



DIEGO V. TEJERA (Hijo)

16 -

001181

EL HABEAS CORPUS

SEGUNDA EDICIÓN



MADRID
EDITORIAL REUS (S. A.)

Preciados, 1 y 6 - Apartado 12,250

1927



PRIMERA PARTE

ORIGEN DEL HABEAS CORPUS

Necesidad de una ley de garantía en Inglaterra

El pueblo inglés (y entiéndase que incluyo en la palabra pueblo, la nobleza) se ha caracterizado siempre por ser el menos propicio para soportar tiranías, y por llevar a sus instituciones desde los primeros momentos de su vida, principios que garantizaron las libertades de sus componentes.

Fué el primero que despertó contra el absolutismo monárquico, con actos de completa y noble rebelión y contra la disgregación social que trajo el feudalismo, que dió vida a la tenebrosa época de la Edad Media; su nobleza no fué como la nobleza de otros Reinos, que se complacía, a la par que oprimía al débil, en dejarse convertir en esclavo de un tiranuelo ignorante y caprichoso, que tomaba el nombre de Rey. Educado por Alfredo el Grande, después de haber expulsado en el año 871 a los dinamarqueses que habían invadido y dominado la Isla, desde tiempo anterior a su organización política, pone un valladar, desde sus primeros años, a la opresión, y así vemos trescientos años después arrancar, en el año 1100, a Enrique I, la famosa Carta de Libertades, cuerpo jurídico imperfecto, pero de gran valor en la historia del Derecho constitucional británico. Era la reacción producida por el despotismo absoluto del reinado anterior de su hermano, Enrique Guillermo II; y desde ese momento, ya iniciada la corriente de libertad, corriente que, cuantas veces se inicia, es imposible detener, vienen una serie de Cartas, obtenidas con luchas, unas, por per-

suasión, otras, y así, en el año de 1136, Esteban, Rey de Inglaterra, otorga su Carta sobre las Libertades del Reino y de la Iglesia, siguiéndole la promulgada por su hijo Enrique II Plantagenet el día de su coronación. Esta Carta era una confirmación exacta de la de Esteban, su padre; además, este Monarca, que fué uno de los que más se ocupó de cuestiones judiciales, no obstante esa Carta que voluntariamente otorgó, siguiendo las inclinaciones de su pueblo, restringió la jurisdicción eclesiástica con las Constituciones llamadas de Clarendon en 1164, que tuvieron, como es sabido, una vida efímera por el incidente del asesinato de Tomás Recket, Arzobispo de Cantorbery, en el altar, por hombres de la servidumbre del Rey. Después viene la primera Carta Magna, origen de las libertades inglesas, que refunde y amplía los principios ya obtenidos; fué otorgada por Juan Sin Tierra, en 1215, cuando por su cobardía y envilecimiento se vió perdido en el exterior, y con su pueblo, a cuyo frente estaban los barones, sublevados. Con esta ley fundamental, sufre Inglaterra un cambio radical en su Constitución política; pasa la Soberanía del Rey a manos de la nobleza, que se organiza en asamblea formando el Parlamento, el Parlamento inglés que tan célebre se ha hecho.

Esta Carta fué modificada tres veces por Enrique III, que le sucedió, en los años 1216, 1217 y 1225, y es la que se ha conservado definitivamente, a pesar de todas las vicisitudes por que ha pasado después el Trono de Inglaterra.

Para llegar a esta ley, muchas luchas y revoluciones tuvieron que sostener los ingleses; y para consolidar su Carta, y arraigar su Parlamento Bicameral, creando leyes que la robustecieran, tuvieron también que repetirlas, hasta que la revolución de Cronwell, en 1640, parece imprimirle ya caracteres definitivos a sus libertades, creando un ambiente, una conciencia nacional, que no podía en manera alguna retroceder, e iniciando lo que más tarde cristaliza en la Cámara Estrellada: el pase de la Soberanía, de la nobleza al pueblo, que se cimenta en la Cámara de los Comunes.

Pero ni la Carta Magna por sí, ni la República de Cronwell, ni las otras leyes concomitantes a ella, llenaban ciertos vacíos que hacían utópicos algunos de sus preceptos constitucionales. Los barones por residuos feudales, después de mermada su soberanía, seguían encerrando en cárceles privadas, como en la Edad medioeval, a los súbditos del Reino. El sistema de Tribunales ingleses,

por otro lado, que periódicamente se presentaban y se presentan aun hoy en algunos casos, en período de tiempo hasta de seis meses, para administrar justicia, hacían que los presuntos reos sufrieran prisiones preventivas muy largas, para la naturaleza de los delitos por ellos cometidos, siendo letra muerta en ese sentido la Carta Magna, con tanta sangre conquistada, y el principio de Derecho político que después se desarrolló en el Bill de Derecho, sobre la libertad individual que latía en aquel pueblo, tan digno de tal nombre.

