

LA LUCHA CONTRA PRIVACIONES DE LIBERTAD Y TORTURAS: OJEADA SOBRE LA “MANIFESTACIÓN”, EL “HABEAS CORPUS”, EL “AMPARO”, EL “MANDADO DE SEGURANCA”

Por el doctor Víctor FAIRÉN GUILLÉN*

Profesor Emérito de la Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid.

Este trabajo, forma parte de una serie de otros, larga y publicada en diversos lugares. Ahora, vuelve a Mexico, bajo la égida de la prestigiosa *Revista de la Facultad de Derecho de México*, en su 50 Aniversario. Reúne en sí datos sobre toda una serie de “medios jurídicos” — precisa de una expresión muy amplia para recogerlos a todos— de defensa de los derechos del hombre a la libertad de movimiento y a no ser torturado. Se trata de pasar una breve revista a medios como la aragonesa “Manifestación de personas”¹ — y a sus cercanos parientes, los recursos de “Firmas” — de ahí surgieron los *amparos* y el primero y más potente, el de agravios o *greuges*—; del *habeas corpus*, tan extendido (y diversificado); de los *amparos* de Iberoamérica — y en especial del mexicano, uno de los de mayor ámbito—; del brasileño *mandado de segurança*. Se retorna a España en ojeada al panorama actual, sin perjuicio de contemplar algo sobre la Lucha Jurídica Internacional contra la tortura.

En no poca parte, estos tipos procesales, están dirigidos a lo que ahora se llama “defensa de los derechos fundamentales”. Y en la Edad Media, *amparaban*, no solamente a los aragoneses, sino a todos los que por el Reino de Aragón transitaban.²

El Justicia Mayor, en época ya históricamente bastante aclarada, era nombrado por las Cortes con el Rey y fue un “Juez intermedio” entre los Nobles y dicho Rey (1265, Fueros de Ejea de los Caballeros, Tit. “De Officio Justicia Aragonum”, Libro I de la Recop.), extendiéndose más tarde su jurisdicción a resolver los litigios entre el Rey y las Universidades y “hombres buenos” (“Privilegium Generale Aragonum”, Zaragoza 1283, Libro I de la Recop.). Estaba protegido, al principio, por una inamovilidad consuetudinaria — garantía de su in-

* Miembro de la “International Association for Procedural Law”.

Vicepresidente I Hon., del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

algunas veces la manifestación se hace por la Corte del Señor Iusticia de Aragón, a posse Iudicum, vt sine causa cognitione, el preso sea castigado: aut ne in carceribus sapientibus torturam detineatur";⁸³ y trae un formulario, extremadamente gráfico, de un escrito de petición de manifestación de personas:

Ante v. m., &c, parece N. Procurador de N. el qual en dicho nombre, en aquellas mejores, vía modo, &c. grandes voces dando, diziendo, aui, aui, fuerça, fuerça, y aquellas prosiguiendo, y continuando, dize que algunos oficiales, reales, real jurisdicción exercientes dentro el presente Reino, o el otro dellos, sin justa causa, ni foral apellido, ni fragancia (sic), han prendido, y tienen preso en cárceles escurissimas, y escondidas al dicho su principal, oprimiéndole de manera que más parece tortura que custodia de su persona, y quieren, sin guardar forma de Fuero, ni derecho castigarle corporalmente. . ."

Por lo 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 manifesto la persona de dicho N. su principal. . . y assi manifestado, guardar la forma del Fuero, suplicando se prouea, &c. y en quanto sea necessario conceda sus letras en forma, &c.^{84, 85}

En este formulario se advierte la conexión de los hechos; este era el sano camino procesal, y no el "de dar vueltas" para, episódicamente, poder intentar un sólo proceso por ambos supuestos delitos, y eso, tropezando con dificultades.

En la actualidad, el preocupante problema de las privaciones ilegales, por obra de funcionarios o empleados públicos, seguidas de tortura o malos tratos con la finalidad de obtener declaraciones o "confesiones", es tal, porque "no resulta de ninguna manera excepcional que no se enjuicie a un infractor en el país en el que se comete el delito".⁸⁶ El artículo 1o. de la Convención contra la tortura y malos tratos de 1985, está bastante claro; las legislaciones nacionales, en su caso, también [en diversos países a los que el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos invitó a informarle en 1986, por denuncias sobre medidas destinadas a impedir y/o combatir la tortura "y establecer garantías destinadas a proteger al individuo contra la tortura",⁸⁷ hay normas de factura muy apreciable y en alguna de ellas se combate el delito de "abuso de autoridad contra personas encarceladas o detenidas" - Italia, Art. 608 del Código Penal; República de Corea, Art. 125 del Código Penal, de parecido tenor]; lo grave es que no se cumplen, ya que la tortura de privados de libertad por autoridades, parece no remitir; aunque las cuestiones que suscita dicho Relator son acertadas, quizás omite el fijar debidamente su atención en el funcionamiento de los mecanismos procesales de cuya existencia le avisan

los Estados interesados. Indudablemente, si se llegase a una codificación internacional de tales normas procesales, nuestra lucha contra privaciones ilegales de libertad y sevicias subsiguientes, quedaría muy simplificada; pero para ello, es necesario, básicamente, que la "tortura" sea declarada delito internacional;⁸⁸ después, vendría la unificación (?) de los mecanismos de garantía contra aquélla en torno a un tipo único de proceso. *Hic sunt leones*. La posición de juristas como el inglés Leonhard H. Leigh, es indiciaria,⁸⁹ y también es significativo el desacuerdo existente en el Reino Unido sobre la redacción de un nuevo "Bill of Rights" (pese a la larga y fuerte tradición inglesa sobre este tipo de instrumentos: recordemos desde la ilustre Carta Magna, pasando por el "Habeas Corpus Amendment Act" de 1678, al "Bill of Rights" de 1688 y al "Settlement's Act" de 1701). Se trata —campo de la jurisdicción nacional— de terreno muy resbaladizo, incómodo para los Estados. Pero las situaciones se compilan día por día, y el futuro aparece amenazador.⁹⁰ A tal punto llegados, bien podría ser el modelo de proceso, el de "*habeas corpus*", limando sus natales y evolutivas limitaciones, con la mayor amplitud y dedicación a las conexas sevicias de la "*manifestación*" aragonesa (lo que no constituye un problema tan grave y heterodoxo como algunos imaginan; basta recoger su *filosofía*, y ésta es muy sana y sencilla;⁹¹ "Amparo", "Mandado de seguridad" vendrían a coadyuvar con sus mayores. . . sin desdoro alguno.

Y estimamos haber determinado un error históricamente cometido en la lucha contra privaciones coactivas de libertad-sevicias: la no consideración de su muy frecuente conexión material y procesal. El instituir dos procesos y dos jueces o tribunales para que recorran un doble —y artificioso en muchas ocasiones— "iter" constituye una falsedad de principio; y lamentablemente, cuesta mucho trabajo emanciparse de tal error. Quizás porque la confesión, por los Estados, de que sus funcionarios respectivos intervienen en actos reprobables como lo es la tortura, es diputada como humillante. Posición de orgullo, de prepotencia, inútil, absurda y aún ridícula, avocada a ser descubierta públicamente, tarde o temprano. Y porque la creación de una jurisdicción internacional "se podría estimar" como un fracaso de las nacionales. . . Cuando no es así; se trata de complementar, no de interferir o avasallar. Y los complementos, cuanto más sencillos sean, mejor. Y nada mejor que acudir a los medios básicos que la historia aconsejó como adecuados. Y nada de detenernos ante eruditos escolios, sobre si la manifestación no se aplicaba a los vasallos feudales y la Carta Magna a los hombres no libres. Dejémoslos para discutir tranquilamente

Es raro que un Parlamento interviniera en la resolución de un proceso como el de "greuges", ya que los mismos podían promoverse como objeto de los procesos de "Firma" o de "Manifestación" ante el Justicia y su Corte; pero en tal caso, las sentencias del Justicia o de sus Lugartenientes, alcanzaban solamente a las partes en el procedimiento concreto — cosa juzgada — en tanto que, las sentencias dictadas en el proceso de agravios, tenían "carácter general", eran sentencias del tipo que hoy se llamaría "constitutivas", con un efecto especial "erga omnes", a toda una comunidad de gentes que se hallasen en la misma situación jurídica; que no en balde se habla hoy de "jueces-legisladores" (Cappelletti) (además, el proceso por "greuges" era gratuito, y los de "firma" y "Manifestación" causaban costas; por último, Molino nos trae casos de "greuges" particulares que, pese a tal carácter, fueron sometidos y resueltos en juicio específico de agravios. En él, si el que dictaba la sentencia era el Justicia, consideraba su labor a las luces modernas (lo cual no es incurrir en imposibles comparaciones), era un juez constitucional. Y conocemos casos en los que el Justicia, en varias ocasiones, condenó, en procesos de greuges, al Rey, o a varios Nobles que habían cometido "greuges" contra el primero (Cortes de Zaragoza y Zuera, 1285).¹³

Y ante el Parlamento, reunido en Zaragoza en 1398, el Justicia Mayor Joan Ximénez Cerdán dictó sentencia de "anulación y casación" de varios "privilegios" multitudinarios concedidos por diversos Reyes a varias ciudades populosas del Reino (Calatayud y sus aldeas; Daroca y sus aldeas y Teruel y sus aldeas).¹⁴

Estos "privilegios" multitudinarios, vulneraban los principios fundamentales del "juez legal" y del *proceso legal ante el juez competente*; y, como se ha dicho, a mayor semejanza con la actividad cuasilegislativa actual de los jueces y tribunales en sus sentencias constitutivas — la jurisprudencia como fuente del derecho: nada nuevo, ni en los reinos españoles ni en Inglaterra —, la citada sentencia pasó a formar parte de las "Observancias" derecho jurisprudencial y doctrinal vivo hasta 1435 y entró en su Recopilación, como la número 11 de la Rúbrica "De actus curiarum", en su Libro IX.

Para abrir el proceso por "greuges", era necesario que éstos fueren producidos por alguien que fuese portador de "jurisdicción" — en el sentido lato de la expresión; autoridad —; de lo contrario, los procesos que correspondían, eran, bien los de "Firma", bien de "Manifestación".

III. EL PROCESO DE "FIRMA DE DERECHO"

La "Firma de Derecho", era una orden de inhibición que se podía obtener del Justicia de Aragón (o de uno de sus Lugartenientes posteriormente), fundando una petición escrita en alegaciones defensivas genéricas, con prestación de caución para garantizar la presencia del solicitante en el proceso para la ejecución de la orden de "firma". Tal orden, impedía a la autoridad destinataria (o "in genere" a toda autoridad, firmas "volanderas") continuar una actividad (jurisdiccional, administrativa; incluso a veces, política, etc.) desfavorable para el peticionario (por ejemplo, aprisionarlo; privarlo de sus bienes; etc.). El mismo Rey estaba sujeto a las "Firmas";¹⁵ recordemos el caso ocurrido en 1386 al Rey Pedro IV, requerido de inhibición por el Justicia Mayor Domingo Cerdán, para que dejase de vulnerar los derechos del Primogénito de la Corona; y también las máximas autoridades del Reino; así, en otro caso, fue el Gobernador de dicho Reino el que, habiendo desobedecido una "Firma" del mismo Justicia, Domingo Cerdán, fue aprisionado por éste como culpable de tal desafuero.^{16, 17}

Las "Firmas", operaban, pues, contra jueces, funcionarios y personas particulares a fin de evitar perturbaciones a la persona peticionaria y sus bienes en contravención a fuero. Había "firmas" civiles y penales; y subtipos diferentes; "firmas" "por gravámenes fazederos" o "futuros" y "firmas por gravámenes causados" o "presentes"; "firmas con sujeto pasivo determinado" o no (estas últimas, las "volanderas", de enorme campo de acción y eficacia).

La "Firma" "de greuges fazederos", "temidos", "futuros" ("firma gravamini fiendorum") era un proceso cautelar, como tal, provisional, preventivo, de procedimiento simple.¹⁸ Se producía por medio de un escrito presentado al Justicia (o a uno de sus Lugartenientes desde su aparición e inicio de sus "jurisdicciones"), por medio de representante del interesado, procurador o por él mismo, con expositivos;¹⁹ el Justicia (o su Lugarteniente) debía resolver sobre la petición en plazos muy cortos; su "carta de firma" o "letras"²⁰ constituían el título a exhibir si la actividad temida tenía lugar (por ejemplo, la temida prisión o privación de bienes). Y una vez expedida, "otorgada", por el Justicia o su Lugarteniente, y mientras no fuere revocada por él mismo (en otro proceso, instado por la persona o autoridad contra la cual la "firma" se había dirigido, y llenado "proceso de revocación de Firma"), debía ser obedecida so amenaza de graves penas (recordemos al Gobernador del Reino, aprisionado por el Justicia, por haber

diversos Estados, y aún dentro del mismo: ¹⁰⁴ nos arriesgamos a olvidar que una “garantía de amparo” sería igual a “due process”, “debido proceso”. ¹⁰⁵

Y al resumir el problema en su centro de gravedad, éste, naturalmente, es, de nuevo, general — el “due process” —.

El problema de esta clasificación deviene aún más complicado, si contemplamos el panorama del Derecho Comparado. Un ejemplo nos ilustrará.

Según la legislación federal de México, el “amparo”, comporta una triple — o cuádruple — aparición: ¹⁰⁶ como *recurso de inconstitucionalidad*, construido a la americana; ¹⁰⁷ como *amparo, protección contra actividades de autoridades administrativas* que pueden parecerse — todo en principio y no en detalle; más bien por “inspiración” — ¹⁰⁸ en determinadas hipótesis, a la *manifestación* y a la *firma aragonesa*; ¹⁰⁹ se le cita como relacionado con el *mandado* de *segurança* brasileño. ¹¹⁰ El nombre, multívoco, es de una gran expresividad; ¹¹¹ y la reducción a la unidad, tanto del *amparo* mexicano, como del *mandado de segurança brasileiro* (éste, con el *habeas corpus*) presentaría graves problemas. ¹¹²

Más problemas suscita aún el proceso ¹¹³ brasileño de *mandato de segurança* — del cual ya hemos comenzado a ocuparnos en notas anteriores — y que merecería volúmenes completos, ya que allí se han planteado y resuelto en pocos años, problemas de gran envergadura, de política constitucional — procesal, de crear, consagrar, refundir, ampliar, restringir, etc., este medio procesal, en los “alrededores” del *habeas corpus*, a su vez, y en una época — desde 1891 a 1926 — en que es extraordinariamente desarrollado, hasta su exceso. ¹¹⁴

Como estudioso ajeno al campo en que se desarrollaban grandes polémicas sobre dicho medio procesal, Alcalá-Zamora Castillo nos narra así el “bosque” que los árboles no nos dejarían ver:

“La índole política del mandato de seguridad explica que la institución. . . pertenezca a la categoría de acciones con raíz en la Constitución. . .”; “La doble configuración, política y jurídica, del mandato de seguridad es probablemente la causa de los tan distintos antecedentes y afinidades que se le señalan. . . Destacaremos que la lista de ellos formada por los expositores brasileños consultados es sobremanera variada y abarca desde los interdictos romanos ¹¹⁵ hasta. . . las manifestaciones de justicia constitucional europea más próximas al advenimiento del *mandado*, como las soluciones austriaca y española ¹¹⁶ pasando. . . por los procesos forales aragoneses, el *habeas corpus* y de más *writs* anglosajones. . . el *due process of law* americano, el *détour-*

nement de pouvoir francés, el amparo mexicano y hasta. . . las acciones sobre estado civil". En cuanto a los elementos alógenos, el A. sigue: "la acción sumaria especial del artículo 13 de la Ley 221 de 1894, la con toda justicia denominada doctrina brasileña del *habeas corpus*¹¹⁵ y el. . . empleo de los interdictos en un determinado momento para la protección de derechos personales. . .¹¹⁶ (el *mandado*) encadena la idea de amparo, que desde Aragón a México parece asociarse de preferencia con los derechos personales, y los interdictos posesorios. . ."¹¹⁷

Examinando en resumen, la trayectoria brasileña del *habeas corpus*, Alcalá-Zamora Castillo sigue así:

De las tres fuentes nacionales. . . es indudable que la de entronque más directo e importante está constituida por la doctrina brasileña del *habeas corpus*, o, si se prefiere, por el alcance que la interpretación le dio al artículo 72 ó 22 de la Constitución de 1891.¹²⁰ Merced a ella, el *habeas corpus* se hipertrofia, y con olvido de su remoto antecedente romano,¹²¹ del más próximo anglosajón¹²² y de su propia etimología, se extiende desde la mera libertad de movimientos o de locomoción hasta la tutela de otros muchos derechos ciertos y exigibles, según sentir de la jurisprudencia,¹²³ que más tarde trascenderá e imprimirá carácter al mandato de seguridad,¹²⁴ ¹²⁵ e incluso, a juzgar por una sentencia desestimatoria del Tribunal Supremo en 1916, se intentó sacarlo de quicio a fin de aplicarlo a la protección de los derechos reales, y concretamente, a la posesión de bienes.¹²⁶ Semejante dilatación provoca la reforma constitucional de 1926 en que el *habeas corpus* que sale de ella mutilado, aún cuando todavía, quizás por el espíritu conservador tan generalizado de las profesiones forenses, que, sin embargo, en este caso condujo a un resultado liberal, siguiese operando, hasta 1934 en que nace el mandato de seguridad, como remedio universal contra ilegalidades y abusos de poder.¹²⁷

Inspirada en motivos *políticos*, reaccionarios, mercedores como tales de una enérgica repulsa, no puede negarse tampoco que desde el punto de vista estrictamente *jurídico*, la reforma constitucional de 1926 tuvo el mérito de restituir a su verdadero y estrecho cauce al desbordante y desbordado *habeas corpus* brasileño. Pero al hacerlo, dejaba a la deriva. . . un crecido número de derechos que desde 1891 a entonces se habían parapetado tras él. . . Así las cosas, cabían dos soluciones. . . la una, retornar a la decimonónica doctrina brasileña del *habeas corpus*, con la consiguiente desnaturalización del concepto, y la otra, elaborar un nuevo remedio para la tutela de cuantos derechos quedaron desguarnecidos al restringirse las posibilidades de aquél. Fue este segundo el camino emprendido, con la creación, en 1934, del mandato de seguridad. Se resolvía así una cuestión, pero surgía otra: en lugar de un solo instrumento, eso sí, hipertrofiado durante la etapa 1891 a 1926, funcionarían dos, *habeas corpus* y mandato de seguridad, mejor delimitado el primero, pero sin una nitida separación respecto del segundo, como tampoco frente a la acción anulatoria de la ley No. 221 de 1894, por no traer a colación los interdictos.¹²⁸ Esa pluralidad, que hace del sistema brasileño de medios y remedios impugnatorios, junto con el argentino, uno de los más complicados del mundo. . . puede simplificarse. Prescindiendo de los interdictos y de la acción anulatoria, *habeas corpus* y mandato de seguridad deberían refundirse, hoy en día

ciada, el Justicia se subrogaba en lugar de dicha autoridad y era él quien dictaba la sentencia sobre el fondo, por la cual, podía ordenar la liberación definitiva del sujeto, o su condena, y además, proceder contra quien lo condenó por medio de un proceso muy rápido (“summarie et de plano”).²⁴ Era pues, un proceso, cauteloso en su primera y original fase, para evitar detenciones, etc. contrafuero, y sevicias durante las mismas — se había “visto” con mucho acierto la frecuente conexión entre ambos delitos—; y de condena, plenario, en la segunda.

Déjando para otro punto un breve examen de los posibles antecedentes remotos de la “manifestación de personas” —la había de diversas especies, cfr. infra—, en Derecho Romano, algunos *interdicta*; en Derecho visigótico, Concilio de Toledo XIII (683), etc.; en Aragón, la “manifestación” de personas en el terreno penal, debió ser un corolario de los Fueros de Ejea de los Caballeros de 1265 y del “Privilegium Generale Aragonum” de Zaragoza, de 1283, con la muy clara aparición del Justicia Mayor como “Juez intermedio” entre el Rey y los Señores, la Iglesia y los Infanzones y las Ciudades del Reino. Así aparecía el *principio del juez legal y competente*.

Y respectivamente al *principio de legalidad del proceso penal*, en el Juramento de los Reyes y “Oficiales” del Reino de Aragón, estatuido —si no antes; del comienzo de su texto así podría inducirse— en 1348, ya vimos que aparece un fragmento²⁵ con ciertas semejanzas con otro de la *Carta Magna* inglesa; y en efecto, la manera jurídica de garantizar el “no matar, ni herir, ni exiliar, ni conservar preso que hubiere prestado caución de derecho” —el “due process of law”; la expresión inglesa le cuadra perfectamente— era el de asegurar que tales medidas no se adoptarían “*menos deconoximiento de iudicio et devidamente, sequit fuero*”; y no olvidemos que en la Carta Magna, aparece la expresión “*aut aliquo modo destruator*”.

El objetivo de la “manifestación de personas en lo criminal” en Aragón, era el de asegurar a detenidos y presos o personas maltratadas²⁶ contra agravios que se les infiriesen durante el desarrollo de un procedimiento ordinario —especialmente, por medio de privación de libertad contra fuero y sevicias aprovechando la misma, llamamos la atención sobre la importancia de la conexión de ambos delitos, que aún hoy se sigue ignorando en algunos medios de lucha contra tales excesos—; si bien la “*quaestio*”, el tormento, había desaparecido de Aragón “de hecho antes que de derecho”,²⁷ siempre persistía la imagen de su peligro (como subsiste en la actualidad y la alarma; cfr. infra). No se trataba de liberar incondicionalmente a los presos, ni de rehuir

VII. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA:

Así los derechos y libertades reconocidos en el artículo 14 y en la Sección 1a. del Capítulo II (artículos 15 al 29).¹³³ Su protección desde el punto de vista procesal, se confía a los tribunales ordinarios "por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad" "y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional". También se aplica "a la objeción de conciencia" del Art. 30" (artículo 53-II Constit. de 1978).

Por su parte, los derechos y libertades reconocidos en la Sección 2a. del Capítulo II (artículos 30 a 38). Su protección procesal corresponde a los tribunales ordinarios por medio de los procesos "ordinarios" pero no cabiendo recurso de amparo (se les excluye con la remisión sólo el Art. 161-1, a; el recurso de inconstitucionalidad, de legitimación, naturalmente, muy limitada).¹³⁴

Y de otra parte, los derechos reconocidos en el Capítulo III del Título I (artículos 39 a 82 de la Constit.); los "principios reconocidos en el Capítulo III, Título"; se trata de principios políticos y económico-sociales y no de derechos; deben ser consagrados por leyes, y en ellas se fijarán los mecanismos protectores: (Art. 53-3 Constit.). Y sin embargo, tales "principios" son fundamentales de manera *inmediata* para el pueblo español, y es lamentable el abandonarlos a una tutela indeterminada.¹³⁵

Este ordenamiento multiforme, ya no es, en principio, de buen agüero; y de menos aún el que, cuando aparece un mecanismo procesal "concreto" (?) *al lado* del *habeas corpus* del artículo 17-4 - sólo en los casos del artículo 53-2 - se le confía a otro vehículo tan oscuramente definido¹³⁶ y aún anclado en plena confusión; la que produce el que, desconsideradamente¹³⁷ se utilice la anfibológica expresión "procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad"^{138, 139} y abriendo en condiciones también confusas, el recurso de amparo,¹⁴⁰ quizás mutilando los procedimientos adoptados como previos para "acelerarlos" (?).^{141, 142.}

La Ley de Protección Jurisdiccional de Derechos Fundamentales de la Persona de 26 de diciembre de 1978, que ya "comprendía" provisionalmente, en su Art. 18-2 toda una serie de "libertades" se vio completado¹⁴³ en su provisionalidad por el Real Decreto de 20 de febrero de 1979, que incorporaba - algunos por segunda vez - al ámbito de protección de tal ley, que ahora veremos, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, el secreto de las comunicaciones telefónicas y telegráficas, la libre circulación

por el territorio nacional, la libre entrada y salida de España en los términos legales, la libertad de cátedra y la libertad sindical.

Pero, la "provisionalidad" de la Ley de 26-12-1978 no podía hacer esperar —sin duda—; y así, los derechos fundamentales, comenzaron a ser regulados y defendidos por normativa especial y dispar.

