

Hábeas corpus: 797-3

Fernando M. Machado Pelloni*

“Los derechos fundamentales, los reconocidos como los tácitos, son una positivación del Derecho, de ahí que se encuentren ligados a una determinada situación”.

J. Van Der Ven

Resumen

Al retomar la figura del *Hábeas Corpus* desde sus orígenes en la Gran Bretaña hasta la época actual, el trabajo hace una importante reflexión sobre este instituto que es un remedio e instrumento por excelencia para la protección de la libertad de los asociados; con ese punto de partida se diseña un modelo que torna ese instituto más democrático y lo aleja de las violaciones a través de las privaciones injustas de la libertad, tarea en la que deben influir de forma positiva las fuerzas policiales de seguridad y los propios jueces al cumplir con su función.

Palabras Clave

Derechos fundamentales, Estado social y democrático de derecho, Estado autoritario, *Hábeas Corpus*, privación de la libertad.

Territorio de labor y maniobra

Uno de los hallazgos más comunes en la inspección, que es factible hacer a las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos,

* Abogado; Doctor en Derecho Penal y Ciencias Penales, U. del Salvador (Buenos Aires, Argentina). El presente texto se compadece con la conferencia dictada en el Encuentro de la Asociación Italiana de Filosofía del Derecho, celebrado en Roma, el 22 de junio de 2013.

la Corte Interamericana e incluso fuera de los ámbitos regionales de protección por los más diversos tribunales estatales, es que el *Hábeas Corpus* (en cuanto a su existencia normativa, sin abordar ahora en sus fuentes), es una señal o rastro de entidad para alcanzar la idea de que un Estado es compatible con la regla de la democracia y, también, con la defensa de los derechos fundamentales. En este contexto, obsérvese, el control judicial es un principio esencial a una sociedad democrática y a sus instituciones, como también lo es la vinculación a la ley y a la defensa de los atributos humanos básicos¹.

Lo que me he propuesto aquí es poner de relieve, que muy a pesar de la fuerte señalización en torno al Estado social y democrático de derecho, cuanto menos tres tesis, resienten la compatibilidad de cierta facticidad con la normatividad específica de aquél. Para comenzar: i) la propia necesidad histórica de la (re)forzada existencia del *hábeas corpus*, nos conduce a cuestionar la adecuación de la legalidad, la democracia y la defensa, por los derechos humanos en una determinada longitud y latitud pero hacia el presente y en pro del futuro; luego, y para proseguir, ii) la obligación de comprometerse en la renovación del debate (igual de substancial), respecto de la fundamentación del derecho en disputa, a la conflictividad por la validez teórica o la verdad pragmática; y, para concluir, aunque derivado de los asuntos precedentes, iii) enarbolar la casuística de la exclusión que afirma, al negársela cuanto inclusión, que la tentativa de acceso a la tutela judicial efectiva es inidónea para reconocer, respetar o proteger a una persona ante una situación deficitaria.

Desde el inicio, se persigue la aclaración de cuestiones esenciales de orden estructural o material al sistema jurídico, que a mi juicio repercuten en el plano coyuntural o formal en el que se dan ciertas decisiones, como resultados difíciles de creer o de comprender, cuando no imposibles de justificar o de disculpar. En los apartados siguientes, más allá de si resulta o no una contribución, persigo advertir sobre el *statu quo* del *Hábeas Corpus*, para concluir sobre una suerte de inventario faltante a esta figura.

De la *Magna Charta Libertatum* de 1215 al 2014, 799 años de *Hábeas Corpus*: necesario pero insuficiente

No me ocupa indagar, que el *Hábeas Corpus* encuentre su origen en Gran Bretaña, como resultado en esencia de la permanente tensión entre el poder político con tendencia a la expansión y a la autonomía personal, con aptitud como para atravesarse en el rumbo

de aquél. La cuestión transita más allá. Lo que es clave en la elección, a partir del dato histórico, es el reconocimiento de un derecho de protección, por el cual –cuanto menos documentalmente desde el 15 de junio del año 1215²– en virtud del cual una persona no debía ser privada de su libertad ni de sus bienes fuera de lo prescrito por la ley, y cuando tal situación tuviere lugar, contaba con un *Writ* por el que se ponía en discusión la detención o los elementos que, según el procedimiento legal, debían darse en relación con ella³. Tanto esta herramienta medieval, como su análoga de la *libero homine exhibendo* en la cultura romana, dejaban al desnudo una preocupación por la arbitrariedad. Sin embargo, en la era contemporánea la tribulación por el abuso estatal subsiste; de lo contrario, no se le otorgaría espacio en una perspectiva contractual a esta garantía como defensa.

Lo anterior, mueve no elimina (porque no puede) la preocupación concreta: del absolutismo a la post-ilustración, de la consagración y la deflagración de las normas fundamentales, a la edad de los derechos humanos; en ese escenario, el instrumento del *Hábeas Corpus* sobrevive y connota la habilitación de un compartimento que persigue prevenir, detener o restaurar, dicho sea *grosso modo*, una constelación de puestas en peligro o lesiones a la libertad, a la vez que denota un contexto de raíz autoritaria⁴.

La puesta en escena, que puede ser apropiada para un guión, tiene dificultades sin más, en su adaptación a otro. En mi opinión, no menos conflictivo y estéticamente diferente. Con esto, puede destacarse que en el marco estatal (decididamente autoritario), la aparición y el desarrollo de la garantía es bastante simple de comprender; sin perjuicio del marco general de peligro concreto o inmediato para la libertad personal y la fortuna que su defensa a través del *Hábeas Corpus* pueda tener. Ahora, la desaparición de una amenaza extendida o propagada contra la autonomía, a partir de la adopción de la regla de la democracia, la sujeción del Estado al principio de legalidad y la asunción de obligaciones en el plano internacional de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, contradice –al menos intuitivamente– la necesidad de una garantía tal. Desde esta óptica, hay que hallarle a la supervivencia una argumentación racional. Mi conclusión es que el Estado social y democrático no es lo que se presume de él.

El Estado autoritario, cuenta, entre sus más relevantes características, la desviación de la coerción hacia el sendero del terror lo cual conlleva niveles inimaginables de represión. Es la conducción del po-

der para la destrucción de la libertad, que se halla impedida o altamente restringida como autonomía, sin margen para su progreso: la perspectiva totalitaria ahoga la ideología propia para la imposición de la ajena, impide el disenso en favor de la verdad oficial estatal, e intimida a través de sus agentes en múltiples espacios y de las más variadas formas (Mantovani, 1984, p. 19). En especial, por el indisimulado traspaso del legado iluminista⁵ que opera en la destrucción de lo que se ha denominado la *Magna Charta* ya no del delincuente ni tampoco del ciudadano, sino de toda persona⁶. Ello resiente el pluralismo, tomado esto desde un ventanal que abre a la exégesis de principios y reglas retratados en un oleaje constitucional generalizado, que se registra en un superávit de procesos públicos, y que, por todo lo anterior, se convierte en un balance deficitario en marcos de intolerancia, o de reducción en la estimación de la dignidad humana (Häberle, 1980, p. 46).

