

## **HÁBEAS CORPUS: PASADO, PRESENTE Y FUTURO. TEORÍA Y PRÁCTICA**

*Habeas Corpus: past, present and future. Theory and practice*

Fernando M. Machado Pelloni\*

### RESUMEN

El *hábeas corpus* ha surgido históricamente como una barrera contra el abuso del Poder. Pero la acción, además de cargar con cierta ineficacia ante la falta de resolución a viejos problemas, particularmente en América Latina, enfrenta hoy nuevos desafíos y cuando ellos son además amenazantes, la tendencia a la expansión estatal es una realidad, como lo es la reducción de su escudo.

El artículo intenta plantear a la garantía como el freno natural para un adecuado balance institucional. Propone para ello la redefinición de la ecuación de emergencia, acción y reacción, en lo teórico, y más dinámica en la interpretación del *hábeas corpus*, en la práctica.

---

\* Profesor de Recurso Extraordinario Federal, UBA-Adjunto de Derecho Penal Pte. Gral., USAL. Ex-investigador en la *Università degli Studi di Camerino* y visitante de la *Università degli Studi di Roma "La Sapienza"*. El presente trabajo es el balance resultante de la clase del autor en el curso intensivo de posgrado, dado en la Facultad de Derecho de UBA en julio 31 de 2006, de la intervención en las Segundas Jornadas Inter-Universitarias de Profesores de Derecho Constitucional, en el área de Derecho Procesal Constitucional, Ciudad de Córdoba, setiembre 15 de 2006 y de la comunicación particular al IV Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Santiago de Chile, noviembre de 2006. Presentado el 18 de noviembre de 2006 y aprobado el 11 de abril de 2007. [f.machadopelloni@mail.salvador.edu.ar](mailto:f.machadopelloni@mail.salvador.edu.ar)

## PALABRAS CLAVE

*Hábeas Corpus*. Acción del Estado, poderes de emergencia y protección de la libertad. Interpretación.

## ABSTRACT

The habeas corpus has arisen historically like a barrier against the abuse of the Power. But the action, besides to load with certain inefficiency the lack of resolution of old problems, particularly in Latin America, it faces new challenges today and when they are in addition threatening, the tendency to the state expansion is a reality, as it is the reduction of his shield.

The article tries to raise to the guarantee like the natural brake for a suitable institutional balance. It proposes for it the redefinition of the emergency equation, action and reaction, in the theoretician, and more dynamic in the interpretation of the habeas corpus, actually.

## KEY WORDS

*Habeas Corpus*. State's action, emergency powers and freedom's protection. Interpretation.

## I. ALGUNOS CLAROS EN LOS OSCUROS CONTORNOS ENTRE PROTECCIÓN DE DERECHOS Y ACCIÓN DEL PODER POLÍTICO: NORMALIDAD Y EMERGENCIA (PERO CON GARANTÍAS)

La historia deja ver que la sociedad ha tenido problemas con el Poder o, dicho de otro modo, con su ejercicio y que, paradójicamente, también convivió con ellos a falta de este. Esto cuenta con un reflejo a nivel constitucional y de teoría del Derecho –*enabling'nd disabling rules* en la doctrina– y sintéticamente se resumiría así: principios y reglas tutelan derechos frente a la autoridad y también influyen para la actuación política.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Sintéticamente, las reglas son preceptos que definen claramente una situación normada, los principios son más amplios y orientan a todo el ordenamiento, en varias formas. Ver Zagrebelsky, Gustavo, *Il Diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 148; Alexy, Robert, “*Theorie der Grundrechte*” (hay traducción de E. Garzón Valdes, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002), Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1986, pp. 75 ss. A su vez, otra visión, Dworkin, Ronald, *A Matter of principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985.

Las personas, llevado esto desde una aproximación muy general, parejamente a desconfiar del gobierno, reclaman de este la solución a todos sus problemas. Si se recordara –como algún libre pensador– que las autoridades por sí mismas, “...no resultan más que el medio elegido por el pueblo para ejecutar su voluntad, lo que es igualmente susceptible de originar abusos y perjuicios antes de que aquel pueda intervenir”,<sup>2</sup> se caería en la cuenta que el relevamiento actual de esta afirmación en la construcción requerida de determinadas políticas públicas, como la que afecta a la seguridad, en principio resulta, por así decirlo, lo más natural del mundo pero a pesar de ello, (casi) siempre despierta preocupación.

No obstante, cabe hacer algunas distinciones. La relación existente entre el ejercicio del Poder para atender la seguridad pública no debería generar preocupación en la esfera de la libertad personal sobre los fundamentos de la Constitución, en la medida que esta garantice el derecho. Quiero exponer que de ser así, es divisible la situación: donde la hipotética respuesta traiga consigo más peligros que aquel que desemboca en la articulación de determinado programa, es un asunto y como tal, quedaría fuera del contexto; este último, a su vez, al ordenar el esquema problema-solución y separar –muy bien– la indestructibilidad e inmunidad de la libertad, de su esencial regulación sobre el bien común,<sup>3</sup> daría una inspiradora guía para atender la demanda social.

Aun así, es claro que resolver el balance entre orden y libertad no ha sido –ni es– nada fácil. De acuerdo a ciertos hechos, la restricción de la última para un fortalecimiento del primero puede incluso tener reconocimiento –por previsión– del derecho constitucional. Muchas veces, según los textos, podría incluso implicar, como regulación del derecho, una muy fuerte restricción. Allí emerge entonces otro delicado punto, cuya consistencia asume cierta posibilidad de que una Constitución, por una plataforma de emergencia, reconozca que su esquema protector sea suspendido, o avasallado, hasta cierto punto, por un ejercicio de Poder del Estado. Dicho de otra forma, es complejo distinguir no ya desde lo teórico, sino en lo práctico, si se asume una inclusión excluyente de la(s) garantía(s) o una exclusión inclusiva o extendida a ella(s). Tanto como relacionarlo con el individuo, su pertenencia social, el vínculo –si existe– entre ambos, las comunicaciones entre lo que está dentro y lo que está fuera, lo externo y lo interno al ordenamiento.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> En la versión original de Thoreau: “*The government itself, wick is only the mode wick the people have chosen to execute their will, is equally liable to be abused and perverted before the people can act through it*”; ver “*Civil Disobedience*” en *The portable Thoreau*, The Viking Press, New York, 1947, pp. 100-101.

<sup>3</sup> Cfr. Cardozo, Benjamin N., “*The nature of the Judicial Process*”, en Vv.Aa. *The great legal philosophers*, C. Morris-University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1997, p. 521.

<sup>4</sup> Cfr. Agamben, Giorgio, *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Giulio Enaudi editore, Torino, 2005, pp. 27-28.

Desde una aproximación política, podrían darse algunos datos que ilustran esta situación. Creo que el leninismo, como el nazismo, se han manejado con la “dualidad” de relacionar la norma con la excepción, terminándose en una sustitución del Estado por el Partido, síntesis del Poder soberano.<sup>5</sup> Si se tiene en consideración que con arreglo a un dato normativo –art. 48 de Weimar– los más oscuros años del siglo pasado tuvieron como detonante, la facultad otorgada al mandatario del *Reich* para atender al restablecimiento de la seguridad, se vuelve de inmediato a repasar que jamás lo que ha de tenerse como camino a la solución de ese problema, debe asomar como un conflicto más grave.

Ello, a su turno, nos ubica en el punto de partida: la Constitución si debe servir, tiene que limitar el Poder, en la medida necesaria a que este no desconozca la libertad, esencial a la realización humana. Sin embargo, tampoco debe impedirlo para atender los conflictos sociales.

I.II. El *habeas corpus* tiene directa conexión con la limitación del Poder. Esto implica, a su vez y desde mucho tiempo atrás, que es expresión de defensa de la libertad. Sin embargo, por cuestiones que trataré *ut infra*, no creo que hoy se tenga que revalidar aquella garantía, en la versión original, sino que, en cualquier caso y sin perder de vista lo anterior, su razón conceptual tiene que ajustarse a otras situaciones.

Ocurre que la libertad como autonomía debe ponderarse desde al menos tres puntos: desde el sujeto –puede ser individual o grupal–, que en cada época cuenta con propio sello; desde el objeto, dependiendo de lo que se quiera hacer, no interesa la autodeterminación individual sino en la medida que trascienda hasta cierto grado de generalidad; y, finalmente, desde el obstáculo, estimado en lo que bloquea la relación entre los dos anteriores.<sup>6</sup>

En Inglaterra se reconoció el derecho a la libertad personal con dos variables: de un lado, que nadie puede ser arrestado sin específicos fundamentos; del otro, que alguien detenido cuenta con la garantía de pedir por su derecho si aquellos son infundados.<sup>7</sup> Aunque podamos encontrarnos con actos y fechas

---

<sup>5</sup> Cfr. Agamben, Giorgio, *Homo...*, op. cit., pp. 50-51. La dualidad que apunta el autor, de algún modo, vino a ser observada por la Corte Constitucional. En efecto, la legislación que sentó los ejes del gobierno considerada como delegada, ponía en jaque a la real eficacia del derecho constitucional (así según la jurisprudencia posterior, BverfGE 6, 198, 414). Es entonces que todo el paquete era revolucionario del nacionalsocialismo alemán, creado junto al que era válido conforme competencia de la Constitución.

<sup>6</sup> Cfr. García-Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993, pp. 141-142.

<sup>7</sup> Cfr. James, P., *Introduction to English law* (13th edition, Shears P.-Stephenson G.), Butterworths, London, 1996, p. 142.

significativas, difícil es negar que el derecho y su garantía no se vean envueltos en el devenir de la propia historia, al punto de llegar a estimarlos un tanto atemporales. La Magna Carta de 1215 no establece nada nuevo sino que reestablece antiguas costumbres y puede decirse lo propio de la Petición de Derechos de 1628. El pasado se proyecta hacia el presente y cuando aparece el Acta de *hábeas corpus* en 1679 se corrigen situaciones no estatutariamente (consuetudinariamente) previstas: p. ej. no se puede (en adelante) trasladar a una persona privada de libertad fuera del reino, antiguo modo de escaparse a la garantía de ser conducido frente a un juez.<sup>8</sup> Esta mera mención apunta a una única significación: era y es tradicionalmente importante el derecho y su protección, necesario para “ese” orden y al ejercicio de “ese” Poder.

