



LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES EN EL MARCO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

*Alberto Borea Odría**

INTRODUCCION

El Perú se apresta a revisar su situación constitucional. No necesariamente a reformar el documento que en 1993 Fujimori encargó elaborar con un doble propósito: perpetuarse en el poder y a la vez concentrar mayores atribuciones en el ejercicio del mismo, y disfrazar, con el pretexto de una Constitución, una dictadura que no quería, por razones internas y externas, mostrar su verdadero rostro. El propósito que fijó el gobierno de transición fue el de revisar la situación constitucional del país, y es en ese marco en el que debemos situarnos.

Sin embargo, desde 1979 quedó claro que la persona humana debía ser entendida como el fin supremo de la sociedad y el Estado y que, en tal virtud, todo el ordenamiento constitucional tenía que interpretarse y desarrollarse sobre esta piedra angular.

En el debate que fue una constante del siglo pasado entre la superioridad del Estado o de la persona, nuestro constituyente de 1979 optó por la segunda y lo señaló con la brillantez de la pluma de Andrés Townsend en su preámbulo, donde se señaló en representación del pueblo peruano que somos “creyentes en la primacía

* Abogado constitucionalista, miembro del Estudio Borea Abogados S.A. Ha desarrollado la docencia universitaria en las Universidades Católica, San Martín de Porres y Universidad de Lima, en el Perú, y en la Universidad de San José, en Costa Rica. Autor de diversas publicaciones en materia de Derecho Constitucional y en Teoría Política. Ex Diputado de la Nación en 1985 y ex Senador de la República en 1990. Actual consultor del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

de la persona humana y en que todos los hombres, iguales en dignidad, tienen derechos de validez universal anteriores y superiores al Estado”.

Se optó e incorporó por primera vez en nuestro constitucionalismo la noción del Estado Constitucional de Derecho, al señalarse en dos partes muy precisas su supremacía y al arbitrarse los caminos para hacerla efectiva. Se consagró la norma que establecía esa supremacía de la Constitución sobre toda otra norma de menor jerarquía y obliga a los jueces a preferirla en caso de colisión normativa (artículos 87 y 236) y se incorporó a la vida constitucional peruana el Tribunal de Garantías Constitucionales, que sería el encargado de vigilar la vigencia cabal de la norma fundamental. Nunca antes había dado este paso la Nación peruana y ello dio lugar en el pasado a que se señalara que no se aplicaba la Constitución por sobre la ley porque ese mandato no fluía del texto constitucional mismo, sino que había sido consagrado sólo en el Título Preliminar del Código Civil y, por lo mismo, sólo era aplicable al ámbito del derecho privado. En efecto, en el caso del semanario “La República” fallado por la Corte Suprema del 24 de marzo de 1950, discrepando con la opinión del Fiscal, que era del parecer de declarar fundada una acción de Hábeas Corpus (así se tramitaban las garantías en aquella época) por la que se reclamaba de la clausura de dicho semanario. Allí se llegó a decir para desestimar la demanda que “no puede servir de fundamento al recurso de Habeas Corpus ni debatirse en el actual proceso la anticonstitucionalidad de la Ley de Seguridad Interior de la República, pues nuestra Carta Política sólo introduce el juzgamiento por el Poder Judicial de los miembros del Poder Ejecutivo que expidan resoluciones, reglamentos y decretos contrarios a las leyes fundamentales, conediendo al efecto, en su artículo ciento treinta y tres, la acción popular que no se ha proyectado a la realidad jurídica por no haberse expedido la ley procesal a que se refiere el mismo dispositivo y que no puede suplirse con los preceptos veintidós y veintitrés del Título Preliminar del Código Civil, como lo ha dejado claramente establecido el Tribunal Supremo en los acuerdos de Sala Plena ... no se ha otorgado a la Corte Suprema, como en otros países, la facultad de enjuiciar y condenar determinadas leyes, dada la independencia en que se han mantenido los Poderes Públicos... (Tomado de García Belaunde, Domingo. “El Habeas Corpus Interpretado” pág. 115).

La primacía de la persona humana como fin supremo de la sociedad y el estado por un lado, y la instauración del estado constitucional de derecho por el otro, exigían la presencia de los instrumentos destinados a hacer realidad esa nueva concepción que se abría paso en el Perú luego de la vigencia de un régimen dictatorial (1968-1980) que se sostuvo por la fuerza.

Esos instrumentos son, precisamente, las garantías constitucionales. Último remedio jurídico contra la arbitrariedad, como decía el maestro argentino Carlos Sánchez Viamonte.

BREVE HISTORIA DE LAS GARANTIAS EN EL PERU DENTRO DEL CONTEXTO CONSTITUCIONAL

La vida constitucional peruana ya había dado paso al Habeas Corpus que aparece en nuestro firmamento a finales del siglo XIX, y que halla presencia tanto en los textos de 1919 y 1933. En este último, esa garantía que sirvió históricamente para la defensa de la libertad individual, fue ampliada en el texto para servir también a la protección de todos los derechos constitucionales, tanto los individuales, como los sociales. En la práctica, por la situación constitucional del país y por su escaso desarrollo constitucional, el Habeas Corpus no se desarrolló como sí lo hizo en otros países.

Ya en 1968 se comenzó a hablar de incorporar a nuestro esquema constitucional a la acción de amparo, garantía que había sido introducida al mundo jurídico por los mexicanos desde el siglo XIX, para la defensa de todos los derechos constitucionales. Sus mentores fueron don Manuel Crescencio Rejón y don Ignacio Vallarta.

La Constitución de 1979 recogió esa inquietud e individualizó el amparo, dejando para la defensa de los derechos estrictamente individuales al Habeas Corpus, y reservándole al amparo la protección de los demás derechos fundamentales. En concordancia con lo exigido en ese texto fundamental, la ley 23506 desarrolló ambos institutos y marcó las diferencias entre ambas.

La jurisprudencia fue afirmando y perfilando, entre 1983 y la fecha del golpe perpetrado por Fujimori en abril de 1992, ambas figuras. Se fue definiendo, aunque con lentitud y no sin vacilaciones, lo que constituía un debido proceso, se fijaron los términos para entender la caducidad, o para apreciar los casos en que se debía entender que había que agotar las vías previas o entender lo que eran las vías paralelas cuyo tránsito hacía imposible el recurso al amparo.

El documento de 1993, (al que Fujimori y su régimen motejaron como Constitución y al que en el resto de este trabajo se le denominará como el documento de 1993) no se atrevió a discutir en el papel, ni la supremacía de la persona humana sobre el Estado, lo que reafirmó en el artículo 1° de su texto, ni la vigencia de un estado constitucional de Derecho. Era obvio que ello tenía que ser así porque para legitimarse, habían propuesto un referéndum al final de las sesiones que llevaría cabo el CCD, por lo que no podían ir en contra de lo que el pueblo había asimilado ya como un avance en cuanto a la determinación del concepto de dignidad, de superioridad sobre el estado y de la necesidad de afirmar este hecho a través de normas de protección.

El documento de 1993 necesitaba mostrar, en el papel, algunas figuras distintas a las que incorporó la Constitución de 1979. En buena cuenta, ese texto de 1993 fue una repetición gruesa de la carta democrática. José Barba, quien participó en el CCD,

señaló en alguna oportunidad que ese texto era 80% bueno, el 80% que era copia de la Constitución de 1979. El otro 20% se dedicó a reforzar el rol del Presidente y a marcar rasgos autoritarios y, en algunos artículos que nunca cumplieron, a incorporar figuras que nunca permitieron se llevaran a la práctica. El Hábeas Data y el Referéndum están dentro de estas modalidades.

En suma, el documento de 1993 pregonó lo que nunca cumplió luego. Faltó lo que Konrad Hesse llama como "voluntad de Constitución", que no es otra cosa que el compromiso de los actores políticos de dar cumplimiento a las disposiciones que figuran en la norma. El régimen de Fujimori nunca pensó que esa norma iba a ser el marco de su accionar. Supieron desde el primer momento que lo incumplirían y traspasarían cada vez que fuera necesario, convirtiendo a ese texto en una "constitución semántica", vale decir aquella que no limita las acciones de quienes están en el poder, sino que se flexibiliza y se modifica para permitir que esos caprichos o úkases puedan llevarse adelante con una fachada legislativa.

Por otra parte, la actitud de los tribunales fue variada en esta materia. Mientras en unos pocos casos los magistrados, en especial titulares, supieron exigir su cumplimiento, en otros, desgraciadamente la mayoría, quienes fungieron de jueces se avinieron a los dictados del poder y claudicaron frente a lo que es una de las funciones más importantes del derecho moderno que es, precisamente, el control de ese poder.

Cuando la dictadura se vio confrontada con distintos jueces que se atrevieron a contradecirla y a limitar sus abusos, decidieron hacer distintas modificaciones legislativas para afeitar de tal manera el filo protector de las acciones de garantía, que las convirtieran en un divertimento inofensivo en manos de la ciudadanía que jugaría a la libertad dentro de una realidad autoritaria.

En efecto, las leyes dictadas por el régimen dictatorial limitaron la presentación de estas acciones a los denominados "juzgados de derecho público", los cuales fueron estrechamente monitoreados por el mismísimo asesor de Fujimori.

Como vemos, lo de novedoso que hubo en el texto fue, como lo señaló la Comisión de Juristas designada por Valentín Paniagua, desconocido en la práctica, la que se afirmó, por el contrario, sobre figuras autoritarias. No tuvo ese texto ni legitimidad de origen, ni legitimidad de ejercicio.

LAS NOVEDADES DEL TEXTO DEL 93 Y SU TRATAMIENTO EN EL PROCESO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

La Constitución del 79 señaló como garantías constitucionales al Habeas Corpus, al Amparo y a la Acción Popular. Cabe señalar que hasta ese momento nuestras cartas fundamentales de 1920 y 1933, que eran las únicas que habían

constitucionalizado las garantías, sólo habían incorporado el Habeas Corpus (art. 24 de la de 1920 y art. 69 de la de 1933).

El amparo no existía en el texto constitucional y un precursor del mismo, en tanto que reparaba los derechos que se protegían a través del Habeas Corpus recién fue materia de legislación ordinaria en 1968, cuando, previo a los cambios que iba a realizar el gobierno militar y previniendo que se interpusieran por la vía sumarísima del Habeas Corpus reclamos contra los derechos constitucionales no estrictamente individuales, especialmente los de propiedad o libertad de prensa, hicieron caso a la doctrina que ya hacía algún tiempo venía urgiendo por la separación de los caminos procesales en el remedio destinado a procurar cautela judicial de los derechos constitucionales.

Con esto se dieron un oxígeno, dado que el Amparo como procedimiento, de acuerdo a la doctrina y a la legislación comparada, hace espacio para que la persona o autoridad acusada de la violación de un derecho pueda exponer su punto de vista con relación a la demanda incoada. Hay, en el amparo, un margen de discutibilidad que no existe en el Habeas Corpus en que la autoridad sólo constata un hecho y resuelve (por ejemplo: en el caso de la libertad personal violada, sólo tiene que exigir orden de autoridad competente para la detención del quejoso. Si esta no existe, entonces no hay nada que debatir, la garantía debe declararse fundada en el acto).

La Carta de 1979, por las motivaciones correctas, y porque no siempre el quejoso tiene razón y la autoridad tiene también un rol que cumplir en la vigencia de la constitucionalidad para poder garantizar a todos la tranquilidad y el orden que les prometa el desarrollo de sus propias vidas, incorporó al Amparo como figura autónoma y ordenó que una ley de desarrollo arbitrara su camino procesal propio. Esa ley fue la 23506, promulgada el 7 de diciembre de 1982.

El Amparo, con su más y su menos, se fue abriendo paso en la etapa democrática 1982-1992. Los jueces y el Tribunal de Garantías Constitucionales, como era de esperarse, fueron perfilando sus contenidos la vía previa, la paralela, la caducidad, etc. Sirvió para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales no estrictamente individuales.

