

PROCESOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES: EL PRIMER CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ¹

La legislación procesal constitucional podría remontarse hasta 1897 con la primera Ley de Hábeas Corpus del país. Desde ese momento la regulación de los procesos constitucionales ha ido progresando teniendo rango constitucional por primera vez en el año 1920. Luego, se dieron otros momentos históricos importantes tales como la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales previsto en la Constitución de 1979 y la Ley de Hábeas Corpus y Amparo en 1982. Hoy, nadie pone en duda la necesidad de esos procesos que ayudan a garantizar el ejercicio efectivo de estos derechos fundamentales y la supremacía constitucional. Sin embargo, el reconocimiento expreso de la Constitución no es suficiente, menos aún con respecto a instituciones del Derecho cuya característica principal debe ser la respuesta efectiva e inmediata a situaciones de la realidad que atenten contra los derechos, valores, principios y normas base del Ordenamiento Jurídico en su conjunto. La actualidad nos plantea otro desafío histórico: la codificación de los procesos constitucionales, producto del esfuerzo de distinguidos juristas, quienes desde hace aproximadamente 10 años se propusieron esta noble tarea. A continuación 3 miembros de esta Comisión para el Anteproyecto del Código Procesal Constitucional² comparten con nosotros sus aportes y alcances sobre este tan importante tema.

- Vamos a iniciar una primera ronda de comentarios iniciales para expresar las novedades esenciales sobre el Proyecto de Código Procesal Constitucional y sobre su necesidad.

S. ABAD: En principio, quisiera agradecer la invitación y felicitar la iniciativa de "Derecho y Sociedad" de organizar una Mesa Redonda de esta naturaleza, precisamente cuando el proyecto del Código Procesal Constitucional viene siendo

discutido en la Comisión de Justicia del Congreso de la República y ya ha sido aprobado por la Comisión de Constitución y Reglamento. Esperemos que finalmente el Congreso lo apruebe y pueda entrar en vigencia, lo cual ocurriría seis meses después de su publicación.

En esta presentación inicial quisiera desarrollar tres temas centrales. En principio, por qué contar con un Código Procesal Constitucional; en segundo lugar, cuáles son los límites de este proyecto y; tercero, algunas novedades que se plantean en el Título Preliminar del citado Código.

En primer lugar, ¿por qué se plantea un Código Procesal Constitucional?. En la actualidad, existe una legislación diversa y dispersa sobre la materia. Hay una ley de 1982 que es la Ley 23506 que cuenta con innumerables modificaciones, incluso una que ha sobrevivido a Fujimori que es un decreto ley que regula la medida cautelar. Hay una regulación especial tratándose de la acción popular. Hay una regulación en materia de Hábeas Data y Acción de Cumplimiento. Se regula también la acción de inconstitucionalidad y el conflicto de competencias en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. En definitiva cuando alguien quiere introducirse en la legislación que existe se encuentra con una maraña, con una legislación diversa y dispersa. Por ello, ahora se propone unificarla, agruparla y contar con una legislación uniforme sobre la materia. De otro lado, se propone una precisión conceptual: el hábeas corpus, el amparo, el hábeas data, la acción de inconstitucionalidad son procesos constitucionales. A veces, se les llama garantías o acciones de amparo, pero en realidad son procesos constitucionales. Así como hay procesos civiles, penales, laborales, hay procesos constitucionales y cuando se habla de procesos constitucionales, por qué no hablar de un Derecho Procesal Constitucional y cuando se reconoce que dicha disciplina existe, por qué no

1 Esta Mesa Redonda se llevó a cabo el día jueves 29 de abril en el Auditorio Juan Pablo II de la PUCP, y fue organizada por el asociado Andrés Calderón López y contó con la distinguida participación de los juristas Samuel Abad, Francisco Eguiguren y Juan Monroy Gálvez, a quienes estamos muy agradecidos. Asimismo, destacaron las importantes colaboraciones en la organización y transcripción de las Srtas. asociadas Liliana Calderón, Pia Iparraguirre y Gyndy Menchola, y el Sr. César Vargas, director de la Comisión de Eventos de la Asociación Civil Derecho y Sociedad.

2 Al momento de llevarse a cabo la Mesa Redonda, el Anteproyecto presentado por la referida Comisión se encontraba en discusión en el Pleno del Congreso, luego del dictamen en Comisión. A la fecha se encuentra ya promulgada la Ley 28237 del Código Procesal Constitucional, que entrará en vigencia 6 meses después de su publicación, el 31 de mayo de 2004.

hablar de un Código Procesal Constitucional. Y es que así como hay un Código Procesal Civil, un Código Procesal Penal, también debe haber un Código Procesal Constitucional. Existen algunos antecedentes al respecto. Por ejemplo, Costa Rica cuenta con la Ley de la Jurisdicción Constitucional que data del año 1989; hay un Código Procesal Constitucional en la provincia de Tucumán, Argentina, de octubre del año 1995; en Venezuela hubo un anteproyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional del año 1989; y hoy en el Perú se plantea un proyecto de Código Procesal Constitucional, que pretende modernizar la legislación vigente y garantizar una tutela jurisdiccional efectiva de los derechos fundamentales y el respeto del principio de supremacía de la Constitución.

En segundo lugar, ¿cuáles son los límites de este proyecto?. El techo que tiene es la Constitución de 1993. Y es que como todos sabemos perfectamente una ley no puede modificar la Constitución. Sin duda nos hubiera gustado modificar la Constitución para regular de mejor manera los procesos que se encuentran en ella, pero no podemos hacerlo por una ley. Por ejemplo, si quisiéramos modificarla introduciríamos el "certiorari" como vía de acceso discrecional al Tribunal Constitucional para que conozca no sólo las resoluciones denegatorias sino incluso las estimatorias, recaídas en los procesos de tutela de derechos fundamentales, como existe en los Estados Unidos a nivel de la Corte Suprema y en Colombia ante la Corte Constitucional. También plantearíamos el conocimiento del amparo en instancia única ante el Tribunal Constitucional en ciertos casos excepcionales, el llamado amparo electoral, por ejemplo, o el cuestionamiento de resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura o de la Corte Suprema. Pero ése es el techo, no podemos reformar la Constitución, por eso el Código se somete a ella.

En tercer lugar, el Código introduce algunas novedades. Así su Título Preliminar establece los principios, el techo ideológico que guía estos procesos. Este título tiene nueve artículos y plantea temas importantes que resumo brevemente. En primer lugar, establece los principios procesales que orientan estos procesos, estos principios van a marcar la pauta y su distinción con otros procesos. En segundo lugar, establece cómo deben interpretarse los procesos constitucionales recogiendo lo que ya existe en la doctrina y en la jurisprudencia, es decir, que los derechos fundamentales deben interpretarse a la luz de los tratados pero también a la luz de lo que dice la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hoy en día, el sistema se está judicializando porque la

jurisprudencia de los tribunales va a permitir que los órganos que resuelven estos procesos lo hagan de conformidad con ella. Además, el Código introduce un principio según el cual, es el propio Tribunal Constitucional el que debe fijar cuál es su precedente. Vale decir, si reconocemos que en materia constitucional la jurisprudencia genera precedentes –lo es en el Perú–, es importante que el propio Tribunal fije que parte de su decisión lo constituye para no estar discutiendo sobre qué o cuál fundamento jurídico es el precedente. Se pretende con dicha norma que el propio Tribunal señale "Ésta es la doctrina jurisprudencial del Tribunal".