El salto entre el derecho constitucional inglés y aquel otro, naciente a la luz de las revoluciones y que no es del caso clasificar aquí, es que la libertad y su garantía vino a ser el presupuesto para “todo” orden. El ejercicio del Poder tiene aquí un dique pues el modelo, como cualquier ordenamiento, supone un mantenimiento. De la forma en que el absolutismo se imponía políticamente por la aplicación penal, los Estados modernos que lo sustituyeron necesariamente debían imponerse aunque con una racional defensa de la libertad. Montesquieu lo compuso de un modo muy gráfico: si la inocencia personal no está amparada por las leyes, no lo está la libertad.<sup>9</sup>

No me he propuesto hacer historia del Derecho en cuanto a la garantía; todos sabemos que es posible hacer una proyección desde el Digesto sobre el interdicto *Homine Libero Exhibendo*<sup>10</sup> o encontrar rastros en los Fueros de Aragón. Pero la idea básica de garantía de la libertad y control del Poder, en lo que a América se relaciona, al parecer viene del *Common Law*. Al respecto, García Belaúnde –siguiendo, entre otras, la huella de Fix-Zamudio– dice que en particular se ha recogido el derecho inglés y de allí en más el derecho judicial y la Constitución de los Estados Unidos. Es aquel quien frente a una remota fuente lo demuestra: “El antecedente más remoto en América Latina se encuentra en el seno de las cortes de Cádiz, en las cuales el diputado suplente por Guatemala don Manuel de Llano, propuso el 14 de diciembre de 1810: Que para precaver en parte los males que, por tantos años han afligido a la nación, se nombre una comisión que exclusivamente se ocupe de redactar una ley al tenor de la de

---

<sup>8</sup> Cfr. García-Pelayo, Manuel, *Derecho...*, op. cit., pp. 253, 265 y 267.

<sup>9</sup> Cfr. Montesquieu, Charles de Secondant, *De l'esprit des lois*, Classiques Garnier, Paris, 1949, p. 197: “C'est donc de la bonté des lois criminelles que dépend principalement la liberté du citoyen”.

<sup>10</sup> Cfr. Tit. XXIX del Lib. XLIII: Ley 1º Dice el Pretor: Exhibe al hombre libre que retienes con dolo malo. Este interdicto se propone por causa de defender la libertad. Es, para que ninguno retenga hombres libres.

*hábeas corpus* que rige en Inglaterra, que asegura la libertad individual de los ciudadanos...”<sup>11</sup>

De ser esto así, en lo que personalmente no dudo, lo más importante a rescatar es que, como garantía histórica de la libertad, debiera (como en su lugar de origen) seguir siendo idónea y adaptable para limitar el ejercicio del Poder y contenerlo como expresión razonable, lo que a su vez hace a una racional defensa de aquel derecho.

## II. PROBLEMA –A–. UN RECORDATORIO DE AYER A HOY O ANTIGUAS AMENAZAS AL DERECHO DESDE EL PODER PERO EN NUEVAS VERSIONES: ESTADOS UNIDOS

II.I. Con la atención en la eficacia, pueden destacarse varios episodios frente a algunas incógnitas desde nuestra aproximación. Dije antes que sin perder de foco lo que arrasta el *hábeas corpus*, como instrumento para cuestionar una restricción de la libertad sin fundamentos, lo que hiciera en algún momento la Corona, o como consolidado defecto una monarquía absoluta cualquiera, ese antecedente ha quedado atrás.

Vale recordarlo porque, a veces, se espera un hecho históricamente identificable con el despotismo para razonar la apertura de la vía. Del modo en que aquello se superó, también lo que desencadenaba el ejercicio del Poder en sus expresiones más extraordinarias. La vida se modifica; con ella, la sociedad y su gobierno civil. Al plantarse situaciones conflictivas para aquella, se debe cuidar que la atención puesta en ellas no degenera en remedios insostenibles para neutralizarlos.

El equilibrio no se puede ni se debe perder, que es lo que supone la arquitectura constitucional incluso para conjurar problemas, sean simples o complejos. Con esa base, veamos el rendimiento de la idea conceptual.

II.II. Es una saludable pretensión del Estado (en este caso, una parte de la composición federal) reconocer la libertad por igual a todas las personas, sin distinción de raza. Ya es más dudoso ir a la guerra civil –como medio– para alcanzarla y mucho más dudoso sí, garantizar la seguridad entre las partes enfrentadas, asumía la suspensión de la garantía del derecho, que es tanto como anular a este último.

---

<sup>11</sup> Cfr. García Belaúnde, Domingo, “La evolución legislativa del *hábeas corpus* en el Perú (1897-1979)”, Vv.Aa. en *La nueva Constitución y el Derecho Penal*, José Hurtado Pozo editor, Lima, 1979, p. 67.

En los Estados Unidos nadie va a dudar de la contribución del Presidente Lincoln –lo quisiera o no– hacia la libertad por igual a los blancos, de todas las personas de color. Pero igual hay que aclarar que se saltó la Constitución, en el sentido que esta importa un racional ejercicio del Poder y un reconocimiento de la libertad. Todos saben que, a diferencia de la Ley Fundamental de nuestro país que originariamente no lo mencionaba, el *hábeas corpus* sí tenía explícita mención allí. En concreto, bajo la esfera de la función legislativa, se lee: “El privilegio del *Hábeas Corpus* no será suspendido, excepto cuando en caso de rebelión o invasión, la seguridad pública lo requiera”.<sup>12</sup> Por esta regla y su excepción (aunque no la acepte como tal en mi interpretación), no era el Presidente sino el Congreso el que tenía que recortar la extensión del *writ*, lo que no ocurrió así.

Lincoln, si bien convocó al Congreso para tratar las facultades con las que haría frente a la situación, suspendió el *hábeas corpus*, sin competencia para ello, en lo que fuera la línea de las tropas camino a Washington. Una persona de Baltimore, llamada John Merryman interpuso una petición, tras el arresto que dispusiera quien estaba a cargo de las fuerzas federales y el Presidente Taney de la Suprema Corte, luego de acoger la presentación, asumió que el Ejecutivo había violado la Constitución.<sup>13</sup> Más allá del éxito del accionante y que la decisión judicial fue (con dudas) acatada, la suspensión fue mantenida en miras a la imposición de la igualdad.

Más recientemente (más allá de una tendencia hacia el abuso frente a una situación crítica programada constitucionalmente y también en otra –normal, por llamarla así– fuera del catálogo),<sup>14</sup> bajo la amenaza del terrorismo, se detuvo –hasta ahí lo que se sabe– a (una gran cantidad de) personas sospechosas relacionadas con actos delictivos, pertenecientes a esta difícil clasificación. Complejo establecer qué queda de la garantía y mucho más del derecho. No señalo que la Suprema Corte no haya dejado, con la convicción de quien hace algo porque no le queda más remedio, algo de valor en la lista de casos aceptada por ella.<sup>15</sup> Lo que ocurre es que, más allá de alguna idea que creo reposa esencialmente en la

---

<sup>12</sup> Cfr. Art. 1° Sec. 9° N° 2: “*The privilege of the writ of habeas corpus shall not be suspended, unless when in cases of rebellion or invasion the public safety may require it*”.

<sup>13</sup> Cfr. “*Ex parte Merryman*”, 17 Fed. Cas. 145, 152 (1861).

<sup>14</sup> P. ej. ante el conflicto bélico entre Estados Unidos y Japón y la restricción de la libertad de personas con ascendencia japonesa en territorio del primero; “*Korematsu v. United States*” 323 US. 214 (1944); también con la persecución de sospechosos de comunismo; ver su comparación al presente en Cole, David “*The new McCarthyism: Repeating History in the War against Terrorism*”, en Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, Cambridge, vol. 38-1-2003, pp. 1-30.

<sup>15</sup> Cfr. “*Rasul v. Bush*”, 124 S.Ct.2686, junio 28 de 2004, por ejemplo, en cuanto a las referencias detalladas sobre la vital importancia del *writ* para el *Common Law* y para limitar la autoridad del Ejecutivo en el apartado II del Justice Stevens, que redacta la opinión de la mayoría del Tribunal. En el caso se accede presentar una moción, de un par de australianos y una docena de kuwaitíes ante una Corte Federal, en la medida que la base de Cuba está bajo el control (si bien no soberanía)

ciudadanía americana del accionante y que admite la garantía solo porque el Congreso no la suspendió,<sup>16</sup> la defensa de la libertad está fracturada por la seguridad, y apenas sobrevive la forma: como testeo, José Padilla, norteamericano y practicante del islam, fue citado como testigo por la investigación de los hechos de setiembre 11 de 2001, autorizándose por el jurado del Segundo Distrito de New York su detención. En mayo 15 de 2002 se le dio abogado: Donna Newman de la barra de la ciudad presentó una petición en su favor, pidiendo la libertad por inconstitucionalidad de su restricción y se fijó audiencia para junio 11; pero dos días antes –para precisar, un domingo– el Presidente Bush emitió una orden al Secretario de Defensa Rumsfeld, para que se lo retenga como “enemigo combatiente”, siempre “basado en la información de varias fuentes que tenía a su alcance” y con fundamento “en el interés de Estados Unidos”. Al tiempo que esto ocurría, renunció a la citación del testigo e instó la revocación que lo declaraba en esa calidad, de forma presencial. Se lo trasladó a South Carolina, casi simultáneamente a que su defensa requería por *habeas corpus* su libertad. Mientras que, básicamente, la mayoría de la Suprema Corte cuestionó que se legitimara pasivamente a Rumsfeld y que se lo hiciera en New York donde Padilla no estaba –debía entonces interponerse ante el Tribunal competente por razón de la custodia– algunos disidentes se dieron cuenta que el gobierno apelaba a una vieja estrategia cubierta por los antecedentes de la propia institución.<sup>17</sup>

Estas referencias nos posicionan más cerca de la refutación que de la aceptación, respecto de la idoneidad de la garantía, de acuerdo a las necesidades afron-

---

de los Estados Unidos, aplicándose la Constitución. La tesis del gobierno era que allí no había jurisdicción o lo que asume: que no era posible peticionar control judicial sobre lo que allí se hiciera respecto de los presentantes. Sin embargo, el precedente no asume que extranjeros y ciudadanos deban tener iguales protección, sino solamente la oportunidad de contar con ser atendidos por quien pueda imparcialmente decidir; ampliar Osbron, Meredith B., “*Rasul v. Bush: Federal Courts Have Jurisdiction over Habeas Challenges and Other Claims Brought by Guantanamo Detainees*”, en *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Cambridge, vol. 40-1-2005, pp. 273 ss.

