

CAPÍTULO VIII

CONCEPTO NORMATIVO DEL HABEAS CORPUS

47. Origen etimológico.— 48. Definición. 49. Habeas Corpus ¿derecho sustantivo o derecho procesal?— 50. Habeas Corpus ¿derecho público o derecho privado?— 51. ¿Acción o recurso?— 52. Derecho a la Jurisdicción.— 53. Naturaleza del acto lesivo.— 54. El Habeas Corpus debe defender incluso la amenaza o presunción de atentado.— 55. El Habeas Corpus no procede contra normas.— 56. El Habeas Corpus no procede contra los actos arbitrarios que provengan de los particulares.— 57. El Habeas Corpus no defiende derechos políticos.— 58. El Habeas Corpus no protege las garantías nacionales.— 59. El Habeas Corpus contra resoluciones judiciales.— 60. ¿Qué derechos debe proteger el Habeas Corpus?

El Habeas Corpus debe ser en lo fundamental un medio de defensa de la libertad personal, en tanto decide el derecho de una persona para entrar, salir y quedarse en un lugar determinado, sin presiones de ninguna naturaleza. Sin embargo, esta breve noción necesita ser complementada con otras características que perfilen aún más su verdadera naturaleza.

47. ORIGEN ETIMOLOGICO.

La oración latina *habeas corpus* es una creación histórica ajena al derecho romano y que en sí misma no significa gran cosa. Así *habeas*, segunda persona del subjuntivo o imperativo, significa "tengas" y *corpus*, cuerpo, el cuerpo físico de alguna persona; y por tanto no podía ser utilizado en defensa de una persona jurídica, ya que ésta carece de "cuerpo". Esta frase es creada en Inglaterra, de ahí que Niceto Alcalá Zamora diga que es un hechura anglo-romana. Esto no debe extrañarnos, porque otros conceptos igualmente célebres tuvieron parecido origen (las palabras metafísica, sociología, etc.). El Habeas Corpus es además una frase que se halla dentro de un contexto mayor del

cual ha sido desajado y que corresponde más o menos a una "acción para lograr que se muestre al sujeto prisionero sin mandato legal alguno".

El agregado *ad subjidiciendum*, que caracteriza al Habeas Corpus por antonomasia, significa algo así como "para que se someta" y está referido al cuerpo que alguien tiene bajo su custodia. Es decir, es un mandato dirigido a quien tiene alguna persona detenida indebidamente para que someta a ésta a la autoridad competente. Es pues una acción destinada a obtener que se exhiba al sujeto. La partícula *ad* significa "para que".

Las otras modalidades del Habeas Corpus tienen los siguientes significados:

(*ad*) *respondendum*: (para que) responda; *satisfaciendum*: satisfaga; *prosequendum*: prosiga; *testificandum*: testifique, de testimonio; *deliberandum* delibere; *faciendum et recipiendum* haga y reciba.

Aunque un excursus sobre el sentido etimológico del término no siempre arroja muchas luces en una investigación, puede ser de gran ayuda para precisar la naturaleza del concepto, siempre y cuando como contrapartida se recurra al auxilio de otros elementos.

48. DEFINICION.

Con todos estos elementos de juicio, es factible arriesgar una definición sobre el Habeas Corpus, que aquí tomamos de Carnelli, y es la siguiente: "es una acción en garantía de la libertad personal frente al poder público, cuando éste la afecta en alguna forma y siempre que la afectación implique una ilegalidad".¹¹⁶ Esta definición requiere sin embargo mayores precisiones.

49. HABEAS CORPUS ¿DERECHO SUSTANTIVO O DERECHO PROCESAL?

El Habeas Corpus es una institución, si por tal entendemos una idea de obra o de empresa que se realiza y dura en un medio social y cuya implementación exige un poder que le depare un

¹¹⁶ Lorenzo Carnelli *El Habeas Corpus*, en LA LEY, tomo 3 (1936),

medio de acción que es aceptado por una determinada comunidad histórica. Puede también definirse una institución como lo inventado y demostrado por los hombres en oposición a lo que es natural.¹¹⁷ Si añadimos que la institución es jurídica, entonces se trata de algo que existente o creado, adquiere vigor únicamente desde que es incorporado al ordenamiento de un Estado y en consecuencia es exigible ante los Tribunales de justicia.

