

Mas una serie de errores en que la ley incurre, como consecuencia de la pretensión de importar *ex abrupto* —y sin todos los estudios en profundidades y previos que ello debió comportar—<sup>171</sup> una institución extranjera, pero perteneciente en su origen y máximo desarrollo a todo un sistema jurídico —el del *common law*— muy diferente, desde sus bases hasta sus vértices, al nuestro. Hay que tener mucho más cuidado en este menester.

Por lo pronto, y en apoyo de estas frases, se halla el argumento derivado del contraste entre el artículo 1ºd de la Ley (que parece abrirla a la lucha contra las torturas en el seno de la privación de libertad, apertura *incorrecta* desde el punto de vista del propio *habeas corpus* inglés y su sistema) y la actitud del TC, a mi entender inclinada a interpretar al *habeas corpus* de manera ortodoxa; esto es, no aplicándolo a las repetidas sevicias. Todo un conflicto derivado de lo que es probable, constituyó una posición política poco meditada (la de introducir semejante tipo procesal en la Constitución). La misma “explicación” que sobre el HC da la “Exposición de motivos” de la ley, es embarazosa.

## 2. La insuficiencia de las legitimaciones activas

La legitimación activa de la Ley (artículo 3 de la Ley 6/1984, de 24 de mayo: a) El privado de libertad, su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectabilidad;<sup>172</sup> descendientes, ascendientes, hermanos y, en su caso, respecto a los menores y personas incapacitadas, sus representantes legales; b) El Ministerio Fiscal; c) El Defensor del Pueblo;<sup>173</sup> Asimismo lo podrá iniciar, de

La ponencia de la Universidad de Valladolid, de 1961, la redactaron los profesores Gómez Orbaneja, de derecho procesal y Rodríguez Devesa, de derecho penal. Sin conocer los unos la del otro y recíprocamente, coincidimos.

Las omisiones de Soriano, en una monografía con justificadas pretensiones, tienen gran importancia, máxime cuando injustificada y no verídicamente me atribuye el haber dedicado “toda una vida científica” a destacar la importancia de los recursos aragoneses, etoétera” (*Habeas corpus*”, p. 37).

Creo que en estos momentos tengo casi 300 publicaciones —quizás más; y no me preocupan los cálculos oficiales u oficiosos de “dividir las por cinco”—, y en aquellos tiempos veía, desde luego, otros puntos del vasto campo del derecho procesal que me atraían. En aquellos tiempos, y en éstos.

<sup>171</sup> Véase la nota anterior. Y la nota núm. 37a, *supra*.

<sup>172</sup> Mientras no haya una definición *legal* de tales relaciones, su vaguedad constituirá un elemento de inseguridad con respecto a los terceros y forzará a los tribunales a extrañas investigaciones sobre el principio *rebus sic stantibus* con respecto a tales “relaciones de afectividad”.

<sup>173</sup> ¿Y sus correspondientes en las Comunidades Autónomas?

oficio, el juez competente a que se refiere el artículo anterior —juez de instrucción—; estas legitimaciones son insuficientes.

No se admite —al parecer— la legitimación activa para solicitar el *habeas corpus* para un tercero (o incluso, para uno de sus miembros) a las personas jurídicas. Esto es grave, máxime cuando se está asistiendo en Europa —que no en España— a un renacimiento de la defensa de los derechos de las víctimas de delitos.<sup>174</sup> En Inglaterra<sup>175</sup> se ha admitido como solicitante en tal concepto, a sociedades filantrópicas,<sup>176</sup> y aun a cargo del gobierno.<sup>177</sup> No se ve ninguna razón por la que, si *a posteriori*, se ha de auxiliar a las víctimas por nuevos medios procesales o extraprocesales,<sup>178</sup> se haya de abandonar a las víctimas de detenciones ilegales, etcétera. Sólo el desorden justifica tales lagunas.

De otro lado, este descuido del legislador se aumenta cuando, si bien nombra como legitimado al Ministerio Fiscal —no lo olvidemos, en su estado actual, jerarquizado y en su cúspide sujeto al Poder Ejecutivo directamente; *cfr.* por ejemplo, el artículo 28 del Estatuto del Ministerio Fiscal vigente como prueba clara— no admite la acción popular, el medio “más democrático de acceder a los tribunales”, y de carácter constitucional para mayor abundancia (artículo 125 de la Constitución, amén el 101 y ss. de la LE-CRIM).

De lo que se produce la paradoja<sup>179</sup> de que, si una institución

<sup>174</sup> Se registra en la actualidad, un movimiento en favor de las víctimas de delitos, encabezado por ellas mismas, aunque parezca asombroso.

Las diversas regulaciones estatales de ayuda —desconociendo las Recomendaciones del Comité de Ministros Europeo— son *administrativistas* —y rehuyen casi por completo el indicar como causas los delitos de terrorismo—; plagadas de contradicciones y de lamentable entidad.

*Cfr.* mi trabajo “El proceso y la ayuda a la víctima del delito”, “La Ley” (en prensa), *passim*, y un “borrador” para una posible ley española, elaborado a instancia de la Asociación de Víctimas del Terrorismo y base del que dicha Asociación presentó al Legislativo, según se me ha comunicado.

<sup>175</sup> Repito que, cuando se importa una figura jurídica del exterior, y nada menos que con la pretensión de institucionalizarla, precisa estudiarla previamente muy bien.

<sup>176</sup> En Inglaterra, *cfr.* p. ej., los casos *Hottentott Venus* (1810) 13 East 195; *De Re Gootoo* y *Inyakwana* (1831), 35 Sol (1831) 35 Sol. Jo. 481 (Sharpe, 223) *¿Re Ning-Yi-Hing*, (1939), 56 T. L. A., 3

<sup>177</sup> *Cfr.* caso *Re Klimowicz* (1954), cit 11 Halsbury (4<sup>a</sup>) 787, Sharpe, 222. El Secretario del Interior británico.

<sup>178</sup> *Cfr.* mi trabajo cit. en nota núm. 174, *supra*.

<sup>179</sup> El gran maestro Unamuno, si volviera a la vida, tornaría a morir avergonzado de como se utiliza hoy día la paradoja, tan brillantemente utilizada por él.

estatal —el MF sujeta jerárquicamente a un Poder del Estado— no acude a promover el remedio de un grave abuso —la detención ilegal— cometido por otra institución —sus elementos personales— estatal, el pueblo. . . pese a tener un derecho constitucional de acceder directamente a los tribunales, gracias al derecho de la acción popular, clásica del ordenamiento español —y debe ser uno de sus orgullos—, derecho consagrado básicamente en el artículo 125 de la Constitución y sin restricciones (“Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular”) ahora, en ley de *desarrollo* directo de la Constitución, como es ésta del *habeas corpus*, el pueblo queda inermes por *descuido* (¿u otro motivo político *muy grave*?) de sus autores; pese a ello, no puede acceder.

Desde luego, el Tribunal Constitucional, si emplea en este caso el método de “integración de las normas”, de “la interpretación integradora de las normas” que —a mi entender, con gran acierto— ha utilizado ya en materia procesal penal (sentencia 66/1989, de 17 de abril, sobre integración del artículo 627 LECRIM), en lo futuro podrá remediar el defecto y abrir el *habeas corpus* a la acción popular —en el papel de parte actora, demandante o sustitutiva de la demandante—;<sup>180</sup> pero estimo que no es conveniente cargar sobre este alto tribunal una labor que en ordenamientos que no son del *common law*, como el nuestro, *corresponde al legislador*; supliendo así una incuria lamentable.

### 3. La competencia del juez. Los “traslados” fraudulentos

La Ley de *Habeas Corpus* española fija una serie de competencias judiciales para el conocimiento del mismo (artículo 2; competencias objetiva y funcional, a los jueces de instrucción; territorial, al “del lugar en que se encuentre la persona privada de libertad; si no constare, el del lugar en que se produzca la detención”,<sup>181</sup> y en defecto de los anteriores, “el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del detenido”).

Para facilitar el acceso al medio, yo pensé en habilitar a todos los jueces y tribunales españoles para admitir y tramitar las diligencias cautelares previas. Estimo que no me faltaban razones, a

<sup>180</sup> Cfr. Gimeno Sendra, *habeas corpus*, pp. 86 y 116. Cabe la duda de la aplicabilidad de la figura de la sustitución procesal.

<sup>181</sup> Defectuosa redacción otra vez. Parece que la detención es futura con respecto al escrito de iniciación. Debe decir “en que se haya producido la detención”.

la vista de las incidencias que ya surgen —esbozos de conflictos competenciales entre juzgados de instrucción ordinarios y los de la Audiencia Nacional (Tribunal Constitucional, sentencia 153/1988, de 20 de julio de 1988) o entre los militares y los civiles (Tribunal Constitucional 194/1989)—; el derecho de acceso a los tribunales —para mí, el derecho de acción—;<sup>182</sup> y las que podrán surgir si se siguiera el camino del federalismo.

