia del amparo en estos casos. Lo que se ha tratado hasta la fecha es buscar en el amparo un camino más seguro, más rápido, más expeditivo que las acciones judiciales ordinarias. Esto ha motivado la existencia de una cantidad gigantesca de amparos, que ha empezado a enredar, a dilatar la justicia; en suma, a volverla totalmente ineficiente. Tan sólo por detenerme en el aspecto de los plazos, retengamos la idea de que el amparo en la Corte Suprema debe ser resuelto en 20 días, pero en la práctica demoran más de dos años(aun cuando en muchos casos se recurre al expediente, fácil por lo demás, de fechar la sentencia en forma atrasada, para cumplir el rito del cumplimiento de la ley). La solución, a nuestro entender, es otra. El amparo debe considerarse como instrumento residual para casos gravísimos, de carácter excepcional, cuando no exista otra vía más rápida y, sobre todo, cuando los resultados obtenidos mediante él, pueden modificar una situación injusta. El objetivo no debe ser utilizar el amparo con desenfado, como sucede hasta ahora, sino mejorar la actual administración de justicia, tarea por cierto más compleja que aquí no podemos abordar (anotemos, de pasada, que la reforma de todo aparato judicial tiene que partir necesariamente de una clara voluntad política para llevarla a cabo; pues esto requiere, aparte de personal idóneo, independencia y un presupuesto holgado).

10. Algunas perspectivas

Las consideraciones expuestas precedentemente nos pueden llevar, pensamos, a nuevos derroteros, dentro de lo que hemos calificado como posición permisiva débil, alejada tanto de la tesis negativa, como de la permisiva amplia. Creemos que ella ofrece, de esta manera, nuevas perspectivas para un mejor desarrollo jurisprudencial en el futuro, en donde se acojan tan sólo casos graves como los que hemos indicado. Advirtamos, eso sí, que nuestras consideraciones deben limitarse tan sólo al amparo, pues, como se aprecia de una rápida lectura de las llamadas "garantías de la administración de justicia", en el artículo 233 de nuestra Constitución y en los demás artículos

relacionados, ellas están referidas básicamente a aspectos penales más que a civiles y, en tal sentido, el tema de la procedencia del Habeas Corpus contra resoluciones judiciales firmes en procesos penales, puede incluir otro tipo adicional de consideraciones, en las que aquí no podemos extendernos, y en donde la permisión, quizá, deba ser más amplia.

Existen dos aspectos adicionales (y conexos) sobre los cuales queremos referirnos muy brevemente. El primero, es el señalado como el derecho de acción, esto es, la modalidad del derecho constitucional de petición, que se concreta en la facultad que tienen los justiciables de recurrir a la justicia exigiendo un pronunciamiento sobre sus pretensiones. La pregunta es ¿qué pasaría si la justicia no admite la demanda, no le da el trámite correspondiente? Indudablemente, aquí se da una inacción del órgano jurisdiccional pues niega atención a quien está ejerciendo este derecho. Frente a esto, débese proceder siempre, pensamos, con un recurso o queja al superior. Ahora bien, ¿qué sucedería en el hipotético caso de que todas estas instancias resultaran adversas y nadie quisiera dar trámite a esta demanda? El caso es altamente improbable y aquí lo tratamos como simple hipótesis. Si así sucediese -lo que nos parecería inverosímil- sería procedente el amparo. Pero, entendemos que aquí el amparo es limpio y directo, y más que atacar una resolución judicial *sui generis,* está defendiendo el derecho a la acción, consagrado implícitamente en la Constitución, y que es el sustento de todo orden jurídico (como lo han reconocido, en forma expresa, los pactos internacionales de derechos humanos). El derecho a la acción, (o acceso a la justicia o derecho a la jurisdicción o derecho a la tutela judicial, según las costumbres o entornos jurídicos) es algo externo y previo al proceso y es, en sustancia, un derecho público subjetivo.

El segundo punto es el relacionado con la cosa juzgada. Este principio, de orden práctico, se encuentra universalmente consagrado, sobre todo en el área civil, laboral, etc. La única gran excepción es de orden penal, por razones muy conocidas y atendibles, pero sólo de manera excepcional. Pero, debemos preguntarnos qué pasa con la cosa juzgada cuando admitimos el amparo contra ella. Para esto, es necesario tener en cuenta que la cosa juzgada brota de un procedimiento bien llevado, en el cual se ha citado oportunamente a la parte afectada, y ésta ha tenido perfectamente habilitado su derecho de defensa y ha podido revisar su caso, en más de una instancia. En consecuencia, si esto normalmente se cumple, la cosa juzgada debe permanecer. Pero si estos aspectos básicos no se cumplen, esto es, si no se dan aspectos centrales de un debido proceso legal, no puede pensarse que existe una verdadera cosa juzgada. Dicho en otras palabras: la intangibilidad de la cosa juzgada está condicionada por la regularidad del proceso (entendiendo por regularidad el debido proceso legal). Así considerado, queda salvada la tan debatida autoridad de la

cosa juzgada.

Las anteriores consideraciones han surgido de una lectura atenta de los hechos, debates y pronunciamientos judiciales habidos en los últimos años. Intentan ordenar algunas ideas y es de esperar que en un próximo futuro nos ofrezcan nuevas incitaciones sobre este tema.

CAPÍTULO X

DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

A PETER HÄBERLE, homenaje cordial en su sexagésimo quinto aniversario.

Sumario: 1.- Planteo del tema. 2.- La vertiente europea. 3.- El debate sobre los tribunales constitucionales. 4.- La experiencia latinoamericana. 5.- Aparición del debate doctrinario. 6.- ¿Una nueva disciplina? 7.- ¿Derecho jurisdiccional constitucional? 8.- Una muestra de las variantes latinoamericanas. 9.- Los contenidos del derecho procesal constitucional. 10.- La enseñanza del derecho procesal constitucional. 11.- Un syllabus tentativo. 12.- Oteando el horizonte.

I. PLANTEO DEL TEMA

La jurisdicción constitucional, tal como la conocemos hoy en día, se remonta en realidad, a principios del siglo XVII, cuando el célebre juez Edward Coke, en el caso del Dr. Thomas Bonham (1610), afirmó que el derecho natural estaba por encima de las prerrogativas del Rey, sentando así las bases de lo que posteriormente sería el control constitucional de las leyes por parte de los jueces. Por cierto, esta postura de Coke, fuertemente anclada en el pensamiento jusnaturalista, fue ampliamente conocida por los abogados de las colonias inglesas de ultramar, que la desarrollaron y utilizaron en toda su amplitud, a tal extremo que, si bien es discutible que Coke haya creado el control de constitucionalidad de las leyes, le dio sus elementos básicos y suministró a las colonias un sólido sustento jurídico, que, según acertada opinión de B. Schwartz, contribuyó a crear las bases del Derecho Constitucional de los Estados Unidos (cf. Edward S. Corwin,

The "higher law" background of American Constitutional Law, Cornell University Press, 1955).

Pero el temprano atisbo del juez Coke, iba a quedar pronto en el olvido, como lo confirma la práctica judicial inglesa durante siglos, la que se esmeró en reafirmar las prerrogativas del Parlamento, actitud que ha persistido hasta hace muy poco tiempo, cuando la Gran Bretaña, incorporada a la Unión Europea a mediados de los años setenta de este siglo, tuvo que revisar su vieja teoría de la soberanía del Parlamento, hoy bastante matizada.

Así, mientras que Inglaterra, cuna del common law, se caracterizaría por desconocer la división de poderes, huir de la constitución escrita y codificada e ignorar el control de la constitucionalidad, sus colonias de América, partiendo de las mismas raíces y alimentadas en gran parte por las mismas lecturas (Locke, Rousseau, Blackstone, etc.) llegarían a planteos contrapuestos, los que han dado nacimiento a un modelo constitucional realmente paradigmático y distinto del inglés.

El control constitucional de las leyes, lo que en la tradición norteamericana se llama *judicial review*, o sea, revisión judicial, aun cuando de su traducción nada pueda desprenderse (como sucede con la gran mayoría de los términos jurídicos ingleses), está, pues, presente en las colonias, y da sustento a la lucha que mantienen con la Corona, y también existe en la práctica de algunas de ellas, pero, curiosamente, no es aceptada en la Convención de Filadelfia de l787, que fue la que sancionó la Constitución que todavía los rige. Es decir, no empece que el control judicial fue un tema contemplado y discutido en las sesiones de Filadelfia, al final no fue aprobado por los convencionales.

Por eso es que el planteo de Marshall, en su famosa sentencia de l803 en el caso *Marbury vs. Madison*, no deja de sorprender, vistos los antecedentes, ya que tal tema fue dejado de lado por la constituyente, pero retomado hábilmente por Marshall, quien de esa manera pretendió salir de un aprieto político en el que lo había colocado la nueva administración, a cargo del Presidente Thomas Jefferson.

A fin de comprender cabalmente la situación de Marshall, cuyo genio jurídico está fuera de toda discusión, hay que recordar que él se encontraba arrinconado, que el caso lo demoró en resolver dos largos años, y que al final, no le dio la razón ni al demandante ni al Gobierno, sino que se fue por la tangente, apelando al principio de la supremacía constitucional sobre la ley de la judicatura de l789. Ahora bien, sentado el principio de que los jueces podían controlar la constitucionalidad de las leyes, llama la atención que nada hubiese pasado entonces, y que no hayan existido reacciones aparentes contra tal fallo. Pero cabe imaginar que algo tuvo que repercutir en los círculos gubernamentales, y lo más probable es que el Gobierno no expresase públicamente su desagrado, ya que el fallo lo beneficiaba, motivo por el cual, el principio quedó así sentado, y en forma definitiva. Pero que tal sentencia provocó un verdadero terremoto en las altas esferas del gobierno, es algo que

no puede descartarse, ya que el Juez Marshall nunca más volvió a utilizar el control constitucional y jamás volvió a inaplicar una ley federal durante su larga carrera judicial, que duró hasta l835. Esto es, desde l803 en que se da el fallo *Marbury vs. Madison* hasta l835, que es un lapso de 32 años, el Juez Marshall no volvió a invocar tal principio, sino que por el contrario, se dedicó a reafirmar el naciente derecho norteamericano y a ratificar las prerrogativas del Congreso (si bien lo hizo muy sutilmente). Aun más, el control judicial sólo es vuelto a utilizar en l857, en el caso *Dred Scott vs Sandford*, bajo otra Corte y con otro Presidente, el Juez Tanney, y sólo empieza a tener cierta importancia a fines del siglo pasado. Y tan sólo durante la llamada revolución constitucional en la época de Roosevelt, ya en pleno siglo veinte, es que el principio se afirma, y en puridad de verdad, el caso *Marbury vs. Madison* se vuelve un auténtico *leading case* (es decir, caso líder, que orienta y sirve de fundamento a lo que viene después).

De lo expuesto se deduce que, basada en viejos preceptos ingleses de contenido jusnaturalista, alguna aislada experiencia inglesa que luego se desarrolló en las colonias americanas, enunciada nítidamente en l803,con un discreto desarrollo durante el siglo XIX, la *judicial review* recién se afirma a mediados de los años veinte, y así continúa hasta nuestros días. Y es a partir de esta época que se hacen planteos de largo alcance sobre el control judicial, como puede verse en la extensa obra de Corwin(cf. Edward S. Corwin, *Court over Constitution*, Princeton University Press, N.J. 1938) hasta los trabajos más recientes y de aliento, de Alexander M Bickel, (*The least dangerous branch*, Yale University Press, N.H. 1986, la primera edición es de 1962; y John H. Ely *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, l980).

Ahora bien, lo importante del modelo sajón, de base judicial y creado a través de décadas, es que no ha provocado un enfoque teórico independiente, como ha sucedido en otras partes y en especial en relación con el modelo europeo. Esto es, la *judicial review* es un tema que se analiza dentro de aquellos destinados al proceso o a lo constitucional, y por cierto, está presente en todas las demás áreas del derecho, ya que la *judicial review* se hace a través de cualquier proceso, ante cualquier juez, en cualquier instancia y tratándose de cualquier materia. Es algo así como un principio constitucional, que se hace efectivo a través de los jueces, y cuando está en juego cualquier interés.

