

§ 9

EL AMPARO Y EL HABEAS CORPUS EN EL PERU DE HOY (*)

Pocas veces he sentido igual satisfacción que al presentar al lector este libro de Alberto Borea Odría; y digo esto, porque la relación que me une con Borea es de antigua data. Para ser más exacto, le conocí en 1970, cuando me iniciaba como profesor de Derecho Constitucional Peruano en la Universidad Católica, y él lo hacía como atento alumno del primer año. Por esas cosas del destino, estuve siempre en primera fila, tanto en las clases ordinarias, como en otras actividades paralelas, más meritorio aún si se tiene en cuenta que en el primer año los más andan descarriados o desorientados con el brusco ingreso al mundo del derecho y en mi caso me había liberado de la tiranía de las listas, que permitía, según decía Ortega y Gasset, tener estudiantes forzados y forzados. Desde esa época, Borea se mostró inquieto por la problemática constitucional, preocupación que yo y unos cuantos más compartíamos, inconcebible en 1970, cuando la Constitución entonces vigente era objeto de público vilipendio, y cuando adicionalmente el curso no interesaba a nadie (y así sucedió hasta 1977, en que se anunció la convocatoria a una Asamblea Constituyente). Recuerdo que en una de esas tardes que salía a tomar té con mis alumnos, Borea me manifestó su deseo de enseñar esta materia (él que recién empezaba su carrera) a lo cual yo respondí que por cierto contaría con mi ayuda y con la escasa medida de mis fuerzas. Dos años después (1972), dicté en la misma Facultad (entonces pomposamente llamada Programa Académico, por esas estulticias legales que son moneda frecuente entre nosotros) un curso monográfico de Derecho Constitucional, dedicado al Habeas Corpus, único

(*) Publicado como prólogo al libro del mismo título de Alberto Borea Odría (Lima 1985).

instrumento procesal para defender —en aquel entonces— la totalidad de los derechos constitucionales (entonces llamados garantías constitucionales). Fue también ahí un asiduo asistente Borea, y de ese seminario, y de la colaboración que ahí recibí de tantas otras personas, salieron algunas publicaciones más. Desde entonces mi amistad con Borea quedó sellada; más tarde se graduó brillantemente de bachiller con una tesis sobre el Amparo, que me cupo informar, y a cuyo grado asistí, y que luego en forma de libro (1977) tuvo tan amplia como merecida circulación.

Años después, en agosto de 1981, recibí una llamada de Enrique Elías Laroza, entonces Ministro de Justicia, para pedirme que presidiese una comisión que preparase un ante-proyecto de ley de Habeas Corpus y Amparo, a fin de reglamentar adecuadamente el artículo 295 de la nueva Constitución del Estado, toda vez que a ese momento solo existía el apartado correspondiente del Código de Procedimientos Penales de 1940 (para el Habeas Corpus) y el Decreto Ley 17083, que se utilizaba para el Amparo.

Elías, con quien me unía una buena amistad desde años atrás, (había sido un brillante profesor de Derecho Mercantil en la Universidad Católica, a cuyo curso asistí) pedía una colaboración a la que no podía negarme, no obstante que en ese momento estaba con un pie en el avión, para asistir a un congreso académico en los Estados Unidos. Pedí solo carta blanca para trabajar y designar a los miembros de esa Comisión; como contrapartida, Elías me pidió tan sólo integrarla con uno o dos abogados de su plena confianza. Dí los nombres de Alfredo Quispe Correa (que al final se excusó por motivos que debo respetar), Pedro Arnillas Gamio (amigo y colega de amplia experiencia profesional) y Alberto Borea Odría. La Comisión se integró además con José León-Barandiarán Hart (profesor de San Marcos) y Jorge Velarde Santa María, excelente profesional, a quien también conocía desde los claustros universitarios.