<sup>16</sup> Cfr. “*Hamdi v. Rumsfeld*”, 124 S.Ct. 2633, junio 28 de 2004, disidencia de los jueces Scalia y Stevens. El detenido como enemigo combatiente era, en efecto, ciudadano americano, capturado en Afganistán portando un fusil Kalishnikov. A mí no me parece, como a muchos que sí, que este caso sea un logro para los defensores de los Derechos Civiles, porque O’Connor –que lideró al Tribunal– prácticamente le reconoció al Presidente, con el consenso del Congreso, la facultad de dejar a una persona prácticamente sin dignidad, casi fuera de todo sistema –como ser la Convención de Ginebra–, con excepción del perverso que se le dictaba. Más benévola, ver Elgart, Allison, “*Hamdi v. Rumsfeld: Due Process Requires that Detainees Receive Notice and Opportunity to Contest Basis for Detention*”, en *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Cambridge, vol. 40-1-2005, pp. 240 ss.

<sup>17</sup> Cfr. “*Rumsfeld v. Padilla*”, 124 S.Ct.2711, junio 28 de 2004. De la disidencia de Stevens (acompañado por Souter, Ginsburg y Breyer) se rescata:

...

Es razonable suponer que si el Gobierno hubiera informado a la Dra. Newman, quien representaba al demandado en el proceso, de su intención de solicitar al Tribunal de Distrito de la revocación de la orden que lo declaraba testigo presencial y de la transferencia de la custodia al Departamento de Defensa, la Dra. Newman hubiera iniciado la petición en ese momento y en ese lugar, en vez

tadas por el ejercicio del Poder. Esto implica también, un reconocimiento, con indiferencia, a las extralimitaciones –muy serias– de las autoridades que lo detentan y una conclusión inaceptable desde una teoría y una filosofía del Derecho: que exista una situación donde el ordenamiento excluya su propia inclusión y que eso resulte positivo para la racional y material aplicación del Poder que no cuenta, en suma, con ningún límite que garantice la libertad.<sup>18</sup>

### III. PROBLEMA –B–. REALIDADES DISTINTAS E IDÉNTICA PREOCUPACIÓN: ARGENTINA

III.I. Para ser realista, aunque lo anterior sea muy serio, no lo es todo. Conflictos al Sur del Mundo son dejados por la marea para propiciar una indagación semejante a la recién intentada.

---

de hacerlo dos días después. En este contexto, el custodio inmediato del demandado hubiera estado presente en el Distrito Sur de New York, cumpliendo con las órdenes del Secretario de Defensa. Seguramente, en ese momento, hubiera sido el Secretario de Defensa Rumsfeld y no un oficial de rango menor el legitimado pasivo correcto para ser citado en esa petición.

...

Si el detenido tiene derecho a la inmediata liberación, es una pregunta que los juristas razonables podrán responder de diferentes maneras. Existe, sin embargo, sólo una respuesta posible para la pregunta si corresponde que acceda a una audiencia que justifique su detención.

El asunto en cuestión en este caso no es otra cosa que la esencia de una sociedad libre. Aún más importante que el método de selección de los gobernantes y sus sucesores es la característica de restricción impuesta por el Ejecutivo por la regla de la ley. Las detenciones Ejecutivas sin restricciones para el propósito de investigar y evitar actividades subversivas es el sello distintivo de “*Star Chamber*” (\*). El acceso a un abogado con el propósito de defender al ciudadano de los errores oficiales y el mal trato, es la característica del debido proceso.

Las detenciones ejecutivas de los ciudadanos subversivos, como la detención de soldados enemigos para mantenerlos fuera del campo de batalla, algunas veces pueden estar justificadas para evitar que las personas sean utilizadas o se conviertan en misiles de destrucción. Sin embargo, no se justifican por el solo interés de utilizar procedimientos ilegales para conseguir información. Las detenciones que mantienen a los reclusos incomunicados durante meses constituyen este tipo de procedimientos. Si la información que se obtiene de esta manera es más confiable o no que aquella que se obtiene por medios más extremos de tortura no es de importancia. Si esta Nación está dispuesta a mantener los ideales simbolizados en esta bandera, no debe utilizar las herramientas de los tiranos, aun para resistir un ataque de las fuerzas de la tiranía.

Respetuosamente disiento.

(\*) Se alude a la Cámara Estrellada inglesa, suprimida en 1641 –otro gran paso del *hábeas corpus*– y que reforzó la garantía.

<sup>18</sup> El caso “*Padilla*” es decisivo para esta consideración. En verdad, si bien el detenido es ahora sometido a proceso ante una corte en Miami, tras la decisión del Alto Tribunal Federal que referí en la nota anterior, también cuenta que siguiendo todas sus indicaciones intentó un nuevo *hábeas corpus* que había tenido favorable recepción en primera instancia, razón por la que, solo y a partir de ello, el gobierno decidió enjuiciarlo, para poder tornar el asunto abstracto (*moot case*). Cuando su defensa se opuso al nuevo tratamiento que le había dado la autoridad presidencial a su cliente, con cita en que la *Rule 36* de trámite prohibiría un nuevo traslado estando pendiente un pronunciamiento sobre la situación, la mayoría le prestó apoyo al Poder del Ejecutivo, como hiciera lo propio la Cámara de Apelaciones en diciembre pasado; “*Padilla v. Hanft*”, 05-533 de abril 3 de 2006.

En su afán por ser apto para defender la libertad, el *hábeas corpus* se multiplicó en variantes muy interesantes. Desde la tipología elemental, consistente en la acción clásica o principal cuyo objeto es la recuperación del goce del derecho, la correctiva tendiente a impedir que legítimas limitaciones al ejercicio se tornen ilegítimas, o la preventiva que con anticipación escuda el ataque de la arbitrariedad de una probable restricción, otras han sido desarrolladas como expansión necesaria de las anteriores. Damos así con la versión restrictiva, que actúa contra una disminución de los ámbitos de propia acción por una interferencia de las autoridades, la traslativa que conlleva una salida de quienes debieron como condenados o procesados dejar los establecimientos carcelarios y además con la inestructiva y la innovativa. Estas últimas, que descuentan un compromiso de la judicatura (mayor, si es eso posible), conllevan el tendido de directivas hacia al Poder –las restantes funciones de él– para la defensa del derecho o a su reparación; esto, no sólo en cuanto al recupero del goce, sino atendiendo a la causa que pudo dar foco a la amenaza, sea que esta se haya efectivizado o no.<sup>19</sup>

III.II. Ahora la aplicación puede dejar distancia desde las variantes y mucho más, por la distinción que recalcaré. Un ejemplar caso, como el resuelto por la Corte Suprema *in re* “Verbitsky” debe ser expuesto, en mi opinión, como una gran expresión del sentido de la garantía y de su adaptabilidad.<sup>20</sup> En esta oportunidad, valgan algunas reflexiones, se interpuso la acción en resguardo de las condiciones constitucionales de detención de las personas privadas de libertad alojadas en cárceles y unidades policiales de la provincia de Buenos Aires. En efecto, *un* proceso, con tutela para *todos* los que se encontraban sin recuerdo de su dignidad, alojados en estos establecimientos.

Sin eludir enfrentar a la verdad que se denunciaba en el *hábeas corpus* correctivo, la que quedaba reconocida desde el Ministerio Fiscal que se había expedido a favor de la petición e incluso por los jueces anteriores aunque la denegaban, el Alto Tribunal Federal asumió que la garantía era un vehículo apto para contener el presupuesto constitucional de la humanidad de la pena o del recinto donde darse cumplimiento a una cautelar subjetiva. En tal sentido, la específica mención que tratándose de un derecho elemental, la interpretación de las disposiciones debe atender su finalidad y la dinámica de la realidad –consid. 17º–, se plasmó enseguida la justificación de la cotización de la forma por el fondo: “...no se trata en el caso de discutir cuestiones importantes pero no esenciales, como el exactísimo cubaje de aire, dos o tres grados más o menos de temperatura u

<sup>19</sup> Cfr. Castañeda Otsu, Susana Ynes, “*Hábeas Corpus*: normativa y aspectos procesales” en Vv. Aa. Derecho Procesal Constitucional (Susana Ynes Castañeda Otsu, Coordinadora), 2º edic., t. II, edit. Jurista, Lima, 2004, pp. 614-620 (de la 1º edic., t. I, íd., Lima, 2003, pp. 302-306).

<sup>20</sup> Cfr. V. 856. XXXVIII, rta. en mayo 3 de 2005.

horarios de recreos o provisión de trabajo carcelario, media hora más o menos del horario de visitas, etc., sino que lo denunciado y lo admitido oficialmente como superpoblación carcelaria genera muy serios peligros para la vida y la integridad física de personas incluso siquiera involucradas en potenciales conflictos” –consid. 19°–.

Pudo la Corte seguir la tesitura de los demás tribunales anteriores a ella aunque no quiso. El proceso colectivo –de tradición inglesa, cuanto menos de fines del siglo XVI y americana, merced al juez de la Suprema Corte Story, del siglo XVIII–, emerge como asunto de *equity* en la hipótesis en donde venga imposible (*impracticable*) la participación de todos los afectados en una causa y contra un adversario común. De ahí que un sector conformado por algunos van a juicio en representación del resto de cuantos están en igual situación (*class*), con expansión de lo allí decidido común a sus miembros. Estas experiencias originaron la *Federal Equity Rule 38* –en evolución desde 1912– y la *Rule 23* que representan una de sus más difundidas síntesis y que, en consistencia, requieren tres condiciones: 1) que sea irrealizable que los que conforman la *class* puedan ir (todos) a proceso; 2) adecuada representación por parte de los que van a juicio formalmente de los que no van, y 3) presencia de un tema de hecho o de derecho genérico a los involucrados.<sup>21</sup> Este repaso permite excusar, con sustento en el primer requisito, la tentativa: cada afectado puede o podía concurrir con su petición ante el juez de su causa, aun cuando lo que se llegó a decir era que el accionante del *hábeas corpus* debía de hacer eso.