Aun más, la doctrina norteamericana no parece muy interesada en el tema, y lo trata en forma abundante, pero sin mayores pretensiones y con más amplitud dentro del área constitucional. Esto puede explicarse perfectamente dentro del *common law*, que, como sabemos, es un sistema jurídico que ha tenido su propia evolución y tiene sus propias características, que lo han convertido en uno de los sistemas jurídicos actualmente existentes. Los comparatistas señalan que en Occidente existen, en realidad, dos familias jurídicas, el denominado *common law*

y el sistema romanista, o romano-civilista, o romano-canónico-germano, pero que podemos llamarlo por comodidad, sistema romanista. Por tanto, el sistema del *common law*, rico en contenido y con caracterizaciones notables, es ajeno, en lo estructural, a los sistemas romanistas, lo cual puede explicar cómo, si bien se ha teorizado sobre la *judicial review*, no se ha hecho ningún esfuerzo por crear una disciplina o rama jurídica autónoma a partir de este hecho.

Las consideraciones precedentes, se han centrado en el aspecto de la *judicial review*, que es el control orgánico del poder, y *mutatis mutandi*, podrían extenderse a la defensa de los derechos humanos, cuyos instrumentos protectores, a través de los numerosos *writs* ingleses existentes, se remontan al siglo XIII y aun antes.

2. LA VERTIENTE EUROPEA

Lo que he señalado en el punto anterior, es, en forma sucinta, la aparición del tema del control constitucional, que se dio en el mundo sajón, y ahí se desarrolló durante las últimas décadas, en forma cada vez más creciente y compleja.

Este modelo fue prontamente conocido por la intelectualidad europea, y fueron muchos, empezando por Alexis de Tocqueville, los que divulgaron el sistema, que si bien conocido y admirado, no fue seguido. Y esto, por varias razones:

a) Cuando Estados Unidos surge como nación, lo hace como república y además democrática, entendiéndose por esto que los titulares de las principales ramas del gobierno eran elegidos por el voto popular. En Europa, lo que existía eran monarquías y la mayoría de ellas, de carácter absoluto y casi siempre autoritarias.

b) Por cuanto el sistema jurídico sajón, de acuerdo a sus orígenes, nació y se desarrolló como obra de los jueces, quienes construyeron, jurisprudencialmente, las bases del derecho inglés, y sobre éste, hicieron lo propio las colonias norteamericanas. En Europa, por el contrario, los jueces eran mal vistos, normalmente eran fieles y obsecuentes servidores del poder, y en muchos lugares, los cargos judiciales se compraban. Esto hizo posible la tesis, que tuvo largo predicamento, de que los jueces eran robots y meros aplicadores de la ley, lo que formuló magistralmente Montesquieu en su célebre libro *Del espíritu de las leyes.* (XI, 6).

c) Porque con el tiempo, y siguiendo el ejemplo de Inglaterra, los países europeos iban a implantar y adoptar la forma parlamentaria de gobierno, en la cual el parlamento era todo o casi todo, a diferencia de la democracia norteamericana, la cual creó el régimen presidencial, si bien su afianzamiento sólo se hará efectivo en las primeras décadas del siglo XX (cf. Woodrow Wilson, *The Congressional Government*, Boston l885,que señaló la debilidad del Presidente, si bien, años más tarde y durante su presidencia, iba a refutar esa tesis con su propia conducta

gubernamental).

d) Finalmente, la *judicial review* se afirmó, entre otras razones, por el carácter federal que asumió el nuevo Estado, y de esta manera contribuyó a consolidar a los estados, hacer más fuerte la Unión y sobre todo, hacer prevalecer la legislatura nacional sobre las estatales.

En verdad, estas no son las únicas razones que lo explican, pero son bastante significativas y nos permiten apreciar el fenómeno. Esto es, los europeos conocieron el modelo americano de control constitucional practicado en los Estados Unidos, pero no solamente no lo siguieron, sino que tampoco les interesó el tema. Esto recién sucedió en la década del 20 de este siglo, como veremos luego.

La doctrina constitucional europea, en especial la francesa y la alemana, se plantearon el tema al final de la Gran Guerra, coincidentemente con la caída del Imperio Austro-húngaro, y el nacimiento de nuevos países, uno de los cuales es Austria. Aquí, como se sabe, se planteó por vez primera la creación de un Tribunal Constitucional para efectos del control constitucional en sentido amplio, y así consta en el proyecto de Hans Kelsen de l9l8, que fue posteriormente sancionado por la Asamblea Nacional Provisional de l9l9, y finalmente en la Carta austriaca de octubre de l920 (cf. Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad*, l9l8-l939, CEC, Madrid l987). Poco antes, lo había consagrado en su novísima Constitución de febrero de l920, la recién creada Checoslovaquia, pero si bien anterior a nivel constitucional, la gestión, creación y consolidación posterior se dan en Austria, y así lo ha reconocido pacíficamente la doctrina, por lo que se le llama modelo austriaco (por el país que lo adoptó y desarrolló en forma seria, ininterrumpida y sistemática) europeo (por el continente que lo hizo suyo, desarrolló y propulsó) o kelseniano (en homenaje al teórico de la institución).

Por cierto, la creación de estos tribunales constitucionales (el austriaco y el checoslovaco en l920 y luego el Tribunal de Garantías Constitucionales español de l93l), fue algo novedoso, pero no despertó seguimientos inmediatos. Aun más, no tuvieron buena fortuna. El austriaco funcionó regularmente hasta l930, y con dificultad hasta l933, en que fue intervenido y desactivado. El checoslovaco casi no funcionó, emitió una sola sentencia, quedó paralizado en 1931 y murió por inanición en 1938. Y el español, instalado en l933, abortó en l936 con motivo de la guerra civil. De estos tres tribunales, el único que resurgió tras finalizar la Segunda Guerra Mundial fue el austriaco, que retomó su Constitución de 1920 y sus instituciones democráticas, y desde entonces está en funciones. Y de ahí su importancia no sólo teórica, sino también histórica, que los demás no tienen. Por el contrario, el español republicano y el checoslovaco murieron definitivamente en sus respectivas versiones. La Constitución española de 1978, monárquica y

parlamentaria, creó un nuevo Tribunal Constitucional que funciona ejemplarmente desde entonces. Checoslovaquia, invadida por las tropas stalinistas a fines de la guerra, se convirtió en democracia popular y adoptó, en 1968, un Tribunal Constitucional bastante discreto, que se movía dentro de la legalidad socialista, hasta que finalmente el país en cuanto tal desapareció, dando nacimiento, en 1991 y tras el derrumbe de la antigua Unión Soviética, a la República Checa y a la República Eslovaca, ambas con un Tribunal Constitucional desde 1992.

Pero esta experiencia del periodo de entreguerras, aun cuando fallida, iba a ser definitiva para la aparición del debate doctrinario entre los mejores teóricos del derecho público de esa época (Kelsen, Schmitt, Duguit, Carré de Malberg, etc.). La que iba a renacer posteriormente, haciendo posible el surgimiento de los tribunales constitucionales después de 1945, con una fuerte onda expansiva dentro del continente europeo, primero, y luego en otros ámbitos geográficos.

3. EL DEBATE SOBRE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

El gran debate sobre los tribunales constitucionales se llevó a cabo, precisamente, en lo que podríamos llamar el ambiente de la República de Weimar, del que queda el ensayo clásico que Kelsen publicó en francés y en l928 (cf. *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, en "Revue du Droit Public") y que fue contestado por Carl Schmitt, con el brillo que lo caracterizaba (cf. *Il custode della Costituzione*, Giuffrè, Milano l981, el original de 1931; los textos completos de Kelsen en *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano l981).

El argumento central de Schmitt era que con los tribunales constitucionales, la justicia se politizaba, y que, además, el guardián de la Constitución era el Presidente del Reich, para lo cual Schmitt recurrió a la tesis del poder neutro que en su momento esbozó Benjamín Constant. Se trata, indudablemente, de dos planteos muy importantes, hechos al calor del debate, por las mejores cabezas que en materia de derecho público, se encontraban entonces en el mundo germánico, y que siguen siendo, pese a los años, dos clásicos en la disciplina.

Sin embargo, creo que en la actualidad no tiene sentido analizar los alcances teóricos que esbozaron los dos grandes juristas, y menos aún, hacer un balance sobre lo que dijo cada uno de ellos. Pienso que lo mejor es ver cuál es la situación actual, y es que mientras el modelo europeo diseñado por Kelsen, se extiende por doquier y se afianza en el continente europeo y en otros países en donde ha sido adoptado, el planteo de Schmitt, no obstante su vigor, ha sido totalmente olvidado, salvo en las canteras académicas, en donde siempre quedará como un estímulo para el pensamiento.

Todavía de vez en cuando resurgen las polémicas sobre la validez o no de los tribunales constitucionales, en donde las tesis de Schmitt se mantienen como un referente obligado. Pero valga la pena hacer la

digresión siguiente:

a) Por un lado, existe el problema del control constitucional de las leyes y en general, de los actos del Ejecutivo y del Legislativo, y en veces también del Judicial. Esto se mantiene. O sea, a despecho de la importancia del legislador y de la minusvalía del juez en el continente europeo, lo cierto es que el principio de que debe existir un control constitucional y que los actos del parlamento también deben ser controlados, es algo que ha avanzado en forma pacífica y sin retroceso alguno, y que se considera como un valor inconcuso de la tradición jurídica europeo-continental. Y esto comprende, hoy en día, a la Gran Bretaña, que ha tenido que aceptar los controles de la Unión Europea e incluso las numerosas sanciones, que ha recibido por violación de derechos humanos.

b) El problema que sigue en discusión, es saber cuál es el órgano que debe tener a su cargo este control constitucional en sentido amplio, ya que si bien es cierto que en ciertos países los órganos legislativos conservan, aun hoy en día, determinadas atribuciones jurisdiccionales (de los cuales es ejemplo extremo la Gran Bretaña, cuyo máximo tribunal es parte integrante de la Cámara de los Lores), lo que se ha hecho es, en una mayoría de países, reforzar al órgano judicial para esos fines, pero en otros, se ha preferido crear un órgano o tribunal *ad hoc*, dentro del modelo europeo de tribunal constitucional (si bien sigue en discusión si dicho órgano *ad hoc* debe ser parte del Poder Judicial, como lo es en Alemania y en Colombia, o si debe ser independiente del Poder Judicial, como lo es en España y en el Perú).

En efecto, hacer un paralelo entre el modelo europeo y el americano, es algo que quizá no tenga mayor sentido, no obstante que el primero que lo hizo fue Kelsen, cuando ya en su exilio en los Estados Unidos, se dedicó a analizar el sistema americano, que él recién conocía a fondo y de manera sistemática, y el modelo europeo, que él contribuyó a crear. Por cierto, el balance de Kelsen es claro y determinante, al señalar la superioridad del modelo europeo, por las razones que apunta *in extenso*, razones prolijas y nada convincentes, ya que lo que importa en un sistema, más que su coherencia lógica, es cómo funciona, y en realidad, el sistema americano, si bien con lagunas o vacíos desde un punto de vista teórico, tiene un vigor y una influencia en la vida norteamericana que no se ve en el sistema europeo. Y además, no empece sus deficiencias, es operativo. Lo que importa, en mi criterio, no es qué sistema es mejor desde un punto de vista teórico, sino cuál es el sistema que mejor se adapta al entorno histórico de cada sistema jurídico y además, si éste realmente funciona. Así considerados, es indudable que ambos sistemas, enfocados dentro de sus respectivos ambientes, funcionan y son operativos, y no vemos porqué debamos preferir uno al otro. Lo que importa, repito, es si funciona y si ayuda a la supervivencia del ordenamiento jurídico dentro de un determinado país (cf. Hans Kelsen, *The judicial review of legislation*, *A comparative study*

of the Austrian and American constitution en “Journal of Politics”,l942; traducción al castellano en “Direito”, Santiago de Compostela, núm. 1, 1995).

