

cumplen siempre el deber de expedirse. Que, en realidad, ha quedado derogado por desuetudo y que, allí donde no existe, no resulta necesaria su instauración. Es ése, verdaderamente, el futuro que quisiéramos para el amparo por mora”.

De los jóvenes que hoy cursan nuestras aulas dependerá en mucho el destino de la institución, como de tantas otras. Pero incumbe a cada uno de nosotros -especialmente los docentes del área de Derecho Público- que además del conocimiento, de la información completa que ha de suministrárseles acerca de la realidad para prepararles para el ya próximo ejercicio profesional, les transmitamos la necesidad de la búsqueda del mito y del respeto a la norma.

Si lo entienden, si lo asimilan, el futuro del amparo por mora bien puede ser el que soñara Creo Bay.

## HÁBEAS CORPUS Y LA CAUSA DE LA LIBERTAD

JORGE HORACIO GENTILE<sup>1</sup>

**Sumario:** Derecho romano. Derecho aragonés (1428) y en el fuero de Vizcaya (1527). Carta Magna de 1215. Habeas Corpus Adendment Act (28 de mayo de 1679). Constitución Norteamericana. Constitución Reformada en 1949 y Derogada en 1956. Constitución Nacional. Declaración Americana sobre Derechos Humanos. Convención de los Derechos del Niño. Ley 48. Código de Procedimiento Penal de la Nación (Ley 2372 de 1888). Ley 23.098. El hábeas corpus del Siglo XXI 1. Concepto. 2. Alcance. 3. Objeto. 4. Otros derechos protegidos. 5. Aborto. 6. Colectivo. 7. Características. 8. Diferencias entre el Hábeas Corpus y el Amparo. 9. Reglamentación. 10. Emergencias o estados de excepción. 11.1. Estado de sitio. 11.2. Estado de Guerra. 11.3. Ley Marcial.

La prehistoria y la historia legal del instituto del hábeas corpus, aunque más no sea en sus rasgos fundamentales, es importante tenerla en cuenta para valorar mejor su importancia, alcance y proyección ante los ultrajes a la libertad y analizar como puede utilizarse en la actualidad tanto en épocas y situaciones de normalidad como de excepcionalidad o emergencia.

### Derecho romano

En Roma había un interdicto “de homine libero exhibendo” para interponer ante el pretor al que se le pedía: Exhibe al hombre libre que

<sup>1</sup> Profesor Titular de Derecho Constitucional de las Universidades Nacional y Católica de Córdoba. Fue Diputado de la Nación.

retienes con “dolo malo”. Este interdicto se propone por causa defender la libertad, es para que ninguno retenga los hombres libres. (Digesto tit. XXIX, lib. XLIII, con comentario de Ulpiano).

### **Derecho aragonés (1428) y en el fuero de Vizcaya (1527)**

En el derecho aragonés y en el Fuero de Vizcaya había un juicio de manifestación ante el Justicia Mayor.

### **Carta Magna de 1215**

En Gran Bretaña es donde tiene origen este instituto y ya en la Carta Magna se decía: “39. Ningún hombre libre será aprehendido ni encarcelado ni despojado de sus bienes ni desterrado o de cualquier forma despojado de su buen nombre, ni nosotros iremos sobre él ni mandaremos ir sobre él, si no media juicio en legal forma efectuado por sus pares o conforme a la ley del país” [del reino].

### **Habeas Corpus Adendment Act (28 de mayo de 1679)**

En este documento es donde aparece el hábeas corpus cuando en su texto comienza diciendo: “I. Cuando una persona sea portadora de un *habeas corpus*, dirigido a un “*sheriff*”, carcelero o cualquier funcionario, a favor de un individuo puesto bajo su custodia, y dicho *habeas corpus* se presente ante tales funcionarios, o se les deje en la cárcel, quedan obligados a manifestar la causa de esa detención a los tres días de su presentación (...)”.

### **Constitución Norteamericana**

La Constitución de Filadelfia sólo se refiere al hábeas corpus, en forma tangencial, cuando expresa en el: Artículo 1: Sección IX, 2: “El privilegio del *habeas corpus* no suspenderá, salvo cuando la seguridad pública lo exija en los casos de rebelión o invasión.”

