



Ius et Praxis
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE TALCA
revista-praxis@utalca.cl
ISSN:0717-2877
TALCA, CHILE

1997

Domingo García Belaunde

**11. DIFERENCIAS ENTRE EL HÁBEAS
DATA Y LA ACCIÓN DE AMPARO
O TUTELA CONSTITUCIONAL EN PERÚ**

Ius Et Praxis, Año 3, Número 1

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

UNIVERSIDAD DE TALCA

TALCA, CHILE

pp. 179-188

11. DIFERENCIAS ENTRE EL HÁBEAS DATA Y LA ACCIÓN DE AMPARO O TUTELA CONSTITUCIONAL EN PERÚ.

Domingo García Belaunde (*)

Mi exposición está centrada en hablar sobre el Hábeas data y el Amparo en el Perú. Pero lamentablemente acá ha habido lo que llaman los sajones un “unfair play” o sea un juego desleal, porque mi amigo Francisco Eguiguren ya me robó el libreto. Entonces, ya no tengo qué decir, prácticamente, así que él tiene la culpa de lo que voy a decir ahora. Les ruego que me disculpen el cierto carácter inorgánico del que pudiera adolecer mi exposición.

En ese sentido, mi exposición va a versar sobre una parte genérica un poco doctrinaria y debatible sobre lo que es el Habeas data y los problemas teóricos que suscita, y una parte final en que haré una pequeña referencia al debate que hubo sobre el Hábeas data en el Perú, punto que a Dios gracias el Dr. Eguiguren no ha tocado, permitiéndome hacer este excursus.

Yo pienso que la problemática que vamos a abordar ahora está relacionada con lo que hemos discutido y con las cosas que se han dicho. Ustedes me van a disculpar que tome posición, porque a través de estas jornadas, de estos días, hemos hablado de muchas cosas relacionadas con el Hábeas data, y hay muchas que han quedado sueltas. Y quizá alguien debía hacer un resumen; no digo que yo sea el indicado, ni que lo que yo haga sea lo más acertado, pero por lo menos voy a intentarlo. En todo caso, todo está sujeto a ratificación, rectificación, o aplauso si es que hubiese algún entusiasta de la idea.

(*) Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Lima, Perú.

Creo que lo primero que tenemos que (naturalmente ésta es una posición personal que les ruego que acepten como tal) abordar es el problema de la terminología; o sea, qué término emplear. Acá tenemos que remontarnos a la Revolución Francesa, y a la influencia que han tenido la Revolución Francesa y la doctrina francesa inicial, sobre nosotros, a veces directamente a veces a través de la influencia española; y es el uso clásico de la palabra garantía.

La palabra garantía en el sentido clásico es un equivalente a lo que hoy conocemos como derecho. Entonces los franceses hablaron de las garantías. ¿Quién conoce una garantía? El libre tránsito, el libre pensamiento, la libre expresión de ideas, la libertad de prensa; esas eran garantías.

Los revolucionarios franceses se abrazaban emocionados pensando que con la simple proclamación de los derechos, éstos se iban a cumplir. Y no previeron que en el fondo los derechos, tal como estaban enunciados ahí, generaban confusión porque unas veces usaban la palabra garantía y otras derecho. No previeron que en el fondo todo enunciado referido a la persona necesitaba un instrumento de protección. Y es que el Derecho Procesal en esa época no existía, y va a existir mucho más tarde. Entonces hay una confusión que se refleja en los textos Latinoamericanos, sobre todo en el s. XIX y bien entrado el s. XX algunos, el caso de México todavía, Perú, Argentina hasta hace poco, en el cual la garantía es igual que el derecho. Y se habla de derechos y garantías en forma sinónima, como si fuesen equivalentes. Ese es el sentido clásico de la palabra garantía. Entonces se hablaba de la garantía de libre tránsito, de la garantía del pensamiento libre, etc...