Se discute sobre el primer fuero —que es el equivalente al del número 1º del artículo 15 LECRIM—; yo lo hallo acertado. Se debe seguir la pista a la persona detenida, hasta allí en donde se halle.

Es altamente curioso —por no calificar los hechos de otra manera y por ahora— que en la ley no se halle un examen y resolución del problema clásico del *habeas corpus* en cuanto a la ejecución del contenido de la orden —en Inglaterra, el *warrant*—. Allí, era también frecuente que los carceleros o encargados de la custodia del detenido lo trasladasen de prisión a fin de burlar tal orden, e incluso la jurisdicción de los tribunales ingleses.

A evitar tales excesos, proveyó específicamente el *Habeas Corpus Amendment Act* de 1679, VIII y XI). Y no se trata de un abuso periclitado —lo digo para calmar a los ahistoricistas—,<sup>183</sup> hoy día, por ejemplo, en el Proyecto de Ley de *Habeas Corpus* para la República Argentina se halla la preocupación por el problema del “cambio fraudulento de cárcel” (artículo 11).<sup>184</sup>

#### 4. La posible negativa del sujeto a ser liberado

La “pretensión de universalidad” (*sic*) del nuevo *habeas corpus* español, que indica su apertura a detenciones “no criminales” —internamientos “ilícitos”, artículo 1º-b—, puede dar lugar —ya ha dado— a situaciones equívocas, por expresar el individuo o manifestar que no desea serlo. La posibilidad de aplicar esta Ley a

<sup>182</sup> Sobre mis conceptos de acción y pretensión, *cfr.* mi *Doctrina general del derecho procesal cit.*, pp. 77 y ss., e “Ideas para una teoría general del derecho procesal”, en mis *Temas cit.*, t. I (1969), esp. pp. 306 y ss.

<sup>183</sup> *Cfr.*, sobre este punto en Aragón, Molino, “Repertorium”, voz “Manifestatio”, en 1481. El caso Francisco de Asís, Abad del monasterio de San Juan de la Peña *v.* El arzobispo de Zaragoza. El arzobispo había extraído de su propia cárcel al abad, preso, y lo había ocultado a bordo de un pontón en el río Ebro (fol. 220, 4º y 221, 7º).

<sup>184</sup> *Cfr.*, p. ej., De la Rúa, Meier y Loiacono, Proyecto cit. en la *RCJSG*, núm. extraord., sept. 1982, 15L, al artículo 4º.

<sup>185</sup> *Cfr.* casos en Sharpe, p. 223.

personas internas en establecimientos de diversa índole, de cuyo régimen incluso haya dudas en cuanto a su “legalidad”, lleva a proponer el problema. Ya se dio en Inglaterra no ha mucho.<sup>185</sup> Y, naturalmente, en Aragón, sobre todo en casos de manifestación civil.<sup>186</sup> (Nótese la identidad de la problemática entre manifestación y *habeas corpus* civil).

Por lo tanto, en la aplicación de la Ley española debería introducirse la precaución de contar con la voluntad del sujeto pasivo del internamiento, etcétera.

### 5. La identificación del sujeto

(Y también, curiosamente, veo que la Ley no adopta precauciones en cuanto a la identificación previa de la persona encerrada, lo que es muy grave; cabrían incluso suplantaciones de personalidades).

En cuanto a la “no intervención de abogado ni de procurador”, el principio, dada la urgencia del proveído a dictar por el juez de instrucción, parece acertada medida. Pero hay escollos gravísimos.

En primer lugar —y lo más sencillo—, es el hecho de que, al menos los tribunales ingleses,<sup>187</sup> prefieran que el abogado intervenga, lo cual parece acertado, dadas las situaciones no claras y las contingencias de complicación jurídica que no pueda evitarse, se precipiten a chocar con la *urgentia necessitatis* del caso.

En segundo lugar, el “detenido”, sea legal, sea ilegalmente, debe haber contado con lo que habitual y equívocamente se denomina “una lectura de sus derechos” que, en el caso de España, son los del artículo 520, ya tan torturado. El artículo 527 —incomunicación del detenido— ha promovido ya graves protestas en cuanto a la asistencia de letrado, al excluir al “de confianza” (artículo 527-a) (protestas con las que me hallo de acuerdo en general, aunque no se puedan excluir casos de abogados indeseables de los que desconfían todos). Y nos exponemos, en la aplicación del artículo 4 de la Ley de *Habeas Corpus*, devenga “un lujo inalcanzable”.<sup>188</sup>

<sup>185</sup> Cfr. Larripa, *op. cit.*, p. 324. Es el caso del abad de San Juan de la Peña cit. en nota núm. 183.

<sup>187</sup> Repito que, quien copia una institución extranjera, se expone a ver repetidas estas citas. Y aún veo a nuestros jueces de *habeas corpus* estudiando la casuística inglesa...

<sup>188</sup> Cfr. la práctica inglesa en Sharpe, pp. 223 y ss. Y las acertadas palabras

Pero en todo caso, la prudencia aconseja<sup>189</sup> —lo mismo que lo aconseja en el proceso laboral— el no “alejarse” a los abogados. Si en el escrito de solicitud del *habeas corpus* el juez de instrucción hallare algún punto argüible, debería poder llamar a un abogado; esta posibilidad debe contar entre las del artículo 6º de la Ley (“Promovida la solicitud de HC el juez de instrucción examinará la concurrencia de los requisitos para su tramitación [...] Seguidamente, mediante auto, acordará la incoación del procedimiento [...]”).

## 6. La no exigibilidad de la prueba pericial

La Ley de *Habeas Corpus* de 1984 no es demasiado acertada en cuanto a la prueba en el procedimiento.

Una vez más, y adoptando el presuntuoso lenguaje de la “Exposición de motivos”, dada “la pretensión de universalidad” del HC —esto es, la posibilidad de atacar también las torturas cometidas durante la privación de libertad, que el TC parece recortar de manera alarmante en su sentencia 98/1986, de 10 de julio de 1986, *cf. supra*—, parece incongruente que el texto legal no se preocupe de exaltar la prueba pericial —médica, mas no solamente médica—. Se la “olvida entre las demás”. No está de más recordar, en este grave punto, que la LECRIM, en sus muy acertados artículos 13 y 366,<sup>190</sup> ve como “primeras diligencias”, especialmente preferentes”, las de “protección” a los “perjudiciados”, “agraviados por el delito”. Aquí, aunque no haya delito, en muchos casos, el *sentido común* (la equidad, en el léxico castizo español) exigirá un examen e intervención de médicos, y después, su o sus informes.

Hallo primordial tal examen.

La misma necesaria celeridad impuesta por el legislador al pro-

de Soriano sobre el riesgo de que el HC se torne “un lujo inalcanzable” (p. 273 *op. cit.*).

<sup>189</sup> *Cfr.* la nota anterior en Soriano.

<sup>190</sup> El artículo 13 LECRIM dice así:

“Considéranse como primeras diligencias: las que dan protección a los perjudicados [...]”.

El artículo 366: “Las diligencias prevenidas en este capítulo y en el anterior [son las de ‘la inspección ocular’ y ‘El cuerpo del delito’ al comienzo de sumario] se practicarán con preferencia a las demás del sumario, no suspendiéndose su ejecución sino para asegurar a la persona del presunto culpable o para dar el auxilio necesario a los agraviados por el delito”.

Si los legisladores hubieran desarrollado estas normas, la victimología no sería

cedimiento —veinticuatro horas— viene a imponer la limitación en el ámbito probatorio,<sup>191</sup> y a mostrar su naturaleza *sumaria* en el sentido de la expresión.<sup>192</sup> La doctrina indica que las restricciones impuestas por la celeridad suponen una merma de garantías, que parece acertado pensar, se recuperarán en un posible juicio plenario (al que alude veladamente el TC en su sentencia 98/1986).<sup>193</sup>

### 7. De nuevo, la conformidad del detenido

Gimeno Sendra se plantea el problema de si será admisible “la conformidad” del manifestado (con su encierro, se entiende o entiendo yo). Ya he contestado a ello, *supra*.

A mi entender, en los casos de “internamiento” —y mucho cuidado con ocultar la expresión a un establecimiento *penal*—, antes de proceder a la manifestación del internado, débese pedirle su conformidad.

Para ello estoy acudiendo al *habeas corpus* inglés civil o a la manifestación civil de personas en Aragón. Y sin necesidad de acudir al *case law* inglés, veo los siguientes principios —para el ejecutor de la orden de *habeas corpus*— que me parecen intemporales:

Pidiéndose la manifestación —dice La Ripa— por tercera persona, aunque no quiera, debe ser sacado del parage donde se halla el que es objeto de ella; pero si el que pidió la manifestación (es la civil, se entiende) de sí mismo, al ejecutarla, renunciase del recurso, y no quisiese salir, deberá andar el ejecutor con mucha reflexión, haciéndole preguntas, y repreguntas; y si conociese, ó sospechase, que había violencia, o seducción en ello,<sup>194</sup> deberá sacarla, aunque no quiera, y no lo ejecutará en el caso contrario: de modo, que arreglado a las circunstancias, estará en su arbitrio ejecutar, ó no la manifestación [...] Con todo, en menores Sujetos, faciles de engañar, ó en aquellos, que improran este remedio, con pretexto de alguna opresión, no debe cejar facilmente el Ejecutor porque, como en los pri-

hoy día una ciencia casi extraña en nuestro país, y se protegería más a las víctimas, hoy casi totalmente olvidadas.