4. La experiencia latinoamericana

Los Estados Unidos fueron, en la órbita occidental, el primer país que se constituyó independizándose de una gran potencia, y que además, adoptó la forma republicana de gobierno. Esto, como era de esperarse, lo hizo muy atractivo al resto de las colonias de ultramar, en especial, a las que estaban, sometidas al Imperio español, no obstante que en ellas existía una fuerte influencia francesa. Adviértase por lo demás, que el convulso panorama francés sólo se apacigua a partir de l8l5, con la derrota de las huestes napoleónicas, y más en concreto en l875, cuando la República se asienta en forma definitiva.

Pero la emancipación de los pueblos hispanoamericanos se inicia, en realidad, en l808, cuando la península ibérica es invadida por las tropas francesas, coincidentemente con la Constitución de Bayona, que si bien cuenta con algunos representantes de las colonias de Ultramar, no tuvo en realidad efecto alguno (a diferencia de las Cortes de Cádiz y su Constitución de l8l2, de vasta influencia). Pues bien, de l808 a l820, casi todos los países adquieren su independencia, la aseguran o están en trance de finalizarla.

Se trata de una época en la cual, para las jóvenes naciones, el único y más orgánico ejemplo político que se presenta, son los Estados Unidos, sin sospechar siquiera que con el correr de los tiempos, adquiriría esa situación hegemónica, que sólo asoma avanzado ya el siglo XX.

Pues bien, el ejemplo norteamericano se manifiesta en muchos aspectos, como el federalismo, que tentó a muchos países del área, y muchos de ellos, por lo menos los más significativos en población y territorio, todavía lo mantienen (Brasil, Argentina, Venezuela y México); el presidencialismo, persistente hasta ahora, no empece algunos ensayos en contrario; el sistema republicano, no obstante algunas tentativas monárquicas o paramonárquicas de algunos líderes (Iturbide en México, y más tarde Maximiliano, si bien dentro de otro contexto, y en la América del Sur, Belgrano, San Martín y en cierto sentido Bolívar, si bien éste último de una forma bastante sutil, como lo demuestra la institución de la Presidencia vitalicia que consagró en la Constitución que en l826 preparó para Bolivia y el Perú; y por cierto, el Brasil y su Imperio que duró de 1822 a 1889).

Y de manera clara e indubitable en el control constitucional, que muchos adoptaron directamente de los Estados Unidos, a través de la práctica jurisprudencial y de los escritos de doctrina, desde México hasta la Argentina. Así se explica la rápida introducción y asimilación del

Habeas Corpus (desde l830 en el Brasil), y del control de la constitucionalidad de las leyes, en varios países y muy desarrollado en México, desde 1847, y en la Argentina, desde l863.

Pero como siempre sucede en estos casos, la asimilación no fue completa ni menos aún mecánica. Es cierto que en esta materia el influjo estadounidense fue decisivo, pero la recepción no fue servil, sino que fue adaptada a las cambiantes necesidades del medio. Esto es, el nuevo continente hispano-americano tenía tras de sí una rica experiencia, nutrida por sus propias tradiciones culturales (sobre todo en el mundo andino y en el azteca y maya), y además, una vivencia jurídica proveniente del derecho castellano y de la legislación indiana, que fue asimilada y desarrollada durante siglos. Por tanto, una incorporación simple y llana no podía darse, toda vez que, además, el sistema jurídico en el cual se enrolaban las nuevas naciones era de base romanista, y por otro, los Estados Unidos se movía en la esfera del *common law*, por lo cual la recepción tenía que ser un acto complejo, y, en cierto sentido, plástico.

Es así como diversas instituciones norteamericanas han sido incorporadas directamente, pero en el camino han sufrido diversos cambios y adaptaciones, que a la larga las han hecho distintas de sus modelos originales, de los cuales es fácil distinguirse. Así se aprecia, por ejemplo, en el caso del Habeas Corpus, que hoy, en América Latina, es distinto a su modelo sajón.

En lo referente al modelo sajón de control constitucional, ha pasado lo mismo. La institución se ha incorporado y desarrollado con perfiles propios, lo que hace pensar que en materia de control constitucional (empleamos este término en sentido general) ha habido un desarrollo que podríamos tímidamente calificar de original, y que tenga algunas características que lo hacen peculiar y diferente de sus orígenes, si bien, *grosso modo*, puede sostenerse que nos mantenemos en el modelo americano o europeo, según sea el caso, pero pudiendo distinguir al interior de cada uno de ellos, cierta peculiaridad en su desarrollo y adaptaciones.

Así se explican los avances del Amparo en México (nacido en l841 y en continuo desarrollo hasta el presente), del control constitucional en Argentina y Brasil, y sobre todo, el desarrollo existente en Venezuela, que desde el siglo pasado creó una acción popular de inconstitucionalidad, con carácter *erga omnes*, primero en la Constitución de l858 y luego en la de l863,que adelantó características de lo que luego sería el modelo concentrado, porque conjuntamente con el alcance general de las sentencias, se encargaba a una sola dependencia u organismo, resolver los casos de inconstitucionalidad.

Por cierto, estos son desarrollos propios que no deben desmerecer lo que con mucha posterioridad se hizo en Europa (que también tiene su propia tradición), ni mucho menos minimizar, como en algún momento se ha pretendido, el carácter creador de Kelsen, con su idea de los

tribunales constitucionales (cf. la justa ponderación que de este hecho hace Joaquín Brage Camazano, *La acción de inconstitucionalidad*, UNAM, México l998).

Si algunos países, en especial México y Venezuela, o si se quiere Venezuela y Colombia, como con acierto señalan muchos autores (cf. Allan R. Brewer-Carías, *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá l995), tuvieron importantes aciertos en el desarrollo y apuntalamiento del control constitucional y en la defensa de los derechos humanos, ello no fue una creación *ex novo*, sino una creación derivada o, si se quiere, un matiz y desarrollo interesante y peculiar, y eventualmente original, pero sólo entendible y explicable desde el trasfondo de un desarrollo propio desde la experiencia norteamericana, que todos los juristas y políticos latinoamericanos del siglo XIX conocían perfectamente bien, ya sea porque tenían acceso a sus fuentes, ya sea porque viajaron o vivieron y asimilaron la cultura norteamericana directamente, por haber vivido en los Estados Unidos y haber publicado allá sus obras, como es el caso, paradigmático, de Domingo F. Sarmiento.

Por estas consideraciones, es quizá oportuno señalar que el continente latinoamericano, y con esto incluyo a las antiguas colonias españolas y portuguesas, (no así a los pueblos angloparlantes del Caribe), han tenido un desarrollo peculiar, que los hace difícil de clasificar dentro de los modelos europeo o americano, si bien es cierto que parten de ellos, más del segundo que del primero, y que además se alimenta de la doctrina de tales países.

Y por eso es que Samuel P. Hungtinton, en un sugerente libro *El choque de las civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial* (Paidós, Buenos Aires l998) llega a la conclusión de que, terminada la guerra fría, ha finalizado también el mundo bipolar, y hoy estamos asistiendo al mundo multipolar, en el cual hay varias civilizaciones en juego. Una de ellas, es la latinoamericana, y las demás son la occidental (en donde incluye a los Estados Unidos y Europa), la africana, la islámica, la sínica, la hindú, la ortodoxa, la budista y la japonesa. Si bien esta tesis puede ser discutida, y en su defecto, matizada, es indudable que tiene cierto carácter explicativo, y puede ser útil para entender muchas cosas. Por lo pronto, la peculiaridad y relativa originalidad del sistema constitucional latinoamericano, puede ser explicado desde este enfoque.

5. APARICIÓN DEL DEBATE DOCTRINARIO

Como he sostenido, la existencia de la *judicial review* en el mundo sajón, no ha propiciado el interés de una disciplina en torno a ella, si bien es cierto que ha habido mucho debate teórico en los últimos años.

Pero la ubicación del tema, se mantiene dentro del Derecho Constitucional, y en todo caso, como problemática judicial, sin que haya habido ningún deslinde específico. Y así continúa hasta el presente.

En el caso de Europa, la situación es distinta, pues el problema, si bien con algunos antecedentes (como el *jury constitutionnaire* en Sieyés, y la monografía de Jellinek sobre la materia publicada en l885), tiene una aparición algo forzada. Y lo es por cuanto en el contexto europeo de supremacía del Parlamento y minusvalía del juez, pensar en declarar una ley como inconstitucional; era casi una herejía, digna de una eventual cacería al estilo de Harlem.

Por eso, cuando se empieza a discutir el problema a nivel teórico, es que se habla de *jurisdicción constitucional* o de "justicia constitucional", sobre todo en el famoso texto de Kelsen de l928, en donde ambas palabras aparecen utilizadas indistintamente e indiferenciadas. La preocupación de Kelsen, a ese momento, era justificar el por qué debía haber un control de constitucionalidad, y porqué ese control no lo podía hacer el Parlamento. Pero como tampoco lo podían hacer los jueces, entonces se trató de justificar la existencia de un órgano ad hoc, que fue el Tribunal Constitucional, del cual, en ese momento, Kelsen era juez. La idea se difundió mucho en Francia, gracias a Eisenmann, discípulo francés de Kelsen, quien estudió con éste en Viena y luego dedicó su tesis doctoral, publicada en París en l928, a divulgar la creación kelseniana (cf. además de Ch. Eisenmann, *Dix ans d`histoire constitutionnelle autrichienne*, en "Revue du Droit public", janvier – mars 1928). Pero el problema para Kelsen, era simplemente teorizar sobre la necesidad de la existencia de un control constitucional, y que éste estuviese a cargo de un tribunal ad hoc, fuera del Poder Judicial y sin dependencia alguna con los demás poderes. En suma, así como existía una jurisdicción civil y una jurisdicción administrativa, era necesario que existiese una jurisdicción constitucional, o justicia constitucional, como se usaba en el contexto jurídico francés (y aun ahora).

Sin embargo, Kelsen no le dio mayor importancia al problema del nombre. De hecho, en la Quinta Reunión de Profesores Alemanes de Derecho Público, celebrada en Viena y en 1928, Kelsen, al igual que Triepel, emplean el término "jurisdicción constitucional" o "verfassungsgerichtsbarkeit" como sucedáneo de "jurisdicción estatal" o "staatsgerichtsbarkeit". Y cuando escribió en inglés, años más tarde, sobre este mismo problema, lo que hizo fue emplear el concepto grato al mundo sajón, cual es *judicial review*. Igual ha sucedido con otro destacado teórico y divulgador de la problemática en los últimos años: Mauro Cappelletti. Cuando escribe en italiano utiliza *giurisdizione costituzionalle*, cuando lo hace en francés, se refiere a la *justice constitutionnelle*, y cuando escribe en inglés, emplea *judicial review*. Cappelletti, al igual que Kelsen, no repara mucho en el hecho del nombre, sino en el contenido, en sus alcances y en sus modalidades.

También en este mismo período surge la polémica Kelsen-Schmitt, a la cual ya me he referido, que a veces ha resurgido en otros ambientes, pero sin el mismo vigor, y más aun, cuando la tesis del control constitucional ha cobrado cada vez mayor aceptación.

El debate, iniciado en los años treinta, se ha mantenido, si bien se ha pasado ya a una segunda etapa, cual es ver las condiciones del control, quiénes lo hacen, los órganos encargados de ello, el análisis de las distintas figuras procesales, etc. Pero en la América Latina, ambas fases del debate se mantienen.

Así, por ejemplo, el problema ha tenido numerosos matices en la evolución política del Ecuador. Desde l945, en que consagraron un Tribunal de Garantías Constitucionales en el nombre y casi sin atribuciones, hasta el actual Tribunal Constitucional, de total plenitud, que perfilado en las reformas constitucionales de l996, se halla reafirmado en la vigente Constitución de l998.

Lo mismo podemos decir de Bolivia, que introdujo el Tribunal Constitucional en la reforma de l994 a su Carta vigente de l967, pero que se ha instalado recientemente (en junio de l999), y se encuentra en sus inicios.

O el caso del Perú, que al modelo americano que tenía desde l936, le agrega, en l979, el Tribunal Constitucional, modelo dual o paralelo que se mantiene en la Constitución vigente de l993.

