

JUICIO DE AMPARO MEXICANO Y PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO PERUANO. SUS ANTECEDENTES NOVOHISPANOS: LOS AMPAROS COLONIALES

Gerardo ETO CRUZ*

SUMARIO: I. *Preliminares*. II. *Introducción*. III. *Las fuentes documentales del amparo colonial mexicano*. IV. *Una aproximación al amparo colonial*. V. *La propuesta de Lira: un boceto comparativo del amparo colonial y del juicio de amparo*. VI. *El amparo colonial en el Perú*. VII. *Modos de adquisición de propiedad en el virreinato del Perú*. VIII. *Medios de defensa de la tierra en el virreinato del Perú*. IX. *Comparación entre el amparo colonial mexicano y las figuras de interdictos en el virreinato peruano, de acuerdo con sus elementos constitutivos*. X. *Epílogo*.

I. PRELIMINARES

En el mundo siempre existen fechas en que se recuerda algo; hay fechas en las que la historia de la humanidad se vuelve para atrás, en retrospectiva, muchas veces para celebrar algún hecho apoteósico; otros tantos hechos fueron negativos, pero a partir de los ciclos históricos en que se gestaron, sirven para entender y reconstruir el pasado a partir de la proyección contemporánea.

Peter Häberle reflexiona las “grandes fechas y grandes personajes” en las que el Estado constitucional sea a nivel cosmopolita o en sus “variantes nacionales” se recuerde alguna efeméride o algún “cumpleaños constitucional”.¹

* Doctor en derecho público por la Universidad Santiago de Compostela; profesor de derecho constitucional en las universidades Nacional de Trujillo, Mayor de San Marcos, y de San Martín de Porres. Ex magistrado del Tribunal Constitucional del Perú.

¹ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, estudio introductorio de Diego Valadés, introducción e índices de Héctor Fix-Fierro, UNAM-Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, México-Lima, 2003.

En lo que respecta a los orígenes históricos del derecho procesal constitucional, el profesor Néstor Pedro Sagüés, hace muchos años, ha identificado tres “cumpleaños” de esta disciplina, cumpleaños en el sentido de la aparición ontológica de algunas “materias”, que a la postre, serían pasibles de ser estudiadas por lo que hoy denominamos todos los indoiberoamericanos como “derecho procesal constitucional”. Estas fechas emblemáticas, corresponden a las siguientes: *a*) primer cumpleaños: el 26 de mayo de 1679, fecha en la que se dicta la *Habeas Corpus Amendment Act*, y que constituyó el tratamiento en la técnica legislativa más avanzada de la época en la que se reguló el proceso de *habeas corpus*; *b*) segundo cumpleaños: el 24 de febrero de 1803, en que se expide el célebre fallo del *leading case*, *Marbury vs. Madison*, en donde se configura la matriz y soporte del control judicial americano o difuso; *c*) tercer cumpleaños: el 1o. de octubre de 1920, fecha en la que se promulga la Constitución de Austria, en la que se introdujo, bajo la batuta de Kelsen, un órgano *ad hoc* para el control de la constitucionalidad de las leyes: el Tribunal Constitucional.²

A estas tres efemérides bien puede incorporarse un “cuarto cumpleaños”, que se ubica en el interregno de 1803 y 1920: el 31 de marzo de 1841, fecha en la que se aprueba la Constitución del Estado de Yucatán, que, bajo la inspiración de Manuel Crescencio Rejón, dio lugar a la creación de un instituto que hoy se ubica, a nivel planetario, en los cuatro continentes:³ el juicio de amparo.⁴

² Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional: logros y obstáculos*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2006, pp. 21 y ss.

³ Así, se encuentra presente en 31 países, correspondiendo 17 a Latinoamérica, 12 a Europa, uno a África y otro a Asia. Véase, al respecto: Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer MacGregor, Eduardo (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, UNAM-Porrúa-Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

⁴ Sobre el origen y nacimiento del amparo mexicano existen mil y un ensayo (Hurtado Márquez, Eugenio, *Ensayo bibliográfico de derecho constitucional mexicano y de garantías, amparo y derechos humanos*, 2a. ed., UNAM, México, 1998), por lo que nosotros preferimos identificar dicha fecha el 31 de marzo de 1841 en la que la Constitución del Estado de Yucatán establecía ya el amparo, y que según Fix-Zamudio “con toda razón Manuel Crescencio Rejón es considerado como uno de los creadores de nuestra máxima institución procesal, y también el primero que en Latinoamérica determinó la consagración legal de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes. Al introducir el nombre del amparo, el ameritado publicista yucateco tuvo el acierto de haber exhumado, deliberadamente o no, un vocablo tan hermoso y expresivo, evocador y legendario. A nivel nacional, el amparo fue establecido en el Acta de Reformas de 18 de mayo de 1847, que debe su nombre a que dicho documento introdujo modificaciones a la Constitución Federal de 1824, cuya vigencia había sido restablecida. Esta acta se inspiró en forma indubitable en el proyecto redactado por el otro distinguido jurista y político mexicano Mariano Otero, considerado como el segundo padre del amparo, ya

Hoy, a 200 años de aniversario de la instalación del Primer Tribunal en Ario (1815-2015), resulta pertinente mirar en retrospectiva el proceso de amparo en torno a sus viejos antecedentes entre México y Perú. En efecto, lo que a continuación se desarrolla, a propósito de efemérides, cumpleaños y recuerdos constitucionales, es que existe un periplo en paralelo del juicio de amparo mexicano y el proceso de amparo peruano, oficialmente el primero tiene la fecha ya indicada del 1841, y el de Perú bien puede oficialmente tener como fecha de aparición del amparo con su reconocimiento histórico en la Constitución de 1979. 1841 y 1979 serían fechas históricas en ambos países. Mas, lo que aquí sigue, son líneas de reflexión en paralelo de México y Perú: el amparo, antes de su consagración en el México republicano del siglo XIX, y la del Perú republicano en el siglo XX, ya existía un viejo antecedente: la presencia en ambos países del *amparo colonial*, que no sólo lo ha tenido México, sino también Perú.