El Tribunal reconoce que la pena tiene un fundamento, como retribución, sin embargo no se sigue de ello que aquella se agrave y sea insostenible –consid. 35°–, mucho más allá de lo que la limita la obligación internacional del Estado –arts. 10 PIDCyP y 5.2 CADH., consid. 39°–. Ahora, a pesar de ese gran esfuerzo, las instrucciones, como metodología para el enfrentamiento de tan áspero asunto, no alcanzan para controlar que la restricción ilegítima de la libertad se vuelva legítima. Es la distancia existente entre la teoría y la praxis, entre el esquema y el lugar donde este ha de realizarse y por la que media entre quien ordena y aquel que debe de cumplir, con ello y la comunicación abierta entre administración y sistema (sin anotar mucho más, vale agregar que la Corte eligió y limitó sus consideraciones a un caso que no se aparta del naufragio de la materia penitenciaria federal o de cualquier otro Estado local).

Esto me resulta más preocupante que en un caso de excepción o de aparente emergencia, como anticipé *ut supra*. Justamente que no encaje bajo una situa-

---

<sup>21</sup> He seguido, por su simplicidad, la reseña de Taruffo, Michele, “*I limiti soggettivi del giudicato e le ‘class actions’*”, en *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXIV (II serie), Cedam, Padova, 1969, p. 619.

ción programada a nivel constitucional, donde se tropieza la garantía con una zona de cierta discreción (aunque esta creencia sea altamente criticable) y en donde hay más licencias hacia el Poder, por ende más difícil exigir como vigilar, y que a pesar de ello la garantía atravesase análoga impotencia, deja rápidamente un amargo sabor, como aquel de un “amague”, cuando se está en la espera de algo auténticamentepreciado.

Tengo presente, que en una época al margen de la Constitución, y frente a un *hábeas corpus* inestructivo que buscó acordonar un poco la falta de sentido de los que detentaban el rol de la autoridad, lamentablemente tampoco aquí se había llegado a lo buscado. Vale citarlo: “...dado que la privación de justicia antes mencionada obedece a causas ajenas a las funciones y competencias específicas de los magistrados, quienes no están en condición de remediarla por su mera función jurisdiccional, esta Corte considera un deber inexcusable ponerla en conocimiento del Poder Ejecutivo Nacional y exhortarlo urja las medidas necesarias a su alcance a fin de crear las condiciones para que el Poder Judicial pueda llevar a cabal término las causas que le son sometidas, en salvaguarda de la libertad individual garantizada por la Constitución, sin que ello importe, desde luego, preterir los objetivos de unión nacional, paz interior y defensa común perseguidos también por voluntad constituyente, de la que no es lícito se desvíe el poder constituido”.<sup>22</sup> Por esto, es que la garantía en ambas problemáticas lejos de adaptarse, ha fracasado. Una vez más.

El tema, muy a pesar de lo precedente, es que el rescate de las dos referencias no puede ocultar que bajo circunstancias ordinarias, en varios Derechos comparados ha servido –lo que no es poco– para corregir o enmendar serias afectaciones a los principios o reglas sentadas en clave del proceso legal debido, o ha permitido el acceso a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, esa no ha sido la constante, principalmente, ni en nuestro ordenamiento, como así tampoco en la jurisprudencia federal.

El *hábeas corpus* en Argentina recién se graduó con honores en la Constitución de 1994. Su expresa inclusión en el art. 43, que debería llevar a cuestionar su sentido, no ha variado el resultado en una de sus más elementales asignaturas. Así, se mantiene su improcedencia contra órdenes de autoridad judicial competente (art. 3.1, Ley 23.098, de 1984), como si los jueces no resultaran responsables de ciertas trasgresiones al proceso legal debido, acaso uno de los mayores factores de peligro para la libertad personal. Siquiera se ha seguido el camino del laboratorio que supone el federalismo, ya que muchas provincias argentinas lo han habilitado con aptitud para ello, bien con independencia de los remedios procesales ordinarios, o como una opción alternativa a la interposición de aquellos.

---

<sup>22</sup> Cfr. Fallos: 300:1282, consid. 7°.

Tampoco se ha debatido su validez y facticidad para el reaseguro de la supremacía federal, habida cuenta que, cabe reconocerlo, a pesar de los canales que suponen ordenamientos dotados de una expansión de garantías, los Estados locales también por sus magistrados son focos de agresión al debido proceso estipulado por la Ley Fundamental Nacional, art. 18. Aquí cabe decir que se percibiría el cambio, como una indebida intromisión en los sistemas provinciales: que la judicatura con competencia federal –entiéndase, por órganos de menor jerarquía que la Corte Suprema– asomara su nariz frente a denuncias por casos cuyo conocimiento no les pertenece, haría mermar la organización que nos caracteriza. Ello, a pesar de la rica experiencia que Estados Unidos o México, con sus matices, cuentan en el sentido apuntado, con un federalismo profundizado respecto del propio. Se deduce que la posición conservadora defendida no se comparte y que, en mi opinión, alimenta el cierre, antes que la apertura, para que la garantía pueda progresar con otras materias, como ser el cumplimiento de resoluciones del sistema interamericano.

#### IV. ADAPTACIÓN TEÓRICA: HACIA UNA ARMONIZACIÓN ENTRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO Y EL EJERCICIO DEL PODER

IV.I. La falta de asimilación entre la emergencia y la norma constitucional, pero las dificultades operativas que envuelven a la fortaleza de la acción, no tanto en la tutela judicial efectiva –pensando más que en los últimos casos americanos, principalmente en los argentinos– sino en la eficacia de cara al proceso legal debido o al Ejecutivo en donde se los ve más relacionados, pueden constituir fecundas áreas para reorganizar la continuidad del *hábeas corpus* frente a estas u otras situaciones, tan contemporáneas (y a su vez, tan del pasado) como aquellas. Dado que se ha pasado revista por sus distintas facetas, comenzaremos por lo primero que se ha tocado, doblemente justificado: *in primis* porque está en crisis la versión del Estado de Derecho en Occidente; e *in secundis*, porque más allá de plataformas receptadas positivamente, situaciones análogas (esto es, no totalmente iguales ni tampoco abiertamente distintas) impulsan a sectores políticos a auspiciar una merma de los derechos, naturalmente con una contención de sus garantías.

Porque los parámetros de la garantía suponen un resguardo frente al Poder, ese eje no puede modificarse. En cualquier caso debe (re)confirmarse que, como se ha podido analizar, es asunto de tarea o de (re)construcción diaria, en donde no es posible pensar –por principio– en un estado de situación de abandono o renuncia, que linde con que se hizo bastante o bien lo suficiente para controlarlo. Para eso hay que destacar que la norma que supone una relación equilibrada en términos Poder=Defensa de la Libertad, debe ser sistematizada con la excep-

ción, en la medida que esta supere la arcaica idea del vínculo Mayor Poder=Menor Defensa de la Libertad, y se trabe una reconfigurada, renovada en igualdad: Mayor Poder=Mayor Defensa de la libertad.

IV.II. El planteamiento de reforzar la garantía ante una situación de excepción programada constitucionalmente descansa en varias razones. Una de ellas –tal vez la más difícil de sostener– pueda ser la perspectiva consecuencialista. Esta corriente con arreglo a un sentido utilitarista (clásico) puede objetar que los efectos de potenciación del Poder y la consecuente debilidad de la defensa de la libertad, ha sido y es riesgosa ante desviaciones de aquel, a las que no se puede bloquear con acciones que encaucen las medidas dictadas conforme al modelo constitucional. John Stuart Mill entendía que la sociedad se protegía de gobiernos absolutistas caracterizados por la coerción física de las formas penales, o la coacción moral de la opinión pública en la medida que se escudara cualquier interferencia con la libertad de acción de la mayoría, en auto-protección.<sup>23</sup> La tesis encuentra, no obstante, la debilidad que asume, desde otro ángulo, otra visión de ella, que halla más positivo el robustecimiento del Poder para desactivar la emergencia. En tal sentido, esta otra cara de la moneda que se deja ver, ejemplarmente, en los precedentes que hacen a la guerra contra el terrorismo, apuntan como pura instrumentalización de los medios a su alcance, a la neutralidad de cuanto incentiva al empleo de la fuerza del Ejecutivo y a que este alcance ese objetivo. Incluso acudiendo a la justicia según John Rawls sería posible, con alguna manipulación, justificar mayor fuerza gubernamental y una debilidad de garantía.<sup>24</sup>

De ahí que resulta conveniente ajustar la idea procedimentalmente, al menos como elemental alternativa. Este camino asume que una posición será sustentable solo después de desarrollarla por experiencia, o sea *a posteriori*, y no antes porque se carece de argumentos suficientes.<sup>25</sup> Desde el abanico de posibilidades que contempla el ordenamiento constitucional, la mayor proximidad con la de-

<sup>23</sup> Cfr. Mill, J.S. *Utilitarianism, Liberty and Representative Government*, J.M. Dent & Sons, London, 1948, pp. 72-73.

<sup>24</sup> Cfr. Rawls, John, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1971, p. 212: “Justice does not require that men must stand idly by while others destroy the basis of their existence”.

<sup>25</sup> Cfr. Kaufman, Arthur, “Problemgeschichte der Rechtsphilosophie”, en Vv. Aa. en *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der gegenwart* (Kaufmann, A.-Hassemer, W.), C.F. Müller Juristischer Verlag GmbH, Heidelberg, 1994, p. 195. Con posterioridad a la reunión del IV Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, confronté las posiciones de Ackerman, Bruce en “The Emergency Constitution”, en 113 Yale Law Journal, 1029 y la de Tribe, Lawrence, “The anti-emergency Constitution”, en 113 Yale Law Journal, 1801. El primero supone hacer una experiencia donde se expresen las garantías con la salvedad de asegurar una reparación económica, en un acuerdo entre fuerzas políticas inimaginable. El segundo supone la defensa del actual cuadro de restricción de las garantías. La última experiencia es terrible y de llevarse a cabo la primera, será mucho peor.

fensa del derecho legitimará la interpretación que asegure a todas y cada una de las personas lo que les corresponde como tales (*suum iustum*).<sup>26</sup> Esta consideración valorada como *relación* apunta al acercamiento entre sujeto y objeto e identifica como medio a este con el consenso.<sup>27</sup> Con aplicación al *hábeas corpus*, cae fuera de una teoría procedimental de justicia su desconocimiento, suspensión o revocación por parte del brazo ejecutivo sin intervención del Congreso. Ello implica para este último, en donde anida la máxima expresión de la democracia, característica del Estado de Derecho, que es menester que asuma la justificación (o no) del supuesto normativo que merma (nunca que lo anule) el rendimiento de la acción procesal constitucional y no dejar hacer a un órgano unipersonal, cuya tendencia política natural, lo hace imposible de consensuar con todas las posiciones electorales posibles. Ello sin perjuicio del rol de la jurisdicción, que es complementario.

