

§ IV

EL AMPARO COLONIAL PERUANO

1. A manera de explicación	107
2. El libro de Lira	109
3. Antecedentes y orígenes	110
4. El amparo colonial mexicano	111
5. ¿Y el Perú?	113
6. Los papeles de la hacienda Santotis	113
7. ¿Es el amparo colonial peruano un antecedente o un origen de nuestro actual amparo?	114
8. A manera de conclusión	116

§ 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. A manera de 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 al 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

(*) Publicado en *Revista Jurídica del Perú*, núm 4, Trujillo, octubre -noviembre de 1996

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 podían otorgar la quinta parte 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 élite.

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 cotribuido 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 dejarasen 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 enazarlo. 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 todo a este nivel; 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 sabían, 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 en 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*, 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 virreíntica, 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, práctica-

mente 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 antece-

dente 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.

Pero 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 en los que 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* e "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 algu-

nos 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. A manera de 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. Por cierto, 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 reaizados 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.