Finalmente, comparto con ustedes una preocupación. Y es que al revisar la versión que se ha aprobado en la Comisión de Constitución, así como las propuestas formuladas en la Comisión de Justicia, advierto que hay algunos cambios nada agradables. Se está planteando, por ejemplo, que el amparo no sea residual. Es decir, se elimina el artículo 5 inciso 2 del anteproyecto, con la finalidad de que el amparo siga siendo alternativo y no residual o excepcional tal como se planteó en el Anteproyecto elaborado por la Comisión que integramos. Además, se introduce un trámite especial para la medida cautelar contra actos administrativos municipales y regionales. En tales casos, se señala que la medida cautelar se solicitará ante la Corte Superior y la apelación ante la Corte Suprema. Solamente para que se den cuenta de la incoherencia, nosotros planteamos que el amparo se presente en primera instancia ante el juez civil o especializado y en segunda instancia ante la Corte Superior. La propuesta de la Comisión de Justicia no modifica esa regla que rige para la demanda de amparo pero sí modifica competencia en la medida cautelar. De aprobarse ello, la demanda de amparo se presentaría en primer grado ante el juez, la resolvería en segunda instancia la Corte, pero si se trata de una medida cautelar contra un acto municipal o regional, el pedido cautelar debería ir a la Corte Superior y terminar en la Corte Suprema. Este trámite distinto es realmente absurdo e incoherente. A nuestro juicio, podría ser calificado de inconstitucional pues resulta discriminatorio y no garantiza una tutela judicial efectiva. Por eso preocupa que este proyecto pueda tener algunos cambios que al final desvirtúen su esencia, que es en definitiva, garantizar la defensa de los derechos fundamentales y la supremacía Constitucional.

F. EGUIGUREN: Yo quisiera en estos breves minutos iniciales complementar algunas de las cosas que dijo Samuel y luego, centrarme en la novedades principales que se tienen en los procesos de hábeas corpus y algo en acción popular y en acción de inconstitucionalidad.



Solamente deseo precisar que porque no todos tienen cómo ni por qué conocerlo –efectivamente, ésta fue una comisión voluntaria y espontáneamente constituida por seis profesores de nuestra universidad, los tres que estamos aquí, el doctor Domingo García - Belaúnde, el doctor Arsenio Oré Guardia y el doctor Jorge Danós. El doctor Monroy y el doctor García - Belaúnde tuvieron la iniciativa de este esfuerzo, nos pasaron la voz, nos juntamos, empezamos a trabajar en el ánimo desde una esfera académica y también una reflexión profesional del funcionamiento. Y claro nos hemos tardado casi 10 años no porque seamos unos lentitos, pero era un trabajo espontáneo, voluntario, de buena voluntad que se avanzaba cuando se podía, pero, sobre todo, por la realidad política del país. El autoritarismo fujimorista hacía realmente inútil cualquier esfuerzo de alcanzar a ese Congreso manipulado, una propuesta destinada a regular los procesos constitucionales con un ánimo protector de los derechos y constructivo también, cuando las normas que se dictaban en el Congreso eran todo lo contrario. Entonces, carecía para nosotros de sentido alcanzar ninguna propuesta mientras ese régimen político estuviera instalado fuerte y vigente y, en determinado momento, al final de ese régimen, más de una vez se nos pidió alcanzar la propuesta pero nos negamos porque no confiamos en el producto político final. Ahora, las condiciones son diferentes.

En cuanto a aspectos específicos del proyecto, solamente menciono lo que pueda parecer novedoso. En materia de hábeas corpus, dice la Constitución que protege la libertad individual y los derechos conexos con ésta, nosotros asumimos que era efectivamente la libertad individual la protegida aunque con un mayor énfasis en la libertad y seguridades personales y con los derechos conexos, no sólo la libertad física como a veces se cree.

Hemos procurado que en la enumeración de los derechos protegidos por el hábeas corpus se mantenga el criterio de la actual ley que dice que la enumeración es enunciativa pero hemos incluido algunos derechos que nos parecían importantes que emanan de pactos internacionales y que no estaban presentes en la enumeración. Por ejemplo, se explicita dentro de la protección a la integridad personal, el derecho a no ser sometido a torturas o maltratos, el derecho de una persona a no autoincriminarse o autoinculparse que está previsto en la Convención Americana y no está en la Constitución. Si bien la Constitución habla también de que todos tienen derecho a obtener y renovar pasaporte, norma muy sui generis que seguramente sólo existe en el Perú a nivel constitucional, pero que fue puesta como reacción a experiencias de tiempos pasados donde, precisamente, era una forma de vulnerar el derecho a la libertad o el derecho de

libre tránsito de una persona, que se daba por un orden político o burocrático que le impedía la expedición o renovación del pasaporte, peor aún si estaba en el extranjero, con lo cual quedaba eventualmente indocumentado. Hemos mantenido eso y hemos agregado que tampoco se pueda privar a una persona de su documento nacional de identidad, porque en la vida cotidiana es más útil el DNI que el pasaporte y ésa pueda ser otra forma indirecta de afectar a una persona. También hemos agregado algunas otras modalidades de hábeas corpus, que no estaban en la ley, por ejemplo el llamado hábeas corpus traslativo que permite que el juez ordene la excarcelación efectiva de alguien que está procesado o condenado y cuya libertad ha sido dispuesta a nivel judicial y, sin embargo, no se procede a realizar la misma; también se ha contemplado un hábeas corpus frente a los casos de detención – desaparición donde se establece que el juez tendrá que realizar las investigaciones e indagaciones del caso y no se restrinja a decir: “bueno, no lo encuentro, no sé dónde está y se declara improcedente al acción”; se señala ahí que podrá involucrar a otros jueces, que podrá notificar al Ministerio Público, que podrá dirigirse a autoridades militares superiores para pedir información sobre el caso de la detención - desaparición. También se contempla un hábeas corpus destinado a evaluar que las personas sometidas a detención, los procesados o condenados, tengan condiciones penitenciarias razonables y proporcionadas.

Se explicita que, si bien la demanda de hábeas corpus puede ser interpuesta por cualquiera como dice en la Constitución; se agrega explícitamente también a la Defensoría del Pueblo como entidad autorizada para interponer un hábeas corpus, se señala que la demanda puede interponerse por cualquier medio escrito, verbal, de manera directa, por medios electrónicos, por correo.

Haciendo un cambio con la ley donde se indica que el juez de paz puede intervenir en un hábeas corpus por encargo del juez penal solamente como un comisionado o encargado para hacer un trámite, se plantea en nuestra propuesta que, el juez de paz requerido para actuar en un hábeas corpus por el juez penal tiene que constituirse al lugar, evaluar el asunto y resolver, tomar las medidas del caso por lo menos, es decir, no es simplemente un tramitador. Se señala explícitamente que – cosa que no hay en la ley – cuando el hábeas corpus se dirige a la protección de una detención arbitraria o afectación de la integridad personal, el juez tiene que constituirse al lugar, constatar y en el acto resolver, mientras que cuando se trata de violación a un derecho que no sea detención arbitraria o atentado contra la integridad el juez decidirá si se constituye al lugar o si cita a los involucrados. Por último, en

cuanto al hábeas corpus se indica que pueden haber distintos tipos de sentencia, las que ordenan la libertad, las que ordenan que el detenido indebidamente mantenido en condición de detención, donde no se discute la causa pero sí la prolongación de la detención, el plazo excesivo de la misma, pueda el juez disponer el paso del detenido al juez o el cambio de las condiciones de detención.