Esta institución ¿es procesal o sustantiva? Evidentemente que si no crea derechos ni obligaciones, tiene naturaleza procesal. Su labor no es establecer ni fijar pretensiones, sino defender un derecho sustantivo ya estatuido. Por eso es que los autores ingleses le llaman "remedio", es decir, medio para restablecer algo. El Habeas Corpus sirve de esta forma para defender "algo" que él mismo no ha establecido y creado. Originalmente fue utilizado para cautelar únicamente la libertad personal: *jus movendi et ambulandi*. En nuestra Constitución de 1933 se emplea además para la defensa de todas las garantías individuales y sociales. No interesa al estudio del Habeas Corpus analizar todas estas garantías o derechos, sino en forma únicamente accesoria, como complemento de aquel y en la medida que son útiles para conocer la vigencia del Habeas Corpus. Por eso es que su estudio no tiene por qué entrar en honduras filosóficas o doctrinarias sobre los derechos garantizados.

Esta separación entre los derechos individuales y sociales, por un lado, y el Habeas Corpus por otro, es relativamente reciente, o en todo caso, sólo ha podido observarse últimamente, pues la doctrina francesa de derecho público, de gran influencia en nuestro constitucionalismo, confundía el derecho con la acción, que solo más tarde la escuela alemana y la italiana deslindarían. En efecto, ya no se cree hoy día que la acción sea solamente el derecho en movimiento: la moderna teoría general del proceso le ha otorgado autonomía y fisonomía propias.¹¹⁸

¹¹⁷ Se debe a Maurice Hauriou el desarrollo de esta idea germinal en 1925. Ha sido luego desarrollado por su discípulo George Renard. Aunque el término ha suscitado discusiones, haremos uso de él por razones metodológicas. (Véase por ejemplo de Maurice Duverger **Sociología Política**, Barcelona 1970, p. 96).

¹¹⁸ Cf. E. Couture **Fundamentos de Derecho Procesal Civil**, Depalma, Buenos Aires, 1960; Piero Calamandrei **Estudios sobre el proceso civil**, Buenos Aires 1961; G. Chiovenda **Instituciones de Derecho Procesal Civil**, Madrid 1948, t. I; Mario Alzamora Valdez **Derecho Procesal Civil** (Teoría General del Proceso) Lima 1965, etc.

50. HABEAS CORPUS ¿DERECHO PÚBLICO O DERECHO PRIVADO?

Aún cuando sea cada vez más discutida la división del derecho en público y privado ¹¹⁹ es evidente que tiene el valor de idea regulativa, es decir, con validez restringida, y en cuanto tal puede seguir siendo utilizada. Esto está reforzado por el hecho que el derecho positivo peruano acepta la distinción de derecho público y privado, lo que en buena cuenta hace necesario su uso, aún con las limitaciones que esta división pueda tener en la doctrina. Ahora bien, se ha considerado derecho público aquel que regula la actividad de los organismos del Estado y/o cautela sus intereses. Dentro de este criterio se estima que el derecho procesal, en tanto actividad jurisdiccional privativa del Estado, es derecho público, considerándose que es la rama del derecho "que regula la actividad jurisdiccional del Estado para la aplicación de las leyes de fondo y su estudio comprende la organización del Poder Judicial, la determinación de la competencia de los funcionarios que la integran y la actuación del Juez y de las partes en la sustanciación del proceso" ¹²⁰ Así entendido, el Habeas Corpus es un instituto de Derecho Público y Procesal, por tener su origen y fundamento en la Constitución misma y estar destinado a la protección de las garantías conocidas en doctrina como "derechos públicos subjetivos", en oposición a los derechos privados subjetivos, propios del derecho privado y que están englobados bajo el concepto relativamente reciente de "derechos de la personalidad".

