

§ II

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

I) CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES	37
1. Antecedentes históricos y ordenación normativa actual	37
2. Tipos de control	40
3. Normas objeto de control	42
4. Tribunales encargados del control	44
5. Legitimidad procesal	47
6. Efectos de las sentencias	48
7. Breve comentario sobre la efectividad de este control	49
II) INSTRUMENTOS PROCESALES PROTECTORES DE LOS DERECHOS HUMANOS	50
1. Antecedentes históricos y ordenación normativa actual	50
2. Instrumentos procesales	53
a) Aparición histórica y ordenación actual	53
b) Configuración jurídica	53
c) Derechos protegidos	54
d) Eficacia frente a poderes públicos y particulares.	57
e) Legitimación procesal	58
f) Órganos ante los que se interpone	59
g) Efectos de las sentencias. Recursos	61
h) Relación con las vías paralelas. Subsidiariedad...	62
i) Relación con los estados de excepción	64
j) Breve comentario sobre su vigencia	65
III) JURISDICCIÓN SUPRANACIONAL	68
1. Reconocimiento de la jurisdicción supranacional	68
2. Requisitos para acceder a la Corte Interamericana	69
3. Efectos de las sentencias	69

§ 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.*

D) CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

1. Antecedentes históricos y ordenación 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

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

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 fue acogida en 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.

Pero 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 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 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. Esto es, 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. Ahora bien, ¿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: conocer en casación las resoluciones denegatorias de Habeas Corpus y de Amparo, y por otro, 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 ameri-

cano 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 aquellas 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. 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. Éste, 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: sólo a los congresistas y al funcionamiento de la institución.

Un cuarto punto es el relativo a 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.

Pero 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 aquélla 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. Así, 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. Es decir, 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 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.

III) INSTRUMENTOS PROCESALES PROTECTORES DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. Antecedentes históricos y ordenación 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 omnicompreensivo, 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.

2. 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 vimos 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 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 procesamiento 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 opi-

- nión, 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 obstate 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 autoridad, 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, 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. Incluso 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 acorde 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. Éste, 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 promisoriamene 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. Esto es, 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 ninguna influencia, con las excepciones, aisladas, que no faltan nunca 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).

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 inter-

venido 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 podía 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 serias 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 larga; 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 instrumen-

tos 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 Cor-

pus, 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, en la cual el Poder Judicial, cohonestó varios actos autoritarios del poder central. Fue por ello 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 en 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 en 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

1. 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 amplía la protección de esos derechos en 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 de 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.

2. Requisitos para acceder a la Corte Interamericana

Están señalados 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.

3. 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.⁴

Lima, junio de 1996

(4) En setiembre de 1997, la Corte Interamericana condenó al Estado peruano y ordenó la liberación de María Elena Loayza, la que ha sido hecha efectiva.

Bibliografía básica

- 1) Domingo García Belaunde - Francisco Fernández Segado, *La Constitución peruana de 1993*, Lima 1994.
- 2) Domingo García Belaunde, *Teoría y práctica de la Constitución peruana*, 2 tomos, Lima 1989 - 1993.
- 3) Valentín Paniagua Corazao, *La Constitución peruana de 1993* en "Direito", Santiago de Compostela, núm. 2, 1995.
- 4) AA.VV. *La Constitución de 1993 (Análisis y comentarios)*, Comisión Andina de Juristas, Lima 1994 (I), 1995 (II), 1996 (III).
- 5) Sigifredo Orbegoso, *Historia y Constitución: temas polémicos*, Trujillo 1995.
- 6) AA.VV. *Sobre la jurisdicción constitucional* Aníbal Quiroga León (compilador), Lima 1991.
- 7) Francisco J. Eguiguren Praeli, *Los retos de una democracia insuficiente*, Lima 1990.
- 8) Jürgen Saligman, *La Constitución peruana de 1993*, Lima 1995 (traducción de David Sobrevilla A.)
- 9) AA.VV. *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Francisco J. Eguiguren (coordinador), Lima 1987.
- 10) Marcial Rubio C. y Enrique Bernales, *Constitución y sociedad política*, Lima 1988.

- 11) José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, Lima 1984.
- 12) Domingo García Belaunde, *Las Constituciones del Perú* (con la colaboración de Walter Gutiérrez), Lima 1993.
- 13) Víctor Julio Ortecho Villena, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, Trujillo 1994 y 1996.
- 14) Hans Kelsen, *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).
- 15) Jorge Danós Ordóñez, *La garantía constitucional de la acción popular* en “*Lecturas sobre temas constitucionales*”, Lima, núm. 4, 1990.
- 16) Jorge Danós Ordóñez, *El Amparo por omisión y la Acción de Cumplimiento en la Constitución peruana de 1993*, en “*Lecturas constitucionales andinas*”, Lima, núm. 3, 1994.
- 17) Samuel B. Abad, *El modelo de jurisdicción constitucional: reformas y retrocesos* en “*lus et Veritas*”, Lima, núm. 7, 1993.
- 18) Alberto Borea Odría, *Evolución de las garantías constitucionales*, Lima 1996.
- 19) Hermilio Vigo Zevallos, *El Habeas Corpus*, Lima 1989.
- 20) Fernando Zubieta Reyna, *La Acción de Amparo*, Lima 1990.
- 21) Gerardo Eto Cruz, *Breve introducción al Derecho Procesal Constitucional (Notas para un estudio de la jurisdicción constitucional en el Perú)* en “*Revista Jurídica*”, núm. 129, Trujillo 1990.
- 22) Carlos Mesía Ramírez, *La jurisdicción constitucional en la Constitución de 1993*, en “*Derechos Humanos*”, Walter Gutiérrez y Carlos Mesía (compiladores), Lima 1995.
- 23) Francisco Eguiguren Praeli, *La libertad de tránsito en la*

- jurisprudencia de Habeas Corpus* en "Lecturas sobre temas constitucionales", Lima, núm. 8, 1992.
- 24) Samuel B. Abad, *La jurisdicción constitucional en la Carta peruana de 1993: antecedentes, balance y perspectivas* en "Lecturas constitucionales andinas" Lima, núm. 4, 1995.
- 25) Francisco Fernández Segado, *El Tribunal de Garantías Constitucionales del Perú: una aproximación* en "Ius et Praxis", Lima, núm. 14, 1989.
- 26) Samuel B. Abad, *Selección de jurisprudencia constitucional*, Lima 1990.
- 27) Javier Valle-Riestra, *El Tribunal de Garantías Constitucionales (El caso de los votos nulos y blancos)*, Lima 1986.
- 28) César Landa Arroyo, *Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional: el caso peruano* en "Pensamiento constitucional", II, Universidad Católica, Lima 1995.
- 29) Carlos Enrique Becerra Palomino, *Antecedentes sobre la jurisdicción constitucional en el Perú*, en "Notarius", núm. 2, Lima, 1991.
- 30) Eloy Espinosa-Saldaña B., *El tratamiento del control de la constitucionalidad en el Perú: balance y perspectivas*, en "Prudentia iuris", núm. 31, Buenos Aires, mayo de 1993.
- 31) Víctor García Toma, *Constitución y Derecho Judicial*, Lima 1990.
- 32) Madeleine Heredia, *Naturaleza procesal de la Acción de Amparo*, Lima 1995.