No fue óbice para este desarrollo, fragmento por fragmento,¹⁴⁴ el hecho de la preparación del ya aludido Anteproyecto de Ley Orgánica, en 1983.

Más actuando, en brevedad, y ordenadamente, no podemos esquivar la vista de los defectos graves que se observan en la misma Ley de Garantía (Provisional) de los Derechos Fundamentales de 27-12-1978. Así, por ejemplo, las "abreviaciones" que se introducen en el procedimiento de "garantía penal" —Art. 3o.—, no vemos que hagan otra cosa que enmascarar la falta de algún presupuesto de los denunciados como "artículos de previo pronunciamiento"; el plazo para calificar, es corto y su "comunidad", en no pocas ocasiones, será mejor un estorbo a situaciones de parte que no constituyen un litisconsorcio necesario; la tramitación "urgente y preferente de tales asuntos, deviene una simple fórmula; ya denunciamos años ha, la existencia de otros turnos de "asuntos preferentes".¹⁴⁵ La "garantía civil" remite los asuntos en su trámite al rito. . . de los incidentes, verdadero lugar común de los legisladores (Art. 13 Ley); ya hemos puesto de manifiesto, y sin contradicción, que por ejemplo, el juicio de menor cuantía, es más correcto que el incidental.¹⁴⁶

Si el desarrollo legislativo desde 1978 hasta el presente, es más bien proclive a la creación de procedimientos especiales para cada caso, o a modificar "abreviándolos", —en ocasiones sin demasiadas contemplaciones y llegando hasta la mutilación—, los ya existentes, el "Anteproyecto" de 1983, parece propender a una "centralización" procesal y procedimental de las garantías de los derechos fundamentales, en cuanto a los contenidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución.

Un sucinto examen de este texto,¹⁴⁷ nos lleva a pensar que en él, hay errores de grave entidad, sobre los cuales no se puede pasar. Los enumeraremos.

El "Anteproyecto" (el "A" de aquí en adelante), regula las garantías civil, penal y contencioso-administrativa.

En lo civil, ya insinuamos el error que comete al entregarse al so-corrído procedimiento incidental, sin que sus autores recordasen que el de menor cuantía y en la época, ya era bastante más correcto; o el verbal; en lo contencioso-administrativo, del que eliminó trámites en beneficio de la celeridad sin duda — como la reposición previa, u otro

“recurso previo”, cuidando un poco más el *hic* de este proceso, esto es, el de su efecto suspensivo de la actuación administrativa con efecto retroactivo a la resolución impugnada; conservando el trámite ordinario integrado por demanda preliminar y demanda total, fundamentada (y en ella se ejercita totalmente el derecho de pretensión,¹⁴⁸ por lo que el silencio debería considerarse como “no-ejercicio” de la pretensión, y como tal, motivo de archivo de lo actuado sin más, como desistimiento);¹⁴⁹ suprimiendo las conclusiones, sean de vista, sean escritas, pero respetando la apelación (Arts. 6 a 10). En cuanto al trámite para lo criminal, la Ley “provisional” se remitía al indebidamente llamado “procedimiento de urgencia” de la LECRIM, con leves “concentraciones de actos procesales”: la de los “artículos de previo pronunciamiento” sobre el fondo —dudosa mejora— y la abreviación de los plazos para calificar; la figura de la pretensión de resarcimiento unida a la punitiva, se altera, al intentar evitar una liquidación posterior a la sentencia (así, se impone la sentencia objetivamente compleja), etc.

Pero la Ley de 26/12/1978, omitió el fijar una “garantía jurisdiccional laboral”; todo parece indicar que los legisladores no pensaron en ella. . . aunque el campo de acción de la ley se ampliase, por el cuestionable Real Decreto legislativo de 20 de febrero de 1979 a la *libertad sindical*; y esta omisión, tiene gran importancia, ya que entre los derechos amparados —permítase el uso “en abstracto” de la expresión— por dicha Ley, los de los Arts. 14 al 29-3o. de la Constitución, los hay de contenido laboral; y además, la remisión al tipo de “proceso-tipo” laboral, nos parecía inexcusable, con su procedimiento ordinario, ya que nos hallamos probablemente ante el más acreditado —por el transcurso del tiempo de su práctica, bajo diferentes tipos de tribunales y en circunstancias de lo más diverso— de los más cerrados tipos procedimentales españoles (desde su época, con los Tribunales Industriales);¹⁵⁰ procedimiento emparentado evidentemente, y “a natiuitate” con el clásico (y actual) “juicio verbal civil” español—, en el que podría verse una posible solución a toda una serie de problemas fundamentales que aquejan a la Justicia en la actualidad.^{151. 152} Esta omisión, es, pues, muy grave, y por doble motivo.

En efecto, cuando ha llegado el momento —ya en plena *diáspora* procedimental de las garantías jurisdiccionales de los Derechos Fundamentales— de regularlas una por una, en el no excesivo orden, ha surgido el “derecho a la rectificación de informaciones inexactas”, Ley Orgánica de 26 de marzo de 1984, que acude al procedimiento del juicio verbal, con algunas adaptaciones (Art. 6 y ss.);¹⁵³ “la acción civil del perjudicado por los hechos difundidos”, por el mismo medio o se-

gún la cuantía de la misma, como es natural;¹⁵⁴ más la garantía penal ordinaria inexcusable.¹⁵⁵ Este trámite de oralidad y concentración es el seguido en la “protección del derecho de reunión” (Ley Orgánica de 15 de julio de 1983, Art. 8 y s.) “sin recurso” (Art. (7o.-6 de esta Ley) —excepto, naturalmente, el de amparo—; y de su lado, “el derecho a la libertad sindical” (Ley Orgánica de 2 de agosto de 1985) —solamente la de los trabajadores— se refugia en una cláusula general inadmisibile cuando se trata de designar garantías [“cualquier trabajador o sindicato que considere lesionados los derechos de libertad sindical, *por actuaciones del empleador*, asociación patronal, administraciones públicas o cualquier persona, entidad o corporación pública o privada, podrá recabar la tutela del derecho *ante la jurisdicción competente a través del proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona*”]. ¿Qué proceso? Silencio. La Ley de 27-12-1978, omitió la “garantía laboral” y después se paga este error con la imprecisión. Se ha de suplir¹⁵⁶ concluyendo —como lo hace el “Anteproyecto” de 1983, Art. 18— que se trata de “los trámites que correspondan por razón de la materia”;¹⁵⁷ más clara y sin perifrasis que tiendan a ocultar errores de leyes anteriores: *habrá que acudir al juicio de trabajo*. Y éste, ya ha cumplido, con inspiración desde el viejo juicio verbal civil¹⁵⁸ los ochenta años de práctica. . .

La omisión de la “Ley Provisional” de “Garantías” de 26/12/78, naturalmente, provocó dudas. El Tribunal Constitucional declaró que el procedimiento aplicable como previo al amparo, por supuesta vulneración de carácter laboral, era el regulado en la Ley de Procedimiento Laboral (Sentencia de 15 de noviembre de 1982, en Amparo; Ponente, Prof. Truyol Serra). La doctrina bien dirigida, siguió esta ruta (así Alonso Olea, Tomé García).

De nuevo eran los Tribunales —con la especialidad del TC— los que daban el camino adecuado a un legislador olvidadizo, y señalándole un procedimiento de grande, enorme empleo y que, no debemos olvidar a la hora de introducir reformas en el sistema procesal general español; en el futuro, debe ser considerado como un “juicio de menor cuantía”, en el sentido que se da a las *small claim's* modernamente (*cfr. supra, ob. cit.*, en nota núm. 152) a efectos de tenerlo en cuenta como posible base de arranque que puede contribuir en mucho —juntamente con su familiar próximo, familia de los “juicios plenarios rápidos el juicio verbal— a nuestra liberación del cúmulo de problemas que aquejan al proceso en España. No estaremos solos en esta dirección, sino siguiendo las pautas del llamado “Proyecto de Florencia”.

Si el "Anteproyecto" de 1983 cumple con la labor de complementar la Ley de 1978 en este punto, la incumple en el de la garantía penal, la más grave. En dicha Ley, se confiaba en los procedimientos de la LECRIM; sin tener en cuenta que algunas de sus normas iban a ser imputadas de inconstitucionalidad por oponerse a la famosa "presunción de inocencia" — hoy día, ficción, si se la considera *ex abrupto*—¹⁵⁹ y, de otro lado, la faceta penitenciaria, de la ejecución de las penas, materia jurisdiccionalizada — dichosamente —; téngase en cuenta que "la pena" se halla cuidadosamente rodeada de garantías constitucionales,¹⁶⁰ y que los derechos del penalmente condenado, se hallan garantizados en una discutida, pero existente, Ley General Penitenciaria en la que se halla un organismo cuya labor nos interesa aquí de sobremanera: el Juez de Vigilancia.

Pues bien, estos Jueces tienen una actuación muy compleja, pero jurisdiccional; jurisdiccional-penal en sentido amplio, y no "jurisdiccional-administrativa". Y la Ley General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979, no asegura los caminos jurisdiccionales que estos jueces deben seguir. La Ley Orgánica del Poder Judicial, en un lugar tan poco adecuado como es una "Disposición Adicional" — la "Quinta" — nos da a ver, a través de la "función" de tales jueces — criterio éste para interpretar e inducir la naturaleza de norma, mejor que el del lugar en que se hallan en el ordenamiento jurídico; que muchas de las comprendidas en la LOPJ, y entre ellas, éstas que vamos a copiar, *no son de organización, sino procesales*—¹⁶¹ que se trata de organismos jurisdiccionales, que actúan procesalmente, y no simplemente de manera "procedimental", administrativa. Ni la LECRIM, ni la LGP garantizan de modo genérico tales derechos y el mantenimiento de tales situaciones. Esta falta de forma en asunto que no admite espera,¹⁶² provocó que, la Presidencia del Tribunal Supremo, en sus "Prevencciones" de 8 de octubre de 1981¹⁶³ dijera sobre tal punto, que los citados jueces "podrían encauzar formalmente su actividad *dentro de una libertad de trámites impuesta por la propia carencia de regulación legal*, atendiendo a los principios generales del Derecho, y más concretamente a los del Derecho Procesal". Y con ello, dicha autoridad — no actuando jurisdiccionalmente—¹⁶⁴ suple la insuficiencia de todo un sistema de fuentes basado en la superioridad de la ley, de manera que recuerda a lo anglosajón, de los comentarios de los jueces, y de la creación del "common law", tan eminente en materia procesal.¹⁶⁵

Si hay lagunas tan graves como la expuesta — aunque se colmen, el hecho de su existencia pasada y reciente no deja de alarmar — de no menor importancia es la adopción de puntos de vista "nuevos para or-

ganizar la defensa procesal de los Derechos Fundamentales. Si la “Ley Provisional” — y una tanda de las parciales que la han seguido, cfr. *supra* — se fijó, fundamentalmente, en el tipo de derecho que parecía como vulnerado, resultó que la diversidad de sus titulares, puesta al descubierto, provocaba la aparición o reaparición de otros procedimientos: “a cada autor de la infracción, nuevo procedimiento” parecía decirse. Y he aquí que surge la posibilidad — certeza práctica y muy frecuente — de que sean los jueces — los “órganos judiciales” — los que vulneren un derecho fundamental de los reconocidos en el Art. 1o. de la Ley (del Art. 14 al 29 de la Constit.); que tales violaciones “tengan su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial”; es el “Anteproyecto” de 1983 (de LOPJDF) el que en su artículo 19, “*crea*” (?) *un remedio de reposición*. Era fundamental pensar en él ante todo, antes de poner en marcha tan pesada y severa maquinaria, la del no demasiado acertado Art. 53-2 de la Constitución. Y ya se ha manifestado ese pensamiento, al menos en tal “Anteproyecto”.¹⁶⁷ Pero tal remedio, supone problemas si se opone a una actividad judicial — mejor, jurisdiccional — que vulnera — por acción u omisión — un derecho fundamental de los citados; el A., en tales casos, abre, sin más, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra el auto decisorio de tal remedio¹⁶⁸ “opcionalmente”; la vía previa, queda así tácitamente agotada; más bien puede optarse por seguir la vía de “los recursos ordinarios previstos en las leyes”, que no se indica si serán los *de cada ley* procesal, o el correspondiente a la ley que en particular regule las garantías del derecho violado (por otra persona que no sea el juez o tribunal) o bien ese “procedimiento preferente y sumario” del Art. 53-2 de la Constitución.¹⁶⁹ El silencio del órgano judicial interesado, produce los mismos efectos.

Nos parece bien que se haya pensado en el remedio — mal llamado “recurso” —¹⁷⁰ de reposición — o de “súplica” que es igual a él —; discrepamos en cuanto a sus secuencias. La de abrir *per saltum* el recurso de amparo ante el TC, nos parece arriesgada, por doble motivo de diferente orden: en primer lugar, el “órgano judicial” que hubiere cometido la supuesta vulneración de un derecho fundamental, podría subsanarla en el mismo procedimiento y posteriormente, en la propia sentencia — a lo cual no se le da lugar —, bastando la advertencia grave que para él supondría la reposición citada; todo dependería del contenido del auto con que repeliere la citada reposición; en segundo lugar, el recurso de amparo, interpuesto así, *ex abrupto* podría muy bien estar pensado con menos profundidad que la necesaria; esto es, la vía abierta, sería proclive a errores y aún a abusos. El mismo Presiden-

te del Tribunal Constitucional ha declarado que hay demasiados recursos de amparo, que luego fenecen por inadmisibles.¹⁷¹ Bien está la celeridad; pero no el apresuramiento. Y como todo tiene su contrapartida, en la opción que el A. propone, la solución de volver a los “recursos ordinarios previstos en las leyes”, tan vaga, puede ser también antieconómica procesal y sustancialmente considerada.

Y en cuanto al informe del Consejo General del Poder Judicial sobre este punto del A., merece comentario aparte; en él, el Alto Organismo, parece no comprender que *se trata de un remedio de reposición*, aunque se haya evitado el nombre; y pretende que se transforme en un nuevo recurso — propiamente dicho, esto es, con efecto devolutivo — ante el Tribunal “inmediato superior” “con aplicación por su parte de las mismas notas de preferencia y sumariedad”. Apenas salidos — si lo estamos — de la confusión del artículo 53-2 de la Constitución, de redacción desafortunada,¹⁷² y ya entramos en otra. Para evitar el “procedimiento preferente y sumario” del citado artículo constitucional, abrimos un “recurso” “preferente y sumario”. Ya indicamos que se abusaba de las “preferencias”. Naturalmente, el CGPJ llega a un corolario exacto: igual da una vía que otra (“pero con la alteridad en la revisión de la actuación judicial originaria, a la que clama una verdadera garantía jurisdiccional”).¹⁷³ Exacto. Si las dos vías son “preferentes y sumarias”. . . Lo que no debe interesar es que tal “sumariedad” esté aún “indeterminada”. No desaparece la imagen de Karpovius. . .

El CGPJ, en su “Informe”, no para advertir bien el error cometido en el “Anteproyecto”, sobre la cosa juzgada de las resoluciones del recurso “extraordinario de protección” (Art. 20-1: “Las resoluciones recabadas en los procedimientos regulados en la presente Ley *no producirán* efecto de cosa juzgada material y las partes podrán reproducir sus pretensiones en la vía judicial que corresponda”): en efecto, dice el CGPJ que “En cuanto a la no producción del efecto de cosa juzgada material, *aunque la misma es inherente al concepto técnico procesal de sumariedad*, puede no estar justificada en todos los casos. Así, con carácter general, respecto de los supuestos en que la pretensión de protección de los derechos fundamentales haya sido plenamente acogida en estos procedimientos”.¹⁷⁴

La no producción de cosa juzgada material, no es inherente al concepto de sumariedad (sí al muy defectuoso de los autores de la Ley Enj. civil, que en varias ocasiones — por ejemplo, en los Arts. 1479, 1617 — lo asevera): la cosa juzgada está limitada a lo que fue objeto del litigio sumariamente tratado — a los fundamentos de hecho y de derecho del mismo; a la prueba con la extensión con que se practicó.

Y... a las circunstancias que rodearon al juicio sumario. De ahí que, en una oportunidad ulterior, en el juicio plenario, se trate aparentemente sobre “lo mismo”, más en realidad, con diferente amplitud y desde un diferente ángulo visual, amén de que falte alguna de las circunstancias del sumario - urgencia, necesidad, etc. - Otra cosa es que, por razones de política procedimental, se suprima de un plumazo la cosa juzgada, a fin de facilitar la vía del amparo constitucional, y se la conserve si la obstaculiza interrumpiéndola.¹⁷⁵ Pero, pese a la afirmación del Art. 20-1 de A., “algo” ha cambiado entre el primer ejercicio y el segundo de la pretensión: efectivamente; la vía judicial. La prevista en el Art. 19 de A., en el primer caso; la prevista para “la vía judicial que corresponda” en caso de ser rechazada la primera. De ahí que si se la soslaya - es la menos profunda - y se interpone el recurso de amparo constitucional - el más profundo -, esa cosa juzgada no funcione. Ha cambiado una grave circunstancia. Ya no es un “remedio, sino un “recurso”. Y aún más, si el amparo prospera. Es el principio “rebus sic stantibus”, también aplicable, en determinado ámbito, en los juicios sumarios.

El CGPJ, en su “Informe” se expresa de manera oscura; cuando trata “de un ulterior proceso de signo contrario”, debe estarse refiriendo a “un proceso por otro motivo, por otra causa, por otros fundamentos” y no a otro supuesto.

El mismo CGLJ, ve con claridad el peligro del “recurso” del Art. 19 del A.:

Se reproduce — dice en su “Informe” (II. Observaciones de detalle) lo expuesto en consideraciones generales sobre la procedencia de atribuir carácter devolutivo a este instrumento procesal, lo que podría llevarse a cabo estableciendo previa posibilidad de rectificación por el propio Juez al que se imputa la lesión [esto está bien claro: previa *reposición*], una tramitación similar a la del tradicional recurso de queja, que se resolvería con carácter de preferente¹⁷⁶ y a la vista de las sumarias¹⁷⁷ alegaciones de las partes y del Ministerio Fiscal y del informe, también sumario,¹⁷⁸ del órgano al que se imputare la violación del derecho o libertad. Con la fórmula que se propone, se hacen además innecesarias normas como las de los números 2 y 6 que podrían encerrar cierto peligro en su utilización por un litigante temerario, al producirse directamente el acceso del tema al Tribunal superior. Cuando el eventual causante de la lesión sea el Tribunal Supremo, la reclamación de amparo judicial se plantearía directamente ante el mismo y sería resuelta por él.

De modo análogo a como funciona el “recurso de audiencia al rebelde”: vertical o paralelo según las instancias.

“También podría pensarse en cambiar el nombre poco esclarecedor de este recurso por el de “amparo judicial”. También nosotros comentaremos este extremo.

Y al artículo 20, informaba el CGPJ:

Se reproduce lo aducido en consideraciones generales sobre la procedencia de excluir la no producción de la cosa juzgada las resoluciones estimatorias de la pretensión de restablecimiento del derecho o libertad y las recaídas en el orden laboral, en el que, paralelamente, no se da una limitación del conocimiento como la establecida en el artículo 50. para la protección contencioso-administrativa.¹⁷⁹

La introducción de “un recurso de queja” — y que no fuera “sumario” (cosa difícilmente estimable en un recurso destinado exclusivamente a combatir una resolución que rechaza *ad limine* a otro sobre el fondo) — altera sensiblemente el problema y lo simplifica evidentemente. Una buena administración del “recurso de protección”, esto es, una buena práctica del mismo, sin dilaciones irregulares — ni enmascaramientos, a través del mal uso de la expresión “sumariedad” —, con una abreviación del plazo para interponerlo (una vez suprimida la posibilidad del recurso constitucional de amparo “per saltum”, este plazo es demasiado largo; el letrado no tiene que prevenirse ya en la posibilidad de encontrarse ante un *amparo* ya abierto) y la cuestión se resolvería mejor.

Si el trámite es muy breve — es el de la reposición, con diferentes plazos — otro nuevo, podría y debería ya remitirse al del “juicio verbal” civil clásico — tal como se hizo en la Ley de Protección del Derecho a la rectificación de informaciones inexactas de 26 de marzo de 1984; trámite — recordamos — tan semejante al del procedimiento ordinario de trabajo; a ambos, al hallarse en el grupo de los actualmente llamados “*small claims*”¹⁸⁰ les auguramos un brillante porvenir, si logramos salir de la terrible serie de ciclones que se ha adueñado del campo de la Justicia.

En cuanto al nombre de este “recurso extraordinario” — de “protección” — se comprueba una vez más lo que ya dijimos *in genere* — al ver ahora la solución que propone frente a tan incolora denominación —; esto es, la de llamar a tal recurso “de amparo judicial” (el CSPJ); la expresión “amparo”, equivale a “protección”, “tutela” y así se utilizó durante siglos en terminología jurídica aragonesa; ahora se torna a la madre. . . . Pero hallando ya el campo muy confuso, como se ha visto incluso tras la intervención del Seminario de las Naciones Unidas en México, en 1962. Pero bienvenida sea la rectificación.

VII. CONSECUENCIAS

Esta ojeada —y no demasiado insistente— al paisaje procedimental —y aún procesal preventivo y represivo de violaciones de derechos y libertades fundamentales— español, nos ha mostrado una variedad variopinta, nada halagüeña, demostrativa, bien de la imposibilidad de subsumir a un solo o dos procedimientos la protección de tales derechos, bien de como una falta de planificación conduce al desbarajuste. Preferimos la primera versión, aunque vemos manifestaciones claras de lo segundo.

Una buena clasificación de los llamados “derechos individuales”, preparada al servicio o en conexión con los procesos que han de servir para protegerlos, es elemental (y son muchas las enumeraciones de tales derechos, cfr. *supra*, algunas); de ahí, debemos pasar a la fijación de los principios políticos y técnicos que deben regir al o a los procesos y a los procedimientos a ello destinados.

Cuando el derecho —o libertad garantizada— sea predominantemente personal, parece claro que el procedimiento correspondiente habrá de basarse en el principio —técnico, pero que así pasa a ser político—¹⁸¹ de la intermediación; si lo seguimos, seguiremos a la vez el *iter* que nos lleva de una violación de un derecho —por ejemplo, la detención, contra el derecho de libertad de locomoción— a la de otro —por ejemplo, la del derecho a no ser sujeto a sevicias, cometidas durante la detención —para la confirmación de la sospecha —verificación de la presunción judicial de culpabilidad— de comisión de tales delitos, no debemos sino “seguir” paso a paso, el camino seguido por la presunta víctima; así reconstruimos su detención ilegal (o formalmente legal) y después, durante ella, las sevicias; así veremos la conexión entre los dos delitos supuestos; y así, finalmente, podremos elaborar un proceso y procedimiento de combate en favor de ambos derechos, susceptible en todo caso, de ser aplicado a la vulneración del primero aunque el segundo no sea evidente estar alcanzado. Así nacería un tipo procesal de objetivo complejo, y por lo tanto, el más económico procesalmente y socialmente hablando: el “*habeas corpus*” —derecho de garantía de los demás derechos, se le ha llamado— o la “*manifestación*” puesta al día; por haberse fijado en la conexión frecuente entre las privaciones de libertad y las sevicias, este medio procesal nos parece muy adecuado —su filosofía—. ¹⁸² Y conste que esta conexión puede aparecer también entre otros derechos fundamentales y como consecuencia, debe poder aparecer en los tipos procesales y procedimentales destinados a su protección. No olvidar, pues, este —aparentemente heterogéneo— binomio: “intermediación-conexión”. ¹⁸³

Y es esta tradicional falta de apreciación de la conexión, en el más reputado de los remedios procesales contra la privación de libertad coactiva y las sevicias con su motivo ocasionadas, lo que, quizás, ha obstaculizado la lucha organizada contra éstas. Delito muy difícil de esclarecer, los potentes medios puestos a disposición de la defensa de la libertad de locomoción —sin contar con la tortura; y una prueba de tal fuerza la tenemos en las secuencias del caso Darnel en 1627 (el “five knight’s case”)— desviados de la lucha contra tales sevicias, pueden haber contribuido al retardo en la lucha contra éstas. Incluso —y ya las hemos visto— muestras de tal incompreensión sobre la básica y frecuente conexión entre detenciones y torturas, se aprecian en Constituciones modernas —así, la misma española de 1978— o en Convenciones internacionales —así, en la de Roma, de 1950—; el texto de la Convención contra la tortura, de 1985, es revelador; se ha “descubierto”, finalmente, esa conexión, que la *manifestación* medieval ya conocía. . . .¹⁸⁴

Pero no todos los derechos fundamentales individuales y colectivos pueden sujetarse al mismo proceso; y ocurre la necesidad de fijar, al menos, una serie de principios políticos de los que aparezcan, de carácter único, aprovechando hasta el máximo límite las posibilidades de su uniformación y unificación; aprovechamiento que nos será devuelto en forma de economía procesal y social.