<sup>191</sup> Sobre la problemática de los juicios sumarios, sobre la *sumeriedad* en sus diferentes acepciones y aspectos, *cfr.* mi libro *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, Bosch, 1953, *passim*; “Juicio ordinario, plenario rápidos, sumario, sumarísimo”, en mis *Temas*, cit., t. II, pp. 823 y ss.; “El Consulado de Valencia: de proceso a arbitraje: sus posibilidades”, en mis *Estudios de derecho procesal cit.* Madrid, t. I (1983), *passim*. y bibl. cit.

<sup>192</sup> *Cfr.* la nota anterior.

meros puede fraguarse tan fácilmente un engaño, y en los segundos elevarse a mayor grado la opresión, de modo, que con cualquiera de estos medios se inutilice el principal objeto del recurso, no ha de inclinarse, sino en caso muy claro, a condescender con lo que digan.<sup>195</sup>

Así debe proceder el juez en todo caso; bien espere al manifestado en su despacho, bien “se constituya en el lugar donde aquella (persona) se encuentre” (artículo 7º, I, Ley HC).

#### 8. *La posible oposición a la entrega del detenido. La insuficiencia de la reacción legal (“deducir testimonio”)*

La Ley no prevé que la persona que tenga en su poder al sujeto pasivo del *habeas corpus* —al detenido o preso, o internado—, se niegue a cumplir la orden. Cabe, en lo posible, sobre todo, si en el plano de igualdad ante la Ley de todos los españoles que prevé el artículo 14 de la Constitución, resultare que tal detentador... es una alta autoridad.

El que el juez, ante tal conducta, proceda a “deducir testimonio de los particulares pertinentes para la persecución y castigos de los delitos [...] etcétera” (artículo 9º de la Ley), no soluciona nada por el momento, ya que la persona que se iba a manifestar, no lo hace y sigue en poder de esa “autoridad”.

Lo que procedería es, en su caso, continuar con la detención de tal autoridad, *incontinenti*, como autora de un delito de desacato al tribunal<sup>196</sup> y a la puesta del detenido o preso, por la policía judicial si fuere necesario, a la disposición del repetido juez.<sup>197</sup> Y

<sup>193</sup> Cfr. Gimeno Sendra, *habeas corpus*, pp. 194 y ss.

<sup>194</sup> Argumento muy actual. La abundancia de sectas que operan por este tipo de persuasiones, y con organizaciones lamentablemente magníficas, hace que las palabras de Larripa no hayan envejecido.

<sup>195</sup> Cfr. Larripa, *op. cit.*, p. 324.

<sup>196</sup> De este delito, hay personas que pretenden prescindir. Ello supondrá la apertura de los tribunales a la grosería, la zafiedad, a la mala educación cada vez más frecuente, quizás por una lamentable —y no corregida por quien tiene tal obligación— tendencia a confundir “democracia” con lo basto y descuidado; con lo grosero, concretamente.

<sup>197</sup> No estamos en Aragón en el siglo XV, pero la superabundancia de administraciones de nombres barrocos y complejos y de cargos que no lo son menos de nombre, podría justificar medidas de este tipo. Es el problema del *¿Qui custodiat custodes?*

conste que vengo apoyando la introducción en España del proceso por *Contempt of the Court*.<sup>198</sup>

Pensaba yo en la contingencia de hallarse el juez competente para ordenar que se le manifieste otra persona, ante un aprehensor o carcelero o guardián, que sea superior a él administrativamente y que aún estuviera amparado por alguno de los privilegios de inmunidad que tanto proliferan. Y de ahí la idea de esa “delegación general de los tribunales”, para evitar a los inferiores duros trances. La idea deberá reformarse quizás en cuanto al *iter*, pero no en cuanto a su fondo, que no es ni más ni menos que el de la oposición ilegal al *habeas corpus* por parte de una (o varias) personas de alta categoría administrativa u otra, que claramente abusan de su situación, pero al cual abuso interesa poner fin inmediatamente en bien de la justicia —y del detenido o preso ilegalmente.<sup>199</sup>

Lo que nunca se podría admitir es que un juez, en trámite del *habeas corpus*, vea impedida la liberación del detenido por obra de una autoridad. Pasaron los tiempos en que el justicia mayor debía ir “él mateix [...] a la carcel personalment, con companya, e destrales” para “ferir y crebar las puertas de aquella” para liberar a un manifestado contra la oposición de sus guardianes;<sup>200</sup> pero la justicia no debe entregar nunca su *segur*.<sup>201</sup>

## 9. La prueba el posible plenario

En la Ley, falta alguna alusión al problema de la carga de la prueba, problema que ha tenido y tiene muy preocupados a los

<sup>198</sup> Ya existe en España, de manera muy correcta, en el proceso del Tribunal de las Aguas de Valencia.

*Cfr.* sobre esta utilísima figura del derecho anglosajón, p. ej., *Ruling Case-Law*, ed. por McKinney, Northport, Nueva York y San Francisco, Cal., Rochester N. Y., desde 1915, vol. 6º, voz “Contempt”, esp. pp. 490 y ss. Comparándolo con las correcciones disciplinarias de nuestro ordenamiento, *cfr.* Molina Pasquel, *Contempt of Court*, México, Fondo de Cultura Económica, 1953, *passim*. Y mi libro *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso* cit. 2ª ed., pp. 414 y ss.

<sup>199</sup> *Cfr.* mis trabajos cit. “La defensa procesal, etcétera”, el texto por mí propuesto, “A-2”, pp. 44 y ss.; “La reforma procesal penal” cit., el mismo texto.

<sup>200</sup> *Cfr.* Doan Ximénez Cerdán, en su “Litera intimata... a Mossen Martin Diex Daux”, a seguida de las observancias. Es el caso del manifestado Juan de Albeniela, en época del justicia Domingo Cerdán (1362-1391), al que sus carceleros se negaron a manifestar al justicia.

<sup>201</sup> Recuérdesse en Aragón, las graves penas en que incurría quien se opusiere a la manifestación. *Cfr.* mis *Antecedentes...*, pp. 77 y ss.

juristas ingleses y sobre el *habeas corpus* en los casos en que haya discusión.

Los casos más importantes —*leading case's*— mostraron la posibilidad de que la carga de los hechos constitutivos de lo injusto —*unfair*—, lo ilegal de la intención, correspondía, inicialmente, al solicitante;<sup>202</sup> pero podían surgir, bajo la superficie de una “licitud” de la detención, otros elementos que la invalidasen, cuya prueba podía corresponder al demandado;<sup>203</sup> en resumen, la carga de la prueba debía contar con el principio *favor rei*.<sup>204</sup>

Esto es: aunque normalmente —según el principio general del reparto de la carga de la prueba— la prueba de la ilegalidad de la detención correspondiera al solicitante del HC, subyace a la Ley de *Habeas Corpus* que las restricciones a la libertad de locomoción solamente deben permitirse cuando la parte que detiene —que restringe— suministre una clara justificación de sus motivos.

Estas posibilidades que la jurisprudencia inglesa ofrece, han de ser de gran utilidad cuando se trate de probar dos hechos —o series de hechos—, a saber: *a*) los constitutivos de la privación de la libertad de movimiento —detención, etcétera—, y *b*) los constitutivos de las torturas o malos tratos.

Mas lo limitado de la cognición, según la interpretación del Tribunal Constitucional en su sentencia 98/1986 —dejando a un lado y para el ulterior juicio (el penal plenario indudablemente: no puede ser otro) lo referente al trato dado a los detenidos—, lleva a pensar que, en el procedimiento de HC, visto el amplio enunciado éste —recordemos el artículo 1º-d de la Ley (“[...] a quienes no los sean respetados los derechos que la Constitución y las Leyes Procesales garantizan a toda persona detenida”)— en el primero, debe admitirse la prueba que *prima facie* abra el camino a una futura investigación de los hechos constitutivos de las sevicias; sobre todo, habida cuenta de que podrían desaparecer sus vestigios —los de las lesiones producidas—; pero sin que ello deba desequilibrar el futuro proceso plenario.

Raro será que el juez de instrucción —mejor dicho, el perito mé-

<sup>202</sup> Cfr. el caso *Ahsan v. Governor of Brixton Prison* (1969 ) 2 Queen’s Bench, 222, en Sharpe, pp. 86 y ss.

<sup>203</sup> Cfr. el caso *Greene v. Secretary of State of Foreign Affairs* (1942), 1 King’s Bench (1942), 87. Sharpe, pp. 87 y 101 y ss.

