

EXAMEN CRÍTICO DE LA LEY DE *HABEAS CORPUS* ESPAÑOLA DE 24 DE MAYO DE 1984

Víctor FAIRÉN GUILLÉN

SUMARIO: I. *Sobre la historia del habeas corpus.* II. *Sobre la historia de la manifestación criminal de persona.* III. *Comparaciones entre habeas corpus y manifestación.* IV. *Actuales caracteres del habeas corpus británico.* V. *La Ley española de Habeas Corpus y la tortura.* VI. *Balanza de semejanzas y desemejanzas entre habeas corpus y manifestación de personas.* VII. *El fenómeno de la proliferación de procesos, el artículo 53-2 de la Constitución y la Ley de Habeas Corpus.* VIII. *Examen crítico de la Ley española de Habeas Corpus.* IX. *Colofón.*

I. SOBRE LA HISTORIA DEL *HABEAS CORPUS*

Se ha supuesto inexactamente, que el *habeas corpus* (HC)* deriva de la Carta Magna. No es así.¹

En la primera parte del siglo XIII, las expresiones *habeas corpus* constituían una fórmula procesal civil. Significaban sencillamente una orden de traer físicamente a alguien ante un tribunal.²

La clave se halla en que las palabras dieron lugar al “remedio procesal de *habeas corpus ad subjiciendum*; actualmente tienen poca o nula importancia otras formas de HC como el *ad respondendum*”,³ *ad satisficiendum*, *ad prosequendum*, *ad testificandum*, etcétera. No se pensaba en la presentación de un cuerpo correspondiente a un preso, quizás por lo desacostumbrado de la detención.⁴ La finalidad no era la de aprisionar —impresión erró-

* A lo largo de este artículo se utilizarán algunas siglas y abreviaturas, cuyo significado anotamos al final del trabajo.

¹ Cfr. Wade, E. C. S., y G. Godfrey Phillips, *Constitutional Law and Administrative Law*, 9ª ed., Nueva York, A. W. Bradley y Longman, eds. 1977, 3ª reimpr. 1980, p. 445.

² Cfr. Duker, William F., *A Constitutional History of Habeas Corpus*, Connecticut y Londres, Greenwood Press, Westport, 1980, pp. 16 y ss.

³ *Ibidem*, pp. 17 y ss.

⁴ Cfr. Pollock y Maitland, *The History of English Law*, 2ª ed., Cambridge University Press, 1953, p. 593.

nea—⁵ sino la de asegurar la presencia física de esa persona ante un tribunal,⁶ posiblemente mediante una orden del tribunal a un *sheriff*, y por razón de una acusación contra ella, de delito.⁷ En resumen: la expresión *habeas corpus* en tan temprana época, no estaba ligada con la de una recuperación de la libertad de movimiento: sólo tenía relación con la del *due process of law*⁸ en cuanto que contemplaba al tribunal que rechazaba el resolver un asunto sin hallarse presente el acusado.⁹

Hubo tres *writs* medievales más ligados con la idea de recuperar la libertad¹⁰ que estas formas del HC; los de *homine replegiando* y de *mainprize*, para asegurar una libertad bajo fianza (o *mainprize*, caución) durante el juicio; y el de *odio et atia*, para obtener una liberación en el periodo *pre-trial*, y en determinadas circunstancias, de un preso por acusación de homicidio.¹¹

Más se trataba de remedios, eran diferentes del HC —eran procedimientos especiales para casos especiales—; el tribunal no había de pedir una explicación del motivo de la prisión —como puede ser fijable en un caso de HC— sino que se limitaba a imponer una caución, para que volviera ante el mismo. Faltaba una determinación fundamental y final sobre la licitud o ilicitud de la privación de libertad.

⁵ Cfr. Sharpe, R. J., *The Law of Habeas Corpus*, 2ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 2.

⁶ Cfr. Sharpe, *op. cit. supra*.

⁷ Cfr. Duker, p. 17.

⁸ Se está abusando de los anglicismos. No utilizaré expresiones judiciales británicas si no es absolutamente necesario, ya que no faltan palabras en nuestra hermosa lengua, tan maltratada. Pero si se hallan muchas de aquéllas, cárguese la culpa a quien introduce *ex abrupto* una figura extraña y extranjera —inútilmente, a la vez, como se verá— con aspiraciones, sin duda de tipo político.

⁹ Cfr. Sharpe, p. 3.

¹⁰ Cfr., lo que yo denomino “idea interdicial” en Roma y en la Edad Media en mis trabajos “*Habeas corpus* inglés y manifestación aragonesa”, en la obra colectiva *Modelli storici della procedura continentale* (6ª “Seminario sull’Educazione Giuridica”, Università di Perugia y C. N. P. italiano (Perugia, 1989); impre. prov. *passim*; y “Die Rechtsmittel gegen die Angriffe und Eingriffe in die persönliche Freiheit von den römischen Interdicta über die Lex Baiuvariorum bis zum spanischen Recht des Mittelalters”, en ZSSR (GA), B. 109 (1992) (en prensa); “Los recursos de *greuges*, *firmas de derecho* y *manifestación de personas*, el *writ de habeas corpus*, el recurso de *amparo* y el *mandado de segurança*, garantías históricas y actuales de los derechos fundamentales de libertad de locomoción y de no sumisión a la tortura”, en RDPPr, Madrid, núm. 3, 1988, *passim*.

¹¹ Sharpe, p. 3; Duker, p. 16.

Estos *writs* medievales no se podían aplicar si la prisión se producía por orden de la Corona; por lo que los juristas del siglo XVII no los utilizaron en sus disputas con los reyes Stuart.¹²

Durante los siglos XV y XVI el *habeas corpus* (*writ* de) fue utilizado —con los *writs* de *certieraci* y en ocasiones de *audita querela*¹³ por los tribunales del *Kings Bench* y de los *Common Pleas*, para forzar la remisión de las causas por parte de los tribunales inferiores, obteniendo una centralización de las competencias;¹⁴ podían liberar así a las personas aprisionadas ilegalmente por los inferiores con exceso de jurisdicción,¹⁵ mas el procedimiento fue reconocido como un método de chicanería.¹⁶

En el siglo XVII se utiliza el *writ* de HC, por los *common lawyers* y por los parlamentarios, como medio de lucha contra las detenciones arbitrarias ordenadas por el rey o por el Consejo Real (*King's Council*).

Así, en 1627 se produce el caso —que deviene célebre— “Darnel”, o “de los cinco Caballeros”,¹⁷ encarcelados por negarse a satisfacer un impuesto *pasado* por el rey sin contar con el Parlamento, por medio de una orden *sin motivación*.¹⁸ Interpuesto el *habeas corpus* en su favor ante el Tribunal de Westminster, por dos fundamentales motivos: *a*) la amotinación, o sea, la arbitrariedad de la prisión, y *b*) el ser contraria a la Carta Magna, párrafo 39, “Nullum liber homo capiatur vel imprisometur [...] nisi [...] per legem terrae” —esta alegación es fundamental, ya que ponía en contacto el viejo HC con la carta general fundamental de Inglaterra (1215-1225).^{19, 20, 21}

¹² Sharpe, p. 4.

¹³ Duker, pp. 25 y ss.

¹⁴ *Ibidem*, p. 27.

¹⁵ Duker, p. 27; Wade-Phillips, p. 456.

¹⁶ Sharpe, p. 5.

¹⁷ *Cfr.*, también “greuges” cit., pp. 643 y ss.

¹⁸ Duker, pp. 45 y ss., notas 346 y ss., y pp. 84 y ss.; Sharpe, p. 10.

¹⁹ Párrafo 39 de la Carta Magna, de 1215: “Nullun liber homo capiatur vel imprisonetur aut dissaisietur (de libero tenemento suo, vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis) aut exuletur, aut aliquo modo destratur, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae”.

La frase entre claudatur sería añadida en 1225.

Este fragmento se ha tomado de Pitt-Langmead-Plucknett, *English Constitutional History*, Londres, 1946, pp. 90 y ss. con ref. a lo expuesto por Mckintosh y Hallam.