Muchos derechos fundamentales, de garantía, la cumplen mediante su función de intimación, de conminación apoyada en su exterior con la de penas si se infringe —y he ahí los procesos familia de las *firmas* aragonesas, del amparo en algunas de sus manifestaciones, del *mandado de segurança* —; el *habeas corpus* se expresa en una orden escrita (un *writ*). Ahora bien, si el derecho amenazado es de carácter primario —de integridad física o psíquica y de restricciones a la libertad de locomoción— esa integridad debe asegurarse a su vez mediante medidas jurisdiccionales de clara coerción frente al supuesto agresor; así, se le impone el que “ponga de manifiesto”, entregue a la persona que tenía en su poder, así como las de ponerla en seguridad en tanto perdure el peligro; estas medidas refuerzan la intimación.¹⁸⁵

La intimación —o la *injunctio*— debe emanar de una autoridad jurisdiccional y no de una administrativa; y su mantenimiento puede corresponder a otra fase procesal. Aquí sí que hemos de obrar cautelosamente, adecuando el vehículo procesal y procedimental a cada característica de cada derecho en particular, a fin de no forzarlos ni torcerlos; ni exagerarlos, ni restringirlos.

Pero tampoco debemos rendirnos a la tentación de multiplicar "oficiosamente" los procedimientos y menos aún, de dejarnos llevar por el espíritu de improvisación. Entendemos que el sistema de *injunctiones* debe ser reforzado en diversos sentidos; mas de casi todos, se pueden extraer elementos comunes para llevar a la categoría de "tipo procedimental" el resultado, al que habremos de apoyar, lógicamente, no por una base improvisada, por mucha doctrina que la rodee, sino por otra, firme, elevada sobre su experiencia dichosa; este esquema procedimental (salvo el caso de lo penal, en donde siempre hallaremos especialidades con respecto a los demás órdenes jurisdiccionales) o estos dos — o pocos — esquemas procedimentales, añadidos de las especialidades precisas para cada supuesto específico, son los servibles; que la improvisación, si da buen resultado, en no poca parte, puede ser debido a la casualidad. Y el esquema "estadio preparatorio estadio de discusión y decisorio" puede ser el admitido. Las diferencias entre ambos (en el primero, su más o menos acentuado carácter cautelar, sin descuidar la "pura preparación" de lo declarativo; en el segundo, concentración del tratamiento sobre el fondo, sin descuidar la continuidad en el campo de lo cautelar) tampoco pueden ser tajantes; y en especial hallaremos este fenómeno, en lo penal.

En consecuencia total al comentario efectuado a aquella clasificación de los procesos protectores de los derechos fundamentales, que resultó en el Seminario de México, por no universalista, queda estrecha; pero no inservible. La diferencia entre la "garantía de garantías" — el *habeas corpus* y la *manifestación*, aunque tal clasificación olvide la segunda —, y las demás, se sigue marcando en la actualidad; aunque el desarrollo del fenómeno de la tortura ha venido a complicar todos los problemas, exigiendo soluciones: y la de haber hallado su conexión con las privaciones indebidas de libertad, ha de ser examinada minuciosamente y en su caso, aplicada.

De las preguntas que nos formulamos anteriormente sobre las relaciones — en España — de *habeas corpus* y *manifestación* en el campo legislativo, ya podemos contestar a dos de ellas.

El *habeas corpus* español puede y debe aplicarse en los casos de privaciones de libertad coercitivas legalmente producidas, pero en cuyo desarrollo "aparecen" las sevicias.

La *manifestación* de personas, debidamente puesta al día, sería aplicable en los casos de privaciones de libertad ilegalmente producidas, sin sevicia alguna.

Lo procedente — y el caso es semejante al de Brasil, en el contraste surgido entre *habeas corpus* y el *mandado se segurança* — sería refun-

dir ambas figuras; en nuestro país, aclarando las expresiones de la ley de *habeas corpus* sobre la tortura; de los derechos “que la Constitución y las leyes procesales garantizan a toda persona detenida”, el fundamental es el de no someter a tortura ni a tratamientos inhumanos o degradantes a los detenidos; el texto de la ley de 24 de mayo de 1984, parece como si “se avergonzase” de incluir la terrible expresión “tortura”. Y así, no vamos a ninguna parte. De otro lado, España ha ratificado la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes de Nueva York, de 4 de febrero de 1985; ratificación por Instrucción de 19 de noviembre de 1987. Allí y en lugar desdichadamente preeminente, se halla la definición de la tortura, y aún se describe el fenómeno de su conexión con las detenciones, etc.¹⁸⁶ La razón por la cual, la lucha contra tan espantoso fenómeno y tan difícil de combatir, no se basa en instrumentos específicos dado su peligro social, empero se le reconozca sobre dudosas perifrasis, nos parece inaceptable y a borrar en su “apariencia” legal.

En cuanto a la tercera pregunta, sobre la reunión de los artículos 15 —tortura— y 17-4 —*habeas corpus*— de la Constitución, aparecieron como separados y la razón por la que la expresión *manifestación* no apareció en la carta fundamental de 1978, el examen de los antecedentes en el Parlamento nos dice que, si bien de modo no claro —que podría demostrar la superficialidad con que algunos conocían la histórica figura española— la *manifestación* apareció en boca de Diputados y Senadores; mas, en los momentos decisivos, nadie tuvo empuje¹⁸⁷ de lanzarla para que presidiese una figura legal en ella inspirada tanto o más que en el *habeas corpus*.¹⁸⁸

Pero no vamos a destilar culpabilidades individuales —aunque merecería la pena hacerlo—; si puede decirse que hubo culpa, esta fue colectiva, con raras excepciones. Y más de uno pretendería que fuese sólo “difusa” a fin de evitar que le tocara una parte alicuota. Pero nuestro papel, ni es el de vengador, ni el de llorona; de estudioso independiente —de ello me jacto sobre todo— a quien su propia independencia y sus conocimientos, en ocasiones difícilmente adquiridos y a costa de grandes sacrificios, garantizan contra falsos oropeles y falsas modestias. Que cuando “no se sabe”, precisa “aprender” antes de “pretender enseñar”, aunque en ocasiones sean necesarios ejercicios de auténtica modestia.

¹ Con respecto a estos temas, cfr. mis trabajos "Consideraciones sobre el proceso aragonés de "Manifestación de personas" y el "habeas corpus británico", en 1961, y en 1969, en mis — "Temas del Ordenamiento Procesal", Madrid, Tecnos, I, 337 ss.; "Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo", UNAM, México, 1972, *passim*.; "La defensa del derecho de libertad en la historia y en la actualidad españolas —, en "Revista de Administración Pública" (RAP), Madrid, 1979, 9 ss.; "Los procesos medievales aragoneses y los Derechos del Hombre", "Revista Argentina de Derecho Procesal", Buenos Aires, 1969-2, 165 ss.; "Die aragonesischen Verfassungsprozesse (Wesen und Entwicklung, Herkunft und Verbreitung)", en "Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Germanistische Abteilung)", Weimar, 1974, 91. Vol. 117 ss.; "La reforma procesal penal: reintroducción del recurso de Manifestación", "Revista General de Legislación y Jurisprudencia" (RGLJ), Madrid, 1976, Oct., 345 ss.; "La defensa procesal de la libertad y dignidad personales en una futura Constitución española", el proceso cautelar de Manifestación", RAP, mayo-agosto, 1977, pp. 9 ss.; "Comentarios a la Constitución de 1978: el *habeas corpus* del Art. 17-4 y la Manifestación de personas", RAP, 1979, enero-abril, 1979; Aportación al Proyecto del Código procesal-tipo para los países iberoamericanos, "Libro IV, Título IV. "Habeas corpus", en "Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala", Número extraordinario. Septiembre, 1984, pp. 351 ss. y 489 ss. (Número extraordinario dedicado a mis trabajos a las VII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Guatemala, 1982); "Dignidad humana y servicios: un momento histórico de la lucha contra las mismas", en "Studi in onore di Tito Carnacini", Giuffrè, Milán, 1984, Vol. III, 589 ss.; La "Manifestation" et l' "habeas corpus britannique", en las "Mélanges en honneur de Jerzy Jodkowski" (en edición, Varsovia).

² Sentencia de la Corte del Justicia Mayor, de 24 de mayo de 1453. Cr. Molino, "Repertorium forum et observatorium Regni Aragonum; una cum pluribus cum determinatibus consilii Iusticiae Aragonum praedicta arque cautelis eisdem fideli. . . ter annexis", 3a. ed., Zaragoza, Domenico de Portonariis, 1585, fol. 219 vto.

Esta obra tuvo gran influencia en la determinación de los sublevados en Zaragoza contra Felipe II, de hacer uso de las armas contra él, reunidos; Del Molino, se había basado en la doctrina de Baldo.

³ Las Cortes de Aragón — naturalmente, del Reino, no de la Federación — Confederación llamada "Corona de Aragón" — estaban constituidas por cuatro brazos o grupos sociales, cada uno de los cuales tenía un voto: la Nobleza, la Iglesia — Obispos, Priors monásticos — las Universidades — ciudades, "Villas" — y los Infanzones, nobleza de origen militar inmediato; el Rey, tenía también un voto cuyo valor era el mismo que el de cada uno de los otros cuatro. Esto, se aprecia en el funcionamiento de las Cortes y en las crónicas; y de ahí posiblemente el legendario "Fuero del Sobrarbe".

Cfr. sobre el origen y evolución del Justicia Mayor de Aragón — persona e institución a no confundir con el "Justicia de las Montañas", cfr. Isabal Bada, las dos voces en la "Enciclopedia Jurídica Española Seix" —, Giménez Soler, "El Justicia de Aragón ¿Es de origen musulmán?" en "Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos", Madrid, 1901, *passim*; Rivera Tarragó, "Orígenes del Justicia de Aragón", Zaragoza 1897, *passim*; Martínez San Pedro, "Los Justicias de Aragón bajo el reinado de Jaime I" en "Ligarzas", Univ. de Valencia, 1971, pág. 85 y ss; Bonet Navarro, Sara-sa Sánchez y Redondo Veintemillas, "El Justicia de Aragón: Historia y Derecho", Zaragoza, Cortes de Aragón, 1985, pág. 11 y ss.; Giesey, "Nuevos puntos de vista sobre el juramento" "Nos que valemos tanto como vos. . ." en el "Boletín de la Real Academia de la Historia", Madrid, CLX (1967) *passim*; Marongiu, "Nos que valemos tanto como vos. . ." en el Libro-homenaje al Prof. Jaime Vicens Vives", Barcelona, 1965, Vol. I, pág. 425 y ss.; Javier de Quinto, "Del juramento político de los Reyes de Aragón", Madrid, 1848, *passim*; Olozaga, "Discurso de don Salustiano de Olozaga sobre las libertades de Aragón, causas de su ruina y medios de verificarlas", en "Discursos leídos en las Sesiones Públicas que para dar posesión de Plazas de Número ha celebrado la Real Academia de la Historia", Madrid, imp. de Matute y Compagni, 1858, págs. 123 y ss.

⁴ Cfr. el Fuero III "De Officio Iustitiae Aragonum", Libro I Recop.

⁵ Desde 1390, se puede comprobar la existencia de un procedimiento especial para exigir las responsabilidades al Justicia Mayor y a sus Lugartenientes. Se preparaba por cuatro jueces-inquisidores, por investigación, inquisición o enquisa; los agravios "greuges" que el Justicia o sus Lugartenientes hubiesen causado; eran las Cortes con el Rey las que resolvían (Fueros I y V "De officio Iusticiae Aragonum". Libro VIII de la Recop. e "Inquisitionum eiusdem", antiguo Lib. XI de la Recop.; Fuero "De modo procedendi in inquisitione officio Iusticiae Aragonum", Libro III).

Desde 1461, las Cortes y el Rey fueron substituidas en la vista y resolución de este proceso de "greuges" — que, como se verá, también podía ser dirigido contra el Rey o contra cualquiera de los Brazos de las Cortes — por un Tribunal específico, el "de los XVII Judicantes", elegidos por las Cortes — por sus cuatro brazos — entre sus miembros y recayendo el nombramiento entre laicos en derecho; juzgaba por el sistema de mayorías, y votaciones "de habas blancas y negras", según equidad, y sin recursos. Tribunal peligroso por tales características. En los graves sucesos de 1591, en Zaragoza — secuencias de la "Manifestación" otorgada por el Justicia Mayor Martín Lanuza a Antonio Pérez, ex-Secretario de Estado del Rey Felipe II — lo vemos condenando a los Lugartenientes del Justicia, Torralba y Chávez, que habían rechazado "Firmas" solicitadas para su amparo por dicho Antonio Pérez. Cfr. sobre estos sucesos revolucionarios, Marañón Posadillo, "Antonio Pérez", Madrid, Espasa-Calpe, diversas ed., desde 1947, T. I. Ipidal, "Historia de las alteraciones de Aragón en el reinado de Felipe II", Madrid, 1962, esp. T. II.

Sobre la creación del Tribunal de los XVII Judicantes en las Cortes de 1461, cfr. el cronista e historiador Zurita, "Los cinco postreros libros de la primera parte de los Anales de la Corona de Aragón, Zaragoza, Joan de Lanaja y Quartanet, Vol. IV, fol. 103 y ss., 1878; sobre las regulaciones de tribunal y sus procesos, cfr. diversos fueros del título "Forum inquisitionis officii Iusticiae Aragonum", de 1461 ("non sunt in usu" — por su sustitución por otros de 1467 —) y de estas últimas Cortes, Libro III de la Recop.

⁶ Desde 1348 — Cortes de Zaragoza, con aparición de fueros de extremada importancia para el Justiciazgo y sus procesos — se permitió al Justicia Mayor el nombramiento de un Lugarteniente para que le auxiliase; de uno, se pasó paulatinamente, gasto cinco — fueros de 1461, 1467, 1526: "Reparo del Consejo del Justicia de Aragón; y que sean cinco Lugartenientes", Libro III de la Recop.

De estos Lugartenientes — que despachaban los asuntos de "manifestación con independencia del Justicia, por turnos o "guardias" — que eran nombrados entre juristas expertos, algunos llegaron a ser Justicias (p. ej., Ximenez Cerdan, Zarzuela, Lanuza) y contribuyeron en mucho a prestigiar la institución.

⁷ Cfr. el Fuero "De iis quae Dominus Rex, et alii successores ipsius et Gubernator Aragonu, et eius vicem regentes, Iusticia Aragonum, et alii Iudices, ot Officiales facere, et servare tenentur, ut Fori Aragonum converventur", Zaragoza 1348, Libro I de la Recop.

Este Fuero fue recordado en las Cortes de Capatayud, Juan II, de 1461. El Heredero de la Corona — el Primogénito — real — al ser nombrado tal, con derechos y obligaciones inherentes al cargo, también debía prestar el juramento (Cfr. la Observancia "De actus coriarum", Libro IX de las Observancias de la Recop. de 1435).

⁸ Cfr. la doctrina de Del Molino, "Repertorium", cit., fol. 75, 4a. col., et 283, col. 2a; la Observancia IV "De privilegio o generali", Libro IV de las Observancias.

El fragmento del Juramento aragonés que aquí nos interesa, es el que sigue:

"... Et que nos en nuestra propia persona o por otra interposita persona o otros por nuestro mandamiento o nombre, nos aviendolo por firme menos deconoximiento de iudicio et devidament, segunt fuero, no mataremos ni extemaremos ni exiliaremos, ni matar, extemar o exiliar mandaremos, ni faremos, ni preso o presos algunos contra fueros, privilegios, libertades, husos et costumbres d'Aragon, sobre fianca de dreyto prestada reteneremos, ni retener faremos, agora ni en algun tiempo..." (texto del Manuscrito 207 de la Biblioteca Universitaria de Zaragoza, transcripto por Bergue Camon, publ. en "Anuario de Derecho Aragonés", Zaragoza, 1949-1950, 409):

"& quod nos in propria persona, vel per aliam interpositam personam, vel alium seu alios pro nobis mandato nostro, vel nomine, nobis ratum habentibus, absque cognitione iudiciaria, & debita secundum Forum, non occidemus, nec extemabimus, nec exiliabimus, nec occidere, nec

extemare, nec exiliare mandabimus, nec faciemus, nec captum, vel captos aliquem vel aliquos contra Forum, Privilegia, libertates, usus & consuetudines Aragonum super fidantia de directo oblata retinebimus, nes retinere faciemus nuc, nec aliquo tempore. . .”(sigue el Fuero, obligando al juramento a todos los que llamaríamos actualmente “funcionarios”). Fuero cit.

Cfr., infra, los textos ingleses de las épocas de Juan sin Tierra, Enrique III y Eduardo III el Confesor.

⁹ Cfr. Fueros “Quod in dubiis non crassis regent officium gubernationis et elii oficiales teneantur consilere Iustitiam Aragonum”, 1348.

¹⁰ Cfr. Joan Ximenez Cerdan, “Litera intimata por mossen. . . a mossen Martin Diex Daux”, fechada en 1435, unida siempre a la colección de Fueros y Observancias.

¹¹ Cfr. la “Litera intimata”, cit. Y su averdación por el escrupuloso historiador Jerónimo Zurita en su “Anales de la Corona de Aragón”.

¹² En cuanto a esta influencia, cf. infra, bibl. cit. en nota No. 101.

¹³ Cfr. Zurita, “Anales de la Corona de Aragon” imp. Diego Dormer, Zaragoza 1689, Vol. II, fol. 280 y 402 respectiv.

¹⁴ “Acto de Cort” en el registro de las sesiones de las Cortes de Zaragoza, de 1398, en la ed. de la Recop. de los Fueros y Observancias de Savall y Penen, Zaragoza, 1866, vol. II, pág. 204 y 212 y ss. Esta sentencia, acabó su camino como Observancia.

“Acto en que se revocan los privilegios otorgados a Universidades de quarenta años atras, para tomar vengança de su propia autoridad, & que dende en adelante tales privilegios no se pueden otorgar”. Fol. CXXXI”.

“Et feytas las sobreditas cosas, el dito Iusticia de Aragon *et judge* en las ditas Cortes; considerant, que por los Cavalleros, & Infançones del dito Regno fuesse dado, & ofrecido un greuge, el qual y es del thenor sigüent:

“Item, ya sia segunt fuero, & uso del Regno & razon, alguno en su feyto proprio no pueda deyer judge competent, & toda manera de vengança sin judge competent sia prohibida, & tales vindiçtas sian vedadas, encara segunt fuero no pueda seyer proceydo contra algunos en persona, o bienes, sino procedient conexença e por judge competent. Empero de pocos tiempos acá, algunas Universidades del dito Regno han obtenido del Semyor Rey, & encara de sus antecessores ciertos clamados privilegios, en los quales dan licencia, poder e facultad de ajustarse, & mano armada, & ob otra manera bostilment prender vengança por si, & sin judge competent, de cavalleros, escuderos, & otras personas: & faxerles daños en personas, & en bienes. E por ocasion de los ditos clamados privilegios, se han seguido, & se siguen, o se esperan seguir en el dito Regno grandes concitaciones de pueblos, & de bolotos, muertes, mutilaciones, & otros muytos & grandes inconvenientes, & escandalos. Por aquesto supplican que sia declarado, los ditos clamados privilegios seyer nullos, assi como de feyto son otorgados; *de feyto sian cassados, revocados, & annullados*; como aquellos que son contra fueros, privilegios del dito ReGno, & cuenta iusticia, & toda razon; & que nunca se puedan usar, ni tales, o semblantes puedan seyer otorgados. Et si de feyto se otorgan, no se pueden usar, & cuenta los usantes sian statuydas grandes penas, asin corporales como pecuniarias: las quales se hayan de juzgar & exigir por el Iusticia de Aragon, & sobre aquello proceder por el dito Iusticia breument, sumaria, & de plano, assi como en feyto de officiales delinquentes contra fuero, y es acostumbrado enantar, & proceder, de la sentencia del qual no se pueda apellar. Et si de feyto apelado sera, aquella no se pueda proseguir. E si proseguida sera de feyto, & sera inhibido el dito Iusticia, que aquella inhibicion el dito Iusticia no obtemperre, ni sia tenido obtemperar, ante aquella no contrastant la dita sentencia, sea levada a execucion devida: ni los incorrientes en las ditas penas, puedan obtener alguna remission, ni guidge del Senyor Rey ni de otri alguno”.

“Por questo el dito Iusticia de Aragon, de voluntad del Senyor Rey, & de los quatro braços del dito Regno, qui non fazen part en el dito feyto, pronuncio en la manera que sigue:

“Super tertio gravamine, militum, & infantonum Regni Aragonum contra Iuratos, & homines Civitatum Tirasonae, Calatayubii, Turolii, & communitatem aldearum eunde, & cuiuslibet earum super certis privilegiis in dicto gravamine contentis”.

“Pronunciat dicto Iustitia de voluntate dimini Regis, & quat brachiorum dicti Regni, qui non fecunt partem in praedictis, *praedicta privilegia non valere, nec tenere. & ipsa esse cassa, & nulla, sicuti de facto concessa fuerunt*: & quaecumque alia similia e quadraginta annis citra a

quibusvis aliis obtenta; et ipsa cassat, & revocat, tamquam concessa & obtenta contra forum & usum Regni. Et pronunciat, quod ab inde talia, vel similia privilegia, non debeant nec possint concedi, & ubi concessa fuerint, quod impetrantes es non possit eis uti aliquo modo".

Un examen de esta importante sentencia nos indica: 1) que se trata de una sentencia dictada por el Justicia Mayor "como Juez en tales Cortes"; 2) que los principios forales constitucionales violados son el de que "nadie puede ser juez en causa propia y el que "debe verse su causa ante juez competente"; dos principios del sistema del comúnmente llamado sistema del "due process of law"; 3) que la base del recurso, se halla en "privilegios" otorgados desde hacía al máximo cuarenta años, por varios reyes de Aragón (al menos, Juan I Pedro IV). Aquí, los "privilegios", eran de destino multitudinario, en favor de tres "Universidades" del Reino, integradas por sendas ciudades — Tarazona, Calatayud y Teruel — y sus respectivas aldeas; privilegios que les daban la posibilidad de "hacerse justicia por su mano" (aquí aparece la clave de todo el asunto: donaciones de "honores" — de tierras — a los infanzones destacados en servicio del Rey, pero en terrenos de las Universidades; y reacción de éstas); debemos considerar que la palabra "privilegio" se adopta aquí en el sentido peyorativo de la misma [ya que, al contrario, los procesos de que tratamos, también se llamaban "Privilegios forales"; y aún actualmente, p. e., en los Estados Unidos, a lo que contiene la XIV Enmienda a la Constitución — la defensa contra la autoacusación — es llamado "privilegio"; tenga pues, cuidado, p. ej. Soriano, tratando poco menos que despectivamente a la Manifestación criminal, por ser un "privilegio"; volveremos sobre este tema y alusión a Soriano]; 4) Que el Justicia, casa y anula los citados privilegios (la palabra "casación" no es un monopolio francés a partir de la Revolución francesa); 5) Que por ser contrafuero — y aquí el Justicia está aplicando los Fueros de 1348 probablemente — dicho Justicia debería proceder brevemente, y sumariamente, y de plano, etc.; se utiliza la misma fórmula que en los Fueros para el castigo de los "Oficiales delinquentes contra fuero" que en el Fuero II de 1348; fórmula aplicada en la Baja Edad Media a todo un tipo o familia de juicios "plenarios rápidos" — en contraposición a los puramente "sumarios" cualitativamente). 6) Que esta sentencia, surtía afectos constitutivos, "erga omnes" por haberse dictado en el proceso de "greuges"; 7) Y que, para mayor semejanza con las actuales "acciones y pretensiones constitutivas, tal sentencia fue incluida como observancia — como fuente directa de Derecho, en la Recopilación de éstas, en el Libro IX Cfr. *Infra*.