<sup>204</sup> Sharpe, p. 91.

dico *adecuado*, cuya intervención veo como *absolutamente necesaria* en todo procedimiento de *habeas corpus*—, no observan la existencia de las consecuencias del mal trato —al menos que, cuantitativamente, constituirían tortura—; ello debe conservarse *como una prueba adelantada*, que no predica su carácter cautelar, ya que no habrá de tener el efecto provisional (reducido al ambiente del proceso de HC) propio de estos procesos y medidas; sino que deberá guardar su efecto para surtirlo en el proceso plenario. Y téngase en cuenta que éste no ha de ser forzosamente penal.<sup>205</sup>

Estimo, en este punto, que las normas aragonesas sobre la manifestación criminal de personas, al tener un doble objetivo: de lucha contra las detenciones desafortunadas —ya cometidas— y las torturas —cometidas o simplemente amenazadas—, regulaban aceptablemente —aún para la actualidad— la distribución de la administración de la prueba por el manifestado, en las fases cautelar —sumaria— y plenaria —declarativa de condena— de dicho proceso: la alegación de “tortura que pretendra seyerle feyta” —y su prueba— quedan para la fase plenaria. Mas no la alegación de la amenaza de tortura, y la detención —que se probaba con facilidad relativa— (Fuero V: “De manifestationibus personarum” cit., de Calatayud, 1461, libro I de la recop. de 1550).

Un formulario para uso de procuradores causídicos, de la época inmediatamente anterior a la estruendosa caída y derogación de los fueros de la manifestación criminal de personas —obra de Felipe II, en las Cortes de Tarazona, de 1592, subsiguiente a las revueltas producidas por la manifestación de Antonio Pérez—<sup>206</sup> nos aclarará bastante la situación práctica.

Escribía y publicaba el notario de Zaragoza Pedro Molinos<sup>207</sup> el siguiente formulario:

<sup>205</sup> Gimeno Sendra, *habeas corpus*, pp. 235 y ss.

<sup>206</sup> Cfr. Marañón Posadillo, *Antonio Pérez* cit. *passim*; Pidal, *Las alteraciones de Aragón* cit. *passim*.

<sup>207</sup> Cfr. Pedro Molinos, *Practica Iudiciaria del Reyno de Aragón*, Zaragoza, 3ª ed., preparada por Curiales de la Ciudad, Diego Dormer, 1649, p. 2276.

Nótese que la 1ª edición de esta obra se publicó en 1575; esto es, se trata de un actor del siglo XVI. Lo que quiere decir que el formulario venía *arrastrado* de dicho siglo, y probablemente, de una situación fáctica anterior a los graves sucesos de 1591 en Zaragoza.

En efecto, dice Marañón (*op. cit.*, t. II, p. 506) que en la petición de manifestación de Antonio Pérez, el peticionario —su fiel amigo Gil de Mesa, también compañero como experto agitador— faltaba a la verdad porque decía que se hallaba preso “en cárceles tenebrosas muy oscuras, con grillos en los pies y esposas de

Ante v.m. &c. parece N. Procurador de N. el qual en dicho nombre en aquellas mejores, via modo &c. grandes voces de apellido dando, diciendo, aui, fuerza, fuerça, y aquellas prosiguiendo, y continuando,<sup>208</sup> dize que algunos oficiales reales, real juridicien exercientes, dentro el presente Reino, ó el otro dellos, sin justa causa, ni feral apellido, ni fragancia (*sic*), han prendido, y tienen preso en carceles oscurísimas, y escondidas al dicho su principal,<sup>209</sup> oprimiendole de manera que mas parece tortura que custodia de la persona, y quieren, sin guardar forma de Fuero, ni derecho castigarle corporalmente: y assi mesmo algunos Notarios estantes en el presen Reino que tienen, y han testificado algunos instrumentos, actos, prec sex, y otras escrituras, y papeles, que hazen en pro y contra del dicho principal, de dicho Procurador, o en que este nombrado, quieren, entienden alterarlos, y la sustancia dellos mudar en graue daño, y perjuyzio del dicho principal de dicho Procurador, y contra Fuero, justicia y razon, y assi es verdad.

Por tanto dicho Procurador en dicho nombre suplica a v.m. dicho señor Lugarteniente prouea, y mande por los Oficiales Reales a quien toca hazer de manifiesto la persona de dicho N. su principal, y las dichas escrituras, procesos, actos y papeles arriba mencionados, y esto de poder de dichos Iuezes, y Notarios arriba nombrados, y del entre dellos donde quiera que sean hallados dentro del Reinom y assi manifestados, guardar la forma del Fuero, suplicando se prouea, &c. y en quanto sea necessario conceda sus letras en forma, &c.<sup>210</sup>

En este formulario hay dos o varias manifestaciones como solicitadas: una —la que aquí interesa— de una persona, y otra u otras, de escrituras.

Mas en cuanto a la primera, gráficamente se describe el hecho de la detención ya consumada, y el de la tortura, en situación de amenaza grave.

(Y se hace una clara alusión al juicio plenario ulterior: “[...] y assi manifestados, guardar la forma del Fuero [...]”).

hierro oprimiéndolo de tal manera que más bien parecía aquello tortura que custodia, y lo que era peor, queriendo hacerle muerte sin atenderse al orden prescrito en las leyes y fueros de aquel reino”.

Estimo que lo que ocurre es que el procurador de Gil de Mesa (o quien redactó la solicitud de manifestación) copió el formulario de Pedro Molinos.

<sup>208</sup> La presentación del procurador no puede ser más expresiva y gráfica.

<sup>209</sup> Cfr. también mi trabajo *Greuges*, p. 653, nota núm. 85.

<sup>210</sup> A seguida, Molinos publica el formulario de la orden (de las órdenes, son varias) de manifestación de la persona o de los procesos); es el *writ* de la práctica inglesa.

He aquí una muestra —a mi entender— de lo que debe ser la amplitud de la prueba en el actual proceso español de *habeas corpus* si en él se quiere, al menos, anunciar una persecución plenaria de las torturas.

A probar, la situación de amenaza de sevicias. Más tarde, en el plenario, el Tribunal Constitucional da ya pautas en su sentencia 98/1986; pautas *que el legislador debería haber dado*.

En el silencio del texto legal, el que fuerza a elevarse a las categorías generales modernas del proceso (examinando, en primer lugar, si se las puede aplicar sin forzarlas); de este contraste se induce que el proceso de HC español es un juicio sumario, en el que no está excluida la alegación y prueba de sevicias durante la privación de libertad (si tales pruebas se pueden practicar en el riguroso y exiguo plazo concedido por la misma ley), en vista del carácter urgente del repetido proceso y procedimiento.

Y por ello he dicho —y repito— que la prueba —el examen, mejor dicho— pericial médico, del sujeto del HC, es *indispensable*.

Y añade —lo he dicho ya en otras ocasiones— que el estado físico que se compruebe en tal sujeto por el médico o los médicos, puede incluso influir en el curso ulterior del procedimiento.<sup>211</sup>

En favor de esta tesis me apoyo en los artículos 13 y 366 de la LECRIM (aunque aquí no se trate de un verdadero proceso penal; pero se va a abrir si hay lesiones): esto es, las diligencias de protección, de auxilio a la víctima directa, son preferentes. Y entre ellas, se halla el cuidado médico y el comienzo de la investigación sobre si hubo —al menos— sevicias físicas.

## 10. La falta de recursos en la Ley

La Ley de *Habeas Corpus* española guarda —indebidamente también—<sup>212</sup> silencio sobre si caben o no recursos contra las resoluciones que el juez del HC adopte. Lo cual lleva a cavilidades (que es lo que un buen legislador debe evitar).

<sup>211</sup> Cfr. mis trabajos *La defensa procesal* cit., esp. pp. 47 y ss. texto previsto “A-5”; “La reforma procesal penal” cit., pp. 176 y ss. el mismo texto.

<sup>212</sup> Hay personas muy capaces de, por no reconocer los defectos de la ley, sostener que el tipo de *habeas corpus* recogido es el de otros ordenamientos y no el británico. Lo cual, en su caso, debería haber sido expuesto en la “Exposición de motivos”. Si la honestidad campea en la ley, el autor debe dar a conocer sus fuentes. Para eso, entre otros objetivos, están las “exposiciones”, más que para entonar cánticos a la misma ley.

El *habeas corpus* inglés (no olvido que la Ley se llama “de Habeas Corpus” y que el artículo 17-4 de la Constitución de 1978 está claro, como está claro que el arquetipo del *habeas corpus* es el inglés),<sup>213</sup> admite la apelación.

En cuanto al sistema de recursos (?) contra la o las resoluciones del juez del *habeas corpus* en la instancia, la Ley también guarda silencio. Injustificadamente abre el camino incluso a las cavilaciones, lo que motiva protestas a su vez justificadas por tal hecho, incomprensibles cuando se adopta una nueva figura —extranjera y extraña al ordenamiento español— y se aspira a su institucionalización.