El Estado social y democrático de Derecho es, desde su base, opuesto. No hay conmovición de principios y reglas en estricto sentido. En la perspectiva del conocimiento, es la contradicción con la dominación popular; expuesta en su lugar, con la participación y determinación de la sociedad en los derechos fundamentales (Häberle, 1980, p. 129). Sin embargo, los análisis descriptivos de normas y procedimientos penales, que revelan la facticidad de resultados más que dudosos en el terreno de un *test*, advierten la coexistencia con un orden alternativo, cuantitativa y cualitativamente diferenciado, por un lado, porque contextualmente el Estado autoritario requiere, como connatural y necesario, una máxima presión coactiva para su propio sostén, que en su contracara es eventual y excepcional como transitorio. Por otro lado, porque semejante ordenamiento fuera de la juridicidad penal, sustancial y jurisdiccional, en el totalitarismo es la máxima, como está bien dentro de un bastión como puntual apartado, unas cuantas respuestas penales que pueden (mal) destacárselas en su adverso (Mantovani, 1988, p. 431). Sin embargo, entonces, el antagonismo que lleva a comprenderlos como asimétricos entre sí, no debe encontrar el más mínimo descuido en el juicio: aquél es peor a éste (que es indudablemente mucho mejor); es decir, mientras el primero es calamitoso, el segundo no. Ahora, que quede aclarado: el último es marcada y testimonialmente imperfecto, sea por dolo o imprudencia y esto, en mi concepto, suma en la causa del *Hábeas Corpus*. Veamos.

La seducción oscura por el peligro, resulta marcada por el propio Estado Constitucional; cuando se vuelca dolosamente por la perma-

nencia de su propia exclusión y en determinadas coordenadas. Esta cuestión es conocida desde una aproximación sistemática, puesto que la aclamación y la defensa del capital del iluminismo requiere de un compromiso constante que no podría, bajo ningún pretexto, hacerse a un lado, para aprovecharse por las inconcebibles prácticas que originalmente se desaprueban en el contrato social (Radbruch, 1987, p. 141-142)⁷. Si se trata de una estructura que se denomina *Magna Charta* de la persona, es y debería de serlo siempre.

Con todo, resulta que es verificable nuestra asistencia ante la coexistencia de, con sustento en actuaciones estatales altamente sospechosas de arbitrariedad o abuso de poder, bajo las normas específicas del principio de legalidad, el compromiso con los derechos humanos y la adecuación en ello de instituciones democráticas. Si, a no dudarlo, se contradice lo anterior cuando se priva de *Hábeas Corpus* a un sospechoso de terrorismo⁸ (pero debe comprendérselo respecto de toda persona, bajo cualquier imputación por un hecho punible), su reconocimiento como garantía de defensa, prevención o reparación no autorizaría a creer que contenerlo por varios días es compatible o conforme con las características del mejor de los dos esquemas estatales⁹: es posibilista de un escenario de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, aunque con otro marco, iguales sucesos tengan espacio¹⁰.

A aquella situación, se agrega imprudentemente la superación de la distinción entre normalidad y excepción, a la cual, lo ordinario y lo extraordinario se dan cita y origen a una suerte de convivencia (De Vergottini, 2004, p. 1187). Es que, a la existencia de una multiplicación por doquier del Derecho penal –por la invasión de normas de flaqueo; que asumen adelantos de punibilidad y pérdida de fragmentariedad o del retroceso de la libertad¹¹ y que persigue una auto-aplicación normativa antes que la tutela de bienes jurídicos o distinguen tipos de autor y no de culpabilidad¹² (con más presión en escalas penales carentes de razón y de proporción¹³)– las amenazas y las privaciones de libertad aumentan sin un *Hábeas Corpus* robusto, porque el orden democrático asegura la “jurisdiccionalización” de la regulación (Mantovani, 1988, p. 433). Es decir, toda restricción se vuelve (aunque no debería) legal y legítima¹⁴. Aunque se volverá *ut-infra* sobre los conflictos, basta la mención para arribar a puerto: como *iuris tantum* no alcanza para ir en contra de lo reseñado, es la última barrera de la dignidad¹⁵ ante la respuesta (control) a la desviación –como desorden–¹⁶.

Que el Estado social y democrático de derecho, no prohíba la garantía, no controvierte que la dificultad existente, de comprobar la arbitrariedad o los abusos –que existen¹⁷– (por un cenáculo de autoritarios (sin importar la función estatal que se trate) en el reino de los demócratas –en especial, la rama judicial–), exige desde su intacta matriz medieval, una mirada un poco (no mucho) más amplia que la disposición común frente al *habeas corpus*; extraño a un marco totalitario pero propio de uno bien imperfecto.

El derecho y la garantía del *habeas corpus*: ¿problema de (in) validez, (in)eficacia, o ambos?

Otra anatema bien conocida por cierto, y muy unida con la tesis anterior, se presenta. Históricamente, el problema del respeto por la libertad como ideal y el reconocimiento de la última por las modernas constituciones primero (donde dejó de ser un mero valor) –para su entronización en el *core* de los instrumentos de derechos humanos–, después ha terminado en la placidez de su protección por el Estado social y democrático de Derecho e incluso, contra él¹⁸. Hoy hay más derecho que antes (Bobbio, 1991, p. 43). Sin embargo, creo que todo esto es un placebo, por algunas razones.

Más allá de que siempre han existido normas que no se han cumplido en todos los tiempos y que no parece racional aguardar a que una de ellas exprese la total corrección jurídica del objeto que regula, la vinculación estatal (en especial del juez) a la ley, tenía alguna barrera sobre la justificación de la última (Kaufmann, 2011, p. 74-75). Después de la exploración anterior, el impacto cronológico del derecho, en especial la última etapa universal de los derechos humanos, supone una evolución exógena a la sociedad de un Estado social y democrático de Derecho, por la que corresponde discutir su correspondencia endógena. En tal sentido, la actuación del poder conoce expresiones contradictorias o muy polémicas con el modelo de defensa de la libertad y ello pone sobre la mesa desacuerdos básicos sobre el terreno de la significación de las prescripciones.

Rastros de mis enunciados se observan cuando agentes penitenciarios se niegan a proveer alimentación adecuada a la dignidad humana –en esto avalado por el rechazo del *Habeas Corpus* de un magistrado federal, felizmente revocado por el Tribunal de Apelaciones¹⁹– o bien, si acaso el soporte de la edificación donde se alojan personas privadas legalmente de la libertad se cae a pedazos y resulta ser que no hay espacio para exhortar u obligar a nadie para

que haga nada –por empezar, conviene que un magistrado indispensable para la garantía vaya a ver semejante lugar fuera del radar, detalle ilustrado por la judicatura del recurso (que jamás tiene bajo su competencia al ser humano que interpone una impugnación, que es responsabilidad pero de otros)²⁰, o cuando en la distribución vertical de la federación, agentes policiales apalean a un ser humano sin causa y desde la jurisdicción, a la vez de tutelarlos, le obligan a evitar ser sujeto pasivo de tal brutalidad –una omisión desconocida del área de libertad en el amparista (fácticamente punible) y una comisión normada de funcionarios (normativamente impune)²¹. Con ello, se destaca que es perfectamente verificable el hallazgo de varios idiomas en el Estado social y democrático de Derecho: la tutela judicial efectiva e inmediata puede, como en algún caso, predicarse bajo el horario de atención al público o en el día hábil siguiente²²; tanto como para afianzar el contacto familiar, hacer depender de la calificación del comportamiento en manos penitenciarias y trascender la condición personal de la coacción, volviéndola transpersonal²³; y mucho peor si, al no reunirse circunstancias excepcionales (que son difíciles a un ejercicio cognitivo puesto que nunca se explicitan), no se resuelve el acercamiento entre el privado de libertad y sus afectos, sin siquiera un poco de preocupación por analizar la versión relatada en una denuncia, más si es por un factor económico –categoría sospechosa en la (des)igualdad ante la ley– que no se materializan las visitas²⁴.

