

## CAPÍTULO XII

### VIGENCIA DEL HABEAS CORPUS Y SUBDESARROLLO

83. Derecho escrito y derecho vivido.— 84. Investigaciones sociales y económicas.— 85. Los juristas y la realidad socio-económica.— 86. Un Foro Internacional sobre la vigencia de los Derechos Humanos en América Latina.— 87. ¿Subdesarrollo político?— 88. Habeas Corpus en el Perú ¿mito o realidad?

Hemos señalado cuáles son los factores que condicionan la vigencia de una institución jurídica. En el caso específico del Habeas Corpus, los hemos clasificado en endógenos y exógenos. Entre estos últimos hemos incluido las leyes represivas y la arcaica estructura social y económica del país, que con su inequitativa distribución de la riqueza, los altos índices de analfabetismo, la condición dependiente de la economía en los sectores más modernizados, etc. hacen imposible un adecuado funcionamiento de nuestras instituciones políticas y jurídicas. Conviene detenerse un poco en este aspecto y ver la manera cómo los juristas han encarado este fenómeno.

#### 83. DERECHO ESCRITO Y DERECHO VIVIDO.

Los juristas han hecho clásica la diferenciación entre derecho válido y derecho vigente o entre derecho válido y derecho eficaz.<sup>159</sup> En el ámbito norteamericano se ha abierto campo la célebre distinción elaborada por Roscoe Pound entre el derecho en

---

<sup>159</sup> Cf. Luis Recaséns Siches. **Tratado general de Filosofía del Derecho**, Ed. Porrúa, México 1963; Eduardo García Máynez **Introducción al estudio del Derecho**, ed. Porrúa, México 1960, Elías Díaz **Sociología y filosofía del Derecho**, ediciones Taurus, Madrid 1971; Mario Alzamora Valdez, **Introducción a la ciencia del Derecho**, Lima 1972, etc.

los libros y el derecho en acción,<sup>160</sup> o si se quiere entre el derecho escrito y el derecho vivido. En el campo del derecho constitucional, ya en 1910 León Duguit afirmaba que el derecho se encuentra en la realidad social y no en las leyes, por más solemnes que éstas sean.<sup>161</sup> Partiendo de este supuesto es que algunos constitucionalistas europeos<sup>162</sup> sostienen que la democracia constitucional no funciona en la América Latina, porque ésta carece de los supuestos de hecho que hacen posible el funcionamiento de esas mismas instituciones en el continente europeo. Este enfoque sociológico, que ha tenido un avance inusitado sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial, no ha alcanzado una condigna repercusión en nuestro medio forense y menos aún en los círculos académicos de nuestro país. Si bien es cierto que algunos juristas han proclamado la necesidad de un nuevo enfoque del derecho, a fin de poder conocer como funciona realmente el orden jurídico, ello ha sido realizado en forma individual y aislada. Recién en el último lustro abogados en ejercicio y algunos profesores universitarios han tomado conciencia en forma colectiva de este problema. Hay que señalar con todo que aunque este movimiento, —compuesto en su mayoría por gente joven— ha demostrado gran entusiasmo, todavía subsisten criterios tradicionales que imposibilitan una adecuada comprensión de la experiencia jurídica. Además, esta nueva inquietud, no ha llegado a cuajar en una tendencia definida ni tampoco cuenta con una elaboración orgánica de sus fundamentos teóricos, aunque existan muy estimables trabajos monográficos.

#### 84. INVESTIGACIONES SOCIALES Y ECONOMICAS

En el Perú, la inquietud por desbrozar nuestros grandes pro-

<sup>160</sup> Cf. R. Pound, *Law in books and Law in action*, en 44 *American Law Review*, 1910, p. 12 ss. La presencia de esta clasificación perdura en los más recientes estudios, por ejemplo en la obra de Saidman y Chamblis *Law, order and power*, Addisin-Wesley Pub. Comp. Inc. 1968 (una selección de Luis Pásara, ha sido publicada en la revista *Derecho*, n. 30, 1972, editada por la Universidad Católica).

<sup>161</sup> Cf. *Manuel de Droit Constitutionnel*, Deuxième édition, Paris 1911, p. 49.