Es decir, lo que en Europa se debatió en la década del veinte, llegó a la América Latina cuarenta años después, ya que la influencia del modelo europeo fue también muy posterior. Y esto ha motivado debates y planteos interesantes, cuyo punto orgánico de partida lo representa el Encuentro de Sochagota (Colombia, en noviembre de l977) que reunió a un grupo muy representativo de constitucionalistas latinoamericanos para tratar, por vez primera y en forma orgánica, el tema de la "jurisdicción constitucional en Iberoamérica" (las actas han sido publicadas, con el mismo nombre, por la Universidad Externado de Colombia, en Bogotá y en l984).

6. ¿UNA NUEVA DISCIPLINA?

La nueva realidad constitucional, aparecida en la década del veinte, dio origen a un amplio debate, tanto en Europa, como posteriormente en América Latina, en torno a la jurisdicción constitucional. O la justicia constitucional, como algunos querían.

En realidad, si al utilizar jurisdicción o justicia, creemos que son algo parecido, o que son lo mismo, esto no tiene mayor trascendencia. Sin embargo, algunos han hecho alguna diferencia entre una y otra, como es el caso de Héctor Fix-Zamudio, quien ha señalado diferencias axiológicas y también técnicas, entre ambos términos. Aquí nos interesa ésta última, en la medida que Fix, siguiendo las huellas de Franz Jerusalem y otros juristas, entendía que existía justicia constitucional

cuando los órganos judiciales comunes se dedicaban a resolver problemas constitucionales (cf. Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional, 1940-1965*, UNAM, México l968), y jurisdicción constitucional, cuando existían órganos calificados y especiales para esos fines, o sea, tribunales constitucionales (así, por ejemplo, Jesús González Pérez, *Derecho procesal constitucional*, Civitas, Madrid l980). Esta tesis, no obstante su importancia, ha ido perdiendo fuerza, y el mismo Fix la ha matizado posteriormente, toda vez que lo que interesa, en realidad, es quién decide en materia constitucional y con qué efectos, sin importar que sea una corte suprema (como es el caso de los Estados Unidos) o un tribunal constitucional.

Además, y moviéndose siempre dentro de la órbita francesa, el reciente manual coordinado por Louis Favoreu sostiene una tesis interesante, siguiendo a Eisenmann. Así, según se indica, la justicia constitucional debe ser considerada como un sistema o un plexo teórico y doctrinario en su conjunto, que trata sobre cómo se lleva a cabo el control constitucional y temas afines. En cambio la jurisdicción constitucional sería un análisis detenido del órgano calificado para hacerlo. Así, y siempre dentro de lo expuesto, la justicia constitucional es el gran panorama, pero la jurisdicción constitucional está reservada al análisis de la composición, estructura y atribuciones del Consejo Constitucional, que dentro del sistema francés, es el encargado de decir el derecho en materia constitucional (cf. AA.VV. *Droit constitutionnel*, Louis Favoreu, coordonnateur, Dalloz, Paris l999).

Este planteo, sugestivo sin lugar a dudas, es peculiar y decididamente muy francés, y pensado para no abandonar los usos lexicales del idioma y para mejor ilustrar la posición del Consejo Constitucional francés, que, como se sabe, si bien discutible en cuanto a su naturaleza jurídica, hay una tendencia cada vez mayor de asignarle una naturaleza jurisdiccional. En todo caso, la tesis expuesta, no ayuda a resolver el problema *in genere*, sino sólo la situación francesa y de quienes se mueven dentro de su radio de influencia.

Lo concreto del caso, es que surgen órganos que tienen, o a los que se les asignan, atribuciones jurisdiccionales, y ellos conocen determinados procesos vinculados con la Constitución, tanto en su parte orgánica, como en su parte dogmática. Y como son trámites o pasos que se dan, ellos, tarde o temprano, se formulan como procesos que terminan adaptándose a los procesos comunes y corrientes que a diario conocen los jueces y tribunales. Y esto es inevitable, toda vez que en el moderno Estado de Derecho, si los jueces tienen la defensa de los derechos del ciudadano y del orden jurídico, es evidente que lo hacen a través de mecanismos especializados, que son los procesos. Por tanto, se desprende que también en los casos de defensa de la Constitución, no sólo hay una jurisdicción constitucional, compuesta o a cargo de jueces simples o jueces especializados, sino que además, debe haber

procesos ante ellos, que cumplan los requisitos de la doctrina procesal moderna.

Pero en nuestra tradición romanista, el Derecho, si bien es una unidad y es considerado como un todo, se acostumbra, desde la época de los romanos, a hacer divisiones, algunas muy amplias, y otras más ceñidas. Una de ellas, es la existente entre el derecho sustantivo y el derecho instrumental, que precisamente sirve para hacer efectivos los derechos que aquél consagra. Este derecho instrumental es el comúnmente llamado *derecho procesal*, que nacido científicamente en el siglo pasado, se ha extendido y afianzado durante el presente siglo. Y esto no ha pasado desapercibido a los estudiosos.

Es por eso que hay muchos que desde los años cuarenta (en el mundo hispano, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo), han propuesto la creación de una nueva disciplina que se titule *derecho procesal constitucional*, que sería el equivalente, en el ámbito constitucional, de lo que es el proceso civil para el derecho civil, o el proceso penal, para el ámbito del derecho penal. Por cierto, esta tesis no es pacífica, pues hay muchas variantes en torno a ellas, y que hemos analizado en otra oportunidad (cf. Domingo García Belaunde *El Derecho procesal constitucional*, en “Anuario de la Academia Peruana de Derecho” Núm 3,1997). Así, hay quienes, como Fix-Zamudio distinguen entre “derecho procesal constitucional” y “derecho constitucional procesal”, y otros que simplemente se afilian al derecho procesal constitucional a secas, tesis que preferimos.

Por lo demás, sigue abierto el debate en torno a la naturaleza de este derecho procesal constitucional. Algunos autores sostienen que es una disciplina constitucional (por ejemplo, Peter Häberle), otros afirman que es mixta (es el caso de Néstor P. Sagüés), y otros que la disciplina es netamente procesal. En lo personal, me inclino por esta postura, porque existiendo un derecho procesal desarrollado científicamente desde fines del siglo pasado, es ése el lugar en donde debe ir todo lo relacionado con los procesos que nacen de la Constitución, y que por eso son constitucionales.

Sin embargo, existe una postura reciente, aun cuando minoritaria, sostenida por algunos juristas brasileños, como Marcus Orione Gonçalvez Correia (cf. *Direito processual constitucional*, edit. Saraiva, Sâo Paulo l998), quien sostiene que el derecho procesal constitucional, siendo un tema netamente procesal, no es autónomo, sino que es parte del proceso civil, con lo cual el proceso civil tendría sus ramas, una de las cuales sería la constitucional, con carácter de subsidiaria, y en todo caso, ancilar.

La tesis es sin lugar a dudas singular, porque pregona una minusvalía del proceso constitucional, haciéndole depender del proceso civil, lo cual podría tener cierto valor a principios de siglo, pero no en la actualidad. Por cierto, es claro que la teorización partió del proceso civil y desarrolló sus principales categorías a partir de éste, pero eso no

significa que todos los procesos (administrativo, penal, laboral, etc.), sean civiles, ya que si bien la matriz es civil, los desarrollos son específicos y las materias son distintas, y ameritan un tratamiento aparte, ya que además, existe una teoría general del proceso. A simple vista, no cabe confundir un proceso constitucional como el amparo, que defiende derechos fundamentales, con uno civil de indemnización por daños y perjuicios, que por más importante que sea, es cualitativamente diferente del primero.

Pero la discusión no termina ahí. Existen otros planteos en torno al derecho procesal constitucional, que veremos a continuación, y es el intento de remplazarlo por el de "derecho jurisdiccional".

7. ¿DERECHO JURISDICCIONAL CONSTITUCIONAL?

Un importante grupo de juristas españoles, liderados por Juan Montero Aroca, catedrático de la Universidad de Valencia y magistrado de la respectiva Comunidad Autónoma, ha venido batallando, desde hace algunos años, por sustituir el vocablo *derecho procesal* por el de *derecho jurisdiccional*. De esta suerte, en lugar de haber un derecho procesal constitucional, tendríamos un derecho jurisdiccional constitucional.

Lo importante es que el más destacado defensor de esta postura, ha sufrido tal evolución, convenciéndose de ella, y postulando que dicho cambio opere, no por un problema terminológico, sino por corresponder a una realidad (así, véanse sus trabajos *Introducción al derecho procesal*, Tecnos, Madrid 1976 e *Introducción al derecho jurisdiccional peruano*, Edit. Enmarce, Lima 1999, asi como *Derecho Jurisdiccional*, 8va.edición, Tirant lo blanch libros, Valencia 1998, tomo I, por J. Montero Aroca *et alter*).

Para fundamentar su tesis, Montero Aroca hace una larga como prolija exposición, que aquí sintetizamos lo mejor posible. Según afirma, el proceso ha tenido una larga etapa histórica, de la cual habría que destacar las siguientes, que son las más cercanas en el orden del tiempo:

1) Práctica forense, que cubre, más o menos, hasta el siglo XVIII; en ella surge la práctica al margen de las universidades, para enseñar lo que realmente se hace en los tribunales; en la cátedra se enseñaba derecho romano, eminentemente formativo; pero fuera, en los tribunales, sucede otra cosa, y eso hay que enseñarlo. Lo más notable en el mundo hispánico es la *Curia Philippica*, publicada por Hevia de Bolaños, en Lima en 1603, si bien su autor era un español afincado muchos años en la capital del Virreinato peruano.

2) El segundo paso lo da el procedimiento; o sea, la existencia debidamente regulada, de formas o caminos procesales que explican un sinfín de actuaciones de las partes ante el juez. Esto cubre prácticamente el siglo XIX.

3) Procesal; surge a mediados del siglo XIX en Alemania y luego es ampliamente desarrollada en la misma Alemania y en Italia, ya en el siglo XX. Por encima de los numerosos procedimientos y su práctica, trata de crear una gran teoría que explique el proceso civil, y luego esto se extiende al penal. Es el nacimiento del procesalismo científico, a diferencia de las etapas anteriores, que son meramente prácticas y, sobre todo, empíricas.

Sin embargo, el procesalismo científico, que se extendió a otros ámbitos más allá del civil propiamente dicho, fue desarrollándose y ampliándose, desbordando al proceso, que era el eje de la disciplina, conjuntamente con la acción y la jurisdicción. Esto es muy claro en el clásico libro de Couture: cuando publica la primera edición de sus *Fundamentos de Derecho Procesal Civil* en 1942, no menciona el concepto de jurisdicción; ni siquiera lo desarrolla. Tan sólo aparece con toda precisión en la edición de 1958, que a la larga resultó póstuma. Acorde con esto, el procesalismo, si bien con notables antecedentes y algunos avances importantes, se ha volcado hace algunas décadas al análisis y al detalle de la jurisdicción, o sea, la facultad estatal, sus órganos, y, en general, toda la problemática de la magistratura. De esta manera, hoy por hoy, dentro del derecho procesal, la teoría del proceso ocupa un lugar modesto o en todo caso segundón, muy por detrás de la jurisdicción, que realmente se ha vuelto el eje básico de la disciplina.

Por tanto, no se puede seguir llamando “derecho procesal” a una disciplina que de procesal tiene cada vez menos, y en todo caso, un porcentaje discreto, en comparación con la jurisdicción y la acción (si bien éste es un concepto más bien abstracto). Por tanto, se impone dar el gran salto que Montero hizo en su día, de llamar jurisdiccional a la disciplina, y dejar de lado el de procesal, que no guarda concordancia con su contenido. No se trata de un capricho ni de un juego de palabras o de un cambio simple, sino de adecuar el nombre a su real contenido. Hasta aquí, en síntesis muy apretada, lo que nos manifiesta el destacado jurista.

Ahora bien, ¿es válida esta argumentación?

La respuesta es delicada y quizá deba admitir matices, ya que ni aun los clásicos (por ejemplo, G. Chiovenda en sus *Instituciones de Derecho Procesal Civil*) dejaron de prestar un espacio significativo a la jurisdicción. Por cierto, la respuesta final deben darla los procesalistas, que son los profesionales del área, motivo por el cual aquí queremos aceptar dicha tesis, pero tan sólo como hipótesis de trabajo. Y sobre esa base, deseamos hacer algunos comentarios y cuestionamientos, para los fines que aquí nos interesan.