No debe haber ninguna duda de que los recursos suprajurisdiccionales —constitucionales— estarán abiertos; si así lo consideramos, el de la “cuestión de constitucionalidad” iniciado por los jueces, a instancia de parte o de oficio (artículo 35 LOTC), y el de amparo. Ya hay muchas jurisprudenciales de éste, y al Tribunal Constitucional le toca el “integrar” las normas que por descuido, insipiencia, error u otro motivo, el legislador dejó en laguna, y que no han de resultar pocas, como se va viendo en esta ojeada superficial.

En cuanto a los recursos jurisdiccionales, habremos de recordar que, siendo el *habeas corpus* una institución de origen inglés, no se debe omitir el echar una ojeada al significado de aquéllos en él.<sup>214</sup>

Y comencemos por decir que la expresión “jurisdicciones inferiores” (*Inferior Jurisdictions*) comprende no solamente a la de los tribunales de magistrados (*Magistrate’s Courts*) sino a “numerosos tribunales administrativos y, en ciertas circunstancias, a departamentos del gobierno central, los cuales pueden ser llevados ante la *High Court*” (que es un tribunal de primera instancia funcionando con un solo juez, pero en circunstancias, también como Cámara —*Chamber*—, y en sus casos, con el jurado).

Pero no se trata de una apelación; la *High Court*, que revisa la aplicación del derecho hecha por tales entidades, no puede entrar a revisar los hechos.

<sup>213</sup> Reitero mi explicación. Quien importa una figura, se expone a mucho.

<sup>214</sup> Ya que tienen un significado en ocasiones diferente del de los españoles. P. ej., el ser necesario “el permiso del superior para apelar” difícilmente podría equipararse a la intervención de éste en el recurso de queja del artículo 398 y ss. LEC o de algunas de las de los artículos 233 y ss. de la LECRIM.

Y es contra las sentencias de la *High Court* en donde aparece la apelación.<sup>215</sup>

Hay que tener en cuenta que “el derecho a apelar” contra una resolución de *habeas corpus* —dictada por la *High Court*, en uno de sus jueces— era restringido, según dos pautas: 1a. El tribunal liberaba al detenido o preso y se entendía que el carcelero no tenía derecho de apelación;<sup>216</sup> 2a. En materia criminal, no había derecho a apelar a la *Court of Appel* o a la Cámara de los Lords, contra la resolución de la *High Court*.<sup>217</sup>

Y la carencia de apelación se suplía en ciertos casos, para el solicitante, por su posibilidad —que le abría el *Habeas Corpus Amendment Act* de 1679, V— de solicitar dicho HC sucesivamente de varios jueces y tribunales.<sup>218</sup>

Y se vino entendiendo por los tribunales ingleses, que una liberación —obtenida por medio de un HC— sobre la base de una prueba insuficiente en cuanto al procedimiento en la misma detención, no podría impedir otra ulterior detención, basada en prueba indiciaria más completa.<sup>219</sup> (De manera tradicional, mas a mi entender inexacta, se afirmaba que: “no había *autrafois acquit*”,<sup>220</sup> lo cual indica, a mi entender, el carácter sumario del procedimiento, pero nada más, *cfr. infra*).

El *Administration of Justice Act* —resultado de los casos *Hastings*—<sup>221</sup> pasó a admitir, en los casos civiles y criminales de *habeas corpus*, la apelación (sección 15), y ello tanto con referencia a las resoluciones de concesión como a las de denegación del HC (sección 15(1) ).

<sup>215</sup> *Cfr.* Jolowicz, “The Judgements of the English Appellate Courts”, ponencia nacional inglesa al IX Congreso Mundial de Derecho Procesal (Coimbra-Lisboa, agosto de 1991), inédita, 1, 2, 3, 4.

<sup>216</sup> *Cfr.* Wade-Phillips, p. 459.

<sup>217</sup> *Idem.*

<sup>218</sup> *Cfr.* Sharpe, pp. 202 y ss. Se trata del problema de la reiterabilidad del HC; del de la cosa juzgada de la resolución.

<sup>219</sup> El problema era el de si una resolución de liberación, basada en una prueba insuficiente en el procedimiento de la detención, impediría o no una ulterior detención, basada en una prueba más completa. *Cfr.*, p. ej., *Harsha v. U.S.* (1906) 2 Can. L.J. 754 (P.C.); *Re Royston* (1909) 15 C.C.C. 96 (Man K.B.), en Sharpe, p. 215. No se aplica la regla *autrefois acquit*.

<sup>220</sup> El *autrefois acquit* era el medio de declarar la existencia de cosa juzgada. *Cfr.*, p. ej., Hampton, *Criminal Procedure*, 3ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1878, pp. 188 y ss.

<sup>221</sup> *Cfr.* sobre los casos *Hastings* (1959) 1 Queen’s Bench, 358, Ch. 368, Sharpe, pp. 202 y ss. y 207 y ss.

Se entiende que el favorecido —en los casos del HC civil— por éste, no puede continuar detenido o preso perdiendo su libertad por una apelación de la otra parte, sino si la apelación le es adversa (S. 15(4)). Pero en los casos criminales se puede dar una orden para que el sujeto continúe detenido —o en libertad bajo fianza—, de tal modo que su liberación definitiva depende del resultado de la apelación.<sup>223</sup>

De otro lado, la apelación inglesa exige, en ocasiones, el permiso del tribunal superior,<sup>223</sup> *ad quem*; se da la paradoja de que un juez individual dicta resoluciones de *habeas corpus* sin apelación, pero no puede rechazar tales peticiones, sino que debe remitirse a la *Divisional Court* (del *Queen's Bench*).<sup>224</sup>

La Ley española nos deja un tanto atónitos con sus silencios (que, vista la trayectoria de la técnica legislativa española, estimó como secuencias de estados de duda en el legislador, que él transmite indebidamente a los ciudadanos, imponiéndoselos).

De *raquítico*, tilda Soriano al régimen español, con toda razón.<sup>225</sup>

Contrasta con esta amplitud —dice, con respecto al régimen inglés, sobre el que volveré— de miras con el raquitismo de nuestro *habeas corpus*, que sólo puede ser presentado ante un único juez y que no admite ningún recurso contra su resolución. Dejar un tema de tal relevancia como es la libertad individual y demás derechos afectados en manos de un único juez unipersonal es, me parece, demasiado atrevido. Cuando menos debía haberse consentido una rápida apelación contra la denegación de la tramitación. Incluso la proposición de ley del Grupo de UCD, presentada en 1980, previó esta posibilidad.<sup>226</sup>

Pero más sorprendente —para el que no conozca el actual funcionamiento de las Cámaras estatales— es lo que sigue:

Pero la negativa a un recurso no se refiere solamente a la tramitación del HC, que podía tener [...] algún sentido —sigue Soriano—, sino también al auto definitivo del juez, en el que acuerda el sobreseimiento y declara ser conforme a Derecho de privación de libertad

<sup>222</sup> Sharpe, p. 208.

<sup>223</sup> Jolowicz, t. II, p. 1; Hampton, p. 62.

<sup>224</sup> Sharpe, p. 208.

<sup>225</sup> Soriano, *habeas corpus*, p. 258.

<sup>226</sup> *Idem*.

y las circunstancias en que se está realizando. Ante las enmiendas a favor de unos recursos de reforma y apelación, el Grupo Mayoritario del Congreso,<sup>227</sup> en Comisión y en Pleno, indicó, que, en todo caso, contra el auto judicial cabía el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por estar el artículo 17-4 comprendido con el marco de actuación de tal recurso.

Entiendo que no ha lugar a esta argumentación —continúa Soriano— tangencial (p) en base al amparo,<sup>228</sup> porque las mismas razones que inducen al constituyente a instrumentalizar (*sic*) un procedimiento especial para la libertad personal, también, en el mismo sentido, deberían conducir al legislador a un sistema de recursos que escape a la lentitud propia de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.<sup>229</sup>

Este autor tiene toda la razón. El argumento es un sofisma más. No se puede disimular lo incompleto del modelo que se nos ha impuesto en España ni dejar de criticar la conducta de los autores de tan defectuosa obra, en sus grados de consejeros o firmantes o votantes. Está claro, una vez más, que una ley técnica no puede ser completamente confiada a un Parlamento<sup>230</sup> sin unos buenos equipos de técnicos (técnicos independientes políticamente y no turiferarios). No es una alusión concreta al caso de la Ley de HC. Es una declaración más genérica,<sup>231</sup> quizás influido por el defectuoso funcionamiento de las Cámaras,<sup>232</sup> acongojante para los verdaderos demócratas.

Gimeno Sendra, por su parte, indica —evidentemente, por el silencio de la Ley de HC— que es debe acudir a la LECRIM y que en ella hallamos al recurso de queja —en una de sus numerosas manifestaciones; <sup>233</sup> esta vez, como una especie de sucesor, *Ersatz*

<sup>227</sup> El grupo socialista.