<sup>162</sup> Cf. Maurice Duverger *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, ed. Ariel, Barcelona 1962, p. 350-355 (la quinta edición española de 1970 basada en la francesa del mismo año, ha eliminado el texto de Duverger sobre la América Latina, reemplazándolo por un ensayo escrito por el profesor español Antonio Lago Carballo); André Hauriou *Droit constitutionnel et institutions politiques*, éditions Montchrestien, Paris 1970, etc.

blemas sociales y económicos es relativamente reciente. Es cierto que desde antes existía esta preocupación, y a ello responden los trabajos finiseculares de Manuel González Prada,<sup>163</sup> Francisco García Calderón,<sup>164</sup> continuados luego por Víctor Andrés Belaúnde,<sup>165</sup> José Carlos Mariátegui,<sup>166</sup> Víctor Raúl Haya de la Torre.<sup>167</sup> Igualmente los ensayos de Hildebrando Castro Pozo,<sup>168</sup> Uriel García,<sup>169</sup> Jorge Basadre,<sup>170</sup> Luis Alberto Sánchez,<sup>171</sup> etc.

Los trabajos mencionados constituyen planteamientos generales sobre nuestra realidad, algunos de los cuales conservan aún cierta vigencia,<sup>172</sup> pero la investigación más reciente ha profundizado muchos de esos aspectos, ha renovado las interpretaciones y en cierta medida ha rectificado algunas de las tesis sostenidas.

En el área de América Latina, esta preocupación por el análisis de nuestra realidad viene aparejada con el desarrollo vertiginoso de las ciencias sociales, con investigaciones de alto nivel en las obras de Josué de Castro, Celso Furtado, F. H. Cardoso, E. Faletto, Theutonio do Santos, Helio Jaguaribe, etc. Igual puede decirse con respecto al Perú, en donde pueden señalarse entre otros los ensayos de François Bourricaud, José Matos Mar, Jorge Bravo Bresani, Aníbal Quijano, Julio Cotler, Carlos Delgado O., Fernando Fuenzalida, Hugo Neyra, etc. Aparte de estos autores, algunos intelectuales que no son precisamente economistas ni sociólogos han hecho aportes de interés, como los realizados por Francisco Miró Quesada C., Augusto Salazar Bondy, Leopoldo Chiappo, Alberto Escobar, entre otros. Frente a este somero panorama, la contribución de los juristas aparece nimia, sino inexistente. En efecto, ¿qué han dicho los juristas sobre el derecho frente a la realidad? ¿existen acaso ensayos orgánicos sobre el derecho vigente en las áreas penal, civil, etc.? ¿existe una teoría sobre el derecho en acción?

<sup>163</sup> Páginas Libres, 1894, Horas de Lucha, 1908.

<sup>164</sup> Le Pérou contemporain, 1907.

<sup>165</sup> La crisis presente, 1914, La vida universitaria, 1917, La Realidad Nacional, 1931 Meditaciones Peruanas, 1932, Peruanidad, 1942 (2da. ed., 1957).

<sup>166</sup> 7 ensayos de interpretación de la realidad peruana, 1928, Peruanicemos al Perú, Ideología y Política, etc.

<sup>167</sup> El antimperialismo y el Apra (1928-1936).

<sup>168</sup> Nuestra comunidad indígena, 1924.

<sup>169</sup> El nuevo indio, 1930.

<sup>170</sup> Perú, problema y posibilidad, 1931.

<sup>171</sup> Perú: retrato de un país adolescente, 1958.

<sup>172</sup> Cf. Hugo Neyra. ¿Y después de Mariátegui, qué? apéndice a J. C. Mariátegui en sus textos, 2da. parte, Biblioteca Peruana, tomo 21, Lima 1973.