El documento de 1993, necesitado de alguna "novedad", incorporó como garantías al Habeas Data y a la Acción de Cumplimiento. ¿Era necesaria la incorporación del Hábeas Data como una nueva garantía? No. No era necesaria. Sin embargo, su incorporación no resulta tampoco dañina. Si bien no puede explicar o servir de argumento a la quiebra del sistema constitucional perpetrado por Fujimori como si este fuera el punto que faltaba y que aconsejaba el golpe o que demostraba la superioridad de la propuesta del autoritarismo, tampoco puede reprobarse la norma por este solo agregado.

La incorporación del Hábeas Data fue, sin embargo, dual. Tuvo que incorporarse de inmediato un cambio en el texto del inc. 7° del art. 2° del documento para limarle los dientes a la fiera que comenzó a amenazar. Sus primeras apariciones no fueron para controlar el exceso de poder por parte del Estado en contra de la prensa, sino, por el contrario, para que el régimen exigiera a las personas privadas, a los periodistas, la develación de sus fuentes de información. Vale decir, exactamente al revés de aquello para lo que debe servir una garantía constitucional. Esto motivó tal rechazo que debió suprimirse el inciso en mención y así el Hábeas Data no pudo volver a utilizarse con este propósito.

¿Debe mantenerse, en vistas a esto, el Hábeas Data en la reforma constitucional? ¿Debe ampliarse en el caso deseable que se hiciera el cambio a partir de la Constitución democrática, el artículo 295 para incorporar al Hábeas Data?

Creo que sí. El avance tecnológico que se ha operado en el mundo en los últimos 20 años y que ha llegado al Perú, hace aconsejable la existencia de un instrumento procesal que pueda, con prontitud y eficacia, resolver los problemas que se generan en este campo tan especializado.

Para este fin, sin embargo, será necesario desarrollar una norma procesal que le dé al quejoso una verdadera posibilidad de ver resuelto el problema que confronta. La ley 26301 se dirigió, expresamente, a favorecer al Estado en esa búsqueda de información privada que trataba de requerir, a desgano y de mala manera, a la segunda vertiente del Hábeas Data, cual es la de la vigencia cabal del sistema republicano a través del conocimiento de toda información que manejan los entes públicos, por parte de los ciudadanos.

Como veremos más adelante, la vigencia de la Constitución no sólo depende de la consagración en sus textos de las diversas figuras, sino también de su desarrollo legislativo a través de normas de menor jerarquía, así como del compromiso y coraje de los tribunales para hacerlas cumplir y de la misma voluntad de las autoridades de no trasgredirlas. De las normas materiales de Derecho Constitucional y de la voluntad de Constitución de las autoridades y de la sociedad en general.

Por el contrario, agrade al concepto mismo de garantías la incorporación de la acción de inconstitucionalidad, la acción popular (ya considerada en este rubro en la Constitución de 1979) y la acción de cumplimiento.

En el caso de las dos primeras la persona no actúa como tal, por su personal e inmediato interés para el levantamiento de un hecho inconstitucional que lo ha dañado directamente, sino como ciudadano interesado en la vigencia plena de la estructura normativa, que puede -inclusive- no tener ningún interés directo en lo resuelto por la Corte o Tribunal.

La acción de garantía es el arma procesal con que el Estado premune a la persona para que se defienda pronta y eficazmente de cualquier agresión inconstitucional que pudiera sufrir él mismo. No se puede interponer una acción de garantía si una persona concreta no ha sido atacada y, por regla general, excepción hecha del Habeas Corpus, sólo puede recurrir a ella la propia víctima o alguien que vela por su interés concreto. Los resultados de esta acción, por otro lado, sólo van a ser de aplicación directa para la persona que interpuso la acción y –en caso de tratarse de un tercero aquel que la presentó– para la persona en cuyo favor se interpuso. De esta sentencia no va a verse beneficiado ningún tercero en una situación concreta.

Por ejemplo: conocida la violación al derecho de propiedad de una persona capaz y presente en el lugar mismo donde se materializa la agresión, ningún extraño puede –en su nombre– sustituirse en la titularidad de la acción y presentar una demanda de amparo para que cese el acto que viola su derecho fundamental. El primer juez del caso es el perjudicado mismo, la persona que ha sufrido el embate. A él corresponde decir si reclama o no, si lo hace a través del proceso de garantía o lo hace por los recursos ordinarios.

Esto mismo se aplica al Habeas Data en su vertiente protectora de la intimidad. Contra un dato equivocado emitido por el Estado o por un tercero, es la víctima, la única autorizada para requerir el amparo judicial.

La sentencia que se expida en uno y otro caso, sólo favorecerá al demandante o a la persona concreta en cuyo beneficio se demandó (tratándose del Hábeas Corpus o de un amparo en los casos de excepción). Si un tercero tiene el mismo problema de confiscación que padeció el que reclamó, tendrá que seguir soportando los efectos de esa inconstitucionalidad hasta que él mismo (el tercero al que nos referimos) presente una acción similar o hasta que la propia autoridad decida cambiar su comportamiento. En el caso del Habeas Data, los terceros que no reclamaron no verán modificado el dato que también los perjudica a ellos hasta que una sentencia emitida en un Habeas Data por ellos interpuesto, no lo diga expresamente, o hasta que el dueño del banco de datos no decida variar la información. Como se ve, el Habeas Data comparte las características de toda acción de garantía. Como se ve, el Habeas Data comparte las características de toda acción de garantía.

Ni la acción de inconstitucionalidad, ni la acción popular comparten estas características. En el ámbito de la titularidad para interponer la demanda, se refiere más a la condición de ciudadano que a la de afectado directamente. Ni en uno ni en otro caso se actúa como persona, sino como cotitular del poder preocupado por la vigencia del Estado de Derecho y de sus principios rectores. Esto no quiere decir que no haya un interés directo en la solución de la inconstitucionalidad, sino que esa no es la exigencia habilitante para accionar.

Vamos a suponer que se consigna un impuesto de 10% al valor de libros de los bienes de una empresa. Se interpreta que dicho tributo tiene carácter confiscatorio y que, por lo mismo, resulta violatorio del derecho de propiedad. La demanda la presentan los accionistas (quienes tienen un interés directo en la anulación de la medida), los dueños de otros negocios que no son objeto del gravamen (tienen sólo interés indirecto en lo que se resuelva en tanto que de declararse fundada la acción sus propios intereses despejan la amenaza de una medida similar), los trabajadores de esa sociedad (quienes también tienen un interés indirecto en que no se cobre ese tributo porque podría redundar en el cierre de sus operaciones y la pérdida del empleo del que viven), los habitantes del lugar donde esta la planta principal de la empresa (que tienen la más lejana preocupación porque no se clausure una fuente de tributación para el Concejo Municipal respectivo que redundaría en mayores tributos sobre sus economías o la disminución de los servicios o la calidad de los mismos) o, finalmente, habitantes de otros lugares del país (que ni tienen fábricas, ni donde nadie depende de esos trabajos para subsistir, ni sus municipios reciben contribución de la empresa perjudicada u otra parecida).

Todas estas personas están habilitadas para iniciar una acción de inconstitucionalidad donde el único argumento es el exceso de poder en que incurre el Congreso o el Poder Legislativo para dictar una ley en un campo donde no tiene competencia.

Lo mismo sucede en el caso de la acción popular, con la única diferencia que, en este caso, el exceso de poder ha provenido del ejecutivo o de los órganos de administración que pueden dictar reglamentos de carácter general.

Pero hay también en el caso de la acción de inconstitucionalidad, una diferencia notoria (siempre todavía en el campo de la presentación de la acción) que la distancia de las garantías estrictamente hablando. En este caso una persona *per se*, por muy perjudicada que se sienta no puede poner en movimiento al aparato jurisdiccional respectivo. Es preciso que se haga acompañar por otros 4,999 ciudadanos. Queda aquí claramente establecida esta diferencia esencial con lo que son las garantías, donde quien las demanda sólo depende de su propia voluntad y de su saber y entender, para que el órgano respectivo de trámite a su pedido.

La acción de inconstitucionalidad es siempre una acción colectiva.

Pero la diferencia alcanza a las consecuencias de la acción. Mientras en las garantías *-stricto sensu-* sólo se benefician directamente los reclamantes, en la acción de inconstitucionalidad y la acción popular, la sentencia se proyecta a todo el país y resuelve el caso para quienes demandaron y para quienes no lo hicieron. Es más, la autoridad que las emitió tiene que anularlas en un caso y, por efectos de la sentencia, pierden virtualidad en el caso de la acción de inconstitucionalidad.

No son entonces estos instrumentos, garantías constitucionales, sino garantías cívicas, armas destinadas a controlar el ejercicio irregular del poder del Estado. Podría no ser un uso abusivo de ese poder. Podría, igualmente, tratarse de una norma que fuera reputada por un grueso sector de gente como conveniente. Bastaría, sin embargo, que fuera irregular o contraria a la norma de mayor jerarquía -ya sea por la forma como fue adoptada como por el fondo de la disposición- para que se pudiera demandar su expulsión del sistema.

En el caso de la acción popular hay incluso otra consideración: mientras que en la garantía la inconstitucionalidad es la categoría habilitante, en la acción popular este requisito es sólo la ilegalidad. Un Decreto Supremo podría haber sido aprobado correctamente y lo dispuesto podría no agravar la Carta Fundamental, pero si el mismo contraría lo dispuesto en la ley, será suficiente para que se decrete su nulidad.

Pero en este caso hay una consideración adicional, mientras que las garantías en estricto, y aún la acción de cumplimiento y la de inconstitucionalidad son resueltas en última instancia por el Tribunal Constitucional (según el documento del 93) en la acción popular resuelve en última instancia la Corte Suprema, lo que no puede ser extraño porque la discusión no tiene más entraña constitucional que la de la jerarquía normativa y no conlleva una interpretación de las disposiciones de la Carta Magna.

En resumen, creemos que en la reforma constitucional deben separarse las garantías constitucionales de aquellos otros instrumentos que se instalan en el ámbito del control ciudadano. La acción de inconstitucionalidad y la acción popular deben ser consideradas en un capítulo aparte y especial y deben desarrollarse también de manera separada tomando en cuenta sus connotaciones.

En cuanto a la acción de cumplimiento, a diferencia de lo que pasa con las cinco figuras abordadas hasta este momento, no hay derecho que definir por cuanto el mismo ya ha sido definido por una norma. Lo que hay es una inacción de la autoridad que perjudica a una persona o a un conjunto de personas.

El incumplimiento puede referirse a un mandato constitucional directo (aunque son muy pocos) o a un mandato legal o administrativo (que son casi todos). De la misma forma, la resolución de la acción podrá estar referida a un caso de una persona específica, o del interés de un grupo, o de una colectividad indefinida (supóngase una acción de cumplimiento para que el gerente del aeropuerto cumpla con su obligación de fijar anuncios en dicha instalación para alertar a los usuarios que ese es un lugar público y cerrado donde no se puede fumar).

Cabe aquí formularse la misma pregunta que nos hicimos con relación a la acción popular y a la acción de Habeas Data. ¿Es conveniente mantenerla con rango constitucional? Dentro de una perspectiva garantista, parece conveniente. Instalada ya en el imaginario jurídico de la colectividad (aun cuando no haya funcionado con regularidad) ayuda a mantener el celo de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones.

Hay aquí elementos de emparentamiento con las garantías constitucionales y con las garantías cívicas. Somos, sin embargo, de la opinión que esta figura debe tener un tratamiento especial y considerársele como un tercer camino distinto de los anteriores. Si no hay ya derecho que definir, la sentencia del juez debe consistir en un "*mandamus*" fulminante con consecuencias inmediatas y severas para el renuente.

En definitiva, creemos que en la reforma constitucional se establezcan las garantías constitucionales, las garantías cívicas y las garantías de cumplimiento de las obligaciones de las autoridades estatales, dentro del título de las acciones constitucionales.

ALGUNOS TOPICOS ESPECIFICOS A ABORDARSE EN LA REFORMA

1.- ¿QUIENES DEBEN RESOLVER LAS ACCIONES CONSTITUCIONALES?