Lo primero que hay que destacar es que, en realidad, el aspecto netamente procesal del derecho procesal, no ha desaparecido. Por tanto, llamarlo jurisdiccional puede hacer justicia a gran parte de su contenido (digamos el 50%), pero no al 100%. Esto es, aun teniendo más justicia el nuevo nombre, nos quedamos cortos, pues no cubre la

totalidad del contenido de la disciplina. Ante esto, podría pensarse en buscar un nombre que englobe toda la temática, y así se han barajado otros, como Derecho Judicial, pero que no tiene mayor precisión, y el mismo Montero lo cuestiona. Además, encontrar un nuevo nombre que cubra todo y además encuentre fácil aceptación, es tarea nada fácil.

Un segundo punto es que, en realidad, lo que ha sucedido en las últimas décadas, es que el derecho procesal no ha modificado su carácter científico, ni tampoco su papel dentro del derecho público, y en cierto sentido, tampoco ha cambiado sustantivamente su enfoque, sino que más bien su contenido se ha enriquecido, pues ha sido engrosado muy sustantivamente, hasta el punto de presentar otras fisonomías. Es probable que los clásicos, de haber vivido hoy hubieran aceptado esta realidad, como lo hizo Carnelutti en una famosa conferencia dictada en 1965 poco antes de su muerte, en la cual reconoció que la figura del Juez era realmente lo importante en el proceso, y que había que dejar de lado el mito del legislador.

No obstante, añadamos que, haber ampliado su contenido o enriquecido su perspectiva, no significa que haya dejado de ser la misma, y en consecuencia, no tiene porqué cambiarse su nombre. Veamos algunos casos:

a) La lógica fue fundada por Aristóteles y duró casi intacta hasta el siglo XIX. En esta época viene la gran revolución en la lógica, que luego sintetizan Russell y Whitehead en 1910 con su obra *Principia matemathica*. Hoy existe la lógica tradicional que cubre desde Aristóteles hasta el siglo XIX; después surge la lógica clásica desde Frege, y luego las lógicas no clásicas desde los años 30. En cualquier manual de lógica moderna, la parte aristotélica es un modesto capítulo inicial, pero nadie ha pensado en cambiar el nombre de la disciplina que fundó Aristóteles. Igual podría decirse de otras ciencias que fundó Aristóteles, como la Física y la Sicología: son hoy día algo totalmente distinto de lo que hizo su fundador, pero sin embargo, nadie ha pensado en cambiarles el nombre.

b) La historia fue fundada por Herodoto, llamado el padre de la Historia. En sus *Historias*, tanto él como Tucídides, entienden la historia como ver lo presente o ver de testigos; para ellos, y para el mundo greco-romano, la historia es historia del presente. Y con variantes, se mantuvo hasta fines del siglo XVI. Pero en el siglo XIX, la historia se asienta como ciencia del pasado (sobre todo con Ranke), y así llega a nuestros días. Aun más, los enfoques de la historia han cambiado sustancialmente. A la historia política que caracterizó a los autores clásicos (concentrados en héroes, batallas, príncipes, reinados, tratados, etc.), ahora sucede una historia total que ha minimizado la historia narrativa de antaño, como lo demuestra la historia de la vida privada, la historia de los de abajo, la historia de las mentalidades, la historia del gusto, etc.). Es decir, la historia ha cambiado totalmente, en perspectivas, enfoques y contenidos, en relación con el siglo pasado y

más aún, con lo que se entendía en la antigüedad. Pero nadie ha pensado en cambiarle de nombre. Incluso, la palabra *historia*, del griego *istorein*, significa lo visto, lo que se ve, o que se sabe por saber directo. Por tanto, vemos como ni siquiera el nombre tiene concordancia con el contenido actual. (cf. Jorge Lozano *El discurso histórico*, Alianza, Madrid 1984).

c) Por último, en cuanto al derecho mismo, digamos algo. No sólo el derecho procesal ha cambiado y ampliado notablemente su contenido, sino todas las ramas del derecho. El Código Civil napoleónico era uno, pero los actuales códigos civiles lo han desbordado totalmente. El derecho comercial hasta hace cien años se limitaba a ciertas sociedades, o a los actos de comercio y al comercio internacional; hoy el derecho mercantil es distinto y ha superado largamente a sus orígenes. Igual podría decirse del derecho constitucional. Si revisamos, por ejemplo, el *Cours de politique constitutionnelle* de Constant, publicado en 1861, sobre la base de trabajos anteriores redactados desde 1815, y lo comparamos con cualquier manual moderno y reciente en francés, como son los de George Burdeau, Maurice Duverger, André Hauriou o Pierre Pactet, vemos que el campo se ha ensanchado notablemente. Y el derecho constitucional actual es totalmente distinto al clásico, al que mantiene en lo esencial, pero que supera largamente. En este caso, como en otros, nadie ha pensado en cambiar el nombre, so pretexto de buscar uno que represente o refleje mejor su contenido (los franceses se han limitado, para fines docentes, en agregar el concepto de “instituciones políticas” en sus cursos y en sus manuales, pero sin renegar del membrete clásico).

En consecuencia, a la vista de lo sucedido en otras disciplinas, tanto jurídicas como no jurídicas, no vemos porqué vamos a cambiar un nombre por otro, que si bien podría hacer justicia al contenido de la disciplina, no cubre todo lo existente ni menos aún elimina su contenido procesal básico.

Pero hay algo más. Y es que en materia de nombres, las palabras juegan un papel importante, desde un punto de vista del uso, existiendo siempre el factor de inercia que dificulta los cambios que la comunidad hablante no ve como necesarios. Por otro lado, hay que tener en cuenta que el lenguaje es en realidad un fruto de las convenciones. Ya Platón, en su célebre diálogo *Cratilo*, discutió ampliamente la tesis sobre el origen del lenguaje, si era natural, o sea, si respondía a los hechos, o si por el contrario, era un fruto de la convención (cf. Víctor Li Carrillo, *Platón, Hermógenes y el lenguaje*, Ediciones U. de San Marcos, Lima 1959). La tesis de Platón es que si bien puede haber alguna relación entre el lenguaje y la realidad, el lenguaje es, en lo fundamental, un fruto de la convención y de los usos sociales. Y esta tesis platónica se encuentra hoy en día prácticamente aceptada por los lingüistas contemporáneos, desde

Saussure en adelante.

Vistas así las cosas, si las palabras no tienen porqué necesariamente ser reflejos de las cosas, sino que existe un amplio campo para el uso convencional, no vemos porqué vamos a aceptar el uso de un término que hasta ahora, y pese a la pujanza de sus promotores, no ha logrado aceptación plena en la comunidad jurídica hispano hablante, por no referirnos sino a lo nuestro.

En efecto, esto podría cambiar en el futuro, por diversos motivos a los que aquí no aludimos. Pero mientras esto no suceda, debemos optar por la de derecho procesal constitucional, hasta ahora mayoritariamente en manos de constitucionalistas, si bien son los procesalistas los que le dieron el impulso de los últimos años con trabajos medulares (Alcalá-Zamora y Castillo, Calamandrei, Cappelletti, Couture, Fix-Zamudio, así como recientes publicaciones de González Pérez, Véscovi, Morello, Gelsí Bidart, Hitters, Alejandro D. Carrió, Gozaíni, entre otros).

Por tanto, y sin aferrarnos dogmáticamente a lo expuesto, seguiremos usando -hasta nuevo aviso- el concepto de *derecho procesal constitucional*.

8. UNA MUESTRA DE LAS VARIANTES LATINOAMERICANAS

En los últimos años el control constitucional en América Latina, tanto en su variante orgánica (control de la constitucionalidad de las normas)como en su vertiente dogmática (defensa de los derechos humanos), y sin contar con otro tipo de competencias, ha sido muy variada, no sólo en su desarrollo normativo, sino en lo referente a los órganos que tienen a su cargo tales controles. Veamos someramente a algunos de ellos, que en cierto sentido, hemos adelantado:

l) El ejemplo cubano es el más interesante, sobre todo el del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales previsto en la Carta de l940,que es ejemplar dentro de la historia cubana (cf. Fernando Portuondo, *Historia de Cuba*, Edit. Minerva, La Habana l950). Este Tribunal, si bien era una sala integrante de la Corte Suprema, -y por cierto, dentro del Poder Judicial-, tuvo una configuración muy importante, pues no sólo conocía de los Habeas Corpus, sino de un recurso de inconstitucionalidad, que podía eliminar normas con carácter *erga omnes*, constituyendo de esta manera un caso ejemplar de control, que pudo evolucionar en forma muy considerable, si no hubiese sido por su corta vigencia. El golpe de Estado de l952, dado por Batista, remplazó dicha Constitución por otra, la Ley Constitucional de l952, que si bien formalmente idéntica a la anterior en este punto, tuvo una vigencia más bien nominal y sin fuerza alguna frente a la dictadura,

hasta que la revolución de Fidel Castro en l959, puso fin al experimento, pues inauguró un régimen político que conllevaba otro tipo de controles, propio del llamado sistema socialista, totalmente distinto a los que conocemos. Con todo, el ejemplo republicano de Cuba (en especial del período 1940-1952) fue sobresaliente para el Caribe y sirvió de estímulo a sus vecinos.

2) Guatemala es el segundo ejemplo importante, pues aún está vigente. Fue creada en l965 una Corte de Constitucionalidad, en la Constitución de ese año, y luego se reiteró en la vigente Constitución de l985, en forma más elaborada que la anterior (la de l965 no era una corte permanente, sino que se reunía cada vez para contemplar casos concretos, a diferencia de la vigente, que es permanente y que ha tenido además un desarrollo y actitud ejemplar en defensa de la constitucionalidad en ese país)

3) El Perú es un caso singular, pues al sistema americano que tenía desde la década del treinta, incorporó, en la Constitución de l979, el Tribunal de Garantías Constitucionales, fiel reflejo de la experiencia europea, y en rigor, el primer trasplante de este tipo que se hace al continente americano. Además, dicha carta dio origen a lo que he llamado el modelo dual o paralelo, pues desde ese momento coexisten, en forma pacífica, los dos controles, el difuso y el concentrado (cf. Domingo García Belaunde, *La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo*, en *La Ley*, Buenos Aires, 16 de octubre de l998). Ese esquema se ha mantenido y afinado en la vigente Constitución de l993, que ha reiterado la institución con el nombre, quizá más adecuado, de Tribunal Constitucional.

4) Ecuador tiene una larga historia en materia de control constitucional, ya que, influido por la experiencia francesa, incorporó en l945 un Tribunal de Garantías Constitucionales, que operaba sobre el papel, pues no tenía poder alguno, y era dependiente del Parlamento. Esto fue eliminado más tarde, pero la Constitución de l978 reincorporó la figura del Tribunal de Garantías Constitucionales, con un poder sobre todo simbólico, pero todo esto cambió en l996, con las reformas de ese año, para finalmente consagrarse en la vigente Constitución de l998, que ha introducido un Tribunal Constitucional con verdaderos poderes (cf José C. García Falconí, *El juicio especial por la acción de amparo constitucional*, Quito 1999).

5) Bolivia creó el Tribunal Constitucional en l994, mediante expresa reforma que se hizo ese año a su Constitución de l967, aun cuando el Tribunal nombrado en 1998, sólo ha iniciado sus funciones en l999. El Tribunal Constitucional fue incorporado en medio de grandes oposiciones, que recordaban a anteriores debates europeos sobre la inconveniencia de la institución, la que tuvo muchos detractores, hasta que finalmente fue concretada la institución, pero como parte integrante del Poder Judicial.

6) Colombia tiene antecedentes muy antiguos de control constitucional, con una primera etapa interesante que va hasta l9l0, y luego se suceden varias estaciones en su desarrollo, pasando por la creación de una Sala Constitucional, hasta que es creada en l99l la Corte Constitucional, que funciona desde l992 (cf. Javier Tobo Rodríguez, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad*, Bogotá 1999, Ernesto Blume Fortini, *El control de la constitucionalidad: con especial referencia a Colombia y al Perú*, Lima l996). La Corte colombiana ha tenido una actividad que podríamos llamar febril, por el rigor, el empuje y el dinamismo que ha desarrollado, si bien en los últimos tiempos ha mostrado algunos excesos que han suscitado serias críticas, por su enfrentamiento con las políticas del Ejecutivo y la modernización del Estado.