### **Constitución Reformada en 1949 y Derogada en 1956**

En esta frustrada modificación de la Carta Fundamental se agregó un dispositivo que expresaba: Artículo 29: “(...) Todo habitante podrá interponer por sí o por intermedio de sus parientes o amigos recurso de hábeas corpus ante la autoridad judicial competente, para que se investiguen la causa y el procedimiento de cualquier restricción o amenaza a la libertad de su persona. El tribunal hará comparecer al recurrente, y comprobada en forma sumaria la violación, hará cesar inmediatamente la restricción o la amenaza.(...)”.

### **Constitución Nacional**

Nuestra Ley Fundamental se refiere a este instituto y a los derechos que protege cuando declara en el:

Preámbulo: “(...) afianzar la justicia (...) y asegurar los beneficios de la libertad (...)”.

Artículo 18. “(...) Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente.(...)”.

Artículo 23: “En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspendas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino.”

Artículo 43: “(...) Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aún durante la vigencia del estado de sitio” (incorporado en la reforma de 1994).

### Declaración Americana sobre Derechos Humanos

En el Pacto de San José de Costa Rica ratificado en 1984, que tiene jerarquía constitucional desde 1994, hay algunas cláusulas que tiene que ver con la garantía del hábeas corpus como el:

Artículo 4. "1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.(...)"

#### Artículo 7. "Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona."

#### Artículo 27. "Suspensión de Garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean in-

compatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social".

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión".

### Convención de los Derechos del Niño

Esta Convención fue aprobada por el Congreso y ratificada con una reserva que es importante tener en cuenta en el análisis del hábeas corpus.

Artículo 1. "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad." La ley 23.849, aprobatoria de la Convención, en su artículo 2 expresa, respecto de este dispositivo, la siguiente reserva: "(...) la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todos ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad."

### Ley 48

Esta ley 48 de 1862 tenía una disposición que habilitaba el hábeas corpus que no mencionaba expresamente la Constitución de 1853 reformada en 1860 y que decía:



Artículo 20: "Cuando un individuo se halle detenido o preso por una autoridad nacional, o a disposición de una autoridad nacional, o so color de una orden emitida por una autoridad nacional; o cuando una autoridad provincial haya puesto preso a un miembro del Congreso, o cualquier otro individuo que en comisión del gobierno nacional, la Corte Suprema o los jueces de sección podrán a instancia del preso o de sus parientes, o amigos, investigar sobre el origen de la prisión, y en caso que esta haya sido ordenada por autoridad o persona que no este facultada por la ley, mandará poner al preso inmediatamente en libertad." (Derogado por ley 23.098).

### **Código de Procedimiento Penal de la Nación (Ley 2372 de 1888)**

Este Código regulaba el hábeas corpus en el título IV, sección II del libro Cuarto, que sintéticamente disponía que contra toda orden o procedimiento de un funcionario público tendiente a restringir sin derecho la libertad de una persona, procede el recurso de amparo de la libertad ante el juez competente. Igualmente cuando autoridad provincial lo haga contra miembros del Congreso o cualquier otro individuo que obre en comisión o como empleado del gobierno nacional. (derogado por ley 23.098).

### **Ley 23.098**

Luego de los atropellos a la libertad personal del gobierno militar era necesario regular el hábeas corpus por lo que se dictó la ley 23.098 de 1984 que regula el hábeas corpus, aunque en forma parcial, que en sus disposiciones más importantes expresa:

Artículo 3º. "Procedencia. Corresponderá el procedimiento de hábeas corpus cuando se denuncie un acto u omisión de autoridad pública que implique:

1. Limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente.
2. Agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso si lo hubiere."

Artículo 4º. "Estado de Sitio. Cuando sea limitada la libertad de una persona en virtud de la declaración prevista en el art. 23 de la Constitu-

ción Nacional, el procedimiento de hábeas corpus podrá tender a comprobar, en el caso concreto:

1. La legitimidad de la declaración del estado de sitio.
2. La correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio.
3. La agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad que en ningún caso podrá hacerse efectiva en establecimientos destinados a la ejecución de penas.
4. El efectivo ejercicio del derecho de opción previsto en el art. 23 de la Constitución Nacional."