La Comisión trabajó arduamente durante cuatro meses, y si bien tuvimos la acuciosa y responsable colaboración de todos los miembros (en especial de Pedro Arnillas) es indudable que Borea, por su propia formación académica y su vasto conocimiento de estos temas, fue la colaboración más firme, más persistente y más iluminadora. Debo decir que en esas largas reuniones de trabajo en

el Ministerio de Justicia, todos terminamos a la larga aprendiendo algo, e incluso cambiando o modificando nuestros puntos de vista. En lo personal, para mí fue muy enriquecedora esa Comisión, ya que debatiendo los temas con terceras personas, es que logramos un proyecto que sin modestias me atrevo de calificar como excelente. En lo concerniente al Amparo, el punto de vista de Borea, quien incluso preparó por encargo de la Comisión un ante-proyecto, creo que fue determinante.

Nuestro proyecto, según me informó directamente el Ministro Elías, fue acogido casi en su integridad por el Despacho Ministerial (enero de 1982) y luego fue circularizado por todas las Asesorías Legales de los distintos Ministerios, tras lo cual se llevó para su aprobación al Consejo de Ministros, y posterior remisión al Parlamento.

Lo importante de este proyecto es que fue aprobado por consenso, y aun sin estar sus miembros de acuerdo en todas y cada una de las cláusulas, fue firmado por todos ellos, quienes de esta manera evitaron la presentación –tan frecuente en nuestro medio– de proyecto en minoría y proyecto en mayoría. Fue inevitable el voto singular que presentó Borea a la Comisión (sobre un punto muy concreto), y que como tal aparece publicado en forma aparte en el diario oficial *El Peruano*. Naturalmente se trata de un punto de vista interesante y con acogida en cierto sector de la doctrina, pero que a los demás miembros de la Comisión no nos pareció adecuado.

Llegado el proyecto al Parlamento, fue al Senado, en donde su Comisión de Constitución (mayo de 1982) le hizo los ajustes pertinentes, y salió de ahí algo retocado y “pulido”, con una nueva exposición de motivos, debida al Senador Oriel Boldrini. Quien lea detenidamente nuestro proyecto y sobre todo nuestra exposición de motivos, llegará a la rápida conclusión que lo único que hizo el Senador Boldrini fue retocar algunos artículos en forma innecesaria, introducir algunos barbarismos en la redacción –de la que tanto nos habíamos cuidado– y crear algunas incoherencias conceptuales, que han traído más de una traba posterior. Al Senador Boldrini le faltó humildad, y sintió quizás que la curul otorga-

ba algo así como ciencia infusa, cuando lo más práctico era dejar las cosas como estaban, o en su defecto llamar a los autores del proyecto para dialogar con ellos (que era algo que personalmente había solicitado). Este inconsulto informe, tan lastimero, fue presentado a los demás miembros de la Comisión que lo firmaron de inmediato (entre ellos senadores de la talla de Sánchez y Alayza), lo cual demuestra que ni lo estudiaron ni lo leyeron; lo cual si bien no habla mal de ellos, y en general de los demás firmantes, si habla muy mal del Parlamento y de su capacidad de creación legislativa (como cosa curiosa, cabe señalar que la Ley de Habeas Corpus y Amparo N° 23506 derogó el Decreto Ley 18158; meses más tarde, la ley 23654, dada por el mismo Congreso, volvió a derogarla, sin que nadie se diese cuenta de esta incoherencia). En fin, con todas estas incidencias, y sin narrar por ahora el hecho de que algunos connividos populistas atacasen la ley en el hemiciclo, y rescatando la labor de Javier Valle-Riestra, quien tanto nos ayudó con un proyecto suyo sobre la parte de Habeas Corpus y luego la defendió con denuedo, lo cierto es que la ley, con cambios casi insustanciales, y en todo caso cosméticos (aunque de mala cosmetología) fue finalmente promulgada con fecha 7 de diciembre de 1982.

Desde entonces la ley ha tenido una vida azarosa y hasta conflictiva. La ley era amplia, generosa, y sobre todo iba dirigida a un pueblo acostumbrado a vivir sin libertades, sin experiencia cívica, y por otro lado iba a ser manejada por abogados, no siempre escrupulosos, y la mayor parte de las veces sin rigor ni formación en este campo (en efecto, todos hemos estudiado procesal civil, juicios especiales, derecho procesal penal . . . pero ¿quién estudió leyes procesales en materia constitucional? . . . el vacío es grande, y es urgente crear cursos especiales para el estudio de las garantías constitucionales . . .).