Después de la reacción monárquica que vino a la caída del inepto hijo de Cronwell, cuando subía al trono el Rey galante, Carlos II, hijo del decapitado Carlos I, se hace al pueblo inglés más necesario garantizar sus conquistas de libertad, y hacer efectivos preceptos que no podían cumplirse, de leyes liberales. La época no era para menos. Aquel Rey frívolo y poco elevado, comienza su reinado por dictar el Bill de amnistía que había ofrecido a los republicanos, después de expulsar a los más significados; hace caer al Ministerio de Clarendon, que no era reaccionario, para formar el de la Cábala o de los Libertinos; se entrega en manos de Luis XIV llenando de cieno su corona, mediante una subvención; al paso que los placeres y orgías dominaban la nobleza. Esto produjo una reacción de oposición tenaz en el Parlamento; los medios exaltados se sucedían; pocos años habían pasado de la República y latían aún en el alma de la Nación los principios democráticos; la nueva hecatombe para los Reyes podía avecinarse, y era lógico que esto hiciera nacer temores fundados en Carlos II, provocando que éste, con la idea bastarda de arrastrarle a su partido, nombrara Jefe del Gabinete al inmortal republicano Shaftesbury.

El malestar reinante, la formación ya de los dos grandes partidos que aun hoy pululan (Thorys y Wighs), la historia desastrosa de sus Reyes y los abusos que el absolutismo y la nobleza habían cometido siempre, hicieron comprender al pueblo inglés que era necesario que los principios de la revolución de 1640 se consolidaran y fuera efectivo el pase de la Soberanía al Parlamento, y a ese fin, con oportunidad sublime, se dictan por el mencionado Parlamento, con la inspiración de Shaftesbury, una serie de actas, que restringían el poder monárquico, y entre ellas, y de las primeras, se promulgó el Habeas Corpus, en el año 1679.

Fué el Habeas Corpus una institución política que venía a lle-

nar necesidades del momento; que tenía por fin garantizar principios de Derecho político cuya estabilidad oscilaba, y fué una ley de la Constitución consuetudinaria inglesa; la tercera de sus piedras angulares.

He aquí su texto:

Acta para completar las libertades de los súbditos y evitar las deportaciones a Ultramar

Cuando una persona sea portadora de un Habeas Corpus dirigido a un *Sheriff*, carcelero o cualquiera otro funcionario en favor de un individuo puesto bajo su custodia, y dicho Habeas Corpus sea presentado a los susodichos funcionarios, o se les deje en la cárcel, quedan obligados a declarar la causa de su detención a los tres días de esta presentación (a no ser que la prisión sea motivada por traición o felonía expresada en el auto), y previa la oferta de pagar los gastos necesarios para conducir al prisionero, los cuales serán tasados por el Juez o Tribunal que haya expedido el Habeas Corpus a continuación del mandamiento (orden, intimidación, cédula), y no podrán exceder de doce denarios por cada milla, y después de haber sido dada por escrito la seguridad de pagar igualmente los gastos necesarios para presentar de nuevo al prisionero, si ha lugar, así como garantía de que éste no se escapará en el camino, y remitir dicha orden, y volver a presentar al individuo ante el Lord Canciller o los Jueces de donde emane el mandamiento, o ante el funcionario del orden judicial que haya de entender en la causa, al tenor del susodicho mandamiento. Este término de tres días es aplicable solamente al caso en que el punto de la prisión no diste más de 20 millas del Tribunal o lugares en que residan los Jueces. Si la distancia excede de 20 millas y no pasa de 100, el carcelero y demás empleados tendrán diez días de término, y si hay más de 100 millas veinte días.

Todos los mandamientos de Habeas Corpus contendrán las siguientes palabras: *per statuto tricesimo primo Caroli secundi Regis*, y llevarán la firma del que los expida. Si una persona es arrestada y detenida en tiempo de vacaciones por cualquier delito (exceptuando los de felonía y traición expresados en el auto), tendrá derecho por sí, o por otro en representación suya (a no ser que esté ya convicta o condenada), para dirigirse al Lord Canciller o a cualquier otro Juez o Magistrado, los cuales, vistas las copias de los autos de prisión, o previo el juramento de haber sido denegadas dichas copias, y procediendo una petición por escrito de la persona detenida o de cualquiera otra en su lugar, confirmada por dos testigos presentes en el acto de entregarla,

tiene la obligación de expedir un Habeas Corpus con el sello del Tribunal a que pertenezca uno de los Jueces y dirigido al funcionario encargado de la custodia del detenido. Este Habeas Corpus será remitido inmediatamente al Lord Canciller, Juez o Barón de los respectivos Tribunales; y una vez presentado el mandamiento, el funcionario o la persona a quien éste comisione presentarán nuevamente al preso ante el Lord Canciller, los demás Jueces o el designado por el susodicho mandamiento; y si este último se hallare ausente, ante cualquiera de ellos, volviendo a presentar en todo caso el ya mencionado mandamiento, dando a conocer las causas de la prisión o detención; cumplidas estas disposiciones, en el término de dos días el Lord Canciller o cualquiera otro Juez pondrá en libertad al preso, previa su identificación y recibiendo en garantía la suma que los Jueces consideren más conveniente, en atención a la calidad del preso o a la naturaleza del delito, para asegurarse de que comparecerá ante el Tribunal del Banco del Rey o del de Goal Delivery en el Condado o lugar de la prisión, o donde se hubiere cometido el delito, o ante el Tribunal que haya de entender de su conocimiento. El mandamiento y sus certificaciones, así como la identificación, se exhibirán ante el Tribunal donde se verifique la comparecencia. Estas disposiciones no son aplicables al caso en que conste a los Jueces que el preso se halla detenido en virtud de una acción legal que no permita la fianza, con arreglo a un mandamiento o auto firmado y sellado de puño y sello de los susodichos Jueces o de los simples Jueces de paz.