No pretendemos "calcar la historia sobre la actual realidad" falseando aquella; mas no debemos despreciar momentos históricos en que las necesidades, siendo correlativas en la evolución de una comunidad humana, se adoptan resoluciones inspiradas en la misma y paralela filosofía. Así nacieron "manifestación criminal de peronas" y "habeas corpus", probablemente (Cfr. Soriano "El derecho de habeas corpus", ed. Congreso de los Diputados, Monografías, 1986, pág. 48 y ss.). Y así se acudía al proceso de "greuges" como movimiento procesal de satisfacción de una necesidad sentida (la lucha contra actos de las autoridades y aún normas — he aquí el caso — contrarias a normas superiores o principios normativos de todo un sistema). En 1812, el Conde de Toreno, al discutirse en las Cortes de Cádiz — las primeras Cortes españolas "modernas" — sobre el control del Parlamento, sugirió la creación — nueva — de un tipo de recurso como el aragonés de "greuges", confiado al nuevo Tribunal Supremo de Justicia. Y más tarde, aparecen los Tribunales Constitucionales; y las dos familias de recursos de este tipo; *Comparaciones "paralelas" nó; pero en el "espacio"; sí*.

En resumen: esta sentencia nos ha recordado y recuerda una de inconstitucionalidad de normas. Lo lamentable es que esta y otras eminentes bases caigan en el olvido por negligencia de prelegisladores y de sus consejeros y si lo hacen con perfecto conocimiento de causa, que la expliquen, aunque ya sea tardíamente.

¹⁵ Que era frecuente el que el Rey se hallase en la situación de demandado en un proceso de "firma" del Justicia, lo demuestra el Fuero "De inhibitionibus Domino Regi praesentandis", por el que se inflingía penas a los escribanos o agentes encargados de notificar el Rey las "Firmas" que hacer incómodo si no peligroso en la época; un castigo al "temor reverencial".

¹⁶ Cfr. Ximenez Cerdan, "Litera intimata" cit.

¹⁷ Cfr. Ximenez Cerdan, "Litera intimata" cit.

¹⁸ La expresión "Firma", es intraducible con su sentido propio del ordenamiento jurídico aragonés. Está ligada, evidentemente, con las expresiones ("apellidos de Firma", peticiones de la misma o concesiones ya otorgadas por el Justicia; más bien, la "Firma de derecho" era la resolu-

ción de dicho Justicia a un "apellido de firma"; también se hablaba y escribía de "Firma inhibitoria"; el "presidio de Firmas" era el conjunto de las garantías comprendidas en la "firma" al peticionario.

Cfr. p.ej., Ramírez, "Analyticus tractatus de lege regia, qua in principes suprema et absoluta potestad translata fuit", Zaragoza, 1616, §25, núm. 23 y 24, pág. 230; Giménez Soler, "El Poder Judicial en la Corona de Aragón", Barcelona, Memorias de la Real Academia de las Buenas Letras, 1901, *passim*.

¹⁹ Desde el Fuero "De iureiurando" de 1461 (y de la Observancia últ. "De mutuis petitionibus", Lib. I de las Observancias.

²⁰ Cfr. la nota núm. 18 supra.

²¹ Cfr. el Fuero XVI "De officio Iusticie Aragonum" de 1461, Lib. I de la Recop.; Fuero "De processu contra fractores inhibitiones Iusticie Aragonum", Zaragoza, 1442, Lib. I de la Recop.

²² Cfr. el Fuero XI "De Firmis iuris", Calatayud, 1461; Ramírez, *ob. cit.*, §20, núm. 9, pág. 146.

²³ Cfr. nuestro trabajo sobre este medio procesal, *cits. en nota núm. 1, supra*.

²⁴ Cfr. p.ej., Ramírez, *ob. cit.*, §20, núm. 19, pág. 126 y ss.

²⁵ Es el Fuero "De iis quae Dominus Rex, alii successores ipsius, & gubernator aragonum, & eius vicem regents, & Iusticie Aragonum, & alii Iudices, & Officiales facere & servare tenetur, ut Fori Aragonum conserventur", de 1348, Libro I de la Recop.

²⁶ La Manifestación no protegía a todas las personas físicas del Reino de Aragón, y Molino trae un caso sangrante; el debido a los malos tratos a que un noble (el Escudero Latrás, de Anzánigo) sometía a sus vasallos; una temerosa Observancia se lo admitía).

Soriano ha tomado esta grave excepción como base para una severa crítica de la "manifestación" y una "degradación" de la misma a los efectos de defender el "habeas corpus" — y su actualidad en España — cuando es perfectamente posible no caer en este exceso; que también en la Carta Magna, se señala su aplicación al "liber homo"; y el régimen feudal inglés no era ciertamente evangélico; y el "habeas corpus" se aplicó *contra la esclavitud* (Cfr. p.ej., Hampton, "Criminal procedure", 3ª. ed. Sweet & Maxwell, Londres, 1882, pág. 56 y s.). . . Esta falta de generalidad, era, pues, normal en la época; y sus espantables excepciones, no pueden nunca legitimar las críticas a los instrumentos de lucha contra las agresiones cometidas contra "los hombres". O se quiere entenderlas a tenor de sus respectivas épocas y evoluciones, o no se quiere. (Cfr. Soriano, *ob. cit.*, pág. 47 y ss.).

En cuanto a que la "Manifestación" fuese "un privilegio", Soriano, escritor serio, aquí parece contagiado de un chauvinismo extraño; ya he indicado las acepciones de tal expresión. . . y el hecho de que en los U.S.A., nada menos que al derecho a oponerse a la autoacusación, se le llama "Privilegio" y se halla. . . en la Enmienda a la Constitución. . . (Cfr. p. ej., Osakwe, "The Bill of Rights for the criminal defendant in american Law", en la obra colectiva "Human rights in criminal procedure", prol. por John A. Andrews, ed. Martinus Nijhoff Publishers, La Haya Borton, London 1982, pág. 273 y ss.).

²⁷ El tormento desapareció en Aragón "de facto" antes que "de derecho" decía Giménez Soler (*ob. cit. últ. pág. 51*), en el Siglo XIII; muy claramente, tras la "Declaratio Privilegii Generali" de 1325, se admitió la caución en lo criminal; en 1348 apareció — lo hemos visto — claramente el "due process" en el Fuero "De iis quae Dominus Rex, etc."; estas muestras contra la tortura se reiteran; en el Fuero "De manifestationibus personarum" de 1461, y en el "De officio Vice cancellarii domini Regis", Libro I, que condenaba a la privación del oficio a toda persona que "mataran, extemaran, ataran, matar, extemar o acorar fizieran"; y "turmentar o turmentar faran en caso por fuero no permeso".

Cfr. aquí, Wohlhaupter, "La importancia de España en la historia de los derechos fundamentales", en "Centro de Intercambio Cultural germano-español", Madrid, 1930, pág. 12; Fairén Guillén, "Antecedentes aragoneses de los juicios de Amparo", *cit.*, pág. 85 y ss.

²⁸ Cfr. extensamente, este caso, en nuestro trabajo "Antecedentes Aragoneses de los juicios de Amparo", *cit.*, pág. 80 y ss.

²⁹ Cfr. p. ej., los Fueros "De manifestationibus et inventarionibus bonorum", Libro II de la Recop.

³⁰ Es curioso comprobar que los Jueces eclesiásticos, a los efectos de la "manifestación de personas" ordinariamente, las que se hallaban en Monasterios, Conventos, etc. —, que solían conllevar impedimentos opuestos por los Abades y demás autoridades eclesiásticas, eran considerados como personas privadas, y en su "manifestación" se utilizaba la expresión "nonnullas personas privadas" y no "per iudicem ecclesiasticum". Cfr. el caso de la "manifestación" del sujeto laico Antonio Bernat, el 17 de Mayo de 1452. por orden del Justicia, en Del Molino. "Repertorium" cit., fol. 217.

³¹ Cfr. el caso de la "manifestación" de los hermanos de D. Alvaro de Luna, el 15 de Mayo 1453, en Del Molino, "Repertorium", fol. 216 vto.

³² Esta "manifestación", alejada de lo político — lo que le dio su ruina — siguió en vigor hasta el Siglo XIX, a cargo de la Real Audiencia de Aragón (que, según el Decreto de Nueva Planta, substituyó totalmente al extinguido Justiciazgo). Sáenz de Tejada y Olozaga, en su obra "El Derecho de Manifestación aragonés y el "habeas corpus" inglés", Madrid, s. a. (pero 1965) aporta los documentos judiciales de un caso de tal especie; y casualmente, el Procurador de quien pidió la "Manifestación" — un caso que podría llamarse "prerromántico" e impensable hoy día como caso civil — era mi bisabuelo, D. Pedro Nolasco Guillén.

³³ En los tiempos del Justicia Mayor Ximénez Cerdán, él mismo ordenó una manifestación de bienes de un comerciante zaragozano, injustamente trabados por orden del Rey; halló resistencia por parte de un funcionario real, y lo aprisionó. Cfr. Ximénez Cerdán, "Litera intimata", cit.

³⁴ Cfr. Del Molino, "Repertorium" cit, fol. 220.

³⁵ Naturalmente, podía pedir y obtener la "manifestación en favor del sujeto a la privación de libertad, otra persona (familiar, abogado, y cualquier otra persona, si prestaba juramento sobre la veracidad de los hechos (Fuero de Monzón "De manifestationibus personarum", de 1510, Libro III de la Recop.; es el último de la rúbrica "De manifestationibus personarum". El juramento sobre la veracidad de los hechos, fue suprimido por el fuero "De iurejurando" de 1461.

³⁶ Cfr. el Fuero XIII "De homicidio", Calatayud, 1461. Lib. IX de la Recop.

³⁷ Cfr. el Fuero V "De manifestationibus personarum", Calatayud, 1461, Lib. VII de la Recop.

³⁸ En el Libro III de la Recop.; es el Fuero más completo sobre la "Manifestación", comparable al "Habeas Corpus Amendment Act" de 26 de Mayo de 1679.

³⁹ Cfr. Fuero XV "De officio Justicie Aragonum", Calatayud, 1461, Lib. I de la Recop.

⁴⁰ Cfr. el Fuero "De la Carcel de los Manifestados", de 1564, que reitera el de 1461 sobre dicha Cárcel; se podía imponer hasta la pena de muerte al Alcaide, si, por su malicia o negligencia, penetraban en tal Carcel los "Oficiales" — funcionarios en la actualidad — a los que tal entrada estaba prohibida. "a hacer alguna execucion de muerte, o mutilacion de un miembro, o otra vexacion o tortura, o jurisdiccion desaforada contra las personas manifestadas".

⁴¹ Observamos que la lucha contra la tortura, conexas con un proceso legal, pero ilegalmente infringida, es nombrada expresamente en este Fuero "De la Carcel de los Manifestados".

⁴² Cfr. Fuero "De modo et forma procedendi in criminali", Monzón, 1510, Lib. IX de la Recop.

⁴³ Cfr. Fuero "De manifestationibus personarum" de 1436, Liv. VIII de la Recop.

⁴⁴ Cfr. Fuero "De manifestationibus personarum" en rel. con el I "De accusationibus" de 1398, Lib. I de la Recop.

⁴⁵ Cfr. Fuero V "De manifestationibus personarum" de 1436, Lib. III de la Recop.

⁴⁶ Cfr. Fuero últ. cit. Baedaxi, "Commentarii in quatuor aragonensium fororum libros". Zaragoza, Lorenzo Robles, 1692, fol. 122.

⁴⁷ Cfr. Fuero "De manifestationibus", cit.

⁴⁸ Cfr. casos prácticos en Ramfrez, "De lege regia" cit., §20, p. 138.

⁴⁹ La citada Ley, en su "Exposición de Motivos", aunque sea muy partidista — *et pour cause* —, confiesa dichos antecedentes. Eran evidentes, naturalmente, antes de que tal declaración fuera hecha por el Ministro de Justicia.

⁵⁰ Tarea no sencilla, pero no imposible. Desde luego, no pretenderíamos nunca "resucitar" la Manifestación del siglo XVI tal y como estaba en 1590; tarea inútil. Si estamos que, desmitificada la "Manifestación" — y aquí, en esta tarea, ya tenemos predecesores bienintencionados — cuidado, los hay malintencionados, no sabemos por qué —, su filosofía, su "facies" a la vez tan

atractiva, su esqueleto si se quiere, son servibles. Una prueba ya la hemos hecho al meditar y redactar un borrador articulado sobre la "Manifestación" tal y como sería la "actual"; "borrador" pensado y redactado cuando aún teníamos la esperanza de verlo en la misma Constitución; cfr. el mismo, en nuestros trabajos "La defensa procesal de la libertad y dignidad personales en una futura Constitución española: el proceso cautelar de Manifestación", en "Revista de Administración Pública", Madrid, 1977, núm. mayo-agosto, esp. pág. 43 y ss., "La reforma procesal penal: reintroducción del recurso de "Manifestación", en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Madrid, octubre de 1966, *passim*; en "Studi in onore di Tito Carnacini", Giuffrè, Milán, Vol. III, pág. 589 y ss.

⁵¹ El artículo 15 de la Constitución de 1978, dice así: "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra". (Cfr. las Convenciones de Nueva York de 1966, art. 7o. y de Roma de 1950, art. 8o.; ambas ratificadas por España antes de 1978).

⁵² Cfr. p. ej., Sharpe, "The law of "habeas corpus"", ed. Clarendon, Pres Oxford, 1976, pág. 1. El autor ve el origen de la figura en la parte baja del siglo XIII.

⁵³ Cfr. p. ej. Nicoletti, voz "Habeas corpus" en el "Novissimo Digesto Italiano", ed. UTET. Turion, Vol. VIII.

⁵⁴ El "habeas corpus" pudo estar influido por la existencia en Inglaterra de otros medios procesales durante la Edad Media incluso más asociado con él mismo con la idea de libertad, como el "de homine replegiado" et el "De odio et atia". Cfr. Sharpe, ob. cit., pág. 3; sobre la posible influencia de estos medios en la "Manifestación" aragonesa, p. ej., Fairén Guillén, "Antecedentes aragoneses" cit., pág. 86 y ss.

⁵⁵ Las transcripciones de la Carta Magna difieren; nos fijamos en las de Sharpe y de Pitt-Taswell-Langmead, "English Constitutional History", 16 ed., Londres, 1946, pág. 91.

"No freeman shall be taken or imprisoned, or be disseised of his freehold, or liberties, or free customs, or exiled, or any other wise destroyed; nor will we not pass upon him, nor condemn him but by lawful judgment of his peers, or by the law of the land. . ." (Halsbury's Statutes", 3a. ed., 404").

⁵⁶ Las palabras entre claudatur fueron incorporadas en la expedición de la Carta de 1217. Cfr. Pitt, Taswell-Langmead, ob. cit., rev. por Plunkett.

⁵⁷ Véanse los Estatutos de Eduardo III, de 1354, §39: "None shall be condemned without trial. Also, that no man of what of what state or condition that be, shall not put out of the land or tenement, nor taken or imprisoned, nor deshereditated, nor put to death, without being to answer by due process of law".

⁵⁸ Y por la creación de la Comisión o Tribunal de los XXV Barones — juntos al Arzobispo de Canterbury, Esteban, y las personas a quien éste convocase, encargados de resolver en casos de abuso; comisión abolida por Inocencio III por considerarla como contraria a las esencias de la Monarquía. Fue "una especie de Tribunal de contrafuero"; cfr. la Carta Magna, 1215, núm. 50; sobre el tema, Wohlhaupter, ob. cit., pág. 25; Altamira, "La Magna Carta y las libertades medievales en España", en "Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales", Madrid, año I (1918) 160 y ss.

⁵⁹ Cfr. arg. Hampton, ob. cit. pág. 58 y s. sobre los *assaults*.

⁶⁰ Recordemos que la Carta Magna, se refiere en muchas ocasiones, explícitamente, y como sujetos titulares de los derechos que condene al "liber homo".

⁶¹ ¿Hay una frontera entre "tortura" y "malos tratos"? De la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se infiere que sí; y en disconformidad con la Comisión (Cfr. el caso "Ireland v. United Kingdom", Comisión, 1977, Tribunal, 1978). Cfr. infra.

La Convención más reciente, sigue diferenciando, Cfr. su artículo 1 en la nota núm. 79.

⁶² Cfr. la historia del caso, en Sharpe, ob. cit., pág. 9 y ss.

⁶³ Cfr. los argumentos de la defensa en Sharpe, ob. cit., pág.

⁶⁴ Cfr. la resolución de la "Westminster's Court" en Sharpe, ob. cit., pág. 11 y ss. Y nótese que la *Petition* se refiere a los "hombres libres".

⁶⁵ Cfr. Sharpe, ob. cit., pág. 13.

⁶⁶ Cfr. el conocido caso Jenks, en Sharpe, ob. cit., pág. 17; con ref. a los abusos reales y nobiliarios, cfr. también Pitt, Taswell-Langmead, ob. cit. pág. 484 y ss.

⁶⁷ Que lo habían menester. Cfr. Marañón Posadillo, ob. cit., T. II, pág. 483 y ss. sobre el clima de Aragón en torno a los sucesos en que intervino especialmente —pero no solo— Antonio Pérez; la "mitología jurídica", podría haber aparecido aquí. Mas conste que no es "una enfermedad mortal" Cfr. esp. Santi-Romano "Mitología Giuridica", en "Frammenti di un dizionario giuridico", 1a. ed., Giuffrè, Milán, pág. 126 y ss.

⁶⁸ Cfr. Bonet y otros, ob. cit., esp. pág. 33 y ss.; de esta época es un regalista notable; Ramírez, a quien citamos a menudo; el práctico forense Pedro Molinos, es más propiamente de época anterior.

⁶⁹ Cfr. el texto de 1679 en alguna de sus múltiples ediciones bien cuidadas.

⁷⁰ Las "promesas" de mejora en la suerte del interrogado si "confiesa" (?) están prohibidas en la actualidad; tienen la misma consideración que la tortura. Cfr. p. ej., el §12 del Kap. 23, 2ª Sección, II, del "Rattegancka" de Suecia de 1942-1948; y también el 136a de la StPO de la República Federal de Alemania. Sobre el tema nuestro trabajo "Algunas notas sobre modernización de la Ley de Enjuiciamiento criminal", en RDP. Iber., 1978-IV, esp. pág. 788 y ss. y 858 y ss.

Los tribunales modernos, ya ha tiempo que han comprendido que la "tortura" puede exceder del sufrimiento puramente físico, y centrarse en la angustia, miedo, ansiedad, etc. de una persona. Cfr. en este sentido, y para los USA, Osakwe, sobre la tortura psíquica (y las promesas, equivalentes a ella), casos Fikes v. Alabama (1957), Payne v. Arkansas (1958), Lyman v. Illinois (1963); el cansancio —el siniestro "tercer grado"—, caso Ascraft v. Tennessee (1944) y el "virtual Código de Conducta" formulado por el Tribunal Supremo de los USA, en el famoso caso Miranda v. Arizona (1966); en "The Bill of Rights for the criminal defendant in american law" (en la ob. colectiva ed. por John A. Andrews, "Human Rights in criminal procedure (A Comparative Study)", Martinus Nijhoff Publishers. La Haya, Boston, Londres, 1982, pág. 275 y s. y 303 y s.) el suministro de drogas adecuadas a ello (Evipan, Eunarcon, Benzadrina, Pervitina, etc.) o de alcohol —cfr. Lowe-Rosenberg, "Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz", 22. ed., por Dönnebird, Gollwitzer, Kohlhaas, Sarstedt y Schäfer, ed. Walter de Gruyter, Nueva York, 1972, T. I, §136 a, pág. 865. Hay que anotar aquí que la "frontera" entre los malos tratos y la tortura es muy difícil de trazar aún en la actualidad, pese a su distinción en las leyes. Así, aunque la Convención Europea de Derechos Humanos (Roma, 1950) en su art. 3º —y la de New York de 1966, en su art. 7º; y la "Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes" de 1985, en su título y articulado— distinguen, en la práctica, p. ej. en el caso Ireland v. United Kingdom, visto por la Comisión de Derechos Humanos y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la primera apreció que determinados hechos constituían tortura, y el Tribunal, malos tratos (1977 y 1978); se trataba de interrogatorios de presos por La Royal Ulster Constabulary, celebrados en 1971 (enmascaramiento, ruidos, encierros, privación de alimento y de sueño). Cfr. sobre este punto, p. ej., Kevin Boyle, Profesor de Derecho del University College, Galway, "Human rights and the Northern Ireland emergency", en la cit. obra colect. de Andrews, esp. pág. 156 y ss.; y Declan Costello, Juez de la High Court, de la República de Irlanda, "Rights of accused persons and the Irish Constitution of 1937", en la misma obra, esp. 177 y s.

⁷¹ En el "Bill of Rights", se utilizaba la "expresión" "penas crueles"; siendo así, que una serie de tales derechos se acordaban al "habeas corpus" y sus secuencias —"procesos ilegales y arbitrarios"; "cauciones de libertad excesivas", "Bill, núm. 10—, se llega a la conclusión de la Presencia" de dicha figura aquí.

⁷² Tras orígenes muy antiguos, y en relación con otros "writ", el *homine replegando*, el *odio et atia*, el *de mainprizem*, algunos ligados con el Derecho Romano (Wohlhaupter, Wenger, Fairén Guillén), se le utilizó durante la Edad Media para "atraer" casos desde los tribunales inferiores a los reales, de manera que fue un privilegio de estos tribunales sobre aquéllos. Su evolución se marcó en el sentido (época de Enrique VII, 1483-1509), aplicarlo a la liberación de personas apasionadas por orden del "Privy Council"; ya hemos recordado el caso Darnel y su significación (lucha contra los privilegios de la Corona: especialmente, una vez iniciado, el de emitir órdenes de prisión sin fundamentación; lo cual fue discutido como regla general en la resolución que denegaba el *habeas corpus* de Darnel y los otros cuatro Caballeros, el caso también llamado de los "vive Knights" y la "Petition of Rights" de 1628 (Petición V); tras un momento histórico lleno de resoluciones ("writs") contradictorios ello nos llevó al "*Habeas corpus Amendment Act*" de 1759; entre otras normas, las había de autorización a los jueces de emitir los "writs" individualmente, si

su tribunal ("court") estuviese en vacación; e imponía graves penas a los que dejasen de cumplir con el "writ" (X y III); en 1960, si fijaron las circunstancias en que un *habeas corpus* puede ser repelido, y para la apelación.

En sus múltiples aplicaciones genéricas, es competente para despachar el "writ", un Tribunal de División del "Queen's Bench" ante el que se presenta la petición; o ante uno de sus jueces en caso de urgencia; o ante un juez cualquiera en caso de vacación.

El peticionario, mantiene su petición por medio de un *affidavit* en nombre de la persona interesada privada de libertad (y lo están p. ej., los simples detenidos — "in custody" — (Cfr. p. ej., Leonard H. Leigh, "The protection of the rights of the accused in pretrial procedure: Engrad and Wales", en Andrews, ob. cit., pág. 31 y ss. esp. pág. 34 y s.); y los que se hallan "en libertad bajo palabra" si ello supone una restricción de su derecho de libertad (caso *Jonás v. Cunningham*, 1963 "Federal Habeas Corpus Statute", así interpretado, en Osakwe, ob. cit., pág. 294), exponiendo en él, que ha sido elaborado a su instancia, y una relación de los hechos constitutivos, de su privación coactiva de libertad de locomoción. El "writ" contendrá las razones de tal privación de libertad y llevará al interesado el Juez competente al cual, ordenará su puesta en libertad, bajo caución suficiente (se exceptúan casos basados en las tradicionales y amplias nociones de *traición* y de *felonía*). El plazo máximo de puesta en libertad, es de 20 días, bajo conminación de graves penas; y la persona así liberada, no puede ser detenida por el mismo motivo, pero sí por otros; y de otro lado, el "habeas corpus", como proceso de origen cautelar, supone una *cosa juzgada*, muy estrecha de manera que, cabe introducir, en el mismo caso, dos o más peticiones de "habeas corpus" sucesivas si son por motivos diferentes o las circunstancias han cambiado (el principio *rebus sic stantibus* de los procesos cautelares) (Caso *Salinger v. Loisel*, USA, 1924).

