

Los instrumentos protectores de los derechos fundamentales

Por: PEDRO H. GUILLEN SILVA

Resumen: Se desarrolla en este trabajo el tema de la libertad y los derechos constitucionalmente protegidos mediante instrumentos instituidos con distintos nombres en los distintos países, algunos de los cuales de muy rancio abolengo, como el habeas corpus y el amparo. Se preconiza su mejor estructuración en el Perú.

1.—El hombre es libre se ha dicho, o no es hombre. Es el concepto existencialista de la libertad, o, lo que es lo mismo, es la concepción metafísica de la libertad.

La libertad es el supuesto necesario del existir humano, es el dato metafísico necesario de la vida, que es hacerse, realizarse, despliegue sin trabas de la personalidad, lo que es decir, de la conducta, en un movimiento permanente de elección y preferencias, de valoración de posibilidades para existir y realizarse plenamente.

De modo que ser libre no sólo significa un *status libertatis* caracterizado por un acto de estar simplemente libre, sino más bien por una existencia que se vive mediante actos de valoración, de elección de posibilidades de conducta, entre la inmensa gama de posibilidades de conducta que tiene el hombre para vivir una existencia auténtica (1).

Si pues el hombre en su concepción metafísica es libre, lo que al Derecho interesa es que el hombre sea libre en todas las expresiones de su experiencia jurídica.

Esto quiere decir que la libertad no es sólo existencia sino también coexistencia. Es un estar en el mundo con los otros y con las cosas, y en esa relación con los otros es un ente de la

(1) Aftallón, Enrique, García Olano, Fernando y Vilanova, José, desarrollan este tema basándose en el pensamiento filosófico de Heidegger, en *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, 1956. p. 20 y ss.

vida comunitaria, y las exigencias de esta situación comunitaria imponen su regulación y, consecuentemente, su restricción, esto es, que yo soy libre en tanto no colisione mi libertad con la de los otros.

La experiencia de la libertad sólo se tiene gracias a la limitación de la libertad. La acción que viene de fuera, la acción ajena que nos pone en aprietos, que nos dice aquí comienza mi derecho, es decir mi libertad, es una acción que nos hace conscientes de una libertad que se siente como propia, en cuanto que toda acción es limitada, ordenada.

2.—Conceptualizada la libertad como existencia que es ontológicamente coexistencia, como libertad que se corrobora a cada instante en la conducta compartida, la primera especificación de la libertad que el Derecho supone es la libertad jurídica y la libertad antijurídica (entuerto). “Libertad jurídica es la libertad metafísica bajo el signo de lo lícito o permitido” (1 bis), y libertad antijurídica o entuerto es el poder fáctico de poder hacer, o, más claro, no es libertad jurídica porque normativamente no existe el derecho de cometer el entuerto.

Pues bien, lo que el Derecho protege no es el entuerto, que es lo contrario al Derecho, sino la libertad con el signo de lo lícito o libertad jurídica, que el hombre la vive como sujeto actuante o como conducta en su interferencia intersubjetiva, que es valor de alteridad.

Todo esto se resume en el principio ontológico: todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido.

3.—Partiendo de este principio que define la ontología de la libertad, podemos decir que la libertad como experiencia condicionante de la actividad humana no se habría dado sin la institucionalización del poder político mediante normas, lo que es decir, la subordinación del poder al Derecho y a la ley. Esta es la significación jurídica del acto por el cual los barones y el clero inglés arrancaron a Juan sin Tierra la Carta Magna en 1215, por la cual se reconoce que el hombre tiene el derecho a ser juzgado por sus pares y la ley del país (2).

(1 bis) Véase las interesantes reflexiones de Cossio, Carlos, en *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de Libertad*. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, p. 289, 315 y ss.

(2) Véase la Carta publicada en el *Curso de Derecho Constitucional*. Teoría General por Darío Herrera Paulsen. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1970. p. 358.

Es así como la Carta Magna representa en la historia de la vida política, el primer jalón significativo del constitucionalismo y de la limitación del poder omnímodo de los monarcas, convirtiendo los derechos en derechos subjetivos, o sean derechos frente al Estado. Le siguen como hechos salientes, la Petición de Derechos de 1628, la Ley de Habeas Corpus dictada por el Parlamento en 1679, la Declaración de Derechos después de la Revolución de 1688.

Posteriormente vendrán la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa de 1789, bajo cuyo influjo se fijaron los derechos naturales y civiles como derechos públicos subjetivos del individuo, que fueron más tarde extendiéndose y consagrándose en las Constituciones de los demás países (3).

La fuerza expansiva del constitucionalismo se acentuó después con la división del poder conforme a sus tres precisas funciones: ejecutiva, legislativa y judicial, con fines de acabar con la arbitrariedad y el abuso del poder despótico y procurar el equilibrio de las relaciones entre el hombre y el Estado.

De modo, pues, que, la subordinación del poder al Derecho y la división del poder de acuerdo con sus tres clásicas funciones interdependientes y de mutuo contrapeso, garantizan el ejercicio de los derechos del hombre, que habían caído siempre frente al poder omnímodo del poder político.

4.—La concepción del Estado mediante normas (Estado de Derecho) es garantía pues, respecto de la arbitrariedad del poder, y también respecto de la lesión de los derechos subjetivos por los particulares. Si pues conforme al principio ontológico recordado, el Derecho obliga a no impedir a los demás el comportarse según el modo que no esté prohibido jurídicamente, esto quiere decir que estamos garantizados en nuestra conducta lícita, que es libertad jurídica, puesto que si alguien nos impide hacer algo que no está prohibido, viola nuestra libertad cometiendo una trasgresión (4)

De modo que, de acuerdo con este principio que define la ontología de la libertad, podemos decir que la Constitución es la

(3) Jellinek, Jorge: *La Declaración de los Derechos del Hombre, y del Ciudadano*. Editorial Nueva España, S.A. México. 1903. p. 17.

(4) Ver Kelsen-Cossio: *Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho*. B.A. Ed. Guillermo Kraft Ltda. 1952. p. 37 y ss.

garantía de la libertad, puesto que en ella se afirman los derechos y ella remite a las leyes la tarea de su especificación y la provisión de sus instrumentos protectores.

Así al prescribir la Constitución el derecho a la vida, a la propiedad, a la familia, al domicilio, etc., lo hace de un modo muy general, diciendo: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona", siguiendo a lo estatuido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, o diciendo en términos muy breves: "La propiedad es inviolable", "El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley", "La libertad de conciencia y de creencia es inviolable", "El domicilio es inviolable", "La correspondencia es inviolable", etc. (5). Dentro del concepto de inviolabilidad se comprende el derecho y la seguridad, puesto que si se dice que una cosa es inviolable, en la expresión va supuesta la afirmación y la seguridad del derecho y la prohibición de no ser lesionado en ese derecho por nadie.

Pero el contenido, los alcances y limitaciones de esos derechos se fijan en las leyes o los llamados códigos. Así el derecho de propiedad y los demás que la Carta fundamental reconoce, se extienden hasta donde su ejercicio no lesione el derecho ajeno, y se los garantiza prohibiendo a los otros, el Estado, incluso, interferir en los actos de uso y goce legítimos de esos derechos. La transgresión a las normas que garantizan los derechos se sancionan mediante castigos (civiles o penales) que se imponen al transgresor.

Por eso se dice que el Derecho es por definición un orden constrictivo, pues establece cómo en determinadas condiciones, debe imponerse a quien viola el derecho, una sanción, es decir, prescribe los instrumentos mediante los cuales se garantizan el ejercicio de los derechos reconocidos al individuo. Tales instrumentos protectores se instituyen en los códigos procesales, que establecen su dinámica mediante una serie de actos regulados e indicando sus derivaciones fácticas.