Si un individuo descuidara voluntariamente la petición del Habeas Corpus durante dos plazos completos, contados desde el día de su prisión, no podrá obtenerlo en tiempo de vacaciones.

Si un funcionario, o el que haga sus veces, descuida la obligación de responder al mandamiento de Habeas Corpus, o no vuelve a presentar al preso con arreglo al mandamiento, o se niega a poner en libertad al preso a petición de éste o de quien lo representa, o si no entrega en el término de seis horas copia del auto de prisión, pagará a la parte perjudicada 100 libras por la primera ofensa y 200 por la segunda, quedando inhabilitado para desempeñar su cargo; estas condenas serán requeridas por el querellante o sus apoderados contra el delincuente, en forma de acción personal, ante cualquiera de los Tribunales de Westminster. La primera condena a instancia de la parte perjudicada se considerará como prueba suficiente de la primera ofensa, y para la segunda bastará otra condena por cualquier otra ofensa inferida después del primer juicio.

Ninguna persona puesta en libertad en virtud de un Habeas Corpus puede ser aprisionada de nuevo por el mismo delito, a no ser por orden del Tribunal ante quien está obligada a comparecer, o de otro cualquiera competente. El que aprisione, o a sabiendas manda aprisionar por el mismo delito a una persona puesta en libertad por el modo mencionado, será condenada a pagar 500 libras a la parte perjudicada.

Si una persona reducida a prisión por delito de alta traición o felonía expresada en el auto, decreto o resolución, pidiera un pleno Tribunal, durante la primera semana del plazo, o el primer día en que se presenten los Comisarios al Tribunal o ante el Goal Delibery que se le forme causa, no podrá aplazarse su petición para los términos o sesiones próximas. Los Jueces del Banco Real, de la Comisión de Audiencia, o sus delegados, pondrán en libertad al preso, previa una petición del mismo y bajo fianza, antes de terminar la época de sus reuniones, a no ser que los Jueces afirmen, bajo juramento, que los testigos presentados en nombre del Rey no tienen tiempo para presentarse hasta entonces; pero si el preso no es procesado y juzgado a consecuencia de su petición antes de llegar el segundo término, será puesto en libertad.

Las disposiciones de la presente Acta no son aplicables a la libertad de las personas en las causas civiles.

El súbdito de este Reino que se halle puesto bajo la custodia de un funcionario por causa criminal, no podrá ser trasladado a la vigilancia de otro sino en virtud de un Habeas Corpus o cualquier otro mandamiento legal, o bien cuando el preso es entregado al Condestable o a otro funcionario inferior para conducirlo a la prisión, o cuando de orden del Juez competente es enviado a un establecimiento penal o trasladado de un punto a otro del mismo Condado para ser sometido a juicio, o en caso de incendio repentino, epidemia o circunstancias análogas; y los que firman o refrenden un auto o resolución en que se disponga una traslación contraria a todas estas reglas, así como el funcionario que la ejecute, incurrirá en las ya mencionadas multas a favor de la parte perjudicada.

Todo preso podrá obtener su Habeas Corpus, tanto del Canciller del Echiquier como del Banco del Rey o del Tribunal de Plaids Communs; y si el Lord Canciller o cualquier otro Juez o Barón del Echiquier, en vacaciones, vista la copia del auto de prisión, o previo el juramento de haber sido denegada esta copia se negare a exhibir el Habeas Corpus, será condenado a pagar 500 libras a la parte perjudicada.

Un Habeas Corpus ajustado a las disposiciones de la presente Acta, tendrá fuerza obligatoria en las tierras de un Conde palatino, en los cinco puertos y demás puntos privilegiados, así como en las islas de Jersey y Guernesey.

Ningún súbdito de este Reino, habitante en Inglaterra, el país de Gales o Berwick, podrá ser enviado como preso a Escocia, Irlanda, Jersey, Guernesey o cualquier otro punto más allá de los mares; toda prisión de esta especie será *ipso facto* declarada ilegal; y el que haya sido víctima de ella podrá entablar una acción de prisión ilegal ante los Tribunales de Su Majestad, o bien interponer un recurso contra los que hayan procedido a su detención, arresto, etc., o contra el que haya acordado escrito, firmado o refrendado un auto, decreto o cualquier

otra disposición para llevar a efecto tales actos y contra los que aquellos aconsejaren o consintieren.