La navegación en aguas inseguras, no exclusivas de latitud sur²⁵, es reveladora. Palabras como democracia, ley, dignidad, libertad y alimentación, pierden todo significado o valen con alguna distinción, según los interlocutores de que se trate. Marcos fácticos medievales o propios de un Estado totalitario, que podrían (y deberían) ser atacados con más rudeza en cuanto tales, al darse fuera de sus presupuestos característicos, padecen el relativismo de su propia mutabilidad. Es clave percibir, al menos en la tensión que se inspecciona, que lo único realmente inmutable es la conflictividad, que el mal radical –no dije absoluto– sobrevive esparcido como una enfermedad a la que no se le encontró todavía cura, y que el *Hábeas Corpus* no es otra cosa que un medio que, a tiempo, transforma en crónica a una propia, de un diagnóstico historiográficamente mortal.

Desde allí, lo que sigue es simplemente observar que el positivismo, o la resultante de la Constitución y el bloque de constitucionalidad, no es tan contundente a la hora de definir la naturaleza y

la estructura del Estado, como para validar normas omnipotentes a toda intervención humana o más todavía, las que en cualquier caso son su propio testimonio (Ellscheid, p. 154-155). La edificación de producción o aplicación del derecho, en el marco de organización (sea para descubrirlo o aplicarlo), está perfectamente abierta –no tratándose de otra cosa más que de homologar su existencia jurídica– al abuso y, como reconocimiento de la descripción de la pérdida de esencia –abordándose su búsqueda seria y racional–, en el escudo de la libertad, el *Hábeas Corpus* opera como una vía de resistencia al margen o a pesar de la competencia.

Bajo ningún concepto, los problemas para la autonomía se terminan porque ha llegado la era de la garantía (si es tal); con ella sí, como mucho, se piensa en una sensible reducción a la dimensión de aquellos en cuanto a su existencia; y de su mano, se debería tomar en cuenta, en función de la evidencia casuística, que la medida de la democracia se determinará por cuanto sea capaz de la expansión de los límites de la teoría y de la práctica institucional en pos de la dignidad humana (Ellscheid, p. 157). Para este petitorio tomo en consideración que la problemática viviente, no deriva tanto o solamente de la exigibilidad en el cumplimiento normativo, sino que la respuesta estatal frente a la demanda por (in)eficacia se traba en la determinación o el alcance de lo que esencialmente se reclama, o sea en la (in)validez de cuanto se cuestiona. A esta altura, nadie podría ni menos debería propender hacia ninguna tranquilidad merced a la distancia conceptual de los Estados, como para aceptar que el hacinamiento de Birkenau (Auschwitz II)²⁶ –donde cuarenta y cinco desamparados llegaron a ocupar el espacio criminalmente diseñado para quince– respondía a la negación de la persona en cuanto tal, mientras que el de un establecimiento carcelario obedece a la dificultad en la maximización de los esfuerzos para con los que allí están y deben de estar, según el principio de legalidad y la regla democrática, aunque allí de facto incompatible con los derechos humanos²⁷. A su vez, si en un régimen autocrático no se da curso al procedimiento garantista por su inclinación a estar cómodo sin ella, la falsedad para su tramitación y final denegatoria en el imperio legal lleva, sino igual desilusión para el que sufre la lesión²⁸, de mínima, una análoga²⁹. Con este elenco situacional es que se dispara la alerta sobre la que se reflexiona.

El salto hacia la total erosión de las normas, en la medida en que ya no son afirmadas por su sanción o coacción, o dejan de serlo sistemáticamente, puede llevarnos sin más a otro sistema

(Alexy, 1997, p. 87). A partir de la devaluación de la ineficacia, por disponibilidad de la esencia de la autonomía (a sabiendas de la utopía que persiga luz perpetua en un ámbito social en donde la sombra es inevitable), inseparablemente se abordará la altura de la propia existencia de la validez (Dahrendorf, 1994, p. 35). A partir de tal toma de posición, si no son muchas, tampoco son pocas, las ocasiones en las que bajo cualquier pretexto se limita la libertad personal en ámbitos del Estado social y democrático de Derecho, o bien se le pone en peligro; ambas miradas, sin embargo, toman cuantitativamente distancia en el ya inocultable resultado, a la hora de estudiar el agravamiento ilegal de una legal reglamentación de aquella, en el marco de la prisión cautelar o como consecuencia de una responsabilidad penal. En este horizonte, la inactividad en las instituciones que atentan contra la dignidad, produce más tarde o más temprano su propia destrucción, de modo que rectificar o reconstruir, validar o efectivizar el sentido de aquella envuelve a la tarea más delicada que puede y debe ocupar a la democracia, en la seria pretensión de (ser lo más perfecta o) lo menos imperfecta de todo y cuanto sea capaz.

La ejecución de la labor deberá consistir en la minimización de los conflictos en los que la libertad se observe atrapada y si el remedio a ellos es a través del *Hábeas Corpus*, como se advierte, este último tendrá que afrontar discusiones capitales que actualmente esquivan o se le sustraen. En alguna medida, las evita cuando sus límites infra-constitucionales, reductores respecto de la comunicación *Constitutione lata*, acordonan el área de sensibilidad tornándola insensible; como también se le quita expansión normativa *Constitutione ferenda* cuando las soluciones deben acechar por medio de la garantía y se las esconde. Así es como habrá de proceder la erradicación del no querer vulnerar la limitación arbitraria –e incluso su agravación por acción u omisión– judicialmente ordenada, como a su vez el no intentar la promoción de derechos fundamentales reservándose conservadoramente apenas para respeto, reconocimiento o restauración del núcleo de ellos. Aquí subyace la explicación del *statu quo* del mecanismo frente al crecimiento de su primo (lejos más joven), el amparo.

Lo anterior, constituye un pilar de donde salen más razones para actuar, a partir de las propias normas del sistema jurídico, que son las que definitivamente guían la actuación estatal (Nino, 2006, p. 24). Con ello, el modelo superior se vuelve más democrático –o se aleja millas náuticas del peor– en las fuerzas policiales, de seguridad

y también en la propia función judicial. En esta perspectiva, no menos importante, también controvierte lo privado, devolviéndolo como público y viceversa. Por último, lograr acuerdos básicos sobre lo antecedente, determinará también alcanzar los desacuerdos frente a la letra chica, o sea la constelación de desapercibidas o menospreciadas desventuras cotidianas a la libertad. La democracia, para seguir la ordenación, no cabe por la realidad social o por los comandos normativos o, dicho mejor, no interesa aquí sujeta en esas variables, sino por la participación y la determinación en los derechos fundamentales como máxima de la administración (Häberle, 1980, p. 130): la comunidad está por fuera de lo que sucede dentro de las estructuras y los hilos de conducción que no son privados (no digo que la competencia de las agencias incumpla con la que le autoriza la organización o sistema, punto sobre el que, no obstante, me permito dudar). Señalo que la función pública tiene muy poco de pública; en el cordón entre poder y autonomía, en el que sus órganos no tienen la publicidad republicana de los rostros visibles de los caracterológicos órganos constitucionales (Häberle, 1980, p. 130-131): contra el secreto también lucha el *Hábeas Corpus*, quitándole intimidad al abuso al divulgarlo para el foro republicano³⁰.

