

prescindibles para conocer la realidad jurídica argentina), precedentes, desarrollo postconstitucional, referencias al Derecho Comparado y continuas argumentaciones axiológicas. El resultado es un trabajo de elevado interés que incorpora dosis de utilidad para la construcción del proceso democrático. Es necesaria una labor de este tipo pues, como hemos visto, la reforma constitucional de 1994 presenta preocupantes sombras en el campo del equilibrio y control recíproco de poderes, que también hay que recordar junto al positivo avance experimentado en el reconocimiento y garantía de los derechos

fundamentales. Por ello, para Ekmekdjian, el balance final de la reforma «es negativo, porque las modificaciones producidas en la norma constitucional no han mejorado el sistema democrático y, sobre todo, han atenuado peligrosamente el sistema republicano, al acrecentar aún más las atribuciones, ya excesivas, del Poder Ejecutivo» (p. 34). No obstante, la clave estará realmente en la concreta dinámica institucional que genere la realidad política, aunque esta criticable construcción constitucional sea un riesgo cuya eliminación merecería otro deseable cambio de la Carta Magna.

GERARDO ETO CRUZ, *Régimen legal del habeas corpus y amparo*, Gaceta Jurídica, s/l. (Perú), 1999.

POR JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO *

1. En el libro que aquí vamos a comentar, Gerardo Eto Cruz estudia el hábeas corpus y el amparo en Perú, y ello con un detalle mayor del que podría inducir a pensar su modesto título, pues no se limita su autor a una exposición del régimen legal de estas acciones constitucionales de defensa de los derechos y libertades fundamentales en Perú, sino que formula objeciones, críticas y posibles vías de solución a algunos de los problemas que

dichas acciones plantean. En el libro se aborda, en realidad, un estudio de dos de los mecanismos procesales que, junto a la acción de cumplimiento y el hábeas data, configuran lo que podría llamarse, como hace el autor utilizando la célebre expresión de Cappelletti¹, la «jurisdicción constitucional de la libertad» en Perú.

Sin entrar aquí en una definición precisa de la «jurisdicción constitucional de la libertad», lo que sí puede

* Área de Derecho Constitucional, Universidad de Santiago de Compostela.

¹ Cfr. MAURO CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Giuffrè, Milán, 1955, del que hay traducción castellana de Héctor Fij Zamudio (UNAM, México, 1961). Pero, al día de hoy, sigue todavía faltando una elaboración y tratamiento en profundidad de la jurisdicción constitucional de la libertad como (posible) categoría dogmática de una Teoría de la Constitución, tarea que desde luego Cappelletti no llevaba a cabo en su citado libro. Por ello, sigue siendo cierta la apreciación de Cascajo Castro de que «la jurisdicción constitucional de la libertad no pasa de ser una expresión afortunada para designar lo que Fij Zamudio denomina medios procesales específicos de protección de los derechos fundamentales». JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO y VICENTE GIMENO SENDRA, *El recurso de amparo*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 50. Véase, asimismo, el temprano trabajo de JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO, «La jurisdicción Constitucional de la libertad», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 199, enero-febrero 1975, pp. 150 ss.

decirse es que la misma hace referencia a aquellos mecanismos procesales instituidos a nivel constitucional de modo específico para la protección de los derechos y libertades constitucionalmente garantizadas. Debe, sin embargo, reconocerse que no es posible en realidad establecer una contraposición entre la jurisdicción constitucional de la libertad y la jurisdicción constitucional que podríamos llamar objetiva, que vendría integrada, fundamentalmente, por la acción (o recurso) de inconstitucionalidad, la cuestión del mismo nombre y los conflictos constitucionales. Esta última sería «objetiva» en el sentido de que los mecanismos procesal-constitucionales que la integran no se dirigen a tutelar intereses o derechos subjetivos, sino que tienen como finalidad primigenia la salvaguarda de la supremacía constitucional. En la realidad, no obstante, las cosas no son tan sencillas, pues, por un lado, los mecanismos procesales que integran la jurisdicción constitucional de la libertad presentan siempre, junto a