En los Estados Unidos de Norteamérica, el "habeas corpus" fue, *ab initio* una de las mayores garantías de la libertad individual (artículo 10., Sección 9-2 "salvo en aquellos casos de rebelión o invasión en que la seguridad pública lo requiera"). (La potestad de suspender el "privilegio" del "habeas corpus" corresponde al Congreso; pero esta solución, no fue pacífica; el Presidente Lincoln, por orden del Ejecutivo, lo suspendió a inicios de la Guerra Civil, en 1861; esto fue impugnado por el *Chief Justice* Tancy, en favor de la solución más tarde admitida. El ámbito del *habeas corpus* es muy extenso, y la casuística — *common law* de extremada importancia.

También en Inglaterra, el *iter* del *habeas corpus* — ya antiguamente se le utilizó para combatir las agresiones y la esclavitud (pero las agresiones, para detener o al invadir propiedad ajena (Arg. Hampton, ob. cit., pág. 58 y s.) para defender a inmigrantes ilegales o que estuviesen sometidos a un procedimiento incorrecto—, se ha ampliado notablemente. Pero todo ello, no impide que el *habeas corpus* sea considerado como insuficiente para garantizar los derechos de la parte pasiva del proceso penal en su fase "pre-trial" (Cfr. Leonhard H. Leigh, ob. cit., espec. conclusión, pág. 54).

⁷⁵ Alusión al estado de cosas en aquellos lugares y en la época. Es aprox. la del caso "Ireland v. United Kingdom" ante la Comisión de Derechos Humanos Europea y luego ante el Tribunal de Derechos Humanos Europeo (1977-1978).

⁷⁴ Cfr. el caso "The State (McDonagh) v. The Governor of Mountjoy prison", Supreme Court, 24 de julio de 1978. Cfr. Declan Costello, "Rights of accused persons and the Irish Constitution of 1937", en ob. colect. de Andrews cit., pág. 165 y s.

⁷⁵ Cfr. casos *Stewart v. Murphy* (1973), I.R. 117; *McAuley v. Minister for Post and Telegraphs* (1972) I.R., 358; *Byrne v. Ireland* (1972), 8.R. 305; *The State (Crowley) v. Governor of Mountjoy Prison*, 13 abril 1976. Todos ellos, en Costello, en Andrews, pág. 167 y s. y 186.

⁷⁶ Cfr. caso "The State" v. *Frawley* (1976, I.R. 365, 374. En Costello, en Andrews, ob. cit., pág. 177 y s. y 187.

⁷⁷ También procedió el *habeas corpus* en casos de que al detenido se le negase el cuidado médico o el acceso a los tribunales. Cfr. "In re Emergency Powers Bill", 1976 (1977), I.R. 159. Costello, Andrews, pág. 173 y 187.

⁷⁸ Cfr. Leigh, ob. cit., pág. 32.

⁷⁹ Art. 10.-1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, Nueva York, 4 de febrero de 1985, firmada por España, junto con otros 40 Estados ("Traité multilatéral déposé après du Secrétaire Général au 31 Décembre 1985", Nueva York, Naciones Unidas, 1986, pág. 171) y ratif. el 19 de nov. 1987 por España.

"A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a investigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia [¡Aquí están las privaciones de libertad coactivas!]. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas".

"El presente artículo se entenderá *sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance*".

En España, se podía haber, al menos "aclarado" este texto, sobre la base de la vieja *manifestación criminal de personas*, pero no se hizo. E incluso habíamos preparado y publicado un borrador de anteproyecto de ley para la manifestación (cfr. infra); no tenemos idea de que ni siquiera mereciera los honores de ser rechazado fundadamente. Y la Ley de 24 de mayo de 1984 sobre el "habeas corpus", no es tan clara con las torturas — a las cuales, comprende — como debiera serlo. Da la impresión de que el legislador se avergonzó de tener que utilizar tal expresión y tratarla para combatirla — jurídicamente. Mala táctica y peores resultados; el "habeas corpus" se utilizaba poco, y las denuncias de detenciones con torturas proliferan.

La citada Convención, tiene carácter predominantemente procesal (podía haber sido utilizada por los legisladores españoles; los hechos indican que no lo fue. Si tenemos razón, otro gravísimo error en perjuicio del pueblo español y de las instituciones jurídicas españolas); en su Art. 11, "ya tenemos otra vez a la *manifestación*" (que, así, respondía a un anhelo fundamental de la humanidad).

⁸⁰ Cfr. sobre tal Convención, p. ej., Nikken, "La protección internacional de los Derechos Humanos. Su desarrollo progresivo", Col. del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, ed. Civitas, Madrid, 1987, *passim* y esp. su II Parte.

No hemos hallado referencias a esta importante Convención en varios libros españoles sobre el *habeas corpus*.

⁸¹ Si el Fuero "De iis quae Dominus Rex. etc." de 1348 trató de privaciones de libertad y de tortura simultáneamente — para combatirlos — el Fuero, también de 1348, I, "De iuramento praestando per Officiales, de servando Foros. Privilegios, libertates, usus, & consuetudines Regni Aragonum" dice, en sus fragmentos más interesantes:

"Nec procedent, nec supersedebunt, nec procedi, nec supersederi facient ullo modo ratione litterarum, vel mandatorum domini Regis, vel Gubernatoris, vel alicuius alterius, in aliquo facto, vel negotio, in quo procedere, vel supersedere debebunt iuste & secundum Forum, Privilegia, libertates, usus, & consuetudines dicti Regni, nisi in casu, in quo super eo prius per Iustitiam Aragonum fueris declaratum per dictum Militum Regentem officium Procuratoris, seu Gubernatoris, & alios Iudices, & officiales, posse, & debere procedi, vel supersederi secundum formam inferius insertam, & latius designatam. Quod si contra praedicta, vel aliquod praedictorum per dictos Regentem officiu, Iudices, & officiales praedictos, vel alicum ipsorum factum fuerit, in casu in quo de dictis Foro. Privilegiis, libertatibus, usu, & consuetudine, eis certum, & manifestum extiterit, & ratione praemissa mors, extrema membrorum, exilium, veli alia poena corporalis, vel captio secuta fuerit: illo casu dictus Regens officium Gubernationis, & alii Iudices, seu officiales, qui contra praedicta fecerint, sustinebant, & habeant sustinere poenam similem, quem admodum illis sustinuerint, contra quos sic indebite contra Forum, Privilegia, libertates, usus, & consuetudines fuit processum. . .".

Y se hace una referencia al Juramento que tales autoridades debían prestar; el Juramento solemne aprobado por Fuero en las mismas Cortes de 1348, en donde la privación de la libertad va a la vez que las torturas. (Cfr. Libro I de la Recop.). De modo análogo a como aparecían en la Carta Magna.

^{81 bis} Cfr. figuras de la misma familia que el *habeas corpus* y situaciones frecuentes y dudosas, en Osakwe, *ob. cit.*, pág. 267 y ss.

⁸² La obra de Pedro Malinos, "Practica Iudiciaria del Reyno de Aragón", se editó por primera

vez en 1775; y la tercera, en 1649, "de nuevo añadida por cuariales de la misma ciudad" (Zaragoza, Diego Dormer. Manejamos esta última edición.

⁸³ Cfr. ob. últ. cit., pág. 279.

⁸⁴ Cfr. ob. últ. cit., pág. 276.

⁸⁵ Marañón dice que la petición de la manifestación de Antonio Pérez, formulada por su amigo Gil de Mesa —debió ser sobre el día 28 ó 29 de mayo de 1590— se fundaba "con evidente desviación de la verdad, en que le habían preso "en cárceles tenebrosas muy oscuras, con grillos en los pies y esposas de hierro, oprimiéndolos) de tal manera que más bien parecía aquello tortura que custodia; y lo que era peor, queriendo hacerlo muerte sin atenderse al orden prescrito en las leyes y Fueros de aquel Reino" ("Antonio Pérez", cit., T. II, pág. 506).

Puede tratarse de una exageración del redactor de tal escrito; pero muy bien pudo ser copia de algún formulario; y tiene semejanza con el que trae Pedro Molino, cuya obra, en su primera edición, había ya aparecido.

⁸⁶ Cfr. el "Informe Especial" de P. Kooijmans, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, nombrado en cumplimiento de la Resolución 1986/50 de dicha Comisión [Lo que queda oscuro en tan interesante "Informe" es, si el Relator se ha atendido a la Convención contra la tortura, etc. de 1985, o al de la Comisión y Tribunal de Derechos Humanos de Europa; por la extensión territorial de su Informe, parece lo primero; por ciertos matices, lo segundo]; publicado por la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, 9 de enero de 1987, pág. 9.

⁸⁷ Cfr. Kooijmans, "Informe", cit., pág. 4.

⁸⁸ Cfr. Kooijmans, "Informe", cit., pág. 12 y ss.

⁸⁹ Al examinar Leigh la Convención Europea de Derechos Humanos, ratificada por Inglaterra —que sufrió de sus principios, en el caso "Ireland v. United Kingdom", 1977-78— y con referencia al estado *pre-trial*, "preliminar del juicio" del procedimiento criminal británico, dice que "No hay duda de que los derechos especificados en la Convención Europea con respecto al procedimiento preliminar en lo criminal, son plenamente aplicables según la ley nacional inglesa, pero deben hacerse tres reservas en primer lugar, el contenido de tales derechos es, en ocasiones, incierto; en segundo lugar, algunos son directamente justiciables; así, p. ej., las normas referentes a los arrestos ilegales que, si son vulneradas, confieren una acción por daños; o las referentes a identificaciones ostentosas, justiciables tan sólo de modo oblicuo, resultado que emerge del "status" y directrices administrativas; y en tercer lugar, que la protección que brindan a los acusados no se limitan necesariamente a las materias especificadas en el texto de tal Convención o a la práctica judicial ("case law") interpretándola" (Cfr. Leigh, "The Protection of the Rights", cit., pág.).

⁹⁰ Dice Alec Samuels, Prof. de la Universidad de Southampton: concluye así:

La próxima década parece que será turbulenta. Aumento de niveles de la violencia y de la criminalidad, perturbaciones industriales que envuelven ataques a la paz, y el terrorismo, para identificar a los más obvios, van a crear presiones sobre gobierno, autoridad y policía para restringir y reducir las libertades civiles, y a la vez, las emergencias de su verdadera naturaleza requerirán una vigilancia cada vez mayor en la protección de los valores. El abuso de la prerrogativa de la mayoría política, el despotismo electivo, la dictadura electiva tan gráficamente dibujada por Lord Hailsham, se hallan quizás sobre nosotros. En una revisión judicial democrática es necesario un control intencional sobre el poder político. Un "Bill of Rights", que enfatice publicaciones y responsabilidades así como los derechos, hará al pueblo, más consciente de la salidas, mejor informado, con más esperanza y más equilibrado en sus relaciones con ley y orden, poco extremista en sus actitudes, y más imbuído, de modo optimista, de un mejor sentido de los valores. La calidad fundamental de una sociedad debe hallarse en su integridad y valores".

(Cfr. Samuels. "The argument for a Bill of Rights in the United Kingdom", en Andrews, cit., esp., pág. 430).

⁹¹ Búsqueda de la conexión entre privaciones de libertad y torturas en lo realment político: principio de inmediación llevado al máximo, en lo político-técnico. He aquí dos principios fundamentales, de los que el primero, aparece con mucha dificultad en el *habeas corpus*.

⁹² Era un *writ* emanado de un tribunal superior —en las jurisdicciones de *common law*— y dirigido a un inferior, para que examinase de nuevo un caso. Fue en primer lugar un *writ* del

King's Bench, dirigido a tribunales inferiores ordenándoles la presentación de ciertos documentos; más tarde se aplicó también en los *Chancery's Court's* (de *equity*). Fue derogado en 1938, pero la *High Court of Justice* — tribunal de primera instancia — conservó la potestad de dirigir órdenes de *certiorari*; se le utiliza para revisar resoluciones de los tribunales administrativos contra las que no cabe apelación y lo que interesa en particular, para la revisión de problemas de error en la apreciación de la prueba, problemas de *evidence*. En los U.S.A., los *certiorari* se utilizan — y especialmente es interesante su uso por el Tribunal Supremo Federal — para un nuevo examen de asuntos vistos por tribunales inferiores y posiblemente tachados de error; y en los casos que requieran una revisión inmediata.

⁹³ Al principio, el *mandamus* fue una Orden de la Corona a un empleado, de que llevase a efecto una actividad no comprendida entre las obligaciones de su cargo. Más tarde, *writ* emanado del *King's Bench*, en nombre del Rey, a petición de particulares afectados por la actuación desfavorable de un empleado al obrar indebidamente. Este *writ* no se expide en caso de que haya otro remedio jurídico, ni cuando el obrar o no, es discrecional del empleado. También se utiliza, tanto en Inglaterra como en los U.S.A. por los tribunales superiores para imponer a un inferior la realización de una actividad a la cual se ha negado.

⁹⁴ La *prohibition*, orden judicial imponiendo el no hacer ilegalmente a una actividad. (Semejante a las "firmas" aragonesas).

⁹⁵ Las *injunctions* son órdenes judiciales de hacer (*mandatory*) o de no hacer (*prohibitory*) algo; su desobediencia supone *contempt of court* (desacato) y posible condena a prisión. Temporales o perpetuas, según prevean un plazo para finalizar sus efectos o no. Cubren un gran espectro de cuestiones (de modo análogo a como en España, las "obligaciones de hacer o no hacer cosa específica"). El término latino *injunction* fue utilizado por Guasp en su proyectada Ley procesal civil para Hispanoamérica (Congreso Iberoamericano y Filipino de Derecho Procesal, Madrid, 1955, Ponencia General, Conclusión 48; cfr. "El sistema de una Ley procesal civil hispano-americana", en "Actas del I Congreso Ibero-americano y Filipino de Derecho Procesal", Madrid, 1955, publ. por el Instituto Español de Derecho Procesal, págs. 126) — fórmula propuesta y 105 — fundamentación —). La introducción de esta palabra — ya utilizada en italiano para designar al proceso monitorio ("ingiunzionale") —, fue discutida por Alcalá-Zamora Castillo (cfr. su crítica, en "A propósito de una planeada Ley procesal civil hispanoamericana", en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", núm. 27, sepbre.-diciembre de 1956, pág. 17 y ss. y también en sus "Estudios procesales", Madrid, ed. Tecnos, 1975, pág. 179 y ss. esp. la 189 y s.).

En los U.S.A., la *injunction* se utiliza para la protección de los derechos constitucionales, en particular los de libre reunión, libre religión y de igualdad de oportunidades atacada por motivos raciales.

También en Alemania se utilizan las *injunctions* — como en España — pero el término no se traduce del latín, o bien se las denomina "intimaciones" o "conminaciones" (Cfr. Alcalá-Zamora Castillo). En Iberoamérica, como veremos, el mandado de seguridad brasileño, es una *injunção* y la expresión, traducida, se utiliza tanto en castellano como en portugués, con frecuencia. La particularidad de la expresión latina — adoptada por los anglo-sajones — no obsta a que el contenido se haya esparcido ampliamente por el mundo jurídico, naturalmente.

⁹⁶ Cfr. "Seminario sobre Amparo, Habeas Corpus y otros recursos similares, organizado por las Naciones Unidas con la colaboración del Gobierno de México". Publ. Naciones Unidas, New York, 1962, pág. 12.

⁹⁷ Si existen diversas especies de *habeas corpus*, y aún en materia no penal — p. ej., en materia de guarda de menores, o de extradición, o de relaciones entre esposos, etc. — también había, no sólo manifestaciones de bienes, sino que las de personas, podían ser civiles o criminales y entre las civiles se recogían supuestos importantes. Sáinz de Tejada describió un juicio de manifestación de este tipo, en 1816 (ob. cit. *pássim*).

⁹⁸ Este fenómeno, ha sido captado por el mexicano Fix Zamudio — apellido de raigambre vizcaína ciertamente, el último —, uno de los trabajadores con mayor profundidad, de los *amparos* mexicanos: dice así:

"La voz *amparo* ha tenido en el derecho hispánico una doble connotación [le ha faltado más al excelente jurista y amigo mexicano; una acepción aragonesa emparentada probablemente con el lemosín y con el francés actual y que también se ve en los Fueros: "ampararse" como sinónimo de "apoderarse" (el "s'emparer" francés de la actualidad)] por una parte se ha usado como sinónimo de medio de impugnación, como puede verse de lo que se expresa en la parte introductiva del Título XXIII de la Tercera Partida, en que se habla de amparo y amparamiento para designar a los recursos; pero además se ha utilizado desde antiguo para significar defensa, protección o auxilio de los derechos de una persona cfr. "Enciclopedia Jurídica Española", Barcelona 1910, tomo II, p. 731 en relación con las voces *amparar* y *amparamiento*, y en el mismo sentido Joaquín Escriche, "Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia" tomo I, Madrid, 1874; voz *amparo*, pág. 522". [Hasta aquí, estamos totalmente de acuerdo] "Pero además, esa protección o defensa debía realizarse a través de un procedimiento breve y sumario, y así expresamente en el derecho indiano los llamados reales *amparos*, que según Ots Capdequi, eran instituciones de carácter procesal que se deducían en un procedimiento breve y sumario con el objeto de proteger la posesión. "España en América. El régimen de tierras en la época colonial", México, 1959, pág. 38 y ss. Y finalmente, y este es el concepto que influyó más directamente en nuestra institución jurisdiccional, se concibió como un instrumento de defensa de los derechos de los particulares frente a los actos de autoridad, puesto que las resoluciones protectoras del Justicia de Aragón a través de los procesos forales, recibían generalmente el nombre de "amparos". Cfr. Francisco de la Ripa, "Segunda ilustración a los quatro procesos forales de Aragón", Zaragoza, 1772, del extracto consignado por Ignacio L. Vallarta en "El juicio de amparo y el Writ de Habeas corpus" (México, 1881. pág. 431, núm. 20); Marceliano Isabal, "El Justicia Mayor de Aragón", en "Enciclopedia Jurídica Española". Tomo XXI pág. 10 y ss. y Tomo XXV, pág. 929 y ss. Fairen, "... Manifestación de las personas y habeas corpus", cit., pág. 64. De lo anterior se desprende que de acuerdo con la tradición española en la cual se formaron Otero y Rejón, el vocablo *amparo* tenía la connotación jurídica de una institución procesal semejante a los interdictos posesorios, que a través de un procedimiento sumario y breve se utilizaba en defensa de los derechos de los particulares, inclusive frente a las autoridades, y esta idea influyó consciente o inconscientemente en el nombre que los dos creadores del amparo le dieron a la institución".

(Cfr. Fix Zamudio, "La jurisdicción constitucional mexicana", § 5, notas núm. 53 y ss., en "El juicio de amparo", México, ed. Porrúa, 1964, pág. 213 y ss y 373 y ss.; "Panorama del juicio de amparo", en la misma obra, pág. cit.).

⁹⁹ Cfr. Ramírez, "De lege regia", cit., pág. 155.

¹⁰⁰ Cfr. Pérez de Salamanca, "Commentaria in quatuor priores libros ordinationum Regni Castellae", imp. Dominico de Portonariis, 2a. ed., Salamanca, 1575, T. I., pág. 589.

¹⁰¹ Es hecho histórico generalmente recibido pacíficamente, el de la relación entre los procesos aragoneses citados y el *amparo* de América; cfr. p. ej., Alcalá-Zamora Castillo, "Aciertos terminológicos e institucionales del Derecho procesal hispánico", en "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", abril-junio de 1948 y en sus "Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)", México, UNAM, 1974, T. II, § 16, pág. 441 y s.; "Proceso, autocomposición y autodefensa" 2a. ed. México, UNAM, 1970, pág. 214 y ss. y 232 y ss. "El mandato de seguridad brasileño visto por un extranjero", en los "Estudios" últ. cit., T. II, pág. 645 y ss.; Gómez González, "El Justicia Mayor de Aragón y los sistemas modernos de amparo judicial", en "La Ley", Buenos Aires, 31-12-1940; Noriega, "El origen nacional y los antecedentes históricos del Juicio de Amparo", en "Jus. Revista de Derecho y Ciencias Sociales", Septbr. 1942, pág. 151 y ss.; Tena Ramírez, "Derecho Constitucional mexicano", México, 5a. ed., pág. 426; Burgoa, 5a. ed., México, 1962, pág. 35 y ss.; Briseño Sierra, "Teoría y técnica del amparo", 3a. ed., México, Cajica (s.a.) Vol. I, pág. 214 y ss.; Fix Zamudio, ob. cit.; Gorostiaga, "Recurso extraordinario ante la Corte Suprema de la Nación: Orígenes históricos", Buenos Aires, 1944, pág. 9 y 71 y ss.; Pallares, "Diccionario teórico y práctico del juicio de amparo", México, 1967, voz "Historia del juicio de amparo", pág. 105 y ss.; González Flores, "Origen del amparo", en "Lecturas Jurídicas" (publ. trimestral de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chihuahua), oct. dic. 1951, pág. 44; Reyes, "La defensa constitucional. Los recursos de inconstitucionalidad y amparo", Madrid, 1934, passim. Cfr. también nuestros trabajos cit. en nota núm. 1, supra.

¹⁰² La universalidad del anhelo, es clara, en la superficie al menos. Cfr. más ejemplos; los de las Conclusiones del Congreso Internacional de Derecho Penal de 1953 - Roma - en la "Révue Pénale suisse", 1953, núm. 3 pág. 391 y ss.; "Société Suisse des Juristes", Su Asamblea de dic. 1953. "La responsabilité des fonctionnaires et de l'Etat pour les dommages causés à des tiers, en Droit Fédéral et en Droit Cantonal", (Actes), Helbing & Licherhan, Basilea, 1954. Y el resumen de Graven. "Les droits de l'accusé dans le procès pénal", Commission Internationale de Juristes", La Haye, 1955 passim.

¹⁰³ Cfr. su recuerdo constante en los países iberoamericanos, aún a través del *amparo*, su pariente - y el de las *firmas* - y del *habeas corpus*. En la República Argentina, el recuerdo de la *manifestación* ha influido claramente - la conexión entre detenciones y sevicias - en el Proyecto de Ley de *Habeas corpus*, presentado al Senado de la Nación por el Senador Prof. Dr. Fernando de la Rúa el 30 de mayo de 1973, elaborado por él mismo con los Dres. Julio B. Maier y Virgilio J. Loiacono, en De la Rúa, "Proceso y Justicia", ed. L.E.A., Buenos Aires, 1980, esp. la fundamentación de su artículo 2o. y en pág. 346; los mismos. "El habeas corpus", comunic. a las XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Guatemala, Nov. 1981, publ. por la "Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala", Núm. Extr., Sepbre. 1982, págs. 157, 158, 160; Tena Ramírez, "El aspecto mundial de amparo. Su expansión internacional", en la obra "México ante el Pensamiento Jurídico Social de Occidente", México, 1955, pág. 129 y ss. Con respecto Othon Sidou, "Do mandado de r. J. M. segurança" 2a. ed., Rio-Sao Paulo, 1959, pág. 16; el recurso de "exhibición personal", tan extendido y que recuerda incluso terminológicamente a la *manifestación*, aunque sea a través del *amparo*, etc.

¹⁰⁴ Y sus diversas tendencias. Cfr. los casos de Irlanda cit., y la amplitud con que se contempla al *habeas corpus* en los Estados Unidos de Norteamérica (Cfr. p. ej., Dallin H. Oaks, "Legal History in the High Court Habeas corpus", en la "Michigan Law Review", Vol. 64-3, 1966, pág. 451 y ss.; profusión de casos, en Osakwe, ob. cit., passim).

¹⁰⁵ Cfr. La Enmienda XIV de la Constitución de los U.S.A. y confróntese con el §27 de la Carta Magna inglesa y con el Fuero "De iis quae Dominus Rex etc." de Aragón, de 1348, supra.

Cfr. p. ej., McIlwain, "Due process of law in Magna Carta", en los "Select Essays on Constitutional", compiled and edited by Committee of the Association of American Law Schools", Chicago, 1938, T. I., pág. 174 y ss.

El Prof. uruguayo Eduardo J. Couture, en su trabajo "Las garantías constitucionales del proceso civil" (en sus "Estudios de Derecho Procesal Civil", Ediar, Buenos Aires, T. I., 1948, siguiendo líneas modernas, considera la interpretación de la Carta Magna a los ojos de los juristas y sociólogos actuales (pág. 47 y ss.); esta "interpretación moderna de la Carta Magna" de la que viven los regímenes jurídicos de Inglaterra y de los U.S.A., para algunos españoles, sería monstruosa; ¡Sacar de su contexto a la Carta Magna! ¡A quien se le ocurre!