La cultura constitucional demanda permanentemente una mirada en relación o en contexto (Häberle, 2011, p. 122); también la hermenéutica para validar el derecho y su garantía, lo que sin proa a ese puerto, difícilmente nos autorice a evaluar con alguna satisfacción la eficacia en cuestión: la protección de la dignidad no debe ir contra los órganos del Estado, tampoco mirar a otro lado cuando son los últimos los que van a la carga de la primera; todo lo opuesto, hay que vincularlos (Häberle, 2007, p. 295) y el *Hábeas Corpus* se pone esa mochila en la espalda. En verdad, y por lo que se lleva dicho, no debería ser el único.

El balance deficitario. Una quita en la deuda

En líneas generales, cuando se considera la protección de personas privadas en su libertad, se pone atención en tres ángulos: i) la existencia de un mecanismo de cobertura o escudo contra el arresto, detención o cualquier otra sustracción; ii) la constatación de herramientas para reconocer o respetar el proceso legal debido que, de no serlo, podría violar ese derecho; y iii) las pautas para que, de no quedar alternativa, se observen unas reglas para el tratamiento de quienes perdieron el derecho por causa legal (Kälin, p. 440). Del enunciado,

ahora voy a hacer un inventario, no exhaustivo por cierto, de lo que podría ser objeto del *Hábeas Corpus* y está actualmente fuera de él. Esto cotiza en baja para el Estado social y democrático de Derecho, en presunción largamente alejado del totalitario, e invalida derechos como inexistentes que hacen de la ineficiencia por desinterés, la moneda en cuanto a la esencia, todo lo cual, culmina en una muy mala prensa en el relevamiento de la garantía.

En esencia, la privación arbitraria de la libertad individual, es decir, sin ninguna causa racional, para empezar prohíbe u obliga, a negar una prerrogativa cualquiera al agente estatal que quisiera, como si pudiera lo que no debiera, detener, arrestar, demorar, acompañar o cualquier otro verbo que obstaculice la autonomía de una persona. Esto va más lejos que la existencia jurídica del *Hábeas Corpus* contra quien no cometió ningún hecho punible bajo el *nomen iuris* de delito; es acerca de su inexistencia contra quien no ejecutó y aún contra el que sí, pero que presuntamente violó un marco de referencia que no admite medidas cautelares o del que cabe un control judicial –no administrativo– *ex post*, o sea que debe proceder sin más ante la desproporción y el abuso de restricciones por contravenciones y faltas. Mi punto de partida, es que si se presenta demasiado obvio que alguien, por uno o varios días, no pueda disponer de su vida según su propia razón para obrar (Machado, 2007, p. 46-47), no viene lo contrario con una, varias o muy largas horas. El Estado social y democrático de Derecho, que no puede y ello porque no debe suspender la garantía ni en las hipótesis en las que suicidamente puede auto concederse excepciones según la Ley Mayor de que se trate³¹, silenciosa o astutamente, tampoco debe ni puede darse recreos para jugar a ser autoritario³². Esto para comenzar y tallar sobre la primera problemática.

En segundo término, siempre a partir del sentido negativo del concepto y esencia de libertad, al día de hoy, están absolutamente excluidos en la Ley 23.098 de la garantía los jueces. Vale decir, los últimos (en la teoría, no hago en este lugar descripción de ninguna realidad)³³ no deben, pero pueden, sustraer ámbitos de sustancial libertad con arbitrariedad fáctica, normativa o mixta y la inexistencia del *Hábeas Corpus* a su respecto, no hace sino (con)validar la falta de protección efectiva hasta que un tribunal superior a aquellos acaricie semanas o meses más tarde al caído en desgracia, después del tremendo zumbido que la coacción del Estado social y democrático de Derecho le dejó en sus oídos.

Esta pretensión procesal, que comienza y culmina con el respeto y el reconocimiento de una base jurídica capital o elemental, es primordialmente –concebida como mínimo y a fecha cierta, hace 799 años así– un proceso urgente de tutela jurisdiccional, con doble fuerza normativa hoy, nacional e internacional. Todo lo anterior, torna insostenible la invulnerabilidad teórica de una decisión judicial incompatible con una mínima fundamentación, una verificable motivación o el resultado de una deliberada sustracción de ambos ingredientes.

Queda de manifiesto la insuficiencia y por consiguiente la necesidad de discutir en detalle la forma (pero ya no la materia): se trata del núcleo de la dimensión ii). El peso de la historicidad al que se le debe agregar la presunta potencia coactiva del derecho transnacional de los derechos humanos gravitan sobre este déficit (Machado, 2007, p. 52 nota 54). La única racional objeción contra esta deuda radica en el procedimiento, esto es para darse cuenta: su instrumentalización. Sin embargo, tal desacuerdo es periférico y no modifica la inocultable afectación del derecho ante una impotente garantía, por cuenta de la judicatura que la lesiona. Cualquier pánico por un abuso procesal a través del *Hábeas Corpus* –que paradójicamente atemoriza no al Estado totalitario sino al Social y democrático de Derecho– puede controlarse por una alternatividad entre el camino urgente (por la claridad esencial que irradia el caso³⁴) y la impugnación común –porque se tiñe de oscuro y saldría despedido, perdido– o con las costas, tal y como actualmente sucede, fuera de todo aluvión.

Como un desprendimiento de lo precedente, está la defensa colateral de la libertad al interior de la federación. Siempre en la propuesta teórica, puede (y ello aunque no deba), existir arbitrariedad en el proceso con la competencia de un juez de provincia. Agotada la organización judicial allí, la esencia del derecho visto ineficaz por la luz de una vela, obliga a la existencia de un mecanismo de revisión sobre lo allí decidido; punto que salpica el deber primario del Estado Federal de velar (todavía incluso en la distribución vertical del poder) por la libertad cual reflector en el marco del tratado regional de protección³⁵. También se podría y debería polemizar sobre conflictos satelitales, pero irremediamente se descubriría que no debe impedir el acuerdo fundamental de un fortalecimiento de una vía de tutela. Por cierto, que tanto aquí, como en la reflexión que le sirviera de anuncio (la segunda parte), el objeto no se contenta al desatender las constelaciones.

La actuación con la legalidad supra e infraconstitucional del Estado, que cumple por sus agentes con su obligación de restringir la libertad de quien no reconoció derechos básicos ajenos, o atentará contra su función de poder, no implica que deje a su suerte a condenados y acusados: tomar razón de la problemática.

En reflexión del tercer aspecto, asume una multiplicación de casos todavía mayor que los dos primeros. Vale reiterarlo, porque todas mis intuiciones me tienden a indicar lo contrario, acaso porque pienso que por una temprana actuación compatible con la esencia jurídica, se tiende a sostener la inexistencia de controles sobre aquella: en las limitaciones legitimadas del poder, la prolongación del encierro define el problema de la continuidad de la dignidad humana en el tiempo. Ello se traduce tan gráfico como en la diferenciación de la atención en la cima y en la indiferencia en la pendiente. Esta tentativa de cancelación parcial indica que al *Hábeas Corpus*, a la obvia preocupación por el derecho a la vida y a la salud en el irrefutable argumento de que la reglamentación del ejercicio no legaliza atentados contra ningún derecho³⁶, se le trepa la vigilancia del conflicto en lo que guarda al debido proceso de ejecución penal (o de lo que bajo una medida cautelar).