Si el Habeas Corpus tiene naturaleza procesal y pública de índole constitucional, hay grave error en el derecho peruano al haberlo considerado tradicionalmente en la vía penal, aunque algún paliativo haya habido en 1968 con la reforma introducida en aquel entonces. En nuestra opinión el Habeas Corpus no debe tramitarse dentro de un código, sino que debe ser regulado por ley especial, expresión de un auténtico Derecho Procesal Constitucional.

¹¹⁹ Un resumen de la discusión, Cf. Aftalión, García Olano y Vilanova **Introducción al derecho**, Bs. As., 1967, p. 545, ss.; E. García Maynez **Introducción al estudio del derecho**, México 1963, p. 131 ss. Mario Alzamora Valdez **Introducción a la ciencia del derecho**, cit.

¹²⁰ Cf. Hugo Alsina **Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial**, tomo I, p. 37 Bs. Aires, 1941. Debemos señalar que esta definición de Alsina se resiente al no considerar procesos distintos al judicial (administrativos, etc.).

51. ¿ACCION O RECURSO?

El debate sobre si el Habeas Corpus es acción o recurso, dista mucho de haber amainado. En Inglaterra fue considerado como recurso, toda vez que era simplemente un medio de facilitar la asistencia de una persona ante los tribunales de justicia, en procesos que sólo podían realizarse contando con la presencia física de las partes (de ahí el vocablo *corpus*). Aunque el uso prístino así señalado ha quedado en gran parte superado, sigue considerándose como tal en el régimen inglés, y ello explica que la primera ley de 1897 utilizase la expresión "recurso" al referirse al Habeas Corpus, si bien lo calificó de extraordinario. Igual tendencia observó la ley de 1916, la Constitución de 1920, el Código de Procedimiento en Materia Criminal del mismo año, así como el anteproyecto presentado por la Comisión presidida por Manuel Vicente Villarán (artículo 185). Esto en parte podía explicarse porque el Habeas Corpus tuvo hasta antes de 1933 un uso restringido para la protección de la libertad física, que encajaba perfectamente en el ámbito penal. Todo cambió sin embargo con el artículo 69 de la Constitución de 1933 que califica al Habeas Corpus de acción, aunque el Código de Procedimientos Penales de 1940, aún vigente, incurra nuevamente en la tradición al considerarlo como "recurso extraordinario". La reciente reglamentación en la vía civil efectuada por Decreto Ley n° 17083 utiliza la palabra "acción" y regla la protección de todas las garantías que no sean las de libertad personal, inviolabilidad de domicilio y libertad de tránsito, con lo cual este instituto es recurso en cuanto se tramita en la vía penal y es acción cuando sigue el procedimiento civil. Esta confusión en la legislación —y que se refleja también en la jurisprudencia— tiene sus orígenes como ya hemos señalado, en la Constituyente de 1931, que al debatir el articulado calificaron de "acción" al Habeas Corpus para darle una mayor autonomía, pero no hicieron intentos serios de elaborar una discusión conceptual. Nuestros juristas tampoco guardan un criterio uniforme, pues algunos como Ricardo Bustamante y Cisneros¹²¹ y Raúl Ferrero R.¹²² la ca-

¹²¹ Cf. *Constitución y Habeas Corpus*, en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, n. 194, marzo de 1960, p. 263.

¹²² Cf. *Teoría del Estado*, Lima 1971 (reeditado con ampliaciones con el título *Ciencia Política* en 1975).

talogan de acción, mientras que otros como Luis A. Eguiguren¹²³, y H.H.A. Cooper¹²⁴ lo consideran un "recurso".