### **El hábeas corpus del Siglo XXI**

1. **Concepto.** En el derecho anglosajón el *writ of habeas corpus* era un "auto de comparencia" que significaba el "traígase el cuerpo", que protegía fundamentalmente el *ius movendi et ambulandi*. En Argentina encuentra su fundamento constitucional en los artículos 18, 23 y 43 de nuestra Ley Fundamental, y está reglamentado, a nivel nacional por la ley 23.098, para los actos u omisiones de autoridad pública. Dicha ley no alcanza, salvo por aplicación analógica, a las restricciones a la libertad producidas por particulares (art. 2º) o la desaparición forzada de personas (art. 43 Const.). En algunas provincias las constituciones y los códigos o leyes respectivas regulan los alcances y procedimiento de dicha garantía.

2. **Alcance.** Se trata de un instituto que puede ser ejercido en diferentes casos contra actos, hecho u omisiones de particulares, del estado o de personas indeterminadas, por lo que es válido clasificarlo -como indica Néstor Pedro Sagües- en reparador; preventivo; restrictivo, secundario o accesorio; correctivo y por mora en la traslación.

3. **Objeto.** El mismo tiene por objeto tutelar el "derecho a la libertad y a la seguridad personal", las personas "detenida o retenida" o que se encuentren bajo "arresto o detención" (según el artículo 7 incisos 1, 5 y 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), la "li-

bertad individual” (art.1 ley 16.986), “la libertad ambulatoria” (art. 3º, inc. 1 de la ley 23.098); “libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas” (art. 43 de la Constitución, 7 de la Convención Americana sobre Derechos humanos y 3º inc. 2 ley 23.098); a quién “se halle detenido o preso” (art. 20 de la ley 48); o cuando “sea limitada la libertad de una persona” en virtud de la declaración del estado de sitio, para “comprobar, en el caso concreto: 1. La legitimidad de la declaración del estado de sitio. 2. La correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio. 3. La agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad que en ningún caso podrá hacerse efectiva en establecimientos destinados a la ejecución de penas. 4. El efectivo ejercicio del derecho de opción previsto en el art. 23 de la Constitución Nacional.” (art. 4 de la ley 23.098). También abarca el caso de los desaparecidos como lo ha reconocido la Corte Suprema en varios casos a partir de “Pérez de Smith, Ana M. y otros” de 21/12/1978.

**4. Otros derechos protegidos.** También garantiza otros derechos, que tienen que ver con el derecho a la libertad personal o física o deambulatorio de las personas como el de la vida, de la persona por nacer y la que ya nació; el de la dignidad de la persona humana; el de que la persona no sea torturada o vejada; que no sea indebidamente incomunicada; el de locomoción; el de entrar y salir del país; el de transitar; reunirse; enseñar y aprender; etcétera que sean abarcados o afectados en los derechos protegidos por el hábeas corpus, según lo señalado en el punto anterior. En nuestro proyecto de ley sobre Código de la Seguridad Personal extendíamos el alcance del hábeas corpus al caso de cuando la privación de la libertad exceda el plazo de la detención o la condena; o cuando el hecho que motiva la detención no esté tipificado o penado en la ley vigente (art.31).<sup>2</sup> También se protege las limitaciones de la libertad de aquel que está privado de su libertad, lo que no justifica que el régimen al que está

<sup>2</sup> GENTILE, Jorge Horacio “Tercera Rendición de Cuentas como Diputado de la Nación desde el 1º de setiembre de 1990 y el 10 de diciembre de 1991”, página 67, Imprenta del Congreso de la Nación, 1991.

cometido sea más severo que el que legalmente le corresponda, o que ello le impida ejercer el derecho a alimentarse e higienizarse debidamente, cuidar de su salud; estudiar; trabajar; comunicarse con sus familiares y abogados; profesor su culto; votar en las elecciones, cuando la ley lo autoriza; a no ser torturado o vejado; etcétera. Cuando se trate de arrestos o traslados ordenados invocando el Estado de sitio que se cumpla con lo que el artículo 23 de la Constitución establece, como bien indica el artículo 4 de la ley 23.093.