II. INTRODUCCIÓN

A raíz de la revolución historiográfica operada a inicios de los setenta en América Latina, cuyo auge coincidió, en el Perú de Velasco, con el *boom* de las ciencias sociales⁵ y, en México, con la presencia de CLADE, surgieron nuevas metodologías en torno a la historia económica y social. En este contexto, emerge una generación de historiadores formados en etnohistoria y en lo que se ha denominado la “historia desde abajo”. Como anota Peter Klarén, “esta es la historia sobre y desde la perspectiva de quienes no tienen el poder: trabajadores, campesinos, esclavos, mujeres, y así sucesivamente, las llamadas clases subalternas que pueblan cada vez más la historia poscolonial latinoamericana”.⁶

En el marco de estas nuevas corrientes de investigación histórica, es que aparece en México el libro de Andrés Lira sobre los antecedentes coloniales del amparo mexicano.⁷ El profesor mexicano, luego de criticar una

que en el art. 25 del propio documento constitucional se implantó la disposición calificada como «Fórmula Otero», que todavía subsiste”. (Cf: Fix-Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964, p. 373, y del mismo autor *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, UNAM, 1993, p. 26).

⁵ Bernalles, Enrique, *El desarrollo de las ciencias sociales en el Perú*, Lima, Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico, 1981, pp. 22 y ss.

⁶ Klarén, Peter F., *Nación y sociedad en la historia del Perú*, trad. de Javier Flores, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2005, p. 17.

⁷ Existe una férrea posición respecto al surgimiento del amparo en México. Posición nacionalista que se traduce en la tesis de que el amparo como institución protectora de la

concepción de la historiografía jurídica que sólo atendía a las fuentes normativas, derribaría el mito de que el amparo fue un instituto creado única y exclusivamente bajo la inspiración individual de Manuel Crescencio Rejón y Mariano Otero, afirmando con bases documentales concretas que el amparo mexicano tenía precedentes claros antes de 1840 y de 1847. En efecto, anota el historiador y jurista mexicano que ya en la época colonial se apreciaba una larga tradición que institucionaliza el amparo dentro de un sistema de derecho, no tan expreso formalmente como el constitucional mexicano, pero sin duda, sí más vigente en la realidad.⁸

Queda expectante pues la pregunta, dada la cercanía de las disposiciones virreinales, mexicanas y peruanas, si es que los antecedentes del amparo fueron exclusividad del virreinato mexicano, o si es que se pueden apreciar sus características en otras realidades coloniales como era el virreinato del Perú.⁹

Para responder a esa pregunta, desarrollaremos lo que significó el *amparo colonial* mexicano y a través de un análisis comparativo observaremos si en el Perú se desarrolló una figura similar o idéntica.

III. LAS FUENTES DOCUMENTALES DEL AMPARO COLONIAL MEXICANO

El profesor Lira explica que las fuentes documentales en que se revela el amparo colonial se sustentan en archivos históricos. De este modo, el jurista mexicano ha construido o reconstruido esta parte de la historia del amparo, utilizando uno de los métodos que Paolo Grossi ha definido como de ineludible manejo en el oficio del historiador del derecho: el *método filológico* para el

persona y como medio de control político nace de la tradición de sus Constituciones escritas ya bien entrada la primera mitad del siglo XIX. El profesor Andrés Lira, excusando a Vallarta, quien realizó una comparación, en 1881, entre el juicio de amparo y el *writ of habeas corpus*, tildada como formal por el insigne maestro mexicano, señala: "...el XIX mexicano es en muchos sentidos un siglo ansioso de renovación y de rompimiento con el pasado colonial...", en Lira González, Andrés, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano (Antecedentes novohispanos del juicio de amparo)*, prólogo de Alfonso Noriega, México, Fondo de Cultura Económica, 1972, p. 1.

⁸ La necesaria comparación entre estas instituciones nace, según el profesor Andrés Lira, principalmente desde el punto de vista histórico y social, la similitud de nombre, la finalidad parecida o idéntica (protección jurídica otorgada a las personas frente a actos de autoridad), su estructura jurídica, funcionamiento especial y como medios para la realización del ideal de justicia en sus distintos tiempos.

⁹ Una aproximación general del virreinato peruano se puede apreciar en Vargas Ugarte, Rubén, *Historia General del Perú. Virreynato (1596-1689)*, Lima, Editorial Carlos Milla Batres, 1966, vol. IV.

estudio de las fuentes documentales. Andrés Lira narra el sumergimiento en las fuentes histórico-documentales del amparo de la siguiente manera:

El Archivo General de la Nación de México y el Archivo Judicial de la ciudad de Puebla, cuyos fondos documentales datan del siglo XVI y llegan hasta bien entrado el período nacional. En el primero, a través de los índices del Ramo de Indios y del de General de Partes, del de Mercedes y Tierras, Clero Regular y Secular y el de Criminal, hemos obtenido noticia de 532 casos de amparo a diferentes personas, y sacado la copia de 107 documentos de aquellos que nos parecen más típicos, para compararlos con otros 57 que presentan rasgos diferentes por ser casos de protección distintos del amparo. Con este procedimiento nos aseguramos de la existencia de la institución colonial y de sus características particulares que la hacen inconfundible con otras instituciones de protección en general. Del Archivo Judicial de la ciudad de Puebla obtuvimos copia de dos testimonios de amparo.