Sin embargo, los constitucionalistas llamaban la atención, ya a principios de este siglo, hay una monografía clásica del año '27, en la cual un gran maestro argentino, se llama Carlos Sánchez Gamonte, en su monografía sobre el Hábeas corpus, dice: No es posible seguir llamando al libre tránsito o al libre pensamiento garantía, porque ellas por sí solas no garantizan nada, necesitan de otro instrumento para garantizarlos. Entonces Sánchez Gamonte en el año '27, cuando el procesalismo científico estaba recién conociéndose y él seguramente lo desconocía más aún, llegó por intuición a la conclusión que el Hábeas corpus, o sea el instrumento era la garantía. ¿De qué? de los derechos que éste protegía; o sea, en su sentido clásico, la libertad de locomoción.

Entonces, hay una primera concepción de la palabra garantía, la clásica, que tiene imperio casi absoluto en los Estados latinoamericanos sobre todo en el s. XIX y en gran parte del s. XX. Y esta confusión todavía existe en la doctrina, y algunas veces la doctrina española muy autorizada se mantiene. Hay un libro, una monografía preciosa de Cruz Villalón, quien es Magistrado del Tribunal Constitucional, en la cual habla de

suspensión de garantías. Ahí la palabra garantía equivale a derecho, es evidente. Para que vean como ha pegado este influjo clásico en la palabra garantía, como equivalente de derecho; es la concepción clásica.

Más adelante, a la altura de los años '50, se empieza a correr traslado del concepto de garantía, o sea del nombre garantía al instrumento para la defensa. Y esto se nota claramente en la doctrina latinoamericana, sobre todo en la obra de un gran maestro, amigo de todos nosotros, que es Héctor Fix Zamudio, en la cual dice que las garantías son los instrumentos procesales aptos para la defensa de los derechos fundamentales. O sea, para la concepción reciente una cosa es el derecho, y otra cosa es el instrumento para proteger el ejercicio de ese derecho.

En ese sentido, alguna parte de la doctrina habla de acciones de garantía, y así nuestra Constitución, dando un paso adelante desde una tradición bastante antigua, habla de acciones de garantía. El Hábeas data está calificado en la Constitución como una acción de garantía.

Pero el tercer concepto que aquí nos interesa, es el concepto moderno y científico, en el cual éstos son procesos. Justamente, en una comisión que estamos en Lima tratando de estructurar todo esto relativo a la parte procesal, estamos llamando al Hábeas data el Proceso de Hábeas data. No acción sino proceso constitucional, porque la acción es algo abstracto, que sirve para iniciar algo, pero la acción en sí misma no es nada. Entonces lo primero sería ponernos de acuerdo con el concepto.

Parte de la doctrina latinoamérica ya empieza a hablar de procesos constitucionales, a raíz de la Constitución del Brasil, hay muchos autores que han trabajado esos instrumentos, como son el Hábeas data, la Injuncao, el Mandato de Seguranca, etc.. Entonces creo que habría que tenerlo presente para saber a qué es lo que estamos apostando.

Esto nos lleva al segundo aspecto, o sea, los clásicos derechos fueron enunciados fundamentalmente en las revoluciones llamadas, por los historiadores, las revoluciones burguesas del s. XVIII, fundamentalmente revoluciones liberales en Estados Unidos y en Francia, cuando fueron declarados los derechos fundamentales del hombre, o los derechos naturales, etc... Luego, esos derechos tienen que ver con una parte fundamental del Derecho Constitucional, pero la parte de la protección instrumental es otra cosa, así de simple, y aunque hay una discusión sobre esto, en algunos medios constitucionales, yo me inclino a pensar de que la parte instrumental es propia de la Teoría del Proceso, es propia del Derecho Procesal. Y eso debe dar justamente nacimiento a lo que ya está siendo estudiado tímidamente por algunos autores que es

el Derecho Procesal Constitucional como una rama del Derecho Procesal, en el entendido que el proceso es uno sólo, como lo dicen los mejores procesalistas modernos.

Autores muy acreditados así lo señalan, y no voy a referirme sino solamente a los latinoamericanos como Viescobi por ejemplo, Denis Echandía, o algunos que han estado mucho tiempo en América latina, como es el caso de Faberen Guillén, quien en un libro publicado en México señala que el proceso es uno solo, y que el área de aplicación varía. Entonces en el área civil se llama Derecho Procesal Civil, si es penal se llama Derecho Procesal Penal, y así sucesivamente.