su primordial dimensión subjetiva, una complementaria vertiente «objetiva»; y, por otro lado, los mecanismos de control «objetivo» de la constitucionalidad en ocasiones presentan también, por su parte, una importante dimensión subjetiva y, en cualquier caso, sirven casi siempre en último término para la protección de la libertad y ello, por cierto, no como un mero efecto reflejo no pretendido. Aun con estos matices, y otros muchos que habría que hacer, lo cierto es que la distinción, o contraposición, entre una jurisdicción constitucional de la libertad y otra jurisdicción constitucional «normativa» u «objetiva» (otros la llaman «orgánica») tiene una importante utilidad, siempre y cuando no se vea como contraposición absoluta o cualitativa, sino meramente cuantitativa, esto es, relativa a los elementos predominantes: objetivos o, por el contrario, de tutela de intereses subjetivos fundamentales².

Una característica de la jurisdicción constitucional de la libertad es que, salvo alguna excepción³, se trata de

² Cuestión distinta es la de determinar cuál es el elemento predominante en cada sistema de jurisdicción constitucional: la tutela de derechos fundamentales o la tutela de la norma objetiva. En el sistema «kelseniano» o europeo originario, en contraposición al sistema americano, predominaría la tutela objetiva o normativa, si bien al poco tiempo comienza a evolucionar hacia la tutela subjetiva, lo que lo aproxima al sistema difuso, en el que siempre predominó la dimensión subjetiva. En realidad, esa evolución de la jurisdicción constitucional europea del momento originario puramente «kelseniano» a la situación actual no es más que un reflejo del cambio evolutivo que se produce en Europa del concepto de Constitución, asumiéndose el llamado concepto norteamericano de Constitución: la Constitución como norma vinculante consagrada no sólo de un sistema de gobierno, sino también de unos derechos fundamentales, a los que se extiende su fuerza normativa. No obstante, debe destacarse que, en contra de lo que a veces se cree, la protección de la libertad de expresión, la igualdad ante la ley y el debido proceso (con la transcendencia que tiene este *due process*, en su aspecto sustantivo, a través de la llamada «doctrina de la incorporación» de las distintas libertades) en EEUU no se inicia hasta bien entrada la tercera década de este siglo, limitándose antes la protección a ciertos derechos de carácter básicamente económico, especialmente el derecho a la propiedad y la libertad de empresa. Es sólo en 1938, con ocasión de la sentencia *United States v. Carolene Products Co.* cuando el Tribunal Supremo inaugura esa nueva etapa. En esa sentencia, como nos dicen Nowak y Rotunda, «la mayoría señaló que no podía continuar el rechazo del debido proceso sustantivo (substantive due process) en áreas que afectaban a garantías constitucionales específicas o a ciertos grupos minoritarios en situación de desventaja». JOHN E. NOWAK y RONALD D. ROTUNDA, *Constitutional Law*, West Publishing Co., Hornbook Series, St. Paul, Minnesota, 1991, p. 389.

³ Es el caso de Costa Rica. En efecto, en este país la competencia tutelar de los derechos fundamentales corresponde a la Sala de lo Constitucional del Tribunal Supremo de

una jurisdicción «difusa», esto es, la tutela de los derechos fundamentales no es una competencia exclusiva del tribunal constitucional, allí donde lo haya, o de la Corte Suprema, sino que es una competencia compartida con los tribunales ordinarios o inferiores. A su través se ha insertado en los sistemas de control abstracto de la constitucionalidad un elemento «difuso». Pues bien, así ha ocurrido también en Perú, y el libro de Eto Cruz estudia dos de los componentes fundamentales de esta jurisdicción constitucional de la libertad en Perú: el hábeas corpus y el amparo. A continuación, comentaremos el tratamiento que da Eto Cruz a los aspectos más importantes de estas dos acciones constitucionales, para lo cual seguiremos un esquema de exposición tradicional (legitimación activa y pasiva, competencia, objeto, parámetro, procedimiento y efectos de las sentencias) que nos parece el más apropiado a los efectos de este breve comentario y que *grosso modo* es también el empleado por Gerardo Eto Cruz.