La convivencia penitenciaria está abierta a conflictos por la supervivencia con agentes estatales y con otros internos; la realidad la acerca bastante a un infierno terrenal pero en la posición judicial aquella es (casi) impenetrable por el *Hábeas Corpus*, de modo que las discusiones más delicadas –no digo con unanimidad; hay algunas excepciones– se presentan banales, incluso con la intimidad –mayor a la que cuenta en el haber estatal de la policía, o las fuerzas de seguridad– en la que se mueve el poder público dentro de sus muros. La falta de buena alimentación o la desatención médica, para ir a lo más gravitante, como dar con traslados que superan en trayectos suburbanos el tiempo en el que quien ha tenido posibilidad de volar una países³⁷, el señorío de facto sobre lo que se hace o lo que no³⁸, buena parte fuera de todo sustrato normativo ni que decir sobre su propia racionalidad³⁹, y sobre todo la desatención de la proporción en los mecanismos de prevención y resguardo ni que acotar sobre las sanciones disciplinarias, se concentran bajo la judicatura de quien depende la orden que pesa sobre la persona, en donde flota ambientalmente la sensación de que todos estos problemas son totalmente normales al Estado social y democrático de Derecho. Con la fuerza de la historicidad, un magistrado de la garantía deberá disentir y apreciarlos anormales.

La exposición del balance deficitario y entender que el *Hábeas Corpus* podría ser mayor contribuyente con el Estado social y democrático de Derecho apenas haría a una quita de su deuda. Debe mucho más (Machado, 2010, p. 643). Se recuerda que una notoria diferencia con un marco totalitario es que se le puede reclamar. Todavía.

Notas

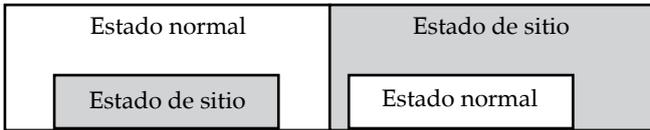
- ¹ Cfr. ECHR, “Brannigan and McBride v. UK”, app. 14.553/89-14.554/89, rta. 25/5/93, par. 41; CiDH (1987, octubre 8); House of Lords, UK, “A. (F.C.) and others (F.C.) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent), X. (F.C.) and another (F.C.) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)”, (2004), UKHL 56 leadin’ opinion by Lord Bingham of Cornhill; Schutter, O. (2010). *International Human Rights Law*. Cambridge: Cambridge U. Press, p. 541.
- ² Tengo en mi haber sin experticia alguna que puede resultar algo inexacto, y que en un punto de hecho lo es, la diferencia del paso del tiempo desde entonces a la actualidad. El sistema calendario de Inglaterra se mantuvo en el denominado juliano (en mérito a quien se ocupó de poner orden a la contabilización de la época, Julio César) hasta mucho después que en Europa continental se adoptara con prontitud el gregoriano impulsado por Gregorio XIII como Papa. (1582, octubre); lo que recién llegó a territorio insular hacia 1752. No parece que impactara en el nivel cultural inglés como para que se lo destacara; véase, Maurois, A. (2007). *Historia de Inglaterra*. (Trad. Morales, M. L.). Barcelona: Ariel, p. 38.
- ³ Blackstone, W. (2001). *Commentaries on the Laws of England*, ed. Wayne Morrison, vol. 1, Book 1, Chap. 1, 5.II. London: Routledge-Cavendish. Más tarde se consagró que nadie debía ser privado de su libertad sin el proceso legal debido (*due process of law*), merced al *Habeas Corpus Act*, de mayo 27 de 1679. Ambos son claros antecedentes de la tutela de la libertad en el sector de los derechos fundamentales; Kälín, W. y Künzli, J. (2010). *The Law of International Human Rights Protection*. Oxford: Oxford U. Press, p. 440.
- ⁴ Véase Faria Costa, J. (2005): *Hábeas corpus: ou análise de um longo e ininterrupto ‘diálogo’ entre o poder e a liberdade”*, en *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra: edit. Coimbra p. 44.
- ⁵ Para una síntesis, sobre el dogma objetivo, primacía de la ley, precisión y determinación por y en ella, sumado a la prohibición de analogía, el desarrollo de un concepto de delito material como atentado o puesta en peligro de un bien jurídico; y del dogma subjetivo, el obrar culpable,

Marinucci, G.-Dolcini, E. (2001). *Corso di Diritto Penale 1. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*; Milano: Giuffrè, p.15, 415 y 617.

- 6 Aquí es forzoso derivar en la dogmática jurídico-penal. La expresión que proviene de 1215, ha sido acondicionada por Franz von Liszt (1905), quien con su *“das Strafgesetzbuch ist die magna Charta des Verbrechers”*, quiso señalar la barrera a un desborde del poder estatal contra todo ser humano, a partir de la legalidad; *“Ueber den Einfluß der sociologischen und antropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts”*, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. II. Berlin: Guttentag, p. 80). Sin embargo, nada impidió la relativización al punto de destrucción, en leyes como las sancionadas (1933, febrero 28 y marzo 29) en donde, respectivamente, se adoptó la pena capital para el estrago doloso hacia adelante, primero, y más tarde se extendió la modificación hacia atrás, en segundo lugar, como para que Marinus van der Lubbe, imputado del incendio del Reichstag (1933, febrero 27) pudiera ser ejecutado bajo la pena a él escogida un día después del hecho. Para evitar repeticiones de episodios así, se adaptó la frase del profesor que fue de Marburgo y Berlín por *“magna Charta des Bürgers”*. Sin perjuicio de que von Liszt confiaba así en bloquear un criminal empleo político de la coacción *“-das Strafrecht ist ein unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik”-*, la sustitución del *nullum crimen sine lege* por *nullum crimen sine poena*, movilizó a una formulación con menor margen de evasión: ya no había que proteger delincuentes (¡por eso se quebraba la prohibición!), sino ciudadanos (von Liszt, Franz, p. 80); en la herida descubierta, la mención de Calvi por Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, (Liszt, F. (1984). Programa de Marburgo, en von Liszt, *La idea de fin en el derecho penal*, Valparaíso: Edeval, p. 13). Ahora, siempre en la tensión perpetua entre libertad y poder, resulta que el problema perdura: se separa ciudadanos de quienes no lo serían, dándose lugar a varios órdenes jurídico-penales. Por ello es que tampoco empleo, por equívocos, Derecho penal del ciudadano sino simplemente de la persona, aunque se pueda discutir normativamente su concepto y, entonces, sea probable encontrar a un ser humano a la que el derecho maltrate e incluso ignore; en contra de lo señalado, Polaino-Orts, M. (2006). *Derecho Penal del Enemigo*. Lima: Grijley, p. 75; a favor, Mantovani, F. (2008). *El Derecho penal del enemigo, el derecho penal del amigo, el enemigo del derecho penal y el amigo del derecho penal* (trad. Stipa, G.-Figueroa Navarro, C.), en García Valdés, C.-Cuerda Riezu, A.-Martínez Escamilla, M.-Alcácer Guirao, R.-Valle Mariscal de Gante, M. (coords.): *Estudios en Homenaje a Enrique Gimbernat*, T. I. Madrid: Edisofer, p. 431.
- 7 Radbruch, G. (1987). *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Heidelberg: C. F. Müller, con un especial análisis a la *Magna Charta* en el ámbito del Derecho penal, p. 141-142. El *dolo* estaría en la *excepción* a la regla garantista, por la que el Estado social y democrático de Derecho se

modifica, al suprimir un principio de expansión hacia más derechos y garantías, por otro de restricción, especialmente con reglas de privaciones injustificadas de libertad por quien no cuenta con ninguna autorización normal –el ejecutivo– para hacerlo. No hay ninguna norma capaz de controlar su futuro en un concierto ontológico con capacidad para mudar y convertir en regla, la excepción de hoy, y viceversa. En mi concepto, la hipótesis del art. 23 CN no difiere del caso del art. 36 CN, más que en un caso el constituyente originario se ha creído en la capacidad institucional del control del descontrol, o el reformador en que la judicatura pudiese hacer todo aquello que debiera según el art. 43 CN; en tanto al último se rinde ante la revolución pero espera contra-revolucionar al fin. O sea, todo se reduce a la virtud de la fe.