5.—En la era del absolutismo de los monarcas, la palabra del rey era la norma que debía observarse por los súbditos. Reconocida la ley como la regla de conducta a seguirse, los derechos y deberes positivizados en la Constitución y las leyes ema-

(5) Arts. 29º, 59º, 61º, 66º, de nuestra Carta Política.

nadas del Parlamento que ejercía la soberanía del pueblo, el orden social devino en orden de valores normativos. Pues entonces, en adelante, dadas la Constitución y las leyes, los destinatarios (la Administración Pública y los particulares), se encuentran sometidos a las reglas de conducta señaladas en dichos instrumentos (6).

Si, pues, el Derecho se constituye por un sistema de normas y de valores jurídicos, en cuya virtud se instituye la ordenada participación del individuo en la vida social, que exige libertad, que es asimismo responsabilidad, es la ley en su sentido más exacto, la defensa del valor fundamental del ordenamiento, entendido que nadie podrá ser privado de sus derechos sino mediante el debido procedimiento legal (7).

Todas las leyes comunes desarrollan la Constitución e instituyen los remedios que defienden los derechos. Pero los instrumentos más enérgicos se encuentran en el Código Penal, donde se resuelve toda la problemática del delito y la pena, en cuya virtud la única creadora de delitos y penas es la ley (7 bis).

La legislación civil, comercial, laboral, etc., a su vez instituyen defensas sin distinciones de los derechos que emanan de la Constitución, como es de verse de la inmensa gama de sus disposiciones.

Es así como se asegura el ordenado desenvolvimiento de la vida social. Cualquier acto *contra legem* que emane de los órganos del poder o de los particulares y lesiona o amenaza el derecho ajeno, perturba ese orden. Se impone entonces ponerle atajo o restablecer el derecho, o repararlo y sancionarlo en su caso, mediante la aplicación por el poder jurisdiccional de las medidas previstas en las disposiciones legales.

De modo que el principio de legalidad es garantía contra la arbitrariedad del poder y la violencia de los particulares, en defensa de los derechos subjetivos definidos en los preceptos dogmáticos.

(6) El Art. 24º de la Constitución Nacional, dice: "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe".

(7) Ver Couture, Eduardo J.: El debido proceso como tutela de los derechos humanos. Revista Jurídica Argentina "La Ley" t. 72, p. 805.

(7 bis) "Nadie será condenado, dice el Art. 57 de nuestra Constitución, por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estén calificados en la ley de manera expresa e inequívoca como infracciones punibles, ni juzgado sino por los tribunales que las leyes establezcan. Carece de valor toda declaración obtenida por la violencia".

"No puede imponerse la pena de confiscación de bienes".

6.—Pero entre todos los derechos reconocidos por el orden jurídico, existen los llamados derechos fundamentales o derechos públicos subjetivos, los cuales están dotados de jerarquía especialísima con relación a aquellos otros definidos o descritos en las normas comunes. Estos derechos llamados universalmente Derechos Humanos, son aquellos que originariamente se reconocieron como derechos naturales e innatos que fluyen de la naturaleza humana. La Declaración de Derechos de Virginia de 12 de Junio de 1776 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa de 26 de Agosto de 1789, reposan en este fundamento (8). Las Constituciones de los Estados modernos los han proclamado en cambio como categorías positivas y cubiertos, por tanto, con especiales instrumentos de garantía. Se los designa simplemente como derechos fundamentales, en razón de que no existen ni pueden existir derechos que no sean humanos.

Pues bien, estos derechos o libertades con asiento directo en la Constitución son los que están garantizados mediante la acción pública y por un procedimiento sumarísimo, como luego veremos.

En nuestra Constitución se catalogan esos derechos fundamentales en el Título II, con el rubro general de Garantías Constitucionales (Arts: 8º al 71º).

Trátase hoy en día de extender la especificación de los derechos fundamentales o libertades constitucionales, reconociéndolos también en las áreas políticas, sociales, económicas, culturales, etc., y de reforzar sus garantías. Así se vienen haciendo en las Constituciones recientes de América Latina, sea introduciendo derechos no comprendidos en sus Declaraciones, sea modificándolos, sea dándolos un carácter abierto, de forma que pueda acogerse los nuevos derechos que se reconozcan como esenciales del hombre (9).

En nuestro país, algunos profesores de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, han propuesto se extienda el catálogo de los derechos fundamentales en la nueva Constitución a estructurarse, sobre la base de las Declaraciones

(8) Léase los Arts. 1º y 2º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa y la de Virginia, Art. 1º en la obra citada de Jellinek, Jorge. p. 60.

(9) Ver Miranda, José: Reformas y Tendencias Constitucionales Recientes de la América Latina (1945-1946). Instituto de Derecho Comparado. Universidad Autónoma de México. 1957. p. 287.

Americana y Universal de los Derechos del Hombre expedidas en 1948, los Pactos Internacionales sobre derechos Humanos de 16 de Diciembre de 1966 y la Convención Europea sobre esta materia suscrita en Roma en 1950 (10).

Se considera que las amenazas y peligros contra los derechos humanos han aumentado por haber devenido el poder político, como fenómeno general, en una peligrosa entidad super interventora y excluyente, y por haber surgido poderosas entidades privadas como son los trusts, holdings, monopolios, etc., y organizaciones sociales o grupos de presión que devienen cada vez más en fuerzas de avasallamiento de los derechos constitucionales (11).

7.—De un modo abstracto, en defensa de los derechos subjetivos, se reconoce a todos el libre acceso a la justicia, o, lo que es lo mismo, el derecho a la jurisdicción, cuyo principio general es el derecho de petición, que en nuestro ordenamiento jurídico figura en el Art. 60 de la Constitución Nacional. De aquí se deriva el específico derecho a la jurisdicción, que no es sino el poder jurídico que tiene todo sujeto de ocurrir a los Tribunales reclamando de la violación o amenaza de violación de sus derechos, sea por el propio Estado, sea por los particulares. O, en otros términos, el derecho de jurisdicción es la acción procesal consistente en la posibilidad de poner en movimiento el aparato estatal para la defensa de un derecho o bien jurídico lesionado o amenazado de violación (12).

Este derecho viene hoy en día consagrado en el orden jurídico internacional, conforme a lo instituido en el Art. 10º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que textualmente dice: "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un

(10) El Dr. Alzamora Valdez, Mario, presentó en el Congreso Nacional Extraordinario de Abogados realizado en el Callao entre los días 17 y 21 de Febrero de 1969, la ponencia titulada "De los deberes, Derechos y Garantías", con la especificación más completa de los deberes, derechos y garantías fundamentales a estructurarse en una nueva Constitución peruana.

(11) Ver Vescovi, Enrique: La Protección procesal de las garantías individuales en América Latina. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. 1967. Nº 3. p. 88.

(12) Couture, Eduardo J. dice: "...La acción entra en el sistema del derecho con un significado propio y denota, genéricamente, el poder jurídico del individuo de requerir de la jurisdicción la prestación de cuanto es menester para reintegrarle o asegurarle efectivamente, el goce de su derecho violado, resistido o en estado de incertidumbre". Estudios de Derecho Procesal Civil. T. I. La Constitución y el Proceso civil. Ediar Soc. Anón. Editores. Buenos Aires. Pág. 26. Ver también Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires. 1942. p. 30.

tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

Y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. XVIII, “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

De modo que el hombre que sufre menoscabo o violación o turbación en el ejercicio de sus derechos, tiene el poder o facultad de postular a la tutela jurídica mediante la acción articulada ante el Estado, que tiene el monopolio de administrar justicia mediante sus órganos jurisdiccionales.