Entonces habría un Derecho Procesal Constitucional. Esto nos serviría para distinguir lo que es un Derecho Constitucional de lo que es el Derecho Procesal Constitucional, que es la parte procesal. Ahora, lamentablemente los procesalistas no se preocupan de esta parte procesal constitucional porque no conocen constitucional, ese es el problema, o esa es la tragedia. Normalmente todos recibimos una formación civil, entonces el procesalista civil sabe civil y el procesalista penal sabe penal, pero el procesalista constitucional requiere saber constitucional y el procesalista común y corriente no lo sabe.

Acá he visto en el plan de estudios, un programa en el cual se dicta el curso de procesal constitucional, lo cual me parece un avance notable. Deben ser dos o tres casos en América latina, no creo que haya más.

Partiendo de eso, arribamos al tercer punto. ¿Qué hacemos con el Hábeas data? Cae por su propio peso que el Hábeas data es una figura procesal para la defensa de determinados derechos, que es propia de la disciplina que algunos conocen, estudian, divulgan, etc..., conocida como Derecho Procesal Constitucional. Lo que pasa es que su manejo, su ejercicio es procesal pero sus fundamentos son constitucionales. Lo cual no impide, por eso, que los constitucionalistas la estudien.

Entonces el Hábeas data, al ser una acción o instrumento típicamente procesal debe ser enmarcado dentro de lo que es la Teoría del Proceso, y en consecuencia definido conforme a ella, y no a lo que querramos nosotros como constitucionalistas.

Eso sería en el supuesto de que nosotros admitamos todo lo que hemos dicho antes, pero si seguimos adelante naturalmente viene la otra pregunta, ¿Qué hacemos con esta figura procesal? Antes que nada, ¿tiene que ser figura procesal? Bueno, eso depende del legislador, quien las crea, o en su defecto del constituyente. No hace falta que se llame expresamente Hábeas data; en el caso argentino no existe ese nombre en

la reforma constitucional, lo que existe es un amparo, en cuya parte final, como un subtipo existe el Hábeas Data.

Aquí se nos abre un abanico de posibilidades. El primer problema es si le damos o no el nombre de Hábeas data. La literatura argentina consulta ese nombre en algunos textos, pero la Constitución no habla de Hábeas data, con lo cual el nombre viene a ser una creación de la doctrina. Lo que existe es un amparo que en una de sus modalidades protege frente a determinados casos, que la doctrina conoce como Hábeas data. Pasa a ser una opción del legislador; podemos dárselo o no dárselo. Lo importante no es eso, sino lo que se protege, como veremos más adelante.

Supongamos que se acepte crear la figura, entonces el siguiente paso es cómo regulamos su ejercicio. Porque el grave problema que hemos tenido con varios derechos es que a la hora de protegerlos no hemos tenido cómo. Entonces ahí había dos posturas. La clásica latinoamericana en la cual a falta de reglamentación simplemente se dice que el derecho no puede ser ejercido ni defendido. Y la otra que dice que el derecho debe ser defendido, y si no hay una reglamentación, se debe crear por analogía.

Es un poco lo que pasó con el amparo en la Argentina, que primero fue una creación pretoriana y luego se plasmó en la ley. Entonces, ¿cómo se regula su ejercicio? Puede no regularse y teóricamente la jurisprudencia podría configurarlo, pero esto es muy difícil en países de tradición romanista. Estos países tienden a la sumisión a la exégesis, al código, y a la sumisión a la ley. Esa es una herencia francesa que todavía queda, lamentablemente. Las excepciones no hacen más que confirmar la regla.

¿Cómo se regula? Puede regularse en una ley especial o en los códigos de la materia. Simple, un código señala un procedimiento. En algunos códigos, por ejemplo en el Código Procesal Civil actual y el anterior en el Perú, dice que en todos aquellos casos en que se controvierta un derecho legítimamente exigible y que no esté expresamente regulado, se guiarán por tal proceso. Entonces uno se acomodaba a una especie de proceso “ómnibus”, al cual se subían todos aquellos que no tenían un proceso específico.

