

VII

NOTA SOBRE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PERÚ¹

Por herencia secular francesa, en el Perú se habló siempre de "garantías constitucionales" en el sentido distinto al que hoy empleamos. Primero fueron las garantías individuales, luego las nacionales y ya entrando en el siglo XX, las llamadas sociales. En la actualidad, sin embargo, existe un consenso doctrinario, que se traduce incluso en los principales textos constitucionales de Occidente, en considerar lo que antes se denominaba «garantías» como «derechos de las personas», «derechos fundamentales», o simplemente «derechos humanos» (en Francia, y en algunos países por ella influidos, todavía se utiliza la nomenclatura clásica y hoy totalmente inadecuada, de «libertades públicas»). En fin, lo cierto es que lo que antes se denominaba garantías, hoy son conocidas como derechos, esto es, derechos de la persona consagrados en la Constitución Política del Estado.

Como consecuencia de esta evolución, las garantías han pasado a ser parte del arsenal en donde siempre debieran estar: el ámbito del proceso; es decir, de la defensa y protección jurídica de los derechos. En efecto, como

¹ Publicado en **Legislación sobre garantías constitucionales**, edición oficial, Ministerio de Justicia, Lima 1989 y en la **Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos** (San José), núm. 10, julio-diciembre de 1989.

bien señaló en su momento Sánchez Viamonte, una «garantía» como la libertad de prensa, que a su vez necesitase ser «garantizada» por otro medio jurídico, no es en el fondo «garantía». Garantía que nada garantiza, no merece tal nombre, por lo menos a nivel jurídico. Por otro lado, todo esto encaja, como decíamos, con los avances procesales en el ámbito constitucional, que son por lo demás bastante recientes (por lo menos en sus planteos teóricos, formulados en nuestra América por Eduardo J. Couture, y más recientemente, por Héctor Fix-Zamudio).

En consecuencia, la garantía así concebida, en su sentido restringido, moderno, técnico y práctico, está limitada a las figuras o instituciones de estricto carácter procesal que sirvan para la defensa inmediata de determinados valores o principios que el texto constitucional consagra. Es decir, no se trata de instrumentos que protegen a todo el orden constitucional, pues con ese criterio, los códigos procesales (civil y penal) serían también garantías constitucionales (que en realidad no lo son). Aquí hay que tener presente que, como bien decía Pellegrino Rossi, la Constitución en realidad contiene los *têtes de chapitre* de todo el ordenamiento jurídico, esto es, no lo contiene en su integridad, sino sólo los enunciados o principios generales. Pero aquellos valores, enunciados o instituciones a los que la Constitución otorga su máxima importancia, por ser de carácter o naturaleza estrictamente constitucional, y adicionalmente les establece los medios procesales adecuados, (aun cuando de diverso alcance y calibre), estamos, en estos casos, ante verdaderas garantías constitucionales, o sea, procesos específicos (como en el ámbito civil lo pueden ser el juicio de alimentos, de deslinde u otro similar).

Admitido lo anterior, se llega a la conclusión de que las garantías constitucionales, en sentido estricto, varían de acuerdo a las tradiciones y a los respectivos textos constitucionales que los países adoptan. En tal sentido, no pueden extrapolarse realidades ajenas a la nuestra, y aplicar los mismos criterios, por lo cual debe aceptarse que, en principio, cada Constitución tiene y admite sus propias garantías o institutos procesales constitucionales. Ello no obsta sin embargo, para que por la común interinfluencia de los pueblos o las bondades de determinado instituto, existan ciertas garantías que han dado pauta para múltiples creaciones allende sus fronteras (como es el caso del centenario amparo mexicano).

Ahora bien, la garantía constitucional es, como decíamos, tan sólo el instrumento procesal protector, pero ella no se encuentra aislada, sino dentro de un contexto mayor que encuentra su apoyo dentro de la Teoría General del Proceso (pues éste, como ha corroborado recientemente Vescovi, tiene bases y estructuras comunes). En consecuencia dentro del amplio concepto de «proceso constitucional», se encuentran precisamente

las garantías constitucionales a las que nos hemos referido (y por así entenderlo, ha dado este título a un libro reciente y alusivo al tema, el constitucionalista brasileño Baracho).

Entendemos que todo esto debe situarse dentro de un amplio espectro, que es denominado, hace ya varias décadas, como «Derecho Procesal Constitucional», y que *grosso modo* puede ser dividido en tres grandes apartados: i) jurisdicción y acción, ii) procesos constitucionales, y iii) magistratura. Ella puede ser, como es fácil anotar, nacional (o doméstica) y supranacional, como lo demuestran los recientes desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos (véase al respecto el reciente libro de Daniel O'Donnell, *Protección internacional de los derechos humanos*, editado por la Comisión Andina de Juristas).