## 85. LOS JURISTAS Y LA REALIDAD SOCIO-ECONOMICA.

Como ya hemos señalado, ha existido de parte de los juristas —y subsiste en parte todavía— una concepción formalista del derecho. Esa concepción en el fondo proviene de una determinada opción ideológica que afina todo el interés en estudiar el derecho a través de solo una de sus manifestaciones: la norma. Es cierto que desde mucho tiempo atrás se ha señalado que al lado del derecho formal existe un derecho aplicado o vivido que puede ser distinto y hasta contrario a aquel. Pero esta clasificación se ha quedado en intenciones, ya que de ella no se han extraído consecuencias que permitan un cambio de mentalidad. Esta actitud ideológica, o si se quiere este desinterés, ha hecho que en la práctica los juristas se desentiendan del derecho tal como funciona en la realidad, ya sea porque consideran que el derecho funciona tal como lo prescriben las leyes, o porque en su defecto guardan la esperanza de que la realidad se adapte a la norma: sin pensar en intervenir en este proceso de desajuste. Hay que recalcar entonces que lo que se busca no es desnormativizar el derecho y pensar que lo único que interesa son los hechos, pues con ello caeríamos por igual en una visión mutilada de la experiencia jurídica. Por el contrario, se trata de aprovechar las conclusiones de las ciencias sociales, para en base a ellas tener un enfoque realista del derecho. Este sólo es posible cuando al lado del derecho de los códigos estudiamos también el derecho de la vida diaria, analizando los alcances, el significado y las implicancias que pueda tener su eventual desajuste. Tampoco se pretende —a esta altura de la ciencia— que los abogados se conviertan en sociólogos o economistas, como antes sucedía<sup>173</sup> sino que guardando las distancias entre las distintas disciplinas, se busque un fructífero diálogo y colaboración en equipo.

En lo que concretamente respecta al derecho constitucional, el fenómeno se da con iguales características. Nuestros constitucionalistas han soslayado este problema o lo han tratado de manera tangencial. En todo caso, lo escrito no amerita hacer mayores comentarios. El panorama que señalamos en el Perú, parece ser aplicable a toda la América Latina. Pero hay excepciones. En Argentina se abren paso los novedosos trabajos de Germán J.

---

<sup>173</sup> Un caso típico fue Javier Prado (1871-1921).

Bidart Campos, Mario Justo López, César Enrique Romero, entre otros. Recientemente, en Montevideo y con la presencia de distinguidos participantes se ha realizado un foro internacional sobre el respeto de los derechos humanos (léase derechos constitucionales) en nuestro continente. Acerquémonos a este encuentro.

## 86. UN FORO INTERNACIONAL SOBRE LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN AMERICA LATINA.

En 1971, la Universidad de la República con sede en Montevideo, organizó entre los días 5 y 11 de setiembre, un Foro Internacional sobre la vigencia de los Derechos Humanos en América Latina.<sup>174</sup> Las ponencias demuestran claramente las nuevas inquietudes de un grupo de juristas y la importancia que se ha otorgado al estudio de la realidad. En ese encuentro (en el que no estuvo representado el Perú) se contó con la colaboración no sólo de juristas sino de algunos sociólogos y economistas, que contribuyeron a un mejor desarrollo del evento. El Rector de la Universidad declaró en el acto inaugural:

"El problema no radica en consecuencia en el perfeccionamiento de instrumentos jurídicos; debatir sobre ellos sería lisa y llanamente perder nuestro tiempo. El problema que se trata de encarar, de analizar y de resolver es el relativo a las causas subyacentes que hacen que por encima de las declaraciones de derechos del hombre, profusamente publicitadas y conmemoradas con ceremonias y celebración de años como el de 1968, la injusticia y la explotación imperen en la mayoría de nuestros pueblos de América Latina".<sup>175</sup>

Estas palabras inaugurales señalaron desde un principio un programa que fue seguido por los asistentes.

En su ponencia "Derechos Humanos y desarrollo socio-cultural" señalaba Mario Sambarino que las declaraciones nacionales e internacionales de derechos sólo podrán cumplirse en América

<sup>174</sup> Cf. **Foro Internacional sobre la vigencia de los Derechos Humanos en América Latina**. Departamento de Publicaciones, Universidad de la República, Montevideo 1972. En 1975, el Tribunal Russell ha compilado y publicado un extenso estudio sobre la Violación de los Derechos Humanos en América Latina, en donde analiza la situación de 10 de nuestros países (no incluye al Perú). El análisis por cierto, no es jurídico.

<sup>175</sup> **Foro Internacional**, cit. p. 12.