En la actualidad, y desde 1979, salvo la acción popular (que *stricto sensu* no es una garantía), las acciones constitucionales son resueltas en última instancia por el Tribunal Constitucional.

Ello debe continuar siendo así. Si hay un órgano que es intérprete de la Constitución es a este al que toca, en última instancia, definir el conflicto. Ello ayuda, además, tratándose de un órgano único, a mantener unidad en la jurisprudencia. De esta forma se resguarda también el principio de igualdad ante la ley que se lesiona severamente cuando dos causas que tienen similares presupuestos son resueltas de manera distinta. Como señalaban ya los romanos, donde hay la misma razón hay el mismo derecho. Esto es mucho más fácil de atender desde la unidad de una Corte. La informática, por otra parte, brinda un importante aporte para que se pueda cauterizar este principio, teniendo quienes fallen la posibilidad de conocer los precedentes y seguirlos, o apartarse razonadamente, pero creando a partir de ese momento una nueva tendencia que no podrá abandonarse ni volverse caprichosamente a la anterior.

Por supuesto que esto nos puede llevar a que se presente una sobredemanda al Tribunal Constitucional, por lo que debe dictarse

-concomitantemente- una norma para facultar a éste a dividirse en salas que puedan encargarse de las distintas acciones. Por ejemplo: una sala para ver las acciones de Habeas Corpus, Habeas Data, Acción Popular (en los casos que referiremos) y Acción de Incumplimiento y otra para atender las Acciones de Amparo, que son las más numerosas. Las acciones de inconstitucionalidad y las de competencias entre órganos constitucionales deberán quedar reservadas al pleno.

El caso especial es el de la acción popular. Creemos que cuando ésta se presenta, la última instancia en cuanto al contenido ilegal de la norma impugnada debe quedar siempre a cargo de la Corte Suprema. Sólo si la impugnación es por una directa inconstitucionalidad (como pasó con el Reglamento de la ley de nacionalidad promulgado durante la dictadura para perjudicar a Baruch Ivcher y tener las manos libres para quitarle su canal) la causa debería llegar hasta el Tribunal Constitucional. También debe llegar a este organismo si lo que se discute es la competencia del órgano que dictó el reglamento.

2.- ¿DEBEN SEGUIRSE TRAMITANDO LAS ACCIONES DE GARANTIA PRIMERO ANTE EL PODER JUDICIAL Y AL FINAL DE LAS MISMAS LLEGAR AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

Así lo establecieron tanto la Constitución de 1979 cuanto el documento del 93. La razón que se esgrimió originalmente cuando se discutió la Carta Democrática fue promovida por los integrantes del Poder Judicial que ya veían con recelo que se les quitara la última palabra en temas tan fundamentales (última palabra que por cierto en rarísimas ocasiones se habían atrevido a pronunciar cuando con ella se desafiaba al poder) e insistieron que se les dejara la competencia originaria en la resolución de ese tipo de conflictos. Se pretendió que por esta vía ese poder del Estado se reivindicaría dado que sólo alcanzarían la instancia del Tribunal aquellas acciones en que se hubiera desestimado la demanda.

Es cierto que por esta ruta muchas causas (especialmente en la época democrática) encontraron amparo, dejando al Tribunal los procesos con un mayor margen de discutibilidad. (En la época dictatorial fueron muy escasas las veces en que los jueces se atrevieron a contradecir al poder. Las veces que lo hicieron debieron soportar, ellos también, el embate de la cleptocracia).

Pero es cierto también que el Tribunal Constitucional, especialmente el que continuó funcionando luego del cercenamiento producido por el Congreso fujimorista y la propia dictadura, se limitó a seguir las mismas órdenes que les fueron dadas a los denominados jueces y vocales de Derecho Público. En tanto

se concentró todo el poder y todo él dependía de los secuestradores del país, no hubo realmente ninguna diferencia. (Aquí cabe señalar, por ejemplo, el curso de las distintas acciones donde las sentencias de Percy Escobar y Martínez Candela, confirmadas luego por Muñoz Sarmiento, Infantes Mandujano y otros, eran ratificadas por Nugent, Acosta, Díaz Valverde y García Marcelo. Los casos de Baruch Ivcher que llegaron al Tribunal y las resoluciones que allí se emitieron sólo compiten en cinismo con las pronunciadas por los tribunales ordinarios del ochenio).

Lo que quedó entonces claro de todo esto es que no se puede hacer una legislación pensando cuál va a ser su comportamiento una vez que se produzca un golpe. La dictadura tiene su propia lógica y en ella los miedos, los temores y las pequeñeces humanas afloran hasta extremos irreconocibles. La legislación y la estructuración de la democracia debe hacerse para que en este sistema las instituciones funcionen adecuadamente y sirvan de instrumento para la buena y equilibrada marcha de la nación. El antídoto contra las autocracias no está en lo que las leyes puedan hacer una vez producida la agresión, sino en lo que pueden hacer los hombres y mujeres por erradicar esa lacra, con leyes, o sin leyes, recurriendo a los distintos tipos de resistencia como la desobediencia civil o el derecho de insurgencia.

Si el Poder Judicial, seguramente por lo dicho, no pasó el examen tampoco en esta dictadura (hay que recordar solamente los fallos que los vocales superiores y supremos que se quedaron, emitieron en las acciones de garantía presentadas por aquellos otros que habían sido sus compañeros y a quienes los cesaron de sus funciones) no tiene ya ningún sentido en hacer un esfuerzo para mantener en ese nivel las decisiones referentes a las prescripciones constitucionales.

En otros países, las acciones constitucionales se deben presentar directamente ante el Tribunal Constitucional y las mismas se resuelven en una sola instancia. ¿Sería esta la solución adecuada para el Perú? No lo creo. Pienso que en nuestra nación, por la vastedad de su territorio, por la pobreza en que muchas personas viven –que les haría difícil y oneroso un desplazamiento–, así como por la dificultad en las comunicaciones, las acciones constitucionales deben ser presentadas ante el juez local, el que debe llevar a cabo las escasas diligencias que corresponden hacerse en un proceso de este tipo, y producir, asimismo, un primer juzgamiento. La cercanía con las circunstancias y con los hechos que deben ponerse de relieve para una mejor solución del caso, aconsejan esta competencia.

Sin embargo, soy de opinión que debe quedar a criterio del demandante si la apelación se tramita ante el órgano judicial superior o si decide llevar directamente la apelación al Tribunal Constitucional. En este caso, se acorta

camino y se ahorra tiempo, que es esencial por la característica urgencia de las acciones de garantía, y se lleva la causa ante el Tribunal que va a decir, en definitiva, el derecho aplicable al caso. Vale decir, habría que incorporar la posibilidad del "*per saltum*". De esta forma, el Tribunal puede ser segunda y definitiva instancia en las acciones de garantía. Como lo señala Sagües, este instituto tiene sentido cuando lo que está en debate tiene un gran interés institucional ("*Recurso Extraordinario por salto de instancia*", Bs.As.1990, Ed. Astrea). En nuestro caso dado el compromiso de la Constitución con la defensa de la persona podría entenderse esta urgencia.

Este recurso "*per saltum*" sólo debe caber cuando el quejoso lo solicita. Si quien apela a la segunda instancia es el Estado o el agresor, el expediente debe tramitarse ante el propio Poder Judicial, salvo que el demandante pida que la causa sea llevada directamente al Tribunal Constitucional. Vale decir, nuevamente hay que poner en manos del quejoso una mayor flexibilidad en la acción.

3. LOS CASOS DE COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPERIOR O SUPREMA EN LAS ACCIONES DE GARANTIA QUE OBJETAN RESOLUCIONES JUDICIALES

En nuestra legislación se señaló que las acciones de garantía debían interponerse ante la Corte Superior cuando se trataba de demandas incoadas en contra de actos del Poder Judicial. Esto se pensó en razón que jerárquicamente resultaba inconveniente que un juez de primera instancia decidiera sobre el criterio de un juez de la Corte Superior o de la Suprema.

Sin embargo, dentro del nuevo sistema que estamos proponiendo, creemos que en los casos en que la demanda se interponga contra un acto proveniente del Poder Judicial, la demanda debería presentarse ante el Juez de Primera Instancia para que cumpla con los trámites de notificación, así como para llevar a cabo la constatación correspondiente del hecho por el que se reclama, o para exigir a las partes obligadas la exhibición de cualquier documento que no pueda conseguir la víctima y que sirva para acreditar la violación del derecho constitucional. Dicho juez no tendría capacidad de fallo y debería remitir lo actuado, en un plazo muy corto, a la Primera Sala Constitucional y Social, y si esta fuera la que motivó el contrafuero, a la Segunda de estas Salas o a la Sala Civil Permanente, para de allí ir directamente al Tribunal Constitucional para que éste resuelva en apelación, de ser el caso.

Este sería el único caso de excepción para la aplicación del principio de la instancia judicial plural. Esta reforma habrá de ser consagrada también en el capítulo correspondiente.

4. LA PARTICIPACION DE TERCEROS EN LAS ACCIONES DE GARANTIA

Una consecuencia necesaria del principio de la jurisprudencia vinculatoria en el caso de las acciones de garantía, radica en la posibilidad de participación de los terceros en el proceso a través de los denominados "*amicus curiae*", o amigos de la Corte. Estos son recursos presentados por personas que pueden incluso no tener un interés directo en la solución del conflicto, pero que presienten que el orden constitucional mismo está en juego en el caso que se está resolviendo. Por cierto, todos los miembros de una comunidad política tenemos un interés indirecto en la buena marcha de la misma, y en que la Constitución se respete para todos porque ello será garantía de respeto para nosotros mismos también. Consentir con una constante de violación de la Carta Fundamental puede ser el inicio de un proceso anárquico donde la inseguridad campee y donde el Derecho no tenga ya un lugar en la sociedad.

También aquí puede haber distintos grados de interés. Unos, porque tienen una situación similar a aquella que se resuelve en una causa (por ejemplo el dueño de un negocio que requiere de licencia especial, que no fue afectado por una disposición de alcaldía, pero que de declararse infundada la acción de amparo podría ser pasible de la misma interpretación por parte de la autoridad). Otros, porque creen que el orden mismo de la comunidad no puede darse concediendo privilegios especiales a determinados grupos de sujetos. Entre ambas hipótesis, pueden caber todas las estimaciones.

Lo que se resuelva en el Amparo, como consecuencia del principio del "*stare decisis*", va a ser de aplicación para el caso que sigue o para el que pueda presentarse, por lo que no es lógico quitarle a los terceros que se podrían ver afectados, ya como personas, ya como ciudadanos, la posibilidad de expresar sus puntos de vista ante la Corte que va a resolver la causa.

La participación de terceros no tiene por qué entenderse sólo en el sentido de apoyar la acción incoada. Podría ser que las personas quieran entrar en el debate para impedir una solución equivocada que los perjudicaría (por ejemplo, el amparo que presentó Martha Chávez y otros relacionados al fujimorismo para permitir que el entonces jefe de estado se pudiera postular por una tercera vez consecutiva al cargo de Presidente de la República).

Por cierto que poner en práctica esta medida conlleva una serie de modificaciones procesales, como la de publicar en el diario oficial o en otro medio de difusión masiva, apenas entrada una acción de amparo, la materia y el juzgado ante el que se tramitan. Esto, por cierto, no debería dar pie a dilaciones y no debería dar pie, tampoco, a nulidades, sino sólo a responsabilidades por

parte de los jueces o funcionarios judiciales o administrativos que no cumplieran con las exigencias de la norma.

Por otro lado, tampoco podría aceptarse, dado que el Amparo es una acción de garantía, que esta participación de terceros pudiera demorar la solución del caso concreto. Esto quiere decir que ningún plazo se podría prolongar si es que los terceros entran tarde al proceso. Los terceros tampoco tienen, por cierto, la posibilidad de exigir la actuación de ninguna diligencia, sino, simplemente, de argumentar acerca de la forma como debe resolverse el conflicto.

A lo que sí deberían tener derecho, desde una perspectiva de la publicidad de las acciones, es a hacer uso de la palabra en la audiencia previa a que los jueces resuelvan la causa.