Figura 1.
Relaciones entre el estado normal y el estado de sitio



Es claro que el poder absoluto tiende al aniquilamiento por su propio objeto. Esto no mueve ni quita que otro bien o mejor legitimado en sus fundamentos por *imprudencia* se desvíe, y entonces, lo regular, se aborte al decantar por lo irregular, bajo formas espurias. Para eso también está, con enorme modestia, el *habeas corpus*; De Faria Costa, J. *Habeas corpus: ou a análise de um longo e ininterrupto `dialogo' entre o poder e a liberdade*. En *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos* (p. 53-54).

- ⁸ ECDH “*Brogan and others v. United Kingdom*”, app. 11209/84/11234/84/11266/84/11386/85, rta. 29/11/88, par. 32 y 58 cuando se ejerció control de convencionalidad respecto del Act de 1984, por el que sospechosos de terrorismo podían estar en custodia legal –art. 5.2 de esa legislación especial– y no tenían acceso a la tutela judicial efectiva por exclusión de los supuestos tratados por la legislación antiterrorista, lo cual resultó descalificado por cuanto era y es fundamental en una sociedad democrática: el art. 15.2 –emergencia– de la Convención no deroga el derecho a la vida, la prohibición de tortura, de esclavitud o servidumbre ni la *Magna Charta* en derecho penal, arts. 2, 3, 4.1 y 7; análogo, art. 27.2 CADH. Esto es necesario para comprender nuestros arts. 23 y 43 CN., aunque insuficiente para cuidar la libertad.
- ⁹ ECHR, “*Brannigan and McBride v. UK*”, app. 14.553/89-14.554/89, rta. 25/5/93, par. 63ss. en función del 48: racional y necesaria detención por siete (7) días de sospechosos de terrorismo.
- ¹⁰ ECDH, para marcos extraordinarios, “*Ireland v. UK*”, app. 5310/71, rta. 18/1/1978, par. 104; en lo ordinario, *in re “Aksoy v. Turkey”*, app.

21987/93, rta. 18/11/96, par. 76, 311, en donde el denunciante estuvo catorce días privado de su libertad y sin asistencia médica a instancias de fuerzas policiales; puesto que no se trata apenas de reparar violaciones –en lo que hace a las obligaciones primarias de los Estados– sino especialmente prevenir las, ECDH, *in re “Kaya v. Turkey”*, app. 22729/93, rta. 19/2/1998, par. 105.

- 11 Art. 13 en función de los arts. 10, 11 y 12 de la Ley 25.891 de telefonía móvil, de cuestionable idoneidad para reprimir hechos punibles.
- 12 Art. 189bis (2) del Código Penal, según la Ley 25.886, por la que se le da un perfil de persona a la punibilidad, más que a un hecho del que sea racional consecuencia. La crisis del tipo de autor termina en la inconstitucionalidad pero los magistrados judiciales se ven influenciados a individualizar penas más altas por la *ratio legis*.
- 13 Art. 13 del Código Penal, según la Ley 25.892, que modificó los espacios temporales para la libertad provisional para las penas indivisibles, y que incluso las vuelve interminables para el art. 14 en homicidio calificado para impunidad o para su éxito, violación y privación de libertad seguidas de muerte, latrocinio y secuestro seguido de muerte, de cuestionable idoneidad preventiva y de más objeciones para las características de una pena humana. Es muy complejo que este contexto, conjuntamente al de la Ley 25.928 por el que la pluralidad delictiva puede hallar una pena de hasta cincuenta (50) años, no vuelva más severa la coacción del orden jurídico-penal general, y la actuación de todas las funciones estatales ligadas a ella. Más preocupación bate la delgada línea entre libertad y punibilidad en la reciente redacción del art. 41quinquies del código sustantivo, Ley 26.734, que agrava cualquier delito con fin terrorista pero no se aplica ante el ejercicio de derechos fundamentales, ni que decir con el despliegue policial merced a contravenciones.
- 14 La realidad en la preocupación por la libertad impide aceptar la tranquilidad por la convivencia en un orden democrático. (De Faria, J. Habeas corpus ou análise de um longo e ininterrupto `diálogo` entre o poder e a liberdade, En *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*, p. 48.
- 15 Como contra a un adelanto de punibilidad o pérdida de ciudadanía, se procedió por vía del amparo (en rigor *habeas corpus* correctivo restituyente –para los que ya habían perdido una oportunidad– y preventivo –para los que podrían haberse visto impedidos–) a conminar al Estado a que facilite las condiciones para que personas no condenadas pudieran sufragar, Fallos: 325:524; o como contra el amontonamiento de detenidos en un Estado de la federación, Fallos: 328:1146, consid. 19º.
- 16 Porque es factible hallar datos que expliquen el delito en el orden democrático, desde una constelación de vectores. Para esto, Rock, P.

Sociological theories of crime, En Maguire, M. y R. Morgan (2007). *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford: Oxford U. Press, p. 8). Recuerdo que Pedro Abramovay, viceministro de justicia de Brasil bajo la presidencia de Lula señaló que el Estado para implementar un programa de seguridad debía hacerse cargo de una política social ausente por más de veinte años, y ello hace a un modo de control social; fuente: Clarín. (2009, octubre 25).

- ¹⁷ De lo contrario el idealismo, lejos de iluminar, colaboraría con estrellarnos, en la desconexión entre el mundo de las ideas y el físico, sin interés de aquél por la verdad en el mundo que se quiere conocer o que es desconocido; para vivir bajo una ignorancia culpable, a la que le molesta lo que pueda llegar a descubrir; véase Popper, K. (1985). *Realism and the Aim of Science*. London: Routledge, p. 81. Para la afirmación, de acuerdo, De Faria, J. Habeas Corpus ou análise de um longo e ininterrupto `diálogo` entre o poder e a liberdade”, en *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*, p. 51.
- ¹⁸ Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos* (trad. de Asis Roig, R.). Madrid: sistema, p. 39; también Ferreyra, R. G., *Enfoque sobre el mundo jurídico*, VI, y sus citas, disponible en el portal académico de la cátedra de derecho constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, a su cargo. Le estoy muy agradecido por los comentarios a la lectura del borrador de este trabajo.
- ¹⁹ CF La Plata, Sala III, Expte. 6021/III “Procuración Penitenciaria s/habeas corpus”, Juzgado Federal N° 1 de Lomas de Zamora, T. 78, R. 87, rta. 23/12/2010. Esto prosiguió en una estructura judicial más, luego que el juez federal ordenara más de un nutricionista en el establecimiento carcelario, y que regularizara la provisión de menús indicados por el profesional, cuestión revocada por el tribunal de apelaciones, pues no fue consentido por el agente penitenciario; ¿para qué habilitar un juicio de *habeas corpus* si se impedirá lo que de allí se ordene? Los jueces de casación señalaron pautas para que se cumpla con el derecho, pues la legislación no es la que plantea problemas –a pedir de este fragmento de mi reflexión–; CNCP Sala II, “Proc. Penitenciaria s/recurso de casación”, c. 13.788, reg. 18469, rta. 11/05/2011. Véase frente al caso lo establecido por el art. 5 de la CADH.
- ²⁰ CNCP, Sala III, “Mugnolo, Francisco s/recurso de casación”, c. 13.717, reg. 545/2011, rta. 4/05/2011. También, véase frente al caso lo establecido por el art. 5 de la CADH.
- ²¹ Cfr. J. Civil y Comercial N° 6, Resistencia-Chaco, “Gómez, Rubén Darío s/hábeas corpus”, rta. 26/11/2011.
- ²² Surge de la nota elevada (2010, octubre 6) a la Sra. Presidente del Tribunal Superior de Córdoba –Dra. María de las Mercedes Blanc G. de Arabel–,