7) Chile creó el Tribunal Constitucional en l970, pero fue desactivado en l973, luego de una vida corta, pero tumultuosa. La Constitución de l980 lo incorporó nuevamente, pero en Chile el control constitucional es muy tenue, y de carácter preventivo, que acusa una fuerte influencia francesa.

Aparte de estos tribunales, debemos recordar otros casos de interés:

i) El Salvador, que tiene una Sala Constitucional desde l983, y Venezuela desde 1999.

ii) Costa Rica, que creó una Sala Constitucional en su reforma constitucional de l989, y que ha tenido una actividad intensa y creadora, y

iii) Paraguay, que en su Constitución de l992 incorporó una Sala Constitucional, que anda todavía lentamente.

(Sobre estos casos, cf. Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, coordinadores, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica* Edic. Dykinson, Madrid 1997; Rodolfo E. Piza E. *La justicia constitucional en Costa Rica*, Lisboa 1995, Héctor Fix Zamudio, *Los tribunales y salas constitucionales en América Latina* en “Estudios jurídicos en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca”, UNAM, México 1995 y Allan Brewer-Carías, *La Constitución de 1999*, Caracas 2000).

Caso singular lo representa México, en donde sucesivas reformas, y en especial la de l994 (cf. Salvador Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano a fin de siglo*, Edit.Porrúa, México l995 y Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona, *Derecho Constitucional mexicano y comparado*, Edit. Porrúa, México 1999), han hecho que la Corte Suprema mexicana sólo analice temas específicamente constitucionales, con lo cual tiene cierto parentesco con las Salas Constitucionales que vemos en otros países, o con los tribunales o cortes constitucionales. Lo que ha llevado a un sector mayoritario de la doctrina mexicana, a sostener que, en la actualidad, la Corte Suprema mexicana es una corte constitucional. Sin embargo, como lo ha demostrado Joaquín Brage, esto no se compadece con la realidad de

los tribunales constitucionales, entre otras razones, porque dicha Corte ve muchas cosas relacionadas con el quehacer judicial de la Federación y es además el punto jerárquico más alto del Poder Judicial de ese país, por lo que equiparar dicha Corte Suprema a un Tribunal Constitucional, es, en realidad, un exceso. Pero si bien hay que rescatar el avance de la institucionalidad mexicana y el nuevo papel que ha adoptado la Corte Suprema, no debe imputársele ser un tribunal constitucional, sino en todo caso, una corte ordinaria con prevalente función constitucional.

9. Los contenidos del derecho procesal constitucional

Durante el período que se inicia a mediados de l920 y dura hasta la década del 80, los cultores de este tema, se refieren en forma recurrente a la jurisdicción o justicia constitucional, sin importar, por ahora, las diferencias o matices que algunos han introducido. Lo importante, sin embargo es que existe esta referencia. Y en concordancia con ella, siguiendo las orientaciones de Cappelletti y Fix-Zamudio, se habla en un primer momento de control jurisdiccional de las leyes, o "jurisdicción constitucional orgánica" y de "jurisdicción constitucional de las libertades", o de la "libertad", como prefiere Fix-Zamudio. Y dentro de esa línea, se agrega la "jurisdicción constitucional transnacional", para referirse al ámbito, cada vez mayor, del derecho comunitario, del cual es modelo la Corte Europea de Derechos Humanos, y en fecha más reciente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

No obstante, esos contenidos son válidos y plenamente aceptables en la medida que hablemos de "jurisdicción" o "justicia constitucional" o equivalentes. Pero cuando se piensa que por encima de lo que es la jurisdicción, o sea, la mecánica operativa de declarar un derecho o definir una situación, existen órganos que tienen a su cargo esa tarea, y procesos que se tramitan ante ellos, entonces, por la fuerza de las cosas, se va a un "derecho procesal constitucional", como ya lo he señalado, abandonando esa venerable y pionera clasificación tripartita, que ya cumplió su cometido.

El derecho procesal constitucional, sólo se entiende desde una teoría general del proceso, que es una sola y que alimenta todos los procesos, como lo vio bien Carnelutti. Y aceptado su carácter procesal, resulta inevitable seguir la doctrina general para armar esta nueva disciplina.

Ésta, como se sabe, se levanta sobre una trilogía estructural avizorada por los clásicos, pero concretada por Ramiro Podetti en l944 (en la "Revista de Derecho Procesal", que fundó Hugo Alsina). Y está compuesta por la *acción, la jurisdicción y el proceso*.

La acción tiene un carácter abstracto, por lo que en realidad lo que nos interesa son las otras dos. La jurisdicción, que en rigor es la jurisdicción constitucional *stricto sensu*, analiza los diversos modelos existentes (americano, europeo, político, mixto, y dual o paralelo). Y el

proceso, es el que se detiene a ver los mecanismos que buscan defender la jerarquía normativa (en rigor, el control de la constitucionalidad) y la protección de los derechos humanos, sobre todo, el Habeas Corpus y el Amparo, muy difundidos en América Latina (debiendo distinguirse el amparo mexicano, que es amplio, omnicomprensivo y globalizante, del amparo platense, llamado así por comodidad, pues es la jurisprudencia argentina y su comunidad jurídica las que lo han perfilado, y que es distinto). Así, mientras que el amparo mexicano cubre todo y es un sistema que podría llamarse integral(cf. Ignacio Burgoa, *El juicio de Amparo*, Edit. Porrúa, México l999), el amparo argentino, que han seguido casi todos los países del área (o que siendo anteriores coinciden con él), cubre una gran gama de derechos, excepto los vinculados a la libertad y seguridad personales (cf. Néstor P. Sagüés, *Acción de amparo*, Edit. Astrea, Buenos Aires l995; Humberto Quiroga Lavié, *El amparo colectivo*, Rubinzal-Culzone Editores, Buenos Aires 1998). Por cierto, hay variantes, pues en el Brasil existe lo que se denomina *mandado de segurança* (cf. J. M. Othon Sidou, *Habeas Corpus, mandado de segurança, mandado de injunçao, Habeas data, Açao Popular*, editora Forense, Rio de Janeiro 1998) y en Colombia, la Acción de Tutela (cf. Oscar José Dueñas Ruiz, *Acción y procedimiento en la Tutela*, Edic. Lib. del Profesional, Bogotá 1998),que en el fondo protegen lo mismo que el amparo. Por cierto, existe otro tipo de instrumentos protectores, como es el caso del Habeas Data, nacido en el Brasil, por iniciativa de José Afonso Da Silva, y que ha tenido gran irradiación en el resto de América (cf. AA. VV. *Habeas data*, Edit. Revista dos Tribunais, Sâo Paulo l998,y el número especial de DERECHO-PUC, núm.5l, Lima, diciembre de l997, que contiene casi todas las ponencias presentadas en el Simposio Internacional sobre el Habeas Data organizado en la Universidad de Talca por el Decano de su Facultad de Derecho, Humberto Nogueira Alcalá; igualmente Oscar Puccinelli, *El Habeas Data en Indoiberoamérica*, Edit. Temis, Bogotá 1999).

Por cierto, a diferencia de los procesos civiles y penales que guardan cierto parecido, en materia de procesos constitucionales hay bastantes diferencias, no en el fondo, pero sí en el espectro protector y en el manejo de las instituciones, lo cual es inevitable, pues ellas son fruto de determinadas características históricas y políticas. Pero cabe agregar, que la protección de los derechos fundamentales o derechos humanos, por lo menos los básicos, y la existencia de un proceso rápido, ágil y garantista, es algo que ha reconocido y hecho suyo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cf. Juan Carlos Wlasic, *Convención Americana sobre derechos humanos*, Edit. Juris, Rosario 1998). Con lo cual, estos dos aspectos básicos han entrado al derecho de los derechos humanos de la región, si bien es cierto que, en el mundo de la *praxis*, los vacíos y las violaciones se mantienen y muchas veces reina la impunidad (aquí, como es explicable, nos referimos al

marco histórico, doctrinario y legislativo, y no nos detenemos en su real vigencia, que debe ser materia de un análisis distinto).

Lo anterior es la parte general, la cual se complementa con la parte especial, que desarrolla los mismos temas al detalle, cual es el dedicado a los órganos constitucionales encargados de resolver los conflictos, también calificados como *magistratura constitucional*.

Así, con avances y afinamientos constantes, al ir hacia un Derecho Procesal Constitucional, los contenidos deben cambiar y adecuarse a lo que es toda estructura procesal. Con lo cual, esto debe conducir a dos aspectos complementarios. El primero es, a la unidad de la legislación procesal, lo cual significa que los procesos constitucionales ya no deben estar en un código procesal civil o procesal penal (como lo era en el Perú y lo es en parte en Bolivia y en cierto sentido en la Argentina), y segundo, que tampoco deben estar en una ley especial (como lo es en México o en Costa Rica), sino que hay que avanzar hacia un verdadero Código Procesal Constitucional, que es, sin lugar a dudas, el paso siguiente, como lo fue anteriormente en las otras ramas del derecho. En la actualidad, existe un único Código Procesal Constitucional, y es el que ha sido recientemente sancionado y promulgado en la provincia argentina de Tucumán, con la Ley 6944 de 3 de marzo de 1999.

El otro problema es el de la enseñanza, pero eso lo veremos en el próximo apartado.

10. La enseñanza del derecho procesal constitucional

Sin duda alguna, la enseñanza de una temática, en forma independiente, ayuda grandemente a su consolidación y a su difusión. Esto es, la independencia en la enseñanza universitaria de un determinado tópico no ayuda, de por sí, a que se convierta en disciplina autónoma, pero es útil, no sólo para configurarla cuando esto es necesario, sino para que el conocimiento de ella se extienda y su importancia aumente, creándose así un ambiente propicio en la comunidad académica.

Sin embargo, pese al hecho de que el derecho procesal constitucional, o si se quiere, la jurisdicción constitucional (pues en este punto debemos tomarlas como sinónimas) es quizá el aspecto más novedoso en el Derecho Público del presente siglo, y seguramente el más valioso desde el punto de vista axiológico (sobre todo, en relación con la protección de los derechos humanos) su enseñanza anda a paso lento.

En los Estados Unidos, en donde la *judicial review* es parte importante de cualquier estudio de derecho, no se estudia aisladamente. Igual sucede en el resto de países europeos.

No así en la América Latina, en donde existen cursos especiales dedicados a la jurisdicción constitucional o al derecho procesal

constitucional, sobre todo, desde de la década del 80 (así, por ejemplo, en el Perú, Chile, Argentina, etc.), y más aun, con congresos dedicados a ello (como es el caso de los numerosos eventos realizados sobre ese tema en la Argentina).

Pero esto está apenas en sus inicios, y es de esperar que con el tiempo aumente el interés por los temas procesales constitucionales, y se les dé configuración autónoma, tanto en la enseñanza universitaria, como en la legislación (existencia de leyes específicas sobre la materia o de códigos procesales constitucionales).