5. LA PARTICIPACION DEL AGRESOR EN LA ACCION DE GARANTIA

La ley 25398 estableció, con buen criterio, que había de ponerse en conocimiento de la acción a la dependencia o a la persona a la que se imputaba la realización de un acto inconstitucional, puesto que para ella podría fluir una sanción como consecuencia de la sentencia (Art. 11 de la ley 23506).

Esta medida, sin embargo, ha sido interpretada, no a favor de la víctima, sino a favor del funcionario que llevó a cabo el acto cuestionado. La Corte Superior de Lima, a través de su Sala Especializada, ha señalado y demorado la solución de muchas acciones de garantía entendiendo el "o" como "y", vale decir, exigiendo que se notifique necesariamente a la persona que cometió la agresión, aunque ésta ya no se halle en esa posición. Esto ha dificultado la tramitación de dichos procesos. En muchos casos, los que fueron funcionarios al momento de la violación ya no se encuentran en la misma dependencia, o, incluso, dejaron la administración pública y hasta tienen domicilio desconocido o se han mudado fuera del lugar donde llevaron a cabo el contrafuero.

Para evitar la dilación, podría señalarse, en la legislación de desarrollo, que cada dependencia cuente con un registro de las acciones de garantía que se han presentado y que pueda ser consultado por quienes han desempeñado esos cargos, o que, recibida la notificación de la demanda, quien desempeña en ese momento el cargo, deba notificar, por sus medios y por su cuenta, a quien estuvo en el momento al que se refiere la queja. Puede también establecerse que cada funcionario deba dejar, en la dependencia donde ha prestado servicios, la dirección en la que se le pueda encontrar, y que si se muda de ella sin dar aviso no podrá reclamar porque no se le haya puesto oportunamente en conocimiento de la acción.

6. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LAS ACCIONES DE GARANTIA

Uno de los temas que requiere urgente tratamiento en la legislación de la acción de garantías es este. Si hay un derecho que tiene que ser guarecido de la continuación de una amenaza, es precisamente el derecho constitucional y la desmejora que se le puede causar con la prolongación de la agresión puede ser mucho más severa y de mayor significado que el que corresponde a una causa civil.

Sin embargo, desde la segunda mitad de los ochenta, y como consecuencia de las resoluciones judiciales que hicieron lugar a la petición de medidas cautelares de los dueños de los bancos cuando el régimen de entonces pretendió su estatización, se modificó la legislación con el propósito de impedir que las mismas pudieran frenar una acción gubernamental. Obviamente esta decisión fue una que iba a contramano de la naturaleza de este instituto. Este temperamento se agudizó en la era fujimorista y se estableció que la resolución del juez de primera instancia, que en el caso de cualquier proceso civil permite incluso medidas innovativas, debía de quedar en suspenso si se apelaba de la misma. Vale decir, la medida cautelar en el amparo perdía gran parte de su eficacia.

Pero no sólo eso. También se estableció que la medida cautelar sólo se aplicaría luego de un contradictorio inicial y no "*inaudita pars*", como era en la legislación original peruana. Con ello, obviamente, se pretendía que el poder, alertado de la pretensión que podía tener un particular ejerciera la presión necesaria, máxime cuando el Poder Judicial pasó a ser, en muchísimos casos, dependencia de la dictadura. Esto se hizo en infinidad de casos y hemos visto que las mismas resoluciones de las medidas cautelares se llevaban redactadas desde las oficinas del SIN, donde los denominados jueces de derecho público de la época (no olvidar a Víctor Martínez Candela y a Percy Escobar), junto con otros sometidos a extremos de servilismo, recibían esos proyectos y estampaban su firma delante del mismo jefe de ese departamento que oficiaba como órgano represor del Estado.

Pero esta situación alcanzó extremos de paradoja desde que en el proceso civil, como se ha dicho, las medidas cautelares si se podían despachar sin poner en conocimiento del demandado de la pretensión del demandante, más aún, sin admitir ningún tipo de escrito hasta el momento en que el magistrado no hubiera decidido sobre la procedencia de esta medida y la hubiera ejecutado. También se estableció en la década pasada que el juez podía dictar medidas cautelares de diverso tipo, no sólo la de suspender el acto reclamado sino hasta medidas de innovar, para permitir que no se perjudicara al agredido en tanto que se tramitara el proceso. Por cierto, que esta misma facultad no se le acordó

al juez constitucional, el que seguía restringido a la suspensión del acto cuya inconstitucionalidad se había demandado. De esta forma, derechos de “menor categoría dentro de la máxima jerarquía”, para seguir a Ekmejdian, gozaban de una protección mayor que aquellos que los seres humanos estimamos como absolutamente fundamentales y que en el Perú los hemos elevado a ser la piedra angular de la existencia del estado: el respeto a la dignidad de la persona humana y su consideración como fin supremo de la sociedad y del propio Estado.

Una modificación democrática de las acciones de garantía, nos ha de llevar a devolver la inmediata ejecutabilidad a las medidas provisionales dictadas por los jueces de primera instancia y, a la vez, a aumentar las facultades de los magistrados que resuelven acciones de garantía para que puedan despachar todo tipo de medidas cautelares.

7. LA IGUALDAD DE ARMAS PARA LAS ACCIONES DE GARANTIA INCOADAS CONTRA ACTOS DE PARTICULARES

Una de las características de las acciones de garantía en el Perú es que mientras que el demandante puede recurrir a todas las instancias establecidas –incluso al Tribunal Constitucional– en el caso en que la demanda sea declarada infundada o improcedente por el Poder Judicial, el demandado sólo puede apelar dentro del mismo Poder Judicial. El Tribunal Constitucional no le está permitido como instancia de revisión. Esto tiene una explicación cuando las acciones son interpuestas en contra del Estado, o, incluso, contra instituciones privadas que desempeñan, por derivación, algún tipo de función especial (este podría ser el caso de los Colegios profesionales o alguna entidad que se encargara de cobrar algún tributo), pero resulta más discutible cuando se trata de dos personas o entes particulares que, además, no ejercen ningún tipo de poder derivado por parte del Estado. ¿Por qué una de ellas va a tener el derecho a la tercera instancia de la que carece la otra? La defensa de la persona humana y la autolimitación del estado para este tipo de acciones es no solamente entendible, sino, además, perfectamente congruente con lo dispuesto en nuestra norma fundamental, pero la extensión de esta ventaja en relación a personas desprovistas de poder y que por lo mismo no pueden actuar desde una perspectiva de “imperio”, no parece contar con el mismo sustento.

Somos de opinión que cuando se trata de acciones de garantía interpuestas en contra de particulares, ambas partes deban tener las mismas posibilidades en cuanto a instancias se refiere. Si bien se puede dejar para la parte demandante el decidir si acude directamente “*per saltum*” al Tribunal Constitucional, sí se debería autorizar al demandado a requerir en última instancia a ese órgano para que resuelva en definitiva el tema en debate.

8. LA INTEGRACION DE LAS SENTENCIAS

Este es un tema de especial trascendencia para el futuro de las acciones de garantía y al que los jueces en la actualidad no le han dado vida. La legislación se promulgó para evitar que cuando los magistrados de las instancias superiores encontraran nulidades o fueran de pareceres distintos, resolvieran directamente el fondo de la cuestión sin alargar más el proceso, haciendo así patente la razón esencial de la acción de amparo que es su urgencia.

Sin embargo, las causas que se vuelven a derivar a primera instancia por parte de las salas de la Corte Superior, en razón de haberse declarado improcedente la demanda, en muchas oportunidades por miedo o por una suerte de actuación "contra libertatis" donde los temores de los jueces por confrontar al poder o su vocación de no discutirle ha a florado, o simplemente por el facilismo de no tratar un asunto complicado, han devuelto la causa, alargando así la solución y esperando que cuando la causa regrese a la sala ya no sean ellos los que van a ser designados para resolverla. De esta manera el expediente va de Herodes a Pilatos y es el justiciable el que tiene que sufrir las consecuencias de esta actitud.

El artículo 11 de la ley 25398 es suficientemente claro. No se requiere aquí una modificación legislativa, sino un cambio de actitud. En una acción de garantía en la que se discuten todos los extremos de la misma a la vez, desde que no hay etapas, no cabe pensar que la parte contraria no ha tenido la oportunidad para deducir todo tipo de argumentos contra la acción incoada. Si el fallo se produjo declarando improcedente la demanda, a la hora de presentar los argumentos de defensa debió presentar todos y no sólo los referidos a esta causal, por cuanto no hay aquí etapas diferenciadas, por lo que en ningún caso se produciría una indefensión. Cuando alguien es demandado por una acción de garantía, todos los temas han de abordarse en conjunto. Por eso es que se pide al actor que presente en el mismo momento de su demanda la prueba que tiene y desarrolle toda la lógica que sustente su acción con la exposición del derecho aplicable.

Ya no cabe, por cierto, seguir insistiendo legislativamente sobre algo que está clarísimamente expuesto, pero sí cabe exigir a los jueces un comportamiento diferente en esta etapa democrática que queremos asentar.

9. TASAS EN LAS ACCIONES DE GARANTIA

Otro de los temas que debe revisarse en general en el Perú, es el de las tasas, que no hace otra cosa que cargar sobre los hombros de los litigantes el costo de la administración de justicia. Esto es sumamente grave porque esta es una de

las funciones básicas que el Estado debe prestar a la ciudadanía y donde se debe invertir de todas maneras.

Las tasas no pueden alcanzar, en ningún caso, a las acciones de garantía. En algunos juzgados se ha estado pidiendo el pago de las mismas para otorgar las copias certificadas destinadas a la formación del cuaderno de medida cautelar. Esto me parece errado. La justicia constitucional es una expeditiva y en ningún caso puede estar pendiendo de la posibilidad de iniciarlas o de la liquidez de quien ha de interponerla.

10. EL CASTIGO AL RESPONSABLE DE LA VIOLACION

Este instituto ha sido el menos utilizado en todo el tiempo en que ha estado vigente la legislación sobre garantías. La constante, por el contrario, ha sido la exoneración de toda culpa a los agresores, especialmente con el pretexto de una falta de conciencia de la violación que estaban cometiendo. Esto no ayuda, demás está decir, a la creación de una conciencia constitucional en el país. Quien comete una agresión a los derechos fundamentales debe ser sancionado, especialmente si no existe ningún atenuante para esa conducta. Los jueces, al declarar fundada la demanda deben exigir, de inmediato, el inicio de una investigación para averiguar si el contrafuero tiene una explicación o si, por el contrario, el acto ha puede estimarse como totalmente abusivo. Asimismo, como corolario de este segundo proceso debería, igualmente, fijarse una indemnización para la víctima. Indemnización que debe ser de aquellas que permitan la reparación del derecho íntegramente y no sea totalmente figurativa, como sucede en el derecho peruano, donde los montos que se fijan en estas circunstancias son totalmente insuficientes.

A nadie se le ocurre afrontar un juicio para obtener una suma ridícula y menos todavía cuando quienes perjudican a la ciudadanía con sus conductas no son ejemplarmente sancionados, de modo tal que, al mantenerse estos malos elementos en sus cargos o posiciones, condicionan a sus compañeros de actividad y promueven el desarrollo de un espíritu de cuerpo que se centra en el mal, y que dejan siempre al ciudadano con la sensación que por haber denunciado al culpable se malquistarán con toda la institución o con toda la burocracia circundante.

Por otra parte, la impunidad, que no es otra la figura que se presenta en estos casos, está vedada por lo dispuesto en la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte Interamericana, en varios pronunciamientos ha considerado culpables de violaciones a los derechos humanos a los países que incluso se dieron leyes de amnistía para dejar sin

sanción a los agresores, por lo que no existe entonces razón de ningún tipo para no proceder a castigar a los culpables.

Asimismo, el Estado va tomando conciencia de que hay que establecer normas que exijan la repetición contra los funcionarios abusivos causantes del daño, de aquello pagado por el erario como consecuencia de las indemnizaciones a las que es condenado. Si esta norma no es tampoco promulgada sólo retóricamente, es posible que se inculque una cultura de respeto a los derechos humanos que haga de estos uno de los focos de atención de aquellos quienes tienen que actuar en nombre del Leviatán.