Fuera de los archivos históricos, en el Archivo del Juzgado de Distrito del Distrito Federal, en el amparo N° 1903/66, que se refiere al municipio de Santa Cruz Atizapán, Estado de México, encontramos interesantísimos antecedentes históricos de amparo colonial relacionados con juicios de amparo del siglo XIX y del actual, otorgado uno, después de varias protecciones en la posesión de tierras al pueblo, en 1887 y otro en 1966.¹⁰

Es así como se puede apreciar que durante la primera mitad del siglo XVI ya se encontraban remotos antecedentes del amparo novohispano; sin que estos procesos lleguen a tener una figura definitiva de los elementos que hoy la prefiguran.

IV. UNA APROXIMACIÓN AL AMPARO COLONIAL

En todos los casos que revela el profesor Lira, destaca nítidamente determinados elementos que identifican a la institución del juicio de amparo mexicano.¹¹ Así, se aprecia que existen los siguientes elementos constitutivos:

¹⁰ Lira González, Andrés, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano*, cit., pp. 13 y 14.

¹¹ Petición de amparo de los indios “vecinos e moradores” de Santiago Tlatelolco del 10 de febrero de 1537; Mandamiento del Virrey Don Lorenzo Suárez de Mendoza del 15 de noviembre de 1582; Mandamiento de amparo de Don Álvaro Manrique del 14 de diciembre 1587 y del mes de octubre de 1589; Mandamiento de amparo del Alcalde Mayor del Pueblo de Querétaro de 10 de septiembre de 1590; Mandamiento de amparo de Don Rodrigo Pacheco Osorio, Marqués de Cerralvo del 10 de julio de 1630; Mandamiento de amparo expedido por el Virrey Antonio Sebastián Toledo Molina y Salazar del 8 de junio de 1966; Mandato de amparo de Don Joseph Sarmiento del 18 de febrero de 1701; Mandamiento

- a) La petición o demanda.
- b) El quejoso, que resultan ser normalmente indios o “vecinos o moradores”.
- c) Acto reclamado, o agravios consistentes en despojos de tierras, actuales y futuros, con alteración de la posesión pacífica.
- d) El derecho de propiedad de los quejosos.
- e) Unos agraviantes o responsables del acto reclamado, que actúan contra derecho en perjuicio del quejoso.
- f) Una autoridad a la que se acude en demanda de amparo, que en este caso es el rey.

En su intento de definición, Andrés Lira diseña una *clasificación lógica* de los *elementos esenciales del amparo colonial*, agrupándolos, luego de agregar el elemento diferenciador, en elementos *personales* (autoridad protectora, quejoso y agraviantes o responsables del acto reclamado), de *procedimiento* (petición o demanda de amparo y disposición o “mandamiento de amparo”) y *materiales u objetivos* (actos reclamados y derechos protegidos). Dicha agrupación la diseña consciente de la inalterabilidad de estos elementos en la época colonial por lo que su denominación de *esenciales del amparo colonial* resulta una consecuencia necesaria.

Con estos delineamientos, Andrés Lira define la institución novohispana:

El amparo colonial es una institución procesal que tiene por objeto la protección de las personas en sus derechos, cuando éstos son alterados o violados por agraviantes, que realizan actos injustos de acuerdo con el orden jurídico existente, y conforme al cual una autoridad protectora, el virrey conociendo directamente, o indirectamente como presidente de la Real Audiencia de México, de la demanda del quejoso agraviado, sabe de la responsabilidad del agravante y los daños actuales y/o futuros que se siguen para el agraviado, y dicta el mandamiento de amparo para protegerlo frente a la violación de sus derechos, sin determinar en éste la titularidad de los derechos violados, y sólo con el fin de protegerlos de la violación.¹²

de amparo de Don Luis de Velasco del 29 de enero de 1590, del 17 de septiembre de 1590, del 20 de octubre de 1590, del 24 de diciembre de 1590, del 24 de diciembre de 1590, del 30 de enero de 1591, del 4 de septiembre de 1591, del 23 de septiembre de 1591, del 10 de abril de 1592; Mandamiento de amparo de Don Rodrigo Pacheco Osorio del 20 de septiembre de 1630 y del 14 de diciembre de 1630; Mandamiento de amparo del 23 de enero de 1632; Mandamiento de amparo del 4 de abril de 1633, y Mandamiento de amparo de Don Toledo Molina del 10. de diciembre de 1666.

¹² Lira González, Andrés, *op. cit.*, p. 35.

Como se puede verificar, la institución del amparo colonial es eminentemente protectora y esto con razón dado el régimen proteccionista que tuvieron los indios como gobernados, consideración especial que se traduce en una clara diferenciación con otros grupos étnicos y castas. Los indios fueron un grupo étnico o estrato social jurídicamente determinado en la sociedad colonial; es por esto que la mayoría de casos presentados por Andrés Lira, se refiere a protección de indios (*Y... me pidieron mandase ampararla... y conforme a ellos la ampareis*), máxime si eran considerados, dado el paternalismo proteccionista inserto en la sociedad colonial,¹³ como la parte débil de la sociedad a la que veían con especial empeño y cuidado en su condición de “vasallos o personas miserables”. Esto, aunado a la existencia del “...principio general de que el Rey y sus representantes tenían la obligación de cuidar el orden y la protección de sus gobernados, en tanto que el primero era «Amo y Señor natural» que debía impedir los abusos de cualquier persona frente a otra, y cuidar de no cometerlos él, y los segundos obraban en sus cargos siguiendo fines semejantes”,¹⁴ conllevaban necesariamente al origen del amparo como institución proteccionista.