Sobre el hábeas data y sobre la acción de cumplimiento, como dijo Samuel, nosotros hemos tenido que actuar preparando un proyecto de ley que tiene como techo a la Constitución. La comisión era y es de la idea que el hábeas data en estricto no es indispensable, es una suerte de amparo especializado protectorio de derechos vinculados a la información; si por nosotros fuera, no lo consignaríamos, pero como está en la Constitución se establece alguna regulación básica del hábeas data; efectivamente, no vemos que tenga una peculiaridad de tramitación sustantiva que justifique su existencia pero está porque está prevista en la Constitución. Y con respecto a la acción de cumplimiento, en estricto, no es un proceso constitucional porque ni protege derechos constitucionales, ni protege la supremacía Constitucional ni la jerarquía del ordenamiento normativo; es un mecanismo previsto para proteger a las personas frente a incumplimientos de una ley o de una sentencia por las autoridades. No obstante como está en la Constitución como garantía constitucional también contemplamos algo.

Y por último hay una novedad trascendente respecto a la acción popular porque en acción de inconstitucionalidad es muy poco lo que podemos innovar porque lo central está planteado en la Constitución y no podemos tocarlo tampoco. Pero sí hay un tema medular que suscita una propuesta algo osada. La Constitución dice que la sentencia que declara fundada una acción de inconstitucionalidad no tiene efectos retroactivos salvo en materia penal, es decir, la Constitución le cierra al Tribunal la posibilidad de pronunciarse sobre los efectos de sus sentencia en el tiempo y, por tanto, una sentencia que declare fundada una acción de inconstitucionalidad y mande que se derogue la norma, regirá por el futuro; lo hecho y sucedido mientras la ley estuvo vigente es inamovible, eso no se puede cambiar porque está en la Constitución. Nosotros creemos que el Tribunal debería tener mayor flexibilidad pero como no podemos, sí hemos aprovechado esto para que la acción popular que se promueve contra normas de rango infralegal, que violen la Constitución o la ley – al no haber ninguna restricción en la Constitución – en caso de ser declarada fundada y que, por tanto, tiene efectos generales y derogatorios, el Tribunal pueda pronunciarse sobre

los efectos de su sentencia en el tiempo y pueda evaluar la aplicación de sus sentencias respecto de situaciones generadas con anterioridad. Y en materia tributaria, que sí prevé la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional alguna posibilidad similar, dejamos abierta la posibilidad para que el Tribunal se pronuncie sobre los efectos de su sentencia en el tiempo. Ésas son las novedades más importantes en este caso.

J. MONROY: Vivimos en un país en donde se desarrollan muchas guerras silenciosas. Hay una, por ejemplo, en torno a la píldora del día siguiente. A pesar de que casi todos los científicos dicen que no son abortivas, la Iglesia, que siempre fustigó a la ciencia, ahora se le arrima para decir que es abortiva. En fin, lo que importa es que cuando conoces una guerra silenciosa, sea que tomes partido por uno u otro bando, ya nunca serás el mismo. El derecho es un producto cultural y en nuestro país deben haber unos 300 ó 400 grupos o comunidades con productos culturales propios, dentro de las cuales el derecho nuestro de cada día no funciona, porque sus categorías, que algún día fueron útiles para un sistema social lejano, dejaron de serlo. Cuando las rondas campesinas producen justicia al caso concreto y de pronto sus miembros son detenidos porque el sistema estatal informa que el Derecho es como nosotros decimos que es, entonces allí ha empezado allí una guerra silenciosa que atraparé la conciencia de unos cuantos y los transformará para siempre. Hay demasiadas guerras silenciosas actualmente, y si bien el sistema recomienda no meterse porque es más cómodo y asegura el éxito no estar con los ‘perdedores’, yo les digo que no, porque eso es cobardía y en la juventud comprometida con el cambio ésta no existe.

Otra guerra silenciosa es la forma sistemática como se imparte justicia en el Perú. Sin duda, el día en que sabes, por ejemplo, que hasta 1990 en este país un proceso ordinario duraba en promedio catorce años y tres meses entonces quieres el cambio, pero cuando ingresas a la mejor facultad de derecho del país y encuentras que a tus profesores no les interesa la realidad sino la transmisión dogmática y memorística de conceptos y enunciados normativos, sin que aparezca el qué puedo hacer por mi país desde la perspectiva de la ciencia del proceso, entonces descubres que tiene que haber en ti un raptó de responsabilidad suprema y de entrega, que te hace decir: “aquí hay otras cosas por hacer y quiero empezar a hacerla y quiero unirme para hacerla”. A una edad mayor un grupo de amigos vivimos esa sensación de la ‘guerra silenciosa’ para ponerle un nombre. Sentíamos que el sistema no había absorbido correctamente el tema de la tutela de los derechos en materia constitucional, en donde es singularmente trascendente. Así que decidimos que había que hacer algo allí, éste es el punto de



partida de este documento, de este trabajo incompleto, irresponsable, inmaduro, pero entusiasta, positivo, con ganas de que las cosas cambien en ese ámbito.

Voy a hablar del Código Procesal Constitucional en lo poco que me corresponde, esto es, sus fundamentos procesales. Si un sistema jurídico es un cuerpo humano, un subsistema de derechos de ese sistema sería su cuerpo y el otro subsistema, imprescindible para que el sistema jurídico exista, es la tutela de esos derechos, que sería su alma. Aunque parezca mentira, el Perú ha tenido un sistema jurídico desalmado desde que se hizo República hasta hace 10 ó 15 años; es decir, se estudiaba, se estudia y probablemente se seguirá estudiando una cantidad impresionante de asignaturas sobre derecho privado, sobre derecho empresarial, sobre derecho comercial, sobre derecho tributario, todas las cuales permiten y coadyuvan al perfeccionamiento del sistema social que tenemos, pero nunca alterarlo porque eso es subversivo. En ese contexto el tema de la tutela de los derechos, básicamente, el de la tutela procesal de los derechos, no aparece. Empiezan más bien los comportamientos hipócritas, así, nadie discute que el conocimiento de la Constitución -la norma más trascendente es esencial. Sin embargo, en la currícula de cualquier facultad de derecho nacional (pública o privada) se va a advertir que la proporción del número de asignaturas de derecho privado y derecho constitucional es de 10 a 1. Lo trascendente es que en materia de tutela procesal de los derechos prácticamente pasa lo mismo. Entonces es cuando aparecen concepciones muy particulares del Derecho que hacen que en el país se haya producido un desequilibrio feroz: los derechos están ahí y se conocen, pero su tutela está absolutamente desfasada, y lo que ya es criminal es que esa tutela mediocre lo sea también en materia constitucional. Si hay un reconocimiento de la trascendencia social que tienen los derechos constitucionales, sobre todo, de los derechos fundamentales de primera, segunda e inclusive de tercera generación, ¿cómo es posible que esos derechos fundamentales se tutelén a partir de formas procesales arcaicas y tradicionales?

Entonces lo que este proyecto ha pretendido es irrumpir, como un día ocurrió con el Código Procesal Civil, tal vez con limitaciones, con locura, con un poco de irresponsabilidad pero con muchas ganas de hacer las cosas. En sede constitucional, entonces no solamente es posible sino imprescindible hacer proceso de manera distinta.

En materia de los efectos que producen las sentencias, hay una clasificación que es tradicional, una sentencia puede producir efectos declarativos,

constitutivos y de condena. Los procesos constitucionales para la protección de los derechos fundamentales son, por esencia, de condena. El amparo sustancialmente es de condena; es decir, lo que el amparo contiene es una orden de dar, hacer o no hacer. Por lo tanto, si estamos concibiendo la tutela procesal de los derechos fundamentales como una tutela de condena, hemos identificado un atributo particular con el que tiene que contar un instrumento procesal constitucional.