Soy de la opinión que una buena política judicial en este caso, de equilibrio por cierto pero no de impunidad, puede construir un dique severo que aminore sensiblemente el número de transgresiones a los derechos constitucionales.

11. LA POSIBILIDAD DE DISCUTIR A TRAVES DE LAS ACCIONES CONSTITUCIONALES LAS VIOLACIONES AL DEBIDO PROCESO

Este es uno de los tópicos más importantes del derecho de garantías en la actualidad. Las violaciones al debido proceso son cometidas, precisamente en el curso de un proceso, o de una simulación de proceso. En este segundo caso no cabe duda de que la acción debe prosperar. ¿Pero qué pasa cuando se han agotado las vías del proceso común y se sigue estimando la violación de los derechos constitucionales de la persona? ¿Constituye este rubro uno ajeno al control de constitucionalidad que en última instancia reposa en el Tribunal Constitucional?

Veamos. La historia nos demuestra que el Tribunal de Garantías Constitucionales recibió de parte de los constituyentes de 1978 la facultad de resolver en última instancia acerca de las violaciones de las acciones de Habeas Corpus y Amparo porque existió una marcada desconfianza en el comportamiento de los jueces. La historia nos había demostrado ya en aquel entonces que no fue el coraje para enfrentar al gobierno el que estuvo mayormente presente en la resolución de las cuestiones en que se enfrentaba el ciudadano con el poder. Las nulidades salvadoras, la recurrencia a la figura de las cuestiones políticas no justiciables, cuando no los allanamientos a la expresa voluntad de quienes abusaban, fueron la regla casi sin excepciones que se impuso durante décadas.

Esta percepción se agravó por cierto en la década fujimorista, donde los jueces, con honrosas y escasas excepciones, o consintieron con quienes destrozaron a la nación, o se pusieron de costado para no tener que enfrentarlos. Fue el Tribunal Constitucional el único que se atrevió, hasta antes de su

cercenamiento en 1997, a cumplir con la función del derecho de controlar al poder. Por cierto que esos magistrados que actuaron con coraje fueron vejados por esa satrapía, pero dejaron un testimonio de firmeza que acreditó más a ese cuerpo y dio nuevamente la razón a quienes creían que la definición de los asuntos constitucionales debe encargarse a un órgano de esas características. Las posibilidades de independencia son mucho mayores. En suma, no ha variado la razón por la cual se entregó a ese cuerpo la posibilidad de resolver en última instancia las acciones constitucionales.

Sin embargo, pronunciarse sobre el debido proceso implica tener que analizar una serie de cuestiones de derecho sustantivo, de derecho constitucional, de lo que podríamos denominar como los derechos constitucionales del proceso. Esto fue lo que se le pidió a los jueces ordinarios durante la década dictatorial y siempre se negaron a abrir un espacio para una interpretación de la norma que hiciera realidad esos derechos cuya importancia es esencial para el respeto a la dignidad de las personas.

Un proceso es regular cuando se satisfacen las normas constitucionales que permiten que las partes puedan hacer valer todas sus alegaciones y conseguir de los jueces las condiciones mínimas para poder exponer su causa y lograr una resolución. Asimismo, para que no se inicie sin las condiciones mínimas requeridas y que no se concluya sin que se cumpla con aquello decidido por la sentencia.

Cuando no se atiende este mínimo entonces se viola el derecho fundamental al debido proceso y al no alcanzar el estándar de regular se le puede discutir a través de la acción de garantía. Vale decir, los jueces van a analizar en este caso si el proceso que llevó a esa decisión es correcto, si le permitieron a la parte el uso de todas sus facultades o si se le procesó con respeto a esos derechos fundamentales. El fondo de la decisión es materia del proceso judicial mismo, pero el juzgamiento sobre el proceso sí es materia de la acción de amparo.

Vale decir, cuando no se discute el proceso sino lo decidido en el proceso, entonces es perfectamente aplicable la norma que impide la revisión de la sentencia expedida en un proceso regular. Siempre hemos señalado que alguien tiene que resolver en última instancia, y en los asuntos que no tienen entidad constitucional, los tribunales ordinarios llevan la última palabra.

Sin embargo, este ha de ser uno de los temas de mayor fluidez en el futuro cercano porque ya hay voces en la doctrina que insisten en la posibilidad de revisar también el fondo de las resoluciones cuando ellas mismas desconocen los derechos fundamentales. Vale decir, los actos de los jueces ordinarios, deberían ser pasibles de control constitucional.

Pero exactamente lo contrario pasa cuando se discute sobre la resolución emanada en un proceso donde, por ejemplo, no se hubiera permitido la actividad probatoria de una de las partes. Podrá decirse que esa parte tenía el derecho de apelar, y a lo mejor así lo hizo, pero si esa negativa es confirmada en instancia definitiva, entonces no queda otro camino que la acción de garantía.

Así como en la parte sustantiva los jueces pueden resolver con arreglo a su criterio, en la parte procesal han de ser muy cuidadosos en el respeto a los derechos de las partes y su accionar es pasible, precisamente porque se convierte el procedimiento en irregular, de un contralor a través de las acciones de garantía.

Por eso, el rechazo "in limine" de la acción de garantía que se ha desarrollado sobre la base del artículo 6.2 de la ley 23506 y 16.2 de la ley 25398, debe ser cuidadoso y estarse, además, a través de una interpretación sistemática, al principio de facilitar la tutela jurisdiccional incluso en este caso.

12. LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO

Uno de los temas que deberá desarrollarse también con mayor precisión es el de los derechos constitucionales del proceso. El tema del debido proceso como garantía constitucional de múltiples e importantísimas connotaciones, ha de irse dibujando en la acción de garantías.

En los últimos años la garantía del debido proceso, aún con una formulación muy escueta y con muchos de sus conceptos dispersos a lo largo de varios artículos de la Constitución, ha ido ganado entidad e imponiéndose en el imaginario social como uno de los fundamentos de la libertad.

Sobre este aspecto tendrá que pronunciarse la norma constitucional e integrar a nivel de texto sus principales componentes, pero va a ser tarea inmediata -y posiblemente precursora- de los jueces, ir definiendo sus contornos.

Los derechos que conforman el debido proceso son, brevemente expuestos, los siguientes:

- a. **El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva**, que ha de garantizar al ciudadano la posibilidad de poder concurrir ante un juez, para que determine acerca de su petición. Esto implica que este derecho no puede ser entorpecido severamente ni imposibilitado a través de requisitos formales o irrazonables cargas económicas.

Este derecho a la tutela jurisdiccional se prolonga durante todo el curso del proceso, vale decir, a la posibilidad de interponer las apelaciones que prevea el sistema, y a la de actuar los medios de defensa a los que tiene derecho la parte.

Todo esto, por cierto, obliga a la revisión de la política de las denominadas tasas judiciales no sólo en el caso ya referido de las garantías constitucionales, sino en todos los procesos. Habrá que ir definiendo hasta qué extremos y en qué casos, la obligación del pago de la tasa es atentatoria del debido proceso.

Por otra parte, los jueces deberán ir ajustando la jurisprudencia para rechazar las interpretaciones restrictivas, lo que sucedió en muchos casos durante el régimen dictatorial. Debe tomarse conciencia de que la doctrina de los actos políticos no justiciables, que justificó en el pasado un grueso número de inhibiciones por parte de los tribunales para tramitar causas en donde el poder era puesto en jaque, se bate en retirada.

Asimismo ha de dejarse en claro que la tutela jurisdiccional efectiva obliga al juez a preocuparse por el cumplimiento debido de la sentencia. Es absolutamente perverso que luego de culminado un proceso el triunfador no pueda ejecutar lo dispuesto por el Tribunal. La utilización y efectivización de todos los apremios contra los renuentes debe incorporarse a la práctica judicial.

Ha habido en este caso en el Perú ejemplos muy concretos como el caso Robles o el caso Cesti. El primero obtuvo una sentencia de Habeas Corpus que ordenaba su inmediata liberación. Los militares se negaron a cumplirla y ni la Corte de ese entonces, ni el jefe de Estado, hicieron ningún intento para exigir su ejecución. Fujimori tuvo que recurrir al oblicuo medio, dada la inmensa presión social por el caso, de inventar una amnistía para poder dejarlo en libertad y controlar -de este forma- el reclamo que esa actitud de rebeldía generó.

En el caso Cesti, si bien los vocales de la Corte Superior exigieron su cumplimiento, los que fungían de magistrados supremos se sometieron al chantaje del gobierno y llegaron a sancionar funcionalmente a los jueces que hicieron justicia. La Corte Interamericana se pronunció sobre este caso recordando que la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva se completa con la ejecución de la resolución.

En estos momentos de recuperación democrática, se promulgó una ley destinada a procurar la atención del Estado a las prestaciones a las que lo

obligaba una sentencia adversa. Esto es fundamental porque no hay Estado de Derecho posible si el Estado mismo no resulta ser un ente responsable por sus actos. Esta norma ha sido dejada nuevamente en suspenso por este gobierno, pero bien merecería un "test" de constitucionalidad por parte de los tribunales en cualquier caso concreto que se presente para su decisión.

Hay que decir que esta garantía constitucional compromete a todo el Estado. No sólo al Poder Judicial, sino al Ejecutivo mismo que de acuerdo a nuestra carta es el encargado de hacer cumplir las sentencias (Art. 211.12 de la Constitución y Art. 118.9 del documento).

Finalmente el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva exige del Estado un compromiso para no dejar impunes o sin castigo a quienes han sido condenados por la comisión de hechos delictivos.

Todo estos extremos, en caso de incumplimiento, deben ser pasibles de exigencia a través de las acciones de garantía.

- b.- El derecho a no ser procesado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible.**

Este es un derecho que ha sido violado con frecuencia en el Perú. La modalidad ha sido la de endilgarle a una persona una acusación con un ideal componente delictivo y someterla a proceso sin demostrar siquiera un principio razonable de conexión entre los hechos relatados en el expediente y la persona a la que se encausa.

Desde la Constitución de 1979, la garantía no se centró en la condena, como había sido lo tradicional en el derecho, sino que se extendió la fórmula al mismo procesamiento. Y es que el solo hecho de estar sometido a una investigación conlleva a una serie de limitaciones a la libertad personal.

A mi criterio esta garantía exige que haya alguna demostración inicial suficiente de la participación entre la persona a la que se va a someter a una pesquisa y el hecho que constituye el delito.

Esta interpretación es especialmente necesaria en un país donde la policía muchas veces cree que el primer imputado tiene que ser culpable o que tiene que enviar a alguien al proceso porque, caso contrario, habría fracasado en su función. Pero si esto es grave ya en la instancia policial,

es gravísimo en el caso de las fiscalías. Los miembros del Ministerio Público, en muchos casos, acusan al bulto, sin un correcto análisis de los hechos imputados y de la conexión entre esa persona y las pruebas aportadas.

Es por ello necesario una especial atención de los jueces para no dar paso a acusaciones hechizas como aquella que se le imputó a Baruch Ivcher –en plena persecución– por haber pagado de más en el impuesto a la importación de mercancías y abrirle instrucción ¡por el delito de defraudación de rentas de aduana! Claro que ese hecho fue convalidado tanto por los vocales de la Sala de la Corte Superior que se fletó con el propósito de servir de instrumento político de los perseguidores, cuanto por el Tribunal Constitucional integrado entonces por los cuatro magistrados que se quedaron a cohonestar la satrapía. Urge que este comportamiento se destierre en la democracia.

c.- El derecho al juez natural predeterminado por la ley.

Este es un derecho esencial que se encuentra en el núcleo del debido proceso. Este debe llevarse a cabo, siempre, ante un juez predeterminado por la ley. Este derecho garantiza al individuo que no se escogerá caprichosamente a una persona que tenga tal o cual condición para juzgar su causa. La garantía del juez natural precede a la imparcialidad que se le pide al juzgador. Es, por decirlo de algún modo, la garantía de la imparcialidad del sistema.