¹³ Los rasgos distintivos de la sociedad colonial hacen de la institución del amparo una figura eminentemente proteccionista, dado que se trataba de una sociedad constituida por una población multirracial (complejidad étnica) y cada grupo racial (españoles, indios, mestizos, negros y castas) tenía una situación propia dentro de esa sociedad, con un estatuto jurídico propio; debido a la diversidad de problemas entre los grupos, creándose una desigualdad jurídica social de los estatus propios de cada grupo étnico, permaneciendo como característica fundamental; en sí una sociedad estamental con grupos étnicos y estatus jurídico social diferentes. Respecto a la forma de gobierno, existía una marcada centralización del poder en manos de un monarca absoluto y el fortalecimiento de la burocracia. Existía una dominación racional entre los gobernantes y los gobernados, estableciéndose una relación o vínculo personal, un paternalismo acentuado y predominancia del apego a las personas investidas del poder. El derecho, para evitar el choque de estamentos, da a cada grupo una situación jurídica propia, que paradójicamente acrecentó aún más los conflictos entre los diferentes grupos. Para los españoles, el derecho fue racionalizado en extremo con un carácter contractual predominante en sus relaciones; para los indios, un régimen proteccionista especial, dada su condición de parte débil de la sociedad colonial o de “personas miserables urgidas de protección”; para los otros grupos, un régimen jurídico predominantemente prohibitivo. Véase en especial el capítulo “Sistema colonial de América Hispana”, en Gandia, Enrique de y Levene, Ricardo, *Historia de América*, t. III, Descubrimiento de América Colonial Hispana, Buenos Aires, W. M. Jackson, 1942, pp. 254 y ss.

¹⁴ Lira Gonzalez, Andrés, *op. cit.*, p. 16.

V. LA PROPUESTA DE LIRA: UN BOCETO COMPARATIVO
DEL AMPARO COLONIAL Y DEL JUICIO DE AMPARO

Resulta sorprendente apreciar, en paralelo, la figura del amparo en su versión colonial y en la versión contemporánea del amparo en el marco de un régimen constitucional y que ha sido planteado por el profesor Lira en los siguientes términos:

Amparo colonial	Juicio de amparo
<i>1o. Sistema jurídico al que pertenecen</i>	
Derecho escrito, legislación integrada por la recopilación de disposiciones dictadas para resolver casos concretos.	Derecho escrito, legislación establecida por órgano legislativo conforme a una Constitución escrita, norma superior.
<i>2o. Forma en que se origina la institución</i>	
Nace por costumbre judicial, al irse resolviendo los casos de protección a las personas de acuerdo con los principios generales de derecho.	Nace por disposición legal, establecido en la Constitución, y reglamentado en las leyes ordinarias.
<i>3o. Objeto de la institución</i>	
Protección a las personas en sus derechos.	Sistema para controlar los actos de autoridad, asegurando la vigencia del régimen constitucional, a través de la protección de los derechos fundamentales del gobernado.
<i>4o. Tipo del medio protector</i>	
Jurisdiccional, en un sistema de derecho en el que no hay estricta división de poderes, aunque sí se diferencian las funciones, de las que una autoridad (la Audiencia y el virrey) se encargaron sucesiva y simultáneamente (“gobierno y justicia”).	Jurisdiccional, en un sistema organizado con base en la división de poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) a cada uno de los cuales se asigna una función (gobierno y administración, legislativa y jurisdiccional, respectivamente).
<i>5o. Alcance de la institución</i>	
<i>Autoridad protectora:</i> virrey y Audiencia, máximas autoridades.	Tribunales de la Federación, máxima autoridad judicial.
<i>Quejoso:</i> toda persona en cuanto gobernada.	Toda persona en cuanto gobernada.
<i>Agravante:</i> toda persona.	Autoridades (órganos del Estado únicamente).

Amparo colonial	Juicio de amparo
<i>5o. Alcance de la institución</i>	
<i>Queja o demanda:</i> exposición de hechos violatorios, suspensión de actos, reparación de daños, petición de protección o amparo.	Exposición de hechos violatorios, señalamiento de la garantía violada; petición de suspensión de actos, y de protección. Puede ampliar sus alcances por la suplencia de queja.
<i>Forma:</i> no la hay determinada; es la forma usada en la práctica la que define la institución.	Establecida por la ley: procedimiento para la prosecución del juicio.
<i>Sentencia:</i> mandamiento de amparo; protección a las personas en sus derechos frente a una violación, sin juzgar del fondo del asunto. Impone sanciones a los agraviantes y a quienes abusan de la protección.	Protege a las personas en sus derechos, sin juzgar del fondo del asunto. Reposición de las cosas al estado que guardaban antes de violarse la Constitución.
<i>Alcance relativo:</i> sólo personas y derechos sometidos al conocimiento de las autoridades en cada caso.	Sienta criterios para definir el derecho público, pues constituye una interpretación de la ley fundamental o Constitución.
<i>Derechos:</i> derechos de la persona en general, establecidos por el sistema de derecho positivo; hay algunos (fueros, nobleza, cacicazgo, etcétera) que son de desigualdad jurídica.	Derechos fundamentales del gobernado: igualdad, libertad, propiedad, seguridad jurídica y, en el régimen de 1917, seguridad social.
<i>Actos reclamados:</i> actos violatorios de esos derechos que causen un agravio, pudiendo provenir de cualquier persona; actos presentes, pasados y futuros, se consideran las posibilidades más o menos inmediatas. Actos de autoridad, presentes, pasados y futuros, pero inminentes, que causen al quejoso un agravio personal y directo, violando sus derechos establecidos en la Constitución; esto es, se requiere la violación de esta norma fundamental.	