2. Empezando por la legitimación activa, debe señalarse que la misma, en el caso del hábeas corpus, se otorga no sólo al afectado (incluidos los niños o adolescentes), ni tampoco sólo a los que tengan algún interés legítimo, sino a cualquiera que lo interponga en nombre del perjudicado, sin necesidad de poder representativo ni de alegar ni acreditar ningún interés propio. También se legitima al Defensor del Pueblo, quien puede asimismo coadyuvar a la defensa del perjudicado⁴. Esta legitimación completamente abierta en

materia de hábeas corpus se explica sin duda por el carácter supremo y valor central de la libertad como derecho fundamental y la gravedad de toda medida de privación de la libertad, presupuesto de los demás derechos, pero sobre todo por el hecho de que el interesado no podrá, en buena parte de los casos de verdadera privación ilegítima de libertad, ejercitar la acción por sí mismo.

En cambio, respecto del amparo sólo aparece legitimado, en principio, el interesado o su apoderado, así como el Defensor del Pueblo. No obstante, se admite también que la acción la ejerza cualquiera en nombre del interesado, incluso sin poder expreso, situación que puede darse en caso de imposibilidad del agraviado (imposibilidad física, ausencia del lugar, atentado concurrente a la libertad individual o causas análogas), pero una vez desaparecida tal imposibilidad el agraviado habrá de ratificar el ejercicio de la acción por el tercero en un plazo fugaz y de modo expreso. Y en materia medioambiental, por tratarse de intereses difusos, cualquiera puede interponer la acción de amparo (amparo ecológico), también ONGs sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa del medio ambiente.

3. En cuanto a la legitimación pasiva, tanto en el caso del hábeas corpus como en el del amparo, la acción puede dirigirse no sólo frente a cualesquiera autoridades no públicas, sino también frente a particulares, siguiendo así una tradición que, en cuanto al hábeas corpus, se remonta a cierta

Justicia, que viene a ser —o a funcionar como— un Tribunal Constitucional. Se explica quizás por las reducidas dimensiones del país; no obstante, no es ésa la solución a la que se llega en otros Estados de dimensiones aun más reducidas, como es el caso de la Constitución andorrana, que prevé la tutela urgente y preferente «pels tribunals ordinaris» (artículo 41.1), sin perjuicio de un «procediment excepcional d'empara davant el Tribunal Constitucional» (artículo 41.2 CE), de carácter subsidiario.

⁴ En el caso del hábeas corpus, respecto a los supuestos de terrorismo agravado se ha establecido por Decreto Legislativo la competencia del Juez Instructor militar, lo que Eto Cruz juzga inconstitucional.

jurisprudencia de los años cuarenta y que se consagró a nivel positivo en la Constitución de 1979. Cuestión distinta, y que no se aborda lógicamente en el libro dado su enfoque procesal, es la de la intensidad con que los derechos fundamentales, y cada uno de ellos en particular, sea oponible frente a particulares, pues la eficacia *inter privados* de los derechos fundamentales no puede ser siempre igual a la que aquéllos despliegan frente a los poderes públicos.

4. Con relación a la competencia, corresponde en el caso del hábeas corpus al Juez especializado de Derecho Público en la capital y la Provincia Constitucional del Callao; y en los demás distritos judiciales a los Jueces Especializados Penales y, en su caso, al Juez Mixto. Lo mismo rige para el amparo con la variante de que en la segunda de las hipótesis la competencia corresponde al Juez Civil, y no Penal, o Mixto. Y en caso de que la lesión o amenaza de lesión del derecho constitucional de que se trate tenga su origen en una orden judicial, la competencia se atribuye a la Sala Superior de Derecho Público si es en Lima o el Callao y a la correspondiente Sala Especializada (Penal para el hábeas corpus, Civil para el amparo) o Mixta en

el caso de los demás Distritos Judiciales, la que, por su parte, designará al Juez Especializado (Penal para el hábeas corpus, Civil para el amparo) o Mixto.