8.—En orden más concreto, se reconoce entre los instrumentos destinados a la protección de un derecho subjetivo el *recurso de inconstitucionalidad de la ley* o también la *excepción de inconstitucionalidad*. Se basa en el principio de que la validez de las leyes emana de su correspondencia con una norma de jerarquía superior. Es la concepción kelseniana de la pirámide jurídica. Si es un valor entendido que la Ley fundamental es la Constitución, va supuesta que toda ley debe necesariamente emanar de ella. Si la ley no guarda relación con la Constitución, aquella no es válida. Consecuentemente, todo reglamento, ordenanza, acto administrativo, sentencia y contrato o negocio jurídico que no correspondan a la ley que a su vez emana de la Constitución, carecen de validez.

De aquí se deriva el concepto procesal de la declaración procesal de inexistencia o inaplicabilidad de la ley anticonstitucional, que puede ser también de un reglamento, decreto, acto, etc., legislativo o no, que emane de autoridad, (algunos autores dicen que también de un particular), cuando lesiona la Constitución y es impugnado como tal (13). Esa declaración de inconstitucionalidad de la ley puede en algunos sistemas considerar que la ley es nula *ab initio* y por tanto ineficaz *erga omnes* (sistema estado unidense), o puede anularla, en cuyo caso es ineficaz sólo desde el momento de la sentencia, porque

(13) Bidart Campos, Germán: Derecho de Amparo. Ediar S.A. Editores. Buenos Aires, 1961. p. 40.

se estima que ésta no tiene efecto retroactivo (sistema austríaco). En ambos casos, aunque la ley no ha sido derogada, se ha convertido en letra muerta.

Esta actividad vigilante de la Constitucionalidad de las leyes se ejerce en algunos países por el poder judicial y en otros por órganos no judiciales. En el primer caso puede ser la Corte Suprema de Justicia la que ejerza la potestad monopolística de ese control, cual ocurre en Colombia, Uruguay, Venezuela y muchos otros (14), mediante la *acción popular*, o excepcionalmente por recurso extraordinario como ocurre en la Argentina. En otros puede ejercerse por cualquiera de los órganos judiciales, sin distinción de jerarquías, como ocurre en los Estados Unidos y la mayoría de los países latinoamericanos, incluso el nuestro, por la vía de excepción, esto es, con ocasión de causas judiciales.

En otros países, tal función se les ha asignado a tribunales especiales, comunmente llamados Tribunales de Garantías Constitucionales, con poder decisorio en la vía principal, mediante el recurso constitucional interpuesto por cualquier ciudadano, o por remisión de los tribunales inferiores cuando se encuentren frente a una ley inconstitucional. Tal el sistema de los países europeos (15).

El ejemplo más conocido de órganos no judiciales con potestad de control previo de la constitucionalidad de las leyes es el de Francia, mediante el Consejo de Estado, y podríamos citar también el caso de control previo mediante el llamado veto presidencial.

En nuestro sistema jurídico, el Art. 26 de la Constitución Nacional prescribe: "Pueden interponerse reclamaciones ante el Congreso por infracciones de la Constitución". Como no se dice quiénes podrían interponer esa reclamación y contra qué clase de infracciones, va supuesta que sea por interposición de cualquier ciudadano y por infracciones trascendentalmente claras de ataques a sus disposiciones por actos de los otros poderes públicos.

Con relación al control jurisdiccional, el Art. 133 de la Constitución instituye la *acción popular*, pero sólo en los casos de in-

(14) Grant, James: Estudio comparativo de los sistemas de control de la constitucionalidad de las Leyes. Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. Órgano de la Escuela Nacional de Jurisprudencia del Instituto de Derecho Comparado y de los Seminarios de la Escuela. Tomo VIII. Octubre-Diciembre de 1946. Nº 32. Universidad Autónoma de México, D.F. p. 121 a 130.

(15) Cappelletti, Mauro: El control judicial de la constitucionalidad de la ley en el Derecho Comparado. Universidad Autónoma de México. 1966. p. 118.

fracciones a la Constitución mediante "reglamentos... resoluciones y decretos gubernativos de carácter general, sin perjuicio de la responsabilidad política de los Ministros". Y remite a las leyes la reglamentación del procedimiento judicial correspondiente".

En cuanto al control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, nuestro ordenamiento reconoce a cualquier Juez de la jerarquía que fuere, la facultad de declarar la inaplicabilidad de una ley opuesta a la Constitución en los casos concretos y por vía de excepción, y la decisión es sólo valedera para esos casos. Esta provisión se desarrolla en aplicación del Art. XXII del Título Preliminar del C.C. que dice: "Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera".

Sin embargo, corre por ahí una Ejecutoria Suprema que es una perla de la desinterpretación de este dispositivo del C.C. y flagrante desconocimiento del principio de la supremacía de la Constitución, y cuyos considerandos son demasiado expresivos; dice así: "El artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil no rige sino en el campo del Derecho Civil y no puede aplicarse a otros órdenes del campo jurídico en que actúa el Estado. No existiendo disposición que faculte la aplicación de dicho principio cuando el Estado actúa como sujeto de Derecho Público en el orden constitucional, los jueces no están facultados para declarar la incompatibilidad ni tampoco la inconstitucionalidad de las leyes" (16).

¿Qué quiere decir esto? Es un raciocinio sobre el cual podrá hacerse toda clase de comentarios.

Por eso, cerrando todo intersticio a nuevas desaplicaciones de la ley, en el Art. 7º de la actual Ley orgánica del Poder Judicial se establece: "La acción que concede el artículo 133 de la Constitución se ejercitará ante el Poder Judicial y se sustanciará por la vía ordinaria como proceso de puro derecho, con intervención del Procurador General de la República". Y en su Art. 8º prescribe: "Cuando los jueces o Tribunales, al conocer de cualquier clase de juicios, encuentren que hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirán la primera".

(16) Anales Judiciales. 1955-56. p. 272 y ss. Véase Resolución Suprema de 7 de Enero de 1956. El voto singular del Vocal de la Suprema Dr. García Rada, Domingo, fue "porque se declare fundado el recurso de habeas corpus...". Estaba en juego el Art. 67 de la Constitución.

A nuestro modo de ver, esta disposición interpretativa es innecesaria, en razón de que en virtud de la norma 220 de la Constitución del Estado, el juez tiene el poder y el deber jurisdiccional de interpretar y aplicar el Derecho en los casos concretos que sean de su conocimiento, y en virtud también del propio Art. XXII del Tít. Prel. del C.C., que es de categoría lógica, de lógica jurídica, y, por tanto, de validez en el orden jurídico entero.

Una nueva estructuración en este aspecto de nuestra Carta fundamental se impone. Es necesario que se instituya el control jurisdiccional de las leyes en la propia Carta Magna, especificándolo entre las atribuciones del más alto órgano del Poder Judicial, a fin de evitar posibles evasiones en la solución de los casos sobre este punto básico del ordenamiento constitucional (17).

9.—Pero los instrumentos de garantía que más directamente tienen que ver con los derechos de interés público son los elaborados en el Derecho anglo-americano con distintas denominaciones pero que tienen una esencia jurídica común. Así el *Common Law* elaboró ciertos institutos sumarios de garantía, conocidos como *extraordinary legal remedies*, entre los cuales podemos señalar el *writ of habeas corpus*, el *writ of mandamus*, el *writ of quo warrant*, el *writ of prohibition*, el de *certiorari*. (18).

Y se ha elaborado en el Derecho mexicano el llamado “juicio de amparo”, al que el profesor Alcalá Zamora y Castillo lo llama “curalotodo”, porque este instrumento está destinado a la defensa de cualquier habitante en el ejercicio y conservación de todos los derechos concebidos por la Constitución y las leyes constitucionales de México (19).