En este caso, la parte perjudicada podrá exigir una cantidad triple del importe de las costas y gastos del juicio, con una indemnización de daño y perjuicio que no bajará de 500 libras. No se admitirán en dicha acción excepciones dilatorias, sin perjuicio de ejecutarse lo establecido en los Reglamentos de los Tribunales en los casos que haya lugar. El que escriba, selle o refrende un auto, infringiendo lo dispuesto en la presente Acta, así como el que desobedezca, quedará inhabilitado para desempeñar cargos de confianza o lucrativos, incurrirá en las penas señaladas en el estatuto de *præmunire* y no podrá ser indultado por el Rey a causa de tales delitos.

El beneficio de la presente Acta no aprovechará al que se comprometa por escrito con un negociante, propietario en las colonias u otro alguno, para ser trasladado a Ultramar.

Si un individuo convicto de felonía pide ser trasladado a Ultramar, y el Tribunal cree conveniente su prisión por la índole del delito, podrá accederse a la petición del interesado.

Si un individuo residente en este Reino cometiere un delito capital en Escocia, Irlanda o cualquier otra isla o colonia extranjera sometida al Rey, podrá ser trasladado a este país para que lo juzguen los Tribunales con arreglo a nuestras leyes.

Nadie será perseguido por infracción de la presente Acta sino en los dos años siguientes a dicha infracción, si la parte perjudicada se encuentra ya en libertad; y si continúa presa, en los dos años siguientes a su fallecimiento o a su salida de la prisión.

Cuando el *Tribunal de Assises* se presente en un Condado, nadie podrá ser trasladado de la cárcel pública en virtud de un Habeas Corpus, sino para ser juzgado por dicho Tribunal.

Terminadas las sesiones del *Tribunal de Assises*, no habrá lugar al Habeas Corpus, en virtud de la presente Acta.

Si se entabla una acción por haber infringido esta ley, los defensores de los demandados pueden alegar que sus clientes se han ajustado a la ley, sosteniendo que no son culpables (not guilty) o que nada deben al demandante.

Cuando un individuo sea reducido a prisión por un Juez de paz o cualquier otro funcionario, y acusado como cómplice de traición menos grave (petty treason), o de felonía, o simplemente sospechoso de cualquiera de estos delitos expresados en el auto de prisión, no podrá ser puesto en libertad bajo fianza, a tenor de lo dispuesto en el Acta presente.

Pero el Parlamento inglés no creó esta institución, que ha dado la vuelta al mundo civilizado y que ha impuesto sus principios en la organización política de los Estados modernos. ¡No! Allá, muy

lejos en el tiempo, en aquella tierra que llevó la idea del imperalismo al más alto grado de desarrollo, que escudriñó los campos del Derecho y los desarrolló de la manera más amplia y sorprendente, en Roma, que, como dice Von Ihering, en su inmortal obra *El espíritu del Derecho romano*, tres veces ha sometido a unidad a las naciones: «la primera, cuando el romano estaba aún en la pujanza de su poder, a la unidad del Estado; la segunda, ya decadente, a la unidad de la Iglesia; la tercera, por virtud de la aceptación del Derecho civil en la Edad Media, a la unidad del Derecho. La primera vez por la fuerza de sus armas; la segunda y la tercera, por la fuerza de la idea». Allí, en aquella nación que nos legó tanto bien, aun en sus primeros tiempos existía un interdicto, que denominaron de *homine libero exhibendo*, que se daba a todo hombre libre, púbero o impúbero, varón o hembra, uno o muchos, estuviera o no sujeto a ajena potestad (párrafo 1.º, ley 3.ª, título XXIX del libro XLIII del Digesto), y que tenía por misión ordenar a quien tuviera ilegalmente (con dolo malo) detenido a otro, que lo exhibiera al Pretor, que presentara su cuerpo; y de allí el nombre que toma el mandamiento cuando mil y tantos años después se desarrolla en Inglaterra. En este país fué más amplio que en Roma; se hizo extensivo a las prisiones acordadas por funcionarios públicos, aunque obraran en el cumplimiento de sus deberes. En la ciudad Imperio no se daba sino cuando la retención era causada con *dolo malo*, y si se exigía este requisito, era indiscutible que no podía darse contra aquéllos que en cumplimiento de un deber o de leyes la efectuaran; era necesario el dolo y entonces no había distinción, aunque sus autores, si no tenían razón ni fundamento para el acto y su detención era arbitraria, respondieran de la sanción del *prevaricato*. Este fué el espíritu del interdicto, y se hizo tan amplio que no se daba contra el Pater Familia, ni contra otros que tuviesen potestad sobre el detenido, cuando la detención provenía de un acto realizado por él. Así el párrafo 2.º de la ley 3.ª citada, decía: «el que tiene a otro bajo su potestad no se obliga por este interdicto»; porque no parece «que comete *dolo malo* el que usa de su derecho».