Pero este MC fue rechazado; el *Attorney General* respondió que la Carta Magna no definía la *legem terrae* e insistió en que la citada Carta no checaba con la prerrogativa real. La potestad de poner en libertad bajo fianza habría sido derogada por el Estatuto de Westminster si los que ordenaron la detención eran el rey o el Consejo Real.²²

Este asunto fue uno de los que desencadenaron el movimiento del Parlamento que culminó con la "Petition of Rights" de 1628 —especie de declaración de la ley dada por las dos Cámaras del Parlamento en su atribución judicial y aprobadas— de mala gana— por el rey: ²³ el *Habeas Corpus Act* de 1640 —la monarquía de los Stuart ya en la pendiente final— acabó con el poder real de detener. Abolió los tribunales conciliares, incluida la *Star Chamber*, y proveyó específicamente que cualquiera que fuere aprisionado por orden del rey o de su Consejo, tendría a su favor *habeas corpus* y debería ser llevado sin demora ante el tribunal, con exposición

En su monografía *El derecho de habeas corpus*, Madrid (Monografías del Congreso de los Diputados 6, 1986), R. Soriano habla del "sentido sectario y discriminatorio" de las libertades aragonesas, "privilegios de clases [...] los villanos y pecheros estaban fuera de la protección de los Fueros de la Corona de Aragón" (p. 48).

Y se remite a "la generosidad que hoy día conceden los recursos de *habeas corpus* [...]" (pp. 48 y ss.).

Aunque no sea nada ortodoxa una comparación entre una institución, tal y como se hallaba en el siglo XV y otra en la actualidad (!), además, Soriano se olvida de *nullus liber homo* de la Carta Magna, que aparece en no pocos de sus capítulos o párrafos. Y en Inglaterra, había *villeins*...

²⁰ Sobre la influencia de la Carta Magna, *cfr.*, p. ej., Faith Thompson, *Magna Carta. It Role in the Making of the English Constitution*, Nueva York, Octagon Books, 1972, pp. 72 y ss.

²¹ Darnel y sus compañeros (los Cuatro Caballeros), sir John Corbet, sir Walter Earl, sir Edmund Hampden y sir John Evingham con él, fueron puestos en libertad el 2 de enero de 1628. Resultó que por el mismo motivo, había 76 personas presas o en destierro. Cuatro meses después, se reunía el Parlamento que habría de depositar la *Petition of Rights*. Sharpe, p. 10, nota 49.

²² Sharpe, p. 10, nota 49.

²³ En la *Petition VII* se decía que "Diversos sujetos han sido aprisionados sin causas y cuando para su liberación, acudieron a los tribunales por medio de *writ* de *habeas corpus* Vuestra Majestad, y éstos pidieron certificar las causas de sus detenciones, no había tales causas, porque habían sido detenidos por especial orden de V. M., comunicada por los Lords de su Consejo Privado, y fueron conducidos a diversas cárceles, sin que hubiera contra ellos cargos de algo de lo que pudieran responder de acuerdo con la Ley".

Y la petición VIII se limitaba a decir: "Ningún hombre puede ser detenido o aprisionado de manera semejante a la mencionada antes".

del motivo de su prisión. Se requería a los jueces para que se pronunciasen sobre la legalidad de la detención en el plazo de tres días, y a acordar su libertad bajo fianza, su descargo o su remisión. Los tribunales deberían investigar sobre el motivo de la detención.²⁴

La conducta de Carlos I —y más tarde de Cromwell— haciendo poco caso de la fuerza del *writ* de HC, mereció que se fijase en la atención del pueblo el que tal *writ* sólo sería útil surtiendo un efecto de liberación rápida de los presos. Tenía el *writ* defectos procesales; entre ellos, el de dudarse sobre si podía ser emitido durante las vacaciones de un tribunal (posiblemente, dado su origen, en casos civiles y ante los tribunales inferiores).²⁵ Casos abusivos de rechazo del HC por esta materia —otros, de traslado de los presos para hacer fracasar a *writ*—²⁶ llevaron al *Habeas Corpus Amendment Act* de 1679.

Esta ley —que adolecía de vaguedad— se aplicó predominantemente en materia criminal. Entre otras innovaciones, imponía al *Lord Chancellor* o a cualquier juez de los tribunales superiores, la obligación de emitir —en plazo o en vacaciones— el *writ* de HC (salvo los casos de prisión motivada por *felony*, debidamente especificada en el *warrant*), dirigido al carcelero, *sheriff* o cualquier otro custodio. Éstos debían liberar y presentar al preso ante el tribunal en plazos escrupulosamente fijados. Estaba prohibido evadir el HC mediante el traslado de los presos fuera de la jurisdicción de los tribunales ingleses (Escocia, Irlanda, “islas o playas más allá del mar”) bajo graves penas.²⁷ Las personas liberadas mediante el HC no podían ser detenidas de nuevo por el mismo delito. También se adoptaban medidas para el *trial* pronto de los presos por felonía.

Esta ley —si bien se aplicó en algunos casos civiles, pese a su limitación expresa a las penales—,²⁸ está claro que animaba hacia

²⁴ Cfr. Wade-Phillips, p. 456; Sharpe, p. 16.

²⁵ Sharpe, p. 18.

²⁶ El caso Jenks, en 1676; el de Clarendon, en 1678. Cfr. Sharpe, pp. 17 y ss.

²⁷ Es asombroso que, siendo esta trampa o truco —el de trasladar de lugar de detención o prisión al sujeto, para “hacer caer en el vacío” al *habeas corpus*, y aún repitiéndose la adopción de medidas contra ello en leyes modernas de H. C., la española ni se haya fijado en ello. Muestra de su superficialidad y graves lagunas y defectos.

²⁸ En casos de niños detenidos por sus mayores; de locos; de personas forzadas por la leva —*presse*— al servicio militar, etcétera, Wade-Phillips, p. 456.

la libertad bajo fianza, mas no se ocupaba de la entidad de la misma, creando así el problema de “las fianzas excesivas” que hubo de ser resuelto en 1788 —*Bill of Rights*—; ni del examen de la veracidad de las respuestas al *writ*.²⁹

En la *Petition of Rights* —13 de febrero de 1688— se aseguró el derecho de los ciudadanos a “pedir al rey”, siendo ilegal la prisión de los peticionarios (V); que no se exigieran fianzas exageradas... ni aplicarse castigos crueles a desacostumbrados (X), y que eran nulas las concesiones y promesas sobre multas y confiscaciones, hechas a otras personas, antes de la sentencia (XII).

En 1816 se dio, por otra *Habeas Corpus Act*, emparentada con la de 1679, amplitud al HC para materias civiles (detenciones de hijos de familia, de familiares, de dementes, etcétera) que no fueran las de la “prisión por deudas” civiles, que perduró.³⁰ Los jueces tenían potestad para inquirir sumariamente sobre la verdad de los hechos declarados en la contestación al *writ*, aunque este *return* fuera “bueno y suficiente según la ley”.³¹ Pero lo más importante de la ley de 1816 fue la extensión del HC a la esfera no penal.

Nótese, por lo que se ha dicho, que el *habeas corpus*, *no es instrumento de lucha contra la tortura durante una detención legal*.

Sí podía entenderse a aquélla, prohibida en la Carta Magna, párrafo 39, en la frase “aut alicque modo destruat”;³² pero no se la ve en la vasta casuística comentada por los autores modernos. De este hito se extraerán consecuencias. Hallaremos al HC “cerca de la tortura”,³³ pero no directamente para combatirla. *Cfr. infra*, las actuales situaciones.

²⁹ Wade-Phillips, p. 456.

³⁰ La prisión por deudas disminuida por la *Debtor's Act* de 1869, fue abolida por la *Administration of Justice Act* de 1970. Wade-Phillips, p. 442, nota.

Dickens nos la mostró (hacia la década de 1825-1835) en sus novelas, esp. *Pickwick* y *The little Dorrit*.

³¹ Wade, p. 456; *cfr.* el caso *Rutty, Ex Parte R. v. Board of Control* (956) 2 *Queen's Bench* (Q.B. 2, 109), citado reiteradamente por Sharpe, *passim*.

³² Pero ya se ha visto la relación contingente del *habeas corpus* con el párrafo 39 de la Carta Magna. Solamente desde el caso *Darnel*. *Cfr.* mi trabajo *Greuges*, pp. 642 y ss.

³³ *Cfr.* *Greuges*, comentario a *Hampton, Criminal Procedure*, 3ª ed., Londres, Sweet & Marwell, 1982, p. 643.