Latina de una manera parcial y fragmentaria mientras no cambiasen las condiciones internacionales e internas de cada país.<sup>176</sup> Carlos Martínez Moreno ("Contexto real actual de los derechos humanos en Uruguay y en América Latina") reveló que se desconocían mandatos judiciales de libertad y se trababa la institución del Habeas Corpus "piedra miliar de los derechos individuales"<sup>177</sup> y terminaba exigiendo "fundar la nueva vigencia de los derechos del hombre en América Latina, para que ellos no sean otras tantas categorías hipócritas destinadas a asegurar la perduración de un status condenado por la historia."<sup>178</sup>

José Joaquín Bidó Medina ("Situación de los derechos humanos en la República Dominicana") expresó alarmado que el Habeas Corpus "es algo que no existe en Santo Domingo".<sup>179</sup> Fernando Carmona de la Peña ("América Latina: subdesarrollo y negación de los derechos humanos") afirmó enfáticamente: "No hay secreto alguno: en la sociedad de clases, los derechos 'universales' son vigentes hasta donde y hasta cuando lo determina la clase dominante, en uso de su poder político, económico, jurídico y en forma pacífica o violenta, según las condiciones de tiempo y lugar"<sup>180</sup> reclamando una verdadera liberación nacional como la única manera de hacer efectivos los Derechos Humanos.

En sus resoluciones, la Comisión encargada de informar sobre los trabajos presentados, señalaba en su proyecto que "la mera declaración formal de los derechos de los pueblos y de la persona humana, no equivale a la creación de las condiciones reales necesarias para que esos derechos se hagan efectivos"<sup>181</sup> y que "el cumplimiento efectivo de los derechos humanos en América Latina está condicionado a la supresión de los lazos internos y externos de dependencia a través de un proceso de liberación, que permita trasponer la independencia político formal a términos de emancipación real."<sup>182</sup>

---

<sup>176</sup> Op .cit. p. 55-56.

<sup>177</sup> Cit. p. 64.

<sup>178</sup> Cit. p. 70.

<sup>179</sup> Cit. p. 98.

<sup>180</sup> Cit. p. 170.

<sup>181</sup> Cit. p. 189.

<sup>182</sup> No queremos aquí ahondar sobre la responsabilidad que en gran parte recae en los regímenes militares por el atropello y violación de los derechos constitucionales. Para ello nos remitimos a las obras de Víctor Villanueva, especialmente *El militarismo en el Perú; 1962, Un año bajo el sable, 1963, ¿Nueva mentalidad militar en el Perú?* Lima, 1969, *El ejército peruano: del caudillaje al militarismo reformista*, Lima, 1973.

De todo lo antedicho se desprende que también los juristas están tomando conciencia clara de que el imperio del derecho no se impone por sí mismo, sino que su estricto cumplimiento está condicionado a la existencia de un régimen en donde impere no sólo la libertad sino la justicia en lo social y económico. O para decirlo con palabras de Burdeau: pasar de la democracia política a la democracia social.<sup>183</sup>

## 87. ¿SUBDESARROLLO POLITICO?

La estructura social injusta repercute en la vida política. Si bien es cierto que el desarrollo económico y la estabilidad política son dos metas independientes, guardan sin embargo una estrecha relación. Ahora bien, el subdesarrollo político no es algo propio del Perú. Un prestigioso politólogo de Harvard, Samuel P. Huntington, declara que este fenómeno es común a la América Latina, al Asia y África, que en lineamientos generales podría caracterizarse "por crecientes conflictos étnicos y clasistas, repetidos motines y violencia popular, frecuentes golpes de Estado militares, predominio de dirigentes personalistas ... amplia y flagrante corrupción de ministros y empleados públicos, una violación arbitraria de los derechos y libertades de los ciudadanos, niveles decrecientes de eficacia y capacidad burocráticas, una difundida alienación de los grupos políticos urbanos, la pérdida de la autoridad del Parlamento y de los tribunales, y la fragmentación ... de partidos políticos de amplia base ...".<sup>184</sup>

Esta situación, que más o menos corresponde a nuestra realidad, conspira contra las mejores intenciones y muchas veces convierte en ilusorias la defensa de los derechos constitucionales, sea por que el Gobierno no tiene intención de respetarlos, sea porque los Habeas Corpus interpuestos en su defensa son desestimados o no cumplidos por la autoridad.