Es fácil comprender el fundamento que tenía Roma para dar el interdicto sólo en este caso. El pueblo romano era esencialmente individualista y existía en él muy desarrollada la esclavitud. La ingerencia del Estado en ciertos asuntos no era concebida por ellos,

que llenaban de poder y facultades a entidades privadas, como, por ejemplo, la del Pater Familia; pero según se fueron democratizando las naciones formadas con sus despojos, después de la destrucción por los bárbaros del Imperio de Occidente, la ingerencia del Estado iba siendo mayor y el absolutismo de las entidades particulares, al abolirse el feudalismo, disminuía, porque la libertad y la democracia bien entendidas conducen necesariamente al régimen opuesto, al individualismo; al régimen que se ha llamado socialista de cátedra, donde la esfera de acción del Estado se amplía considerablemente, abatiendo los poderes absolutos de las instituciones privadas.

En Roma la necesidad sólo estribaba en reprimir y evitar las detenciones privadas de los señores cuando éstas eran realizadas por actos arbitrarios y contra personas que no eran de su familia (entendiéndose esta palabra en el sentido de la antigua Roma) o de su servidumbre esclava. En Inglaterra no sólo se tenía que reprimir la prisión de los barones, sino las preventivas inmensas, aunque fueren legalmente acordadas, y las arbitrariedades de los funcionarios de la Corona, pues más pavoroso eran para ello la venalidad y las amenazas de la Torre de Londres que las prisiones particulares que, como en Roma, se efectuaban también en su nación. Las necesidades eran otras y no había esclavitud; ya tomada la idea y la bondad de la institución romana, ampliarla a todos los habitantes y casos y adaptarla a sus conveniencias, era fácil.

De aquí tomó el Parlamento inglés la idea inicial de su Habeas Corpus, el interdicto era su precedente histórico y estaba en el Digesto. Si otros pueblos que lo veían y tomaban el Derecho civil no lo reproducían, era porque la evolución del germen de la libertad no había comenzado para ellos, como vivía ya para el inglés. Con esta institución en su forma y desarrollada con sus principios democráticos hicieron dar un enorme paso de avance al Derecho político y regaron a puñados semillas de libertad que fructificaron con lozana exuberancia más tarde.

Como curiosidad histórica veamos el texto del interdicto,

Título XXIX del libro XLIII del Digesto De «homine libero exhibendo»

Ley 1.^a Dice el Pretor: Exhibe al hombre libre que retienes con *dolo malo*.

Este interdicto se propone por causa de defender la libertad: esto es, para que ninguno retenga los hombres libres.

Ley 2.^a No se diferencian mucho de los siervos, aquellos a quienes no se les permite la libertad de ir por donde quieran.

Ley 3.^a A lo que también miró, la ley Favia; este interdicto no impidió la ejecución de la ley Favia; porque también se podrá pedir por él y esto no obstante proponer la acusación de la ley Favia; al contrario, el que pide por la ley Favia, esto no obstante, podrá también usar de ese interdicto, especialmente pudiendo uno usar del interdicto, y otro de la acción de la Ley Favia.

Párrafo 1.^o Estas palabras: *Quem Liberum*, se refieren a todo hombre libre, púbero o impúbero, varón o hembra, uno o muchos, que esté o no sujeto a ajena potestad; porque sólo miramos si es libre.

Párrafo 2.^o El que tiene a otro en su potestad no se obliga por este interdicto, porque no parece que comete *dolo malo* el que usa de su derecho.

Párrafo 3.^o Si alguno retiene en su poder al que compró a los enemigos, no se obliga por este interdicto. Pero si le dió libertad sin recibir su importe, se ha de decir que tiene lugar el interdicto, si después que le dió la libertad lo quería retener.

Párrafo 4.^o Si alguno retuviere al hijo que no está en su potestad, las más veces parecerá que lo hace sin *dolo malo*, a no ser que el dolo sea evidente. Por lo cual, si alguno retuviese a su liberto o alumno o al que se dió en satisfacción del daño, que aún era impúbero, se ha de decir lo mismo. Generalmente al que tiene justa causa para retener en su poder al hombre libre no parece que lo hace con *dolo malo*.

Párrafo 5.^o Si alguno retiene al que quiere ser retenido, no parece que comete dolo. ¿Pero qué diremos del que retiene al que quiere ser retenido, porque es seducido o solicitado con falacia y engaño, y no hace esto con buena y probable razón? Se dirá, justamente, que lo retiene con *dolo malo*.

Párrafo 6.^o El que ignora que tiene en su poder al hombre libre, carece de *dolo malo*; pero luego que lo sabe no carece.

Párrafo 7.^o Pero si duda si es libre o siervo o pende controversia sobre su estado, se ha de apartar de este interdicto, y tratar de la causa de su libertad; porque se determina con razón que tenga lugar este interdicto siempre que sabe de cierto que uno es libre. Pero si contro-

virtiese sobre su estado, no conviene que se perjudique al conocimiento de otro juicio.

Párrafo 8.º Dice el Pretor: Exhibas: Exhibir es sacado al público, y permitir que se vea y se toque al hombre. Exhibir es propiamente manifestar lo que está oculto.

Párrafo 9.º Este interdicto compete a todos, porque a ninguno se le ha de impedir que favorezca la libertad.

Párrafo 10. Pero las personas sospechosas han de ser reconocidas con conocimiento de causa, así acaso la persona fuere tal que proceda por causa de calumnia, o se teme colusión.