**5. Aborto.** En los últimos tiempos se han planteado casos judiciales donde se reclama la “interrupción del embarazo” o el aborto, en el que se pretende sustraer del seno materno a una persona por nacer, a la que para hacerlo hay que privarle, nada menos, que el derecho a la vida, que es algo más que el derecho a la libertad física. Esto atenta contra el artículo 4, 7 y 27 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos; y el artículo 1, y la reserva hecha por nuestro país sobre el mismo, de la Convención sobre los Derechos de Niño. Estamos convencidos que la garantía del hábeas corpus, esta acción popular que cualquier persona puede ejercitar, puede ser el remedio constitucional para que las, muchas veces indefensas, personas por nacer no sean sustraídas del seno materno y se les prive del derecho a vivir. Sin embargo, el Código Penal en el artículo 86, segundo párrafo, declara que “El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2. Si el embarazo proviene de una violación o un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.” Esta disposición, que no crea ninguna obligación o deber para los médicos, no impide que cualquier persona pueda interponer un hábeas corpus para evitar que la persona por nacer sea sustraída del seno materno y se le prive del derecho a su integridad física o sea de vivir. Cuando la madre no pueda o no quiera criar a la persona por nacer que se pretende abortar, el juez que declare procedente el hábeas corpus deberá proveer quien será la persona que se hará cargo de la misma cuando haya nacido.

**6. Colectivo.** La jurisprudencia ha admitido también el hábeas corpus colectivo en el caso "Verbistky, Horacio", respecto de la situación de los que se encuentran detenidos, habiendo reconocido legitimación activa a una asociación defensora de los derechos humanos Centro de Estudios Legales y Sociales, que lo interpuso.

**7. Características.** Según el artículo 43 de la Constitución el hábeas corpus es: a) una acción popular; b) expedita y rápida; c) ejercida contra hechos, actos u omisiones de autoridad pública o particulares; d) que abarca el hábeas corpus reparador, preventivo, restringido y correctivo; e) que alcanza a las personas desaparecidas y las limitaciones a la libertad durante el estado de sitio; f) y que permite al juez declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto o la omisión. El artículo 6 de la ley 23.098 admite que dicha declaración pueda hacerse de oficio en el caso concreto "cuando la limitación de la libertad se lleve a cabo por orden escrita de una autoridad que obra en virtud de un precepto legal contrario a la Constitución Nacional."

**8. Diferencias entre el Hábeas Corpus y el Amparo.** A diferencia de México, que desde antiguo consagró al amparo como garantía genérica protectora de todos los derechos personales -incluidos los abarcados por el hábeas corpus- (art. 107 de la Constitución mexicana), en Argentina existen ambos institutos que fueron incorporados en la Constitución en el artículo 43 en la reforma de 1994, llamándonos la atención que el hábeas corpus ha sido tratado en el cuarto párrafo de dicho artículo, después del amparo y del hábeas data; cuando los derechos protegidos por el hábeas corpus son de mayor jerarquía que los del amparo. Las diferencias entre ambos en la legislación Argentina son las siguientes:

a) La acción de amparo puede interponerla el afectado, y en los casos de derechos de incidencia colectiva también por el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a los fines del derecho reclamado; en cambio el hábeas corpus lo interpone el afectado o cualquiera en su favor.

b) Los procedimientos de amparo, a nivel federal, están regulados por distintas leyes según se interpongan contra actos y omisiones de autoridad pública, de particulares, que protejan derechos electorales, sindicales, impositivos, aduaneros, previsionales, o que se accione por mora de la

administración; en cambio el hábeas corpus se tramita por el procedimiento de la ley 23.098.

c) Los plazos en el procedimiento del hábeas corpus son más breves que en el amparo.

d) Los tribunales ante los que se los interponen y ante los que se recurren las decisiones que se toman en los mismos son distintos, según las respectivas reglamentaciones y competencias.

e) Los límites entre lo que protege el hábeas corpus y el amparo no son precisos y no hay disposiciones que prevean que deben disponer los jueces en caso que el objeto de la acción sea tutelado por ambas acciones, aunque por la jerarquía de los derechos garantizados y la celeridad del trámite debe prevalecer el hábeas corpus.

f) En el hábeas corpus, como hemos señalado antes, el juez puede declarar de oficio la inconstitucionalidad de la ley en que se funde la privación de la libertad (art. 6 de la Ley 23.098); en el amparo no está prevista por ley esta declaración de oficio.

g) En el hábeas corpus se debe dar participación al Ministerio Público, con facultades para recurrir (art. 21 de la ley 23.098); sin que haya razón que lo justifique, salvo en el caso en que dicho Ministerio sea el denunciante; en el amparo no.

h) En ambos casos intervienen los jueces federales de sección; pero en la Capital Federal, para el hábeas corpus, deben hacerlo sólo los jueces de primera instancia en lo criminal de instrucción y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (art. 9, 1 y 25 de la ley 23.098), lo que proyecté suprimir, sin éxito, cuando fui diputado de la Nación, porque no hay razón para asociar este instituto con la competencia de los tribunales penales, encargados de instruir las causas criminales o condenar a la privación de libertad a quienes delinquen.

i) La denuncia de hábeas corpus puede ser hecha por escrito u oralmente, en cualquier hora del día, y no requiere asistencia letrada; el amparo debe hacerse por escrito y con asistencia letrada, salvo en el amparo electoral.

j) El hábeas corpus contra actos, hechos u omisiones de particulares; o por desaparición forzada de persona no tienen reglado procedimiento; en el amparo hay un procedimiento especial cuando el causante de la restricción del derecho sean particulares.