Dentro de la tutela procesal de los derechos hay una clasificación pero que es importante difundir la tutela ordinaria y la tutela de urgencia. La tutela ordinaria es aquella con la que contamos en el Código Procesal Civil, bajo el formato del procedimiento de conocimiento (pleno, abreviado y sumarísimo). Esta tutela se caracteriza por un tránsito temporal de plazos, preclusiones, etapas. Es la llamada tutela ordinaria, clásica pero morosa. Contra ella se alza una tutela de urgencia con la cual se trata de concebir que hay derechos cuya duración y necesidad de protección no soportan a la tutela ordinaria. Así, tenemos que encontrar formas de tutela que estén a la altura de los derechos aparecidos en el siglo XX, los que se caracterizan en primer lugar, por ser infungibles (irreemplazables) y en segundo lugar por ser fugaces, sin embargo son también trascendentes. En materia de tutela de intereses difusos, por ejemplo, la afectación a la Reserva de Paracas que pudiera estar produciendo lo de Camisea sería irreparable, por lo que la atención tiene que ser inmediata sino no tiene ningún sentido. La lógica de cómo empezar a instrumentar la tutela procesal constitucional pasa por entender que la tutela de urgencia tiene dos formas una clásica y tradicional, que es la tutela sumaria procedimental. Esta consiste simplemente en que, por ejemplo, en donde existe un plazo de 10 días se reduce a 5, como se advierte es artesanal. Pero hay otra tutela de urgencia, la cognitiva, que pasa por emplear instrumentos, técnicas de aceleración u otros instrumentos que permitan que la discusión sobre la materia sea breve. En esa lógica es que se puede encontrar al Juzgamiento anticipado que está en el código procesal patrio; otra sería la medida autosatisfactiva o proceso de urgencia.

Dentro de la tutela de urgencia hay formas como la tutela de urgencia no satisfactiva, que es provisional como el caso de la cautelar, está para apoyar un proceso principal asegurando la eficacia de su resultado, ésa es sumarización provisional. Y hay sumarización satisfactiva cuando el proceso es casi inmediato, se hace con condición sumaria y además el resultado produce efectos inmediatos como, por ejemplo, que la sentencia de primer grado se vaya ejecutando sin perjuicio de la apelación.

Son técnicas de aceleración absolutamente útiles en la lógica de procesos que tienen en su petitorio la tutela de derechos fundamentales, infungibles y fugaces que no soportan la duración de las técnicas tradicionales.

Entonces, ¿cómo se ha regulado el proceso de amparo en el Código Procesal Constitucional de este proyecto? Se ha regulado como un proceso de condena, con formato de tutela de urgencia y además satisfactiva.

1. El artículo 200° inciso 6 de la Constitución indica que el ejercicio de las garantías o procesos constitucionales no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción. La realidad nos muestra un abuso de estos regímenes excepcionales y un no-respeto de estas garantías. Frente a esto, ¿es mejor tener al juez como un contralor parcial o uno total ante los actos restrictivos de derechos fundamentales?

S. ABAD: En primer lugar hay que tomar en cuenta que nos hemos basado en la Constitución, que la tenemos como techo. Precisamente, una de sus disposiciones impide el control total de la declaratoria de un estado de emergencia o de un estado de sitio. En efecto, señala el artículo 200 que no corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio; es decir, la Constitución opta por un sistema en el cual no puedo criticar el decreto aun siendo juez. Esta es una opción de la Constitución que no existe en otros países, en Colombia, por ejemplo, la Corte Constitucional ha cuestionado la declaración misma del estado de emergencia. Por eso el proyecto de Código Procesal Constitucional se somete a lo que dice la Constitución y más bien lo que trata de hacer es desarrollar los criterios de razonabilidad y proporcionalidad en la aplicación del estado de emergencia.

En el Perú aún se aprecia un desconocimiento de los alcances de los estados de emergencia y, en consecuencia, cuando puede restringirse válidamente un derecho fundamental. En algunas zonas del país, todavía está en vigencia el estado de emergencia que se inició el año pasado con motivo de la toma de carreteras y otros actos de violencia. Sin embargo, hemos visto casos en los cuales se notaba cómo la autoridad no tenía idea de lo que era un estado de emergencia. Suelo comentar en clase algunos ejemplos que hemos visto en la Defensoría del Pueblo. Así, les recuerdo el comunicado que emitió un prefecto de Loreto el año pasado, donde decía: “a partir de ahora como el gobierno ha decretado el estado de emergencia, todos los night clubs y discotecas tienen que tener autorización del prefecto para funcionar y abrir sus

puertas al público”. Eso es un absurdo, eso es pensar que durante el estado de emergencia los derechos salen de vacaciones, se suspenden totalmente, no existen durante los 30 o 60 días. Eso no es cierto, los derechos existen, sólo que pueden ser restringidos de manera razonable y proporcional, pero, lamentablemente, esto no ocurre. Esta situación se torna peor cuando se dispone que las Fuerzas Armadas asuman el control del orden interno pues ocurren excesos, como los que se suscitaron en Puno donde se entregó el control del orden interno a las Fuerzas Armadas, pero no se designó un Comando Político Militar y, el General EP Oscar de la Melena se autodenominó Jefe del Comando Político Militar en una entrevista en un medio de comunicación y en un comunicado sin contar con ninguna resolución que así lo designara. Los periodistas lo entrevistaron como Jefe del Comando Político Militar, envió además un comunicado como Jefe del Comando Político Militar y nadie lo había designado. Seguramente, pensaba que bastaba que se declare un estado de emergencia y se entregue el control del orden interno a las Fuerzas Armadas para que automáticamente haya un comando político-militar. Eso no es cierto. Por esa razón es indispensable el control durante los estados de emergencia y lo que trata de hacer este proyecto es precisar en qué casos cabe dicho control. En este sentido, el artículo 23° del proyecto establece que durante el estado de emergencia se examina la razonabilidad y la proporcionalidad, eso ya lo dice la Constitución, y por ello el Código precisa qué cosa es razonabilidad y proporcionalidad. “Si tratándose de derechos suspendidos, las razones que sustentan el acto restrictivo de derechos no tienen relación directa con las causas o motivos que justificaron la declaración del régimen de excepción”. Se indica también lo que es proporcionalidad: “si tratándose de derechos suspendidos el acto restrictivo del derecho resultara manifiestamente innecesario o injustificado atendiendo la conducta del agraviado a la situación de hecho evaluada sumariamente por el juez”. Ello permite al juez tener una orientación para decir a la autoridad política, por ejemplo: “no puedes prohibir la reunión por el estado de emergencia porque, en este caso, la reunión es una reunión para discutir el Código Procesal Constitucional, y el estado de emergencia no se ha decretado para prohibir foros académicos, no tienes esa capacidad y si lo haces, procede el amparo”. Así, no se puede prohibir a una cantante que venga y cante en un evento abierto al público – ya que ha habido discusiones sobre eso – o no pueden prohibir que haya una marcha que no tenga ninguna influencia en el estado de emergencia, como a veces se ha pensado que se podía prohibir. En definitiva, hay que precisar los alcances del estado de emergencia en el Perú, que las autoridades sepan en qué consiste



y que si se exceden hayan controles efectivos. Una Constitución sin control no es Constitución, es cualquier cosa, y lo que trata de hacer este proyecto es precisamente controlar estos excesos.