Entonces puede ser una ley especial, o los códigos o leyes generales, de acuerdo al tipo de legislación que tiene cada país. ¿Cuál de éstas es mejor? Bueno, vuelvo a lo anterior: ésta es una opción legislativa, aunque en América latina tendemos a usar leyes especiales. Hay un caso que es Costa Rica que tiene una ley de jurisdicción constitucional, y pienso que a la larga se van a abrir a la idea de hacer códigos procesales constitucionales. El problema es que la disciplina es muy joven, muy nueva, entonces el nombre puede parecer ambicioso.

El otro punto, el más debatible, se refiere a cuáles son los derechos que el Hábeas data debe proteger. Quiero traer a colación algo que he visto al escuchar las opiniones de mis colegas, muy interesantes todas ellas naturalmente, y es lo siguiente: creo que a la hora de configurar una institución hay que darle un contenido acorde con lo que enuncia el título. En América latina, en muchos países, y el Perú entre ellos, en los años '20 y '30 operó lo que un comparatista Norteamericano, Hessel, llamaba la deformación del Hábeas corpus. Pasó una época, en el Brasil también hasta el año '26 si no me equivoco, que el Hábeas corpus se usaba para todo y era una especie de amparo mexicano. No tan grande, ni tan dimensionado, porque el amparo mexicano es un águila, un cóndor de Los Andes con alas muy desplegadas.

Después vino la gran reacción, y en el Perú y en otros países de América latina, se ha definido la figura del Hábeas corpus. Y es que el Hábeas corpus en su trayectoria histórica tiene un nítido matiz de defensa de la persona, de la libertad individual. La libertad individual no solamente es el arresto, sino que son muchas cosas más. En Inglaterra hay siete modalidades de Hábeas corpus que sirven incluso para trasladar a un preso de una Corte a otra. Hay un famoso jurista inglés que es Edward Jenks que a principios de siglo, decía que el Hábeas corpus no solamente sirve para liberar a una persona, sino para meterla a la cárcel adecuadamente, legalmente. Guarda una estructura con su nombre. El caso del Amparo es distinto porque la palabra amparo es más comprensiva, entonces ahí permite jugar muchas cosas.

Aunque el primer Amparo es el mexicano, en mi opinión ha dejado de ser ya un prototipo; es un ente deforme, curso de amparo que se dicta durante dos años, y hay tratados de Amparo y hay abogados amparistas porque el Amparo es todo: es casación, es control de leyes, es todo. O sea, más prototipo es hoy día el amparo latinoamericano, o protección o tutela o como lo queramos llamar.

En el caso del Hábeas data, que es una aplicación de la figura del Hábeas corpus, esto es "traíganse los datos", entonces habría que guardar correspondencia con la naturaleza del nombre y que sea la protección del dato. No puede proteger todos los derechos sino que debe limitarse a la protección de algunos derechos. El problema sería qué tipo de dato y a través de qué, ese es otro punto.

Otro punto importante es, y éste es quizá el gran debate que quizá se va dar en Chile, se dio en el Perú en su momento y en otros países, es si el Hábeas data debe tener o no un estatus constitucional. Vimos que la tendencia es que esté en las constituciones, que aunque son pocos y contando al cripto Hábeas data argentino, no creo que en América latina, aunque no los he contado, pasen de cinco con su propio nombre. No digo los derechos que se defienden, que eso es otra cosa.

¿Debe o no elevarse esto a rango constitucional? Yo diría que en principio no. He tratado de buscar una explicación histórica. ¿Por qué viene un país como es el Brasil y con una especie de efecto dominó empezamos a repetirla? Ruego que disculpen la simplicidad de mi explicación, pero creo que viene un poco por la parte histórica que paso a mencionar.

Creo que podríamos dividir esta explicación en tres áreas. Uno, el mundo sajón, que es un mundo que nace al margen de la Europa continental, y por un proceso especial se va haciendo un derecho común. De ahí el Common Law, porque cada príncipe o varón tenía sus propias normas, a base de los jueces en los siglos XI y XII. Entonces el Derecho sajón va creciendo sobre la base de casos, como todos lo sabemos. Y naturalmente el caso lo hace un juez, quien es una figura dentro de este mundo sajón.