En realidad, aunque por "recurso" se entiende muchas cosas, existe sobre todo a partir de la nueva escuela procesal que inician en Alemania Windscheid, Müther, Bülow y Wach y en Italia Chiovenda y Carnelutti, un nuevo concepto de la acción y el proceso, mediante el cual el recurso debe relegarse a ser la reclamación que concedida por ley o reglamento, formula quien se cree perjudicado o agraviado por la providencia de un juez o tribunal, para que ante el superior inmediato, reclame a fin de que dicha providencia se reforme o revoque. Es decir, se asume que previamente existe en trámite un proceso o litigio determinado. Estos recursos suelen clasificarse en: a) ordinarios, que no requieren requisitos especiales y que pueden utilizarse libremente, le asista a la parte razón o carezca de ella; y b) extraordinarios, sometidos a regulación estricta.

La "acción" por el contrario, es la facultad de demandar protección de un derecho ante los órganos jurisdiccionales, es decir, es poner en marcha el aparato del Estado para la protección de un derecho conculcado. Así, mientras que el recurso *stricto sensu* es el medio de impugnación que dentro de una causa plantea una de las partes solicitando una nueva consideración (apelación, queja, etc.) la acción es la facultad específica de hacer valer en la vía judicial la reparación de un derecho violado. Dentro de este orden de ideas, es fácil advertir que en puridad el Habeas Corpus no es un recurso, sino propiamente una acción.

52. DERECHO A LA JURISDICCION.

Como es sabido, los orígenes más remotos del litigio se hallan en épocas de la venganza, de la ley del talión y de la aplicación de la justicia por propia mano. Estos conceptos que han evolucionado en forma lenta pero creciente, han hecho pasar el dere-

¹²³ Cf. **El recurso de Habeas Corpus**, Lima, 1967.

¹²⁴ Cf. **Habeas Corpus in the peruvian legal system**, en *Rev. de Der. y Ciencias P.*, Año XXXI, 1967. (San Marcos) p. 330. Véase también de J. Armando Lengua Balbi **Algunas observaciones sobre el Habeas Corpus en Themis**, No. 2, Primer Semestre de 1966; y el Boletín del Instituto de Ciencias Penales No. 3, julio de 1967 (San Marcos) dedicado al Habeas Corpus, con anteproyectos de leyes, repertorio de jurisprudencia y artículos de Luis Bramont Arias, Luis del Valle Randich, Armando Lengua Balbi, etc.

cho de defensa y protección que antes gozaban los particulares al Estado, como máxima entidad encargada de velar por el cumplimiento de los derechos y deberes de los ciudadanos. Así, el Estado recibe la misión de intervenir como árbitro y poner fin a las dirimencias de las partes. De tal manera, quien sufre un menoscabo en sus derechos y prerrogativas reclama ante los organismos pertinentes (el Poder Judicial) que se le administre una justicia en forma rápida y efectiva. Es decir, necesita que el Estado proteja su derecho, le declare su derecho, *juris dictio*, en un caso determinado. Esta pretensión para obtener una protección determinada, se ejercita ante los organismos jurisdiccionales bajo la forma de acción, que los procesalistas califican de derecho público subjetivo.¹²⁵

Ahora bien, el Estado ante dicho pedido, debe pronunciarse en forma tal que satisfaga la pretensión, en tanto que ella realmente esté protegida por el ordenamiento jurídico. Es decir, la sentencia o resolución que emane de órgano competente para satisfacer la pretensión de las partes, debe ser en forma tal que en la práctica no llegue a enervar la protección obtenida. De ahí que la acción sea una pretensión formal que se interpone ante el Estado para que sus órganos judiciales ofrezcan la tutela que los derechos requieran, mediante una vía sumarísima, ya que la vía ordinaria frustraría el derecho a la jurisdicción. Este derecho a la jurisdicción se identifica con la capacidad de accionar, con la acción misma.