En épocas diversas del acontecer nacional, especialmente en las dictaduras, se ha designado jueces especiales para que analicen las causas a las que se somete a las personas a las que se quiere perjudicar con una sanción, o a las que se quiere beneficiar con una absolución. Para ello se cambia jueces y se les encarga la tramitación de los procesos a personas que originalmente no estaban encargadas de tramitarlo. Eso se puede hacer burdamente creando juzgados especiales o de excepción, lo que está textualmente proscrito por el artículo 2.20.1 de la Constitución y repetido en el artículo 139.3 del documento del 93. La propia Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica señala en su artículo 8.1 el derecho al juez natural y ello ha sido materia de diversos fallos en ese alto organismo de la justicia continental.

Pero también puede pretender escabullirse el poder de los alcances de esta norma, a través de sistemas oblicuos. Se ha interpretado equivocadamente en el sentido de que el juez de la causa no es una persona, sino es el personal que ha sido asignado a un juzgado. En nuestro país, los jueces

son cambiados a cada instante a partir de la infeliz reforma del Poder Judicial. Las rotaciones, los denominados juzgados corporativos, los ascensos y demás han hecho que muchas causas sean vistas por seis y siete magistrados. Uno recibe la denuncia del Fiscal, otro abre instrucción, otro toma la inductiva, otro actúa algunas pruebas y otro falla. Esto, por cierto, es una burla y debe ponerse coto. Se debe señalar que cuando un juez comienza a ver una causa, como sucedía antes con los magistrados de segunda instancia del Poder Judicial, él mismo debe terminar de tramitarla. Lo contrario es violar el muy importante principio de inmediación y puede dar lugar a los sesgos que han de evitarse en un proceso debido. Es decir, se puede manejar el proceso y se pierde la imparcialidad, que es lo primero que se busca con el juez natural.

La violación de este principio debe dar lugar, a mi entender, a la acción de garantía si el daño no es reparado por los tribunales ordinarios.

d.- El derecho a la presunción de inocencia y de la excepcionalidad de la detención.

Este es otro de los derechos más zarandeados en la vida moderna. La presunción de inocencia es fundamental en un Estado en donde se privilegia al ser humano por sobre la organización misma de la sociedad. La culpabilidad se estima sólo en la sentencia, cuando los jueces han tenido la posibilidad para analizar todas las pruebas, para poder ponderar la situación jurídica del encausado y la incorporación de esa conducta a las previsiones de la norma.

Este derecho va de la mano con el de la excepcionalidad de la detención preventiva. Este mecanismo sólo puede aplicarse cuando hay algún grado de demostración de que el imputado es el autor de los hechos considerados delictivos, en tanto que hay algún grado de conexión entre los hechos y las pruebas que apunten a su persona, en tanto que la pena a imponerse sea de determinada entidad que permita apreciar (prima facie) que puede ser de las que exijan prisión efectiva y que la persona acusada puede evadir la acción de la justicia o dificultar la obtención de la prueba en tanto se halla en libertad. Si no se presentan esos requisitos, copulativamente, no es posible decretar la pérdida de libertad en tanto dure el proceso por aplicación del principio de la presunción de inocencia.

Esto no quiere decir que el ordenamiento jurídico cierre los ojos frente a hechos evidentes. La presunción de inocencia puede ceder el paso al derecho del resto de los miembros de la comunidad a pretender castigo

efectivo para quienes violan los valores de la convivencia, entrar en entredicho cuando hay situaciones concretas que alcanzan el estándar definido en el párrafo precedente. En estos casos se puede proceder a esta detención preventiva, pero este caso es uno que debe estimarse como excepcional.

Lamentablemente ha habido en el país una tendencia a ordenar, casi automáticamente, la detención de las personas, especialmente cuando los procesos adquieren algún grado de notoriedad y la prensa sigue el curso de los mismos. Como que los jueces, desconociendo en este punto sus deberes y los derechos constitucionales de las personas, prefieren aparecer como severos y que no se les catalogue como blandos porque temen que dicha clasificación puede perjudicar sus carreras en el futuro. Por cierto que nada de esto tiene que ver con el derecho ya que se viola los derechos fundamentales de la persona cuando se le dicta un mandato de detención a quien no se halla en la situación definida y exigida por la ley.

La detención preventiva, como lo ha señalado la Corte Interamericana en diversos fallos, es una medida excepcional, no es regla general y por lo tanto debe decretarse sólo en casos especiales. Por lo mismo, su aplicación debe ser restringida a las oportunidades en que, sin duda, se presentan los requisitos que autorizan su limitación.

Nuevamente cabe entonces aquí hacerse la pregunta de si, producida esta determinación en el curso de un proceso regular, se puede declarar fundada una acción de garantía. Sin duda se puede, como veíamos cuando tratábamos sobre el problema de la tipificación. Si agotada la última instancia en este incidente, se percibe una violación de los derechos al debido proceso, debe declararse fundada la demanda.

e.- El derecho a la comunicación del detenido.

La persona que está sujeta a proceso debe tener el derecho de comunicarse con su abogado desde el inicio mismo de la investigación. Muchas de las bases del proceso se sientan desde las propias instancias policiales. Es preciso por ello que se permita la asesoría profesional desde el mismo instante en que se produce la detención.

En razón de la gravedad de ciertos delitos y de las formas de su comisión en banda o bajo las modalidades de crimen organizado, la propia Constitución estableció una excepción por la cual se podía mantener incomunicada a la persona. Esta determinación estaba consignada en el

artículo 2º, tanto del documento del 93 cuanto de la Constitución de 1979. Por otra parte, ambos textos señalan en los artículos referidos a la administración de justicia, que la persona tiene derecho a ser asesorada por abogado desde el instante mismo en que se inicia el proceso, y más aún, en el caso del documento del 93 se precisa que esa asesoría puede comenzar desde el momento en que se cita o detiene a la persona por parte de la autoridad.

Me parece obvio que debe primar la norma especial, la que en este caso autoriza la comunicación con el abogado, precisamente porque la defensa de su posición y la cautela de sus derechos en el propio proceso y en las diligencias previas que se incorporarán como prueba al proceso, deben estar garantizadas a efectos de evitar abusos.

Por otra parte, la incomunicación no da lugar al secreto acerca del lugar donde el detenido se encuentra. Esta norma es fundamental para evitar el peligro de las desapariciones. En todo momento en que una persona es llevada detenida a cualquier lugar de reclusión debe quedar establecido su ingreso y debe, también, comunicarse al juez o al Fiscal acerca del lugar donde se halla la persona.

f.- Derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

Este es un derecho fundamental que no ha sido debidamente desarrollado y que hace no sólo a la persona sino a la sociedad misma y al estado republicano, democrático y constitucional de Derecho. En efecto, en una república democrática el titular del poder es el pueblo mismo. Es el pueblo el que, a través de diversos mecanismos, delega el poder a las autoridades que ejercen dicho poder en su nombre. Esa delegación no sólo se hace por elecciones, como pasa en el caso de las autoridades políticas, sino por distintas formas de designación. En el caso de los jueces, a través de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura que, a su vez, son designados de acuerdo a un mecanismo establecido en la propia Constitución. Hay que señalar que en el caso de las designaciones de los jueces a través de sistemas diferentes al de elección popular, la democracia privilegia la razón y la vertiente de control del poder de esa mayoría en beneficio de la persona y su dignidad, la que puede ser atropellada o desconocida por mayorías facciosas o apasionadas.

Nadie, en una democracia, ejerce o puede ejercer dicho poder al margen del escrutinio de su titular, o sea, el pueblo. Tampoco pueden hacerlo los jueces que forman parte de este sistema.

El poder de administrar justicia se les encarga a los magistrados para que hagan prevalecer la misma de acuerdo a las normas que se establecen en la Constitución y en las leyes de la República, así como en los principios del derecho peruano. Esta función no es, por lo mismo, una función libre donde se puede hacer lo que cada uno de los magistrados quiere, sino lo que le ha sido encargado por la sociedad. Fallar contra la ley es desobedecer ese mandato.

En una república, por otra parte, todos sus funcionarios son responsables por sus actos ante la sociedad. Los jueces no son la excepción. La ciudadanía tiene el derecho de conocer de qué manera se comportan los encargados de administrar justicia para así poder decidir, a través de los mecanismos constitucionales, su permanencia o su remoción del poder. Cuando hay causa fundada, el procedimiento de separación de un juez no es otra cosa que la efectivización de la responsabilidad a la que también están sujetos los jueces.

Por otro lado, el Derecho cumple una función directriz en la sociedad, y los fallos de los jueces alertan no sólo a las personas sujetos del proceso, sino a la comunidad en su conjunto, de qué manera es que deben comportarse para actuar dentro del marco normativo y no tener que sufrir ninguna sanción, o, caso de las normas de promoción, de recibir el beneficio que en ella se señala. Las personas han de estar atentas a los fallos de la Corte porque en ellos se delinea la concreción de las normas legislativas o reglamentarias que han sido dadas en términos genéricos y que cobran vida con cada resolución. No en vano los jueces americanos, especialmente Holmes, decía que la Constitución es lo que los jueces dicen que es. Lo mismo puede aplicarse a las demás normas de otra jerarquía.

Esa función directriz, así como la actuación responsable con relación a la sociedad se expresan en los considerandos de las sentencias o resoluciones. Allí los jueces explican de qué manera llegan a las conclusiones que obligan a cumplir y las cuáles tendrán consecuencias, aunque sea referenciales, para todos los demás casos. El juez no es un cadí árabe que resuelve de acuerdo a su leal saber y entender y sin darle explicaciones a nadie. No es tampoco un jurado de los que se estila en el derecho anglosajón que resuelve puramente de acuerdo a su conciencia y donde no se expresan las motivaciones. Es, por el contrario, un funcionario en donde la explicación de su resolución es esencial para las partes, para la sociedad y para el Derecho en sí mismo, porque debe seguir un proceso lógico que demuestre la adecuación del hecho al texto de la ley y a los principios del derecho.

Se ha discutido acerca de la extensión de la motivación. Ese es uno de los temas de debido proceso que deberán ir perfilando las cortes en una etapa de desarrollo del derecho constitucional. A mi criterio, no basta, como se ha entendido frecuentemente en el pasado, con que se señale dos o tres argumentos y con ello se de por sentado que la motivación se produjo. A mi criterio, el proceso es un diálogo entre las partes en donde el juez decide tomando en consideración todos los argumentos y las pruebas que las partes presentan. En ese sentido, pienso que la motivación debe alcanzar a explicar por qué razón se acoge o por qué razón se deja de lado cada una de las alegaciones de las partes. Creo que los jueces deben de ir desarrollando cada vez más las motivaciones de la sentencia en razón de lo alegado por las partes. Estas tienen el derecho a saber el motivo por el cual su posición es dejada de lado y no, de bulto, asumir que es improcedente simplemente porque no se le menciona.

La falta de motivación de las sentencias, que además deben sustentarse en normas de derecho, desnaturaliza el proceso desde que deja de tratarse de un juicio como se ha querido en el esquema constitucional de nuestros países.

g.- El derecho al beneficio de la cosa juzgada.

Este es un derecho fundamental que debe ponerse en pleno desarrollo. La cosa juzgada no sólo debe estar referida a las sentencias definitivas de un tribunal, sino también a los pronunciamientos de los jueces en materia de apertura de los mismos cuando dichos pronunciamientos o no han sido apelados o cuando han sido apelados han sido confirmados.

Si un juez estima que no hay mérito para iniciar un proceso por la supuesta comisión de un delito como consecuencia de unos hechos denunciados, no puede luego, por los mismos hechos abrir una nueva investigación aunque se haya propuesto un nuevo enfoque sobre el tema. Vale decir, cambiar el "nomen iuris" no autoriza a una nueva discusión sobre los mismos hechos.