II. SOBRE LA HISTORIA DE LA MANIFESTACIÓN CRIMINAL DE PERSONA

En el reino medieval de Aragón apareció a su vez la acción y pretensión, el recurso, en fin, el proceso de “manifestación criminal de personas”, que aparece, *a nativitate*, consagrado, no solamente a la lucha contra las privaciones desafortunadas —ilegales— de libertad de movimientos, sino también contra las sevicias que en situaciones de privación *legal*, foral de tal libertad pudieran infligirse a los sujetos. Doble objetivo, pues, y no el único del *habeas corpus* inglés.

Era una orden emanada del justicia mayor del reino o de uno de los jueces —lugartenientes del mismo—, a instancia de parte, y dirigida a cualquier persona, pública —inclusive el rey—³⁴ o privada, que tuviere bajo su poder a otra u otras,³⁵ amenazada de tortura o torturada, para que las presentasen, *las pusiesen de manifiesto* ante dicho justicia o lugarteniente; quedando después, en cuanto a su integridad personal, a salvo de toda amenaza de tortura, bajo la jurisdicción de éstos, mientras el proceso, procedimiento o expediente contra tales personas se terminaba.³⁶

Pero una vez que hubiere recaído resolución en dichas actuaciones —que en aquellas épocas podían no estar constituidas sino

³⁴ En 1392, el Justicia Mayor de Aragón, Ioan Ximénez Cerdán, ordenó la manifestación masiva de una gran parte de los ciudadanos de la ciudad de Zaragoza, ilegalmente aprisionados por orden del rey Juan I. *Cfr.* la “Litera intimada por Mossen Ioan Ximénez Cerdán a Mossen Martín Diex Daux, Iusticia de Aragón”, de 25 de febrero de 1435, que se acompaña a casi todas o a todas las ediciones de los fueros y observancias del reino de Aragón.

Confirmados los hechos por Zurita, “Indices rerum ab Aragoniae Regibus gestarum ab initiis Regni ad Annum MCDX”, Zaragoza, Oficina de Dominico Portonariis de Ursinos, 1578, p. 166.

³⁵ Era la manifestación de personas detenidas por *nonnullas personas privatas*; como no dirigida contra empleados públicos, subsistió a la catástrofe de los fueros aragoneses de 1591 (entre otras cosas, por la manifestación concedida a Antonio Pérez, ex secretario real, contra el propio rey, Felipe II) y aún se practicaba en el siglo XIX. En la obra de Sáenz de Tejada, *El derecho de manifestación aragonesa y el habeas corpus* (Madrid [s.a.], pero 1956) se publican completas las actas de un proceso de este tipo de manifestación (conocida como “manifestación civil de personas”) en favor de una muchacha joven que deseaba contraer justas nupcias, pero era retenida por su padre (en 1816). Y el procurador que solicitó y obtuvo la orden de manifestación de la joven, y la ejecutó juntamente con el verguero del justicia, era mi tatarabuelo, D. Pedro Nolasco Guillén.

³⁶ *Cfr.* los fueros de Aragón “De manifestationibus personarum” (libro I de la Recopilación Oficial de 1552) I (de 1428), II, III, IV, V (del año 1461, Cortes

por arbitrariedades—, si de ellas resultaba condena para el ex preso ya acogido y *amparado*,³⁷ se abría automáticamente —*ope ferri*— una nueva fase del modelo, ya claramente plenaria: “[...] la part accusant que haura obtenido la dita sentencia, é todos los Judges, é oficiales que citar se devian, sian havidos ipso Foro por citados á proseguir la dita causa de manifestación [...]” (Fuero V, título “De manifestationibus personarum”, Juan II, Calatayud, 1461, libro I de la recopilación oficial de 1550).^{37a}

de Calatayud; los más importantes desde el punto de vista procesal) y VI (Monzón, 1510). Y mis “Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1971, pp. 77 y ss. y *Habeas corpus* y manifestación en mis *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Madrid, Edersa, 1893, t. I, pp. 313 y ss. y la bibliografía allí citada.

³⁷ He aquí, a mi entender, el origen de los juicios de amparo en los países iberoamericanos. “Amparo” era la expresión general para indicar el efecto de los procesos llamados “privilegiados” (con el mismo motivo que al *habeas corpus* se le llamaba “privilegiado” en Inglaterra) aragoneses de firma de derecho y de manifestación. Cfr. mis “Antecedentes”, y mi “Manifestación”, esp. pp. 342 y ss.

Y, con referencia a Inglaterra, asume especial interés la teoría de Wentworth Werster (“Influencia de los fueros pirenaicos en la Constitución inglesa”, *Bile*, VII (1883), pp. 375 y ss.) según la cual, estos fueros —claramente, los refieren a la constitución y funcionamiento de las Cortes aragonesas— habrían influido en los usos parlamentarios ingleses introducidos por Simón de Montfort, como se sabe, durante años gobernador de la Guyena; y fue el autor de la reforma parlamentaria británica de 1265.

^{37a} Cfr. mis trabajos sobre la manifestación y el *habeas corpus*: “Consideraciones sobre el proceso aragonés de ‘manifestación de personas’ en relación con el británico de *habeas corpus*”, *RDPPrPIF*, 1961, y en mis *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, Tecnos, 1969, t. I, pp. 131 y ss.; “La defensa del derecho de libertad personal en la historia y en la actualidad españolas”, *RAP*, sept.-dic. 1972, pp. 9 y ss.; “Los procesos aragoneses medievales y los derechos del hombre”, *ADA*, XVI (1968-1969), pp. 343 y ss.; “La reforma procesal penal: necesidad de reinstaurar el recurso de manifestación”, *RGLJ*, t. 241 (oct. 1976), pp. 345 y ss.; “La defensa procesal de la libertad y dignidad personales en una futura Constitución española: el proceso cautelar de manifestación”, *RAP*, mayo-ag. 1977, pp. 9 y ss.; “Comentarios a la Constitución de 1978: el *habeas corpus* del artículo 174 y la manifestación de personas”, *RAP*, núm. 88, abr. 1979, pp. 7 y ss.; “Antecedentes aragoneses”, *cits.*, y demás bibl. en este trabajo *cit.*; “Dignidad humana y sevicias: un momento histórico de la lucha contra éstas”, *Studi in onore di Tito Carnacini*, Milán, Giuffrè, t. III, 1984, pp. 589 y ss. (también en *BCAM*, julio-sept. 1981, pp. 31 y ss.); “Comentarios a la Constitución de 1978: el *habeas corpus* del artículo 17-4 y la manifestación de personas”, *Derecho y proceso: estudios jurídicos en honor del prof. A. Martínez Bernal*, Univ. Murcia, 1980, pp. 111 y ss.; “Die Aragonesischen Verfassungsprozesse. Wesen und Entwicklung, Herkunft und Verbreitung”, *ZSSR (GA)*, vol. 91, 1974, pp. 117 y ss.; *Les anciens recours aragónais de griefs*, firma et manifestation et habeas corpus *britannique*, *Varsovia*, Proces i Pravo, 1990, pp. 97 y ss.

En cuanto a su introducción en las leyes españolas, mis intentos comenzaron con el “Informe” de la universidad de Valencia titulado “Respuesta a las cuestio-

Un proceso, en esta fase, del modelo de *ordo*, isonómico, dialéctico,³⁸ muy extenso —alegaciones, y entre ellas, de nuevo las de tortura— contraalegaciones, pruebas, conclusiones en el que la existencia de dicha tortura anterior, primaba, de tal manera que, de haberse producido, el justicia —o su lugarteniente— dictarían la sentencia de puesta en libertad definitiva al manifestado, sin más.