Hoy en día, el Derecho sajón y especialmente Estados Unidos ya no es una masa caótica de datos sueltos sobre casos determinados. Hay un cierto ordenamiento; no sólo los particulares hacen sus compilaciones sino que hay muchas leyes y códigos uniformes para toda la federación y además están los famosos re-statements, sin traducción, que son grandes compilaciones que van sistematizando el Derecho y sobre todo el Derecho Privado. No obstante esto, el mundo sajón tiene en el juez a la figura fundamental. Por eso podría decirse que el mundo sajón ha vivido bajo el mito del juez.

La Europa continental no creía en el juez. Recuerden Uds. las famosas palabras de Montesquieu cuando dice que el juez es un robot, es un autómatas que pronuncia ciegamente las palabras de la ley y no puede hacer más que aplicarlas sin siquiera mitigar su rigor. Tanto desconfía que el juez es devaluado, y tan devaluado es que en los años '20 cuando Kelsen sienta las bases doctrinarias del Tribunal Constitucional, él dice en un ensayo posterior que no podía usar el raciocinio de los Estados Unidos en que el Tribunal Supremo del Poder Judicial se encargaba de inaplicar las normas, con carácter de permanente por el sistema del precedente.

No sólo desconfiaban del juez sino también de otro tipo de instituciones. Entonces crean otro órgano como es el Tribunal Constitucional, para solucionar el problema apto a la mentalidad europea. Tan bien le ha ido a Kelsen que el modelo se ha repetido. La famosa polémica con Schmidt, que fue muy incisiva, en la cual Schmidt tenía algunos puntos a favor, no tuvo eco porque el modelo calzó con la realidad.

La contrapartida ha sido la confianza casi absoluta en el legislador; una herencia Rousseauiana. Mientras el sajón vivió con el mito del juez, el europeo continental vivió con el mito del legislador. Este concepto lo tomó de Carnelutti. El año '65 en Roma, Carnelutti pronunció un vibrante discurso, uno de los últimos, ya que murió a

los dos años, y dijo más o menos así: el gran error de la Europa continental es haber caído en el mito del legislador y haberse olvidado del juez que es la figura central del proceso.

Pues bien, nosotros en América latina, aunque heredamos las ideas independentistas, libertarias de los Estados Unidos, sin embargo vivimos bajo el mito del legislador en el s. XIX. Y no pudimos creer en el juez, porque el sistema no daba. El juez es importante y útil en la medida en que el sistema lo permite y el desarrollo de la población lo admite. Si hay jueces creadores, independientes, el sistema romanista lo admite, dándole una cabida al juez en algunas sociedades avanzadas, pero no en las nuestras.

Pienso que frente al mito del legislador bajo el cual ha vivido Europa y al mito del juez bajo el cual ha existido el mundo sajón, la América latina ha pasado del mito del legislador al mito de la Constitución. Viene la obsesión por constitucionalizar todo lo que se pueda. Si analizamos brevísimamente las constituciones del s. XIX en cada país, variantes más o menos, vemos que éstas van creciendo, y algunas son inmensas, como la de Colombia o la de Brasil. Porque nunca confiamos en el juez, confiamos en el legislador. Pero como éste nos falló, entonces ahora confiamos en la Constitución.

Entonces esto que es una cosa ya colectiva, unida a coyunturas de orden político como es justificar golpes de Estado con constituciones, que también es otro abuso de nuestro mercado latinoamericano, hace que todo se tienda a ver en la Constitución. Hay un sentimiento popular de pensar que así debe ser porque así nos defendemos del gobierno arbitrario.

No digo que esto sea bueno o sea malo. Quizás es malo; las constituciones nunca han resuelto nada, pero es lo que más o menos se ve. Y yo como que le busco una explicación.