(17) El Dr. León Barandiarán, José, en el Congreso Nacional Extraordinario de Abogados de 1969, presentó la ponencia: “El Tribunal de Control de la Constitucionalidad y de la Legalidad y de nombramientos judiciales”, con un Anteproyecto comprendiendo 22 artículos reglamentarios. Ver Revista del Foro. Colegio de Abogados de Lima. Enero-junio de 1969. p. 200 a 217.

(18) Cooper H.H.A.: Diez ensayos sobre el Common-Law, Lima, 1967, Cap. “Las garantías constitucionales en el derecho inglés” p. 119. Carrio, Genaro R. “Recurso de Amparo y Técnica Judicial. (análisis crítico del caso Kot). Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1959. p. 32.

(19) Entre nuestros tratadistas, dice Trueba Urbina, Alberto, “el amparo es considerado como una institución de carácter político a través de la cual se obtiene la protección de la constitucionalidad y de la legalidad, como medio de mantener incólume la Constitución y resguardar las garantías que la misma establece, cuando éstas han sido objeto de atentado por parte de las autoridades”. Ley de Amparo Reformada. Doctrina, Legislación y Jurisprudencia. Ed. Porrúa S.A. México. 1950. p. XLIV.

“El amparo ha sido definido en el Derecho Público contemporáneo como la ma-

En Brasil se ha instituido constitucionalmente desde 1934 el *mandato de seguridad* para la defensa del derecho *cierto e incontestable* (o *líquido y cierto*), amenazado o violado por acto manifiestamente inconstitucional o ilegal de cualquier autoridad, con un procedimiento similar al del *habeas corpus*, y sin que el mandato perjudique las otras acciones que sean procedentes (20). Se excluye el caso de la libertad física que está protegida por el *habeas corpus*.

En la generalidad de los países de América se reconoce el *habeas corpus* como "recurso" directamente aplicable a la defensa de la libertad física y corporal de las personas, y el *amparo* se va difundiendo en muchos otros, como una de las formas en que se manifiesta el derecho de acción contra todo acto de autoridad que lesione un derecho esencial que no encuadre en la defensa del *habeas corpus* (21).

10.—Que es, pues, el *habeas corpus* y cual es su naturaleza. El *habeas corpus* es un instrumento de derecho Público interno destinado a garantizar el pleno goce de la libertad corporal. Lorenzo Carnelli dice: "El *habeas corpus*, definido en términos genéricos, es una acción de garantía de la libertad personal, frente al poder público, cuando éste la afecta en alguna forma y siempre que la afectación implique una ilegalidad" (22). Establecido por el "hecho inglés", otros dicen que por el "hecho aragonés", o por el derecho romano (23), (*homine libero exhibendo*), el *habeas corpus* es una acción o derecho público sub-

xima expresión de garantía constitucional, dice una Corte penal de Venezuela. Su alcance rebasa los límites del Hábeas Corpus y en amplitud abarca el juicio de inconstitucionalidad". Ver "Recurso de amparo". Corte Superior Cuarta en lo penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y del Estado de Miranda, Venezuela. Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Zulia. Maracaibo-Venezuela. 1970. p. 171.

(20) "El mandato de seguridad, dice Núñez, Castro, no es sino la defensa avanzada de un derecho, un momento procesal destacado de la acción propia para atacar el acto administrativo, cuando son verificadas ciertas condiciones de liquidez y certeza". Do Mandado de Segurança. 5ª Edicao. Revista Rorense-Rio de Janeiro. 1956. p. 246.

(21) "En el recurso de *habeas corpus*, dice Bielsa, Rafael, se indaga solamente la causa de la detención y competencia del que la ordenó. Se resuelve en una orden de presentación del detenido ante el juez, para ponerlo en libertad.

En el *amparo* se cuestiona la lesión de un derecho, o garantía, y la legitimidad del acto que determina esa lesión. "El Recurso de Amparo". Análisis doctrinal. Jurisprudencia. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1965. p. 54 y 55.

(22) Carnelli, Lorenzo: El *Habeas Corpus*-Concepto-Especies-Características propias y diferencias-Definiciones. Ver Revista Jurídica Argentina "La Ley", t. 3. Buenos Aires. p. 243.

(23) Las declaraciones y garantías constitucionales. Por Rafael Bielsa. Revista Jurídica Argentina "La Ley". p. 795 Sección Doctoral.

jetivo para la garantía práctica, inmediata y utilitaria de la libertad física o corporal de las personas. Históricamente, es un mandamiento que el juez o Tribunal dirige a la autoridad o al particular que ilegalmente atenta en prisión a una persona, intimándole que presente el cuerpo y la causa, exponiendo los motivos de su detención. El juez mandará lo que sea procedente: la libertad absoluta o provisional del detenido, o la rápida tramitación de la causa. El habeas corpus es así el instrumento reintegrativo de la libertad física, entendida ésta como derecho de locomoción: *ius manendi, ambulandi eundi viniendi, utro citroque*.

El habeas corpus supone que la libertad de la persona ha sido suprimida o turbada por acto ilegal del poder público, o sea por un acto arbitrario de la autoridad. De modo que, la ilegalidad o *arbitrariedad* del acto es el elemento justificativo de la garantía. Mas, no sólo la supresión ilegal de movimiento debe entenderse dentro del concepto, sino también la *amenaza* y restricción de ese derecho, toda vez que la libertad de moverse es atacada no sólo cuando se la suprime o anula, sino también cuando se la perturba o limita de algún modo en su ejercicio regular. Carnelli señala que en la disposición 5ª de la Declaración de Derechos de 1689, se dice: "Los súbditos tienen el derecho de presentar peticiones al Rey, siendo ilegales las prisiones y vejaciones de cualquier especie que sufran por esta causa" (24).

De modo, pues, que, en su sentido original, el *habeas corpus* garantizaba, además de la libertad corporal, "las vejaciones de cualquier especie". Tal es también la opinión de Joffré (25). En los Estados Unidos, la Ley de 1789, en su Sección 9 N° 2, dió beligerancia al habeas corpus, diciendo: "El principio del auto de habeas corpus no será suspendido, excepto cuando en caso de rebelión o invasión, la seguridad pública lo requiera", y la Ley de 1867 dió jurisdicción a los Tribunales para conocer del habeas corpus "en todos los casos en que una persona fuera restringida en su libertad, en violación de la Constitución o de algún tratado o ley de la Unión" (26).

(24) Carnelli, Lorenzo: Ver trabajo citado.

(25) Joffré, Tomás: "Jurisprudencia Argentina". 1913. T. II. p. 12, en nota a una jurisprudencia sobre el habeas corpus.

(26) Sánchez Viamonte: *El Habeas Corpus Garantía de la libertad*. 2ª edición, Editorial Perrot. 1956. p. 84.

11.—En nuestro país se institucionalizó el habeas corpus por Ley de 21 de octubre de 1897 como “recurso” destinado a garantizar la libertad personal contra la detención ilegal. Posteriormente, la Ley 2223 de 26 de setiembre de 1916 (art. 7º), llamada de “Liquidación de prisiones preventivas”, extendió la garantía a la defensa de las garantías individuales establecidas por la Constitución de 1860 (Arts. 14 al 32). El 2 de enero de 1920, por Ley 4019, se promulgó el Código de Procedimientos en Materia Criminal, que comenzó a regir el 18 de marzo del mismo año, y en el Título VII, Art. 342, se conserva y perfecciona el “Recurso de habeas corpus”, haciendo aplicable la garantía no sólo a “Toda persona residente en el Perú reducida a prisión más de 24 horas” sin tomársele su “declaración instructiva”, sino también a los casos en que a “un peruano o extranjero domiciliado en el Perú, se le notifica por cualquier autoridad, la orden de abandonar el territorio nacional o lugar de su residencia o cuando el denunciante teme ser expatriado o confinado por la fuerza” (Art. 353), y se lo extiende contra “el vejatorio apremio de guardias” (Art. 355), sin que la autoridad responsable pueda exculparse “de la responsabilidad y de la pena” aduciendo “haber procedido por la orden del gobierno” (Art. 350).