¹⁰⁶ Cfr. sobre su famosa "trilogía estructural" - más bien "tetralogía", a su formulador, Alcalá Zamora Castillo, en la 1a. ed. de su libro "Proceso, autocomposición y autodefensa", México, 1987, nota 394; también en las "Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale civile". - Firenze, sepbre-octubre 1950 -, Cedam, Padúa, 1953, pág. 64 y s. y a su mayor estudioso, Fix Zamudio, "Algunos problemas que plantea el amparo contra leyes", "Estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana" y "mandato de seguridad y juicio de amparo", en "Juicio de Amparo", México, ed. Porrúa, 1964, passim.

¹⁰⁷ Cfr. Fix Zamudio, ob. cit. Una gran parte de la muy apreciable producción de este prolífico autor, está dedicada al *amparo* mexicano, de problemática cada vez más amplia.

¹⁰⁸ "Amparo" . . . un vocablo tan hermoso y expresivo, tan castizo, evocador y legendario". Cfr. Fix Zamudio, con ref. a Tena Ramírez, en "Estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana", cit. pág. 214 y 223.

"No podemos calificar - dice Fix Zamudio - como consciente la influencia española (si la anglosajona), pues constituyó una especie de infiltración subterránea pero sumamente profunda, porque no puede desconocerse, a pesar de los Congresos Constituyentes que siguieron a la consumación de la independencia, tres siglos, que si, por una parte fueron de dominación política, por la otra, dejaron una huella indeleble en nuestra cultura". "Al efectuarse la independencia, como ocurre en los hijos recién emancipados, pretendióse borrar los vestigios de la estructuración de origen hispánico, los cuales eran identificados con la opresión, en tanto que las instituciones

anglosajonas, en especial, las estadounidenses eran consideradas como sinónimo de libertad. Por ello, no obstante que las Constituciones políticas que se promulgaron en 1824 en adelante se inspiraron esencialmente en la de los Estados Unidos, la Constitución real entroncaba con las instituciones españolas, y se fue imponiendo paulatinamente".

"A la tradición hispánica debemos el nombre mismo del amparo, vocablo que con toda razón se ha calificado como "castizo, evocador y legendario" (Cfr. "El juicio de ampro". "La jurisdicción constitucional mexicana", cit., pág. 214 y s.).

¹⁰⁹ Es la misma "inspiración" la que conducía al ilustre jurista mexicano Vallarta a estudiar el proceso de *firma* aragonés cuando trabajaba sobre el *amparo* y el *habeas corpus*. . . Cfr. su obra "El juicio de amparo y el *writ of habeas corpus*", México, 1881; y también a Briseño Sierra, al reproducir párrafos completos del aragonés La Ripa, de su ob. cit., supra, en su obra "Teoría y técnica del amparo", cit., II, pág. 214 y ss.

¹¹⁰ Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, "El mandato de seguridad visto por un extranjero", en su "Estudios de Teoría General e historia del proceso (1945-1972)", México, T. II, 1974, pág. 642 y ss.

¹¹¹ Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, ob. cit., esp. pág. 647 y ss. La evolución del *mandato de segurança* brasileño, está ligada en la del *habeas corpus* en dicho país; fue admitido — y citado por el art. 72 — 22 de la Constitución de 1891 ("Darásse el *habeas corpus* siempre que el individuo sufra o se halle en inminente peligro de sufrir violencia, o coacción, por ilegalidad o abuso de poder"); esta redacción, admitía una muy amplia interpretación, y así, la que se llamó "doctrina brasileña del *habeas corpus*", sobre la base, mejor que del modelo anglosajón, limitado, de la teoría de la posesión de los derechos personales (Ruy Barbosa, Vicente Rao, Clovis Bevilacqua, Jorge Americano) y mediante la aplicación de los principios romanos de los *interdicta*, extendieron a la proyección de todo derecho personal, al *habeas corpus*, que así, pasó a tener *facies* nueva; más bien pasó a ser plurifacético.

En 1926, a la vista de un panorama en el que triunfaba un *habeas corpus* universal, la Constitución lo mutiló: su artículo 72, 22, quedó redactado así: "Darásse el *habeas corpus* siempre que alguno sufra o se halle en inminente peligro de sufrir violencia por medio de prisión o construcción ilegal en su libertad de locomoción. La cosa, cambiaba mucho y el *habeas corpus* quedaba reducido a su molde anglosajón de lucha contra los atentados a los derechos de libertad de locomoción; y quedaba al descubierto la protección de toda una serie de derechos individuales. Y para colmar esta grave laguna, se creó el *mandato de segurança*, apareciendo en la Constitución de 1934 (Mangabeira): su definición es muy explícita. "Art. 133, inciso 33: Darásse mandato de seguridad para la defensa de derecho cierto e incontestable, amenazado o violado por acto manifiestamente inconstitucional de cualquier autoridad. El proceso será el mismo del *habeas corpus*, debiendo de ser siempre oída la persona de derecho público interesada. El mandato no perjudica a las acciones petitorias correspondientes".

(Referencia a las "acciones de condena": crítica al texto legal, p. ej., de Buzaid, "A açao declaratória no Direito brasileiro", 2a. ed., ed. Saraiva, Sao Paulo, 1986, pág. 48 y ss.).

El *habeas corpus*, quedó así (art. 133, inciso 23):

"Dársse *habeas corpus* siempre que alguno sufra, o se halle amenazado de sufrir violencia ou coacción en su libertad, por ilegalidad ou abuso de poder. En las transgresiones disciplinarias, no cabe *habeas corpus*".

La Constitución de 1937 —totalitaria— no trató del *mandato de segurança*; el Decreto-Ley no. 6, del 16 de noviembre de 1937, lo desarrolló, más exceptuando los actos de los altos cargos del Ejecutivo —lo que era lógico en tal Estado de tales tendencias—; el Código Procesal Civil de 1939, lo mantuvo como proceso especial; y lo mismo el Código unitario; la Ley 1533 de 1951, puso en acción al artículo 141, §23 de la Constitución de 1946, nueva base de tal proceso en su artículo 141, §24: "Para proteger derecho líquido y cierto, no *amparado por Habeas corpus*, se concede el *mandado de segurança*, sea cual sea la autoridad responsable, por ilegalidad o abuso de poder".

Cfr. sobre esta evolución, Ada Pellegrini-Gronover, "O restabelecimento da unidade procesual", en el libro "O processo em sua unidade", Sao Paulo, ed. Saraiva, 1978, pág. 18 y ss. esp.; Buzaid, "Do mandado de segurança", Comunicación al I Congreso de Derecho Procesal Iberoamericano y Filipino", en "Adas" de dicho Congreso, Madrid, Inst. Esp. Dcho. Proc., 1956, pág. 487 y ss. y esp. 491 y ss.; Arnold Wald "Omandado de segurança, na prática judiciária", Rio de

Janeiro, 1958 (manejamos la trad. española de Javier Eloja, publ. con el título "El mandado de seguridad (Historia y naturaleza)", en el "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", No. 24, septiembre-octubre de 1955, pág. 35 y ss.).

¹¹² No se pretende actualmente. Pero el problema, es, fundamentalmente, el de reunificar dos figuras, de las que una de ellas está apoyada por su tradición y por su fuerza intrínseca, y la otra, por su carácter autóctono y por la imposibilidad de extinguirse abriendo el camino a nuevas extralimitaciones del *habeas corpus*; se trata de un problema vivido, que se ha producido otras veces en la Historia (así, en Aragón, había diversas especies de *firma*, que en realidad, constituían procesos no susceptibles de unificación; y en la actualidad, la *manifestación* criminal de personas, muy poco tendría que ver con la de bienes).

Cfr. sobre el problema brasileño, también Alcalá-Zamora Castillo, "El mandato de seguridad brasileño, visto por un extranjero" cit., pág. 647 y ss.; y tal unificación, podría dejar fuera del campo de acción — importantísimo, si se trata de los derechos fundamentales — a alguno de ellos. Cfr. Fix Zamudio, "Mandato de seguridad y juicio de amparo" cit., pág. 324 y ss., con aportaciones de bibl. brasileña.

¹¹³ Acción, recurso, proceso, juicio, recurso: todos estos términos se barajan profusamente en cuanto al *amparo* (p. ej., Fix Zamudio y Alcalá-Zamora Castillo queriendo ordenar los temas), y en su tiempo, con respecto a la manifestación (Cfr. mi trabajo "Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo" cit., pág. 77 y ss. y con ref. al proceso — a los "procesos" de *firma* que eran varios — pág. 66 y ss. Cfr. nota núm. 18, supra. (Y . . . añadamos "la pretensión" ya que está la "acción").

¹¹⁴ Cfr. las obras cit. en la nota núm. 112.

¹¹⁵ Los *interdicta* romanos, dicese tuvieron influencia en la aparición del *habeas corpus* — el *writ de homine replegiando* —; los fueristas aragoneses citaban el interdicto de *libero homine exhibendo* como antecedente de la manifestación criminal de personas (Cfr. p. ej., Franco de Vilalba, "Fororum atque Observantiarum Aragoniae Codex, sive ennodata compilatio, jure civile, ac canonico fulcita, legibus castaliae conciliata, et omnigena eruditione contexta", 2a. ed., Zaragoza, 1743, Herederos de Juan Malo, T. I., pág. 375, col. 2a.; La Ripa "Ilustración a los quatro 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, 1764, imp. de Francisco Moreno, pág. 319, col. 2a. 326, col. 2a.; 328 col. 2a.; 329 col. 2a.; 330 col. 1a.; el mismo autor, "Segunda Ilustración a los quatro procesos forales de Aragón y al Tratado de los monitorios, con un discurso general acerca de la naturaleza de sus recursos, etc.", Zaragoza, imp. Francisco Moreno, 1772, pág. 13 col. 2a.; Ibando Bardaxi, "Commentarii in quatuor arafonensium fororum libros", Zaragoza, imp. Lorenzo Robles, 1592 fol. 382, col. 4a.

¹¹⁶ Ref. a la solución de Tribunal Constitucional y proceso único; y no al sistema difuso *americano*. Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, ob. últ. cit., 645.

¹¹⁷ La que contribuyó mucho a aquella hipertrofia de *habeas corpus*, de 1894 a 1924.

¹¹⁸ La voz *amparo* se extendió mucho en materia jurídica y de manera variada; así, p. ej., en el Código de El Salvador de 1857, al interdicto posesorio, se le llama "juicio de amparo de posesión" — lo cual nos parece muy correcto: es el sentido de la *firma* aragonesa —; en el de Honduras de 1906, se trataba de la "querrela de amparo". Sin ir tan lejos, recordemos que las *firmas*, como medios de proteger la posesión, perduraron hasta el Siglo XIX, y que sólo el Reglamento Provisional de la Administración de Justicia de 1835 las derogó y sustituyó por los interdictos posesorios; en la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855, y en diversos pasajes del texto corresp. aparece la expresión "*amparar en la posesión*" (arts. 761 y 782, p. ej.). Y en la vigente Ley de Enjuiciamiento civil, igualmente en el "interdicto de adquirir la posesión" y en los artículos correlativos a los cit. de la Ley de 1855, también aparece la ref. expresión "*amparar en la posesión*".

Otra cosa es que estos medios de protección posesoria tengan un ámbito diferente de los romanos; pero se trata en ellos de un verdadero "amparo" o "protección" de la posesión. La palabra, esté, pues, utilizada en su doble acepción, tanto amplia como estricta. Cfr. supra.

¹¹⁹ La expresión "ampararse" o "amparamiento" del Preámbulo al Tit. XXIII de la Partida III y que cita Fix Zamudio ("juicio de amparo", cit., pág. 214, nota núm. 66 repr. supra) constituye un uso de la expresión en el lato sentido de "protección", de "protegerse". Pero no se debe confundir tal expresión, ni la de "amparo", con la aragonesa también jurídica y empleada en los

Fueros, de "emparar" o "emparamiento" de significado "apoderarse" y en sentido lato, "sequestrar" (sin entrar en filología, algo tiene que ver con el francés "emparer" —y con su antecedente, el lemosín y el aragonés antiguo, naturalmente—).

¹²⁰ "La redacción autorizada a comprender que el *writ* brasileño era más amplio que el modelo anglosajón en el cual se inspiraba. Basándose en el principio *ubi ius, ibi remedium*, la doctrina comenzó el trabajo de construir que habría de dar como resultado el mandato de seguridad. Ruy Barbosa, en su memorable discurso de 22 de enero de 1915 ante el Senado de la República, sustentó que la Constitución de 1891, no consolidaba institucionalmente un remedio ya conocido y aplicado —esto es, interpolamos, el *habeas corpus* anglosajón—, sino que creaba un nuevo instrumento de garantía, imperativo e indispensable" (Cfr. Pellegrini Grinover, "O restablecimiento de unidad processual", en "O processo em sua unidade" *cit.*, pág. 18 y s.).

¹²¹ "La ingeniosa teoría de la posesión de los derechos personales, basada en el Derecho Canónico y apoyada por juristas como Vicente Rao y Lino Leme, fue contestada o a ella se opusieron otros ilustres juristas, como Clovis Bevilacqua y Jorge Americano, que se basaban en el Derecho Romano para afirmar que los interdichos solamente pueden proteger derechos reales. . ." (Pellegrini Grinover, *ob. cit.*, pág. 19).

¹²² Recordado por otros muchos juristas brasileiros. Ej., Puntos Miranda, "História e prática de *habeas corpus*"; Rio de Janeiro, 1916, 3a. ed.). Cfr. este texto.

¹²³ Curiosamente, fue un Magistrado ("Ministro") del Supremo Tribunal Federal, Muñiz Barreto, el que, en el Congreso Jurídico conmemorativo del Centenario de la Independencia del Brasil, pedía la introducción de un recurso amplio como el mexicano de *amparo*, por considerar que el *habeas corpus*, pese a la labor de la jurisprudencia, no llegaba a proteger todos los derechos individuales (Cfr. Pellegrini Grinover, *ob. ult. cit.*, pág. 19).

¹²⁴ Las restricciones impuestas por la ley de 16 de noviembre de 1937 (respecto a los actos de altos cargos del Ejecutivo), ya eran conocidas por los tribunales; la jurisprudencia se dirigió contra quienes ejecutasen el acto ilegal y contra quienes lo ordenasen. Así, las primeras siguieron sometidas al mandato (Cfr. Pellegrini Grinover, *ob. ult. cit.* pág. 24).

¹²⁵ Se llega a considerar al mandato de segurança como "Un remedio heroico" para corregir actos abusivos o de desvío de poder de autoridades no judiciales, por medio de una *injunção de Poder Judiciário*, que llega a "interferir el modelo brasileño de "separación de poderes" con éllo" (Cfr. Cândido R. Dinamarco, "Execução provisória do mandato de segurança", en su libro de estudios "Fundamentos de Processo civil moderno", 2a. ed., Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1987, pág. 473).

¹²⁶ Cita aquí Alcalá-Zamora Castillo, la sentencia del Tribunal Supremo Federal de 17 de abril de 1916, en "Revista del Tribunal Supremo Federal", Vol. VII, pág. 171.

¹²⁷ Cfr. p. ej., Mendonça de Lima, "O recurso ordinário constitucional", en la "Revista da Faculdade de Direito" de Pelotas (Porto Alegre, 1958, pág. 95 y ss. y esp. pág. 98). Alcalá-Zamora, *ob. cit.*, pág. 648.

¹²⁸ Sobre estos puntos, se remite el A., a Castro Nuñez, "Do mandato de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público", 6a. ed., Rio de Janeiro y Sao Paulo 1947, núm. 1 al 8, pág. 19 a 33.

¹²⁹ Artículo 101 de la Constitución española de 1931: "La ley establecerá recursos contra la ilegalidad de los actos o disposiciones emanadas de la Administración en el ejercicio de su potestad reglamentaria, y contra los actos discrecionales de la misma constitutivos de exceso o desviación de poder".

Art. 121. Se establece, con jurisdicción sobre todo el territorio de la República, un Tribunal de Garantías Constitucionales, que tendrá competencia para conocer de: . . . b) El recurso de amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades".

Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales de 14 de junio de 1933; artículo IV. "Sobre el recurso de amparo de garantías constitucionales". Capítulo primero. De la procedencia del recurso, etc". Artículo 44. Los derechos individuales que ha de garantizar el recurso de amparo establecido en el artículo (121 letra b) de la Constitución, serán los consignados en los artículos 27 (libertad de conciencia y derecho de profesar y practicar libremente cualquier religión), 28 (derecho a la irretroactividad de las leyes penales y al juez competente y proceso legal), 29 (de-

recho a la libertad de locomoción, limitaciones de la detención formales . . .), 30 (Derecho de la no extradición de delitos político-sociales), 31 (derecho a la libre circulación, de libertad de domicilio o residencia, de emigración o inmigración, de no ser expulsado — el extranjero — del territorio nacional) derecho a la inviolabilidad de domicilio y a las limitaciones del registro de bienes y papeles), 32 (derecho a la inviolabilidad de la correspondencia), 33 (derecho de elección la profesión; libertad de industria y comercio); 34 (derecho a la libre emisión de las ideas y opiniones por medio de la difusión sin censura) derecho a la libertad de edición y a la no suspensión de periódicos; 38 (derecho de pacífica reunión) y 39 (derecho de asociación y sindicación) de aquella". Artículo 45. Procederá el *recurso de amparo* cuando concurren estos dos requisitos: 1o. Que exista acto concreto de autoridades gubernativas, judicial o de cualquier otro orden, que con respecto a un individuo determinado haya infringido alguna de las garantías relacionadas en el anterior y, 2o. Que no haya sido admitida o no haya sido resuelta la *petición de amparo* dentro del plazo legal por el Tribunal de urgencia previsto en el art. 105 de la Constitución, o que dicho Tribunal hubiere dictado resolución denegatoria".

(Se declaraba la inspiración del amparo mexicano: que así pasaba a ser "una influencia de ida y vuelta").

El Dr. Niceto Alcalá-Zamora Torres, Presidente de la República Española, escribió que este recurso, *debía ser completado por otros* y entregado a "tribunales ordinarios, con preferencia ante el Supremo" esta "evidente protección de la libertad humana" "muchas veces con debilitación indudable de los resortes de autoridad para el mantenimiento del orden público" (Cfr. su publ. "Los defectos de la Constitución de 1931", 2a. ed. con advertencias y notas de Niceto Alcalá-Zamora Castillo, ed. Civitas, Madrid, 1981, "Tres años de experiencia constitucional", pág. 248 y s.).

"... al implantarse en España el recurso de amparo se pensó que serviría principalmente para proteger la libertad individual contra detenciones arbitrarias; pero luego se le utilizó más contra multas gubernativas" (Cfr. su trabajo "Significado y funciones del Tribunal de garantías constitucionales", en "Ensayos de Derecho Procesal civil, penal y Constitucional", Buenos Aires, ed. Kraft, 1944, pág. 526; y "El mandato de seguridad brasileño. . ." *cit.*, pág. 649, nota núm. 60).

¹³⁰ Hace notar aquí Alcalá-Zamora Castillo, que el *habeas corpus* fue retirado del "proyecto de Código procesal penal para la Capital Federal (Argentina) de los Prof. Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler, 1944, por influencia de una nota del mismo Prof. Alcalá-Zamora ya que para él, el citado *habeas corpus*, limitado "por definición a las detenciones "ilegales" tiene que ser sustituido por un auténtico recurso de amparo merced al cual disfruten de protección análoga los demás derechos individuales establecidos por la Constitución" (Cfr. el A. *cit.*, "La reforma del enjuiciamiento penal argentino (con motivo del proyecto Vélez Mariconde-Soler de código para la Capital)" en la "Revista de Derecho Procesal", B-A, 1945-I, pág. 1 y ss. y en sus "Estudios procesales 2, Madrid, ed. Tecnos, 1975, pág. 158 esp.).

La idea del A. es admisible a discusión, pero no axiomática; ya lo vemos a lo largo de este trabajo; y la solución adoptada en Brasil, también aceptable; la idea de A.Z.C., si para la defensa de "los demás derechos individuales" se adoptare el mismo procedimiento, o uno con alguna variante específica, vale a los efectos de simplificar las armas de lucha contra la tortura, y en beneficio del Derecho Internacional. Cfr. *supra*.

¹³¹ Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, "El mandato de seguridad brasileño", *cit.*, pág. 648 y s.

¹³² Cfr. en España, Soriano, *ob. cit.*, pág. 111 y ss.

¹³³ Esto es; el derecho de igualdad ante la ley (art. 14); el de no ser torturado ni sujeto a penas ni tratos inhumanos (art. 15 -- derivado directamente del "derecho a la vida y a la integridad física y moral" el mismo art.); de libertad religiosa, ideológica y de cultos y el derecho a no declarar sobre "su ideología, religión o creencias" [el mismo art. 16; así, las designaciones por los contribuyentes, de que desean que un porcentaje de sus cuotas se destinen a determinada iglesia, *están muy cerca de la inconstitucionalidad*. Y la Hacienda Pública, en sus "impresos" destinados a los contribuyentes, hace constar esto. . .]; derechos a la libertad y seguridad (artículo 17-1); derecho a que la detención preventiva (art. 17-2) y la prisión preventiva (art. 17-4) tengan límites temporales determinados; derecho del detenido a ser informado de sus derechos y razones de su detención (art. 17-3); derecho a no declarar (art. 17-3) (el "privilegio contra la autoinculpación" de los U.S.A.); el derecho a la asistencia de letrado en diligencias policiales y judiciales (art. 17-3);

derecho de *habeas corpus* (art. 17-4) [Todo esto, como se vé, desordenado: mal comienzo]; derechos "al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen" (art. 18-1); derecho a la inviolabilidad de domicilio (art. 18-2); derecho "al secreto de las comunicaciones y en especial de las postales, telegráficas y telefónicas" (art. 18-3); derecho a limitaciones de la informática (art. 18-4); [también en desorden; y señalamos a la informática como una tremenda fuente de violaciones — incluso a largo plazo, e insospechadas aún — de *todos* los derechos fundamentales]; derecho de elección de residencia y de circulación (art. 19); derechos de libre expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio de reproducción; a la creación y producción literaria, artística, científica y técnica; a la "libre recepción de información *veraz*" (art. 20; recalcamos el "*veraz*" y no el *mendaz*, como casi usual); con limitaciones; el derecho de reunión pacífica (art. 21); el derecho de asociación; el derecho a participar en los asuntos públicos, y a acceder a "funciones y cargos públicos" "equitativamente"; al acceso a los Tribunales [con una detención que recuerda al "derecho a no tener razón", defendido históricamente, los constituyentes, legos, no deben intentar definiciones técnicas o científicas]; de nuevo, los derechos "a la defensa y a la asistencia de letrado; a ser informados de la acusación formulada contra ellos; a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías; a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa; a no declarar contra sí mismos, a no confesarse (?) culpables y "a la presunción de inocencia" [continúa el desorden; la "presunción de inocencia", la última; parece que los constituyentes han intentado desmenuzar el principio del, "debido proceso legal"]; derecho al decreto profesional y familiar; a la no retroactividad de las normas penales (art. 25 a p.); derecho de los condenados a penas, a disfrutar durante su cumplimiento de "los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio"; prohibición de los trabajos forzados; derecho de los condenados "a un trabajo remunerado, a la Seguridad Social, al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad" (art. 25); derecho a la prohibición a la Administración de imponer sanciones de privación de libertad (art. 26); prohibición de los Tribunales de Honor "en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales" (art. 26); derecho a la educación y libertad de enseñanza (art. 27); derecho a la formación religiosa (art. 27), a crear centros docentes (*idem*) a su gestión (*idem*); a la ayuda a los mismos (*idem*), a la autonomía universitaria (*idem*); derecho a la sindicación (art. 28); derecho a la huelga (art. 28); derecho de petición individual y colectiva (art. 29).

¹³⁴ Los del art. 30 salvo lo ref. a la objeción de conciencia, que corresponde al grupo anterior; esto es, "el derecho de defender a España" — derecho-deber — y la obligación de una prestación social sustitutoria el "servicio civil" y deberes en casos de catástrofe, etc.; obligación de contribuir crematísticamente con límites (art. 31); el derecho al matrimonio (art. 32) y a su extinción (art. 32); los derechos a la propiedad privada y a la herencia (art. 33); a no ser expoliado de sus bienes (art. 33-3); el derecho de fundación (art. 34); el derecho deber al trabajo y la libertad de profesión (art. 35); el derecho a la colegiación profesional (art. 36) ("derecho-obligación" en el caso de los Colegios de Abogados, Sentencia del Trib. Constit. de 15 de Julio de 1987); el derecho a la negociación colectiva (art. 37); el derecho a promover conflictos colectivos de trabajo (art. 37); el derecho a la huelga (art. 37); el derecho de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38).