En lo relacionado con la parte estrictamente peruana, en forma tentativa, creemos que las garantías constitucionales en nuestro derecho, son las siguientes:

- i) *Habeas Corpus*.
- ii) Amparo.
- iii) Inconstitucionalidad.
- iv) Acción Popular, y
- v) Juicio político

Analizando cada una de éstas, en forma sumaria, podemos indicar lo siguiente: i) el *Habeas Corpus* se introduce en 1897 en el ordenamiento peruano, y es el que con más persistencia ha sido ejercitado ante los tribunales y, probablemente, el más importante por sus alcances, aun cuando por sus resultados quizá el argumento se revierta; ii) el amparo es introducido en 1974, dentro de un contexto de reforma agraria (Ley 20554), pero sólo generalizado con la vigente Constitución de 1979; ambos, éste y el anterior se encuentran regulados, como se sabe por la Ley 23506; iii) la inconstitucionalidad, proclamada como una necesidad por los juristas peruanos desde el siglo pasado, y aprobada tan sólo por el Código Civil de 1936, como inaplicación, ha tenido su remate con la Acción de Inconstitucionalidad creada también en la Carta de 1979, de manera tal que hoy la inconstitucionalidad se ejercita no sólo en vía de excepción (como cuestión prejudicial y ante el fuero común) sino en vía de acción (ante el Tribunal de Garantías Constitucionales de acuerdo a la Ley 22385); iv) la acción popular es creada en 1933 en la Carta Política de ese año; fue regulada sólo en 1963, y en forma más prolífica con la reciente ley 24968; y v) el juicio político, o ante-juicio, existe desde el siglo pasado, y es en realidad un proceso, pero sin la característica jurisdiccional que pueden tener los otros, toda vez que si bien existe acusación en forma y análisis y evaluación

de hechos, con derecho de defensa incluido, es tan sólo para permitir que una Sala de la Corte Suprema juzgue al presunto infractor de la Constitución; esto aparece regulado, aparte de la Constitución misma, en la vieja ley de responsabilidad de los funcionarios públicos de 1868, así como en los reglamentos de las Cámaras.

En anterior oportunidad pensé, y así lo dejé sentado por escrito, que la acción contencioso-administrativa podría también considerarse como una garantía constitucional. Sin embargo, la revisión de diversos planteos realizados por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y, sobre todo, conversaciones con el administrativista argentino Agustín Gordillo y la posterior revisión de su *Tratado de Derecho Administrativo*, me llevaron a la convicción no sólo de la impropiedad del término, sino a desecharlo como garantía constitucional *stricto sensu*.

En efecto, la llamada acción contencioso-administrativa, no es más que la simple revisión judicial de lo resuelto en última instancia en cualquier dependencia administrativa, sin interesar cuál sea su contenido y alcance, y sin tener, aun más, el requisito de estricto interés constitucional en juego (aun cuando esto pueda suceder). A nuestro criterio pues, las garantías constitucionales, o si se quiere, procesos constitucionales, en rigor, estarian limitados a los cinco antes enunciados.

En lo referente a su utilización, ella varía de acuerdo a su propia naturaleza. El juicio político ha sido muy poco utilizado (por razones harto explicables), y las condenas existentes son muy pocas, y algunas, incluso, fruto de venganzas políticas (como es el caso de Leonidas Rivera, durante el ochenio). La Acción Popular es más reciente; sólo opera a partir de 1963, y habrá que esperar su desarrollo a partir de la nueva ley, que esperamos sea promisorio. En cuanto a la inconstitucionalidad, ésta ha obrado muy parcamente en la vía judicial (cuestión prejudicial), y casi es inexistente ante el Tribunal de Garantías Constitucionales (tan sólo cinco acciones en el lapso de su existencia). La masa inmensa de resoluciones es la que existe en materia de *habeas corpus* y de amparo, para sólo referirnos a la emitida desde la dación de la ley 23506 (diciembre de 1982). Sin embargo, de los aproximadamente 3.000 casos que se han dado en los últimos siete años, es muy poco lo que puede extraerse de ahí, de alcance positivo, creador, correctivo o reparador. Si bien existen algunos casos importantes y de resonancia (como es el *habeas corpus* de Liberoná o los amparos contra la estatización de la banca), lo cierto es que la masa publicada hasta la fecha es chata, uniforme, poco creadora, y en el mejor de los casos, mecánica (es decir, constatada la arbitrariedad manifiesta, ordenan la reparación inmediata del derecho conculado), pero sin que en ningún momento se advierta en los numerosos fallos, algún intento de creación, teorización o

reflexión original a partir de situaciones concretas, como sucede en otros ámbitos culturales distintos y hasta afines al nuestro. Incluso en la casación que realiza el Tribunal de Garantías Constitucionales, la situación es similar. Con las excepciones que nunca faltan (algunos magistrados honorables en el ámbito judicial y votos singulares, interesantes y creadores en el Tribunal de Garantías Constitucionales como los de M. Aguirre Roca), el material producido por este Tribunal es lamentable, por decir lo menos.

Si bien en un principio tuve entusiasmo y esperé demasiado de nuestro novel Tribunal de Garantías, estas expectativas se han desvanecido. El Tribunal no ocupa todavía, dentro de nuestro sistema institucional, el lugar que debiera, y esa responsabilidad recae, no en uno o dos hombres, sino en la institución toda.

Las anteriores consideraciones, expresadas frente a una realidad en cierto sentido desconsoladora, no debe desechar la esperanza de un mejor funcionamiento de esas instituciones en el futuro. De un nuevo espíritu hay que insuflar a las nuevas hornadas universitarias y a los actuales y futuros magistrados. A ello puede contribuir, en algo, la publicación de las normas sobre las garantías constitucionales, que, en fiel cumplimiento de su labor difusora, realiza el Ministerio de Justicia.

Lima, marzo de 1989.