IV.III. La confianza dada al Congreso es oposición procedimental al Ejecutivo.<sup>28</sup> Pero es formal porque se sostiene desde un sentido institucional: es mejor que opere el primero al segundo. Con ello voy a que hay una explicación material. Es que desde una comunicación racional, la observación es evidencia práctica –no ya teórica– de que existe mejor argumentación o una situación ideal a ella cuando todos pueden participar del discurso.<sup>29</sup>

Si se toma en cuenta, además, que la metodología del discurso reposa en la experiencia, el mayor riesgo, la libertad y su garantía la han corrido cuando han dependido puntualmente de alguien y no de un cuerpo colegiado, aunque también este último puede arrebatar la defensa del derecho, ante una interpretación constitucional no previsoras e incoherente, asumiendo como es lógico que, en ese caso, una Ley Fundamental normativamente asuma la posibilidad. Final-

---

<sup>26</sup> Cfr. Kaufman, Arthur, "Problemgeschichte...", op. cit., p. 206.

<sup>27</sup> Cfr. Kaufman, Arthur, "Problemgeschichte...", op. cit., p. 207.

<sup>28</sup> Creo que también se aplica para Estados Unidos conforme un pasaje cristalino del juez Jackson en "Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer", 343 US. 579 (1952): "When the President acts pursuant to an express or implied authorization of Congress, his authority is at its maximum, for it includes all that he possesses in his own right plus all that Congress can delegate."; "When the President acts in absence of either a congressional grant or denial of authority, he can only rely upon his own independent powers, but there is a zone of twilight in which he and Congress may have concurrent authority, or in which its distribution is uncertain." And "[w]hen the President takes measures incompatible with the expressed or implied will of Congress, his power is at its lowest ebb.". Este fragmento fue utilizado recientemente en "Handam v. Rumsfeld" de junio 29 de 2006, por los jueces que votaron en concurrencia parcial a Stevens; eran Kennedy, Souter, Ginsburg y Breyer y entre ellos apoyaron un hábeas por infracción al debido proceso, en el juzgamiento de alguien por conspiración para terrorismo, en la medida que someterlo a una comisión especial creada por el Presidente no era garantía del principio.

<sup>29</sup> Cfr. Habermas, Jürgen, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie der kommunikativen Handlung*, 1984, p. 174.

mente, de ocurrir esto, el procedimiento todavía en el contenido debería de velar por la mayor reducción de infelicidad en la emergencia, en parejo tiempo a aliviársela al máximo a cualquier peticionante.<sup>30</sup> Por tales razones, sea formal o bien materialmente, de darse datos fácticos que normativamente se vean recogidos como de emergencia, es recomendable reforzar acciones que puedan observarlos de cerca. Los criterios, entre tanto, se verán más abajo.

El conjunto de estas reflexiones son eminentemente valorativas y no atienden el sustrato puntual de lo que el *hábeas corpus* es en cada Estado, sino que antes apunta a destacar qué cosa debe entenderse por la garantía aun bajo circunstancias programadas constitucionalmente como críticas.

## V. ADAPTACIÓN PRÁCTICA: EL DELICADO PAPEL DE LA JURISDICCIÓN (CON AUXILIO COMPARATIVISTA)

V.I. La judicatura es destinataria u operadora de las acciones y se halla entrecruzada por una serie de factores. Juegan aquí un importante y gravitante papel la Constitución (en este punto incluyo a la ley, muchas veces más apreciada que la propia Norma Fundamental), la historia, la costumbre y la sociología. La primera requiere interpretación con una serie de auxilios (principios), la segunda hace a otra visión desarrollista, la tercera es pura tradición y la última engloba ideas de justicia y ética.<sup>31</sup>

V.II. Bajo la esfera del ordenamiento positivo, hay que atender sus variantes. Ocurre que tomando nota de la distinción que pudiera resultar –en la medida que se aprecie–, entre reglamentación (o no) de la garantía –lo que ella es– y cuanta defensa de libertad se quiere –lo que en definitiva debiera ser– pueden darse resultados distintos. No es análoga la situación en Cuba –donde es posible estar a disposición de la autoridad con hasta siete (7) días, en la que el *hábeas corpus* no está en la Constitución y donde una vez que se dicta cautelar en contra del acusado este empieza a contar con algunos derechos atendibles bajo el proceso legal debido– que la anglosajona o incluso la nuestra.<sup>32</sup> Es algo

---

<sup>30</sup> Cfr. Kaufman, Arthur, “*Problemgeschichte...*”, op. cit., p. 200 y citas.

<sup>31</sup> Cfr. Cardozo, Benjamin N., “*The nature ...*”, op. cit., p. 516.

<sup>32</sup> Se dice que en Cuba el *hábeas corpus* entró en desuso. Pero lo cierto es que el art. 249 del ordenamiento procesal penal concede los días indicados (en el texto principal) antes de remitir actuaciones al abogado defensor para que asista a un imputado, con posibilidad de extensión a diez según la Orden 47 de 1988. Ver Borges Frías-Cutié Mustelier, “Peculiaridades del *hábeas corpus* en Cuba”, en *Revista Electrónica Foro Constitucional Iberoamericano*, N° 1, UCIII, Madrid, ene-mar. 2003, p. 7.

patente que esto que sería lo ordinario allí, respecto de la esencia comparativista, sería excepcional en marcos espaciales liberales. Un recorte mayor a la acción –casi en desuso–, que a diferencia del grupo latinoamericano de países no se reconoce directa ni indirectamente en la Constitución, ante una emergencia –en el contexto inimaginable por los objetivos logrados hasta hoy por la Revolución– no se me ocurre.<sup>33</sup>

V.III. El tema es tratar las guías anteriores en los textos que programan suspensiones o repliegues de la garantía. En tal sentido podemos contar con ventaja o desventaja; me refiero al contenido de aquellos, al desarrollo, la tradición y las nociones generales de justicia. Formalmente, p. ej., en el Perú, tradicionalmente las excepciones han sido confiadas a quien no correspondería desde una aproximación procedimental, lo que además se tradujo en resultados (en clave consecuencialista) indeseables.<sup>34</sup> Desde 1933 los ordenamientos habían depositado su fe en modo unipersonal, sin que variara en 1979 ó 1993. Pero en este último, materialmente, se posibilitó un espacio para argumentar o, expresado mejor, contra-argumentar la restricción al derecho de libertad. De una parte, porque la defensa de ella no se suspende y desde otro lugar, porque la judicatura expresamente tiene instrucción de analizar la situación de todos y cada uno de los que pudieren resultar lesionados.<sup>35</sup> Esto por aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.<sup>36</sup> Es este el modo en que un afectado puede desacreditar la relación con la que la autoridad intenta justificar la restricción que dispone.

El procedimiento anterior es, del modo relatado, un testimonio paradigmático de democracia “crítica”. No se aceptan verdades absolutas, como las que se asumen como presupuestos en emergencias constitucionales, y las dudas son las que inclinan la balanza en favor de la confrontación y el cuestionamiento. Ese es el perfil apropiado para la actuación política de la magistratura en estos casos.<sup>37</sup>

<sup>33</sup> Es la ley 5 de 1977 la que regla el procedimiento en su art. 467. La Constitución de 1976, reformada en 2002 fija las bases del Estado socialista sin reconocerle. Ampliar en Borges Frías-Cutié Mustelier, “Peculiaridades...”, op. cit., p. 3.

<sup>34</sup> Cfr. Castañeda Otsu, Susana Ynes, “Hábeas Corpus:...”, op. cit., p. 611.

<sup>35</sup> Art. 200: “...El ejercicio de las acciones de *hábeas corpus* y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción ... Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio”.

<sup>36</sup> En el caso del Perú estos habían ingresado expresamente en el terreno infraconstitucional por la ley 23.598, complementaria de la 23.506.

<sup>37</sup> No se trata ni de eludir la alta responsabilidad, ni caer en el facilismo que apunta a asumir que determinados actos –solo porque provienen de las autoridades democráticas– son incuestionables en la medida que es lo que el pueblo desea desde el momento que se ha pronunciado. Sin embargo, es factible que ciertos apoyos a medidas cuestionables también se construyan sobre dudas. En tal sentido, útil es la lectura Zagrebelsky, Gustavo, “Interpretaciones políticas de Pilatos” (trad. de Edgar Carpio Marcos), en Revista Peruana de Derecho Público N° 6/ene-jun. 2003, Editorial Grijley, Lima, 2003, p. 31.

Con independencia de su mención constitucional o infraconstitucional, como el del caso argentino –sin que se escape celebrar el refuerzo que supone su inclusión en el art. 43 CN, to. 1994– en la aptitud de la ley federal 23.098.<sup>38</sup> Por otra parte, aunque la jurisprudencia recordada por la guerra contra el terrorismo no se incluya linealmente en excepción –y sea a su vez ajena a la realidad norteamericana–, es este el enfoque que mejor se acomoda a la opinión consultiva de la Corte Interamericana en la materia de derechos fundamentales.<sup>39</sup>

V.IV. Con lo anterior no puede soslayarse que, sin perjuicio de sostener sin duda alguna, un canal para cuestionar detenciones arbitrarias o una ilegítima agravación de una restricción legal, el *hábeas corpus* no parece eficaz para evitar ataques físicos o psíquicos de quien no goza de libertad.<sup>40</sup> Esta tesis cuenta, además del rigor que separa objetos distintos aunque conectados, con evidencia histórica. Ahora, como ninguna Constitución fomenta (a viva voz o abiertamente) en emergencias estos atentados, paliarlos colateralmente, cuanto menos, debería reconocerse como posible. Esto implica apoyar cualquier reforma que tienda a evitar cualquier confusión en el terreno de la validez constitucional (la inclusión excluyente) de ciertas acciones u omisiones, que no tendrían censura judicial, con cobertura constitucional respecto de cualquier interferencia jurisdiccional.<sup>41</sup> Tal observación vendría a funcionar como una vacuna: *no evita necesariamente la enfermedad pero igualmente la previene.*

Si el ordenamiento no ayuda, la defensa de la libertad deberá –es su lema– adaptarse. En tal caso, tendrá que esforzarse por relucir que ella hace a la sociedad –destinataria del derecho– para condicionar y mortificar al Poder, para mostrar y demostrar que hace a la humanidad –en clave individual– de la garantía pero también a su intersubjetividad –esta vez a su carácter social– y que ello es vital para la comunidad. Si se respeta u observa esto no se tiene que descuidar ni dejar de objetar los productos normativos o las prácticas que toman un sentido opuesto.<sup>42</sup> Obvio resulta separar que estas guías repercuten distinto de lanzarlas

<sup>38</sup> Ver su art. 4.2 en especial.