Hubiera sido interesante permitir que el control sea más amplio, a mí me gustaría, por ejemplo, ver si efectivamente se justifica o no que el Tribunal Constitucional evalúe si se ajusta o no a la Constitución la declaración de un estado de emergencia porque dada la situación de hecho, tal vez, no se justifique. Por ejemplo, imagínense que como consecuencia de los hechos ocurrido en Ilave, Puno, se decreta el estado de emergencia en todo el país y no sólo en dicha zona, o se decreta el estado de sitio y se entregue el control interno a las Fuerzas Armadas y se creen comandos políticos militares en todo el país. Alguien podría decir “eso ocurrió en Ilave”, ¿se justifica el estado de emergencia en Lima?, ¿se justifica en Arequipa?, sino se justifica, ¿quién es el responsable?, es el Gobierno, ¿quién lo controla?, acá nadie, el control político y nada más y creemos que el control político no es suficiente.

2. El artículo 5 inciso 2 del Anteproyecto establece como causal de improcedencia de los procesos constitucionales –salvo el Hábeas Corpus – cuando existen otras vías procedimentales específicas para la protección del derecho constitucional vulnerado o amenazado. Sin embargo, el artículo 6 inciso 3 de la Ley 23506 (Ley de Hábeas Corpus y Amparo) prevé que el agraviado puede optar alternativamente por la vía judicial ordinaria. ¿Se plantea con esto una variación del carácter alternativo al residual de los procesos constitucionales del Perú? ¿Es el carácter residual una garantía de no – desnaturalización de los procesos, en particular, del proceso de amparo usado en forma desmedida en la actualidad?

F. EGUIGUREN: Cuando se elaboró la ley 23506, aquella que es la norma básica junto a la 23598 del hábeas corpus y el amparo, la norma establece en el artículo 6° inciso 3 que no procede el hábeas corpus y el amparo cuando el agraviado opta por la vía judicial ordinaria, claro, debemos entender que quiso decir o quiere decir un proceso judicial distinto al amparo igualmente protectorio de derechos. Cuando nosotros en el grupo de trabajo nos reunimos, dado que Domingo García-Belaúnde había sido presidente de un grupo que había bosquejado aquel anteproyecto que terminó en la ley 23506, le preguntamos por qué, porque desde el punto de vista procesal técnico no es tan correcto dejar a decisión del afectado qué camino escoger, como que a veces los caminos no son iguales o no son igualmente idóneos; la razón que nos dio

Domingo era totalmente atendible, sobre todo en aquel tiempo. Cuando se aprueba esa norma, esto es el año 82', no había amparo sino hábeas corpus, y cuando le había tocado un hábeas corpus caliente que complicara la situación de alguna autoridad de algún gobernante, del ministro del interior, el Poder Judicial buscaba lavarse las manos y salirse del apuro por cualquier triquiñuela procesal, para decir que la acción no estaba expedita, que no era idónea, es decir, razones formales permitían rechazar el hábeas corpus. Entonces, la comisión de aquel momento decidió plantear que en el fondo fuera una opción del interesado escoger el camino procesal y que, escogiendo el hábeas corpus o el amparo, no se le puede rechazar salvo que previamente ya haya interpuesto una acción judicial por la vía ordinaria o especial. En este caso concreto, el proyecto incide sobre la realidad actual, y el grupo no tiene esa idea; la idea es que para nosotros el amparo sí tiene que tener un carácter residual pero no porque sea antojo de nadie sino por la propia naturaleza del proceso. Por ejemplo, ha ocurrido ya en varios amparos y debe ocurrir, si el demandante pretende discutir en amparo algo que para dilucidarse es imposible que se haga sin una etapa de actuación de pruebas, de contrapunto, de opiniones periciales, eso no se puede hacer en amparo porque, en principio, el amparo no tiene una etapa de actuación de pruebas sino de análisis de pruebas que ya están, salvo casos excepcionales, y queda, en todo caso, a criterio del juez si manda actuar algún tipo de pruebas o no porque él lo necesite para resolver. Pero lo que no puede llegar a un amparo es un asunto que para acreditar que mi derecho existe o que mi derecho está vulnerado tenga que actuar pruebas, o cuando se considera que es un tema sujeto a un engorroso y mayor debate porque en un amparo, más aún en un hábeas corpus, lo que debe aparecer con nitidez es que el accionante es titular de un derecho constitucional. El amparo no es para declarar que yo tengo un derecho ni tampoco para discutir aspectos complicados y engorrosos, sino para discutir una violación nítida y manifiesta de mi derecho. Así, pudiendo poner algún ejemplo típico laboral, más de una vez se ha planteado que cuando un trabajador sobre todo con la carta del 79' si quería defender su derecho a la estabilidad del empleo ¿de qué dependía de que lo pudiera hacer con un amparo si se consideraba un trabajador arbitrariamente despedido y no tenía estabilidad o si podía usar en cualquier momento el foro privativo laboral? La respuesta es muy clara, si el trabajador tenía una relación laboral clara e inobjetable, es decir, ni el trabajador afectado ni su empleador despedidor discutían que ese señor era trabajador, es decir, la relación laboral estaba fuera de discusión, lo que se discutía era si el despido era justificado o no, pero eso se podía discutir en un

amparo, pero si el trabajador tenía que acreditar que tenía una relación laboral porque ésta no estaba claramente documentada o el empleador la cuestionaba o tenía que acreditar que él había venido trabajando, eso no se podía tratar en un amparo, tenía que ir al proceso laboral habitual, porque tenían que realizarse diligencias. Ese criterio tiene que primar, no se puede discutir en un amparo temas controvertidos que requiera probanzas, pericias, controversias, para eso no es el amparo. Nosotros apoyamos por eso la idea del carácter residual, del carácter excepcional del amparo, a falta de otro medio procesal igualmente protectivo, satisfactivo, y no a voluntad del interesado. Samuel acaba de comentar que esto se está intentando cambiar en el Congreso, para nosotros eso es muy delicado. Alguien podría decir que lo están haciendo más protectivo para el propio interesado, no, lo que se está haciendo es desnaturalizar lo razonable, es generar caos, es amparar procesos que no tienen que ser llevados al amparo, porque para eso existe un abanico de procesos judiciales diferentes y, por último, porque esos procesos también tienen medidas cautelares, entonces, lo que alguna vez hizo atractivo al amparo era la medida cautelar, hoy es la menos atractiva de las medidas cautelares porque la del amparo sigue siendo la más engorrosa, lo cual es paradójico. Han pasado seguramente más de quince años desde la época del gobierno del Presidente García cuando se dio la ley en el Parlamento que desnaturalizaba la medida cautelar en el amparo, la mediatiza eso sigue vigente, es gravísimo, nadie se ha preocupado en cambiarla. El amparo no tiene que ser el lugar donde llega todo lo que se quiere reclamar, menos cuando lo que se quiere discutir, por ejemplo, tampoco tiene un contenido constitucional. Los abogados – y esto vale la pena tenerlo presente porque mucho depende de nosotros – porque el cliente a veces pide todo lo que pueda, incluso ya a veces lo que no debe, y a veces el abogado es un sirviente del cliente y hace todo lo que el cliente le pide porque le paga. Por el contrario, debería tener la entereza de decirle: “No señor, lo que usted me dice no se puede, no es correcto”, si tiene un mínimo de dignidad profesional debería negarse a plantear un amparo para esto, lamentablemente en la mayoría de casos eso no ocurre. Entonces, la gente y algunos abogados manejan la Constitución como un catalogo para ingenieros o para militares y tienen una lectura diferente de la Constitución; cualquier cosa la convierten en un problema constitucional, así, por ejemplo, la libertad contractual la asumen como un derecho genérico, todo lo que le fastidie viola la Constitución, se puede plantear como una violación a libertad contractual, o una violación a la libertad de asociación, o a la libertad de trabajo, es decir, no hay un análisis fino de cuál es el contenido del derecho vulnerado, eso es muy

importante. El contenido del derecho vulnerado tiene que ser también un contenido constitucionalmente protegido, sino está protegido en la Constitución de manera explícita o de manera implícita, se debe buscar otro proceso cualquiera, pero gran parte de la inflación de amparos viene cuando todo o casi todo se puede cargar al derecho constitucional y, de esta forma, se quiere llevar al amparo asuntos que no son constitucionales o contenidos no constitucionales. Nosotros queríamos evitar eso, si el Congreso hace otra cosa, seguiremos en las mismas, amparos innecesarios que recargan al Poder Judicial y que desnaturalizan lo que es propio del amparo.