suscrita casi por doscientos profesores, magistrados federales y de otros Estados de la República Argentina, abogados y otros profesionales universitarios, con varias organizaciones no gubernamentales, en la que se solicitaba poner en práctica la letra de la Ley Mayor, en la medida que los arrestos por faltas, registraba más de cincuenta y cinco mil (55.000) detenciones por agentes policiales (2009) en la provincia mediterránea. Sobre las privaciones de libertad al margen de orden judicial, bajo el lenguaje infraccional –no delictivo–, ha sido expresamente aclarado por el juzgado de San Carlos de Bariloche, respecto de la comisaría 12 de El Bolsón, expte. S-3-10-319, sec. III “Arrien, Francisco Aníbal s/hábeas corpus”, rta. 30/9/2010, a la par que clausuraba calabozos, inhabitables para un ser humano, que se extiende a otras en ese Estado de la federación; expte. 878-JE10-11 “Agente fiscal y defensores oficiales s/hábeas corpus”, juzgado penal de General Roca, rta. 24/05/2010.

- 23 Véase MDPlata, Tribunal Penal N° 1 “Perez Corrales, Daniel s/hábeas corpus”, c. 2705, rta. 19/05/2005.
- 24 Cfr. CF Rosario, Sala B, “Cabrera, Juan José s/hábeas corpus”, expte. 3933-P (expte. 1170/B, juzgado federal n° 3), rta. 23/12/2010.
- 25 Entre muchas más, como mera enunciación, ECHR *in re* “Öcalan v. Turkey”, app. 46221/99, rta. 12/5/05, par. 70 donde un detenido no podía estar aislado de asistencia legal, que su abogado no debía a su vez estar imposibilitado de actuar por las autoridades –policiales *ad casum*– y que ello debía desenvolverse normalmente, conforme el derecho del Estado parte; “Kafkaris v. Cyprus”, app. 21906/04, rta. 12/2/08, par. 96 donde se afirmó que la pena (o la coacción) no podía llevar más sufrimiento que el inherente a la restricción; o bien en “R.M.D. v. Switzerland”, app. 19800/92, rta. 26/9/97, par. 52 por el cual una organización federal debía garantizar –en cada miembro parte de ella– un medio de acceso al control judicial a cualquier privación de libertad.
- 26 Auschwitz no fue un campo de exterminio, sino varios: de ahí que se lo puede comprender como un complejo. Al que se hace referencia, y que usualmente se lo identifica como Auschwitz, supo tener un espacio aproximado en un tercio menor al pensado en los demás, por cada ser humano: por ejemplo, mientras una barraca original tendría quince por cuarenta y cinco (15x45 mts.), la nueva doce por treinta y seis (12x36 mts.), sin hablar del salto de los materiales de construcción. Incluso quien comandara en ese lugar, Rudolf Höss, lo explica por la pretensión que le hiciera Heinrich Himmler, *Reichsführer* del *Reich*: pasar a cien mil (100.000) prisioneros de diez mil (10.000); v. Höss, R. (2009). *Yo, comandante de Auschwitz* (trad. Fassio, J. E.), Barcelona: Ediciones B, p. 105.
- 27 ECHR, “Mayzit v. Russia”, app. 63378/00, (2005, enero 20) par. 38-40. En esta ocasión la Federación Rusa, que se halla comprometida bajo la Convención Europea de Derechos Humanos, resultó que tenía menos

de siete (7) metros por cada ser humano en prisión; tenía apenas dos (2). Al norte del cabo de Hornos, se detectaron problemas parecidos. En efecto, conflictos de similar falta de proporción espacial por persona, más problemas sanitarios y de seguridad de los más graves –en el déficit se contabilizaba también la falta de respuesta a los *hábeas corpus* contra el Estado–, guiaron el dictado de medidas cautelares por el tribunal regional contra un miembro de nuestra federación; CIDH, “*Caso de las Penitenciarías de Mendoza*” (solicitud de medidas provisionales presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Argentina), (2004, noviembre 22). Por otra parte, y a partir de un precedente como el citado, urge trabajar –en serio– para eliminar el filtro de la Comisión para acceder ante la Corte Interamericana –en lugar de ser funcional al cuerpo–, de modo que quienes resulten lesionados en sus derechos fundamentales, no dependan en absoluto de ella, ni de nadie. No siempre interpreta la Convención y en esos casos tampoco beneficia la defensa de la dignidad humana. Debería imitarse la modificación del ámbito europeo en la materia, que a través del Protocolo n. 11, desde el año 1998, deja al individuo como *ius standi*, con plena capacidad. Más, Trincade, A. (2001). *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, ed. Jurídica de Chile, Santiago, p. 319.

- ²⁸ Siempre he pensado que un buen ejemplo literario para dar una idea al problema de la indisponibilidad de la libertad frente a modelos estatales, derivaba de la opresión del nacional socialismo alemán en Berlín y la liberación a manos del ejército rojo. Cfr. Anónimo (2006). *Una mujer en Berlín* (trad. Seca, J.), Barcelona: Editorial Anagrama.
- ²⁹ Cfr. CIDH, “*Bayarri v. Argentina*” (2008, octubre 30) nota al pie 41. *Ad casum* de la averiguación por *Hábeas Corpus*, se llega hasta una solicitud de detención que no se concreta puesto que la persona ya había sido detenida, un día antes, por cuenta de un juez que, al final, no había dictado la orden en cuestión, todo lo cual impidió que la acción progresara. La persona privada de libertad fue sometida a torturas para confesar la autoría de un hecho punible, pues la jornada siguiente a su arresto, con noticia de la jurisdicción, se mantuvo su restricción pero no fue llevado prontamente ante el juez, lo que tendría lugar bastante después.
- ³⁰ Lo opuesto a la ignorancia culpable que las más de las veces se prefiere; ésta debe ser la perspectiva de la judicatura como control de la “cosa pública”; (Häberle, P. (1980). *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, Königstein: Athenäum, p. 16.
- ³¹ Véase la cita de nota 1.
- ³² Para este propósito se obstaculiza, al ya impedido en el ejercicio de su libertad, el acceso a asistencia legal. Al respecto, por ejemplo, ECDH *in re “Öcalan v. Turkey”*, app. 46221/1999, Z (2005, mayo12) par. 70 analíticamente, en tres pasos, se dijo que un detenido no podía estar aislado

de asistencia legal, que su abogado no debía a su vez estar imposibilitado de actuar por las autoridades –policiales *ad casum*– y que ello debía desenvolverse normalmente, conforme el derecho del Estado parte. Solo queda agregar, corrijo por reiterar, que no son pocas las condiciones que, a partir de injustificadas pérdidas de libertad, resultan causas a las que le siguen resultados de torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes que el Estado está obligado a prevenir, reparar y luego penalmente perseguir.