La segunda parte que va a ser más breve, quiero hacer una referencia a lo que fue el debate en el Perú con respecto al Hábeas data. El Dr. Eguiguren, con el brillo que lo caracteriza, dijo cómo son las cosas y yo voy a decir qué pasó antes. En primer lugar, el Hábeas data está constitucionalizado en la Carta de 1993. Esta Constitución se dio en virtud de que había que bautizar el golpe de Estado del Sr. Fujimori. La Carta de Estado del año '79 era una Constitución moderna, interesante, naturalmente con algunos errores, pero no era necesario cambiarla. La vanidad, que existe mucho en la política, de perpetuarse para pasar a la historia explica esta nueva Constitución, que de paso tuvo dos objetivos: garantizar la impunidad de los golpistas de Estado ya que la Carta del '79 era muy severa con ellos, y luego permitir la reelección inmediata del

Sr. Fujimori. Como bien dicen los mejores comentaristas de la Carta, inclusive oficialistas, la Constitución del '93 es una copia de la del '79. Y como siempre sucede con las copias, son malas, pues se advierten graves retrocesos.

En el caso concreto de la parte constitucional, de la parte procesal que se llama garantías constitucionales, de cuatro acciones de garantía, así conocidas por la legislación, que existían y que eran manejables. Estaban relacionadas con los derechos humanos solamente el Hábeas corpus y el Amparo, separados. Ahora, las hemos duplicado, y además está el Hábeas data con todos los problemas que ha ocasionado su pésima redacción, y también la llamada Acción de Cumplimiento, que pretende cumplir todo mandato legal o administrativo, que la tomaron al aire de la Constitución Colombiana y que no se sabe qué es. Hasta ahora nadie sabe para qué sirve. Viene la novedad y vienen los problemas.

Esta Constitución se debatió de enero a diciembre del año '93 y ya en esa época se pidió expresamente que el Hábeas data fuese replanteado, porque tal como estaba era innecesario y rozaba con la libertad de prensa de los medios de información. Lo que pasa es que el entorno político hacía temer un mal uso de esta institución, porque todo el mundo sabe que el Sr. Fujimori está respaldado por las Fuerzas Armadas. No se sabe quién usa a quién. Y porque además el Servicio de Inteligencia fue el que suministró los primeros borradores de la Constitución, en la cual los delitos a través de la prensa se hacían pasar al fuero militar.

Cuando es sacado el borrador, la gente empieza a sospechar de la configuración del Hábeas data y pide su modificación. En el diario El Comercio, el más importante del país, meses antes que fuese promulgada la Constitución en forma, la oposición pide la reformulación del Hábeas data. El título dice así, "Oficialismo no admitió debate pedido de eliminación de Recurso de Hábeas data", y en un subtítulo, "Pese a fundamentaciones sobre amenaza a la libertad de prensa". Pero no hicieron caso y siguieron tercamente hasta el final.

La Constitución fue puesta a referéndum; los datos oficiales dicen 52% a favor, 48% en contra. Ése fue el dictum popular. Para efectos legales la Constitución fue aprobada, pero ¡caramba!, por qué márgenes; muy estrechos.

El oficialismo bajó su vanidad, y como la prensa seguía bombardeando por esta configuración, el gobierno tuvo que ceder y consensuadamente se eliminó de la figura del Hábeas data aquella parte que agredía a los medios de prensa. Ésa fue la primera reforma que se hizo a la Constitución; o sea, para dar marcha atrás en aquello en que se había detectado un error.

En la época del revuelo de los medios, hubo un congreso de Derecho Internacional en la Universidad de Lima, y entre los invitados extranjeros nuestro amigo Néstor Sagüés dijo “Esto es riesgoso”, y al costado estaba el presidente de la Comisión de Constitución, “No se oye, padre”.

Sobre el Hábeas data en la Constitución Peruana, como lo dijo el Dr. Eguiguren, yo creo que era innecesario, que el Amparo perfectamente podía cubrirlo, pero también los académicos y los políticos debemos ser un poco prácticos. La figura como que ha calado, gusta, es agradable. A la gente le gusta tener un instrumento fácil para modificar el dato que hay en la computadora del vecino o del ente público determinado. Por eso pienso que la figura va a quedar, y que la Constitución va a sufrir modificaciones parciales para redimensionar la figura.