VI. EL AMPARO COLONIAL EN EL PERÚ

Si bien, México ha venido desarrollando, a través de la tesis de Andrés Lira, la idea de que no sólo los orígenes del amparo se manifiestan en su versión republicana, a través de los proyectos que desarrollaran en su momento Manuel Crescencio Rejón y Mariano Otero, a la que luego seguirían insignes teóricos como Vallarta y otros, sino que incluso desde la Colonia misma, ya se manifestaban genéticamente los delineamientos del amparo moderno. No obstante, cabe aquí reivindicar con ahínco que lo propio ha ocurrido en el Perú; esto es, dada la similitud del influjo de la Corona en México y el Perú colonial, las fuentes hispánicas, prácticamente se manifestaron en ambas latitudes, y por qué no decirlo, se extendieron a las antiguas intendencias de lo que hoy son los países latinoamericanos.¹⁵

Cabe aquí verificar cómo se ha manifestado el amparo colonial en el Perú. Al respecto, bien podríamos homologar la versión de Andrés Lira, con el trabajo que en su momento publicara en el Perú Jorge Guevara Gil, donde desarrolla una aproximación empírica de los antiguos interdictos y los amparos reales que existieron en la época y que Domingo García Belaunde lo ha reivindicado en un extraordinario ensayo.¹⁶

Las principales disputas surgidas alrededor de la sociedad colonial eran relativas a la propiedad y posesión de la tierra, y aun con mayor tesón por las cultivables, en las cuales tomaban lugar tanto españoles como indígenas, enmarañándose con frecuencia en procesos judiciales para defender los derechos que creían les correspondían. El régimen jurídico de los principales mecanismos de defensa de la propiedad agraria eran los interdictos: de poseer, de conservar y de recobrar.

En su libro *Propiedad agraria y derecho colonial*, Jorge Guevara Gil, a través del análisis de antiguos documentos encontrados en la hacienda Santotis, nos acerca al pantagruélico bagaje documental que significó el derecho en esta etapa de nuestra historia, donde la escritura y el derecho iban de la mano, de forma obsesiva. Nos ofrece por tanto, valiosos aportes documentales, cuyo discurso seguiremos brevemente para observar si los elementos del amparo colonial se encontraban igualmente en el virreinato peruano, y

¹⁵ Aunque no se trata en estricto de los viejos interdictos coloniales, puede apreciarse un muestreo de heterodoxos procesos en las antiguas colonias de Santo Domingo en Rodríguez Morel, Genaro, *Cartas de la Real Audiencia de Santo Domingo (1547-1575)*, Santo Domingo, Archivo General de la Nación, vol. CXLIX, 2011.

¹⁶ García Belaunde, Domingo, “El amparo colonial peruano”, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Themis, 2001, pp. 79-87.

permitiéndonos, además, dar una mirada a los primeros años del derecho colonial.¹⁷

Cierto es, como se indica en el libro, que el apegado uso del exceso documental, tiene, entre otras razones, no sólo asegurar el derecho contra toda oposición particular, sino también contra las posibles arbitrariedades del absolutismo regio.

Los documentos de Santotis ofrecen a su vez constancia de los litigios jurídicos de sus sucesivos propietarios y la historia de su formación y consolidación a través de los años, valiéndose de los mecanismos legales que se encontraban a su alcance, otras veces abusando de ellos, brindándonos así una panorámica del derecho colonial.

VII. MODOS DE ADQUISICIÓN DE PROPIEDAD EN EL VIRREINATO DEL PERÚ

Un somero vistazo a los medios de adquisición de propiedad de la tierra en la época virreinal, presenta el siguiente esquema.

1. *La merced de tierras*

Este mecanismo de adquisición consistía en que la Corona española o sus representantes concedían a un particular el dominio sobre determinada porción de terreno. Esta forma de adquisición se otorgaba en virtud de los servicios prestados a la monarquía, especialmente en el afán conquistador y colonizador que impuso la metrópoli.

2. *Compraventa*

En función del contexto histórico social, bien se puede precisar que el término compraventa estaba relativizado con relación a como hoy lo conocemos, pues muchas veces su figura parece fundirse con la permuta. Esto se debe a que los negocios de venta de predios se perfeccionaban al entregarse con frecuencia otros bienes, como llamas u ovejas; sin embargo, es de observar que en la época colonial, el dinero era muy escaso, obligando

¹⁷ Guevara Gil, Jorge A., *Propiedad agraria y derecho colonial. Los documentos de la Hacienda Santotis. Cuzco (1543-1822)*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993.

a aquellos que querían hacer intercambios y compras a valorizar determinados bienes (*pecunia*), y entregarlos como dinero (*pecunia numerata*). Creando así un dinero virtual, que fue el modo en que la mayoría de los negocios se perfeccionaban.

Cabe indicar una diferencia sustancial con la permuta en aquellas épocas. En ésta se intercambiaba bienes de la misma especie (por ejemplo, se intercambiaban la posesión de dos predios), mientras que en la compraventa, como era el caso colonial, se intercambiaban predios por animales, algún artefacto, o cosas que estaban valoradas, y que sustituían al dinero en la operación.