- ³³ Quien se interese por la teoría y la realidad conjuntamente, podrá acceder a la clasificación en burócratas, justicieros, psicópatas, etc., ampliamente en la primera de dos investigaciones de Nieto, A. (2005). *El desgobierno judicial*. Madrid: Trotta.
- ³⁴ ECHR, *in re "Chahal v. United Kingdom"*, app. 22.414/93 (1996, noviembre 15) par. 127 y las citas que allí se recogen.
- ³⁵ Art. 1 CADH y cons. Sobre la colateralidad, con detalle del marco federal norteamericano, véase Machado, P., Rivas, M., (2004). *Resquicio Constitucional y apertura a influencias externas e internas para un Habeas Corpus federal pleno*. En Rivas, A. –Director–, Machado Pelloni, F. –Coordinador, *Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires: Ad Hoc., p. 175.
- ³⁶ Cfr. ECHR, "*Kafkaris v. Cyprus*", Op. cit., par. 96. Doctrina de Fallos: 318:1894 consid. 9º, voto de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano: la prisión no despoja a la persona de dignidad.
- ³⁷ No me parece obvio, por lo que veo necesario describir que arribar a una audiencia por la mañana, implica ser levantado a la medianoche en algunos establecimientos, por lo que lo un traslado judicial difícilmente compatibilice con un tratamiento respetuoso de la dignidad humana.
- ³⁸ Quien quiera estudiar debe, a pesar de perseguir su propia educación (lo que se llevaría a gusto con aspectos propios de la necesidad de la sanción en sintonía con la prevención positiva), esforzarse para lograr dar con un derecho que no está recortado por la consecuencia punitiva; lo que es análogo a lo que sucede con quien quiera trabajar, lo que además multiplica más tarde sus problemas a la hora de su retribución por la labor, sea la totalidad de horas (que no se le quieren reconocer), o la de la remuneración (porque no se la quieren dar íntegramente), por citar algunos ejemplos.
- ³⁹ Quien persiga cumplir con todas las normas de seguridad podría encontrarse con situaciones absurdas pero por la naturaleza del resguardo, a pesar de ello, indiscutibles. Aunque cualquiera lo puede entender, de todos modos desde Fallos: 318:1894 se ha dicho que no es ni suficiente ni necesariamente así.

Referencias

- Alexy, R. (1997). *El concepto y la validez del derecho* (Trad. Seña, J. M.). Barcelona: Gedisa.
- Anónimo (2006). *Una mujer en Berlín* (trad. Seca, J.). Barcelona: Editorial Anagrama.
- Blackstone, W. (2001). *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, Cap. 1, 5. II. London: Routledge-Cavendish.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos* (Trad. De Asis Roig, R.). Madrid: Editorial Sistema.
- Dahrendorf, R. (1994). *Ley y orden "Law and order* (trad. Díez-Picazo, L. M.), Madrid: Civitas.
- De Schutter, O. (2010). *International Human Rights Law*. Cambridge: Cambridge U. Press.
- De Vergottini, G. La difficile convivenza fra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo. Gli ordinamenti nazionali, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVII, núm. 111, septiembre-diciembre 2004 (pp. 1185-1211).
- De Faria Costa, J. (2005). Habeas Corpus ou análisis de un longo e ininterrupto 'diálogo' entre o poder e a liberdade. En *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra editora.
- Ellscheid, G. (2004). *Strukturen naturrechtlichen Denkens, AA. VV.: Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. Heidelberg: C.F. Müller.
- Häberle, P. (1980). *Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Königstein/Ts: Athenäum.
- Häberle, P. (1980). *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft: Recht aus Rezensionen: Verfassungsgerichtsbarkeit als polit. Kraft: 2 Studien*. Königstein/Ts: Athenäum.
- Häberle, P. (2007). *El Estado constitucional* (trad. Fix Fierro, H), Buenos Aires: Astrea.
- Häberle, P. (2011). *Die Erinnerungskultur im Verfassungsstaat: "Denkmal"-Themen, Geschichtsorte, Museen, nationaler und universaler Kulturgüterschutz*. Berlín: Duncker & Humblot.
- Höss, R. (2009). *Yo, comandante de Auschwitz* (trad. Fassio, J. E.), Barcelona: S. A, Ediciones B.

- Kälin, W. y Künzli, J. (2009). *The Law of International Human Rights Protection*. Oxford: Oxford University Press.
- Kaufmann, A. (2011) Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, en Kaufmann/Hassemer/Neumann (Ed.). *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8. Auflage, (pp. 26-109). Heidelberg: C. F. Müller.
- Machado Pelloni, F. M. (2007). Hábeas Corpus: pasado, presente y futuro. Teoría y práctica. En *Estudios Constitucionales*. Año 5 N° 1 (pp. 31-58). Talca: U. de Talca-Chile.
- Machado, F. M. (2010). Hábeas corpus: pasado, presente y futuro. Teoría y práctica. En *Estudios Constitucionales*. "Hábeas corpus: derecho de derechos", Tratado de Derecho Procesal Constitucional. Comparado y Transnacional, T. I, Buenos Aires: La Ley.
- Machado, P., Rivas, M., (2004). Resquicio Constitucional y apertura a influencias externas e internas para un Habeas Corpus federal pleno. En Rivas, A. -Director-, Machado Pelloni, F. -Coordinador, *Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires: Ad Hoc.
- Maguire, M. Morgan, R. (2007). *The Oxford Handbook of Criminology*. 4 edition, Oxford: Oxford U. Press.
- Mantovani, F. (1984). *Il problema della criminalità, Compendio di scienze criminali*. Padova: Cedam.
- Mantovani, F. (2008). El Derecho penal del enemigo, el derecho penal del amigo, el enemigo del derecho penal y el amigo del derecho penal (trad. Stipa, G.-Figueroa Navarro, C.), en García Valdés, C.-Cuerda Riezu, A.-Martínez Escamilla, M.-Alcácer Guirao, R.-Valle Mariscal de Gante, M. (coords.): *Estudios en Homenaje a Enrique Gimbernat*, T. I. (2008). Madrid: Edisofer.
- Mantovani, F. (2008). *El derecho penal del enemigo, el derecho penal del amigo, el enemigo del derecho penal y el amigo del derecho penal*. (trad. Stipa, G.) En AAVV Estudios en homenaje a Enrique Gimbernat. Madrid: Edisofer.
- Maurois, A. (2007). Historia de Inglaterra (trad. Morales, M. L.). Barcelona: Ariel.
- Marinucci, G.-Dolcini, E. (2001). *Corso di Diritto Penale 1. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano: Giuffré.
- Nieto, A. (2005). *El desgobierno judicial*. Madrid: Trotta.
- Nino, C. S. (2006). *La validez del derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

- Polaino-Orts, M. (2006). *Derecho Penal del Enemigo*, Lima: Grijley.
- Popper, K. (1985). *Realism and the Aim of Science*. London: Routledge.
- Radbruch, G. (1987). *Einführung in die Rechtswissenschaft 1. Rechtsphilosophie*
I. Heidelberg: C. F. Müller Verlag.
- Trincade, A. (2001). *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago: ed. Jurídica de Chile.
- Von Liszt, F. (1984). *La idea de fin en el derecho penal*. Valparaiso: Edeval.
- Von Liszt, F. 1905) *Über den Einfluß der sociologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts*. En *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. II, Berlin: Guttentag.