No obstante estas vicisitudes, la ley mantiene su bondad, pero a nivel jurisprudencial ha tenido sus indudables contrariedades. En primer lugar, fue un error esperar mucho de los jueces, porque los magistrados en nuestro país, sobre todo los de las instancias inferiores, no tienen formación constitucional, ni menos el hábito de enfrentamiento al poder público. Por otro lado, los abogados hicieron y hacen un uso abusivo de la institución, en especial del Ha-

beas Corpus, que a la larga ha servido para proteger (en muchos casos) a delincuentes y narcotraficantes. Mediante el Habeas Corpus se llegó a increíbles extremos, a tal punto que inclusive inculpados con detención definitiva hacía uso de él, y en veces con éxito. Esto motivó que el Ministro Max Arias-Schereiber nombrase una Comisión en abril de 1984 para que preparase un proyecto de reglamento de la ley. A esa Comisión que presidió, también llamé a Borea, y estuvo integrada adicionalmente por dos antiguos magistrados de vasta experiencia, como son el Dr. Francisco Ayala Noriega y el doctor Fausto Viale, éste último amigo y compañero de las aulas universitarias. Esta Comisión se avocó desde muy temprano a preparar un ante-proyecto de reglamento o ley, complementario de la ley 23506, y a la fecha ya ha cumplido su cometido, con la respectiva entrega al Ministerio de Justicia. Las labores en esta Comisión fueron en realidad arduas e intensas, pues aparte de la calidad intrínseca de sus miembros, se contaba con una riquísima experiencia proveniente de la aplicación de la ley durante más de dos años, y de la casación efectuada por el Tribunal de Garantías Constitucionales. El fruto del proyecto de reglamento elaborado por la Comisión lo estimo como altamente positivo, y ahí fueron muy importantes las opiniones de Borea, no solo como especialista en el tema sino como activo litigante en estas lides. Sin embargo, lo más probable es que en las actuales circunstancias, el proyecto no prospere. Pero, como decía el Quijote, lo que importa siempre en las obras, es la intención que pone quien las ejecuta.

No empece todas sus limitaciones, tanto en su enunciación legislativa, como en la práctica de los tribunales, pienso que la ley 23506, es la más importante creación legislativa en lo que va de siglo. No solo por ser la primera ley de habeas corpus y amparo, sino porque es la primera vez que se acomete, en su integridad y con rigor, el manejo de dos instituciones fundamentales de defensa de los derechos humanos. En tal sentido, si bien en el mundo de la vida cotidiana el Código Civil es norma importantísima para la vida de la comunidad, y es tarea harto más pesada y compleja que una simple ley procesal, lo cierto es que hay pueblos que han vivido sin Códigos Civiles (en el Perú, por ejemplo, se vivió de 1821 hasta 1852 sin Código Civil, y no por esa circunstancia dejó de estar protegida la familia, la propiedad y las obligaciones). La ley de

Habeas Corpus y Amparo, si bien norma adjetiva por ser procesal, es vital para la defensa de los derechos humanos en un Estado que presume ser de Derecho, y sin ella no hay defensa posible, a menos que regresemos a la época de la justicia por propia mano. Por eso es una ley que amerita su defensa, estudio y difusión, que precisamente hace Borea en este trabajo.