Este modelo, de orígenes muy anteriores —habremos de elevarnos, a efectos de examinar la lucha procesal contra la tortura, al canon II del Concilio de Toledo XIII, del año 684,³⁹ con respecto a los estados españoles de la época (visigótico el último)— y del tipo que yo denomino “interdictal” por su carácter, no sabemos cuándo apareció en el reino de Aragón. En 1428 (Cortes celebradas en Teruel, 1428) se promulga el primer Fuero que conocemos —piénsese, y ello aun reconociendo la diversidad de modelos de fuentes en Inglaterra, que es en 1679 cuando se produce una ley casi general sobre el *habeas corpus*—, pero tenemos noticia fidedigna de su práctica, con anterioridad. Así, el ruidoso caso de la

nes formuladas por el Ministro de Justicia sobre la reforma de las leyes orgánicas y procesales”, publicado en los *Anales de la Universidad de Valencia*, vol. XXXV, 1961, cuaderno I (2). Soriano no cita este antecedente (en el que, sin ponernos de acuerdo, coincidimos los informantes de la Universidad de Valladolid, profesor Gómez Orbaneja I Rodríguez Devesa y yo mismo, que lo fui de la de Valencia, en relación con el *habeas corpus*). Los “Cuadernos Informativos” del Ministerio de Justicia que cita Soriano, hube de demostrar que eran parciales y que ocultaban mucho. Cfr. mis trabajos “El Anteproyecto de Bases para el Código Procesal Civil de 1966”, *Temas* cit., t. II, pp. 635 y ss., *passim*, y “El Anteproyecto de Bases para el Código Procesal penal de 1967 (también en *Temas*, t. II, pp. 1141 y ss., *passim*; en mis “Informes” —siempre por la Universidad de Valencia y su Facultad de Derecho— titulados “Presente y futuro del proceso penal español” y “El Anteproyecto de Bases para el Código Procesal Penal de 1967”, por el Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valencia, 1967 (y en *RDJud*, 1968); “Informe sobre el Anteproyecto de una Ley Orgánica de la Justicia”, Secretario de Publicaciones de la Universidad de Valencia, 1969 (y en *RDJud*, 1970), esp. pp. 64 y ss.; en “Algunas notas sobre modernización de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *RDPriber*, oct.-dic. 1976. (Entonces, yo ya había sido nombrado vocal de la Comisión General de Codificación (marzo de 1976); entregué copia del original de este trabajo en la Comisión).

Y algunos otros trabajos míos publicados en Colombia, que no tengo a mano. (P. ej., “El recurso de agravios en el proceso medieval del Reino de Aragón”, en *Estudios procesales en honor de Dehis Echandia, Morales Molina y Rocha Alvira*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 1988, pp. 89 y ss.).

³⁸ Cfr. Giuliani, “L’ordo giudiziarias medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)”, *Riv. Dir. Prov.* núm. 3, 1988, pp. 598 y ss.

³⁹ Cfr. mis trabajos citos, en nota núm. 10, *supra*. Allí cito, transcribo y comento estas admirables normas.

prisión arbitraria a que el rey Juan II sometió a una gran parte de los ciudadanos de Zaragoza, y de su manifestación inmediata por el justicia mayor Ximénez Cerdán, en 1391; en evolución y perfeccionamiento esta lucha contra las torturas, el medio legal decayó en 1592, con motivo de unos gravísimos sucesos ocurridos en Zaragoza, precisamente como efecto no querido de una manifestación, concedida al ex secretario del rey Felipe II, Antonio Pérez.⁴⁰

Bien es verdad que la tortura había sido abolida en el reino de Aragón en 1265 para algunos grupos sociales,⁴¹ y en 1283 para toda la población,⁴² ello confirmado en 1325;^{42a} ejemplo de anticipación en su época y en Europa.

Además, y de manera paralela a como en el siglo XVI, entrarían en contacto en Inglaterra —caso Darnel— el *habeas corpus* y la Carta Magna, en Aragón, el contacto entre tales principios generales y su puesta en práctica en el proceso penal se produjo en 1348. En las Cortes celebradas en Zaragoza se promulgó el fuero “De iis quae Dominus Rex, & alii successores ipsius, gubernator Aragonum, & eius vicem regentes, Iusticia Aragonum, & alli Iudices, & Officiales facere, & servare tenentur, ut fori conserventur”, en el cual se consignó el texto del juramento que los reyes de Aragón habían de prestar a manos del justicia mayor, antes de detentar jurisdicción; este texto es de redacción muy semejante al capítulo 39 de la Carta Magna; compárelos el lector:

Carta Magna, número 39 (1215):

⁴⁰ Cfr. una idea sobre los procesos de Antonio Pérez, en mi librito *Ensayo sobre procesos complejos*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 31 y ss. Y cfr. esp. las obras de Marañón Posadillo *Antonio Pérez*, Madrid, Espasa-Calpe (múltiples ed.), 2 vols.; y el Marqués de Pidal, *Historia de las alteraciones de Aragón*, Madrid, 1864, 3 vols. Con la bibl. en mi obra cit., naturalmente.

⁴¹ Cfr. los fueros “De prohibita inquisitione”, Ejea, 1265, ampliado en 1281 (Zaragoza); el “Privilegium Generale Aragonum”, Zaragoza, petición II (1283, la prohibición general de la Inquisición “Declaratio Privilegii Generalis” (Zaragoza, 1325) a peticiones I y XXI; la *inquisitio* —con su corolario, la tortura— sólo perduraba para el tratamiento procesal de los delitos de falsificación de moneda, y especialmente para no aragoneses; y gentes de mal vivir.

⁴² Cfr. mi librito *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, cit., pp. 77 y ss.

^{42a} En la sesión de Cortes de 1348 (Zaragoza, rey Pedro IV), famosa por muchas razones, se confirmó que estos privilegios eran fueros, y que como tales debían ser observados. Cfr. fuero “Quod Privilegium Generale, Declaratio ipsius sint Fori, & et pro Foris habeantur, & conserventur”, libro I de la Recop. de 1552.

Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur aut dissaisietur (de libertenemento suo, vel libertatibus, vel liberis consuetudinis suis) aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus nec super mittemus, nisi per legale Iudicium parium suorum, vel per legem terrae.⁴³

Fuero “De iis quae Dominus Rex” (1348):

[...] Quod nos in propria persona, vel per aliam interpositam personas, vel alium seu alios pro nobis mandato nostro, vel nomine, nobis ratum habentibus, absque cognitione iudiciaria, & debita secundum Forum non occidemus, nec extemabimus, nec occidere, nec extremare, nec exiliare mandabimus, nec faciemus, nec captum, vel captos aliquam, vel aliquos contra Forum, Privilegia, libertates, usus & consuetudines Aragonum super fidantia de directo oblata retinebimus, nec retineri faciemus nunc, nec aliquo tempore.

La semejanza es grande. La *legem terrae* la constituyen las fuentes jurídicas aragonesas; no aparece el jurado, mas sí existe el justiciazgo, que es el que recibe al rey este juramento⁴⁴ y el que debía dictaminar sobre asuntos difíciles.⁴⁵

Además, nótese que el fuero aragonés ya hace una referencia explícita a la obligatoriedad de dar libertad bajo fianza —el objetivo del *habeas corpus*.

⁴³ Texto tomado de Pitt-Taswell-Langmead, *English Constitutional History*, 10ª ed., Londres, 1946, p. 91. Las palabras entre paréntesis fueron interpoladas en 1223.

⁴⁴ Cfr. el fuero de 1461 (recordatorio), “Coram quibus Dominus Rex & eius Locumtenens, & et Primogenitus iurare tenentur”, libro I de la Recop. de 1552.

Este fuero es de enorme importancia jurídica y política. Cuando el pretendiente a la Corona del Reino de Aragón, conde de Urgell, en 1411 —que a la sazón tenía contra él un proceso de firma de derecho ante el justicia, formulado por la diputación general del Reino quiso tomar posesión de dicho reino en Zaragoza—, el justicia mayor Ximénez Cerdán, persona de gran experiencia en tales lides, acudió al medio de salir de la ciudad y marchar a su casa de Pinsech (Pinseque en la actualidad); por lo que el conde no pudo jurar los fueros, lo cual, según el sistema de 1348, era presupuesto de tal toma de posesión. Cfr. la “Lítera intimada”, cit.

⁴⁵ Cfr. el fuero “Quod in dubiis non crassis Regens Officium Gubernationis, & alii Officiales teneantur consulere Iusticiam Aragonum”, Zaragoza, Pedro IV, 1348.

Sobre estos fueros de 1348, cfr. mis trabajos *Greuges*, cit. pp. 361 y ss.; “Antecedentes”, cit., *passim*; *Habeas corpus* y “Manifestación”, cit., pp. 321 y ss.