53. NATURALEZA DEL ACTO LESIVO.

El Habeas Corpus es una garantía constitucional que resguarda los derechos individuales y sociales que la Constitución reconoce, es decir, su ejercicio está supeditado a que exista un acto lesivo de tales derechos (o de la libertad física, si se trata del Habeas Corpus en su sentido tradicional) y contra el cual se reclama pidiendo la restauración en el libre uso y goce de tales derechos. Es un acto en el sentido amplio, ya que comprende incluso a aquellos que surgen por omisión, y es lesivo en tanto conculca derechos en forma ilegítima y utilizando medios que no son la manera regular como se ejercita un derecho. Este acto lesivo debe estar

¹²⁵ Cf. F. Carnelutti **Teoría general del Derecho**, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1941, p. 184. ss.

necesariamente investido de ilegalidad, es decir, que tiene que provenir de un acto o hecho que no tenga respaldo alguno en norma vigente. No debe en consecuencia usarse para impugnar resoluciones o normas emanadas de autoridad competente, las que deben tramitarse en otras vías.

54. EL HABEAS CORPUS DEBE UTILIZARSE INCLUSO CONTRA LA AMENAZA O PRESUNCION DE ATENTADO.

Aunque en reiteradas oportunidades la Corte Suprema ha sostenido que el Habeas Corpus solo procede para conjurar la manifiesta violación de un derecho garantizado por la Constitución y no una simple amenaza o presunción, es evidente que por razones de seguridad debe incluso proteger contra aquéllas. De lo contrario se estaría aceptando la posibilidad de que la amenaza de conculcar un derecho quede impune, sin poderse ejercitar contra ella una medida efectiva, con lo cual la autoridad tendría abierta la posibilidad para amedrentar a los ciudadanos sin peligro alguno, como se ha visto en diversas oportunidades. En consecuencia, opinamos que incluso la amenaza o presunción de un atentado contra un derecho constitucional, debe ser amparado por el Habeas Corpus, aun admitiendo las dificultades que puede acarrear la investigación de estos hechos en un determinado momento.

Un aspecto distinto, es cuando el acto lesivo ya ha sido consumado, es decir cuando la violación ha cesado. La jurisprudencia ha denegado la procedencia del Habeas Corpus en estos casos. Pero de aceptar este criterio, se podrían vulnerar continuamente los derechos constitucionales hasta antes de la interposición del Habeas Corpus, con lo cual también quedaría impune el autor del acto lesivo. Por ejemplo, una persona es detenida por más de 24 horas por la policía. Sus familiares interponen un recurso de Habeas Corpus a su favor. Entretanto han pasado varios días, y la persona es puesta en libertad luego de haber sufrido carcelería. El Juez constata que la persona está libre, y el Tribunal desestima el recurso. Igual sucede por ejemplo con la inviolabilidad de la correspondencia. El funcionario de correos abre la carta y en consecuencia viola la correspondencia. Saca de la carta copia xerox y el original la devuelve al sobre originario, el que finalmente es remitido a su destinatario. Si en este caso se pretendiese interponer un Habeas Corpus, aun probada la violación, éste sería denegado

de acuerdo al criterio establecido por la Corte, ya que al momento de interponer la denuncia, la violación había cesado. Como estos casos, podrían citarse muchos más, que demuestran la conveniencia que el instituto ampare aún las violaciones ya consumadas, en cuya caso debe aplicarse una sanción por el mismo Tribunal que conoce el recurso, y no como ha sucedido siempre, que se remite lo actuado al fuero común, con lo cual se evade el problema. Por último, las sanciones mismas que establece el Código de Procedimientos Penales, son muy leves, y están referidas únicamente al caso de detención indebida, de tal manera que la violación de las demás garantías no tienen sanción alguna. Si la violación de un derecho no apareja la sanción correspondiente, la protección de aquel se vuelve ilusoria.