5. Respecto del objeto protegido a través de estas acciones se trata de derechos constitucionales en ambos casos. Puede decirse que el amparo es la acción general, o residual si se quiere, para todos los derechos constitucionales⁵ no protegidos por otras acciones⁶, y el hábeas corpus es una acción especial para la protección específica de la libertad física y todos los derechos con ella relacionados o conexos, para lo que el legislador sigue un criterio lato y considera, así, entre estos derechos a la libertad de conciencia y de creencia, la reserva sobre las propias convicciones, el no ser violentado para obtener declaraciones, etc. El parámetro de control vendría constituido por las normas que garanticen el derecho de que en cada caso se trate⁷. Respecto ya de los actos frente a los que protege el amparo, debe decirse que tanto en el caso del hábeas corpus como en el de la acción de amparo, la protección se otorga no sólo frente a los actos lesivos de tales derechos, sino también frente a las amenazas de violación del derecho de que en cada

⁵ Eto Cruz dedica especial atención a la cuestión de los derechos constitucionales protegibles a través de esta acción, para lo que sigue un criterio latísimo y entiende, en suma, que pueden protegerse a través de esta acción también derechos reconocidos en la Constitución sólo de una manera tácita, así como derechos humanos extra-constitucionales (que, a su juicio, son también derechos fundamentales), bien reconocidos por la jurisprudencia ordinaria o constitucional, bien que deriven de la «dignidad del hombre» (y aquí incluye el autor a los derechos naturales, los morales, y los derechos del hombre), y también podrían protegerse por esta acción los llamados en Derecho Internacional de los derechos humanos «derechos del pueblo», concepto que Eto Cruz examina. Realiza el autor, además, en su obra un estudio detallado y exhaustivo acerca del concepto de derechos humanos y otros conceptos afines.

⁶ Además del hábeas corpus, serían acciones constitucionales especiales la de cumplimiento (frente a omisiones legislativas o administrativas) y el hábeas data.

⁷ Y sobre la relevancia práctica de la distinción entre el derecho constitucional y la norma constitucional que lo garantiza, véanse, para España, las SSTC 114/1995, de 6 de julio, FJ 2º y 78/1997, de 21 de abril, FJ 4º: «... la jurisdicción de amparo, en rigor, no ha sido constituida para reparar infracciones de preceptos sino vulneraciones de derechos; de aquellos derechos fundamentales, se entiende, aludidos en el art. 53.2 CE».

caso se trate; y no sólo frente a las actuaciones positivas sino también frente a las omisiones. No procede en principio el amparo contra leyes, si bien Eto Cruz analiza una reciente jurisprudencia del TC que, a su juicio, parece consagrar tal posibilidad respecto de las leyes autoaplicativas que obligan a la persona desde su entrada en vigor a hacer o dejar de hacer, sin necesidad de acto posterior de autoridad para que se genere dicha obligatoriedad, refiriéndose asimismo el autor a la cuestión en el Derecho mexicano.

6. En cuanto al procedimiento, en el caso del hábeas corpus rige un flexible principio antiformalista, y puede interponerlo el perjudicado o cualquiera «sin necesidad de poder, papel sellado, boleta de litigante, derecho de pago, firma de letrado o formalidad alguna»; y puede hacerlo por escrito (incluido el telegrama, previa la debida identificación del reclamante, actor o demandante) o verbalmente, debiéndose en el último caso suministrar una sucinta relación de los hechos para darle curso. Y el recurrente, de ser ello posible, deberá indicar el día y la hora en que se produjo la detención y el lugar en que se encuentra el detenido. No cabe la recusación por parte del legitimado pasivo, ni la inhibición del juez o secretario; caben las pruebas instrumentales en cualquier estado del proceso; se garantiza asistencia letrada de oficio a cargo del Estado pero sólo si el agraviado lo solicita, y sólo el actor puede pedir aplazamiento de diligencias o informes forenses. El procedimiento se caracteriza por su rapidez y preferencia, a fin de que el responsable de la privación de libertad justifique ésta, resolviendo el juez de manera inmediata sobre la libertad o no del detenido, admitiéndose sólo

determinadas causas tasadas de improcedencia de la acción. En caso de que la violación (o amenaza) se base en una norma incompatible con la Constitución, tal norma debe inaplicarse *in casu*, sin derogarla ni anularla.