<sup>39</sup> La CADH. reconoce al *hábeas corpus* en el 7.6 y niega su posible suspensión en el 27.2. Ver su OC 8/87, enero 30 de 1987.

<sup>40</sup> Cfr. Fairén Guillén, Víctor, “Examen crítico de la ley de *hábeas corpus* española de 24 de mayo de 1984”, en Vv. Aa. “Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica”, UNAM, México-DF, 1992, p. 204.

<sup>41</sup> P. ej. en Chile, apenas finalizado el último y prolongado gobierno militar, cuyo signo imposibilitaba cualquier acción en estado de sitio, se reformó el art. 41.3 de su texto organizativo, de modo tal que se habilitaba decidir sobre las restricciones, aunque no sobre la declaración política en cuanto tal. Ver Tavorari Riveros, Raúl, “Hacia la tutela eficaz de los derechos humanos por la jurisdicción: una perspectiva desde el derecho chileno, referida al *hábeas corpus*”, en Vv. Aa. “Garantías...”, op. cit., pp. 395-396.

<sup>42</sup> Cfr. Grossi, Paolo, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2005, pp. 15-23.

en los Estados Unidos que en Somalia y no quiero con este trazado alabar al primero en demérito del último (de hecho, en momentos difíciles o de emergencia, la jurisprudencia norteamericana está muy próxima a ser *bad law*);<sup>43</sup> apunto, tan solo, que la historia influye en la percepción de la defensa de la libertad y en su actualización: el ayer no condiciona el presente y menos el mañana, pero ilumina en alguna manera.<sup>44</sup>

Claro que aquello puede importar cambiar una institución o mantenerla tal y como se la conoce. Por lo que dije antes, no comparto que las excepciones abracen también a la garantía y si la historia (Reino Unido) o los ordenamientos –en determinada visión de sistema– acogieran tal idea (Estados Unidos), el espontáneo hábito de ajustar los límites entre la vida y el Derecho, debería llevar a su modificación.<sup>45</sup> Un reconocimiento de este tipo, asociado a una noción de justicia con fundamento procedimental, ubica a la judicatura –por principio– frente a la necesidad de requerir o trazar nuevas reglas y tal asunto no es ajeno al proceso según la Constitución.<sup>46</sup>

## VI. LO QUE ESTÁ POR DELANTE: MAYOR ADAPTABILIDAD FRENTE A LA ARBITRARIEDAD JUDICIAL, A LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE LA CORTE IDH O RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN Y TAMBIÉN AL PROCESO COLECTIVO

VII. Hay otros ángulos que siguen vinculados con la defensa de la libertad y que entre nosotros tienen una prédica diferente a las de otras latitudes. Algunas son de pura tradición federal y no historiográfica de la garantía en sí. Otras por el contrario tienen conexión estrecha con el principio del proceso legal debido, su vulnerabilidad y su recomposición pero desde otro lugar.

VII.I. La Ley (argentina) 23.098 no acepta *hábeas corpus* contra interlocutorios o sentencias judiciales. Esto bajo ningún aspecto pretende trabarse en una discusión (superada ya esta altura) poco práctica: esto para zanjar si la garantía es una acción o bien un recurso; su ubicación es otra: si la libertad debe ser protegida de abusos de Poder, sea la función ejecutiva o legislativa la que individual o genéricamente la lesione, amenace o agrave e incluso, por lo visto *ut supra*, siquiera existe imposibilidad material o racional desde la Constitución que

---

<sup>43</sup> No obstante, en “*Handam v. Rumsfeld*” de junio 29 de 2006, la Suprema Corte –en fallo dividido, donde incluso la mayoría no se puso del todo conforme en los fundamentos– dio una señal en favor de la defensa de la libertad y el principio del proceso legal debido frente a proceso ante una comisión especial, sin asomo de imparcialidad, para un acusado de conspiración para el terrorismo.

<sup>44</sup> Cfr. Cardozo, Benjamin N., “*The nature ...*”, op. cit., p. 518.

<sup>45</sup> Cfr. Cardozo, Benjamin N., “*The nature ...*”, op. cit., p. 519.

<sup>46</sup> Cfr. Cardozo, Benjamin N., “*The nature ...*”, op. cit., p. 521.

por emergencia aquellas eviten la eventual interposición de ese amparo; pero esto último expone que no está suficientemente justificado que estén fuera de su campo de irradiación los miembros de la restante rama.

En otra oportunidad hice mayores consideraciones sobre las referencias que apoyan una apertura racional para expandir el control también a los procesos judiciales.<sup>47</sup> Aquí apenas intentaré trazar nuevas adhesiones.

En una organización federal como la adoptada por la Argentina, es interesante destacar el rol de defensa de la libertad que le compete al sistema no local, en el piso mínimo de derechos que marca la Constitución Nacional. México, desde el nivel del ordenamiento positivo, instrumenta su Amparo especial –ley de 1935– con una recomendación de trámite procesal al respecto. Ello importa en definitiva un conocimiento, por parte de aquella judicatura de excepción, de lo actuado por los restantes jueces y tribunales de todo el país en lo que a proceso legal debido se refiere.

La situación brevemente planteada tiene un desarrollo semejante al de los Estados Unidos.<sup>48</sup> Si bien en la impresión, la judicatura federal controla la regularidad de los procesos con alguna injerencia en los ordenamientos procesales locales, la pauta indica que la aproximación es siempre la disposición constitucional que hace de mínimo a nivel nacional y de la que aquellos no pueden salirse. Con una importante salvedad: al Norte de México se aplica con mayor restricción; en cambio allí es moneda corriente y corre con el contratiempo del recargo o la saturación de peticiones (lo que ha conducido –sin mayor prosperidad– a estudiar distintas variables para dejar a salvo el derecho de defensa en juicio aunque sin tanto peso para las cortes).

La gran columna que sostiene esto es la *colateralidad*.<sup>49</sup> Una apertura por un canal distinto del ordinario para cuestionar la configuración de una definida cau-

---

<sup>47</sup> Cfr. Machado Pelloni, Fernando M., “Resquicio constitucional y apertura a influencias externas e internas para un *hábeas corpus* federal pleno”, en Vv.Aa. Derecho Procesal Constitucional (Rivas, A. -Director-, Machado Pelloni, F. -Coordinador-), Ad-Hoc, Bs. As., 2004, pp. 175-192. Se describe aquí cómo funciona la garantía en los Estados Unidos (28 USC. 2241/2266), antes de la guerra al terrorismo por cierto.

<sup>48</sup> Tiene que ver con la evolución en este país. En la interpretación se deja ver: “*Over the writ’s long history... one thing has remained constant: Habeas Corpus is... an original civil action in a federal court*”; cfr. “*Keeney v. Tamayo-Reyes*”, 504 US. 1, 14 (1992), disidencia de O’Connor.

<sup>49</sup> Tampoco descartaba la admisibilidad de la vía la Constitución guatemalteca de 1985 ni su ley de trámite: es clave que el *hábeas corpus* procede contra actos de autoridad y especialmente se aclara que no hay ámbito en donde no sea susceptible; cfr. Arts. 263 y, especialmente, 265. Esta mención tiene el valor agregado de que, con los antecedentes propios de la garantía (similares a los nuestros de carácter federal), esta vino a ampliarse de modo de incluir a todas las funciones.

sal de arbitrariedad, como una seria afectación al proceso legal debido, descuenta la conformación de un sistema apto para posibilitarlo.<sup>50</sup> La impugnación judicial por *hábeas corpus*, aunque se trate por regla de una acción y no de un recurso, es el eje que aquí debe destacarse.

Dice Fix-Zamudio que la revisión judicial está en la naturaleza del juicio de amparo.<sup>51</sup> Este acceso de contornos muy particulares es el que posibilita en México la vigilancia sobre el proceso legal debido, bien que muchas veces más con acento en la observación de la aplicación de la ley y no en puntos estrictamente constitucionales. Es justamente aquí donde verdaderamente el *hábeas corpus* debe actuar, lo que desde una línea de aproximación teórica permite conjeturar que la sobrecarga no debiera ser mucha, escudando entonces la regulación de tareas de la judicatura federal, para no alterarla (ni sobredimensionarla). Desde la praxis, en los Estados Unidos, este perfil exige determinados requisitos. Brevemente recordados, partiendo de una solicitud por quien tiene sobre sus espaldas una condena, serían los siguientes: el planteo del caso federal ante los jueces locales, el mantenimiento de la cuestión y la confrontación de cualquier réplica y el agotamiento de los medios estatales previo al salto al espacio o competencia nacional.<sup>52</sup>

---

Es que históricamente se evaluaba que la acción solamente se constituía en un freno frente al brazo ejecutivo, estando a cubierto el proceso ante la judicatura con las leyes de responsabilidad o con la intervención de los respectivos tribunales *ad quem*. Al contrario, actualmente no quedan espacios para dudar en absoluto: protege la libertad y también la seguridad de las personas, muy a tono con la tradición centroamericana –de gran influencia anglosajona– para discutir si corresponde hasta el fondo del asunto.