55. EL HABEAS CORPUS NO PROCEDE CONTRA NORMAS.

Como hemos señalado, el Habeas Corpus no debe proceder por ningún motivo cuando la presunta trasgresión de un derecho constitucional, provenga o esté respaldado en una norma, ya sea que esta emane del Poder Ejecutivo (decretos y resoluciones) del Poder Legislativo (leyes) Gobierno Locales (ordenanzas, etc.) de los diversos organismos públicos descentralizados (hasta hace poco conocidos como sub-sector Público Independiente) etc. Tampoco deben impugnarse los actos que tengan su fundamento directo en alguna de las normas ya mencionadas. Lo que debe proteger el Habeas Corpus es en consecuencia un acto puro, desnudo de toda normatividad.

56. EL HABEAS CORPUS NO PROCEDE CONTRA LOS ACTOS ARBITRARIOS QUE PROVENGAN DE LOS PARTICULARES.

Históricamente el Habeas Corpus se inicia como un medio de defensa de la libertad física de los particulares contra otros particulares. Era entonces la época de la soberanía fragmentada, en la cual los particulares estaban en el mismo nivel que el Rey para imponer en sus dominios sus propias normas de derecho y ejercían plenamente las funciones judiciales. Los nobles en la época medieval eran señores todopoderosos, que incluso llegado el caso amenazaban a la Corona y en veces incluso la derrocaban. Más

tarde, el Habeas Corpus fue utilizado también contra la Corona, aunque esto sucedió en un período posterior.

No obstante, en el Perú, el desarrollo jurisprudencial ha mantenido la tendencia (con poquísimas excepciones) de que el Habeas Corpus no debe incoarse contra los particulares. El legislador de 1892 que lo introdujo entre nosotros, sostuvo que ello era una medida para defender a los particulares frente a las órdenes emanadas del Estado. Es cierto que el Código de Procedimientos en Materia Criminal posibilitó el Habeas Corpus contra particulares mediante mención expresa, pero este dispositivo desapareció totalmente en el Código que lo reemplazó en 1940, donde toda la reglamentación está en función de las autoridades. Igual sucede con el último Decreto-Ley 17083, en donde incluso se establece la obligación de citar al Procurador General de la República, que como se sabe es el defensor del Estado en los estrados judiciales. A ello se agrega que en los actuales momentos no sólo es poco frecuente la detención efectuada por los particulares, sino que ella es fácil de conjurar con el simple recurso a la autoridad policial. Existe por lo demás, tipificado como delito el atentado contra la libertad corporal, así como otras violaciones de derechos que tienen también categoría constitucional. El Estado moderno ha superado entonces la peculiarísima situación existente en la Inglaterra medieval que vió nacer este instituto, que si bien tuvo razón en ser empleado contra los particulares, en la actualidad ello ya no tiene sentido. Tales violaciones deben estar cauteladas por las vías comunes, las cuales evidentemente deben prestar una protección rápida. Si los abusos de los particulares no tienen una protección adecuada, debe agilizarse la vía común correspondiente. Si se afirma que los derechos constitucionales son derechos públicos subjetivos, se desprende que otorgan una facultad al ciudadano frente al Estado y no frente a los particulares.

57. EL HABEAS CORPUS NO DEFIENDE DERECHOS POLITICOS.

Los derechos políticos, de los cuales tiene importancia la ciudadanía y el sufragio (Constitución de 1933, Título IV, artículos 84 a 88) no pueden ser objeto de protección del Habeas Corpus. En efecto, este sólo protege a las garantías individuales y sociales que están taxativamente incluidas en el Título II (capítulos I y II). Además los derechos políticos suponen una condición de capacidad

en la que reside su eficacia, es decir, pertenece sólo a los ciudadanos, en tanto que los derechos individuales y sociales son patrimonio de todos, sin distinción de edad, sexo o nacionalidad.¹²⁶

58. EL HABEAS CORPUS NO PROTEGE LAS GARANTIAS NACIONALES.

Que el Habeas Corpus no procede para defender las garantías nacionales, no necesita de mayor comentario. Así lo establece por lo demás el mismo texto constitucional. Ello obedece a que las llamadas garantías nacionales son en realidad declaraciones programáticas atinentes a la organización y marcha del Estado, así como a principios de carácter general que pretenden enmarcar la actividad del Estado, de carácter tributario, crediticio, presupuestal, etc.