**9. Reglamentación.** La regulación de los institutos del hábeas corpus y los amparos deberían estar regulados por un Código de la Seguridad Personal, como el que proyecté cuando fui diputado de la Nación, y que, más tarde y con modificaciones, se implantó luego en la provincia de Tucumán, por iniciativa del legislador Sergio Díaz Ricci, con el nombre de Código de Garantías Constitucionales. En nuestro proyecto de Código sistematizamos el procedimiento del hábeas corpus, del amparo, de los amparos especiales, del amparo colectivo, del control de constitucionalidad de oficio, por acción, por apelación ante la Corte Suprema<sup>3</sup>. Son antecedentes del mismo la Ley de Jurisdicción Constitucional, número 7.135 de 1989 de Costa Rica, y el Código de la República del Salvador. En Perú se ha dictado un Código Procesal Constitucional por ley N° 28.237 de 2004.

**10. Emergencias o estados de excepción.** La ley 23.098 y el artículo 43 de la Constitución, reformada en 1993, sólo prevé la del estado de sitio y no lo hace para otras emergencias como el estado de guerra o cuando se aplica la ley marcial, dispuesta muchas veces en nuestro país, aunque sea discutible su constitucionalidad.

**11.1. Estado de sitio.** No suspende el hábeas corpus como alguna doctrina sostenía antes de la ley 23.098 (art. 4°) y del artículo 43 de la Constitución. El arresto o el traslado de personas dispuesto por el Presidente invocando el artículo 23 de la Constitución pueden ser revisado judicialmente, contrariando alguna jurisprudencia que los consideraba cuestiones políticas no judiciales. Lo revisable por los jueces es:

a) **“La legitimidad de la declaración del estado de sitio”** (art. 4°, 1 de la Ley 23.098) que abarca: 1. La competencia del órgano que lo declaró; 2. La forma de la norma que lo dispuso, ya que no hay declaración tácita del estado de sitio (Decreto 2049/1985); 3. El plazo por el que se dispuso el estado de sitio; y 4. El lugar donde rige (según la Corte Suprema en el caso “Granada” del 3/12/1986), al que podríamos agregar el de la revisión de los hechos (según el caso “Barrionuevo” fallado en

<sup>3</sup> GENTILE, Jorge Horacio “Tercera Rendición de Cuentas como Diputado de la Nación desde el 1° de setiembre de 1990 y el 10 de diciembre de 1991”, página 61 y siguientes, Imprenta del Congreso de la Nación, 1991.

1989 por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Sala V). En nuestro proyecto de Código de la Seguridad Personal después de esta causal proponíamos la de “La subsistencia de las condiciones que dieron origen a la declaración del Estado de sitio” (art. 24 inc.2).

b) **“La correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio”** (art. 4°, 2 de la Ley 23.098) debe ser decidida por el Poder Ejecutivo, sin que necesariamente tenga que estar justificada en la comisión de un supuesto delito, falta o contravención, y debe ser controlada por los jueces, mediante el trámite del hábeas corpus, en su razonabilidad, no existiendo pautas reguladas por norma reglamentaria alguna para ello. El juez puede investigar y el afectado discutir y probar la medida restrictiva de su libertad, partiendo de la presunción de legitimidad de los actos del estado en lo que respecta a: 1. La identidad y nombre del detenido; 2. Su participación en los hechos en lo que se funda la decisión; 3. El plazo y modo de la privación de la libertad; 4. Si no se trata de una pena (art. 23 de la Constitución); 5. Si el derecho limitado es susceptible de serlo (art. 27 de la Declaración Americana sobre Derechos Humanos); 6. La proporcionalidad en la intensidad de la restricción del derecho personal afectado.