<sup>228</sup> ¿Por qué una persona de la cultura del doctor Ramón Soriano no dirá, correctamente, “con base en el amparo”?

<sup>229</sup> Soriano, “HC”, p. 259.

<sup>230</sup> Cfr. numerosos y garrafales defectos prelegislativos y legislativos, en *Gruigas cit.*, pp. 672 y ss. y en “¡Atención a la técnica legislativa!”, en *RDPr*, 1990-3, *passim*.

<sup>231</sup> Desde años ha, he sido aislado del Ministerio de Justicia. La sección 3ª de la Comisión General de Codificación (a la que pertenezco desde 1976) no es convocada nunca, desde 1982. Y no formo parte de ninguna comisión o grupo de estudios especial.

<sup>232</sup> Cfr. mi trabajo “¡Atención a la técnica legislativa!” cit. *passim*.

<sup>233</sup> Es curiosa la abundancia del uso —correcto— de la expresión “manifestar”. Mas cuando designa técnicamente un acto jurídico de enorme trascendencia, los interesados la olvidan... Cfr. Soriano, “HC”, p. 206.

de la apelación (artículos 233-235 LECRIM), dándole carácter “rápido o sustancialmente acelerado”,<sup>234</sup> lo que en la actualidad podría ser utópico. Y después, va a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (artículo 44-1), hallando aplicable “la manifestación”<sup>235</sup> o protesta previa de la violación del derecho constitucional vulnerado “tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar a ellos”.<sup>236</sup>

A su juicio, esta “protesta” puede operar como una especie de reposición ante el mismo juez del HC, mediante la cual “pueda revisar la resolución pronunciada y, en su caso, emitir otra por la que se restablezca el derecho a la libertad”.

Y después, el citado autor... nos lleva a donde veremos. Pero se está refiriendo, a mi entender, a un proceso plenario que debe suceder. Ese “debe” depende de la voluntariedad del beneficiado (o, incluso del gravado), pero no surge *ope legis*, como una segunda fase del proceso de HC, a la inversa de lo que ocurría con la manifestación criminal.

Después veremos.

Estimo que lo que no se puede admitir en buena doctrina —ni en buena práctica— es que una ley que desarrolla un fundamental derecho constitucional, deje tal cantidad de lagunas; que sea tan defectuosa. Un “Estado de derecho” requiere mucho más. Y un Estado de derecho basado en la ley como fuente del derecho, no puede permitirse dejar “moldes legales a colmar por los tribunales”. A dejarlos legislar, como si fueran los ingleses, los del *common law*.<sup>237</sup> Y a torturar a quienes deben interpretar<sup>238</sup> tan defectuosas normas, llegando a obligarlos a cavilar.

<sup>234</sup> Cfr. Gimeno Sendra, *habeas corpus*, pp. 232 y ss.

<sup>235</sup> *Ibidem*, pp. 233 y ss.

<sup>236</sup> *Ibidem*, pp. 235 y ss.

<sup>237</sup> Y las Leyes de Bases, al ser desarrolladas por reales decretos, no siguen a las Bases; y también puede verse cómo, so pretexto de “erratas” en el *Boletín Oficial del Estado*, se crean normas nuevas —no pasadas por el *iter* constitucional— o se suprimen otras.

Cfr. el caso del real decreto de Procedimiento Laboral de 27 de abril de 1990, publicado parcialmente dos veces, en los B. O. E. del 2 y del 23 de mayo, y el de la Ley 8/1990, de 23 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo (“Ley de Suelo”), en el B. O. E. del 27 de julio de 1990, a la que en una “Corrección de erratas” publicada en el B. O. E. del 4 de agosto, mutila, habiendo de “tenerse por no publicada”, la disposición transitoria octava, en relación con el fundamental artículo 25-2 que queda fundamentalmente alterado.

<sup>238</sup> Se advierte un movimiento por el que la expresión “interpretar”, de tanta

No se puede disculpar al legislador pensando que se trata de un juicio sumario —el del HC— como se está viendo y se verá mejor, y que, por lo tanto, en el plenario ulterior se podrán remediar los posibles defectos o errores que en su sentencia se cometan; no se puede honestamente llegar a esta conclusión exculpatoria —al menos yo no llego a ella—, porque en la “Exposición de motivos” de tal Ley no se dice que el juicio del *habeas corpus sea sumario* claramente; se dice “sumario y extraordinariamente rápido”, pero no “sumario, de cognición limitada”, que era lo que cuadraba. Eso lo ha dicho, acertadamente, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 98/1986, de 10 de julio de 1986, pero no el legislador, que era el obligado a hacerlo.

No entro a relacionar este defecto de apelación con lo previsto en la Convención de Nueva York, de 1966, que en su artículo 14.5 parece abrir un recurso, ya que, como digo, entiendo que se trata de un juicio sumario, y, además, en él no se condena ni se absuelve a nadie.<sup>239</sup>

Todo este problema de los recursos se debe conectar con el de la fuerza de cosa juzgada de la resolución final del proceso de *habeas corpus*, problema también hartamente debatido a lo largo de la historia (pero ignorado también por la Ley española de 24 de mayo de 1984).

### 11. La sentencia, ¿surte efectos de cosa juzgada?

La Ley española 6/1984, de 24 de mayo sobre el *habeas corpus*, ni en su artículo 8º, ni en el 9º ni en ninguna parte, dice nada sobre si la resolución que recaiga en el proceso de HC surte efectos de cosa juzgada y con qué amplitud en cada hipótesis. Laguna en un punto fundamental, que afecta notoriamente a la seguridad

importancia para el derecho, se sustituye por la de “leer”; la “interpretación” de una norma es una “lectura”.

Puede tratarse de ignorancia, de ironía, o de *je m'enfichisme* (falta una buena traducción de esta expresión francesa, de “ser todo igual” al que habla). Pero también podría tratarse de un mensaje liminal o subliminal —ahora aparecen de manera constante y solapadamente— destinado a los juristas *para que no interpretemos las normas más que literalmente*. Ello constituiría una censura gravísima, un horrendo atentado a la independencia intelectual de todo jurista.

<sup>239</sup> Nótese además, la diferencia entre una apelación del ordenamiento de los Estados Unidos y una española.

jurídica de los sujetos de cada proceso, y aun a los terceros, frente a la garantía de los artículos 9-3 y 17-1 de la Constitución.

En cuanto al derecho inglés, ya se ha visto que antes del Administration of Justice Act de 1960, se consideraba que, siendo el *writ de habeas corpus* una “prerrogativa”, sin un procedimiento antes de su emisión, no constituía una sentencia ni se trataba de un juicio *formal*, como los pronunciados en proceso entre partes por medio de *pleadings*. “En otras palabras, el proceso era sumario” —dice Sharpe, a mi entender erróneamente (confundiéndose, lo que es casi normal, al interpretar, probablemente, el principio medieval *sine strepitu iudicci*)—. <sup>240</sup> Por ello, no cabría contra tal resolución un *writ de error*; esto es, no se podía combatir tal error porque no había *res iudicata*. <sup>241</sup>

De ahí que surgiese la práctica —también esta es una reacción *normal* ante la falta de recursos— de promover sucesivamente juicios de *habeas corpus* si el primero, ante un determinado juez, no prosperaba (y ello, al parecer, hasta los casos Hastings); <sup>242</sup> esto es, el del derecho de “ir de juez en juez”, que se vino discutiendo). <sup>243</sup> Entonces se discutió también sobre una de las claves del problema, sobre la falta de apelación en materia criminal. <sup>244</sup>

El Act de 1960 hizo aparecer la apelación, y desaparecer la imposibilidad de reiterar el *habeas corpus* —por su fracaso.

Se impide la formulación de nuevas peticiones de *habeas corpus* sobre los mismos fundamentos, o ante el mismo u otro juez o tribunal, si no se aporta nueva prueba para la nueva presentación. <sup>245</sup>

Esto viene a aclarar mucho la verdadera naturaleza del *habeas corpus*.

La opinión según la cual “no surtiría su resolución efectos de cosa juzgada”, mantenida tradicionalmente en Inglaterra, <sup>246</sup> siendo

<sup>240</sup> Cfr. sobre este brocardo, mis obras cit. en nota núm. 191 y la bibl. allí cit. Hay que destacar la obra de Briegleb *Einleitung in die Theorie des summarischen Processes*, Leipzig, Ed. Tauchnitz, 1859, siempre actual, *passim*.

<sup>241</sup> Sobre este punto, cfr. Sharpe, pp. 201 y ss. con las aportaciones clásicas de lord Coke y lord Holt.

<sup>242</sup> Cfr. sobre los casos Hastings, nota núm. 221.

<sup>243</sup> Para los Estados Unidos, Sharpe, pp. 203 y ss.; análogamente, Osakwe, *op. cit.*, pp. 202 y ss. Desde lord Coke (siglo XVII), cfr. Sharpe, pp. 202 y ss.