La dificultad se presenta no obstante al momento de decidir cuáles garantías son nacionales y cuáles son sociales, toda vez que ambas se hallan confundidas en el capítulo I del Título II. Como el constituyente no tomó la precaución de separarlos (lo que si se hizo en la Carta de 1920) ello ha quedado librado a interminables debates doctrinarios. Con todo, y como ya hemos adelantado, pueden considerarse "nacionales" las especificadas en los primeros artículos, con las excepciones ya señaladas, y que se refieren en general a la marcha del Estado y no crean prerrogativas a favor de los ciudadanos. La jurisprudencia no siempre ha observado la tesis aquí sostenida. Mas bien en la vía ordinaria se han defendido algunas de estas garantías, pero bajo la modalidad de cautelar la supremacía constitucional.

59. EL HABEAS CORPUS CONTRA RESOLUCIONES JUDICIALES.

Nuestra jurisprudencia es abundante en Habeas Corpus contra resoluciones de los jueces y de las Cortes, expedidos en un determinado proceso. En principio este instituto opera contra abusos del Poder Central (órdenes policiales, órdenes de un prefecto, etc.). Ahora bien, si existe una vía procesal correspondiente (penal, civil, administrativa, etc.) debe ventilarse cualquier cuestión que sur-

¹²⁶ Véase al respecto, el Dictamen en mayoría emitido por el Colegio de Abogados de Lima a pedido del Dr. Alfonso Benavides Correa (*Rev. del Foro*, Mayo-agosto de 1956, num. 2, p. 432 ss.).

ja en ellas de acuerdo a los medios impugnatorios de cada una de dichas vías. Así en numerosas oportunidades la Corte ha declarado que el Habeas Corpus es improcedente contra los procedimientos observados o resoluciones expedidas por los funcionarios judiciales en el ejercicio de sus funciones, al conocer un caso concreto, ya que ellos dan lugar a la interposición de recursos que la ley franquea y no al ejercicio del Habeas Corpus. No obstante, ha establecido en alguna oportunidad que tratándose de actos graves de violación de garantías constitucionales sin que existan vías legales para su defensa, debe ampararse el Habeas Corpus contra las resoluciones judiciales. Nosotros discrepamos de este criterio. En realidad las resoluciones judiciales sólo deberían ser objeto de impugnaciones cuando el magistrado las efectúe saliéndose de la órbita de sus facultades en abierta trasgresión de las leyes y sólo para los casos de detención indebida.

Aun cuando la resolución judicial atente contra una garantía constitucional, no creemos que deba proceder el Habeas Corpus, exista o no un medio procesal adecuado para impugnar tales resoluciones. Admitirlo, sería desnaturalizar los fines del instituto. Iniciado un proceso, todos los actos que el Juez ejecute y que alcancen a los involucrados en la litis, les está vedado el uso del Habeas Corpus para remediar cualquier trasgresión, en virtud de que aquel presupone para su ejercicio que no exista de por medio un proceso en trámite. Ahora bien, si el Juez, abierta la instrucción, ordena la detención de una persona y pasadas las 24 horas no empieza a tomarle la declaración instructiva, entonces es procedente el recurso de Habeas Corpus, ante el Tribunal Correccional. Tomada la declaración por el Juez, el Habeas Corpus queda al margen. Esto en cuanto a la libertad física. En cuanto a los otros derechos constitucionales, no podemos hacer esta concesión. En la vía civil por ejemplo, iniciado un juicio por ningún motivo cabe la interposición del Habeas Corpus.

Hay que agregar que un buen número de nuestros juristas se han inclinado a extender el Habeas Corpus contra las resoluciones judiciales, ante el temor de que alguna arbitrariedad grave y atentatoria de un derecho constitucional, quede al desamparo. Pero la conducta de Juez tiene sus propios medios de control: la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código Penal y recientemente el Consejo Nacional de Justicia.