Pero fue en la Constitución de 1920 cuando el habeas corpus se estableció como garantía de rango constitucional, aunque sólo referido a la libertad personal (art. 24), “lo que en buena cuenta hizo inaplicable la Ley 2223”, dice el Dr. García Rada, Domingo, (27); pero una ejecutoria suprema de 1923 afirma que “el art. 70 de la Ley N° 2223 destinada a amparar las garantías enumeradas en el Título IV de la Constitución, se halla en vigor” (28).

La Constitución de 1933, en su Art. 69, reconoce el habeas corpus como acción destinada a proteger “todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución”. (Arts. 8º al 54º, derechos individuales; 55º al 70º, derechos sociales).

No obstante, al darse el actual Código de Procedimientos Penales en 1940, el habeas corpus fue conceptuado como “recurso”, a sabiendas de que acción y recurso son institutos pro-

(27) García Rada, Domingo: Manual de Derecho Procesal penal. Lima, 1970, p. 229.

(28) Rodríguez Llerena, Darío: Código de Procedimientos en Materia Criminal, Chiclayo. Librería e imprenta Mendoza. 1936.

cesales distintos por sus datos dogmáticos (29). Observamos, además, que el Código lo adjetiva como "extraordinario", como si tratándose de esta garantía se quisiese decir que no es el recurso común; pero ello no salva al legislador de la crítica de que debió ceñirse necesariamente al concepto constitucional por razón de jerarquía, y, en todo caso, por razón de lógica, debió emplear un lenguaje unívoco, es decir, un lenguaje de la misma naturaleza y significación.

Por lo demás, hemos considerado siempre que el legislador no estuvo exacto en cuanto a extender la garantía del *habeas corpus* a todos los derechos, incluyendo los sociales, toda vez que al hacerlo desdibujó en mucho la clásica arquitectura de este instituto, el cual debió conservarse conforme a su prístino significado tradicional, esto es, de defensa contra toda forma de atentado de la libertad física y corporal de las personas (30). Para los demás derechos con asiento en la Constitución debió instituirse otros instrumentos de garantía, con suspensión preventiva por el juez del acto ilegal, como el amparo mexicano, que venía extendiéndose en los demás países desde su concepción inicial en 1840 por Manuel Crecencio Rejón. Así lo hizo el Brasil en 1934, creando, previa una laboriosa jurisprudencia, el *mandato de seguridad* como sucedáneo del *habeas corpus* que resultó ser inadecuado como garantía del complejo de derechos constitucionales en las situaciones de anormalidad.

12.—Haciendo ahora el examen de su trámite, encontramos que el C. de P.P. en sus artículos 349 al 359, establece el procedimiento que sólo corresponde a la forma de protección de la libertad individual, es decir contra toda forma de detención arbitraria, y a la amenaza en el único caso de "guardias puestas a un domicilio" (Art. 359), y no de los restantes derechos. Y no

(29) Acción, es el "poder jurídico del individuo de requerir de la jurisdicción la protección de cuanto es menester para reintegrarle o asegurarle efectivamente, el goce del derecho violado, resistido o en estado de incertidumbre". Estudios de Derecho Procesal Civil. T. I. Ediar, Soc. Anón. Editores. Buenos Aires. 1948. p. 26.

Recurso es el medio de impugnar las providencias emanadas de una autoridad, a fin de obtener su reforma o revocatoria o nulidad. El recurso supone pues la existencia de una decisión proveniente de un funcionario público. Por eso dice Bielsa, "Se recurre de una decisión o contra ella". "Contra el hecho o acto de un particular se acciona". Ver El Recurso de Amparo. Análisis doctrinal. Jurisprudencia. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1965. p. 61 - 62. Ver También García Rada, Domingo: Obr. Cit. p. 229.

(30) "Sólo los sofismas desusados... el subjetivismo impenitente pueden ver en las expresiones "libertad personal", protegida por el *habeas corpus*, otro significado más amplio que el de la libertad física", dice Pontes de Miranda. Ver Historia y Práctica do Habeas Corpus. Rio de Janeiro. 1951. p. 29.

se ha previsto otro trámite mediante la jurisprudencia creadora, cual ha ocurrido en la jurisprudencia comparada (31).

Veamos pues sus rasgos contingentes.

a) Conocen por disposición del Art. 350, el Juez Instructor o el Tribunal Correccional, y si la acción se interpone contra una orden judicial, compete conocer al Tribunal Correccional, incluso en el caso de que la acción se promueva contra los jueces militares (32).

b) Conforme a los dispositivos 349 y 351 del C. de P.P., es parte, como sujeto activo, toda persona reducida a prisión ilegal. Pueden ejercitar la acción sus parientes hasta el 4º grado de consanguinidad y segundo de afinidad, sin necesidad de poder. Conforme a la Ley 4891, Art. 8º, "ningún vago" o "extranjero calificado de pernicioso" pueden accionar por habeas corpus "contra arresto... expulsiones o trabajo que, respecto de ellos, decretaran las autoridades de policía".

Es sujeto pasivo de la acción, la autoridad (funcionario civil o militar) que haya cometido el acto violatorio de los derechos individuales y sociales. Aun cuando la Constitución no lo dice (Art. 69), no puede serlo un particular, conforme a la jurisprudencia de nuestros tribunales (33).

c) Conforme al Art. 349, el habeas corpus se interpone contra toda "prisión" o detención por más de 24 horas, sin que el juez competente haya comenzado a tomar su instructiva al detenido o sin someterle a juicio conforme a ley.

La acción se extiende, conforme al Art. 69 de la Constitución Nacional y el 349 segunda parte del C. de P.P., a los casos de violación de los derechos individuales y sociales garantizados por la primera, en los arts. 8º al 54º y 55º al 68º.

(31) Ver los casos "Siri" y "Kot" en Recurso de Amparo y Técnica Judicial. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1956, de Genaro R. Carrlo, p. 209 y 219. Véase También Derecho de Amparo. Ediar S.A. Editores. 1961 de Germán J. Bldart Campos. p. 381 y ss.

(32) Guzmán Ferrer, Fernando: Código de Procedimientos Penales. p. 391.

(33) El ex-Vocal de la Corte Suprema, Dr. Bustamante Cisneros, Ricardo, sostiene que el Art. 69 de la Carta Política actual comprende también, "como expresión de moralidad cívica" "a las trasgresiones cometidas por particulares". Señala algunos casos en que los particulares pueden lesionar los derechos que ella reconoce y protege, como son: actos contra la libertad de asociarse (Art. 27 de la Const.); actos contra la libertad de comercio e industria (Art. 40); contra el derecho de trabajo (Art. 42); restricciones indebidas en el contrato de empleo (Art. 44); "y otros actos más que sería prolijo enumerar". "Carecería de justificación, dice, pretender que los agraviados acudan al procedimiento ordinario, instaurando acciones civiles o penales, las que terminarían por abandono las primeras o por prescripción las últimas". Ver Habeas Corpus y acción popular. Revista del Foro. Órgano del Colegio de Abogados de Lima. Año XLVIII.

d) El juez ante quien se ha interpuesto la acción, se constituirá inmediatamente en el lugar en que se halla el detenido y comprobada la verdad de los hechos, lo pondrá inmediatamente en libertad, sentando el acta correspondiente y dando cuenta al Tribunal de que dependa (Art. 352 del acotado).