<sup>244</sup> Sharpe, p. 202.

<sup>245</sup> Para los Estados Unidos, cfr. la nota núm. 243.

<sup>246</sup> Cfr. la nota núm. 243.

el proceder “sumario”,<sup>247</sup> es errónea.<sup>248</sup> Los juristas del medievo y de la Edad Moderna no fijaron adecuadamente su atención en que la limitación de alegaciones y de pruebas en el juicio sumario —el verdaderamente “sumario” no el simplemente “plenario acelerado”— debía llevar a la conclusión de que la sentencia surtía efectos tan sólo en dichas extensiones.

Es de esperar que en la “gran reforma procesal” actualmente en España, no se confunda ni olvide este problema de la cosa juzgada en el proceso de *habeas corpus*, ni se acuda a la arbitraria solución de suprimir los juicios sumarios “para simplificar”. Por una vez, no se adopte la dirección histórica “hacia el proceso de los primitivos germanos”, al cual he aludido ya en ocasiones, vistas las *innovaciones* y *progresos* de nuestro ordenamiento. . .

Exactamente eso era lo que dejaba campo libre al ulterior proceso plenario, sin que chocase con esa *limitada* cosa juzgada. Y el tratamiento más extenso, intenso, esto es, profundo, de la materia en el plenario, podía dar lugar a una sentencia que, absorbiendo a la del sumario, le fuere contraria, y destruyere al paso aquella primitiva cosa juzgada, más superficial, también más *sumaria*.

Se manifiesta, así, el principio de la temporalidad de la cosa juzgada,<sup>249</sup> plasmándose en el otro principio, en el *rebus sic stantibus* “mientras el estado de cosas sea el mismo —esto es, mientras no se aleguen nuevos hechos y se introduzcan nuevas pruebas— opera la cosa juzgada e impide una segunda solicitud.”<sup>250</sup> Será preciso que se formulen tales alegaciones y pruebas para que, al alterarse la *causa petendi* en su parte fáctica y decisiva, la cosa juzgada privativa quede rebasada.

<sup>247</sup> Sharpe, p. 202.

<sup>248</sup> Cfr. las nociones modernas sobre las limitaciones de la cosa juzgada de los juicios sumarios, por ejemplo, en Prieto Castro, *Tratado de derecho procesal*, Pamplona, Aranzadi, 1982, t. I, pp. 788 y ss. y t. II, pp. 37 y ss. y 165; la arg. ref. a la C. J. de los proveídos cautelares es válida en general. Cfr. Calamandrei, *Introduzione* cit., pp. 78 y ss. Una visión actual de la C. J., p. ej., en Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, Padua, Cedam, t. V, pp. 451 y ss.

<sup>249</sup> Cfr., p. ej., Guasp, “Límites temporales de la cosa juzgada”, *ADC*, 1948; ahora, Merlín, “Limiti temporali di efficacia”, en la ob. colect. *I procedimenti cautelari*, dir. por Tarzia, Padua, Cedam, 1990, pp. 215 y ss.

<sup>250</sup> Arg. Calamandrei, op. últ. cit. *loc. cit.* En concreto, Gimeno Sendra, bien vista la cuestión, en *habeas corpus*, pp. 203 y ss.

Este principio *rebus sic stantibus*, también característico de los procesos cautelares,<sup>251</sup> mas no por ello hemos de dar al *habeas corpus* el carácter de un simple proceso de tal modelo.

En efecto, estimo que “la recuperación de la libertad de movimientos para el hombre”, es un objetivo autónomo. Después, puede investigarse en la causalidad de la detención —en quienes la ordenaron y practicaron.

Pero “la puesta en libertad” no es instrumental de nada ni de nadie; es un fin en sí misma.

Y la *celeridad* en cuanto a promover el correspondiente proceso plenario en determinación de responsabilidades de quienes detuvieron, no se halla motivada por el hecho de que, mientras tal proceso no se monte, la libertad es frágil como instrumento (que dependería de la terminación del principal o plenario); es exógena.

En tanto que cualquier celeridad en un proceso cautelar es endógena, por hallarse en una relación con el principal, de instrumento, que deja de existir con el final del mismo.<sup>252</sup>

Esa *falta de prisa* en promover un juicio plenario “de retorno” tras el triunfo de un *habeas corpus* —el no acudir a los tribunales para exigir responsabilidades a quienes detuvieron— es lo que enmascara u oscurece la escena e impide ver claro que, en realidad, se trata de dos procesos absolutamente diferentes: el primero, declarativo sumario, y el segundo, plenario; relacionados entre sí, mas no dependientes, el primero, del resultado del segundo (de si había o no responsabilidad de parte de quien ordenó la privación de libertad, etcétera).

En tanto que esa *prisa* existió en el proceso de manifestación criminal de personas, ya que la puesta del detenido bajo la jurisdicción personal del justicia era una fase cautelar del mismo proceso, que versando sobre el fondo del asunto (razones de la detención —¿delito?— *tortura* especialmente) resolvía definitivamente sobre tal libertad (o situación cautelar a la jurisdicción del justiciazgo).<sup>253</sup>

<sup>251</sup> Cfr. la clásica monografía de Calamandrei, *Introduzione*, etcétera, pp. 78 y ss.

<sup>252</sup> *Ibidem*, pp. 81 y ss.

<sup>253</sup> Cfr. la misma argumentación, sobre la naturaleza instrumental de los procesos cautelares, desde Calamandrei, en *Introduzione* cit. *passim*.

Y recuérdese que un proceso cautelar puede existir como instrumental de otro declarativo sumario o plenario indistintamente. Calamandrei, *op. cit.*, pp. 138 y ss.

En la manifestación había un solo proceso, con *doble objetivo* clarísimo: el de examinar todo el fondo del asunto, mas también las torturas posiblemente ocurridas durante dicha detención o prisión.

Y en el *habeas corpus* —completo— hay dos procesos.

1º) El propio, de *habeas corpus*, con el solo objetivo de poner en libertad al detenido o preso.

2º) El posible plenario ulterior, para exigir responsabilidades por dicha detención, etcétera.

La libertad (total) en el proceso de manifestación, era provisional, dado el carácter cautelar de su primera fase.

La libertad, en el *habeas corpus*, no es provisional, ya que se trata de un proceso declarativo (de vertiente cautelar, desde luego), sumario. El proceso plenario es, en la práctica, diríase, “facultativo”. El liberado se contenta con haber obtenido el bien jurídico de su libertad, y no hace perseguir a quien ilegalmente le privó de ella —egoísmo inmoral, al menos—. Y se expone a que se declare legal la prisión.

En el proceso de manifestación, la exacción de responsabilidades totales (del privado de libertad y de sus captores, más la tortura), en proceso único —con duración de la medida cautelar de libertad parcial a lo largo de todo él—, no se ceba hasta no liquidar todas las posibles responsabilidades. Incluso las del manifestado.

Me parece bastante claro que el *habeas corpus*, desde esta perspectiva, es un proceso que se detiene en los linderos del egoísmo. En tanto que la manifestación, *imponiendo* también la persecución al autor o autores de las detenciones ilegales, fue un proceso socializante y no egoísta.

Las diferencias entre las dos construcciones —de la manifestación, aun dada su antigüedad y del *habeas corpus*—,<sup>254</sup> me han llevado y me siguen llevando a la conclusión de la mayor perfección técnica de la primera. Y no me ciegan nubes de oftalmía regionalista, como parece diagnosticar Soriano. Máxime si al reconstruirla, se la libera de sus inconvenientes *estamentistas*,<sup>255</sup> na-

<sup>254</sup> No bien valoradas por Soriano, *habeas corpus*, pp. 48 y ss. y “La defensa de la libertad física y el procedimiento de *habeas corpus*”, en *La Ley*, Madrid, núm. 989, 26 de julio de 1984, p. 2. Cfr. *supra*.

<sup>255</sup> Los derivados de su probable desconocimiento por quienes legislaron. Y naturalmente, de los elementos medievales. Cfr. mis “borradores” para un hipotético futuro, en los trabajos cit. en nota núm. 156. De manera análoga a como el *habeas corpus* ha borrado sus reminiscencias anticuadas.

turalmente, y otros. Sin dejar de recordar a dicho autor que también la Carta Magna —clave del *habeas corpus*, recuérdese el caso Darnel— en su párrafo 39, era —y es— *estamentista* ya que se refiere al *liber homo*, y no a los *villeins*. Soriano vio ese defecto en casa mas no en el extranjero, lo que me resulta inexplicable en un filósofo y estudioso como él.

Mas aún quedan más problemas de importancia capital y que la Ley española de 1984 ni menciona ni aborda.

Así, el “del tiempo” del *habeas corpus*.

En general, y con respecto a otro proceso.