<sup>50</sup> P.ej. los casos de *hábeas corpus* resueltos por la Sala IV de Costa Rica, donde se discutió apropiadamente la merma de libertad de expresión por los titulares del Derecho, como problemas de tipicidad del hecho punible por el que se les sometió a proceso. Ampliar, Machado Pelloni, Fernando M., “Actualidad en Derecho Comparado: Libertad de expresión”, en *Jurisprudencia Argentina-LexisNexis 2003-IV-923* y las citas que allí se hacen. Por otra parte, aunque me he referido en otra ocasión al caso peruano para la impugnación de resoluciones judiciales, esto de la seria afectación al proceso –lo recuerdo– ellos lo tienen distinguido conceptualmente: la garantía vale contra procesos “irregulares” y no cualquier vicio hace que aquellos dejen de ser “regulares”; en ellos no se discute la responsabilidad penal en sintonía con la legislación ordinaria sino la judicatura actuó con ajuste o apego a los derechos constitucionales de la persona. Ampliar, con cita del Expte. 1230-2002HC/TC “Tineo Cabrera”, en Eguiguren Praeli, Francisco José, “Aplicación de los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos en la jurisprudencia constitucional peruana”, *Consortio Justicia Viva*, Lima, 2003, p. 18.

<sup>51</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Algunos aspectos de la influencia del constitucionalismo de los Estados Unidos en la protección de los Derechos Humanos en México”, en *Vv. Aa. Derecho Constitucional Comparado. México-Estados Unidos*, Frank Smith James-Coordinador, T.I, UNAM, 1990, pp. 142 y ss.

<sup>52</sup> En la guerra contra el terrorismo la colateralidad está amenazada por la permanente reglamentación de procedimientos especiales contra los detenidos bajo cargos enlazados con esa delicada materia. Todavía con semejante panorama, el *hábeas corpus* federal es en los Estados Unidos uno de los mecanismos tradicionales para atacar condenas erróneas con base en comportamiento ilegal de la policía, fiscales, jueces, jurados y malos defensores. Pero sucede que incluso antes de setiembre 11 de 2001, ya había comenzado su obstaculización con bases de eficiencia en el

Queda en evidencia que se trata entonces de un camino más. El proceso justo es un derecho fundamental muy caro a la Constitución, por lo que una garantía debe rendir satisfactoriamente en los distintos niveles de exigencia, entre los que tienen que ser incluidos los jueces que pueden atentar contra las personas, igual o peor que quienes ostentan un rol republicano importante en lo legislativo o en la administración. Tiene que apreciarse que ante ellos los afectados o amenazados concurren procurando tutela. La idea es atender esta opción –básica o elemental– como “A”; y como esto puede fracasar, la revisión –especial o calificada– es el plan “B”.

El esquema no es original. No solamente por las referencias comparativistas que estrechamente se hicieran –que podrían ser más–<sup>53</sup> sino porque el entendimiento de la organización federal, no supone un (simple) reflejo a nivel local, sino que posibilita en ese espacio, un desarrollo (como si se tratara de un auténtico laboratorio) en la diversidad, donde el Derecho Público de las provincias aceptaron esta adaptabilidad de la garantía.<sup>54</sup> El tema de la expansión o el salto

---

sistema, p. ej. con la *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* de 1996 (AEDPA), alterando el agotamiento del planteo del caso o limitando las presentaciones sucesivas (exigiéndose certificaciones de que un asunto es “revisable”). Esto que debería cambiar (porque se aleja de la mejor tradición), se asocia con otros pozos en los que la garantía cae: así, p. ej. vale memorar que según *Gideon v. Wainwright* –372 US. 335 (1963)– la Suprema Corte ha obligado a los Estados a proveer asistencia legal, pero no así para los condenados que persiguen su ataque colateral; cfr. *Pennsylvania v. Finley*, 481 US. 551 (1987). Ampliar en Stevenson, Bryan A., “*Confronting Mass Imprisonment and Restoring Fairness to Collateral Review of Criminal Cases*”, en *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Cambridge, vol. 41-2-2006, pp. 339-367.

El tema del agotamiento de medios supone partir de la condena. En Perú también pero el Tribunal Constitucional entendió, en mi opinión con acierto, que la limitación formal impuesta por el art. 16 de su ley 25.398 descuenta que la apertura de una instrucción penal preparatoria no es arbitraria; ampliar, con cita del Expte. 1901-2002HC/TC “Vicente Silva Checa”, en Eguiguren Praeli, Francisco José, “Aplicación...”, op. cit., p. 20.

<sup>53</sup> Se deduce p. ej. que el derecho continental europeo, naturalmente distinto al *Common Law*, cuenta con una “colateralidad” (que no es tal, aunque obra igual como revisión) en el acceso a los órganos encargados del control de constitucionalidad, en finalidad análoga a la cubierta por la garantía en los Estados Unidos; para más detalle, del amparo o recurso de protección en Alemania, Reino de España e Italia, Machado Pelloni, Fernando M. “Actualidad en Derecho Comparado: Movimientos particulares en las Cortes Constitucionales”, *Jurisprudencia Argentina-LexisNexis* 2002-IV-769.

<sup>54</sup> Decía Tomás Jofré, en la defensa de su Código: “Las constituciones políticas del país consagran una cantidad de derechos que no hay medio de hacer efectivos por falta de una reglamentación apropiada en los códigos de procedimientos. La nueva ley de la provincia salva esa omisión, asegurando la publicidad del juicio, los derechos de defensa, el principio de contradicción y reglamentando el *hábeas corpus en forma liberal*” (el destacado me pertenece). Por eso el entonces art. 403 recogía: “... procederá contra toda acción u omisión que directa o indirectamente amenazare, limitare, obstruyere o impidiera ilegalmente el ejercicio de la libertad de una persona o estuviere dirigida a ello. ... se considerará ilegal a los efectos de este artículo: 1) toda orden de prisión, requisa o detención que no se dicte de acuerdo con ... la Constitución de la Provincia; 2) (*autoridad competente, con en la ley nacional*)... 3) la prisión preventiva que se dicte sin reunir los requisitos... o fuera de la medida autorizada por el Código, y la detención que no

es que, incluso con más protección o garantías en el interior, la detección de casos de arbitrariedad –que saturan la competencia apelada de la Corte Federal– dan muestra que aquello no es suficiente.

VI.III. El acatamiento de las sentencias de la Corte Interamericana o de las recomendaciones de su Comisión, conceptualmente diferentes y con efectos igualmente distintos, también supone una adaptación. Este planteo no se formula desde el abordaje hacia una solución definitiva: esta debe perseguirse tras una ley federal consensuada con las provincias –porque asume puntos procesales, en principio, competencia exclusiva de ellas–, en la medida que hace al compromiso internacional del Estado y como tal supone atrapar la ejecución de decisiones que exceden al derecho de libertad que se tutela por *hábeas corpus*.

No obstante, tratándose de acreditaciones, con desigual profundidad, de violaciones al debido proceso, denunciadas ante la Comisión y aceptadas como caso por esta, o sentenciado el Estado por tal cargo por la Corte Interamericana, vale desentpolvar que la garantía, aunque no pudo prevenirlas o repararlas, puede acelerar el cese de las consecuencias de una condena sustentada contra las bases del Derecho Internacional Humanitario.

Desde esta aproximación, cuando se hace una denuncia con estas bases ante la Comisión, en rigor se lleva un (amparo o) *hábeas corpus* internacional. En la medida que el agotamiento del Derecho interno no ha cubierto satisfactoriamente el núcleo del debido proceso enunciado en las disposiciones enlazadas por la Convención (arts. 7, 8 y 25, etc.), se recurre a la esfera internacional en la persecución de la protección no alcanzada por resolución o sentencia de la jurisdicción interna.

Mi observación se posiciona en torno a pensar qué hacer con las denuncias que prosperan, o aun con las condenas. El Alto Tribunal Federal enfrentó el problema, eludiéndolo. Concretamente, la contrariedad con la Convención Americana que tocaba enfrentar merced al recurso extraordinario contra la acción denegada por Primera y Segunda instancia, era algo que enredado a la reglamentación del derecho a recurrir una (primera) condena, en procura de obtener una ratificación o rectificación del fallo (doble conforme, 8.2.h CADH.).<sup>55</sup> En verdad, la Corte Federal parte de una premisa incuestionable, como lo es que la

---

proceda con arreglo a las disposiciones del mismo...”. Aunque parezca excesivo, la casación provincial –en la actualidad– intentó darle a la articulación ante sus estrados un tinte de trascendencia, con la transformación procesal. Con una textura análoga, el Código Procesal Penal de la Federación de Brasil (1941) también lo veía así (arts. 647/667).

<sup>55</sup> Cfr. Fallos: 321:3555.

Comisión no emite opiniones vinculantes al Poder Judicial; no obstante, no se deriva de ahí necesariamente la conclusión de que su opinión es (apenas) una guía. Por demás, si fuere cierto esto último, se hizo todo lo opuesto. Frente a la tesis de que existe una violación a la regla del Tratado –que de buena fe debe de cumplirse, como se reconoce<sup>56</sup> en lo referente al debido proceso legal, se mira a otro lado. De hecho, de los antecedentes surge que el *a quo* había avalado el rechazo porque la responsabilidad penal era originaria de autoridad competente, aunque no confrontada con una distinta, que era lo que perseguían los peticionantes superada la barrera interna.<sup>57</sup>

Soy de opinión que si la acción internacional progresa, en paralelo, debiera escalar el *hábeas corpus* interno que procura explotar el crédito que aquella otorga. Es claro que esta idea (de procedencia) ablandaría la rígida contención opuesta en el caso *in comento* por parte de los jueces de la causa. O sea, no cabe duda que dictaron condena, tanto como hay lugar para todas ellas –con algún aval en el contexto interamericano– por la forma en que lo hicieron. Indudablemente, es esto lo que hace al sentido de la garantía, al menos en los términos expresos del art. 43 CN.<sup>58</sup>

VI.IV. Históricamente, los procesos colectivos, con matriz anglosajona, facilitaban un litigio, en donde originalmente las partes eran muy numerosas. Desde el *bill of peace* del siglo XVII ese podría ser su sello característico: si se quiere, eficiencia y consistencia. En tal sentido, una focalización en estas características aconseje quizás medir las aspiraciones, no porque el canal sea el inapropiado (que no lo es), sino que por darle excesiva amplitud, fulmina su fuerza (que debe tenerla), tornándolo inútil, ineficiente e inconsistente.<sup>59</sup> Si acaso esto sucediera, el prestigio de sus logros de bronce, quedarían en la nada. Y una garantía sin respeto, deja de ser tal.

<sup>56</sup> Cfr. *id.* Consid. 13° párrafo segundo.