3. Cuando nos referimos a los derechos que protege el Proceso de Amparo, éstos son los previstos en el texto constitucional (como lo prevé el artículo 37 inciso 25 del Anteproyecto), o debemos entender que abarca todos los derechos fundamentales, incluso los no previstos literalmente (cláusula abierta del artículo 3 de la Constitución). ¿Es efectivo el Proceso de Amparo cuando se trata de proteger derechos sociales en un Estado que no tiene recursos para darle respuesta efectiva a este tipo de reclamos?

J. MONROY: La respuesta a esa pregunta es de considerable importancia. El primer tema está referido a si el Amparo sólo tutela los derechos previstos literalmente en el texto constitucional o abarca a otros derechos que no lo están, y el segundo tema, es si es eficaz el proceso de amparo cuando se trata de proteger derechos sociales en un Estado que no tiene recursos para dar respuestas efectivas a estos reclamos. Son dos preguntas que exigen hacer visible el contenido ideológico y político que el Derecho normalmente tiene.

El primer tema, los derechos fundamentales pueden ser típicos y atípicos, según estén expresamente regulados o no en el texto constitucional. Sin embargo, tal circunstancia no califica valorativamente mejor a uno que a otro, de tal suerte que esa sola circunstancia no plantea ningún descarte ni prelación, de tal suerte que entendería que la tutela del amparo les alcanza de manera idéntica. Lo mismo sería para la calificación de nominados o innominados. Pueden haber derechos fundamentales que hoy día existan a partir de desarrollos doctrinales realizados por la doctrina constitucional, aunque carecen de denominación a pesar de la uniformidad de su reconocimiento, éstos serían los derechos fundamentales innominados. Lo importante no es, en consecuencia, que estén tipificados o que tengan un nombre, sino que tengan la calidad de derechos constitucionales, sean de primera generación, llamados también negativos por el deber del estado de no afectarlos (a la libertad o a



la igualdad), los de segunda generación tienen que ver con el Estado de bienestar, y se denominan también positivos, porque implican una actuación del Estado (los derechos pensionarios, de seguridad social, de la salud pública, etc.), y los de tercera generación como los derechos colectivos y difusos, que rompen con la concepción individualista de los anteriores y se caracterizan porque engloban a grupos, clases o sectores, determinados o no.

En proceso civil suele decirse que el proceso sirve para resolver conflictos de intereses y eliminar incertidumbres jurídicas. Estas, contemporáneamente, son funciones secundarias en tanto hay otras más importantes como la tutela de los derechos constitucionales, la defensa del ciudadano frente al ejercicio abusivo del poder. Inclusive, desde una perspectiva contemporánea el proceso puede servir para reconocer la existencia de derechos e, inclusive, postular fórmulas procedimentales que les concedan tutela a derechos que carecen de ésta. Sólo a manera de ejemplo, el artículo 178° del Código Procesal Civil, llamado erróneamente 'Nulidad de cosa juzgada fraudulenta' cuando en realidad es Revisión civil por fraude del procesal, se incorporó en Argentina por una sentencia, es decir, la sentencia creó un procedimiento. Nótese cómo la jurisdicción invade otros ámbitos: si hay necesidad de la presencia de un derecho pero no está en el sistema, entonces, que sea a través de un proceso que se reivindique ese derecho, del cual se siente su necesidad y ya no se soporta su ausencia. Creo que la tendencia debe ser a no delimitar la creación del derecho al pobrísimo (en términos de calidad) ámbito de la legislación sino más bien a una concepción universal doctrinaria o consuetudinaria – qué duda cabe – del derecho.

Respecto al segundo tema, en principio, afirmamos que la tesis de que la Constitución guarda 'derechos programáticos', es decir, carentes de vinculación parece estar en retroceso. En todo caso, el concepto 'derecho programático' o 'norma programática' es una grave contradicción, si es norma jurídica vincula sin remedio. Por tanto, se trata de normas cuyo incumplimiento puede ser exigido mediante los procesos constitucionales. La situación económica del país enmarca un tipo de problema distinto al plantado originalmente, sin embargo, ella no obsta para que los derechos constitucionales incumplidos puedan ser exigidos en sede judicial.

Estamos viviendo un proceso de globalización que en materia económica se expresa en la aplicación de la teoría neoliberal. En el marco de ella, ningún país del llamado Primer Mundo coloca capital productivo si no tiene la certeza del retorno inmediato, seguro y multiplicado de su inversión. Le es mucho más fácil, por estos tiempos,

enriquecerse con capital especulativo, que es aquel que no se trae y sólo se muestra para dar la impresión de solidez y garantía. ¿Y en dónde se emplea?, pues en aquellos ámbitos alguna vez exclusivos del Estado (pensiones por ejemplo) y que hoy son administrados por grandes fondos que, so pretexto de solvencia, se enriquecen con los intereses del dinero depositado por los trabajadores. Nótese que el negocio se hace con derechos fundamentales, por lo que cualquier discusión sobre ellos tendrá necesariamente un componente de urgencia y será un proceso constitucional.

Entonces, aún cuando se haya producido la renuncia del Estado a concretar el Estado de Bienestar, los derechos con los que ahora se negocia especulativamente no han dejado de ser fundamentales, por lo que afirmamos su protección en sede judicial.

F. EGUIGUREN: A mí siempre me ha preocupado en clase resaltar que si bien es cierto que por regla general en casi todas las indicaciones de derechos humanos se habla de derechos económicos y sociales que normalmente son de una aplicación progresiva, a veces en algunos casos diferida, eso que es un criterio válido en muchos casos, sería un error creer que es la única regla. Es muy distinto un derecho social que podría ser acceder a una vivienda decorosa o tener un empleo bien remunerado, a un derecho social de tipo laboral como puede ser mi derecho a sindicalizarme, mi derecho a negociar colectivamente, mi derecho a tener un descanso vacacional, mi derecho a hacer huelga. Ésos son derechos sociales, entonces, no todo derecho social es de aplicación progresiva, quizás muchos de ellos y los más costosos sin duda lo sean, porque como planteaba Juan no tenemos que compararnos con países que tienen un mayor grado de desarrollo material, donde muchas de las promesas son realidad, pero para nosotros ciertos derechos son ilusiones puestos en el papel, total no cuesta nada ponerlos. Pero no creamos que todo derecho de tipo social es de aplicación progresiva o menos diferida, muchos sí, pero hay otros que son de aplicación y exigencia inmediata, con respecto a esos derechos no cabe la menor duda, son reclamables y protegibles por el amparo. Entonces, sería un error que todo amparo sobre derechos sociales tienen una inviabilidad porque es de aplicación progresiva. El problema se presenta con aquellos derechos previstos en la Constitución cuya ejecución, cuya realización o materialización o cuya exigencia para satisfacerlos, demandan un desembolso económico al Estado. Hay países como España, en cuya Constitución, muchos de los derechos económicos y sociales que para nosotros tienen estricta protección constitucional, no son