3. *La permuta*

Como ya se ha indicado, esta institución consistía en el intercambio de bienes de la misma especie, siendo ésta su diferencia principal con la compraventa.

4. *Posesión*

En los documentos de Santotis se observa que la posesión operó como medio de adquisición de propiedad, es decir, que se esgrimió como perfeccionamiento de la titularidad del bien. Después de la obtención del título, el propietario debía tomar posesión del bien, siguiendo determinadas formalidades, como pasearse por sus linderos, cortar algunos árboles, etcétera.

La posesión por sí misma también podía trasformarse en título de dominio a través de la figura de la prescripción adquisitiva (*usucapio*), y tenía como requisitos: plazo, justo título y buena fe.

Debe destacarse que las propiedades adquiridas eran, cada cierto tiempo, puestas a prueba, por mecanismos de consolidación de la propiedad agraria:

- a) *La composición de títulos de propiedad*: mediante la cual se legalizaban los títulos agrarios cada determinado lapso, con diversos fines, algunos simplemente por la necesidad de la Colonia de mayor recaudación tributaria.
- b) *El real amparo*:

[era] pesquisa secreta realizada por un visitador, mediante la cual debía “averiguar el título de fundación de la dicha hacienda y (los títulos) en los

cuia virtud la tiene y posee el dicho Diego de Santotis”. Por el otro, debía investigar ‘si los indios de provisión (tales como) los yanaconas voluntarios concertados y alquilados... an sido agraviados, vexados o (molestados) por el dicho Diego de Santotis o por su muger hijos mayordomos o criados.¹⁸

VIII. MEDIOS DE DEFENSA DE LA TIERRA EN EL VIRREINATO DEL PERÚ

1. *Interdicto de adquirir*

Por el interdicto de adquirir, los hacendados, estancieros y campesinos consagraban su derecho a la posesión de las nuevas tierras en la Colonia, inscribiendo en el propio paisaje y en el papel el derecho de posesión rural, mediante la ejecución del rituales posesorios (actos) y su plasmación por escritos (actas), tratando de establecer así certeza legal gracias al registro documental y al carácter publico de su actuación.

Jorge A. Guevara Gil expresa que la tramitación de interdictos en el ámbito rural colonial fue fruto de cuatro factores:

- 1) El requerimiento que en las transferencias de predios (o bienes en general) confluyeran el título y el modo de adquisición. Mientras que el título de dominio perfeccionaba el derecho del adquirente, el modo de adquisición lo facultaba a aprehender materialmente el predio; es decir, primero se transfería el derecho y sólo después se practicaba la entrega del bien mediante los interdictos de adquirir.
- 2) Había la necesidad de contar con mecanismos de publicidad y registro que garantizaran el reconocimiento legal y social de los derechos patrimoniales del poseedor.
- 3) Había una exigencia de verificar los elementos constitutivos de la posesión, el *corpus* y el *animus*, por tanto el poseedor debía aprehender el bien realizando ciertos rituales como: pasear por el predio, mudar terrones, arrojar hierbas, cortar ramas de árboles, desalojar a terceros que se encontraran en el terreno materia de posesión, etcétera.
- 4) La influencia de los glosadores medievales en insistir sobre la verificación de la aprehensión corporal del predio.

¹⁸ Guevara Gil, Jorge A., *Propiedad agraria y derecho colonial*, cit., p. 187.

2. *Interdicto de conservar*

Conocido como mandamiento de amparo de la posesión, era otro instrumento legal para tutelar la posesión de la tierra, y era interpuesto por la persona que sufría la perturbación de la pacífica posesión de sus predios. El procedimiento se iniciaba con la presentación de la demanda, debiendo acreditar el demandante la posesión del bien y la perturbación sufrida o el despojo inminente de su predio, solicitando sobre esta base la emisión de un mandamiento de amparo y que el corregidor ordenara al demandado el cese de los actos perturbatorios. Se tenía que adjuntar medios probatorios necesarios para reforzar su posición, por ejemplo, información acerca de los predios, testigos, etcétera.

Luego el corregidor dictaba un auto admisorio y mandaba a actuar las pruebas ofrecidas por el demandante. Actuadas las pruebas ofrecidas (testimoniales, exhibición de documentos) el corregidor decidía si ameritaban la emisión del mandamiento de amparo. Si era así, corría traslado al demandado y convocaba a un “juicio verbal” en el que todo lo actuado y expresado por las partes era registrado en actas.

Concluida esta etapa, y en razón de 24 horas, el corregidor expedía su resolución que si era favorable al demandante, expedía el mandamiento de amparo en la posesión, o, en caso contrario, declaraba que no había lugar a la acción ni a la emisión del mandamiento.

Todo este procedimiento debía hacerse de forma expeditiva, sin embargo, y atendiendo a lo farragoso, y excesivamente escritural que era el derecho colonial, y atendiendo a factores económicos y políticos, estos interdictos podían dilatarse en el tiempo, convirtiendo en una verdadera guerra judicial, cuyas campañas y batallas ponían a prueba la paciencia de las partes, dejando, sin embargo, como resultado de la abundante producción documental una fuente “muy valiosa para la sustentación de los derecho posesorios posteriores”.¹⁹

3. *Interdicto de recobrar*

Llamado también acción de restitución de despojo o querrela de despojo, cuyo objetivo era recuperar la posesión de un bien que había sido arrebatado. Se tramitaba de forma sumaria y podía plantearse dentro del plazo de un año contado desde la cesación de la violencia. Con la demanda, el

¹⁹ *Ibidem*, p. 216.

despojado debía acompañar una información contundente para acreditar su posición. Si el juez acogía lo dicho por el demandante, ordenaba la inmediata restitución de la posesión, y podía a pedido de parte, ordenar el pago de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Estaban legitimados a interponer este tipo de interdicto los poseedores y propietarios de los bienes, siendo condición indispensable para que proceda la acción que se hubiese perpetrado efectivamente el despojo o usurpación de la posesión. La simple amenaza no era suficiente para plantearlo porque en ese caso correspondía accionar el interdicto para conservar.