## 12. El tiempo del *habeas corpus*

El *habeas corpus*, en Inglaterra,<sup>256</sup> puede solicitarse —el *writ*— desde el momento de la detención,<sup>257</sup> y no debe esperar el momento de ser encarcelada.<sup>258, 259</sup> Lo que me parece bien, ya que —al menos en España— el delito de detenciones ilegales no exige sino una privación de libertad de algunos momentos.<sup>260</sup> Basta, pues, el haber sido aprehendido por un policía.<sup>261</sup>

Pero ocurre a la mente —no a todas— el problema de que se pueda pedir con éxito tras haber sido ya liberado el sujeto, de su privación de libertad.

Los procedimientos se interrumpían por el motivo de la liberación.<sup>262</sup> Pero no deben producir abstención las ideas de que el supuesto detenido no lo esté, por falta de control por sus captores.<sup>263</sup>

Y de otro lado —se dice— el tribunal que expide el *writ* de HC no lo hará como una pena, si el detenido ya está en libertad.<sup>264, 265</sup>

Diferente es la cuestión si, cuando cesa la detención, hay pendiente un recurso de apelación. El Administration of Justice Act de 1960 admite la apelación contra una orden de libertad en cier-

<sup>256</sup> Sharpe. Naturalmente, es necesario acudir a la jurisprudencia.

<sup>257</sup> Sharpe, pp. 175 a 180, y caso Re Isbell (1929), 52 C. C. C.

<sup>258</sup> Sharpe, p. 180.

<sup>259</sup> Sharpe, caso Re Isbell, cit., pp. 173 y ss.

<sup>260</sup> Córdoba Roda, *op. cit.*; Vives Antón, *op. cit.*, demás bibl. cit. en nota núm. 76, *supra*.

<sup>261</sup> Sharpe. *Cfr.* caso Re Isbell cit., p. 180.

<sup>262</sup> Sharpe, p. 185. *Cfr.* casos R. v. Spencer (1778) Gude, Crown Practice, 278; Ex. Parte Cresswell (1844) L. T. O. S. 142.

<sup>263</sup> Sharpe, p. 185.

<sup>264</sup> Esta es la diferencia entre el HC y la manifestación aragonesa.

<sup>265</sup> Sharpe, p. 186.

tos casos, y a menudo ésta toma la forma de una controversia jurídica.<sup>266</sup>

Y otro es también el problema —naturalmente— si había un procedimiento —el de fondo, evidentemente— que corría con la libertad obtenida a través del *habeas corpus*; pero terminado ya por sentencia de condena.

Naturalmente, hay que entender “penas de privación de libertad” y de que se entienda cuantitativamente por tal libertad (de lo que en Inglaterra se ocupan muy cuidadosamente);<sup>267</sup> en efecto, la práctica de los tribunales ingleses no es uniforme.<sup>268</sup>

### 13. *El posible juicio plenario posterior. Sus tipos*

Con respecto a España, estimo que la carencia expresa de recursos en la Ley de HC de 1984, tan defectuosa también en este punto, no debe indicarnos, ni que no los haya,<sup>269</sup> y menos aun que no exista un proceso plenario tras el sumario, que es el de HC (reconocido por el Tribunal Constitucional, sentencia 98/86) de 10 de julio, cit.). Ello nos llevaría al mediano camino del *habeas corpus* inglés, *sumario*, mas sin que se vea claro un *plenario* posterior.

Estos *juicios plenarios* hay que buscarlos —y Gimeno Sendra ha dado con el camino acertado—<sup>270</sup> en el tipo y filiación del acto de la privación de libertad —de quien emana, naturalmente.

Y así, si el “acto” fue civil, lo procedente es promover un proceso civil —por ejemplo, de incapacitación—; si administrativo, un contencioso administrativo; si penal, el proceso penal por detenciones ilegales, etcétera. No olvidando el amparo en los casos de aprehensión por particulares que excediere de los límites del juicio de incapacitación.<sup>271</sup>

Lo que ocurre es que este autor califica de “recursos” lo que, a mi entender, son los procesos plenarios ulteriores al sumario que el *habeas corpus* constituye.

La manifestación, en sus diferentes modelos, lo hubiera puesto mucho más fácil, desde luego.

<sup>266</sup> *Ibidem*, pp. 163 y ss.

<sup>267</sup> *Ibidem*, pp. 185 y ss.

<sup>268</sup> *Idem*.

<sup>269</sup> Gimeno Sendra, *habeas corpus*, p. 234.

<sup>270</sup> *Ibidem*, p. 150.

<sup>271</sup> *Ibidem*, p. 236.

#### 14. La reiterabilidad del juicio de habeas corpus

Otra cuestión diferente es la de la reiterabilidad de las peticiones de HC (en vez de los recursos). Me atengo a lo dicho sobre el efecto *rebus sic stantibus* de cada resolución de *habeas corpus*. Como es natural, también en cuanto a la motivación de las detenciones; que el haber triunfado en un HC no puede significar una inmunidad general permanente.

Por ello, como es natural, el *rebus sic stantibus* también afecta y sólo él a las personas o entidades que detuvieron o apresaron.

### IX. COLOFÓN

Observo, constantemente, confusiones en cuanto a los efectos de la cosa juzgada. Este solo supuesto, el del *habeas corpus* como juicio declarativo sumario, o el de la vieja manifestación como cautelar; sin aludir a la casuística de los efectos constitutivos de las sentencias —especialmente, de las penales—; todo esto, estimo, indica la necesidad de poner mano a la reelaboración de la doctrina de la cosa juzgada.

Echarla por la borda, como pretenderían juristas proclives al desahogo, me parecería absurdo;<sup>272</sup> ello supondría la confusión de lo jurisdiccional —con todas sus garantías—, con lo administrativo —con toda su “comodidad” y su falta de garantías—. Supondría el borrar la distinción de los poderes estatales para tornar a caer en el totalitarismo,<sup>273</sup> lo que olvida algún partidario de un *pragmatismo procesal* mal entendido.

<sup>272</sup> Cappelletti ha ofrecido un nuevo aspecto de su polifacética personalidad, al mostrarse partidario de la penetración en el proceso civil, de los procedimientos de jurisdicción voluntaria “con un mínimo de garantías fundamentales” (que no especificó). Le contestó adecuadamente el ponente, Fazalari. Yo, previendo lo que iba a ocurrir —aunque no a la alegría de Cappelletti— me limité a recordar a Baumbach y a su pretensión de suprimir el proceso civil en favor de la jurisdicción voluntaria, en 1938. A nadie escapó que se trataba de una tentativa totalitaria, la del nacional-socialismo.

*Cfr.* sobre todo este problema, “I procedimenti in camera di consiglio e la tutela del diritti”, tema del “XVII Convegno Nazionale” organizado por la “Associazione fra gli Studiosi del Processo Civile, italiana” (Palermo, 6-7 octubre de 1989), publ. Giuffrè, Milán, 1991, los siguientes fragmentos: Cappelletti, “Intervento”, pp. 273 y ss.; Fazzalari “Réplica”, pp. 295 y ss.; mi comunicación, sobre el tema, pp. 177 y ss. y la cita de Baumbach, p. 204.

<sup>273</sup> *Cfr.* Baumbach, “Zivilprozess und Freiwillige Gerichtsbarkeit” en ZAK, 1938, pp. 583 y ss.; y su inmediata crítica por Calamandrei, muy alarmado justamente, “Abolizione del processo civile?”, en *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1938-I, pp. 336 y ss.

## Siglas y abreviaturas utilizadas en este trabajo

ADA	<i>Anuario de Derecho Aragonés</i>
ADC	<i>Anuario de Derecho Civil</i>
ADP	<i>Anuario de Derecho Penal</i>
BCAM	<i>Boletín del Colegio de Abogados de Madrid</i>
BILE	<i>Boletín de la Institución Libre de Enseñanza</i>
Bol. Mex. Der. Comp.	<i>Boletín Mexicano de Derecho Comparado</i>
BOE	<i>Boletín del Estado</i>
CPC	Code de Procédure Civile o Codice di Procedura Civile
CPP	Code de Procédure Pénale o Codice di Procedura Penale
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CJ	Cosa Juzgada
Y. B.	<i>Yearbook of the European Community</i>
HC	<i>Habeas Corpus</i>
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
RAP	<i>Revista de Administración Pública</i>
RB	Rättegångsbalk (Código procesal unitario de Suecia)
RENJ	<i>Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia</i>
R DPR	<i>Revista de Derecho Procesal</i>
RDP rIber	<i>Revista de Derecho Procesal Iberoamericana</i>
RDP rPIF	<i>Revista de Derecho Procesal (Publicación Iberoamericana y Filipina)</i>
RFCJSG	<i>Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala</i>
Riv. Dir. Proc.	<i>Rivista di Diritto Processuale</i>
Riv. Dir. Proc. Civ.	<i>Rivista di Diritto Processuale Civile</i>
RGLJ	<i>Revista General de Legislación y Jurisprudencia</i>
Rev. Der. Jud.	<i>Revista de Derecho Judicial</i>
StPO	Strafprozessordnung
ZAK	<i>Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht</i>
ZPO	Zivilprozessordnung