<sup>57</sup> Hubo un caso similar, que fue presentado erróneamente como de competencia originaria de la Corte, que obviamente no lo aceptó con arreglo a esta simple razón. Jugando otro factor, como el de su histórica limitación a la jurisdicción, de directa reglamentación constitucional, nada puede decirse; cfr. Fallos: 323:4008.

<sup>58</sup> El *hábeas corpus*, no es novedad, es un supuesto especialísimo de amparo. El último párrafo no está aislado del primero –como es sabido– y en este, en su cierre, se menciona la interposición de la acción por la afectación del derecho sostenido en un Tratado.

<sup>59</sup> Se sigue mejor el proceso que involucra a una única unidad que a todas las de un Estado local. Además, salvo unas plazas “vip” en espacios “exclusivos”, ninguna sede está “bien” en términos materiales del orden constitucional. Pero puede que algunos estén mejores que otros. Y el colectivo que los involucra no necesariamente los beneficie (o los perjudique). Digo con esto que puede haber un interés común y no por ello derechos en común. El colectivo no es puro allí, sería híbrido (*hybrid class action*) o podría ser menos coincidente (*spurious*).

Al momento de intentar cerrar este trabajo, la Corte Suprema resolvió en competencia originaria un caso, en mi opinión, un tanto más consistente que “Verbitsky”. La distinción entre este último y el más reciente tiene que ver con la aproximación que el Tribunal tiene del objeto del proceso y la dirección, no tanto teórica, sino efectiva, que toma en él. En efecto, en “Lavado”<sup>60</sup> más allá del *nomen iuris* dado por la actora al (tipo de) proceso (constitucional), el Alto Tribunal atiende la crítica situación penitenciaria de una provincia cuyana, pero con distinción de su precedente más resonante, acorta los plazos de la información que solicita –quince (15) días versus sesenta (60) o treinta (30)–. Tampoco hace declaraciones volátiles –como la mención de las Reglas Mínimas de Reclusos del contexto de ONU–, que escritas son bonitas para anotar, no obstante su complejidad en el entendimiento y recepción por parte de la administración.<sup>61</sup>

A pesar de la valiosa recepción en la jurisprudencia, el abordaje de lo carcelario supone algo –muy importante– todavía encriptado: con independencia de la responsabilidad internacional del Estado –tan recordada–, los logros de un colectivo, están en la asignación de cumplimiento funcional a los dependientes o agentes de aquel. Es que, de igual modo a que un magistrado ha de responder por una cautelar individual mal decretada o una condena a contrario sentido del Derecho –en términos de grave violación al debido proceso–, también debe establecerse y comprometerse respecto de un cuadro plural, la posición de todos los involucrados de una u otra manera en él. La reflexión descansa en un problema discursivo.

Para ir concluyendo, la pluralidad tiene que ser contestada con tanta atención como la individualidad. La relación de intereses que entran en un terreno común, fuera de la titularidad formal de una atribución, es la que se inserta dentro de la estructura de la garantía y sobre ella, acepta determinada juricidad o la desconoce, gráficamente en los efectos que soporta. Termino con esto: tengo la intuición de que la adaptabilidad es un problema de igualdad. Nadie dudaría en darle a un condenado agua potable y unas comidas aceptables. Si se estuviera ante muchos así, se requeriría colaboración y el diseño de un buen plan. De tener razón –puede que no– el colectivo es una moda que viste a otras garantías (quizás con más fortuna), no mucho más y sería una gran pérdida en la partida de la adaptabilidad.

---

<sup>60</sup> Cfr. L.733.XLII “Lavado, Diego Jorge y otros c/Mendoza, provincia de y otro s/acción declarativa de certeza”, rta. 6/9/2006. El presente, porque es un caso llevado a instancia supranacional, es igualmente pedagógico para reforzar el análisis de VI.III *ut supra*.

<sup>61</sup> Tan inútil parece en los tiempos que corren, como invitar a un profundo diálogo en materia de política criminal o en seguridad. De otro lado, termina convenientemente articulado que, sin control puntual de la Corte Federal que es la que sin ápices formales atiende el caso, se deposita en jueces provinciales el control de informes que debe remitir el Ejecutivo o sus dependientes, sobre las mejoras.

## VII. FINAL

En el terreno del balance, la garantía cuenta con un pasado remoto que la recoge como defensa elemental de la libertad. Una Constitución occidental la tiene y es lo que cuenta ya que, desde una teoría del Derecho (con aplicación constitucional), parejamente a la realización de diseñar políticas públicas se entabla un escudo que oponer a los constructores de aquellas.

Sin embargo desde los Estados modernos surgen puestas a prueba de la que el *habeas corpus* no logra salir ileso. Cada emergencia programada en clave constituyente, o bien aquella otra bajo el imperio normativo de las dificultades fácticas, han servido para incumplir con los pasos formales que la limitan, o bien materialmente para aplazar la tutela personal en balance con otro interés, prioritario para las autoridades.

Su perspectiva historiográfica me lleva a creer, no obstante, que puede fortalecerse. No precisamente en una tiranía. Bajo la Constitución los operadores e intérpretes –que son muchos más que la Corte Suprema– en una sociedad abierta a la Norma Fundamental pueden y deben aportar su compromiso para que así sea. Recogiendo su valoración, superando los textos en su conformación o en su aplicación –haciéndolo rendir–, modificando viejas (y perversas) versiones por otras conforme a su real significado.

En los fundamentos, el tema es atender la dignidad personal. El proceso es en cierto modo una comunicación y no hay diálogo si solo habla el Estado. Tampoco si se catapulta a la hegemonía al Ejecutivo –en y por aquel–. Si así fuera –lo que no es compartido bajo interpretación– no importa el mal que se enfrente, la garantía debe ser mayor porque bajo una visión consecuencialista, los resultados empañan la alteración del equilibrio de funciones y el modelo constitucional. Esta anticipación le cabe a todo el mundo, pero la tienen que firmar los jueces.

En lo doméstico, estamos cortos frente a los Derechos comparados. Los magistrados, que tienen tan pesada tarea como la recién encomendada, son un bolsón de inmunidad frente al *habeas corpus*. Con un ajuste de requisitos de admisibilidad, sería apropiado al orden del Derecho Internacional extenderlo a ellos, con un giro federal: dar un rodeo previo al recurso extraordinario, colateralmente, puede bajar la tasa de conflictividad en la Corte y componer el proceso afectado más rápidamente. También atender en el derecho interno a un canal existente para aceptar o cumplir alguna recomendación o sentencia del sistema de la Convención.

En el colectivo todo va bien, salvo a la hora de ver los resultados. Es pues, una puja por materializar, realizar y vivir lo escrito; para que no sea tinta en papel.

Para ello, y creo que hay que superar una tácita idea, debe batallarse sobre la igualdad de la lesión, amenaza o agravación que pesa entre la persona y un grupo de estas. Parece que la expansión le quitara kilos al último caso, cuando debe prestarse atención a que ambos parten de igual peso específico: la dignidad. De otra parte, el modelo necesita seguimiento y una maduración en la petición a los legitimados pasivos del proceso. Está clara e indudable la responsabilidad internacional del Estado –incluso referimos nuestro propio sentido de garantía con esto–, pero ello parte de la irresponsabilidad de agentes que nunca asumen el rol que les toca, ni pagan por él, en el supuesto de incumplimiento.

Para terminar –sin nada más que agregar–, decía Chesterton que no podía dudarse que la humanidad necesitaba salvarse pero bien podrían hacerlo respecto de si una imposición con agua bendecida lo lograría.<sup>62</sup>

Yo creo que la dignidad personal debe protegerse y tengo una duda, como él, sobre si el *hábeas corpus* podrá con ello...

## BIBLIOGRAFÍA

- Agamben, Giorgio, *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Giulio Einaudi editore, Torino, 2005.
- Cardozo, Benjamin N., “*The nature of the Judicial Process*”, en Vv.Aa. *The great legal philosophers*, C. Morris-University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1997.
- Castañeda Otsu, Susana Ynes, “*Hábeas Corpus: normativa y aspectos procesales*” en Vv. Aa. *Derecho Procesal Constitucional* (Susana Ynes Castañeda Otsu, Coordinadora), 2° edic., t. II., Edit. Jurista, Lima, 2004.
- Cole, David, “*The new McCarthyism: Repeating History in the War against Terrorism*”, en *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Cambridge, vol. 38-1-2003.
- Eguiguren Praeli, Francisco José, “*Aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la jurisprudencia constitucional peruana*”, Consorcio Justicia Viva, Lima, 2003.
- Fix-Zamudio, Héctor, “*Algunos aspectos de la influencia del constitucionalismo de los Estados Unidos en la protección de los Derechos Humanos en México*”, en Vv. Aa. *Derecho Constitucional Comparado. México-Estados Unidos*, Frank Smith James-Coordinador, t. I, UNAM, 1990.

---

<sup>62</sup> Cfr. Chesterton, Gilbert Keith, *Ortodoxia*, Colección Austral, Bs. As., 1945, p. 21.

- García Belaúnde, Domingo, “La evolución legislativa del hábeas corpus en el Perú (1897-1979)”, Vv.Aa. en *La nueva Constitución y el Derecho Penal*, José Hurtado Pozo, editor, Lima, 1979.
- García-Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993.
- Grossi, Paolo, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2005.
- Kaufman, Arthur, “*Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*”, en Vv. Aa. en *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der gegenwart* (Kaufmann, A.-Hassemer, W.), C.F. Müller Juristischer Verlag GmbH, Heidelberg, 1994.
- Machado Pelloni, Fernando M., “Resquicio constitucional y apertura a influencias externas e internas para un *hábeas corpus* federal pleno”, en Vv.Aa. *Derecho Procesal Constitucional* (Rivas, A. -Director-, Machado Pelloni, F. -Coordinador-), Ad-Hoc, Bs. As., 2004.
- Osbron, Meredith B., “*Rasul v. Bush: Federal Courts Have Jurisdiction over Habeas Challenges and Other Claims Brought by Guantanamo Detainees*”, en *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Cambridge, vol. 40-1-2005.
- Stevenson, Bryan A., “*Confronting Mass Imprisonment and Restoring Fairness to Collateral Review of Criminal Cases*”, en *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Cambridge, vol. 41-2-2006.
- Taruffo, Michele, “*I limiti soggettivi del giudicato e le ‘class actions’*”, en *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXIV (II serie), Cedam, Padova, 1969.