¹³⁵ Cfr. García de Enterría, "La Constitución como norma jurídica", en la obra sistemática "La Constitución española de 1978", colectiva, dirigida por el Prof. Alberto Predieri y por el A., ed. Civitas, Madrid, 1981, pág. 123.

¹³⁶ Cfr. nuestro trabajo "El procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo en el artículo 53-2 de la Constitución", en "Revista de Administración pública", Madrid, núm. 89. 1979, *passim*.

Cfr. García, "Protección Procesal de los Derechos Humanos ante los Tribunales Ordinarios", Madrid, 1987, ed. Montecorvo, pág. 141 y ss.

Sobre la cualificación de las categorías positivas de Derecho Público que se hallan en la Constitución y su crítica, cfr. Fernández Segado, "La jurisdicción constitucional en España", Madrid, Universidad Autónoma, 1983, pág. 106 y ss.

¹³⁷ Cfr. críticamente, nuestro trabajo *últ. cit.*, *passim*. Los inconvenientes que preveíamos ante esta posible confusión, ya aparecieron.

"Sumariedad", significa "cognición parcial", sea por limitación de las alegaciones, sea por limitación de la prueba lo que debe abrir; posteriormente, una vía "plenaria", para la "total", "plena" alegación y prueba. Si este sistema conviene para los casos de "urgencia necessitatis", en él se está cuando se pide una tutela del Tribunal Constitucional por medio del recurso de amparo; y la vía previa, — si la hay, como en España, la o las del artículo 53 de la Constitución — debe ser muy rápida; y "plenaria"; de lo contrario, tan solo se podría abrir el amparo a aquello que fue objeto del proceso *sumario*, esto es, abriendo el "amparo" "caso por caso". Y la solución que parece querer dar el "Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales", es más errónea: parte de la base de que las sentencias recaídas en el "procedimiento sumario" "no producirán efecto de cosa juzgada material" (art. 20), lo cual muestra una lamentable concepción de lo que son los juicios sumarios; esto es, *su cosa juzgada se extiende* de lo que fue tratado y resuelto en ellos, pero no más allá; de ahí que pueda ser removida por otra más amplia, la de la sentencia que recaiga en el juicio plenario subsiguiente. Con ello, y en méritos de un puritanismo procedimental basado en error, quiere hacer que los justiciables agoten, previamente al amparo — si cupiere — la vía "sumaria" y después, la "plenaria", ante los tribunales ordinarios. Naturalmente, lo que opone Tome García cae de su peso y derrumba tan extraña construcción (*cit. ob. cit.*, pág. 153 y s.).

Pero. . . en otro grave error, y sin duda, para restaurar un poco la economía procesal, tan maltratada, el mismo Anteproyecto (art. 22) prevé la supresión de los recursos ordinarios ante los tribunales ordinarios, naturalmente — contra las sentencias que recaigan en materia de protección de los derechos y libertades reconocidos en la ley.

¡Esto sí que es "sumarizar"! — y perdónese el barbarismo—. En aras de la economía procesal, se suprimirá toda la segunda instancia. . . y con ello, el Tribunal Constitucional, lógicamente, pasará ser el exutorio de las pretensiones de las partes en la segunda instancia. . . se transformará, si no lo es, en una instancia más, la "distancia de amparo". Recordemos el art. 14-5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, 19 de diciembre de 1966, firmado por España el 28 de noviembre de 1976 y ratificado el 27 de abril de 1977 y la segunda instancia. Eso, constituirá el descuartizamiento del recurso del amparo en una multitud de recursos individualizados y que precisarán a su vez de procedimientos diferentes. Habremos ingresado en el club del "common law" procesal; pero en este club, el medieval.

¹⁵⁸ Recordemos que el Real Decreto de 20 de febrero de 1979, legislativo, aprovechando la Disposición Final de la "Transitoria" Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona de 26 de diciembre de 1978 de "incorporar al ámbito de protección de esta Ley los nuevos derechos constitucionalmente declarados que sean susceptibles de ella"; y en el art. 10.-2, "comprende" "las libertades de expresión, reunión y asociación, la libertad y secreto de la correspondencia, la libertad religiosa y la de residencia, la garantía de la inviolabilidad del domicilio, la protección jurídica frente a las detenciones ilegales y, en general, frente a las sanciones impuestas en materia de orden público".

¹⁵⁹ Art. 53-2 de la Constitución de 1978: "Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección 1a. del Capítulo II ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el art. 30".

"Procedimiento sumario". Estimamos que se ha querido decir "proceso sumario" y que no procedería complicar más las cosas entendiendo que "se trata de un proceso *plenario* con procedimiento *sumario*". Las diferencias, que el "Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales", de 1983, y también el "Informe" que sobre él emitió el Congreso General del Poder Judicial *desconocen*, se hallan, como se ha indicado, en que, el proceso sumario, es aquel que tiene una cognición limitada; por lo que puede ser seguido de otro plenario más amplio entre las mismas partes, con un objeto *ampliado* y rito procedimental también más amplio: por lo que, la cosa juzgada de la sentencia "sumaria" puede ser rebasada por la que recaiga en el *plenario* ulterior, más amplia y profundizando totalmente en la materia del juicio. Este es el concepto de "sumariedad", que rebasa lo "formal", lo procedimental (p. ej. *cfr.* Dinamarca, "Vocabulário de Direito processual", en "Fundamentos do Processo civil moderno",

2a. ed., Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo 1987, pág. 157 y ss.; Guasp arg. en "Reducción y simplificación de los procesos especiales", en "Anuario del Derecho Civil, Madrid, 1951, pág. 419 y ss.; comunicación al "I Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile", Firenze, 1950, ed. Cedam, Padua, 1952, en donde halla dos pautas para la "sumariedad", pero una de ellas, es simplemente formal, de procedimiento, y no de la función de los procesos — y estos planteamientos llegaron a producir una gran confusión en un Anteproyecto español de los años sesenta — Cfr. nuestro "Informe", "Sugerencias sobre el "Anteproyecto de Bases para el Código procesal civil" de 1966", Univ. de Valencia, 1966, esp. pág. 77 y ss. y en nuestros "Temas del Ordenamiento procesal, Madrid ed. Tecnos. 1969, T. II, pág. 659 y ss.) y profundiza en la misma función de los juicios, sea de satisfacción total o parcial por pretensiones totales o parciales; y en favor de esta interpretación de la "sumariedad" tan malparada por los pre-legisladores y aún por el Consejo General del Poder Judicial (Cfr. su "Informe" cit., en "Boletín Informativo del Consejo General del Poder Judicial", Madrid, núm. 19, noviembre de 1983, pág. 14), *cfr.*, p. ej., Briegleb, "Einleitung in die theorie des summarischen Prozesse", ed. Tauchnitz, Leipzig, 1859 — el maestro de la "sumariedad" —, pág. 4 y ss. y 169 y ss.; Prieto Castro, "Tratado de Derecho Procesal", 1a. ed., Pamplona, 1982, T. II, pág. 27 y ss. (pero incurre en la equivocación terminológica de apellidar al "juicio sumario indeterminado", que fue el mayor o uno de los mayores errores cometidos a través de la Historia del proceso, cfr. nuestros trabajos "El Consulado de Valencia: de proceso a arbitraje. Sus posibilidades", en los "Estudios de Derecho Procesal civil, penal y constitucional", Madrid, Edersa, 1983, T. I, esp. pág. 225 y ss.; "El juicio ordinario y los plenarios rápidos", Barcelona, ed. Bosch, 1953, Parte I, *passim*, sobre la sumariedad; "Reducción y simplificación de los tipos procesales", en "Revista de Derecho Procesal", Madrid, 1954, pág. 145 y ss.; "La sistematización de los procedimientos declarativos españoles", en "Temas", cit., II, pág. 747 y ss. "El juicio ordinario, los plenarios rápidos y los sumarios" [El error radica en confundir la aceleración formal — "plenarios rápidos" — con la procedente de una limitación del contenido de la cognición — sumarios —]; en "Estudios de Derecho procesal" cit., pág. 313 y ss. *cfr.* también, diferenciando bien, p. ej., Wetzell, "System des Ordentlichen Civilprocesses", 3a. ed., ed. Tauchnitz, Leipzig, 1878, pág. 302 y ss.; diferenciando entre los puramente *sumarios* los llamados "sumarios determinados" con grave exposición de confundirlos, de los "indeterminados — "plenarios rápidos" — Kleinfeller, "Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts", ed. Vahlen, Berlin, 1910, pág. 558 y s.; Hellwig, "System des deutschen Zivilprozessrechts", T. II, Leipzig, 1919, pág. 2 y ss.; Barrios de Angelis, "Teoría del proceso", ed. Dapalma, B. A., 1979, pág. 207 y ss.; de nuevo en España, distinguiendo, además de, p. ej., Prieto Castro, *ob. cit.*, Cortes Domínguez, Gimeno Sendra, Moreno Catena y Almagro Nosete, "Derecho Procesal", T. I., Vol. II ("Proceso civil"), 2a. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1987, pág. 99 y ss. Muy confuso, p. ej., Greif, "Los procesos sumarios", ed. Cultura Univ., Montevideo, 1983, *passim*.

¹⁴⁰ Sobre las confusiones a que da lugar una oscura alusión a este medio procesal en el art. 53-2, y su solución correcta, a la que nos unimos en su día, en nuestro trabajo, *cit. cfr.* Tome García, *ob. cit.*, pag. 154 y ss.

¹⁴¹ "Aceleración" coincide falsamente con la antigua expresión "sumario indeterminado". Cfr. la bibl. cit. supra. Y por excederse en las pretensiones de acelerar los procedimientos a costa de eliminar de ellos "formas" — lucha contra el formalismo, justificada; pero no la lucha contra *las formas esenciales*, que son, *el procedimiento*, se llegó a un desdichado *clímax* con el que llamamos "manifiesto jusraturalista del procedimiento", esto es, con la pretensión de regirlo, no por los *substantialia iuris positivi*, sino por los *substantialia processus naturalia*, a *jure naturali seu divino inducta*; patente inquisitiva concedida al arbitrio del juez merced a tal solución (Zanger, Karpzovius; *cfr.* nuestro trabajo "El Consulado de Valencia etc.", pag. 225 y ss.). Hacia tal "solución" (?) parecen marchar quienes intentan acelerar los procedimientos — pretensión justificada — sin fijarse que trámites, que *substantialia* suprimen. . .

Cfr. también, nuestro libro "El juicio ordinario y los plenarios rápidos", *cit.*, *passim*.

¹⁴² El "Anteproyecto" de Ley Orgánica de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, publ. por el Consejo General del Poder Judicial en noviembre de 1983, en su art. 22, suprime *todos los recursos* en "cualquiera que sea el orden jurisdiccional en que se produzcan" — los procedimientos —; proyectada norma digna de Karpzovius. Aunque luego, en el art. 15, se haya fijado como aplicable como garantía civil. . . "el procedimiento previsto para los incidentes

en las Ley de Enj. civil". . . sin tener en cuenta algún otro procedimiento mas correcto. *Cfr.* supra.

¹⁴³ Nótese que estos procedimientos tienen caracter previo. *Cfr.* p. ej. Tome García, *ob. cit.* pag. 154 y ss.; Fernández Segado, "La jurisdicción constitucional en España," Univ. Aut. Madrid, 1983, pag. 120 y ss.

¹⁴⁴ Así, p. ej., con respecto a las limitaciones de derechos en los estados de alarma, excepción y sitio (Ley Orgánica de 1 de junio de 1981); especialidades en cuanto a la prisión preventiva y a la remisión condicional de penas; con ref. a los derechos al honor, a la integridad personal y a la propia imagen, la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 (esp. plazos caducidad, medidas cautelares "ad hoc", reconocimiento del derecho a replicar, legitimación activa en caso de fallecimiento, etc.). Derecho a la rectificación (Ley Orgánica de 26 de marzo de 1984), procedimiento "de cognición, plenario, especial, de tramitación rápida y de efectos condenatorios"; ante los Jueces de 1.ª Instancia, para obtener la divulgación íntegra del escrito de rectificación a publicaciones [*Cfr.* Tome Paule, "La rectificación de informaciones inexactas en el novísimo derecho español", en "Poder judicial", Madrid, núm. 13, septiembre, 1984, pág. 71 y ss.], garantía procesal "atípica" por el destino (y por su relación con los tres fijados en la "Ley Provisional" de Garantías de 28-12-78); procedimiento, *el del juicio verbal* — más apropiado, si lo consideramos elásticamente, como v. gr., se viene haciendo en España desde hace décadas, en materia de trabajo, que "el incidental" —; *cfr.* en rel. con el "menor cuantía", y lo mas correcto de éste, p. ej., Martínez Ruiz, "Comunicación a la novena Ponencia" — "La tutela jurisdiccional de los Derechos Humanos novena Ponencia" — "La tutela jurisdiccional de los Derechos Humanos" en "Jornadas de Derecho Procesal" celebr. en Madrid, enero de 1984, publ. por el Consejo General del Poder judicial, Madrid, 1984, pag. 385; en parecido sentido sobre el proced. incidental y en la misma ocasión *cfr.* Fernández Martín-Granizo, "Comunicación a la novena Ponencia" *cit.*, *ob. cit.*, esp. pag. 363; la comparación entre el "juicio de menor cuantía" el "incidental" y la superioridad técnica de aquél, en general, en Fairen Guillén, "El juicio ordinario y los plenarios rápidos — el "menor cuantía" es uno de ellos—, Barcelona, Bosch, 1954, esp. pág. 201 y ss.; "El consulado de Valencia, etc.", *cit.*, pág. 229 y ss.; también Alcalá-Zamora Castillo, "La reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil", en sus "Estudios de Derecho Procesal", Madrid, ed. Góngora, 1934, esp. pág. 228; Fairen Guillén, "La Ley de Reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento civil. Juicio de menor cuantía. Casación y otros aspectos fundamentales de la Ley de 6 de agosto de 1984", Madrid, ed. Civitas, 1985, esp. pág. 17 y ss. 33 y ss. y 231 y ss.; Se mantuvo también la superioridad técnica del juicio de menor cuantía por Sentis Melendo ("El juicio de menor cuantía", "Revista de los Tribunales", Madrid, 1931); por los profesores españoles del Derecho Procesal (corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento", Madrid, imp. Mineuesa, 1972, 1, pag. 25); mas, a lo largo de generaciones, los diversos legisladores "algo debieron ver" en el procedimiento "incidental" para elegirlo. . . ; aunque no fuera más que su propio desconocimiento del juicio de menor cuantía. La Ley de 6/8/84, aunque defectuosa (y así lo hemos puesto de manifiesto y *cfr.* también sobre ella, p. ej., Almagro Nosete, "Del juicio de menor cuantía", en "Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil" — obra colectiva coordinada por Cortés Domínguez —, Madrid, ed. Tecnos, 1985, pag. 547 y ss. ha constituido un adelanto; mas el legislador, vuelve a su preferencia por el procedimiento de los incidentes sin ver, al parecer, sus notorios defectos ya denunciados. Así, p. ej., en la "Ley — provisional — de Garantía de los Derechos Fundamentales" de 26/12/78, art. 13, "corregido y empeorado" (*cfr.* p. ej., la reunión en un solo plazo para contestar, a todos los demandados, el no fijarse en que el plazo probatorio es único para proponer y practicar, y por lo tanto, proclive a "malas sorpresas" y aún peores si se trata de los Derechos Fundamentales, etc.). *Cfr.* nuestro libro — "El juicio ordinario, etc.". Y aún mas lejos y menos examen de la doctrina contraria a la adopción de semejante procedimiento frente al menor cuantía: el "Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales" de 1983, en su art. 15, conserva el procedimiento incidental para la "protección jurisdiccional civil", conservando el *empeoramiento* de la Ley provisional" de 26/12/78; y el mismo Consejo General del Poder Judicial, no se acuerda del juicio de menor cuantía, sino el recién formulado — aunque antiguo — "oral y concentrado" para el derecho de réplica, antes *cit.* (Com. *cit.* en "Boletín" del Consejo, Núm. 19, noviembre de 1983, pag. 16).

Volviendo al desarrollo de la casuística que los arts. 14 a 20 de la Constitución nos ofrece para la regulación de *las protecciones procesales* de los derechos allí expuestos [y conste que la Constitución *podría haber relacionado más derechos fundamentales* específicos; *cfr.*, p. ej., los examinados por K. W. Lindstone, en "Human rights in the english criminal trial", en la ob. colect. ed. por Andrews, *cit.*, pag. 64 y ss.; para Esconcia, Stoddart, en *ob. cit.*, pag. 136 y ss.; para Irlanda del Norte, p. ej., Kelvin Boyle, "Human Rights in the northern Ireland emergency", en *ob. cit.*, pág. 144 y ss.; para los U.S.A., Cr. Osakwe, "The bill of rights for the criminal defendant in american Law", en *ob. cit.*, párr. 267 y ss., y la actuación de nuestros juristas ante tal panorama, confuso para hallar un buen desenlace protector, Fernández Martín-Granizo —*ob. cit.*—, Martín, Bernal, Martínez Ruiz —*ob. cit.*—], hallamos, p. ej., las Leyes de 10. de julio de 1985, y de 23 de marzo de 1984, sobre garantías de los extranjeros, y derecho de asilo — garantías contencioso-administrativas—; la Ley de Propiedad Intelectual — garantía contencioso-administrativa— de 11 de noviembre de 1987; el curioso "Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de mayo de 1987, de Criterios de coordinación para dar cumplimiento a los establecidos en los arts. 7, 3 y 8, 2 de la Ley de 26 de diciembre de 1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona" — ref. al Acuerdo de dicho Consejo de 20/2/1987—; se trata de abreviación de plazos, pero también de informes "en la medida de lo posible". . . y desde luego, este "Acuerdo (B. O. de E. de 22 de mayo de 1987), no parece "acordarse" demasiado del "Anteproyecto" de 1983. . . esto es, parece seguirse la vía de los procedimientos específicos para cada tipo de derechos; lo cual, si era de esperar, dado que el art. 53-2 de la Constitución abarca supuestos civiles, penales y administrativos (*cfr.* nuestro trabajo "Algunos problemas procesales que plantea la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional", en la *ob. colect.*, "El Tribunal Constitucional", Madrid, Abogacía del Estado, 1981, T. II, pag. 1021) y aún mas dada su diferente tendencia y radio de acción; no se ha adoptado, así, un sistema como el brasileño — posible — de centrar la protección de los derechos fundamentales que no fueren el de libertad de locomoción y conexos *hic sunt leones*, en un tipo procesal específico, el *mandado de seguridad*.

Cfr. el texto.

¹⁴⁵ Cfr. nuestro trabajo *cit.* "El procedimiento preferente y sumario", pag. 246 y ss.

¹⁴⁶ Cfr. *supra*, la nota núm. 144.

¹⁴⁷ Cfr. un examen, en Albacar López, "La tutela jurisdiccional de los Derechos Fundamentales", novena Ponencia a las "Jornadas de Derecho Procesal" ait. organiz. por el Consejo General del Poder judicial, Madrid, él mismo, 1984, pag. 348 y ss. esp.

¹⁴⁸ Cfr. nuestros trabajos "Acción, Derecho procesal y Derecho político", en "Estudios de Derecho procesal", Madrid, ed. Rev. Der. Priv., 1955, *passim*; "De nuevo sobre el concepto de acción y el concepto de pretensión", en "Revista de Derecho Procesal", Madrid, 1988, 1, *passim*.

¹⁴⁹ De la misma manera que ocurre en el art. 728 de la LEC sobre la incomparencia del actor en el juicio verbal; y en el art. 74 de la Ley de Procedimiento Laboral de . . . 13 de junio de 1980.

¹⁵⁰ Cfr. p. ej., Montero Aroca "El proceso laboral", Bosch, Barcelona, 1978, T. I, pag. 32 y ss.; Alonso Oler, "Sobre la Historia de los Procesos de Trabajo", en "Revista de trabajo", 1966-1.

¹⁵¹ El "Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales" del 1983, en su artículo 18 dice: Protección por vía laboral. Los órganos jurisdiccionales del orden laboral serán competentes para conocer de las pretensiones que, refiriéndose a *materia laboral*, sindical o relativa a la Seguridad Social, se funden en violaciones de los derechos reconocidos en el artículo 10. de esta Ley. *Estos procedimientos se sustanciarán por los trámites que correspondan por razón de la materia*". La alusión, nos parece clarísima.

¹⁵² Este movimiento en favor de los "small claim's Courts" y sus procesos (Cfr. la obra "Access to Justice", el "Proyecto florentino sobre el acceso a la Justicia", dirigido por Cappelletti, y las colaboraciones nacionales, p. ej., de Fasching (Austria), Fernández (Colombia), Thery (Francia), Houtappel (Holanda), Vigoriti (Italia), Kojima y Taniguchi (Japón), Vascovi (Uruguay), Johnson, Bice, Drew, Kantor, Schwartz y Trucker (U.S.A.), Cooper y Kastner (Canada), Ginossaf, etc., en "Access to the Justice", *cit.*; Fasching, "Small Claim Court's" Ponencia General al VI Congreso Internacional de Derecho Procesal (Gante, 1977) en "Actas" del mismo, ed. Kluwer, Amberes-Deventer, 1978, pag. 347 y ss. esp.

Cfr. Cappelletti-Garth, "Acceso a la justicia trad. esp. Amaral, Col., Ab. del Dep. de La Plata, Argentina, 1983, pag. 105 y ss.

¹⁵³ Cfr. sobre este tema, Tome Paule, "La rectificación de informaciones inexactas en el novísimo derecho español", en "Poder judicial", núm. 12, septiembre de 1984, esp. pag. 78 y ss.; Tomé García, *ob. cit.*, pag. 214 y ss.

¹⁵⁴ De ahí la posibilidad de "acumulación" procedimental o no. Y naturalmente, la posibilidad de que se exija la responsabilidad criminal vía procedimentalmente paralela a la penal; pero en tal caso, la vía del "juicio verbal" no parece la más idónea para que se le abra una "pieza separada" de responsabilidad civil; sin embargo, ello se da en el juicio de faltas, a tenor del art. 974 Lecrim, tan protestado en su época por abusivo, incluso por los Profesores Españoles de Derecho Procesal en su Reunión de Valladolid (1967).

Y el carácter "civil" del juicio verbal, aquí, no hace sino perjudicar — como perjudica cualquier otro procedimiento exclusivamente civil o penal — difícil problema el de estos casos —, pese a que la dinámica procedimental del "juicio de faltas" es muy semejante a la de tal juicio.

¹⁵⁵ Una necesaria complicación más; para los casos en que se desee poner en acción a la jurisdicción penal solamente.

Anotemos una particularidad más de este "Juicio verbal"; el recurso de apelación se admite sólo con efecto devolutivo ante la "Audiencia Territorial" — hasta la LyO. P. J. y su "Ley de Planta" — mas no con el suspensivo. De "tremenda barbaridad", califica Tome Paule esto, dados los problemas que crea (*ob. cit.*, pag., 83, col. 3a. y 84, col. 1a.). Y la ejecución de las sentencias, despachada en la Ley con el máximo simplismo, también proporciona graves problemas, entre ellos, el de la sanción penal al incumplimiento (Cfr. Tome Paule, *ob. cit.*, pág. 84).

Si tenemos en cuenta que este procedimiento es solamente una "antesala" del recurso de amparo, ahí veremos la motivación de la bárbara norma de reducción de la apelación al sólo efecto devolutivo; se trataría, utilizando el neologismo *ad hoc*, de una "sumarización", en respeto a la del art. 53-2 de la Constitución. Bien es verdad, que también se puede "sumarizar" amputando cruentamente, barbaramente; mediante "barbaridad".

¹⁵⁶ El artículo 18 del "Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales" de 1983, dice así:

"Los órganos jurisdiccionales del orden laboral serán competentes para conocer de las pretensiones que, refiriéndose a materia laboral, sindical o relativa la Seguridad Social, se funden en violaciones de los derechos reconocidos en el artículo 1o. de esta Ley "[los de los arts. 14 a 29 de la Constitución], "Estos procedimientos se sustanciarán por los trámites que correspondan por razón de la materia". Esto es, los del juicio de trabajo, sin más ambages.