protegibles por el amparo porque se dicen que más que derechos son principios rectores o pautas para la organización de la economía para el manejo del Estado. En fin, creo que no debemos caer en ninguno de los extremos, ni la tacañería neoliberal que desembaraza al Estado de sus obligaciones sociales en un país pobre que reclama más bien una respuesta del Estado para las necesidades más sentidas de la población, en educación, en salud, que privatizándose a veces se vuelve más eficientes pero también más caras para el pueblo, ni tampoco al extremo de ser Papá Noel y colocar todos los derechos que se imaginan, como criticaban alguna vez a la comisión del 79'. Entonces, todos tienen derecho a una vivienda digna, con todas las comodidades, a un empleo bien remunerado, a una profesión, a una mujer o un hombre simpático y bonito, a ser feliz; yo creo que el derecho no se puede divorciar del sentido común, si yo no tengo vivienda bueno pues sería absurdo que un amparo consiga esa vivienda que ando buscando por años, o sino tengo trabajo en un país donde el trabajo es escaso, que yo conmine con un amparo al Estado para que me dé un empleo. Pero hay cosas que sí puedo reclamar, por ejemplo, que no se adopten políticas que en vez de acercarme a la situación del derecho me distancien o que no se dicten normas que vulneren ese derecho, no lo tengo pero esas normas de repente, hacen más difícil que los tenga. No hay que perder de vista el realismo, por eso la actual Constitución y la ley señalan claramente que en aquellos rubros donde la satisfacción de un derecho demanda un gasto, una inversión al Estado, eso no se puede reclamar de manera inmediata por un amparo, y eso más que un problema jurídico, es un problema realista; porque, yo, en verdad, no estoy disfrutando de ese derecho hoy, tan no lo tengo, es que lo pido, es que lo quiero, pero si yo tengo el derecho a una educación gratuita lo puedo reclamar, si tengo el derecho a hacer huelga, también lo puedo reclamar. Ése es un matiz que yo quería plantear sobre el tema de derechos económicos, de derechos sociales, no todos tienen que ser colocados en el mismo fardo y decir que para esto el amparo no sirve, pero yo tengo derecho a ser atendido en materia de salud, mas ahí donde una emergencia, si una persona necesita ser atendida y no es atendida porque no tiene recursos económicos, su derecho a la salud es superior y no se le puede negar porque no tiene dinero para pagar. Por ejemplo, recuerdo que una amiga que trabaja en estos temas, me contaba que se interpusieron acciones de amparo para la atención en medicamentos de personas que padecían de SIDA y que no tienen dinero para pagarlos, eso se puede pedir, porque se está

pidiendo una atención de salud, y eso no es mucho, yo no tengo que aportarlo, lo único que estoy exigiendo es un deber del Estado.

S. ABAD: Quisiera agregar algunos temas en relación a la pregunta planteada respecto a los derechos no previstos en la Constitución, derechos que no están reconocidos de manera expresa y que surgen de una interpretación del artículo 3° de la Constitución que es una puerta abierta, una cláusula abierta y que en el texto del proyecto se reconocen. Además, quería recordar que la jurisprudencia ya ha reconocido que existen nuevos derechos así no estén previstos expresamente por la Constitución. En efecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia Genaro Villegas publicada el 29 de marzo de este año, reconoció el derecho a la verdad, que es un derecho que no lo van a encontrar en ninguna parte en la Constitución. El derecho a la verdad implica que todos tenemos derecho a conocer lo que ocurrió respecto de un familiar que fue desaparecido, y que la autoridad tiene la obligación de investigar; es un ejemplo típico de un derecho que no está en la Constitución pero fluye de una interpretación de la cláusula abierta.

De otro lado, en relación a la tutela de derechos sociales se plantean algunos temas en debate, porque como bien decía el profesor Eguiguren, la Ley 23506 cuenta con un artículo 25° que dice que no dan lugar al amparo aquellos derechos que implican un mayor o un nuevo gasto para el Estado. Esa disposición está en vigencia, y nosotros la hemos eliminado del proyecto de Código porque creemos que esa decisión no le corresponde al legislador sino al juez y en ciertos casos se concederá el amparo aunque ello implique un mayor gasto. Esto ocurrió, por ejemplo, cuando un grupo de pacientes con VIH-SIDA que carecían de un seguro privado y público presentaron sendas demandas de amparo solicitando la entrega de retrovirales para tutelar su derecho a la salud e incluso su derecho a la vida. Según una interpretación literal del citado artículo 25° de la Ley 23506 no procedería el amparo en estos casos. Nosotros creemos que esa interpretación no era correcta. Existen sentencias del Poder Judicial que en algunos casos han declarado fundada la demanda de amparo, en otros lamentablemente la sentencia resultó ser extemporánea porque el paciente falleció en el camino. A nuestro juicio, se debe realizar una interpretación de los derechos en juego y, definitivamente, debe ser el juez –no la ley– quien tenga que valorar esta situación en función del caso concreto. Eso es lo que planteamos en el proyecto, es decir, que sea el juez quien lo decida, que no sea el legislador quien determine la tutela de un derecho social.



4. La regulación del proceso de Hábeas Data, tanto en la ley como en el Anteproyecto no presenta un procedimiento esencialmente diferenciador del propio del proceso de Amparo. ¿Por qué hacerlo un proceso distinto?

S. ABAD: Hemos dicho que respetamos lo dispuesto por la Constitución y por ello el proceso de hábeas data se mantiene en el proyecto. A mí me hubiera gustado eliminarlo porque en realidad se trata de un amparo especializado, es un amparo pequeñito, es el “hijito” del amparo, pues sólo protege dos derechos fundamentales. No obstante, pese a que no podemos eliminarlo, hemos tratado de regularlo y facilitar el uso del Hábeas Data. ¿Cómo?. Estableciendo algunos cambios en la regulación. ¿Cuáles? Estableciendo, por ejemplo, que para presentar un Hábeas Data no se requiere abogado. Si hoy día quiero presentar un Hábeas Data porque me niegan mi información pública, por ejemplo, he pedido una copia de expedientes para jubilarme y la Municipalidad no me da la copia del expediente, ¿qué puedo hacer? Demandar en Hábeas Data a mi Alcalde, o sea, buscar un abogado -y pagarle- que me redacte una demanda y llevar el caso al Juez. Eso cuesta y alguien que quiere información no siempre tiene dinero, en consecuencia, esto dificulta el acceso al Hábeas Data. Aquí estamos planteando que la misma persona lo redacte y lo presente, decir, o quizás decirle al Juez: “Señor Juez quiero que usted disponga que el Alcalde me entregue la información que no me quiere entregar porque así lo establece la Constitución, es un derecho”. Entonces, eliminamos el patrocinio de abogado.

En segundo lugar, establecemos que tampoco se requiere una carta notarial porque imagínense el caso de este señor que requiere de un abogado antes de ir al Hábeas Data y encima tiene que ir al notario porque la Ley dice que se requiere una carta notarial que certifique que no se le entrega la información. Acá planteamos sólo la exigencia de un documento de fecha cierta, sencillamente, el “cargo” de la persona que solicitó la información y que no le fue entregada. Hoy en día también se discute si luego de enviar la carta notarial, debo agotar la vía administrativa. El proyecto señala que el único requisito de la demanda es el documento de fecha cierta y luego se va directo al Hábeas Data; por eso creemos que esta regulación lo que trata de hacer es facilitar el acceso. Hasta la fecha el Tribunal Constitucional desde el año 1993 no ha dictado más de 27 sentencias; es realmente mínimo el acceso al Hábeas Data en el Perú y, por eso, lo que se plantea es facilitar el acceso para garantizar la tutela de estos derechos.