Párrafo 11. Mas si quiere usar este interdicto la mujer o el pupilo, solicitado por el ascendiente o pariente, por consanguinidad o afinidad, se ha de decir que se les ha de dar; porque pueden acusar en juicio público vindicando sus injurias y las de los suyos.

Párrafo 12. Pero si hubiese muchos que quieran al que tiene mayor interés o al que es más idóneo, es mejor elegir el que lo es por la dignidad, parentesco o buena fe.

Párrafo 13. Si después que se pidió por este interdicto, quisiese otro pedir por él, es claro que no se le ha de permitir fácilmente, a no ser que pueda decir que el que pidió antes no lo hizo como debía. Por lo cual se permitirá segunda vez el uso de este interdicto, con conocimiento de causa, pues si en los juicios públicos se permite decir segunda vez; a no ser que el acusador primero haya sido condenado por prevaricador. Pero si el reo que fué condenado quiere más pagar el importe del pleito que exhibir al hombre, no es injusto que se pida muchas veces por este interdicto, o al mismo sin excepción o a otro.

Párrafo 14. Escribe Labeon: «que se ha de dar este interdicto contra el ausente y si no se defendiese se ha de proceder contra sus bienes».

Párrafo 15. Este interdicto es perpetuo.

Ley 4.ª Si alguno retuviese al hombre libre ignorando su estado, si lo retuviese con *dolo malo*, se le precisará a que lo exhiba.

Párrafo 1.º También dice Frehacio que no se obliga al que compra al hombre libre con buena fe y lo retiene.

Párrafo 2.º El hombre libre no se debe retener en tiempo alguno con *dolo malo*; en tanto grado, que juzgan algunos que no se les ha de dar para lo que lo exhiban en un breve tiempo, en pena del que han dejado pasar.

Párrafo 3.º Al acreedor le compete interdicto para que lo exhiba el deudor, ni está obligado a exhibirlo el deudor que se oculta, porque se publican sus bienes, por edicto del Pretor (1).

(1) (Tomado de Ignacio Villarte. *El juicio de Amparo y el Writ de Habeas Corpus*, editado en Méjico en 1881, pág. 427. Traducción del interdicto por el Licenciado D. B. A. Rodríguez de Fonseca en su *Digesto teórico práctico*.)

Desgraciadamente no basta en este mundo tener una bella idea, ni hacer un útil descubrimiento, ni altivo hacer un gesto de libertad, es necesario vulgarizarlo, tener la suerte, pudiéramos decir, de darlo a conocer; así Lamark descubrió la Teoría del Transformismo y Darwing con su libro sobre la selección que la aceptaba, es para el mundo el que arrancó a la naturaleza su secreto. Los Estados Unidos hicieron su heroica declaración de derechos del hombre y Francia que la hace después, es la que posee toda la gloria de esa transcendental conquista de la humanidad; y así Inglaterra es la que ante el mundo llevará el título de haber sido el pueblo, desde remotos tiempos, más libre de la tierra y se olvida un pequeño rincón de este planeta avasallado hoy por el clero y la opresión que con anterioridad a la conquista obtenida por el Inglés con el Habeas Corpus, tenía garantizadas sus libertades por leyes admirables y análogas a la que nos ocupa; me refiero al pequeño y olvidado Reino de Aragón.

Sí; no quedaría completa esta breve y sucinta relación histórica, si no dedicáramos un instante a ese pueblo, en su vida de siglos pasados.

Fué Aragón uno de los Reinos de la península Ibérica; y desde sus más remotos tiempos aparece pactando la tolerancia de un Monarca a cambio del respeto por parte de éste y su gente, de sus fueros y derechos. Dos años después del advenimiento al Trono de Don Alonso III a causa de desavenencias graves, que amenazaban al Rey habidas con la Unión Confederada, en 28 de Diciembre de 1287 sancionó el Privilegio I de Aragón que entre otras cosas, dice:

«Que nos ni los nuestros successors que en el dito regno de Aragón por tiempo regnaran, ni otri por mandamiento nuestro, matemos ni estememos, ni matar ni estemar mandemos ni fagamos, ni preso o presos sobre fianza de dreyto detengamos ni detener fagamos, agora ni en algún tiempo alguno o algunos de vos sobreditos ricos omes, mesnaderos, cavalleros, infanzons, procuradores e universitat de la dita ciudad de Zaragoza, así clerigos como legos, presentes e avenireros; ni encara alguno o algunos de los otros ricos omes, mesnaderos, cavalleros, infanzons del regno de Aragón, del regno de Valencia, e de Ribagorza, ni de sus successors, sines de sentencia dada por la justicia de Aragón dentro en la ciudad de Zaragoza, con conseylllo e atorgamiento de la cort de Aragón o de la mayor partida clamada e ajustada en la