Un problema sustancial en este aspecto es la independencia del Poder Judicial. En el Perú dicha independencia no ha funcionado, o mejor dicho, ha funcionado en solo muy contadas ocasio-

---

<sup>184</sup> Cf. S. P. Huntington. **El orden político en las sociedades en cambio**, Ed. Paidós, Bs. Aires 1972.

<sup>183</sup> Cf. George Burdeau **La democracia**, ediciones Ariel, Barcelona 1971. Sobre las diferencias entre libertades formales y libertades reales, véase Raymond Aron **Ensayo sobre las libertades**, Alianza Editorial, Madrid (varias ediciones).

nes y por muy breve tiempo. Se ha hablado de independencia administrativa, de independencia presupuestal, etc. Pero en nuestro concepto, la única y verdadera independencia necesaria para el Poder Judicial es la independencia frente a los otros poderes del Estado. Esto último en realidad no ha existido, y ha sido una de las grandes preocupaciones de los hombres de derecho en el presente siglo. Por otro lado, la reciente creación del Consejo Nacional de Justicia ha disipado cualquier esperanza. El Poder Judicial se halla en trance de convertirse en una dependencia del Poder Central. El mismo Presidente del Consejo en un meditado discurso al cesar en el cargo, lo ha dicho claramente y sin embosos.<sup>185 186</sup>

Otro aspecto que merece destacarse es el relativo a nuestro régimen político. En efecto, en el texto de la Constitución leemos que el Perú es una república democrática. Pero la democracia que ha existido ha sido una democracia política, no una democracia social. En consecuencia sólo se han defendido los derechos individuales tradicionales, y únicamente para aquellos que podían disfrutar los beneficios de esta democracia, es decir una minoría de la población. Los derechos constitucionales han funcionado entonces en su perfil liberal. Igual puede decirse del Habeas Corpus; ha sido utilizado para la defensa de aquellos. No basta entonces la democracia política —practicada en forma sui-generis y con intermitencias— sino que es menester un enfoque social de la democracia. El constitucionalismo político debe coronar y completarse con la puesta en marcha de un auténtico constitucionalismo social.<sup>187</sup>

## 88. HABEAS CORPUS EN EL PERU, ¿MITO O REALIDAD?

Hemos realizado un largo recorrido analizando la vigencia del Habeas Corpus. Hemos estudiado las leyes de excepción, la jurisprudencia existente y los datos sobre el ordenamiento social, económico y político del Perú. Cabe entonces preguntarse, ¿ha funcionado realmente el Habeas Corpus entre nosotros? La respuesta es negativa. Su vigencia ha estado afectada por una so-

<sup>185</sup> Memoria del Presidente del Consejo Nacional de Justicia, Dr. Alberto D'Angelo Gereda, edición oficial, Lima 1974, pp. 18-19.

<sup>186</sup> Cf. H. H. A. Cooper Nueva imagen judicial del Perú en RJP, No. 342, julio de 1972.

<sup>187</sup> Quien primero ha desarrollado estos dos conceptos en la doctrina peruana es Ricardo Bustamante Cisneros.



ciudad insuficientemente desarrollada (analfabetismo, bajos ingresos, altos índices de mortalidad infantil, etc.), que han hecho muy difícil su utilización y la más de las veces el amparo que aquel ofrece. El Habeas Corpus se ha visto de esta manera limitado no sólo por leyes represivas, sino por quemantes realidades políticas y sociales. Por último, una jurisprudencia vacilante y tímida ha desestimado los recursos de Habeas Corpus interpuestos en cuarenta años en un porcentaje cercano al ochenta por ciento. Acosado por tales factores, el Habeas Corpus apenas si ha tenido vida vegetativa, ha perdurado en los libros más no en la realidad. No obstante, nuestros juristas se han sentido satisfechos con su existencia, y no ha faltado alguno que constataste complacido el escrupuloso amparo que brindaba "esta preciosa garantía". Tan bella descripción no ha pasado de ser una ilusión. No obstante, se ha creído en ella, se le ha tenido fe. Ha sido pues un mito, no una realidad. El *mythos* es, de acuerdo a sus más antiguos orígenes, una fábula, un relato fantástico, con muy poca o ninguna vinculación con la realidad. Tiene además un efecto catártico, porque pretende la liberación de las impurezas del medio. Que las próximas generaciones se encarguen de hacer efectiva esta garantía y los derechos que ella protege.