Si quisiéramos hacer un cuadro evolutivo del Habeas Corpus podríamos intentar diversos esquemas, de los cuales el siguiente no es del todo desaprovechable:

a) Primer período de 1897 a 1933: Cubre la dación de la primera ley de Habeas Corpus en 1897, para la sola protección de la libertad individual, y así permanece hasta 1933. Si bien en 1916 hay algunos aparentes indicios de ampliar su radio de acción, esto no se concreta en la realidad ni menos en las normas. Aspecto importante de este período es la Constitución de 1920 que eleva el Habeas Corpus, por vez primera a nivel constitucional.

b) Segundo período de 1933 a 1979: La Constitución de 1933, incluyó al Habeas Corpus para la defensa de todos los derechos individuales y sociales (art. 69); no obstante, al hablar de los derechos los llamó (vetusta nomenclatura) como “garantías individuales y sociales”. Sin embargo, el Habeas Corpus funcionó para todo, e hizo las veces no solo del Habeas Corpus stricto sensu, sino también del Amparo. La parte procesal se complicó, y así en 1968 se distinguió al Habeas Corpus civil del penal; por otro lado, en 1974 se creó el “amparo agrario”, que funcionaba solo en el respectivo fuero privativo y para fines concretos de reforma agraria. Un balance de todo ese período lo representan; aparte de artículos dispersos, mis libros *El habeas corpus interpretado* (1971) y *El Habeas Corpus en el Perú* (1979).

c) Desde 1979 . . . ; Este período se abre con la vigente Constitución sancionada en 1979, y con pleno vigor desde 1980. Lo importante de la nueva Carta es la distinción entre dos figuras muy claras y definidas; por un lado el Habeas Corpus para la defensa de la libertad individual y sus correlatos, por otro, el Amparo, para los demás derechos fundamentales. Si bien han existido varios casos interpuestos antes de la entrada en vigencia de la nueva ley, lo cierto es que la jurisprudencia más rica y documentada se da a par-

tir de ésta, y de la intervención del Tribunal de Garantías Constitucionales.

Sobre la nueva ley se han vertido multitud de opiniones y artículos periodísticos, pero el primer trabajo serio de análisis lo realizó el eminente jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio, siempre atento a los problemas jurídicos de nuestra América, en un breve pero sustantivo trabajo (Cf. **La ley peruana de Habeas Corpus y Amparo**, en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", Nº 50, mayo-agosto de 1984). El análisis de Fix-Zamudio no es solo valioso por lo que ahí se dice, sino por venir de quien viene, ya que sin exageraciones Fix es considerado, y con razón, como el introductor de la justicia constitucional (así prefiere llamarla él) en el mundo hispano-hablante, en forma reiterada y continua, como lo demuestran sus numerosos ensayos y los varios libros que ya tiene dedicados a este tema. Merece también una especial mención, el folleto que al tema ha dedicado Luis Bramont Arias (**Las acciones de garantía**, Lima 1984), por provenir no solo de un honorable magistrado supremo, sino de un maestro universitario y penalista de fuste. A estos dos trabajos se úne el que hoy entrega al público Alberto Borea, dedicado a analizar **in extenso** la ley de Habeas Corpus y Amparo. La obra pues, cubre un inmenso vacío, ya que en forma analítica y pormenorizada, diseña todos los artículos y argumentos de la ley, confrontándola con la doctrina y la jurisprudencia existente, preferentemente peruana, pero también extranjera (sobre todo argentina, ya que como se sabe, tomamos el Amparo de su versión argentina, y no de la mexicana). El libro, sin embargo, está pensado en forma tal que sea un breviario de consulta para abogados, jueces e interesados en general, presentándose como un análisis exegético y casuístico de altísimo nivel. El libro no se pierde en disquisiciones eruditas, sino que va de frente al análisis de los textos, aun cuando enriquecido por otras reflexiones de orden doctrinario y jurisprudencial. Se trata pues de un esfuerzo encomiable, que viene de quien está en trato permanente con la institución, y de quien sabe de buen saber lo que estas materias significan. Se podrá discrepar de su opinión, pero no podrá dudarse de su versación y de la entereza con que defiende sus propias convicciones. En lo personal, aquí que como en muchas otras cosas, hemos tenido algunas diferencias y varias discrepan-

cias, que han sido tratadas siempre dentro del marco de una estrecha amistad mantenida sin alteraciones a través de los años. Pero por encima de ello, hay que reconocer el general acierto que estas páginas encierran, y su importancia para la difusión de esta ley fundamental.

Lima, enero de 1985.