En el caso del amparo, se requiere el agotamiento de las vías previas, con ciertas excepciones taxativas (vías previas no reguladas; riesgo de irreparabilidad; vía previa iniciada por el reclamante sin estar obligado; cuando no se resuelve en la vía previa en los plazos fijados para su resolución; o cuando una resolución que no es la última en la vía administrativa es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida), si bien debe hacerse constar que, según García Belaunde, el Código Procesal Civil actualmente vigente contiene algunos instrumentos rápidos (procedimientos abreviados o cautelares) que pueden ser más eficaces que el amparo⁸. La acción deberá ejercitarse por escrito, pudiendo solicitarse en cualquier momento la suspensión del acto reclamado como medida cautelar, para lo que el autor estima que deben darse los dos requisitos tradicionalmente exigidos para este tipo de medidas: *bonus fumus iuris* y *periculum in mora*. Se prevé una tramitación acelerada y preferente, así como una lista tasada de causas de improcedencia. También se consagra, como nos dice Eto Cruz, la posibilidad de inaplicación al caso de leyes o normas inconstitucionales, así como la «suspensión de la queja», que también rige para el hábeas corpus, y en virtud de la cual el Juez deberá suplir las deficiencias procesales en que incurra el agraviado, bajo responsabilidad y en caso de que el actor incurra en error al nominar la acción constitucional (hábeas corpus o amparo), el juez ante quien se haya presentado dicha acción

⁸ DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, «La jurisdicción constitucional en Perú», en FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO y DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, *La justicia constitucional en Iberoamérica*, Dykinson y otras, Madrid, 1997, p. 848.

deberá inhibirse de su conocimiento y remitirlo de inmediato al competente, bajo responsabilidad.

7. Y ya por último, en lo que se refiere a los efectos de las resoluciones judiciales que resuelven sobre el fondo de la acción de amparo o del hábeas corpus, debe decirse que en la hipótesis de que se estime que la norma de cobertura de la conducta lesiva o amenazante del derecho es inconstitucional, la resolución judicial inaplicará la norma con efectos *inter partes*, pero sin derogarla ni anularla, si bien servirá como precedente para situaciones análogas, debiendo los jueces, por otro lado, y según la LOTC, aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por el TC.

En otro orden de cosas, hay que destacar que la resolución judicial en estas acciones (amparo, hábeas corpus) produce un efecto de cosa juzgada sólo cuando favorece al actor, si bien señala Eto que jurisprudencia reciente del TC ha precisado que la sentencia favorable de amparo dictada por la Corte Superior puede ser enervada a través de una Acción de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, planteándose el autor si sería posible ejercitar también tal acción respecto de lo resuelto por el TC, a lo que responde negativamente.

En tercer lugar, es de significar que las resoluciones finales, una vez consentidas y ejecutoriadas, deben publicarse en el Diario Oficial. Y por último, merece ser subrayado, que por mandato legal explícito, las resoluciones judiciales de amparo o hábeas corpus se convierten en jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se pueden

desprender principios de alcance general, consagrándose así, señala Eto Cruz, la «jurisprudencia vinculatoria», para apartarse de la cual los magistrados deberán motivar su decisión con las pertinentes razones de hecho y de Derecho. Sin embargo, subraya García Belaunde el hecho de que en la práctica la jurisprudencia ha tenido poca importancia e influencia, con ciertas excepciones, pues los tribunales no han tenido el menor empeño en sentar principios jurisprudenciales orientadores de carácter general, a lo que contribuyó cierta desidia de los propios órganos jurisdiccionales, el desconocimiento de la problemática constitucional y la ausencia de medios para conocer la jurisprudencia, no compilada por ninguna entidad oficial⁹.

8. Ya para concluir, podemos decir que el libro recensionado constituye una interesante fuente para conocer cuál es la regulación básica del hábeas corpus y el amparo en el Derecho Constitucional peruano, lo que resulta facilitado a través de los detallados apéndices legislativos que se incorporan al final de la obra, que incluyen tanto los textos vigentes como los que han regido históricamente, así como los debates constituyentes durante la elaboración de la Carta Magna de 1993. En la obra se expone también cuál es el *status quaestionis* respecto de estos dos institutos procesal-constitucionales en la doctrina peruana y por ello resultará de interés no sólo para el abogado litigante, a quien se dirige básicamente, sino también para el estudioso teórico de la jurisdicción constitucional.

⁹ DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, «La jurisdicción constitucional...», cit., p. 847.