Caso de que la acción se haya interpuesto ante el Tribunal Correccional, comisionará éste a uno de los jueces instructores, el que constituido en el lugar del detenido lo pondrá en libertad si ello procede (Art. 354).

Si la detención es en lugar distinto al del juez o Tribunal que recibe la petición, uno u otro ordenará al juez instructor o juez de paz, en su caso, a los efectos de que procedan en la forma prevista en los artículos anteriores (art. 355).

e) Si en el caso se dan los supuestos de la detención ilegal, cumplido el mandamiento de libertad, se pronunciará sentencia declarando fundada la acción interpuesta, en cuyo caso, si la acción por detención arbitraria es imputable a una autoridad política, el Tribunal que decretó la libertad o al que le fue comunicado por el juez, previa audiencia y debate al que serán citados la autoridad responsable, el agraviado y el fiscal, le impondrá la pena de destitución del cargo, "al que no podrá volver hasta pasado dos años", y en los casos graves de abuso de autoridad, "puede imponer al culpable prisión hasta por tres meses" (Art. 356).

f) Contra los autos que denieguen el recurso de habeas corpus procede el de nulidad, conforme a lo dispuesto en el Art. 292º inc. 8º del C. de P.P. Incluso cabe el recurso de queja, en su caso, conforme al Art. 297º del mismo cuerpo de leyes.

g) Conforme a cierta jurisprudencia, caso de actos que provengan de jueces, la responsabilidad "no pueden declararse sino en el juicio penal ordinario". (34).

No excusa la responsabilidad "El haber procedido por orden superior..." (Art. 357 del C. de P.P.).

Si la orden emanó "del Gobierno, sin perjuicio de imponer la pena al funcionario ejecutor", dará cuenta del proceso a la Cámara de Diputados, para que proceda conforme a la Ley de Responsabilidad de funcionarios. Cualquiera sea la razón que alegue el Gobierno culpable, la hará valer ante la Corte Suprema, y no ante el Senado, al que sólo le basta comprobar la violación del derecho (Art. 358 Id.).

(34) Rodríguez Llerena, Dario: Obr. cit. p. 568.

Tal el trámite en la vía penal.

13.—Con el Decreto Ley N° 17083, de 24 de octubre de 1968, se ha instituido la vía civil para la tramitación del habeas corpus, conservándose la vía penal, que ha sido expuesta, para los casos de violación de “la libertad personal, inviolabilidad de domicilio y libertad de tránsito”. Y se han dictado otras reglas destinadas a “las demás garantías constitucionales a fin de subsanar el vacío de la ley y sustituir con normas precisas las reglas analógicas aplicadas por la jurisprudencia, así como determinar los alcances de las resoluciones judiciales expedidas en estos procesos sumarios”.

Cabe, entonces, hacer el análisis de esta nueva vía procesal de derecho público, protector de los derechos fundamentales.

Conforme a los trámites que establecen los Arts. 2° al 5°, la acción se interpone ante la Sala Civil de Turno de la Corte Superior, del Distrito Judicial dentro del cual se hubiere “emitido” el acto impugnado. Si procede el recurso, la Corte oficiará al Procurador General de la República, poniéndole en conocimiento y remitiendo el expediente al Juez Civil más antiguo, el que pedirá, a su vez, informe escrito “a la autoridad competente” dentro de ocho días.

Cumplido el trámite previsto, el Juez elevará lo actuado a la corte Superior, en cuya instancia podrán las partes presentar informes escritos y defender *in voce* a la vista de la causa. La Corte Superior puede disponer la presentación de los instrumentos (expedientes o copias certificadas) que sean pertinentes.

La resolución será expedida dentro de 30 días a partir de la elevación del expediente por el Juez.

De la resolución procede recurso de nulidad dentro del tercer día para ante la primera sala de la Corte Suprema, la que resolverá previo dictamen fiscal y con la defensa oral o escrita que ejerciten las partes.

Tal el trámite civil.

14.—Observamos que no son felices los conceptos del primer considerando del Decreto Ley N° 17083, porque impropiamente llama “garantías constitucionales” a los que por su naturaleza son “derechos constitucionales”; porque un “vacío” de la ley no se “subsana”, simplemente se lo llena; no se sustituyen las “reglas analógicas”, porque sólo cabe hablar de *analogía* como principio y no como regla (Art. XXIII del Tit. Prel. del C.C.);

ni "las resoluciones judiciales expedidas" son susceptibles de ser determinadas en sus alcances, porque esas resoluciones judiciales son cosa juzgada.

En cuanto a la nueva reglamentación, ella no corresponde a la naturaleza del habeas corpus.

Todo sabemos que el habeas corpus es un instrumento de garantía enérgico y eficaz, de trámite sumarísimo en favor de la libertad física o corporal, frente a su ilegal afectación por el poder público. Tal es su poderío clásico. Se incurre entonces en error cuando se pretende que el habeas corpus deba garantizar otros derechos que no sean la libertad física o corporal de las personas.

Cuando el Art. 1º del Decreto Ley 17083 reserva el trámite previsto en las disposiciones vigentes del C. de P.P. (Arts. 349-359), para los casos de la libertad personal, inviolabilidad de domicilio y libertad de tránsito, no parece muy claro qué se entiende por libertad personal, ya que la expresión en su sentido lato comprende todas las especies de libertad, como la de opinión, de reunión, de conciencia, de trabajo, de correspondencia, etc., etc. Por eso es de lógica necesidad precisar su sentido y ajustar los conceptos.

Cabe observar por otro lado, que la manifiesta morosidad del trámite, sin suspensión judicial previa del acto lesivo, no es garantía idónea de protección de los derechos, cuyo goce debe ser restituido de inmediato, dentro de un procedimiento expeditivo y rápido, cual corresponde a la naturaleza premonitoria y reintegradora del instituto.

Sostenemos entonces que si el habeas corpus en su concepción genuina es una garantía de la libertad física o corporal de las personas, porque ésta es condición y fundamento para el ejercicio de los demás derechos o libertades, como se ha dicho por jueces y juristas de nota, debe el habeas corpus circunscribirse a la defensa de esa referida libertad primaria (35), comprendiéndose dentro del concepto no sólo la supresión ilegal de la libertad, sino también su restricción, obstrucción y amenaza. La garantía de la libertad individual no es plena si no se la extiende contra toda forma de lesión a la libertad de movimiento. Por tanto, toda acción u omisión que directa o indirectamente amenazare, limitare, obstruyere o impidiere ilegalmente el ejer-

(35) Ver Bidart Campos: *Obr. cit.* p. 54.

cicio de la libertad individual, aun la simple orden dirigida a ello, si es ilegal, deben estar cubiertas por la acción del habeas corpus.

15.—Haciendo un *excursus* por nuestra jurisprudencia, encontramos que el habeas corpus ha sido aplicado siempre restrictivamente. En ella se registran casos en que se ha denegado el recurso "sin la previa detención corporal del reclamante". (A. J. 1918 p. 145). Se ha denegado también la garantía no "obstante haberse vencido el plazo de la pena de prisión que se le impuso a un acusado", so pretexto de encontrarse su expediente en la Corte Suprema "para resolver el recurso de nulidad", R. J.P. —1950, p. 460; 1951— p. 1331).

En otro caso se ha dicho que "no procede el recurso de habeas corpus si el apremiado para la devolución de un expediente no ha sufrido detención definitiva". (Rev. del F. 1918, p. 289). Tampoco, el caso de haber "sido interpuesto extemporáneamente por la esposa de un extranjero que fue expulsado del país". (Se refiere al plazo dentro del cual debe ser expulsado un extranjero, fijado en el art. 8º de la ley 4145; pero el C. de P.P. no señala plazo alguno para la interposición del recurso. (Rev. Jur. 1963. Nº IV. p. 318).