El interdicto más notable contenido en la historia de Santotis, es el ventilado por Inés Tocto contra Pedro Alonso Carrasco, el mozo.

IX. COMPARACIÓN ENTRE EL AMPARO COLONIAL MEXICANO Y LAS FIGURAS DE INTERDICTOS EN EL VIRREINATO PERUANO, DE ACUERDO CON SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Habiendo revisado las características del amparo colonial mexicano y observado los medios de defensa de la propiedad agraria en el virreinato del Perú, pasaremos a establecer sus semejanzas, con base en sus elementos constitutivos que proporciona Andrés Lira y que aquí tomamos como referencia.

1. *Sistema jurídico al que pertenecen*

Derecho escrito, legislación integrada por la recopilación de disposiciones dictadas para resolver casos concretos. Dependiéndose tanto de la escritura que, como ya hemos indicado, en esta época hubo un apego documental excesivo. “Lewis Hanke —nos dice Jorge Guevara Gil— es quien más nítidamente ha formulado que tanto los españoles como los indios eran gente notablemente apegada a las formas legales, sumamente interesados y hasta obsesionados por las leyes y litigios”.²⁰ Con respecto a este fenómeno en la cultura autóctona del Perú, se ha llegado a decir que la misma “fetichizó la escritura y los papeles”.²¹

²⁰ Guevara Gil, Jorge A., *op. cit.*, p. 158.

²¹ La sociedad utópica sin letrados, que deseaba la Corona, dada la naturaleza “pleitistas” de éstos, nunca pudo ser alcanzada, y más bien, los pleitos judiciales abundaban entre los habitantes del continente conquistado, no sólo entre españoles, sino entre éstos y los naturales, y entre ellos mismos. Llegaron pues los indios a un conocimiento y práctica de las batallas legales que, en muchos casos, su pericia sólo podía ser contrarrestada, en el caso de

2. *Objeto de la institución*

Protección a las personas en sus derechos.

3. *Tipo del medio protector*

Jurisdiccional, en un sistema de derecho en el que no hay estricta división de poderes, aunque sí se diferencian las funciones, de las que una autoridad (la Audiencia y el virrey) se encarga sucesiva y simultáneamente (“gobierno y justicia”) como última instancia en el virreinato.

4. *Alcance de la institución*

A. *De los elementos personales*

a. Autoridad protectora

Virrey (a partir de la segunda mitad del siglo XVI) y Audiencia Reales (gobernó entre los años 1528-1535), máximas autoridades coloniales, en el caso del Perú, los corregidores y magistrados estaban en primer término.

b. Quejoso

Toda persona en cuanto gobernada, podían ser, indios o moradores. En el caso de indios tenían que hacerlo a través de sus representantes españoles, dada la condición de miserables o incapaces relativos que tenía la población indígena:

A tal efecto concurrieron instituciones y funcionarios entre los que se cuentan los curadores, los protectores, los procuradores, e inclusive los encomenderos que, en teoría, también debían participar en este propósito... inicialmente fueron los obispos quienes fungieron de protectores; [luego]... desde 1554 a 1557 el cargo recayó en los fiscales de audiencias, y después se transfirió a funcio-

los españoles, por el aplastante poder económico y político de éstos. Véase en especial “Las audiencias” y “La justicia colonial y formas de derecho procesal”, en Gandía, Enrique de y Levene, Ricardo, *op. cit.*, pp. 262-265 y ss.

narios especializados que recibieron el nombre de protectores generales de indios desde los tiempos del virrey Toledo.²²

c. Agraviante

Toda persona que se comportaba de tal manera que su conducta era una agresión sobre otra en sus derechos, era agravante para los efectos del amparo.

B. De los elementos de procedimiento

a. Queja, petición o demanda de amparo

Exposición de hechos violatorios, suspensión de actos, reparación de daños, petición de protección o amparo. Se tenía que adjuntar medios probatorios necesarios para reforzar su posición, por ejemplo, información acerca del predio, testigos, etcétera.

b. Forma de presentación de la queja

No la hay predeterminada; es la forma usada en la práctica la que define la institución.

c. Procedimiento

Al referirnos al interdicto de conservar observamos el procedimiento que se llevaba a cabo luego de la presentación de la demanda, estableciéndose como característica saltante que debía ser expeditivo, sin dilaciones que podrían producir perjuicios irreparables al agraviado; sin embargo, como también habíamos indicado, algunas veces, se desnaturalizaban de tal manera que podían demorar años como en el caso que enfrentó a Inés Tocco contra Pedro Alonso Carrasco, el mozo, por la posesión de 30 pozas de sal y medio topo de tierra. Este caso se llevó de manera muy diligente hasta cierto punto luego del cual se “convertirá en una antología de artimañas legales y subterfugios que los agentes sociales, económica y políticamente

²² Guevara Gil, Jorge A., *op. cit.*, p. 95.