60. ¿QUE DERECHOS DEBE PROTEGER EL HABEAS CORPUS?

Tradicionalmente, el Habeas Corpus ha girado siempre en torno a la libertad personal. Su origen etimológico lo denota claramente. Así llegó al Perú en 1897, y así lo consagró por primera vez un texto constitucional: el de 1920. La mutación sufrida el año 1933 amplía enormemente el radio de acción del Habeas Corpus al convertirlo en defensor de todos los derechos individuales y sociales. El Perú se incorpora así al numeroso elenco de países latinoamericanos que al ampliar el instituto, lo han desnaturalizado.¹²⁷

La experiencia de estos cuarenta años, han demostrado la inconveniencia de esta transformación, aparentemente tan generosa. No sólo existe el problema de la naturaleza de la institución, sino que su amplitud ha conducido a abusos que han rebasado los nobles propósitos para los cuales fue creado. Por lo pronto ha servido para defender derechos patrimoniales, haciendo las veces del interdicto. La misma interpretación judicial ha tenido problemas al momento de defender bajo un solo rubro asuntos de naturaleza tan variada. Por eso es premioso hacer realidad lo que ha sido reclamado desde mucho antes: que el Habeas Corpus vuelva a su cauce originario; y sobre todo que no proteja derechos como los patrimoniales que deben ser defendidos en las vías comunes.¹²⁸ Los demás derechos como inviolabilidad de correspondencia, libertad de conciencia y de creencia, etc. deben ser protegidos por un instituto especial, que es un genuino producto latinoamericano, y que se conoce como Acción de Amparo.¹²⁹ El amparo debe establecerse tomando en cuenta nuestra propia experiencia y la de otros países latinoamericanos evitando sus fallas y consagrando para esos derechos una garantía eficaz. Como en el Perú el Habeas

¹²⁷ Cf. Phanor Eder *The Habeas Corpus disembodied; the latin american experience*, cit.

¹²⁸ Dice Sánchez Viamonte: "El Habeas Corpus no puede proteger derechos patrimoniales que tienen sus propias normas de protección" *El constitucionalismo*, ed. Bib. Argentina, Bs. Aires, 1957, p. 177. Entre nosotros sigue esta opinión, por ejemplo Manuel Segundo Núñez Valdivia. *La acción de Habeas Corpus*, Rev. de la Fac. de Derecho (San Agustín) num. 2, 1963, pp. 44-45, y Pedro H. Guillén Silva *Los instrumentos protectores de los derechos fundamentales* en Rev. de Derecho y Ciencias P (San Marcos) No. 3, 1972; pp. 573-599, etc.

¹²⁹ En Argentina, el amparo ha sido creación pretoriana con el nombre de "recurso". Pero numerosos constitucionalistas (Linares Quintana, Bidart Campos, César Enrique Romero, Becerra Ferrer), sostienen que en realidad es una acción. En México es un juicio especial.

Corpus ha hecho las veces del Amparo, deberá tenerse en cuenta también la jurisprudencia que es muy ilustrativa en muchos aspectos.

Conceptuamos entonces que debemos contar con el Habeas Corpus en sentido primigenio y reservar la defensa de los demás derechos a la acción de amparo, que necesariamente debe tener un trámite distinto, pero igualmente breve. En cuanto a los derechos patrimoniales, no creemos que deban ser protegidos por el amparo, ya que los derechos individuales y sociales que éste protege son inherente a la dignidad del ser humano, es decir, aquello que constituye lo más íntimo de su ser. En cambio, los derechos patrimoniales son sólo uno de los medios con los cuales pue el hombre realizarse, pero no los únicos ni tampoco los más decisivos. Lo que no es óbice para que la legislación común les facilite los medios pertinentes para su defensa (interdictos, ec.).

Debemos entonces reservar el Habeas Corpus y el Amparo para la protección de aquellos derechos de la persona en tanto están consagrados en un texto constitucional, dejando para la legislación ordinaria la tutela de los demás derechos.