Finalmente, el proyecto desarrolla de mejor manera los alcances del derecho a la

autodeterminación informativa que es tutelado por el hábeas data. Hoy en día la Constitución no es nada clara, confunde el derecho, lo limita. Acá, se plantea un derecho mucho mejor regulado que permite a la persona acceder a información contenida en banco de datos, rectificar la información, excluir la información, evitar que se transmita sino debe transmitirse o eventualmente incluir la información en un banco de datos. Es una mejor regulación del derecho a la autodeterminación informativa pero, reitero, finalmente hubiera sido preferible no tener Hábeas Data pero sí tener Amparo para ese derecho, lo importante es la tutela del derecho más allá de la vía procesal o del nombre que tenga la vía procesal.

5. Tanto en los procesos creados para garantizar el correcto ejercicio de los derechos fundamentales como en los creados para garantizar la supremacía constitucional se requiere un conocimiento mayor, especializado y una respuesta efectiva y rápida por parte de los jueces y tribunales. ¿Sería más conveniente la creación de jueces y tribunales especializados en temas constitucionales para lograr los verdaderos objetivos de estos procesos?

J. MONROY: Hace unas semanas acabó un trabajo colectivo sobre reforma integral del sistema de justicia peruano (CERIAJUS). En él se propuso que de los 66 juzgados civiles que hay en Lima, 20 de ellos pasaran a ser juzgados exclusivamente constitucionales. Esta propuesta no se aprobó porque el Poder Judicial – ya no el CERIAJUS– tiene un proyecto más importante: ‘los juzgados comerciales’. Parece que en este país y para algunas autoridades casi no hay nada que importe más que la circulación rápida y efectiva del dinero, que las deudas se paguen cuanto antes. Para tal efecto, ya consiguieron un local, ya hay juzgados, ya hay jueces que están recibiendo capacitación especializada en esta materia. Los juzgados comerciales parecen ser más importantes que los constitucionales, por lo menos en el sentir de las autoridades.

Pero no pertenecen también a este ámbito -la actividad de comercio- los temas de competencia desleal, sobre propiedad intelectual, marcas y patentes. De ser así, ¿porqué no se integran a los juzgados comerciales? Lo que ocurre es que son comerciales pero importan desde la perspectiva del consumidor no del productor, por eso permanecerá su tutela administrativa únicamente. Que no tenga base judicial y sólo base administrativa la defensa de los derechos del consumidor puede explicarse en términos de congestión o de dejar separado lo que bien funciona pero ello no es exacto. Se trata de

establecer rangos de tutela en función de quien debe ser protegido. En cualquier caso, lo patético es que el tema de los juzgados constitucionales no aparece como preocupación de ninguna autoridad judicial aún cuando lo de los juzgados comerciales adquiere niveles de insospechada importancia. Esto significa, retomando lo dicho al inicio, que el Derecho Constitucional es absolutamente importante en todas las concepciones que se puedan tener del Derecho, menos en la realidad.

6. Uno de los problemas más relevantes en el Estado es el distanciamiento entre Derecho y Sociedad. El Anteproyecto presente innovaciones como la enseñanza de la Constitución, de derechos fundamentales y de los procesos constitucionales, así como la publicación de la Gaceta Constitucional. ¿Cuál debería ser la respuesta estatal para lograr este acercamiento?

S. ABAD: En el Perú hay cantidad de leyes, sobran leyes, también sobran abogados. Sobran leyes y además no se cumplen, ni la Constitución se cumple en muchas ocasiones. Entonces, la propuesta de contar con un nuevo Código es importante pero no suficiente. Pensar que cuando se apruebe el Código automáticamente todos los derechos fundamentales tengan vigencia efectiva y exista un pleno respeto a la supremacía de la Constitución sería ingenuo. Es indispensable un cambio que vaya más allá de la norma, es indispensable que haya jueces especializados que cuenten con las facilidades del caso para poder actuar rápidamente cuando se enfrenten a un problema de afectaciones a derechos. Es indispensable que eso ocurra.

En el Perú, lamentablemente, todavía no ocurre. Hay un caso reciente que lo comento y que fue público. Una persona homónima de nacionalidad española -porque si fuera peruana probablemente no contaba con tanta difusión- fue detenida y presentó un Hábeas Corpus. El miércoles -día previo al Jueves Santo- va al Poder Judicial a presentarlo y no se lo admiten. No estoy diciendo que emitieron una resolución diciendo "inadmisibile", no, ni siquiera le permitieron presentarlo ¿por qué? Ocurre que cada vez que se trata de una orden judicial quien conoce en primer grado el Hábeas Corpus es la Sala Penal de la Corte Superior. Pero, ¿que ocurre si la sala Penal de la Corte Superior no está y sólo está el juez de turno? Bueno, sucedió que el juez penal de turno no lo admitió porque según el debía recibirlo la Sala. Por eso le rechazaron el Hábeas Corpus, ni siquiera permitieron ingresarlo. Un absurdo, eso ocurrió y evidencia la necesidad de un cambio en la cultura judicial y, de otro lado, resulta indispensable también una forma integral del sistema judicial. El

profesor Monroy comentaba la desazón y la desesperanza frente a algunos temas que se han discutido en la CERIAJUS -la Comisión de Reforma Integral de la Administración de Justicia- creo que es indispensable el cambio, que se implemente el plan elaborada por la CERIAJUS, porque sencillamente si yo voy donde un juez que tiene 500 expedientes para resolver y le presento una demanda de Amparo, que es un proceso de urgencia, esperar que el juez vaya a resolver el amparo en 1 día, 2 días, 3 días, sería irreal; la norma establece un plazo que no se va a cumplir. En consecuencia, es indispensable un cambio normativo pero no es suficiente. Se requiere, un cambio en la cultura judicial, que los jueces asuman un compromiso con el respeto de los derechos humanos y se ponga en práctica el Plan de reforma integral elaborado por la CERIAJUS. De lo contrario, sencillamente el proyecto de Código terminará ahí, será bonito, será interesante, podremos discutirlo en varios foros más, pero no contribuirá a la esencia que es precisamente la defensa de los derechos fundamentales y la vigencia de la supremacía de la Constitución. Muchas gracias por su atención.

COMENTARIOS FINALES

F. EGUIGUREN: Solamente deseo comentar que, cerrando un poco lo que dijimos al empezar de alguna manera los tres, ojalá el país tenga pronto con Código Procesal Constitucional y sin ninguna pretensión y que, como dijo Juan, todo trabajo tiene y, de hecho este trabajo tiene, así como tiene deficiencias, es perfectible; pero nosotros en un algún momento tuvimos que decir se acabó, ya no más, se acabó. Pero sin querer pretender ser los dueños de la historia ni que lo nuestro es tan bueno que el Congreso lo único que tiene que hacer es poner el sello. Por supuesto que no. Pero, si se aprueba, ojalá que al final por lo menos podamos reconocernos un poquito en él y que no sea, como casi siempre ocurre cada vez que se regulan derechos fundamentales en nuestro país, que paradójicamente las leyes que regulan esos derechos más se preocupan en establecer atajos o frenos para eludir o limitar la protección de los derechos. Los ejemplos que daba Samuel, casualmente, que si hubo Amparo municipal y un montón de barbaridades más, no van a favorecer el derecho. Ojalá que no se introduzcan ese tipo de torpedos u otro tipo de mecanismos más hechos por quienes tienen el poder ejecutivo, legislativo que no quieren ser controlados. Y ojalá esta Mesa Redonda haya permitido que conozcan un poco más este proyecto y, como digo, ojalá que lo tengamos y que al final nos podamos reconocer todos en un proyecto que propicie una mejora en la defensa de los derechos fundamentales y que no sea todo lo contrario. ☞