Y existe caso en que se denegó el recurso a quienes cumplían pena privativa de libertad por delito político social, pero a quienes alcanzaba una ley de amnistía, como si la amnistía no hiciese desaparecer o remitirse a un olvido total el delito y la pena. (A. J. 1959, p. 183).

Se ha declarado, en cambio, que procede el habeas corpus "si transcurren más de 24 horas sin someterse a juicio al detenido". (A. J. 1915, p. 71). Se ha declarado también fundado el recurso si resulta que la autoridad policial "no ha abierto instrucción, ni se les ha tomado declaración instructiva" a los reclamantes. (Rev. Jur. 1964, p. 269). Caso de una "detención arbitraria ordenada so pretexto de cumplir la Ley de Servicio Militar Obligatorio", se ha concedido el recurso. (R. del F. 1918, p. 289). Procede el recurso "por la prolongación injustificada de la detención ordenada por un Juez Militar" (R. del F. 1918, p. 264). Igualmente es aplicable en los casos de detención ordenada por los jefes de la Zona Militar "ejerciendo jurisdicción que no les corresponde" (A. J. 1915, p. 74). Caso de la detención en aguas territoriales sin sometimiento a juicio

por término mayor del que la ley permite (Ley 4145 de 20 de setiembre de 1920) y la orden de abandonar el territorio nacional sin mandato de juez competente, da mérito al recurso de habeas corpus (A. J. 1923, p. 59). En igual sentido se ha declarado en el caso de que "los recurrentes se encuentren detenidos por tiempo mayor que el fijado por el art. 8º de la Ley N° 4145". (R. J. P. 1963, p. 1272, Id. 1964, p. 210).

Se ha dicho que no procede el recurso "por haber denegado el Gobierno la visa del pasaporte de un peruano residente en el extranjero para regresar al país, fundándose en que la Ley de Seguridad Interior (ya derogada) es inaplicable por opuesta al art. 67 de la Constitución". (R. J. P. 1958, p. 890). No vemos cuál sea el fundamento de la denegatoria.

Se ha declarado que "carece de derecho" para interponer el recurso de habeas corpus contra una licitación que se supone indebida, la entidad que individualmente no ha intervenido en dicha licitación. (R. J. P. 1961, p. 785).

En una acción de habeas corpus deducida contra el Ministerio de Fomento y Obras Públicas, con fundamento en los arts. 17 y 40 de la Constitución, por inobservancia de las disposiciones del Reglamento General de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas, se ha declarado improcedente el recurso, diciéndose que no se había violado las garantías nacionales y sociales previstas en los indicados artículos. El voto en minoría de los señores Vocales Drs. Bustamante Cisneros, Ricardo y Portocarrero Olave, Felipe, fue porque se declarase fundado el recurso.

En el caso de las Resoluciones Municipales se ha dicho que no dan mérito al recurso de habeas corpus, y la multa que mediante ellas se impone tampoco da lugar al recurso. Pero no se dice si esa multa es arbitraria y si significa violación del art. 8º de la Constitución. (R. J. P. 1962, p. 1514).

Interpuesto el habeas corpus contra la negativa de las autoridades administrativas a cumplir con los mandatos judiciales, se ha declarado improcedente el habeas corpus, no obstante el precepto constitucional, Art. 23, que estatuye que "La Constitución y las leyes protegen y obligan igualmente a todos los habitantes de la República". El caso es claro en el *Common law*, en el que mediante el *writ of mandamus* se tiende a obtener que un tribunal ordene a un funcionario que realice un acto al que está obligado en razón de su cargo.

Respecto de una Resolución del Ministerio de Trabajo y Asuntos Indígenas, se ha dicho que el procedimiento (el del habeas corpus), es inidóneo para determinar la licitud o ilicitud de la interpretación efectuada" por esa resolución; y se agrega, "Es inoperante el recurso de habeas corpus, si no se vislumbra cuál de las garantías constitucionales sería menester, a fin de que se cumplan los fines pertinentes al ordenamiento jurídico". (R. J.P. 1963, p. 237). Se observa falta de congruencia en la valuación del caso.

En otro caso, los jueces han expedido esta resolución: "El otorgamiento de las garantías de ninguna manera supone el desconocimiento de los derechos individuales y sociales, sino por el contrario el aseguramiento de los mismos, y si, en su ejecución, se desnaturaliza la finalidad perseguida, ello no implica un designio específico de las autoridades que las otorgan". Es un caso de desviación del poder que ha podido ser analizada por el poder jurisdiccional.

Se ha sostenido en otro caso, que "es de competencia exclusiva e interna de las propias Universidades, conforme a lo previsto en el art. 18 de la Ley 13417, resolver sobre lo pertinente a las vacancias, renunciaciones y nombramientos de las autoridades universitarias, porque sólo así se garantiza la autonomía universitaria". (R. J.P. 1967, p. 826). Nada se dice respecto a si el caso materia del habeas corpus ha vulnerado la propia ley universitaria y, por tanto, si se ha agraviado al recurrente en algún derecho con fundamento en la Constitución.

"La desposesión violenta y la destrucción de la propiedad, se ha dicho en otro caso, sometidas con apoyo de la fuerza pública, no dan lugar al recurso de habeas corpus sino a las acciones civiles y penales... para recuperar la posesión y la indemnización de los daños y perjuicios". (R.J.P. 1959, p. 452). Tal como se expone el caso, aparece mas bien evidente la procedencia de la garantía.

Existe jurisprudencia contradictoria respecto a la garantía del derecho de propiedad que aparecería violado por aplicación del Decreto-Ley N° 14444, (Ley de Reforma Agraria), cuando se dice en un caso, "No existe incompatibilidad entre el art. 29 de la Constitución y el Decreto-Ley 14444, etc." (El Peruano, 11 de Enero de 1965), y en otro se dice que "Procede el recurso de habeas corpus para amparar a los propietarios de fundos rústicos que manifiestamente son agraviados por la

aplicación de la Ley de Reforma Agraria, en forma que contraría las garantías constitucionales" (R.J.P. 1965, p. 1483); y en otro caso se declara "nula la resolución consultada en aplicación del art. 8º de la L.O. del P.J., que ampara un recurso de habeas corpus fundado en incompatibilidad entre el Decreto-Ley N° 14444 y el art. 29 de la Constitución ..." (R. J.P. 1965, p. 101).

En algunos casos se ha declarado procedente el recurso interpuesto contra resoluciones gubernativas que al aplicar una ley (el Cod. de Minería), afectaron el derecho de propiedad particular. (Ver R.J.P. 1960, p. 212; id. 1961, p. 80).

Y se ha resuelto por la vía del habeas corpus, la nulidad de Decretos dictados por el Ministerio de Trabajo por violación de las garantías constitucionales, al avocarse el conocimiento y la solución de los diferendos de orden contractual surgidos entre yanaconas y yanaconizantes sobre el precio de los productos del fundo, siendo así que carece de facultad legal para resolver diferendos de esa naturaleza. (R. J. P. 1958, p. 883; Id. 1960, p. 605).

Cuando la arbitrariedad se ha cometido por un juez, se ha declarado que su responsabilidad "no procede declararse sino en juicio penal ordinario" (Rodríguez Llerena, D.: Código de P. en M. C. p. 568). O se ha dicho que "... la responsabilidad de los jueces por detención arbitraria, ... no puede definirse y pensarse sino con arreglo a los arts. 168 y 169 del C. P." (A.J. 1920, págs. 149, 150 y 151). O también, "los errores procesales de los jueces deben ser enmendados en la forma prevista por la ley". (A.J. 1962, p. 169).