dita ciudad de Zaragoza.—Item, damos e otorgamos a los omnes de las otras ciudades villas e villeros, e logares de los ditos regnos de Aragón e de Ribagorza, e a sus successores, que non sian muertos, ni estemados, ni detenidos sobre fianza de dreyto sinés sentencia dada por los justicias de aquellos logares por que deban ser jutgados segunt fuero si doncas no será ladrón o ropador manifiesto qui será trobado con furto e con roparia, o traidor manifiesto. Si por aventura algún justicia o official contra aquesto fará, sia del feyta justicia corporal. Et a observar, tener, complir, seguir et fer observar, tener, cumplir, seguir el dito privilegio et todos los sobreditos capitoles o articlos et cada uno de ellos, et todas las cosas, et cada en ellos et cada uno dellos et non contravenir por nos ni por otri en todo o en partida agora, ni en algún tiempo. Obligamos et metemos en tenienza, et en Rehens a vos, et los vuestros successores aqueestos castiellos que se siguen. Es a saber, el Castiello de Moncluso. Item el Castiello de Boleya. Item el Castiello dito de Uncastiello. Item el Castiello de Sos. Item el Castiello de Malon. Item el Castiello de Fariza. Item el Castiello de Berdeyo. Item el Castiello de Somet. Item el Castiello de Boria. Item el Castiello de Rueda. Item el Castiello de Darocha. Item el Castiello de Huesa. Item el Castiello de Morieylla. Item el Castiello de Uxon. Item el Castiello de Exativa. Item el Castiello de Biar. Sus tal condición, que si nos o los nuestros successores que por tiempo regnarán en Aragón faremos o venrremos en todo, o en partida contra el dito privilegio o contra los capitoles o articlos sobreditos et las cosas en ellos o en alguno dellos contenidas».

Más tarde, en las Cortes que se celebraban en Zaragoza en el año de 1381, por excepción, porque todas las Cortes del Reino por aquellos días se reunían en Monzón, al igual que Inglaterra años después, se buscaron preceptos que garantizaran los principios que se habían obtenido por el Privilegio I y otras leyes, que todos los Reyes trataban de burlar, y se promulgó un fuero que lamentablemente fué derogado el 26 de Septiembre de 1835, casi quinientos años después, que aseguraba a sus legítimos poseedores en la posesión de sus bienes, no permitiendo las perturbaciones en ella por parte de nadie; y se formó uno de los cuatro Juicios forales de Aragón, que por la denominación que se daba también al mandamiento que otorgaba para proteger la posesión, tomó el nombre de Firma. En esas mismas Cortes memorables se promulgó un fuero, que también se encuentra hoy derogado, que daba el derecho de *firma de derecho* al que fuese acusado ante un Juez de cualquier crimen y quisiese utilizarlo, prescribiendo que si el acusador deseaba privarle

de este beneficio, expondría verbalmente al Juez las razones que tenía contra la *firma de derecho*, y si nada alegaba o sus razones eran despreciables, el Juez debía admitir la firma; pero si las razones, por el contrario, eran poderosas o fuertes, concedía al acusador dos días para alegarlas por escrito y probarlas con documentos públicos; que si transcurridos los dos días no se hacía la alegación, el Juez admitía en el acto la *firma de derecho* y condenaba en gasto y perjuicios al acusador; pero si, por el contrario, presentaba por escrito la alegación y la prueba contra la firma, el Juez fallaba dentro de cinco días si el derecho de firma o la *firma de derecho* debía admitirse. Aquí aparece por primera vez esta institución con el doble carácter de civil y criminal; sus precedentes romanos venían separados y sin unidad de tiempo; así podemos decir que esta institución no es precedente histórico del Habeas Corpus inglés por haber nacido los dos, sin relaciones inmediatas ni mediatas entre sí, de la misma fuente, tenemos que afirmar que sí es precedente de la ley de Amparo mexicana, que es todavía más amplia y que de paso veremos más adelante. Después del interdicto de *homine libero exhibendo* y de los interdictos *adipiscendi possessionis*, *recuperandi possessionis*, *retinendi possessionis*, *de aqua quotidiana et estiva*, *de cloasis de fonte reficiendo* y otros, no viene en ninguna ley nada tan general como el Fuero de Aragón que hemos apuntado, hasta el Amparo mexicano, que también contiene los aspectos criminal y civil refundidos en una sola ley.

Inglaterra continuó su evolución política; a la par que progresaban sus ideas de libertad, se engrandecía como nación, y adquiría un poderío tan vasto y grande como el de la antigua Roma; pero con la diferencia que, según crecía el Imperio romano, decrecía la libertad y los vicios de la oligarquía la hicieron fenecer, mientras que en la Gran Bretaña, a la par que su Imperio se desenvuelve, se agranda la esfera de acción de su democracia y su dominio se consolida.

El pobre Reino de Aragón, teniendo un pueblo más ignorante y sumiso, sufrió otra suerte. Pedro IV, denominado *el Ceremonioso*, da el primer golpe de muerte a sus libertades aboliendo el derecho de los señores a empuñar las armas contra el Rey, es decir, quitando la sanción a la violación de los fueros por parte del Monarca; hasta que años después, al subir al trono Fer-

nando y unir su Reino con el de Castilla al casarse con Isabel, recibe una corriente nueva e imperan poco a poco los hábitos civiles y religiosos de este último Reino, hasta convertir en los actuales *baturros* a un pueblo que nació para más grandes cosas.