Se ha señalado que no hay juzgamiento si es que se rechaza "in limine" la acusación. Eso es falso. Allí hay un juzgamiento de lo que debe juzgarse, vale decir, de las aristas delictuales de un hecho. Si a nadie puede procesarse por un hecho que no constituye delito, esta decisión constituye el primer juzgamiento. No cabe exigir que luego haya un segundo pronunciamiento sobre ese mismo hecho con el argumento de que no ha habido juicio completo, puesto que precisamente la garantía constitucional de no ser alcanzado por los efectos de un acto atípico ha

sido extendida al proceso mismo y no como antes se postulaba, al resultado de un juicio completo. Hoy se ha garantizado al ciudadano el no ser siquiera perturbado por una investigación penal cuando los hechos no constituyen delito.

Por lo demás, se supone que tanto el Juez como el representante del Ministerio Público conocen el derecho. Si así es, aunque la "notitia criminis" se refiera a la supuesta comisión de un delito diferente, el Fiscal debe tomar en cuenta el hecho mismo, analizar la iniciación de la acción penal y el agotamiento de la acusación referido ya a todas las figuras que crea razonablemente, y con alguna conexión, ser materia de investigación.

Hay que señalar que el derecho aquí está referido a la cosa juzgada y que, por lo mismo, no es al del derecho juzgado, sino que lo que manda en la determinación jurídica es el hecho que se ha señalado como delictivo y en el que se supone ha participado la persona.

Como ya se ha adelantado, no tendría ningún sentido que una persona pudiera quedar permanentemente vinculada a un juzgamiento que podría repetirse hasta el infinito desde diversos ángulos, sin permitirle así paz a las personas.

La cosa juzgada tiene, por tanto, una extensión mucho mayor que aquella que se le ha querido dar y creo que debe ser materia de los jueces constitucionales su análisis y su fortalecimiento.

h.- El derecho de defensa.

Este es uno de los derechos fundamentales de la persona y sus contornos deben ser bien definidos por la jurisprudencia. El derecho de defensa no es el derecho a cualquier defensa, sino a aquella que la persona imputada o que sea parte en un proceso, o que concurra al mismo por cualquier título, consiga para ella. Vale decir, no se puede pretender que este derecho se cumple si es que el Estado insiste en que un determinado abogado se haga cargo del caso dejando de lado al letrado designado por el inculpado o la parte en el proceso.

El derecho a la defensa nace, como se ha señalado, desde el momento mismo en que se es citado por la autoridad. Esto significa que un testigo puede ir acompañado de un abogado a rendir su manifestación, dado que la consecuencia de un mal planteamiento del cuestionario y los apremios para responder que se le hagan a una persona, así como el ambiente de intimidación con el que se le que se le pueda rodear, puede llevar a que

esa persona sea luego acusada a partir de su propia declaración testimonial.

El derecho a la defensa requiere de un acceso inmediato al expediente y a las pruebas actuadas, con el propósito de poder llevar a cabo todos los actos necesarios para que el abogado pueda cumplir con su cometido. En ese sentido, la distancia que se puso entre el expediente y el abogado a raíz de la denominada reforma del Poder Judicial en la época de la dictadura, perjudicó severamente ese derecho.

Lo mismo se puede decir de la limitación irracional de tiempo para presentar el informe oral ante el Juez o las Cortes. Sabido es que por la sobrecarga de trabajo los magistrados no siempre tienen el tiempo suficiente para leer todos los expedientes ni todo el expediente y que muchas veces estos son manejados en buena medida por los especialistas o los auxiliares. Un abogado debe tener la posibilidad de llamar la atención al juez sobre los distintos puntos del proceso que a su criterio deben tomarse en cuenta para resolver con bien. Un término tan corto es violatorio del principio de defensa puesto que ni los abogados tienen el tiempo suficiente para presentar la causa según un desarrollo lógico, ni los vocales (especialmente quienes no son los ponentes) pueden darse cuenta en una exposición tan fragmentada de la vastedad del caso o de las aristas que el justiciable entiende como necesarias de ser apreciadas para que se le haga justicia.

En este sentido, a través de la definición del debido proceso debe ir fijando los contornos de este derecho para impedir así que el juez resuelva con una mirada superficial los asuntos sometidos a su decisión.

13. ALGUNAS CONSIDERACIONES ADICIONALES SOBRE EL HABEAS DATA

Un especial tratamiento en la nueva legislación sobre garantías deberá acordársele al Habeas Data, que es el instrumento más reciente y que, por tener dos vertientes que responden a situaciones diferentes, ha de alcanzar un maduro desarrollo legislativo.

Uno de los temas más acuciantes en este punto es el de las vías previas. A mi criterio, la única vía previa posible cuando se trata de solicitar a una institución estatal, regional o municipal algún dato, es el requerimiento de la información a la entidad pública y con un término mucho menor, por cierto, de aquel que se consignó en la ley 26301. Quince días útiles terminan siendo tres semanas y el ciudadano no tiene por qué razón aguardar todo ese tiempo para recibir el dato que ha pedido. Menos sentido tiene, como lo hemos dicho en la

introducción de este ensayo, que se haya aprobado una norma que resulta ser una vía previa de una vía previa, es decir, que por Decreto Supremo se le trate de poner cortapisas a la acción constitucional. Transcurrido ese término debe de estar abierto el camino para la fase interdictal, en este caso, de la acción.

Ya una sala de la Corte Superior se ha pronunciado sobre este punto. En la causa 766-2001, resuelta por la Tercera Sala Civil de la corte Superior de Lima, se dijo que la vía previa se satisfacía sólo con la carta notarial referida en el art. 5° de la Ley 26301 y que "resulta inexigible el agotamiento de la vía previa administrativa a través de los recursos administrativos que autoriza la ley especial de la materia y que sólo habilita, en su caso, el contencioso administrativo, pero innecesario para el ejercicio de la acción de garantía sub-materia; ... ya que ... siendo ésta una vía procesal especializada cuyos requisitos de admisibilidad y procedencia han sido cumplidos y aplicando supletoriamente los principios generales que regulan el proceso recogido en el artículo del Título Preliminar del Código Procesal Civil y numeral tercero del mismo cuerpo legal acotado que garantizan el derecho que tiene todo justiciable de acceder a la tutela jurisdiccional efectiva, para el ejercicio de su derecho de acción, con sujeción a un debido proceso" (sic).

En la otra vertiente del derecho esto es todavía menos explicable. Aquí cuando se trata de protegerse de datos equivocados o falsos, no puede haber vía previa porque desaparece la sorpresa que debe acompañar la acción del juez para hacer eficaz la protección del derecho. En consecuencia, este tópico debe ser tratado atendiendo la naturaleza del derecho que se defiende.

Otro punto que queda pendiente en la legislación sobre esta figura es el de la sanción para los funcionarios del Estado que no proporcionen una información veraz o que simplemente se nieguen a proporcionar aquella solicitada. A mi criterio, debe entenderse que la información que se entrega a los ciudadanos es veraz, por lo menos aquella con que se cuenta en la repartición pública, y que cometería adulteración de documentos públicos y sería pasible de persecución penal aquella autoridad que engaña en este caso. Por cierto que este delito deberá perseguirse en la vía correspondiente y no en la acción de garantía. De la misma forma debe establecerse la figura penal correspondiente para los casos de renuencia a entregar la información o documentación pública solicitada.

14. LA INTERPRETACION JUDICIAL EN LAS ACCIONES DE GARANTIA

No debe dejar de insistirse en esta nueva etapa democrática que iniciamos, que los jueces han de ser, especialmente en materia constitucional, los guardianes del sistema democrático de derecho, lo que significa que tienen un rol muy delicado que cumplir.

En todo sistema que se reclama democrático y constitucional de Derecho, los jueces son percibidos por la sociedad como los últimos funcionarios del sistema en los que se puede confiar. Si las personas son víctimas de una agresión por parte de los funcionarios que integran los poderes políticos, siempre piensan que el Juez puede poner orden y llamar a capítulo a quienes se han atrevido a invadir el campo de los ciudadanos. Total, hasta en teoría esa es la razón por la que se les otorgó el poder, para que la sociedad no estuviera a expensas del más fuerte. En tanto esperen que los magistrados pongan orden y haya una cierta correspondencia entre esa expectativa y la realidad, se seguirá la gente manteniendo en el sistema. Si, por el contrario, estiman que el Poder Judicial forma parte de la misma camarilla, si a pesar de los buenos argumentos que se presentan en el caso y que en la tramitación de asuntos similares han funcionado, sus casos siempre se pierden, entonces el pueblo pierde fe en todo el sistema. Ya no existe ni siquiera esa reserva moral que han de constituir los magistrados. Allí, como lo he señalado en otros trabajos previos, los desilusionados pueden optar por tres caminos, cualquiera de ellos totalmente perjudicial para el Perú.

El primero, el de la sumisión. Los nacionales pueden estimar que es inútil pelear con quien tiene el poder y se avienen a jugar el papel que otros les designan, convirtiendo al país en un conjunto de gente miedosa. El segundo, el del arribista, vale decir, el de "todo se puede con tal de estar bien con los de arriba" y, a su sombra, desconocer todo tipo de norma legal. El tercero, el de la rebeldía, el de la lucha para cambiar ese orden, pero no dentro de sus normas, porque las más extremas de sus prescripciones, las garantías constitucionales, son desconocidas, porque, como dijo el maestro argentino Carlos Sánchez Viamonte, no caben garantías de garantías y por ello el Habeas Corpus y el Amparo son el último remedio jurídico contra la arbitrariedad. En este caso saldrán de sus cauces y lo combatirán por la fuerza, con la expectativa de crear otro orden distinto a aquel en que vivimos.

Por ello, el papel que los jueces tienen en la defensa del sistema es central. Todos pueden fallar menos ellos. En la soledad de su despacho burilan la suerte misma de la democracia.

No deben olvidar, por ello, las normas de interpretación que corresponden a las acciones de garantía, donde debe constar siempre la preeminencia de los derechos constitucionales, y, en el caso de la pugna entre prescripciones de la norma fundamental, el balance que es preciso hacer en cada caso para poder hacer andar la Nación a la saga de los valores esenciales sobre los cuales hemos decidido construir el Perú. (Ver SERNA, Pedro y TOLLERD, Fernando. "La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales". Ed. La Ley, Bs.As. 2000)

El principio *pro-homine* y *favor libertatis* es el que debe guiar sus reflexiones en el caso de conflicto, la aplicación constante de los principios de razonabilidad y proporcionalidad que le dan vida real al derecho y que lo expresan, como que es en realidad, en el instrumento de una razón que es la que nos diferencia del resto de los seres animados del planeta.

15. LAS NORMAS PARA LA EJECUCION DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS O DE EJECUCION DE LAS RECOMENDACIONES DE LA COMISION

Las acciones de garantía, a tenor de lo señalado tanto en la Constitución como en el documento, no terminan, en puridad, sino cuando se agota el trámite que se inicia ante los órganos internacionales a los cuales el Perú se ha sometido para garantizarle a sus habitantes, más que a sus ciudadanos (para seguir en esto a Ferrajoli), la vigencia plena de los derechos fundamentales y para guarecer a la población de los caprichos de regímenes que con el cuento de una supuesta soberanía, se distancian de un respeto mínimo hacia los mismos. El caso del retiro del Perú de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, operado por Fujimori, es una prueba de ello. No olvidar, por cierto, ya que escribimos en una revista destinada a magistrados, el triste papel que cumplió en este desatino Fernando de Trazegnies, quien fungiera de demócrata y de gran abogado hasta que se puso, por la debilidad humana de notoriedad o poder, al servicio de esa dictadura.

Pues bien, es esencial que en el Perú garantista que debemos reconstruir, el capítulo de cumplimiento de las sentencias emitidas por la Corte, tenga un desarrollo suficiente que atienda el resarcimiento que ordene el órgano internacional de una manera oportuna y suficiente, habida cuenta que la víctima que hubo de recurrir a esa instancia ya fue condenada a trajinar durante el larguísimo tiempo que toma primero la acción interna y luego el procedimiento en esos organismos.