III. COMPARACIONES ENTRE HABEAS CORPUS Y MANIFESTACIÓN

Una comparación directa entre el *habeas corpus* actual y la *manifestación* de entonces —siglos XIII al XV— será acientífica y absurda; las instituciones se deben comparar en sus momentos y en sus perspectivas históricas.⁴⁶ Mas eso no impide una consideración valorativa de las posibilidades de reinstaurar la filosofía,⁴⁷ los principios fundamentales inmanentes de los modelos *pro reo* de medios procesales que parecen ya finiquitados, por incompetencia o ignorancia de los encargados de elaborar las normas actuales.⁴⁸

Tampoco se excluye la utilidad de señalar, comparativamente, el contenido y finalidades de manifestación criminal de personas —pues, como en el caso del HC, la hubo también civil—⁴⁹ con el del *habeas corpus* también actual. Pese a la distancia de siglos, lo que se aprecia actualmente —desde el punto de vista del jurista *actual*— es que la manifestación criminal de personas sirvió a dos objetivos: para combatir las privaciones ilegales de libertad de movimientos y las sevicias durante ellas cometidas; en tanto que el *habeas corpus* no sirvió actualmente como medio adecuado para combatir dichas sevicias.

La consecución de estas respectivas finalidades es la que hace que ambos tipos procesales sean diferentes también, como vamos a ver.

⁴⁶ En esto es en lo que estimo que falló Soriano, al comparar la manifestación del siglo XV con el *habeas corpus*, no en el siglo XV (?) sino en la actualidad. *Cfr. El derecho de habeas corpus* cit., pp. 47 y ss.

⁴⁷ Se habla y escribe demasiado de “filosofía” al tratar del fundamento de casi cualquier fenómeno o cosa, aunque no sean filosóficos. O del objeto. Pobreza de lenguaje (sequedad del cerebro) o pretensiosidad. Pero en este caso, estimo está justificado el hablar de “filosofía”, al tratar de “principios generales inmanentes”.

⁴⁸ Soriano, en su *op. cit.*, alude a personas determinadas. Hace especial mención de una enmienda (y voto particular, después) formulada por “el diputado centrista Martín Tova!” (p. 205), que no propuso el “lanzar” el nombre de recurso de “manifestación” (p. 206).

⁴⁹ En favor de personas detenidas por “personas privadas” (personas profesas en órdenes religiosas contra su voluntad); hijos retenidos injustamente por los padres; dementes internados abusivamente, etcétera. Esta manifestación sobrevivió al decreto de Nueva Planta, de 29 de junio de 1707 (había sobrevivido a la catástrofe de 1591) como secuencia de su escaso impacto en el derecho público y aún se practicaba en el siglo XIX (*cfr.* la nota núm. 35, *supra*).

Sobre su situación y proceso en el siglo XVIII, *cfr.* La Ripa, “Ilustración a los cuatro procesos forales de Aragón: orden de proceder en ellos según el estilo moderno; y reglas para decidir conforme a la naturaleza de cada uno”, Zaragoza, imp. Francisco Moreno, 1764, pp. 318 y ss.

Pero antes, débese tener en cuenta el círculo jurisdiccional al que pertenecieron uno y otro modelos.

El HC (o hc), no es proceso penal. Termina con la liberación del sujeto pasivo. (De aquí su adaptabilidad al círculo jurisdiccional civil, lo que se hizo predominantemente por la ley de 1816, sin alteración de su modelo procedimental).

La manifestación fue penal y civil.

La penal no se cerraba con la liberación del sujeto pasivo, sino que se investigaba sobre la tortura denunciada —precisaba hacerlo para provocar la apertura del medio; o al menos, su amenaza—,⁵⁰ y no solamente *prima facie*, sino en una segunda fase procesal —la plenaria declarativa— en la que, siempre manteniéndose la medida y fase cautelar de la tenencia a seguro de su integridad física al sujeto —fuera del peligro de toda sevicia, amparado por el justicia— se debatía, no solamente sobre el motivo de la detención —que podría ser incluso un gravísimo crimen— sino también... sobre la tortura. Y el pensamiento de ésta dominaba en el tejido del proceso: este fragmento del fuero V “De manifestationibus personarum”, de 1461, nos lo indica bien claramente:

E dentro de XXX dias apres de la ultima publication, que en el dito proceso se fara, sin otra requisicion, el Iusticia de Aragon ó sus Lugartenientes sian tenidos pronunciar deffinitivament en la dita causa: e si por el dito proceso *se provará la dita persona manifestada seyer estada turmentada*, ó si en otra manera por los greuges que segun el present Fuero se pueden deduzir, no se deura remeter, antes se deura liberar: en tal caso sia liberado por el dito Iusticia de Aragon, é sus Lugartenientes, é mandada poner a expensas de la persona manifestada en lugar á ella tuto, sin todo empacho [...]

Dentro de la escasez de técnica procesal de la época —no tanta, desde luego— hay que aclarar que este predominio de la idea de “tortura” no introducía en el proceso de incongruencia, ya que desde el principio había campeado en él, al menos como indicio o sospecha básica de la misma manifestación ante el justicia; y se trataba de un modelo acusatorio y no inquisitivo, como toda la manifestación.

Esta idea, la veo ausente del proceso de *habeas corpus*. A través de las graves vicisitudes históricas por las que Inglaterra ha pasado desde el siglo XVII —y me remito a él por el esplendor que

⁵⁰ Cfr. *infra*, en el texto, un formulario forense del siglo XVI.

pese a tales eventos disfrutó el *habeas corpus* tras el caso Darnel, por habersele relacionado con la Carta Magna—; yo no veo casuística de tal proceso motivado por detención o prisión con tortura, y con motivación también en ésta. Y más, si la detención hubiere sido legal aunque no, desde luego la tortura.⁵¹

IV. ACTUALES CARACTERES DEL HABEAS CORPUS BRITÁNICO

Echemos una breve ojeada a las finalidades que se pretende haya o tenga el *habeas corpus* actualmente en Inglaterra.⁵²

La relación de la figura con la de la “libertad bajo fianza” —incrementada en la superficie al menos, desde el *Bill of Rights* de 1688— hace que el HC en Inglaterra fuera utilizado cuando, en la fase *pre-trial* del proceso, un juez rechaza la puesta en libertad bajo fianza o impone una excesiva. En el primer caso, dice la *Criminal Justice Act* de 1967 (ordinal 79, re. 9 [12]) que si se rehusa una libertad bajo fianza por un juez de la Corte Suprema, no cabe que la pida de nuevo a otro juez o una *Divisional Court* (en materia criminal, desde luego). Mas con respecto a las “fianzas exageradas” de las que trataba el *Bill of Rights* de 1688, las mismas reglas de la ley de 1967 prevén la posibilidad de que la Corte Suprema modifique y reduzca la fianza, fijada por el magistrado, por medio de una *ordinary summons* —citación a audiencia ordinaria— (sección 22 [1]); lo que haría inútil un *habeas corpus*.^{53, 54}

⁵¹ Ruego excusas por mi inepticia en este punto; no se en qué momento exactamente fue abolida la tortura en Inglaterra.

Mas la salvajada de la *peine forte et dure* (cfr. sobre ella, p. ej., Pollock y Maitland, *The History of English Law*, Cambridge, reimpr. 1978, University Press, vol. II, pp. 651 y ss.) no fue abolida hasta 1771. (Cfr. Baker, *An Introduction to English Legal History*, Londres, Butterworths, 1971, p. 227. Y aun el clásico Filangieri, en su *Ciencia de la legislación*, trad. española Jaime Rubio, 3ª ed. “corregida y aumentada”, Madrid, Muñoz, 1822, t. IV, pp. 192 y ss.).

En Aragón, la tortura fue abolida enteramente en 1325. Cfr. *supra*, sobre la “Declaratio Privilegii Generalis”.

⁵² No pretendo examinarlo en todo el mundo civilizado. Me consta, naturalmente, que en algunos países de Iberoamérica, mediante él o mediante el amparo, de origen español, se lucha no sólo contra las detenciones sino también contra las sevicias (Constitución de México de 1917); artículo 22; de Guatemala de 1945, artículo 51 (“vejámenes”), etcétera. Y al menos el Proyecto argentino de 1964, a que me referiré *infra*, y el de 1988. El recurso español participa de esta ampliación, pero...

⁵³ Sharpe, pp. 135 y ss.