fuertes, enarbolaron para sustentar posiciones y posesiones jurídicamente insostenibles”.²³

d. Sentencia

Luego del “juicio verbal”, el corregido tenía 24 horas para dictar sentencia “en la que podía declarar que la petición del demandante era justa y bien probada, y procedía la emisión del *mandamiento de amparo en la posesión* (en caso contrario declaraba que no había lugar a la acción ni a la emisión del mandamiento).²⁴

Mediante el mandato de amparo el corregidor ordenaba al demandado el cese de los actos perturbatorios y la protección a las personas en sus derechos frente a una violación, sin juzgar el fondo del asunto. Impone sanciones a los agraviantes y a quienes abusan de la protección. Andrés Lira lo define como:

Disposición de la máxima autoridad, el virrey, dictada para proteger los derechos de una persona frente a la agresión actual o futura que en su detrimento realizan otras personas, autoridades políticas o no, ordenándose, según el caso, la reparación de los daños causados o la suspensión de aquellos actos que puedan causarlos, sin resolver sobre el fondo del asunto, sino limitándose a defender al agraviado frente a la agresión injusta, y dejando a salvo los derechos de terceros en general, que puedan determinarse por la vía legal ordinaria, mediante el procedimiento adecuado.

Debe dejarse claro que el derecho, que reclama ser amparado, no se establece o declara a favor de los amparados, sino que se protege frente a un ataque injusto, hecho de manera ilegal conforme al ordenamiento jurídico positivo, y en el cual se concibe una vía (“fuero y derecho”) para discutir la titularidad del derecho que en el amparo es objeto de protección. En sí éste involucra diversos aspectos: establecimientos de precedentes de manera relativa (en relación con el caso concreto, caso de las “confirmaciones de amparo”), suspensión de los actos reclamados, la reparación del daño causado hasta el momento del amparo, imposición de penas a los agraviantes o responsables del acto reclamado y a los que abusaban de la protección del amparo, y la averiguación previa sobre las condiciones alegadas por el quejoso.

²³ *Ibidem*, p. 223.

²⁴ *Ibidem*, p. 217.

3. *De los elementos materiales u objetivos*

A. *Derechos protegidos*

- a) *Derechos de la persona en general*: (libertad individual, libertad de residencia, etcétera), establecidos por el sistema de derecho positivo; hay algunos (fueros, nobleza, cacicazgo, etcétera) que son de desigualdad jurídica.
- b) *Derechos patrimoniales: reales* (propiedad, posesión de sitios en el mercado para los vendedores, exclusividad en una calle para tener una escuela, el goce de una licencia para el comercio y descubrimiento y la posesión de minas con el objeto de explotarlas, etcétera). Los documentos de Santotis nos ofrecen ejemplos de protección de derechos reales, principalmente por disputas de posesión y propiedad; *personales* (derecho de unas personas a los servicios de otras, derecho al servicio de los indios para beneficio de tierras). Otros derechos (derecho a cargos o puestos determinados, los amparos de nobleza).

B. *Actos reclamados*

Actos violatorios de esos derechos que causen un agravio, que puede provenir de cualquier persona; actos presentes, pasados y futuros, se consideran las posibilidades más o menos inmediatas (criterio temporal).

Conforme a la definición ofrecida por Andrés Lira, y en contraste con los elementos ofrecidos en las figuras interdictales que se aprecian en los documentos de la Hacienda Santotis, las referidas instituciones del virreinato peruano gozan de las características del amparo colonial, brindándonos la posibilidad de afirmar que la tradición del amparo en el Perú tiene antecedentes mucho más antiguos de los que se pensaba. En esta perspectiva, bien cabe recapitular que en el Perú sí existió, tan igual que en México, un amparo colonial, propio del influjo de la vieja legislación del virreinato.

X. EPÍLOGO

Recapitulando, bien podríamos señalar que los antecedentes históricos constituyen un presupuesto cognoscitivo ciertamente imprescindible para entender la progresiva evolución y desarrollo de lo que actualmente se conoce como “procesos constitucionales”, como es el amparo; puesto que la historia

nos ofrece un panorama amplio para el conocimiento de determinada institución, no sólo por la comprensión de las raíces culturales e históricas en que dicho instituto se asienta, sino fundamentalmente por la valoración que nos permite efectuar de la posición actual que determinado instituto posee y de los posibles retos que su configuración presenta frente a los cambios que el futuro inevitablemente depara.²⁵

Con todo, el amparo sólo puede entenderse contemporáneamente a partir de la lengua de los derechos²⁶ que surge desde hace casi dos siglos,²⁷ y, en tal sentido, el reconocimiento de sus viejos antecedentes, sólo permiten ver cómo han venido progresivamente evolucionando viejos institutos, que si bien tienen su origen formal en la República, la historiografía rescata sus antecedentes en el pasado colonial. En tal sentido, México y Perú guardan una similitud, pues ambos países y, lo más probable, otros más de la época virreinal, regulaban los interdictos de la Colonia como instituciones que, en parte, podrían homologarse a la estructura contemporánea del juicio o proceso de amparo.

²⁵ Aron, Raymond, *Lecciones sobre la historia. Cursos del College de France*, texto establecido, presentado y anotado por Sylvie Mesure y prólogo de Soledad Loaeza, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, fundamentalmente los capítulos relacionados a la explicación y la comprensión histórica, pp. 135-163.

²⁶ García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 2001, pp. 152 y 153.

²⁷ En este sentido, puede verse el trabajo de González Oropeza, Manuel, *Los amparos primigenios (1848-1865)*, México, Porrúa, 2012.