En los casos de amenaza de violación de un derecho constitucional, se ha denegado siempre el recurso, aduciendo como tesis que "la exteriorización de una intención ... no es punible y tampoco constituye desconocimiento del derecho". (Ver R.J.P. 1964, p. 613). También se ha denegado siempre el recurso en los casos de no haberse agotado la vía administrativa y en todos los casos de suspensión de las garantías individuales por razones políticas. Se ha declarado inadmisibles el habeas corpus en los casos de haber "cesado el hecho" violatorio de un derecho constitucional (A.J. 1962, p. 177), y también en los casos de haberse "consumado" el hecho, "pudiendo acudirse entonces, dice, a una acción común". (R. del F. 1951, p. 397).

En cuanto a la violación de los derechos proveniente de los

particulares, nuestra jurisprudencia ha sostenido que el recurso "solamente procede en los casos en que las autoridades públicas... cometen actos abusivos o arbitrarios o violaciones de derechos garantizados por la Constitución" (R. J.P. 1963, p. 787).

Y recientemente se ha declarado que tratándose del Estatuto de Libertad de Prensa, no procede "la acción de amparo", porque se dice, esta acción "no está dada contra leyes ni contra estatutos de igual jerarquía, etc.". ("El Peruano", de 31 de Enero de 1970).

Un caso curioso.

En 1932, un ex-ministro de gobierno interpuso ante el Tribunal Correccional de Lima, recurso de habeas corpus, aduciendo que se encontraba en el Panóptico, sujeto a incomunicación y sin seguirsele instrucción alguna ni estar incurso en ninguno de los casos previstos por la ley penal. El Tribunal Correccional *comisionó* entonces a un Juez Instructor para que investigase el caso constituyéndose en el lugar indicado. Y ocurrió que el Juez Instructor, al comprobar el hecho denunciado, *ordenó la libertad del detenido*, lo que no fue cumplido por el jefe del penal, haciendo constar éste, como fundamento de su negativa, que la orden emanaba del Ministerio de Gobierno. En su resolución el Tribunal Correccional declaró improcedente el recurso, diciendo que "si hay exceso o no en el ejercicio de las facultades que las leyes citadas conceden al Ejecutivo para el mantenimiento del orden público, es punto que no puede resolverse dentro del recurso de habeas corpus, etc.". La resolución subió a la Corte Suprema en recurso de nulidad.

Lo cierto es que al citado ex-ministro de gobierno, se le había aplicado la Ley 8489 (Ley de Emergencia), y se le había detenido en aplicación también de la Ley 7991, que autorizaba al Ejecutivo suspender la garantía consagrada en el Art. 24 de la Constitución Nacional. Lo procesalmente correcto era, que el Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 347 del C. de P.P. encomendándose a uno de sus miembros para que constituyéndose en el lugar de la detención pusiese en libertad al detenido, si procediese el recurso. Esto no lo hizo, incurriendo en vicios procesales, que dio motivo a la crítica del Vocal Dr. Zavala Loaiza, aun cuando en el fondo dio su voto por la improcedencia del recurso. (Ver Rodríguez Llerena, Darío: Código de Procedimientos en Materia Criminal. 1936. Pág. 575).

16.—Sin entrar en el análisis dogmático de la jurisprudencia nacional respecto de la aplicación del habeas corpus, por el momento cabe decir que ella ha seguido una línea restrictiva y a menudo insegura en la solución de los casos que han sido de su conocimiento. En veces se ha mostrado firme, en otras, en cambio, como quien hace ejercicios de equilibrista, se ha mantenido en la superficie, evadiendo entrar en el examen detenido sobre la ilegalidad o arbitrariedad del caso y en el estudio bien meditado sobre la pertinencia de los remedios constitucionales invocados por el agraviado; y en algunos casos muy claros se ha declarado improcedente la garantía haciéndose reflexiones muy generales. De un modo abstracto se ha denegado de plano en los casos de no haberse agotado la vía administrativa, remitiéndolos a los remedios comunes, sin entrar en el meollo del asunto en debate. Y en los casos de suspensión de las garantías constitucionales por el Ejecutivo, se ha denegado a raja tabla, sin el examen prolijo de si, dentro de la situación excepcional, la privación del derecho es indebida. No se registran casos de creación pretoriana en el campo de los remedios constitucionales ni del control jurisdiccional de las leyes.

En este orden de cosas, la jurisprudencia comparada ha señalado el camino, y esto es posible. La vasta experiencia mexicana creando y perfeccionando el "juicio de amparo" con rasgos cada vez más severos respecto de su autonomía procesal; la fecunda labor jurisprudencial brasilera, desarrollando decisiones de alta inspiración jurídico política para no dejar sin amparo las situaciones jurídicas que no encontraban protección adecuada en el habeas corpus y sobre cuya base se erigió el mandato de seguridad; la creación pretoriana del amparo y su reglamentación sumaráisima para la defensa de los derechos con asiento en la Constitución, aun en los casos de agresión por los particulares, por la jurisprudencia argentina, lo demuestran.

Esto, sin referirnos a las heroicas, por así decirlo, creaciones jurisprudenciales conocidas como *détournement du pouvoir* por el Consejo de Estado francés, y la revelación del poder de control constitucional de las leyes (judicial review) por la Corte Suprema de los Estados Unidos.

17.—Expuestas sumariamente las consideraciones que anteceden es necesario sentar algunas pautas:

1. Conceptuamos que el catálogo de los derechos funda-

mentales de nuestra actual Carta política, debe extenderse teniendo como base la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración de Derechos y Deberes de las Naciones de América, y demás Pactos Internacionales, es decir, en sus áreas jurídicas, políticas, económicas, culturales y sociales.

2. Para evitar vacilaciones en la obra de la jurisprudencia, el habeas corpus debe establecerse contra toda acción u omisión que de cualquier modo amenazare, limitare, obstruyere o privare ilegalmente el ejercicio de la libertad física o corporal de las personas, con el beneficio de la duda para todos los casos.

3. La acción puede ser interpuesta ante la autoridad judicial competente, en forma verbal, escrita o telegráfica, por cualquier persona, incluso de oficio.

4. Consecuentemente, los artículos que instituyan la garantía del habeas corpus, deben ser estructurados en los términos más precisos y enérgicos, a fin de evitar dudas o desinterpretaciones de sus disposiciones.

5. El trámite debe ser sumarísimo y sencillo a los efectos de verificar la competencia del funcionario denunciado y la legalidad de su proceder. Comprobada la violación al derecho, el magistrado la hará cesar de inmediato, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales consiguientes.

6. Para los demás derechos fundamentales debe instituirse el derecho de amparo, bajo condiciones y supuestos extraídos de nuestra realidad social, cultural, política, etc., con trámite sumarísimo similar al del habeas corpus, pudiéndose deducir por toda persona natural o jurídica que se considere afectado en su derecho, extendiéndose la protección aun a los casos en que no se haya agotado la vía administrativa, si la agresión al derecho ha comenzado a producirse y aun cuando hayan normas comunes a las que pueda acogerse el agraviado, si la dilación del procedimiento puede acarrear perjuicios graves e irreparables.

7. Para el caso de que la consumación del acto pudiera dejar sin materia el amparo, debe establecerse la suspensión del acto reclamado, en tanto se siga el brevísimo trámite de la garantía.

8. Cuando se trate de lesiones a un derecho con asiento constitucional por particulares, sean estos naturales o jurídicos, debe extenderse la garantía del amparo a los casos en que pudiera producirse daños y perjuicios irreparables remitiendo la causa a los trámites comunes.

9. Cualquiera fuera el tiempo transcurrido desde la comisión u omisión del hecho lesivo del derecho, éste podrá ser impugnado si se mantuviera su ilegalidad.

10. En todos los casos, por exigencias de buena justicia, debe oírse al supuesto transgresor, en atención al principio del debido proceso legal.