⁵⁴ Según el procedimiento federal de los Estados Unidos de Norteamérica, el *habeas corpus* no se puede utilizar por una parte que se halle ya en libertad bajo fianza, pero que desea discutir su entidad. Cfr. Sharpe, p. 135.

Cuestión de íntima relación con ésta es la de si el HC se ha de considerar como un medio de corregir el error o los errores de un tribunal inferior; esto es, como una especie de apelación, con el especial sentido de estos recursos en Inglaterra. El problema se ha de estudiar “caso por caso”. Y así se han resuelto varios *leading cases* (casos directivos) en la materia, como el R. v. Board of Control ex Parte Ruddy (1956), Queen’s Bench, 109, el Greene v. Secretary for Home Affairs (1942), 1; King’s Bench, 87; Asham ex. Parte v. Governor of Brixton Prison (1969), Queen’s Bench 2, 222, en los que el problema central es el de la falta de prueba en el HC —una manifestación de su sumariedad, *cf. infra*— a mi modesto entender.⁵⁵

Lo que sí está claro es que el HC no es un proceso penal. El autor de la prisión ilegal no es castigado en él; puede pretenderse y obtenerse la imposición de una pena por otros medios procesales, pero no por este medio.

Y la desobediencia a la ejecución del *writ* —antaoño castigada, en el “Habeas Corpus Amendment Act” de 1679 (V) con un pago de 500 L. a la parte perjudicada—, hoy día, lo usual es castigarla como desacato al tribunal —*contempt of the court*— con penas de multa o prisión. Mas no se trata de la secuencia de una “persecución del delito de prisión ilegal”.

Si una persona es detenida de manera ilegal (*unfair*), no basta con que pueda demandar a su vez al carcelero por daños, según la ley civil ordinaria. Sea un empleado público (*Officer*) o sea un particular el que dio la orden de detención, el sujeto pasivo no se halla en situación de promover “un procedimiento legal ordinario” contra aquellas personas, pero tampoco puede permanecer preso por el hecho de la lentitud del proceso civil por daños. A ello provee el *habeas corpus*: la persona responsable de la detención no es castigada, mas la persona aprisionada es puesta en libertad inmediatamente, y puede, en tal situación, perseguir a su vez por otros medios, de compensación o de castigo, si es asequible.⁵⁶

La misma posición se mantiene con respecto al nuevo *habeas corpus* español, instituido por la Ley 6/1984, de 24 de mayo; Gimeno Sendra nos dice “que no se está ante un verdadero ‘proceso

⁵⁵ *Cfr.* en Sharpe, *passim*, el caso Rutt y, el caso Greene y el caso Ashan, *leading cases* en este punto.

⁵⁶ Wade-Phillips, p. 455.

penal”; en tal proceso “no se deduce pretensión penal alguna”;⁵⁷ la reacción del sujeto pasivo de la detención o prisión en el terreno penal, además de la del *habeas corpus* —sólo útil para recuperar su libertad— debe ser, bien la de instar la reparación civil de su derecho fundamental violado⁵⁸ “mediante la instauración del consiguiente proceso civil (con base en la violación del artículo 1902 c.c.) o penal (por “detenciones ilegales”) en el que podrá acumular la correspondiente pretensión de resarcimiento”.⁵⁹ Y si se sospechare de la comisión de sevicias —torturas, malos tratos— al detenido, se debe incoar otro proceso penal⁶⁰ más. Y todo ello, por no haber reinstaurado un recurso o medio procesal derivado de la vieja manifestación, con su siempre doble objetivo, y, en su lugar, haber entronizado en la C.E. al *habeas corpus*, con un solo objetivo.

El uso, como sustitutivo del HC, de “acciones civiles ordinarias” para obtener su liberación —lo cual, en primer lugar, nos devuelve a los tiempos de la “manifestación civil de personas por hallarse en poder de personas privadas”,⁶¹ es decir, a tiempos ya pretéritos que no pueden volver sino para casos aislados— es un remedio clásicamente anglosajón, mas no hábil en el derecho continental; en donde, regularmente, la detención civil se ha extinguido. Tiene la ventaja de que se trata, no de un procedimiento sumario —*cfr. infra* sobre esta calidad del HC—, sino plenario; esto es, “las de que permite los *discovery* y las plenas audiencias (*hearings*) sobre los hechos”⁶² que no se han desarrollado en el proceso de *habeas corpus*. “Se usa cuando éste es inadecuado, por razones técnicas”.⁶³ Tiene el inconveniente —el de su plenariedad, interpolo— de ser más largo que el HC, mas hay alguna mitigación, si se procede también sumariamente (caso “*Hancock v. Prison Commissioners*” [1961 *Quee’s Bench*, 117]).

En cuanto a la “acción civil por prisión ilegal”, “no es un remedio que tome el puesto del HC y no es ordinario que se utilice para obtener la inmediata soltura de alguien que ha sido ilegalmente preso. Más bien se usa en supuestos en los que el HC es inadecua-

⁵⁷ Gimeno, *El proceso de habeas corpus*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 98 y 192.

⁵⁸ Gimeno, *op. cit.*, p. 150. Queda aparte el recurso de amparo, naturalmente.

⁵⁹ Gimeno, *Habeas corpus*, cit., p. 150.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 215.

⁶¹ La Ripa, *op. cit.*, p. 84.

⁶² Sharpe, p. 61.

⁶³ *Idem*.

do, especialmente si existe una justificación presente de la detención, más hubo una ilegalidad anterior";⁶⁴ materia a examinar, no en el proceso de HB sino en la acción citada, fuera de éste;⁶⁵ este tipo de *acción*, en el Canadá, resulta inefectiva;⁶⁶ y lo mismo ocurre con las "acciones administrativas" en tal país⁶⁷ —también alegadas en España con referencia al caso.⁶⁸

Pero el HB no puede ser rechazado simplemente por el hecho de que existan remedios alternativos; tal ocurrió en el caso "Azam Ex Parte R. v. Governor of Pentonville Preson" (1279, A.C. 18), de expulsión de la Gran Bretaña de tres ciudadanos de la *Commonwealth* por inmigración ilegal a tenor del *Inmigration Act* de 1971, pero que anteriormente habían vivido en este país y que, por lo tanto, tenían acceso a un recurso ordinario.^{69, 70}

Sin dejar el hilo conductor de este trabajo, vemos que el objetivo claro del proceso de *habeas corpus* es el de la liberación de una persona privada de la libertad de locomoción —según la moderna expresión ya acuñada, aunque inadecuada.

Suélese diferenciar, a este respecto, entre restricciones de tal libertad, cuantitativas, y de juez heterogéneo. El motivo clásico es el del internamiento en una celda, en un área definida. Y se han dado casos de HC por internamientos en barcos, en hospitales, en campos de concentración, etcétera (incluso en una isla, caso Guzzardi v. Italia, Tedh, 1980, 3, 333). A ello se ha asimilado la devolución de un pasaporte, confiscado por la policía (caso Ghani v. Jones [1970], 1 Queen's Bench, 693)⁷¹ —estimo que se trataría mejor de una restricción cualitativa de la libertad de movimientos, *cfr. infra*.

⁶⁴ *Idem*.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 179 y ss.

⁶⁶ Jobson, "Human Rights and Criminal Procedure in Canada", en la ob. colectiva dir. por John A. Andrews, *Human Rights in Criminal Procedure. A Comparative Study*, La Haya, Boston, Londres, Martinus Nijhoff Publ., 1982, p. 318.

⁶⁷ Jobson, *op. cit.*, p. 318.

⁶⁸ Gimeno Sendra, *Habeas corpus*, cit.; alude al contencioso administrativo, p. 236.

⁶⁹ Wade-Phillips, p. 458, nota 18.

⁷⁰ En Escocia, según el *Criminal Procedure Act* de 1975, sección 101, derivada del Act de 1701, hay un "equivalente" del *habeas corpus* ref. a la celeridad del procedimiento. Se fija un plazo *ad quem* de 111 días de detención *pre-trial*. *Cfr.* Leonard H. Leigh, "The Protection of the Rights of the Accused in Pre-Trial Procedure: England, Wales", en Andrews cit., p. 55; Stoddart, *Human Rights in Criminal Procedure: the Scottish Experience*, *idem, passim.*; Wade-Phillips, pp. 460 y ss.

⁷¹ Sharpe, p. 165.