¹⁵⁷ El "Anteproyecto", cumple, en realidad, aquí, lo que indebidamente, incumplió la "Ley provisional" de garantías de 26-12-1978: el curarse del ámbito laboral. Peor sería que lo dejase abandonado.

¹⁵⁸ El esquema de la dinámica de los dos procedimientos, es casi el mismo: demanda preparatoria escrita; tracto de preparación de una audiencia oral — posibilidad de subsanar defectos procedimentales, que se debería ampliar; audiencia oral y concentrada, en la que se intenta la conciliación intra-procesal y si no se llega a ella — en materia de Derechos Fundamentales, en algunos, será fácil llegar a producir una retirada de la actitud agresiva contra ellos —, terminación de la fase de "legaciones, contradictorias, proposición y práctica de la prueba, conclusiones todo ello en el mismo acto.

Recordemos que en otros regímenes — v. gr. el de Suecia, bajo su moderno *Rattegangsbalk* —, este esquema es casi el mismo: estadios de preparación con intervención de la escritura, y de audiencia principal, oral y concentrada, con una preclusión definitiva de alegaciones tardías; y que, en lo penal, el mismo *Rattegangsbalk* configura un tipo en el que, tras una preparación de índole investigativa, — inquisitivo moderno —, se celebra una audiencia principal y concentrada de todo el contenido del proceso.

¹⁵⁹ Naturalmente, la consideración brutal de la ref. presunción, que no se extinguiría sino "de golpe" por una sentencia de condena penal, pero no antes; sin contemplar la debilitación de la misma a lo largo del proceso penal, lo que, al desconocerla marcha lógica de tal proceso, intenta falsearlo de manera, en ocasiones indecente. Cfr. la "Base" que a la "presunción de inocencia" — mantenida en la Constitución, art. 24-2 dedicamos entre las destinadas a un posible "Anteproyecto de Código Procesal penal para los países de Iberoamérica", en nuestro trabajo "Algunas Bases para la reforma procesal penal en España y países iberoamericanos", en "La Ley", Madrid,

25 Oct. 1984, pag. 2 y 3; y nuestro trabajo "Algunas Bases para el Proyectoado", "Anteproyecto de Código Procesal penal para los países iberamericanos", en publicación actualmente. Sobre tales Bases, cfr. su discusión en la VIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Quito, 1984), en la sesiones de Quito, por los miembros del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, ante la Suprema Corte de Justicia de Ecuador, en las Actas" de las citadas Jornadas, publ. por obra del cit. Alto Tribunal, Quito, 1985, diversos loc.

Tal Base, dice así:

Cualquier persona sujeta a proceso penal o de peligrosidad, disfruta de la presunción de inocencia, la cual puede ser destruida a través de la elaboración de sucesivas presunciones judiciales y de la práctica de los diversos medios de prueba admitidos por las leyes, por los que se pueda llegar, si procede, a una sentencia condenatoria firme".

Naturalmente, no han fallado los intentos de declarar inconstitucional el auto de procesamiento —he ahí una presunción judicial de resultado inculpatório—; el Tribunal Constitucional, ha rechazado tales tentativas, al decir que "la propia naturaleza del auto de procesamiento, lo hace compatible con la presunción de inocencia", destinado a "formalizar la imputación" (Cfr. Autos del Tribunal Constitucional de 1982 a 1984, y su com. por Jean Vallejo ("Doctrina constitucional sobre el auto de procesamiento", "Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid", 1985, pag. 99 y ss.).

¹⁶⁰ Art. 15: "... sin que en ningún caso puedan ser (todos) sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes" (Exactamente el punto cuya conexión con la "detención ilegal" del art. 17 tratamos en este trabajo).

"Art. 25-2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. *El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria*...".

¹⁶¹ "Quinta. 1. El recurso de reforma podrá interponerse contra todos los autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria".

"2. Las resoluciones del Juez de Vigilancia en materia de ejecución de penas, serán recurribles en apelación y queja ante el Tribunal sentenciador, excepto cuando se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la clasificación del penado".

(Aquí es el propio Juez de Vigilancia el que actúa como Juez de Apelación).

"3. Las resoluciones del Juez de Vigilancia en lo referente al régimen penitenciario y demás materias no comprendidas en el número anterior serán recurribles en apelación o queja siempre que no se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa. Conocerá de la apelación o de la queja la Audiencia Provincial que corresponda, por estar situado dentro de su demarcación el establecimiento penitenciario".

(Caso análogo al anterior: la primera instancia corresponde al Juez de Vigilancia).

"4. El recurso de queja a que se refieren los números anteriores sólo podrá interponerse contra las resoluciones en que se deniegue la admisión de un recurso de apelación".

(Es la acepción procesal más correcta del recurso de queja).

"5. Se aplicará a los recursos lo dispuesto en la Lecrim, si bien sólo podrán recurrir el Ministerio Fiscal y el interno o liberado condicional, sin que estos últimos preciden de asistencia letrada o representación por Procurador en cuanto al recurso de reforma. en todo caso, el Fiscal será parte en cuantos recursos se prevén en la presente disposición".

Y comentábamos: "Mucha Disposición Adicional es ésta. *Todo procesal y no adicional, ciertamente*. Su lugar se halla en la Ley General Penitenciaria, y si siguiéramos el excesivo sistema del legislador, estas normas hubieran ido a parar al Libro III de la LOPJ. Más legislar a base de "Disposiciones Adicionales", aparte de ser peyorativo para las instituciones y figuras tratadas, es un "no-sistema" que nada bueno nos dice". (Cfr. nuestro libro "Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial del 10. de junio de 1985", Madrid, Edersa, 1985, pág. 414 y s.).

Si conceptuásemos la "primera instancia" que se "ha escapado" de la "Ley General Penitenciaria" como una actividad simplemente administrativa del Juez —lo que no hacemos: que la "jurisdiccionalización" de la ejecución de las penas, es una parte más del proceso penal, inadecuada-

mente atendida por la doctrina procesal desde ha tiempos —: el curar de los jueces de Vigilancia Penitenciaria y de su actividad fuera de la "Administración Penitenciaria" y controlando *jurisdiccionalmente* a ésta, en lo adecuado para cumplir el riguroso mandato constitucional.

¹⁶² Es un modo de hablar. Un pretendido y falso humanitarismo, ha pretendido que tales asuntos son los *más preferenciales*, comparando una serie de campos incomparables entre sí. De ahí el resultado, embarullado sistema de "preferencias" que está lleno de incoherencia — y que ya le tenemos plasmado en el art. 53-2 de la Constitución —. Para que se vea como se abusa de la expresión "preferencia" en materia procesal (y ello lo hemos escrito y publicado frente a los "procedimientos preferentes y sumarios del art. 53-2 de la Constit.: el art. 20-3 de la "Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona" —provisional— de 26/12/1987, para el procedimiento penal cuya res. compete a las Audiencias Provinciales, remite al "Capítulo III del Título III del Libro IV" de la LECRIM; y este Título se denomina legalmente el "Del procedimiento de urgencia" para determinados delitos"); tenemos un caso de "doble urgencia"; la de la Constitución — y la Ley citada, art. 50-1: "caracter urgente y preferente" —; y la de la LECRIM — "Urgente-urgente" o "preferente-preferente" —. Ya criticamos este aspecto de la "urgencia" en España (Cfr. nuestro trabajo "el procedimiento "Preferente y sumario", etc." dic., en "Revista de Administración Pública", núm. 89, mayo-agosto de 1979, pág. 26 y ss.)

¹⁶³ Cfr. el art. 50. de la Ley Orgánica Provisional del Poder Judicial de 1870: "Lo prescrito en el artículo anterior [independencia interna de jueces y tribunales] no obstará a que los Presidentes de los Tribunales, y en su caso, las Salas de Gobierno, por conducto de los Presidentes, dirijan a los Juzgados y Tribunales a ellas inferiores, que estén comprendidos en su respectivo territorio, las *prevenciones* que estimaren oportunas para la mejor administración de justicia, dando cuenta sin dilación al Tribunal inmediato superior y directamente, al Ministerio de Gracia y Justicia".

Cfr. el art. 162 de la LOPJ de 1985, y su com. en mi libro "Comentarios a la LOPJ", *cit.*, pág. 222 y s.

¹⁶⁴ Estas "Prevenciones" pueden ser peligrosas. Especialmente, en este caso, de laguna legal no prevista por legisladores imprudentes, la adopción como "fuente de un procedimiento", de "los principios generales del Derecho", sin más, es proclive a provocar aún una mayor inercia en dichos legisladores, o bien una reacción apresurada y pro-legalista y desaforada; proclive a una penetración —en falso— de pretendido "Derecho Natural" y al amparo de esta idea, de la arbitrariedad. Y el peligro de "un proceso sin procedimiento", es siempre enorme. Recordemos que la clave de la elaboración de la falsa doctrina del "juicio sumario indeterminado", se halló en haber de dirigirse el proceso, no conforme a los "substantialia iuris politici" sino a los "substantialia processus naturalia, a iure naturali seu divino inducta". Tras esas palabras, estaba p. ej., Karpov. . . No se olvide.

(Cfr. p. ej., mi trabajo "El Consulado de Valencia: de proceso a arbitraje. Sus posibilidades", en mis "Estudios de Derecho Procesal civil, penal y constitucional", *cit.*, pag. 225 y ss.).

Y también, no poco peligrosos, los "Acuerdos" del Consejo de Ministros que entrañen normativa de reforma de leyes. Aunque se publiquen en el B. O. del E.

¹⁶⁵ No estamos en país en el que las normas se elaboren de esta manera. No estimamos oportuno la apertura ahora. Ni apreciamos que se "abra" el recurso de casación a la "infracción de la jurisprudencia", en lugar de la "doctrina legal" del Tribunal Supremo. Cfr. nuestra opinión en nuestro libro "La Ley de Reforma urgente de la Lec.", *cit.*, pag. 342 y ss.

¹⁶⁶ Cfr. Bueno Arús, "Los permisos de salida y las competencias de los Jueces de Vigilancia", en "Poder Judicial", 2a. época, núm. 2, junio de 1986, pág. 25 y ss.

¹⁶⁷ "Artículo 190. del "Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales."

"Protección contra las violaciones de derechos fundamentales procedentes de órganos judiciales".

1. Contra las violaciones de los derechos reconocidos en el art. 10. de esta Ley que tengan su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial podrá interponerse recurso extraordinario de *protección* ante el órgano del que proceda la violación alegada".

[Se trata de un "órgano judicial" pero no se indica que esté actuando *jurisdiccionalmente* al violar tal derecho. Lo cual plantea el problema de que sea, p. ej., una Sala de Gobierno la que

infrinja el ref. derecho. ¿Cómo se va a abrir así la vía de "los recursos jurisdiccionales" contra ella? Y sin embargo dejar confiado "a lo administrativo" lo ref. a la constitución de cada Tribunal, en lo que a tales Salas de Gobierno corresponda, es muy grave. . . Y más aún con la desaparición de los motivos 7o. y 8o. de casación por quebrantamiento de forma, del antiguo artículo 1693 de la Ley de Enj. civil que dejan abierta una cláusula general, como todas ellas, difícil de colmar bien y adecuadamente).

"La interposición del recurso extraordinario suspende, hasta su resolución, el transcurso de los plazos establecidos para la presentación de los recursos ordinarios previstos en las leyes".

[Efecto lógico en las "reposiciones"; lo que no se nos dice cuales son tales "recursos"].

3. El recurso, que deberá concretar con precisión el derecho fundamental que se reputa conculcado, se interpondrá en el plazo de veinte días a contar desde que se tuvo conocimiento de la resolución a la que se impute la violación del derecho. De no mediar resolución judicial expresa o tener su origen en una omisión, podrá interponerse el recurso en cualquier momento del procedimiento".

[Para tratarse de una reposición, este plazo es muy largo; entendemos que los A. del "Anteproyecto" que "ya pensaban" en el futuro recurso de amparo "per saltum". De otro lado, estimamos entorpecedor, proclive a abusos, antiprocesal, la posibilidad de interponer tal "recurso" en cualquier momento del procedimiento. Este desorden entronizado, vamos por el camino de "un proceso sin procedimiento"; del "juicio sumario indeterminado"; de Karpzovius].

"4. El órgano judicial ante el que se interponga el recurso admitirá éste sin más trámites, dará traslado a las partes, si las hubiere al Ministerio Fiscal, para que aleguen lo que estimen procedente en el plazo de tres días".

["¿Lo admitirá" incluso si en "el recurso" *no se concreta con precisión el derecho fundamental que se reputa conculcado*", p. ej? ¿Y que así, no vamos a abrir el camino del amparo constitucional? Cuidese la redacción, que así, no vamos al caos; ya estamos en él].

"5. Transcurrido, con o sin alegaciones, el plazo previsto en el apartado anterior, el órgano judicial resolverá mediante auto en plazo de cinco días".

[No vemos la utilidad del traslado a la parte que interpuso el "recurso"; ya alegó en él.

"6. Recaído el auto resolutorio del recurso extraordinario previsto en el apartado 1 de este artículo, cabran contra él y contra la resolución que dio lugar al mismo los recursos ordinarios previstos en las leyes"

[En el texto hemos confiado nuestras dudas].

"No obstante, quien considere que el auto o la resolución indicados violan algún derecho fundamental recogido en el artículo 1o. de esta Ley, podrá optar por presentar recurso de amparo constitucional del acuerdo con lo previsto en el artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. En tal caso, se entenderán agotadas todas las vías judiciales utilizables".

[He aquí un *per saltum* tremendo; no se espera a que el "órgano judicial" dicte la sentencia. He aquí una especie de "sumarización" — y perdónese el barbarismo — que, una vez más, consiste en amputar por medio de cláusulas generales].

"7. Procederá igualmente lo previsto en el apartado anterior cuando hubiesen transcurrido quince días desde la interposición del recurso extraordinario regulado en este artículo y no hubiere recaído auto que lo resuelva".

[El *per saltum*, consecuente a una omisión].

¹⁶⁸ Cfr. la nota anterior.

¹⁶⁹ Estas dos expresiones, las vemos casi constantemente, cuando se desarrolla la defensa de los derechos fundamentales. Sin duda a falta de un "procedimiento preferente y sumario" *en concreto*, a ser posible *único*, bien estudiado, claro, sencillo, *plenario rápido* (y no "sumario" en la errónea acepción de limitado en la cognición), se desea que no olvidemos la intención.

¹⁷⁰ Cfr. p. ej., nuestro trabajo "Teoría general de los medios de impugnación y Parte General del Derecho Procesal", en "Estudios de Derecho Procesal", Madrid, 1955, ed. Rev. Der. Priv., pag. . . ; la diferenciación entre "remedios" y "recursos" de la gran familia de los medios de impugnación, está muy desarrollada para no conocerla. No nos explicamos que se omita dar a este medio, el nombre que le cuadra. Cfr. el texto, *supra*, sobre el nombre de nuestro "recurso".

¹⁷¹ Cfr. la entrevista concedida por el Presidente del Tribunal Constitucional, Prof. Francisco Tomás Valiente, al periodista Agustín Galán, en la revista *Muface*, núm. 89, septiembre, 1987, pág. 13, col. 3a.

Se "habla" entre Letrados del recurso de amparo constitucional como si fuera una instancia mas; un recurso "ordinario". ¿Se trata de un deslizamiento hacia el sistema norteamericano. "difuso"?

¹⁷² Cfr. p. ej., Tome García, *ob. cit.*, pág. 151 y ss.

Veamos el "Informe" del Consejo General del Poder Judicial al "Anteproyecto" de 1983 en este punto, sobre "la sumariedad":

"Aunque no se habla en el Anteproyecto de sumariedad ésto se encuentra reflejada acertadamente en los artículos 5o. y 20. . .".

En el artículo 5o. se dice:

"En la demanda no podrán hacerse valer otras pretensiones que las encaminadas a declarar no conformes a Derecho y, en su caso, nulos, los actos o disposiciones que incurran en violación de un derecho fundamental, así como las dirigidas a reconocer el derecho y conseguir la preservación o restablecimiento del mismo, con la adopción de las medidas precisas, y entre ellas la indemnización de daños y perjuicios, cuando proceda".

En este texto, se aprecia una *limitación del objetivo del proceso*, iusmaterial: la defensa de un derecho fundamental, a cuyo efecto débesele "concretar con precisión" (art. 19.3 del A.), pero no una *limitación de la amplitud de las alegaciones ni de la prueba*, limitación iusprocesal constitutiva de la sumariedad. Ese juicio no es sumario; a lo sumo, si funcionara bien, sería un "plenario rápido", irreiterable en cuanto a la misma *pretensión* (y cuidado con sus elementos).

Sobre la "no cosa juzgada" cfr. el texto, supra. El error es aún mas grave.

El CGPJ, informó también sobre el art. 5o. del A.:

"Se estimaría mas correcto referir este precepto a objeto del proceso en lugar de al contenido de la demanda, iniciando el artículo del modo siguiente: "en este recurso no podrán hacerse valer".

El mismo Consejo General indica que se trata de limite iusmateriales y no iusprocesales. No hay sumariedad.

¹⁷³ Cfr. el "Informe" del Consejo General del Poder Judicial, en el mismo núm. del "Boletín de Información" de noviembre de 1983, núm 19, pag. 13 y ss.; "Consideraciones generales", pag. 13.

¹⁷⁴ "Parece viable — sigue el "Informe" — afirmar que el espíritu de la Constitución en este punto era el de que, inacogida [feo neologismo] la pretensión de amparo, pudiera reproducirse por los cauces extraordinarios, pero no el de que, en su caso de ser estimada, los derechos y libertades permanecieran en situación de inseguridad por la eventualidad de un ulterior proceso de signo contrario" (loc. cit., pág. 13).

Cfr. comentario supra, en el texto.

¹⁷⁵ Estamos viendo una grande semejanza entre nuestra *reposición* — y en esta naturaleza nos ratificamos — y las "protestas" legales en los juicios orales; el rechazo de una de tales "protestas" por el Tribunal, no obsta a que se reitere su objetivo, con mayor fundamentación, ulteriormente, a través, no ya del "remedio", sino de un "recurso", el de casación o el de apelación en sus casos.

¹⁷⁶ De nuevo la "preferencia". Ya fatiga esta alegación reiterativa. Cfr. nuestro trabajo, cit., pag. 246 y ss.

¹⁷⁷ Se recuerda una vez mas — y no lo olvidamos, naturalmente — el texto del art. 53-2 de la Constitución.

¹⁷⁸ Cfr. la nota núm. 162, supra.

La "limitación de la cognición" lo es por su objetivo iusmaterial pero tampoco vemos la limitación procesal que determina la sumariedad.

¹⁷⁹ Cfr. la nota núm. 162, supra.

¹⁸⁰ Cfr. las *ob. cit.* en la nota núm. 152; también esp. sobre la justificación de esta salida de la crisis de la administración de justicia en la actualidad, cfr. la Ponencia General el Prof. Dr. Hans W. Fasching (Viena) al VII Congreso Internacional de Derecho Procesal ("I Congrès International de Droit Judiciaire Privé"), Gante, 1977, sobre el tema general "Towards a justice with a human face", titulada "Small claim Court's" — me hizo el honor de pedirme la Ponencia

Nacional de España. En la ed. de las Actas del Congreso, Kluwer, Amberes-Daventer, 1978, esp. pag. 347 y ss.

¹⁸¹ Cfr. p. ej., Alcalá-Zamora Castillo, "Principios técnicos y políticos de una reforma procesal" (Tegucigalpa, 1950), ahora en sus "Estudios de Teoría General e Historia, etc.", T. II, pág. 108 y ss.; Prieto Castro, "Informe general sobre principios políticos y técnicos para una Ley Procesal uniforme en la comunidad hispánica de naciones", I Congreso Iberoamericano y Filipino de Derecho Procesal, Madrid, 1958 en "Actas" del mismo, Madrid, 1956, pag. 196 y ss. y en sus "Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal", Madrid, ed. Rev. Der. Priv., 1964, pag. 665 y ss. Fairén Guillén, "Los principios de oralidad y escritura y su carácter técnico o político", en Rev. Riber., 1977, Madrid, passim; "Principios de oralidad, de escritura y de socialización del proceso, en relación con la Ley de Enjuiciamiento civil", en RD Pr. Iber., Madrid, 1981-IV, pag. 547 y ss.; básico, fundamental, Klein, "Erläuternde Bemerkungen zum Entwurfe eines Gesetzes über das gerichtliche Verfahren (Civilprozessordnung)", en sus "Materielein zu den neuen österreichischen Zivilprozessgesetzen", Viena 1987, k.u.k. Ministerio de Justicia y Librería Mainz y de la Universidad, T. I, pag. 189 y ss.; Klein-Engel, "Der Zivilprozess Oesterreichs", Libr. Bensheimer, Berlin, Leipzig, Mannheim, 1927, pág. 220 y ss.

¹⁸² Sobre la conexión de delitos, producida por la acumulación de hechos diferentes que tienen entre sí nexos, y que producen varias pretensiones punitivas, cfr. esp. Gómez Orbaneja, "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal", Barcelona, ed. Bosch, T. I, 1947, pag. 427 y ss.; De la Oliva Santos, "La conexión en el proceso penal", Universidad de Navarra, 1972, pag. 54 y ss. y 74 y ss.

¹⁸³ Cfr. supra, en el texto. No se trata de "modernizar" estrictamente una momia, sino de tomar la filosofía, el espíritu general que la informó, si nos sirve.

¹⁸⁴ Cfr. nuestros trabajos sobre la manifestación aragonesa y sobre la manera de tomar de su proceso lo que ahora puede ser muy útil, por arrancar de un fenómeno acertadamente interpretado, que es el de la conexión de delitos y la necesidad de "conectarlos" procesalmente, fijando un procedimiento único y complejo, con posibilidad de desgajarlo correctamente en sus ramas si conexión no hubiera.

¹⁸⁵ No olvidemos el gran hallazgo que supuso el articular el proceso de *manifestación* de personas en lo criminal en dos fases: la primera, predominantemente cautelar - es la más interesante y la que mejor puede servirnos en la actualidad - y la segunda, de mantenimiento de las cautelas pero de carácter declarativo de condena, plenario. Si el proceso penal ordinario de un país está bien formulado y funciona bien, puede dejarse para él lo que en Aragón se remitió a la segunda fase del proceso de *manifestación* citado.

Cfr. nuestro "borrador de anteproyecto de ley de manifestación", en nuestros trabajos "La defensa procesal de la libertad y dignidad personales en una futura Constitución española: el proceso cautelar de manifestación", en "Revista de Administración Pública", Madrid, 1977 núm. de julio-agosto, pag. 9 y ss. y esp. 42 y ss.; "Dignidad humana y sevicias: un momento histórico de la lucha contra éstas", en "Studi in onore di Tito Carnacini", Giuffrè, Milán, 1984, Vol. III, pág. 589 y ss. y esp. 632 y ss.

¹⁸⁶ Cfr. este texto en la nota núm. 79, supra.

¹⁸⁷ "El cambio de denominación del recurso de *habeas corpus* propuesto por UCD no prosperó porque representaba el desconocimiento de la popularidad y arraigo que tal recurso tenía tanto en los países del sistema jurídico anglosajón como en los Estados latinoamericanos; si había que crear un recurso especial para la protección de la libertad personal, existía ya un nombre concreto de amplia aceptación en los Derechos históricos de una gama de países de diferentes latitudes; y, en todo caso, no se propuso un cambio por otro rótulo mejor sino por una fórmula genérica; quizás hubiera sido entonces el momento de lanzar el nombre de "manifestación", despertando de un largo sueño una institución histórica del Derecho de Aragón, que tuvo el mismo significado del *habeas corpus* de los ingleses, como ya he referido; pero no se adujo esta alternativa" (la cursiva es nuestra).

Cfr. Soriano, "El derecho de "habeas corpus", cit., pag. 206.

Este autor, trae a seguida una nota:

"Decla la enmienda de Martín Tóval: "la Ley regulará un procedimiento para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente y determinará el pla-

zo máximo de la duración de la prisión provisional". (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados". Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, núm. 70, 19 de marzo de 1978, pag. 1.058".

(Soriano, *ob. cit.*, pag. 206).

¹⁸⁸ La misma Exposición de Motivos de la Ley de *habeas corpus* da una ligera satisfacción a la manifestación. Y el texto, entre líneas y de manera oscura, pero que no se ha ocultado a estudiosos como p. ej., Gimeno Sendra o Soriano, *Cfr. supra*.