Mas, dejando a salvo lo expuesto, es evidente que el tema procesal constitucional, si bien autónomo, en realidad es difícil que se desprenda del Derecho Constitucional, y quizá por la sencilla razón de que la base directa del proceso constitucional, se encuentra en la constitución misma. Esto es, los procesos civiles y los procesos penales tienen su fundamento en la Constitución, pero ella en sí misma no los contiene. Lo que sí contiene una constitución es el nombre de los instrumentos procesales protectores y en la medida que sirven para protegerla a ella misma, y en tal sentido, cuando la referencia es directa, y no indirecta, estamos ante procesos constitucionales en sentido estricto. Por tanto, sin caer en detalles, y en la medida que esto se encuentra consagrado en el texto constitucional, es inevitable que en la enseñanza del Derecho Constitucional, se haga referencia a estos aspectos procesales de defensa de la constitución, lo que a la larga perjudica o dificulta su existencia como disciplina autónoma. Y así lo podemos apreciar en algunos manuales de la disciplina de fecha reciente. De los que señalamos los siguientes:

a) En Alemania, el clásico manual de Konrad Hesse, dedica el parágrafo l9 al Tribunal Constitucional Federal (cf. K. Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre, S. A. Fabris Editor, l998; se trata de una traducción autorizada de la vigésima edición, con prólogo especial del autor para la versión brasileña, a cargo de Luís Afonso Heck).

b) En Italia vemos igual tratamiento en algunos manuales recientes. Así, por ejemplo, el de Enrico Spagna Musso, *Diritto Costituzionale*, CEDAM, Padova l990, y en el de Giuseppe De Vergottini, Diritto Costituzionale, CEDAM, Padova 1997.

c) En Francia se comprueba esto en el clásico manual de Jacques Cadart. Y en el más reciente de Philippe Ardant, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, décima edición, LGDJ, Paris l998, así como en el manual colectivo editado por Louis Favoreu, antes citado.

d) En España puede verse lo mismo en los manuales de Francisco Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, edit. Dykinson, Madrid l992, así como en los de Enrique Álvarez Conde, *Curso de derecho constitucional,* edit. Tecnos, 2 vols, Madrid l992-93 y en el de Antonio Torres del Moral, *Principios de derecho constitucional español*,

ediciones de la Universidad Complutense, Madrid 1998.

e) El caso de México es singular, toda vez que en las universidades de dicho país, existe un curso independiente de Amparo, que ha dado origen a gran cantidad de manuales sobre la materia, destacando entre ellos, el de Burgoa, ya citado, y el de Alfonso Noriega, *Lecciones de Amparo*, 2 tomos, Edit. Porrúa, México l996. El Amparo, como ya se indicó, cubre todo lo que puede llamarse, convencionalmente, *defensa de la Constitución*.

f) En Venezuela existe mucha literatura sobre la jurisdicción constitucional, desde el libro pionero de José Guillermo Andueza en l954, la monografía de Orlando Tovar y el gran manual de Humberto La Roche, *Instituciones constitucionales del Estado venezolano*, Maracaibo l984. Sin embargo, la obra representativa de los últimos años lo constituye el tratado de Allan R. Brewer-Carías, titulado *Instituciones políticas y constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana y Universidad Católica del Táchira, Caracas l996-97, siete tomos, de los cuales, el tomo VI, está íntegramente dedicado a la "Justicia Constitucional" (el autor parece afiliarse al uso francés del término).

g) En Colombia es importante el manual de Jacobo Pérez Escobar, *Derecho Constitucional Colombiano*, Edit. Temis, Bogotá l997, y recientemente Jaime Vidal Perdomo, *Derecho Constitucional General e instituciones políticas colombianas*, Edit. Legis, 8va. edición, Bogotá l999, que dedica un amplio apartado a lo mismo.

h) En el Perú le dedica un apartado especial Enrique Bernales en su libro *La Constitución de l993*, Constitución y Sociedad – ICS, Lima l999, con la colaboración de Alberto Otárola, y en igual sentido Marcial Rubio Correa, *Estudio de la Constitución Política de l993*, Fondo Editorial de la Universidad Católica, Lima l999, 6 tomos, en especial el tomo 6.

i) En Chile es importante el manual de Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira, *Derecho Constitucional*, Edit. Jurídica de Chile, 2 tomos, Santiago 1994, y Germán Urzúa Valenzuela, *Manual de derecho constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1991.

j) En la Argentina hay varios manuales y todos ellos tratan sobre el Poder Judicial, así como de la situación del Recurso Extraordinario, del Amparo, del Habeas Corpus y del Habeas Data. Así, sin ánimo exhaustivo, Germán J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, 3 tomos, Buenos Aires l996-97; Néstor P. Sagüés, *Elementos de Derecho Constitucional,* Edit. Astrea, 2 tomos, Buenos Aires l997; Humberto Quiroga Lavié, *Derecho Constitucional*, Edit. Depalma, Buenos Aires l993, con apéndice de 1995; Adolfo Gabino Ziulu, *Derecho Constitucional*, Edit. Depalma, 2 tomos, Buenos Aires l997, y sin contar por cierto con el clásico tratado de Segundo V. Linares Quintana, que es referente obligado en la disciplina.

k) En Brasil la producción es copiosa. Como conjunto, lo más importante es la obra en siete volúmenes de Luiz Pinto Ferreira, que

linda en lo exhaustivo, no obstante su título, *Comentários á la Constituiçao brasileira*, Edit. Saraiva 1989-1995, y que luego el mismo autor ha resumido en su libro *Curso de Direito Constitucional*, Edit. Saraiva, 10ª edición, Sâo Paulo l999. Importantes son también los manuales de Jose Afonso Da Silva, Paulo Bonavides, Alexandre de Moraes, etc.

l) Y finalmente, *last but not least*, en Estados Unidos esto se ve claro en todos los manuales, como lo demuestra el muy importante y de vasta influencia escrito por John E. Nowak y Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law*, West Pub. Co., 5ta. edición, Minn l995., cuyo primer capítulo está dedicado a la *judicial review.*

Además, no faltan los manuales dedicados estrictamente al tema, como son, en la América Latina, Rubén Hernández Valle (*Derecho procesal constitucional*, Edit. Juricentro, San José 1995) y Néstor P. Sagüés y María Mercedes Serra (*Derecho procesal constitucional de la provincia de Santa Fe*, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires 1998), y también algunos europeos, cf. Augusto Cerri, *Corso de Giustizia Constituzionale*, 2da. ed. Giuffré editore, Milano 1997.

11. UN SYLLABUS TENTATIVO

Si nos ponemos de acuerdo en la existencia de una disciplina nueva denominada *derecho procesal constitucional*, y si a continuación aceptamos su ubicación dentro del campo más amplio de la teoría general del proceso, o mejor aún, del derecho procesal general, es fácil comprender que de ahí debemos deducir un contenido mínimo de la disciplina, que a su vez se refleje en la enseñanza que se imparta, lo que debe constar en los syllabus universitarios. Por tanto, nada mejor que avanzar en ese sentido, aun cuando sólo sea provisoriamente.

Ahora bien, la acción es estudio obligado de la parte general y supuesto de todo lo que viene después, pero por su carácter genérico y abstracto, no es tocado en los derechos especiales, en este caso, el procesal constitucional. Si bien es cierto que lo presupone, pues sin acción no hay derecho procesal. Pero este punto, reitero, es la parte general y previa; si se quiere, el supuesto mismo de nuestra disciplina.

¿Cuál es el contenido de esta nueva disciplina?. Estimo que, básicamente, es la siguiente:

A) jurisdicción constitucional,

B) procesos constitucionales, y

C) magistratura constitucional.

Estos tres serían los puntos básicos de toda disciplina nueva, de carácter procesal constitucional, que queramos poner en marcha. Por cierto, cabría distinguir entre un derecho procesal constitucional general, cuando enfocamos la problemática sin hacer mayores precisiones y más bien como una panorámica (como podría ser el

derecho civil general o el derecho penal general), y distinguirlo del derecho procesal constitucional particular, que es la disciplina, pero desarrollada únicamente en torno a un país determinado (así, por ejemplo, el derecho procesal constitucional argentino o el derecho procesal constitucional peruano). En estos casos, se haría un análisis detallado, tan sólo de un país determinado, pero entendiendo que serán necesarios, en toda circunstancia, algunos conceptos genéricos o referencias teóricas, para mejor entender lo que pasa en un determinado país.

Ahondando en el syllabus propuesto, tendríamos lo siguiente:

A) *Jurisdicción constitucional*: considerada en sentido estricto, o sea, la capacidad "de decir" el derecho en materia constitucional. Por cierto, a este capítulo lo podemos llamar justicia constitucional, pero desde un punto de vista lexical, más técnico es el primero.

En este apartado deben verse, entre otros, los siguientes temas:

i) el valor jurídico de la Constitución,

ii) el control y sus alcances,

iii) sistemas de control.

Este último debe desarrollar los sistemas históricos, como son el sistema o modelo americano, el sistema o modelo europeo, y el sistema o modelo político. Debe igualmente dar noticia de los sistemas mixtos y del que hemos llamado *dual* o *paralelo*.

iv) la sentencia constitucional, y

v) la interpretación constitucional.

Este punto es importante, pues como se sabe, la jurisdicción constitucional tiende a ser monopólica, esto es, a crear un sistema de control que a la larga tenga la última palabra en materia constitucional, y además, muchas veces es única. En tal sentido, en los sistemas europeos ha surgido el concepto, que luego se ha extendido largamente, de que el tribunal constitucional debe ser el "supremo intérprete de la constitución". Lo cual quiere decir que no siendo el único interprete ni tampoco el más calificado, ni menos aún el intérprete auténtico, es el supremo, pues en caso de conflicto, se impone su interpretación sobre todas las demás. Por tanto, si bien la interpretación jurídica se reclama de la filosofía del derecho, cuando se desarrolla como una de sus variantes, se aplica al mundo constitucional, y tiene peculiaridades propias que le pertenecen por la materia sobre la cual trabaja, y que hay que analizar en su momento. Pero hay muchos matices en la interpretación constitucional, y por eso debe existir un hilo que nos conduzca en el laberinto. Y para ello, debemos recurrir a ciertos aspectos básicos, que calificamos de *postulados de la interpretación constitucional* (pues llamarlos principios o axiomas lleva a error, pues son conceptos del mundo físico-matemático, en el cual tienen un basamento distinto). Pues bien, estos postulados, que parten de una opción valorativa de lo que

es la Constitución y de lo que ella significa dentro del Estado de Derecho, deben ser claros, precisos y sobre todo breves, que a su vez permitan dar cuenta del universo que se va a tratar y a partir de los cuales pueden desprenderse gran número de consecuencias. Y podrían ser los siguientes:

a) *Supremacía de la Constitución*, lo cual significa que ella es, i) fuente de todo el ordenamiento jurídico, ii) referente obligado para todo tipo de interpretación, iii) la máxima jerarquía, contra la cual no puede atentar el resto del ordenamiento jurídico, siempre subordinado, y en situación descendente, de más a menos, en escalones. En relación con este punto, cabe advertir que en los tiempos actuales de globalización, el sentido de la Constitución tiende a ser relativizado, como ya lo fue en su momento el concepto de soberanía, en especial con el crecimiento del derecho internacional público, con todas sus ramas, y sobre todo, del derecho comunitario. Más aún, cuando se tiende a un creciente monismo en materia de caracterización del derecho internacional, como superior a los derechos nacionales o internos, a los que a veces incluso desplazan. Pero, sin lugar a dudas, esta eventual supremacía del derecho internacional, sólo existe cuando el derecho interno de cada Estado, y más aún, su propia Constitución, así lo establece, con lo cual se trata de un desplazamiento querido y consentido por la propia Constitución (cf. Eduardo Jiménez de Aréchaga, *La Convención interamericana de derechos humanos como derecho interno*, en "Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos", San José, núm. 7, 1988.

b) *La Constitución como fórmula política*, concepto que acuñó en su momento Gaetano Mosca y que en nuestros días ha difundido y reelaborado Pablo Lucas Verdú. Lo que significa que la carta política no es un documento frío y aséptico, sino un proyecto de vida política en común que debe ser eficaz, con sus propios valores, que debe ser tenido en cuenta al momento de interpretar y de poner en práctica una decisión vinculante.

c) *La Constitución como unidad*, lo cual significa que la interpretación no puede realizarse en forma aislada y fuera de contexto, ni tampoco de sus artículos sueltos, sino dentro de un todo normativo que tiene unidad de sentido cuando se le mira globalmente, y no por partes. Es decir, visión panorámica y no parcelaria, en el entendido que ella y sus numerosas partes, deben coincidir entre sí.

d) *Presunción de constitucionalidad de las normas*, que asume la buena intención del legislador, en la medida que no se ha querido violar la Constitución, sino desarrollarla, y por tanto, debe tenerse presente esta presunción, pero sólo *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario. Por cierto, este requisito, así como los demás, valen y son operativos en sociedades realmente democráticas, y no en democracias de fachada.

e) *Presunción a favor de los derechos humanos*, es decir, *pro homine*, ya que, como ha quedado claro sobre todo a partir de la segunda posguerra, el constitucionalismo es una técnica de la libertad y de la convivencia pacífica, que busca el orden social, y por tanto, los derechos humanos en su conjunto, constituyen el sustento de todo orden democrático, expresado en una Constitución.