Frente a ellas están las limitaciones cualitativas de la repetida libertad: las del derecho individual de vivir, en común o aislado, de ir y venir ¿El derecho a pasear? *Cfr.* también este derecho, tan poco estudiado;⁷² esto es, restricciones a los movimientos sin que haya un perímetro determinado que circunde al interesado.

El lugar de la detención poco debe importar, siempre que conste la no voluntariedad de permanencia en él del sujeto;⁷³ problema grave, antaño⁷⁴ y hogaño⁷⁵ y —aunque el HC quepa aún una vez terminada la situación de privación de la libertad, *cfr. infra*— ya que la detención ilegal no es un delito continuado, sino que basta un corto lapso de tiempo para que se consume.⁷⁶

⁷² *Cfr.* Pelayo Hore, “El derecho a pasear”, en el *Libro-homenaje a Francisco Palá*, Zaragoza, Institución “Fernando el Católico” del CSIC [s.a.], pp. 197 y ss.

⁷³ Si la “detención” fuere aceptada voluntariamente, el H.C. cae por su base, en principio. *Cfr.* detalles en el texto. Diferénciese entre las detenciones en materia de *tus cogens* y las de derecho dispositivo. Aún no se ha llegado a hacerlas dispositivas, aunque sí se trata siempre de limitarlas. *Cfr.* mi concepto del proceso como función de “satisfacción jurídica” en mi *Doctrina general del derecho procesal*, Barcelona, Librería Bosch, 1991, tema III, pp. 24 y ss.; y en mi trabajo “El proceso como función de satisfacción jurídica”, en mis *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, Tecnos, 1969, t. I, esp. pp. 362 y ss. y 390 y ss.

⁷⁴ Lo cual se planteaba en el proceso de “manifestación de personas en poder de privadas personas”; era el problema —y sigue siéndolo— el de las “detenciones devenidas voluntarias” o de renunciaciones voluntarias a la libertad de movimientos.

En Inglaterra surgió el caso con los maestros que pedían *habeas corpus* en favor de aprendices llevados por la leva al servicio militar (la *presse*) y que hallaban encontrarse muy cómodos en la marina o en el ejército. *Cfr.* Sharpe, p. 223.

En Aragón, el problema era muy antiguo. *Cfr.* Miguel del Molino, *Repertorium Forum el Observantiarum Regni Aragonum, una pluribus cum determinationibus consilii Iustitiae Aragonum practiciis atque cautelis aisdem fideliter annexis*, 3ª ed., corregida y aumentada por Juan Pérez de Bordalva, Zaragoza, Oficina de Dometido de Portonariis, 1585, voz “Manifestatio”, fol. 220; Deliberación del Consejo del Justiciazo —justicia mayor y lugartenientes— de febrero de 1464, sobre renuncia a manifestaciones civiles (col. 1ª y 2ª); La Ripa, *op. cit.*, pp. 324 y ss.

⁷⁵ Hoy día, la existencia de sectas con internados e internamientos que utilizan refinados procedimientos de captación de las voluntades de los neóficos, propone el problema análogamente.

⁷⁶ *Cfr.*, sobre este problema, mi trabajo “Comentarios a la Constitución de 1978: el *habeas corpus* del artículo 17-4 y la manifestación de personas”, *RAP*, núm. 88, enero-abril de 1979, pp. 39 y ss.

Cfr., p. ej., Córdoba Roda, “El delito de detenciones ilegales en el Código Penal”, 1964, t. III, pp. 401 y ss.; Vives Antón, *La detención. Detenciones ilegales*, Barcelona, Bosch, 1977, pp. 61 y ss.

El problema, a mi modesto entender, se halla en la diferenciación entre *Zeitpunkt* (un momento en el tiempo) y *Zeitraum* (espacio en el tiempo, lapso), que en el proceso da lugar a la aparición de los términos y de los plazos. *Cfr.* mi trabajo cit.

Lo que es fundamental es la evitación de que el detenido sea fraudulentamente ocultado o trasladado por sus guardianes; ello ya daba lugar a casuística en el siglo XV, en Aragón,⁷⁷ y fue uno de los motivos causales fundamentales del *Habeas Corpus Amendment Act* de 1679 (XI) y aun de modernas reformas.⁷⁸ La Ley

Cfr., también, Rodríguez Devesa, 13ª ed. (por Serrano), *Derecho procesal español*, Madrid, Dykinson, 1990, p. 378; Cobo del Rosal-Carbonell Mateu (en Cobo del Rosal-Carbonell-Vives-Boix-Orts) *Derecho penal*, 3, ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, p. 743; Muñoz Conde (arg.), *Derecho penal*, 8ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, p. 152. Los primeros, acordes con la *instantaneidad* del delito; aunque puede ser continuado por “prolongarse en el tiempo” (Muñoz Conde).

⁷⁷ En tiempos del rey Martín I (1395-1409) sucedió en Aragón un caso sonado. El gobernador del reino, Gil Royz de Liori, había apresado a un portero de justicia (llamado Miguel de Almunia). El justicia ordenó al gobernador que lo manifestase. Y éste, no solamente no obedeció la orden de manifestación, sino que ocultó al preso, “e tiso aquel en su poder cuenta la provisión mía” —dice el justicia, Ximénez Cerdán.

“Por el procurador del preso —sigue el justicia Ximénez Cerán—, fue requerido, que proviesse sobre aquello, como poco valiesse dar sentencia, o fer provision alguna, si aquella no fuesse exeguida, o mesa en execucion”.

Convocó el justicia a los cuatro brazos de las cortes del reino —el rey estaba ausente—; esto es, nobleza, infanzomes, Iglesia y universidades. Los cuales, reunidos en Zaragoza, “oyda mi relacion, deliberaron en favor e defension del dito officio: pues que él [el gobernador del reino se entiende] no queria dar el dito preso, e consentir la dita manifestacion seyer feyta: que yo con todos los Regno devia ir con bandera del Regno, do quiera que el dito Portant vezes fuesse, por fazes la dita manifestación. E mossen Ioan Ferrandes de Heredia su fillo, como notable Cavallero dixo tales o semblantes paraules: que como él oviesse oydo dezir a personas scientes, que mas era tenido hombre ayudar a la patria, o libertad del Regno, que no al padre o pariente: que él era de la opinión de los otros: e que si el Regno le queria acomandar la bandera que él la levantaria volenter. E havido el dito consello, el dito Portant vezes havida su buena deliberacion, como es de hombre sabio que quiere mudar su proposito e consello en millor, consintió la dita manifestacion seyer feyta”. (*Cfr.* la “Litera intimada” del Ximénez Cerdán cit.).

Otro caso, menos sonado pero no menos político, lo sentenció el justicia en Consejo —justicia mayor, don Juan de Lanuza I— el 13 de junio de 1485. El abad del monasterio de San Juan de la Peña, hermano Francisco de Asís, fue apresado por orden del arzobispo de Zaragoza, y pidió manifestación. La concedió al justicia; el verguero encargado de la ejecución de la orden vio que tardaban en abrirle la puerta de la cárcel episcopal, y se le dirigían injurias. Y no le halló en ella. Sí, estaba en un pontón, en pleno río Ebro (“ubi quodam pontone stabat dictos Abbas vociferando”). Le preguntó “si volebat manifestari” —ya volveremos sobre este punto—...

Cfr. Molino, “Repertorium”, cit., voz “Manifestatio”, fol. 220, col. 2ª y 3ª.

⁷⁸ *Cfr.*, p. ej., el Proyecto de Dela Rúa, Mayer y Loíacono, de 1964 (no entró en vigor; el Senado fue cerrado por los militares), artículo 11, presentado en las VI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Guatemala, 1981, en las “Actas” de las mismas, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guate-*

española de 1984 —en la que se aprecia una gran falta de aprendizaje— no dice nada sobre este escollo tan histórico como actual. . .

El writ de *habeas corpus* ¿Podría aplicarse a los casos de personas “en libertad bajo fianza personal”?

Teóricamente, tal fianza es una custodia. La custodia de la persona liberada, que se transfiere así, de los carceleros, al fiador.⁷⁹ Los artículos 534 y ss. y 613 de la LECRIM autorizarían esta versión. Y, en efecto, en el siglo XIX el HC fue usado en Inglaterra para liberar personas por causas civiles. Y existía el HC civil, cuando la prisión civil era norma muy extendida allí.