c) **“La agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad.**

d) **que en ningún caso podrá hacerse efectiva en establecimientos destinados a la ejecución de penas”** (art. 4°, 3 de la ley 23.098) con lo que se quiere evitar que el presidente aplique penas (art. 23 de la Const.) o apremios prohibidos (art. 18 de la Const.); se trata del hábeas corpus correctivo.

e) **“El efectivo ejercicio del derecho de opción previsto en la última parte del art. 23 de la Constitución nacional”** (art. 4°, 4 de la Ley 23.098) lo que implica controlar el caso de denegación de la opción o la demora del Poder Ejecutivo en resolver la solicitud (en nuestro proyecto de Código de la Seguridad Personal, art. 24 inc. 5, proponíamos el plazo de 72 horas desde que era solicitado). Caben las siguientes precisiones: 1. En caso de estar encausado depende que el juez de la causa autorice la salida del país. 2. El país en que eligió para residir (verbigracia: podría no aceptarse en un país vecino). 3. El reiterado ejercicio del derecho de opción. 4. No corresponde tipificar un delito por el regreso al país como hizo la ley de facto 21.449.

**11.2. Estado de Guerra.** Previsto en la Constitución en los arts. 75 incisos 25 al 29 y 99 incisos 12 a 15; declarado en nuestro país en 1865, en 1944 y producido sin declararlo en 1982, en Malvinas; no suspende la garantía del hábeas corpus, pudiendo aplicarse analógicamente lo dispuesto por el artículo 4º incisos 1, 2 y 3 de la ley 23.098.

**11.3. Ley Marcial.** Fue decidida en distintas oportunidades en nuestro país, sin que la Constitución expresamente la reconociera, sometiendo a los civiles a los tribunales militares. Dichos tribunales militares, de naturaleza administrativa, son inconstitucionales, ya que no integraban el Poder Judicial federal ni provincial, previstos por nuestra Ley Fundamental y contrarían lo dispuesto por el artículo 109 de nuestra Ley Fundamental que veda al presidente de la República, y a quienes de él dependan, de la función judicial. Cuando fui diputado proyecté la judicialización de los tribunales militares.<sup>4</sup> La ley marcial fue admitida a través de leyes y por la jurisprudencia de los tribunales tanto en Estados Unidos de América, en el célebre caso "Milligan", como en nuestro país, sin embargo el juzgamiento de los civiles por tribunales militares no encuentra fundamento en nuestra Carta Constitucional, por lo que la denuncia de hábeas corpus sería el remedio adecuado contra las limitaciones o privaciones a la libertad que se hicieran si alguna vez, esperemos que nunca, se intentara declarar y aplicar la ley marcial nuevamente, debiendo plantearse, en todos los casos, la inconstitucionalidad de las leyes que lo establezcan y la competencia de los tribunales militares que no pertenezcan al Poder Judicial.

En esta apretada síntesis hemos trazado un panorama acerca del importante papel que jugaría en el siglo XXI el hábeas corpus en situaciones normales y de excepción a favor de la eterna causa de la libertad de la persona humana.

<sup>4</sup> GENTILE, Jorge Horacio, Obra citada, página 125.

## LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: ¿REALIDAD O UTOPIA...?

CARLOS HUGO VALDEZ<sup>1</sup>

**Sumario:** 1. Derechos humanos. 2. Una ruptura con los antecedentes. 3. Los grandes trazos históricos de los Derechos Humanos. 4. La dicotomía "protección o utopía. 5. El otro rostro de la cuestión. 6. Apreciación final

### 1. Derechos humanos

El tema de los derechos humanos -con sus variedades semánticas: fundamentales, políticos, sociales, etc.- es uno de los contenidos sustantivos de nuestra concepción del hombre y de la sociedad. Se refleja en el sistema institucional y confiere al Estado su perfil desde el ángulo de la Ética y de la Filosofía Política. Tal es lo que confiere autenticidad al Estado de Derecho.

Al positivismo correspondió el mérito de la superación del mero esencialismo como condición decisiva de lo jurídico. Bajo la valiosa tradición del jusnaturalismo el *contenido* de la norma definía su juridicidad, de ahí que fue en pleno siglo XIX que se libró la batalla principal a fin de que alcanzara eficacia la "seguridad jurídica" o sea una de las conquistas principales de la cultura política y económica de la Modernidad. El reclamo de "precisión y previsibilidad" del Derecho requería que adoptara determinadas formalidades, entre ellas, la presentación escrita de lo que

<sup>1</sup> Profesor Titular de Derecho Constitucional Universidad Católica de Córdoba.