Debemos recordar que cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emite una recomendación final que el Estado acepta, es deber de éste darle cumplimiento cabal a todo aquello que allí se ha comprometido. La recomendación en el sistema interamericano, cuando no es cumplida por los Estados, puede dar lugar al juicio ante la Corte. Es por ello que muchos estados consienten en lo allí dispuesto o en fórmulas a las que arriban en tratos directos con las víctimas bajo la supervisión de esos organismos, para evitar ser llevadas al más alto tribunal americano en calidad de renuentes al cumplimiento de normas fundamentales.

En algunos casos la Corte fija una indemnización u obliga a una conducta. En otros, la misma Corte señala que la indemnización debe fijarse siguiendo los

procedimientos establecidos en la legislación de cada país. Esto último constituye, realmente, una actuación deficiente de la Corte Interamericana que esperamos supere en el futuro inmediato, pero mientras ello continúe así, un estado como el nuestro, que proclama la supremacía de la persona humana, debe dictar las normas adecuadas que tomen en cuenta el ya largo itinerario que se ha hecho recorrer a la persona para el reconocimiento de su derecho. Este procedimiento ha de ser sumárisimo y, a mi juicio, debería permitirse que el mismo se pueda definir a través de arbitraje, dado que en muchas oportunidades quienes van a ser llamados a resolver o no interpretaron en su cabalidad el reclamo de quien tuvo que pedir justicia en el exterior porque aquí no se la dieron, o porque esos jueces formaron parte del esquema que operaba en las épocas de irregularidad.

El arbitraje es promovido incluso para el Estado, y de acuerdo al Decreto Supremo, es obligatorio para el mismo cuando celebra contratos con terceros particulares. Se hace así con el propósito de lograr que la solución del conflicto garantice para la contraparte un marco de independencia y, además, para que quienes invierten en el país o contratan con los órganos oficiales puedan asegurarse, de alguna manera, que el proceso no tendrá una casi indefinida duración.

No se percibe entonces por qué razón no podría proceder lo mismo para el caso de la solución de temas pendientes luego de emitida la sentencia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos o de aceptada una recomendación que formule al Estado cualquier organismo supranacional de justicia al que el país haya adherido. Si la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, entonces no tiene explicación que sólo para su actividad económica y no en tanto que se definen situaciones generadas en la violación de sus derechos componentes de su dignidad, pueda recurrirse al arbitraje. Si se presta una facilidad a quienes invierten en el país o a los que desarrollan actividad económica, no se advierte por qué razón esa misma lógica no se debería imponer en el caso de las víctimas de violaciones de derechos humanos que tienen una mayor urgencia y su derecho es más importante.

16. UNA DISPUTA POR RESOLVER QUE HACE AL PRINCIPIO DEL BUEN GOBIERNO, DE LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL, A LA RESPONSABILIDAD EN EL USO DEL PODER Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS

El desarrollo de la prensa ha introducido en el esquema del poder público un nuevo elemento que debe procesarse con prontitud para evitar la distorsión de los principios referidos.

La prensa, a través de sus diversos medios, hablados, escritos o televisados, emitidos por señal abierta o por cable o por la internet, han ido ganando un espacio muy importante en dos direcciones: el control del poder político y la conducción de la opinión pública hacia objetivos particulares. El primero de estos medios es bueno como meta, el segundo es malo como propósito. El primero puede ayudar a la protección de los ciudadanos y de la república en general, el segundo puede instrumentalizarlos en aras de un interés exclusivamente individual donde, además, se pretende que no exista posibilidad de escudriñamiento alguno.

Sabido es ya hoy, que muchos medios de comunicación han sido creados con el objeto de apuntalar los negocios de diversos grupos empresariales que utilizan el periódico, la estación de radio o el canal con el objeto de presionar sobre el poder. El poder requiere de una opinión pública favorable y los medios son esenciales para el cumplimiento de este propósito. Un medio adverso puede influir negativamente en los resultados de una gestión gubernativa. De esta forma, quien tiene un medio, de alguna manera puede conversar desde una perspectiva distinta, con una baza especial.

Pero, además, el periodismo parece tener urgencias diferentes que aquellas que corresponden a los jueces. Al periodismo le interesa la noticia, la primicia aunque la misma no haya sido procesada. Al Derecho le interesa la reflexión y una decisión acertada que haga justicia a quienes son procesados ante sus estrados.

En esta vena, el periodismo abre cuestionamientos. El poder judicial debe resolverlos. El problema se ha presentado, como pasa en todos los entes humanos que tienen poder, cuando el periodismo pretende invadir el campo de los jueces y exigirles un dictado específico. No han sido pocas las veces en que los magistrados son presionados para que lo que se ha dicho desde un periódico o un canal de televisión, sea ratificado por la sentencia. No han sido tampoco escasas las oportunidades en que esa acusación venga desprovista de pruebas o cargada de un prejuicio alimentado de razones políticas, religiosas o intereses de la más diversa procedencia. Tampoco es raro que esa acusación se haga sobre bases que la reflexión jurídica, destinada en nuestros sistemas occidentales a partir del triunfo de la democracia liberal a custodiar a la persona humana como tal, no puede aceptar como válidas.

Es sabido que el derecho debe imponer siempre la razón que expresa los valores sobre los que se construye la comunidad. Una sociedad democrática tiene, por ejemplo, que respetar el debido proceso aunque la urgencia de una reacción que permita sumar puntos políticos conduzca a señalar culpables de inmediato. Ese proceso es lento siempre y esa acusación no se puede hacer

sobre pareceres sino sobre el respeto del principio de tipicidad que traduce a su vez el principio de libertad de no estar nadie obligado a hacer aquello que la ley no prohíbe.

Sin embargo, muchos jueces se sienten directamente presionados y no son pocas las oportunidades en que las resoluciones que emiten, las adoptan al temor de esa presión. De esta forma, la batalla de la imagen se lleva a cabo en los medios de comunicación. Los acusados o las partes deben tener una cierta llegada a los medios para poder hacer que el sesgo no sea tan opresivo como para que pueda torcer la voluntad del juez. Algunos magistrados, por cierto, resisten este embate, pero otros no. Aquí, por ejemplo, la titularidad y la inmovilidad de los jueces, salvo en los casos de la comisión de hechos delictivos, como el prevaricato, es una condición esencial para la producción de buenas resoluciones.

Existe también otro tipo de magistrados, aquellos que están deseosos de notoriedad y que hasta dejan conocer a diversos medios de comunicación actuaciones que deben ser reservadas como garantía del derecho de defensa de las personas, a cambio de opiniones favorables a su gestión o de una expectativa de mejora en su propia carrera personal.

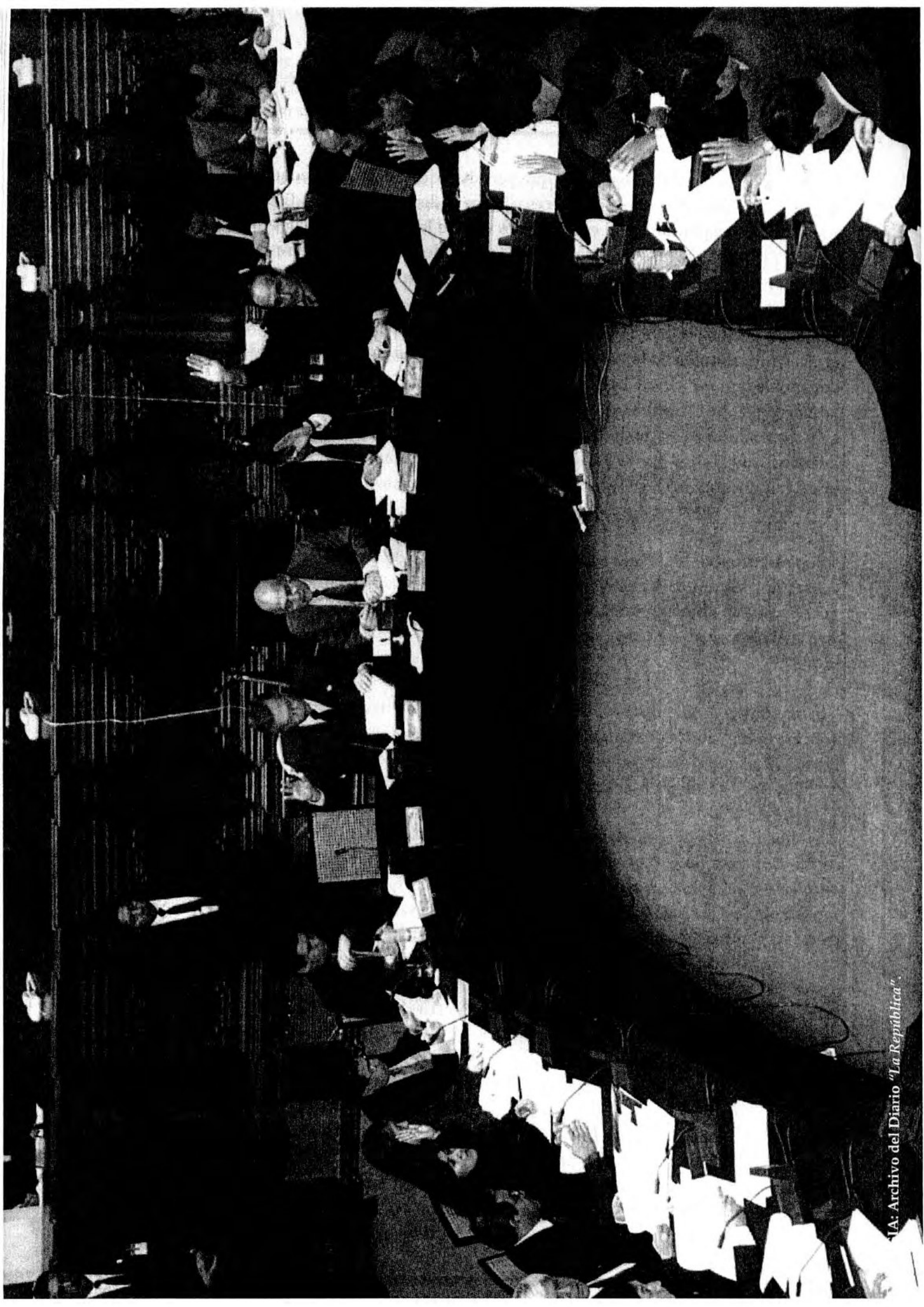
No quiere esto decir que la prensa no debe fiscalizar. El seguimiento de algunos asuntos en que magistrados poco santos mantienen en total descuido, los obliga a atenderlos o los pone en situación de proceder con prudencia en tanto que serán conscientes de la mirada de la opinión pública.

Vale decir, corresponde aquí un equilibrio que hace a la necesidad adicional de una doble formación complementaria: la de los jueces con algunos barruntos de la manera como deben comunicarse con la sociedad y las veces que deben hacerlo para evitar el "veddetismo", y la de los periodistas que deben informarse mejor de algunas de las instituciones jurídicas básicas y del por qué de su existencia, así como de la manera como deben operar.

Las resoluciones judiciales, dice la corriente realista, y creo que en esto no le falta razón, atienden mucho al entorno de las personas que deciden, a los hechos que influyen sobre ellos, y esto es bueno sea entendido por el juez y por quienes quieren hacer un estado con responsabilidad justicia y libertad.

Por ello el derecho, que debe tener en cuenta la naturaleza humana para poder orientar la marcha de la sociedad, ha de tomar también en consideración esta tentación y tratar de proveer los remedios necesarios o las salvaguardas requeridas para que esa tentación no venza a las personas que van a decidir sobre el destino de las otras.

El fomento de normas que permitan que nuestra sociedad encuentre ese equilibrio, y halle en los jueces y los periodistas personajes dispuestos a cumplir con responsabilidad ese papel, es una de las tareas esenciales del futuro inmediato. Normas que, por lo demás, han de ser igualmente respetuosas del principio de las libertades de expresión y de prensa y de la dignidad del ser humano y su derecho de ser juzgadas con imparcialidad, en el otro, dado que este juzgamiento puede afectar los derechos no menos esenciales a la libertad, a la familia, al honor, y en general, a todos los valores reconocidos en la sociedad.



IA: Archivo del Diario "La Republica".