B) *Procesos constitucionales*: Es lo que ha existido desde siempre. Y habrá que distinguir entre los procesos en sentido estricto, o sea, procesos que nacen en la Constitución en forma expresa, para cautelar valores o principios constitucionales, de aquellos mecanismos, de carácter incidental, que también sirven para proteger la constitucionalidad, como es el caso de la inaplicación de normas que rige en el sistema americano, y que es conocido como *judicial review*, al que nos referimos líneas arriba. Sin embargo, por la importancia que esto reviste, debemos considerar a la *judicial review* no tanto como un proceso, sino como una técnica que opera dentro de un proceso, que no necesariamente es constitucional. Por lo demás, en el mundo sajón, existen numerosos *writs* que tienen alcances constitucionales, que habrá que analizar, teniendo en cuenta que en ese ámbito, la parte procesal constitucional si bien existe y es muy desarrollada, no es autónoma.

Más bien es en América Latina, donde estos procesos se han desarrollado y enriquecido, dándole una tonalidad interesante, y que los diferencian de los existentes en Europa, y ambos tienen esa autonomía y exclusividad en temas constitucionales. Así, y para limitarnos a lo nuestro, recordemos el habeas corpus y el amparo, que tienen amplia resonancia en el mundo latinoamericano, así como los recursos o acciones de inconstitucionalidad. Para esto, hay que ver las numerosas modalidades que se dan en los países, de los que ofrece una gran variedad la legislación constitucional latinoamericana.

C) *Magistratura constitucional*: Esta es la faceta que desarrolla un aspecto de la jurisdicción, o sea, quién o quiénes tienen a su cargo la resolución de conflictos de carácter constitucional, cualesquiera que estos sean.

El problema es saber si estos órganos encargados de decidir en materia constitucional, son magistrados o no lo son. Tratándose del Tribunal Supremo de los Estados Unidos o de un tribunal constitucional europeo, es claro que existen magistrados. Pero sin lugar a dudas, hay órganos encargados de resolver estos problemas que han sido políticos (como es el caso del antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales del Ecuador, desde 1945) o que naciendo como políticos, han dejado de serlo, pero no enteramente, o en todo caso, hay discusión en torno a ellos (como es el caso del Consejo

Constitucional francés). Aun más, existen realidades tales como la inglesa, en donde su máximo tribunal se encuentra ubicado dentro de la Cámara de los Lores, sin olvidar las numerosas asambleas legislativas que tienen facultades jurisdiccionales.

Además, si llamamos a estos entes *órganos de control constitucional* u *órganos constitucionales*, hacemos más justicia a la nomenclatura, toda vez que en realidad, se trata de órganos estatales, ubicados dentro de la estructura de un estado determinado, que tienen a su cargo los problemas de la jurisdicción constitucional. Por tanto, el nombre más comprensivo, hasta ahora, puede ser ése.

Sin embargo, es evidente que hay una tendencia cada vez más creciente a judicializar los temas de la jurisdicción constitucional, y en consecuencia, a encargar tales tareas a jueces, sea cual sea el sistema de nombramiento (que también hay que analizar). En tal sentido, estamos yendo a futuro a la creación o consolidación de magistrados constitucionales, lo que aquí apuntamos, con esa salvedad.

Ahora bien, estos órganos o magistraturas, pueden tener diversas modalidades, cuales son:

a) magistratura ordinaria, como es el caso típico de los Estados Unidos, y en América Latina: Brasil, Argentina y Venezuela,

b) magistratura ordinaria especializada, situación, única hasta ahora, de la Corte Suprema mexicana, que está dedicada prácticamente a temas constitucionales, pero sin descuidar sus demás labores judiciales, como órgano cúspide del Poder Judicial de la Federación,

c) Tribunales constitucionales autónomos, que están al margen del Poder Judicial, como es el caso de España y del Perú.

d) Tribunales constitucionales no autónomos, pues forman parte del Poder Judicial, si bien se mueven con autonomía económica, administrativa, disciplinaria y funcional. Es el caso de Alemania, y en América Latina, de Colombia.

e) Salas constitucionales, que operan al interior de la Corte Suprema, y en consecuencia, dentro del Poder Judicial. Tienen plena autonomía jurisdiccional, pero en lo demás dependen del Poder Judicial. Es el caso, singular por cierto, de Costa Rica.

Quedan dos puntos por dilucidar, y que son los siguientes:

1) el primero es lo que Cappelletti y Fix-Zamudio denominaron, acertadamente, como “jurisdicción constitucional transnacional”, como un tercer sector de la jurisdicción constitucional. Y esto era un

aspecto que completaba los dos anteriores y era bueno establecerlo así, más aún teniendo en cuenta la constante y cada vez mayor relación entre los ordenamientos internos y los de carácter supranacional o transnacional. Sin embargo, en la medida que la jurisdicción constitucional era un empeño académico aislado, al margen de las disciplinas jurídicas y de manera incipiente, esto era correcto. Pero si la jurisdicción constitucional y sus temas, por el hecho de su crecimiento vertiginoso, adquieren una fisonomía adecuada y se enrola, con todas sus consecuencias teóricas y prácticas, en la teoría general del proceso, que es la parte básica y fundante del derecho procesal como ciencia, entonces, surge el derecho procesal constitucional, que, como se sabe, es una disciplina de derecho interno, o más en concreto, derecho público interno, aun cuando vinculada con el entorno internacional. Pero aquella parte denominada "jurisdicción constitucional transnacional", al tomar una forma adecuada, debe insertarse en la problemática internacional, y en consecuencia, enrolarse en el derecho internacional público, en donde se desarrolla y crece armónicamente y al que en rigor pertenece. Y dentro del derecho externo, se ubican no sólo el clásico derecho internacional público, con todas sus ramas y contenidos, sino además, el derecho internacional comunitario, el derecho internacional humanitario y el más reciente derecho internacional de los derechos humanos. De esta suerte, el grueso sector de la jurisdicción constitucional supranacional, desaparece y se aloja, con los rigores del caso, en dicho sector internacional del derecho, y básicamente, en el derecho internacional de los derechos humanos. (cf. Rodolfo E. Piza R. y Gerardo Trejos, *Derecho internacional de los derechos humanos: la Convención Americana*, con prólogo de E. Jiménez de Aréchaga, Edit. Juricentro, San José 1989).

2) El segundo aspecto que hay que considerar, es la postulación que, con lucidez hace Héctor Fix-Zamudio, sobre la existencia o la necesidad de una disciplina de frontera que se llamaría "derecho constitucional procesal", que sería una disciplina constitucional, aun cuando vinculada al procesalismo científico, y que se encargaría de estudiar las instituciones o categorías procesales establecidas en la Constitución, y que tendría un ámbito científico con tres aspectos esenciales: a) jurisdicción, b) garantías judiciales, y c) garantías de las partes (cf. Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al derecho procesal constitucional*, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1999). Sin embargo, como hemos tenido oportunidad de recordar en otra oportunidad, en la actualidad, casi todo el ordenamiento jurídico ha sido constitucionalizado en las constituciones aprobadas o reformadas a partir de la década del 60, con mucho detalle, y en todo caso, en sus aspectos principistas o sustanciales. Así, aspectos

básicos del derecho laboral, del derecho tributario, del derecho comercial, del derecho civil, del derecho penal, etc., han sido elevados a nivel constitucional, para dar mayor solidez a sus enunciados. Pero eso no debe autorizar, en mi opinión, que en cada uno de estos casos se cree una nueva disciplina científica, que no sólo no tendría mayor consistencia teórica, sino que duplicaría las disciplinas jurídicas existentes, haciéndolas inmanejables y además, llevando a una repetición o cruce de temas en muchas de ellas, sin beneficio para nadie. Así, siguiendo el planteo de Fix-Zamudio, podríamos hacer las siguientes precisiones:

i) la jurisdicción es parte sustancial del derecho constitucional, y en su desarrollo, lo analiza el derecho procesal constitucional.

ii) Las garantías judiciales se encuentran en la Constitución, y corresponde al derecho constitucional estudiarlas en sus aspectos genéricos, pero su desarrollo se da en el derecho procesal, y

iii) En cuanto a las garantías de las partes tenemos dos aspectos. El primero, es el relacionado con los derechos fundamentales, que los desarrolla el derecho constitucional, y, en su aspecto específico lo hace el derecho procesal común.

Por tanto, los tres temas señalados como sectores básicos de una nueva disciplina, son eliminables, pues ya se encuentran tratados, adecuadamente, en el derecho constitucional y en el derecho procesal constitucional.

Cabe reiterar, por otro lado, algunos temas colaterales, cuales son:

a) El derecho procesal constitucional es una rama del derecho procesal general, siendo una disciplina aplicada, pero desde la perspectiva procesal. Por tanto, siendo su objeto de atención los aspectos procesales de la Constitución, el enfoque lo hace desde el derecho procesal general, del cual depende y del cual constituye un desarrollo.

b) El derecho procesal constitucional, si bien tributario del derecho procesal, recibe su materia o material de trabajo de la Constitución, y en consecuencia, debe tener un contacto con el Derecho Constitucional que es inevitable, lo cual no significa que debamos crear “disciplinas de enlace”. Y esto por una simple razón: el derecho como ciencia es uno solo, y por razones operativas divide su material en ramas o disciplinas jurídicas, que actúan con una relativa independencia, porque las peculiaridades del material jurídico así lo exigen, pero sin que estructuralmente dejen de estar unidos.

Por consiguiente, una propuesta de crear una nueva disciplina constitucional denominada “derecho constitucional procesal”, viene a

la larga a duplicar esfuerzos realizados en otras áreas, y no tiene, además, suficiente fuerza para mantenerse, ya que sus campos de acción, tocan y pertenecen al derecho constitucional, por un lado, y al derecho procesal constitucional, por otro.

12. OTEANDO EL HORIZONTE

Los desarrollos legislativos son siempre lentos. En materia de costumbres y hábitos, las adaptaciones y los seguimientos toman su tiempo. A diferencia de los adelantos técnicos que se incorporan con gran facilidad, y que también con gran facilidad se echan de lado (como por ejemplo, adoptar una computadora y luego cambiarla sin ningún problema por otra más sofisticada), en materia de costumbres, en donde interviene la naturaleza humana, la cosa es más complicada.

Los usos, las instituciones, ingresan lentamente con base en su poder suasorio y demoran en adaptarse y en hacerse parte integrante del organismo que las recibe. Así sucede con el Derecho, y por eso es que las instituciones, cuando se incorporan al ordenamiento pero no se hacen carne de él, están destinadas a vegetar, a vivir en el limbo de las buenas intenciones, y a producir pérdida de vigencia y nula aplicabilidad.

En el caso de la jurisdicción constitucional, el ingreso de ella a nuestro subcontinente fue lento, y tuvo un avance más lento todavía. Su desarrollo fue desigual y varió de país a país, pues mientras en unos apenas se mantuvo, en otros se desarrolló y se abrieron así nuevas perspectivas.

Así como primero se incorporó el llamado modelo americano y sufrió diversas modificaciones, y luego se introdujo el modelo europeo con variantes, así ha ido avanzando la creación de nuevas figuras, el encuadramiento de ellas en diversos cuerpos legislativos, y poco a poco, su estudio aislado, tanto en la cátedra, como en la conferencia, en la revista, en el libro y en los congresos.

Por eso es que creo que todos estos esfuerzos, que se iniciaron hace más de cien años, pero cuyo mayor avance se ha dado realmente en los últimos treinta años, en forma al parecer indetenible, llevará a la doctrina a un “derecho procesal constitucional”, al cual se le dará autonomía científica, se le reconocerá su carácter autónomo, aun cuando instrumental con respecto al Derecho Constitucional, y ganará espacio en los currículos universitarios, con la misma prestancia que tienen los demás cursos clásicos.

Lima, noviembre de l999

Revisado en enero del 2000.