El problema parece tener su solución en el ordenamiento del Canadá.

La abundante casuística de aquellos tribunales indica que el writ de HC solamente es admisible cuando el solicitante se halla *actualmente* bajo custodia física y no libre bajo fianza.⁸⁰ Pero los tribunales canadienses no tienen dificultad para limitar los efectos de esta regla en el caso de un solicitante libre bajo fianza, la práctica es la de entregar al peticionario a la custodia de un carcelero o *sheriff* apropiado el día en que se celebre la vista (*hearing*) de su solicitud.⁸¹ Procedimiento bizarro⁸² y de suficiencia más que dudosa.⁸³ Pero cuyo resultado es el de que los tribunales canadienses continúan diciendo que es un requisito del HC la custodia de los puestos en libertad bajo fianza, aplicando tal custodia solamente el día en que se debate sobre el mismo.⁸⁴

La Ley española no prevé nada en esta especie de gradaciones de la intensidad del *habeas corpus* —aunque la “manifestación de

mala, núm. extraord. de septiembre de 1982, p. 150; y el Proyecto de Código Procesal Penal para la misma República Argentina de Maier (1988), apéndice IV, Ley de *Habeas Corpus*, artículo 11 (indebida y amablemente, se me atribuye esta parte del Proyecto. Cfr. su “Exposición de motivos”, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1989, p. 32). Subsistía la preocupación por el fraudulento “cambio de cárcel” del sujeto del *habeas corpus*, que, recordemos, fue uno de los motivos del Habeas Corpus Amendment Act de 1679.

⁷⁹ Sharpe, p. 166.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 167.

En Canadá hay acciones civiles de violación de morada, violencias y prisión ilegal (Keith B. Jobson, *op. cit.* en Andrews, p. 326). Mas Sharpe duda de la efectividad de las acciones civiles. . .

⁸¹ Cfr. abundante casuística canadiense en Sharpe, p. 167 (con discordancias).

⁸² Cfr. los comentarios jurisprudenciales en Sharpe, pp. 167 y ss.

⁸³ *Idem*.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 168.

personas” sí las tenía—. ⁸⁵ Y pienso que, si se sigue por el camino del HC, debería pensarse algún día en fijar las relaciones legales de sus resultados solicitados y conseguidos, con los de la prisión atenuada y con las diversas medidas de control judicial que desde años ha vengo pidiendo se introduzcan en la LECRIM española, sin éxito, ⁸⁶ y que ya en la CE se hallan recomendadas. ⁸⁷ Dada la especial naturaleza del *habeas corpus*, pueden surgir —y surgirán— zonas oscuras entre él y las medidas cautelares propiamente dichas en lo penal. Lo que ocurre en Canadá es una muestra.

Si ascendemos en cuanto a los objetivos del *habeas corpus*, se ve que en el arquetipo inglés no sirve, no se utiliza en la lucha contra la tortura, verdadera plaga de nuestra época. Nótese que “las detenciones ilegales”, en los Estados de derecho y con una fuerza policial *bien organizada y adiestrada*, y sobre todo, en su modelo constitucional unitario y no federal o federativo —en los cuales el fenómeno no se puede evitar, naturalmente— de jurisdic-

⁸⁵ Las de a) Dar casa por cárcel al manifestado (fueo “De manifestationibus personarum”, Teruel, 1428, libro I), b) Ponerlo en libertad bajo fianza —lo que apareció más tardíamente (fueo “De manifestationibus personarum”, III, libro IX (Monzón, 1510)—, y c) Internarlo en la especialísima Cárcel de la Manifestación, en Zaragoza (fueos XIV “De officio Iustitiae Aragonum”, libro I, de Calatayud, 1461; III “Manifestationibus personarum”, libro IX, de Monzón, 1510); cárcel bajo la jurisdicción del mismo justiciazgo, de manera que nadie —ni el rey— podía entrar en ella a usar de jurisdicción. El así internado se hallaba, pues, libre de todo peligro de sevicias por parte de otras personas. Antonio Pérez estuvo en la Cárcel de la Manifestación desde que la obtuvo hasta el motín del 24 de septiembre; en tal cárcel pudo organizar su defensa judicial y política, y aun un levantamiento de la ciudad de Zaragoza contra Felipe II. Calcúlese, pues, lo liberal del régimen carcelario en tal establecimiento.

En cuanto al “dar casa por cárcel” fue un adelanto de la prisión atenuada actual.

⁸⁶ Cfr. mi trabajo “Algunas notas para la modernización de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *RDPriber.*, 1976-IV, pp. 763 y ss. y esp. pp. 807 y ss.

Este trabajo fue enviado por mí, en copia del original, a la sección 3ª de la Comisión General de Codificación, a la que pertenezco desde 1976.

Desde entonces he venido insistiendo cuanto me ha sido posible. Poco se ha obtenido en esta fundamental materia, pese a los coros de voces que constantemente se oyen, en oposición a la prisión provisional. Y la Ley de Reforma Procesal de 28 diciembre de 1988, que *hubiera podido introducir mejores*, o extender las ya introducidas, *no lo ha hecho*. Cfr. mi trabajo “Lagunas de la Ley de 28 de diciembre de 1988, de reforma procesal en materia de medidas cautelares y necesidad de integrarla”, *Tapia*, Madrid, diciembre de 1989, pp. 23 y ss.

⁸⁷ Cfr. la Recomendación del Comité de Ministros Europeo sobre “detención” galicismo: es “prisión”) “provisional”, R (80) 11 de 27 de junio de 1980 y sobre ello, De Miguel Zaragoza, “El artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos del Hombre: jurisprudencia y doctrina”, en las Jornadas de Derecho Procesal, *CGPJ*, Madrid, Gráficas Arias Montano, 1984, pp. 271 y ss.

ción unitaria (salvo alguna excepción)⁸⁸ —es el caso de España, en su Constitución de 1978, en la que las tendencias federativas no han alcanzado al principio de unidad de la jurisdicción, mantenido en su artículo 117-5; nótese, reitero, que tal delito no puede ser lo abundante, la plaga que constituía en otras épocas, en las cuales el *habeas corpus* era absolutamente primordial para ordenar las relaciones entre los diversos estamentos y entidades político-sociales —el rey, el Parlamento, la nobleza, la Iglesia, las ciudades, los municipios, etcétera— con respecto a las privaciones de libertad.

La plaga la constituye —entre otras muchas, desgraciadamente— la privación de la libertad de movimientos combinada con la tortura en sus diversas intensidades, y realizada por empleados públicos. El actual artículo 204 bis del CP, en realidad, está regulando, tipificando. La atención de las organizaciones internacionales está dirigida, no a las simples “detenciones ilegales” sino a... las detenciones con tortura *hic sunt leones*.⁸⁹

Y contra ellas —además, ocurridas de manera masiva, y no epistémica— es inútil el remedio del *habeas corpus*, simplemente *porque no está concebido para tal objetivo*. Y al pretender “universalizarlo” (?) dirigiéndolo más o menos encubiertamente —como si el legislador nacional tuviera vergüenza de escribir la palabra “tortura”— lo que se hace, es desviar su prístina esencia y hacer que... el contenido no responda a su famoso pero pacato nombre, tan ilustre, de otro lado.

Me referiré ahora, a esa inadecuación y consecuente inutilidad —por lo que llevo estudiando; y quedo a la merced de mejores y más fundadas opiniones, naturalmente.

En la muy abundante casuística que llevo consultada, no veo aplicación alguna del *habeas corpus* a la tortura policial (sobre todo que hoy día deben quedar pocos vestigios de la judicial, si bien...).

⁸⁸ La jurisdicción militar (artículo 117-5 CE, y las especiales del artículo 125, de las que, actualmente, sólo hay una: la del Tribunal de las Aguas de Valencia (artículo 19-3 LOPJ de 1985 y otras).

⁸⁹ Cfr. la Convención Europea para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes de 26 de noviembre de 1987, firmado por España en la misma fecha, aprobada y ratificada el 28 de abril de 1989 y entrado en vigor el 1º de septiembre de 1989 (BOE del 5 de julio de 1989).

Y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanas o Degradantes, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 4 de febrero de 1985, ratificada por España el 19 de octubre de 1987 (BOE 9 de noviembre).