SEGUNDA PARTE

EL HABEAS CORPUS EN CUBA

Ya hemos visto a grandes rasgos el origen de esta gran institución; ya hemos visto con la valentía que renace, para limitar el poder absoluto de los Reyes y señores, en momentos en que el mundo entero gemía bajo el despotismo de los Monarcas, cuya autoridad, a excepción de Inglaterra y Aragón, nadie osaba discutir; ya la hemos visto crecer e imponerse en un medio hostil para garantizar los derechos individuales de los hombres; ya la hemos visto llevar la tranquilidad y la seguridad a los hogares ingleses en la Edad Moderna, y elevarse hasta convertirse en parte de la Constitución de una de las naciones más libres de la tierra; ahora, también a vuela pluma, veamos cómo nace en Cuba, qué misión nos trae y qué cosa viene a garantizar.

El 15 de Octubre de 1900, cuando ya estaba convocada la Convención Constituyente, después de haber transcurrido un año y diez meses de la ocupación militar americana, y de haberse desenvuelto ésta sin tropiezos, se promulga en nuestra isla y sus cayos, territorio del pueblo cubano, que ya se organizaba para convertirse en Estado, la Orden Militar 427 de la serie de 1900, que regula lo relativo al mandamiento de Habeas Corpus, y que no debía regir, según el art. XXXII, modificado por la Orden 478 de 1900, hasta el 20 de Diciembre del mismo año, esto es, un año y once meses largos, después del glorioso día para Cuba (1.º de Enero de 1899) en que se arriaba para siempre la bandera que simbolizaba la esclavitud cubana.

En el período de esta última fecha y la de la vigencia del Habeas Corpus, no se registra en Cuba ninguna prisión arbitraria, como las que llevaban a cabo los dómines romanos y los barones ingleses; la

libertad provisional de los procesados se encontraba perfectamente garantizada por la legislación de entonces; y el sistema de los Tribunales de Cuba, basado en la jurisdicción territorial, e igual al de ahora, daba la prontitud necesaria a la instrucción de los procesos y la facilidad para cumplir y aplicar los derechos individuales que después garantizó la Constitución.

Los principios obtenidos por los ingleses en el Habeas Corpus y el Bill de Derechos de 1689, son los mismos de la declaración de Derechos del Congreso de Filadelfia de 1774, los mismos de la declaración de los derechos del hombre de la Asamblea Legislativa Francesa de 1789, y los mismos llevados por las armas victoriosas de Napoleón *el Grande* a toda Europa y que se encuentran en casi todas las Constituciones de las Monarquías Constitucionales que surgieron después del Congreso de Viena de 1815, y el segundo Tratado de París del propio año, y que se encuentran en todas las Repúblicas, posteriores a esa fecha, que surgían henchidas de libertad en América y en Europa.

En España estaban consagrados esos principios desde la Constitución de 1869 en sus artículos 2.º, 3.º, 4.º y 11, y la del año 1876, aunque menos liberales, los reproducía; y como consecuencia de esos preceptos Constitucionales, el Código penal que nos rige, y regía al promulgarse el Habeas Corpus, en la sección II, capítulo II, título II del libro II, que trata de los delitos cometidos por funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos individuales sancionados por la Constitución, de una manera sólida garantiza y robustece las libertades constitucionales y describe en su articulado una serie de figuras de delito donde se castigan las detenciones arbitrarias, las no elevaciones a prisión a las setenta y dos horas de dictada la detención, la entrega indebida de causas, las deportaciones o extrañamientos ilegales y todas las otras violaciones de estos derechos; y el título XII, libro II del mismo Código, que trata de los delitos contra la libertad y seguridad, describiendo en su articulado las figuras de delitos conocidas con los nombres de detención ilegal, sustracción de menores, abandono de niños, allanamiento de morada y otros, reprime toda violación de derecho que parta de los particulares. Pero hay más: los capítulos II, III y IV, título VI, libro II de la ley de Enjuiciamiento criminal trata de las detenciones, de la prisión provisional y del tratamiento de los detenidos o presos, y el título VII, del mismo libro y ley, de la libertad

T346h



1181

provisional de los procesados. Pero, todavía hay más; como el procedimiento español era inquisitivo en parte, y a veces lento por sus tramitaciones, mucho antes de promulgarse el Habeas Corpus, en 13 de Julio de 1899, se promulga una Orden de gran mérito, la 109, que convertía en acusatorio el sistema de enjuiciar y regulaba las prisiones, las libertades y las apelaciones sobre excarcelaciones, pecando, si de algo pecó, de ser muy liberal, de ser una ley para un pueblo de perfectos ciudadanos. Estaban, pues, bien garantizados los derechos individuales sobre libertad desde antes de regir el Habeas Corpus, porque sus principios, como ya dijimos, habían sido absorbidos por las Constituciones modernas. El advenimiento de esta ley no obedecía a necesidades del momento, pues en Cuba, aun antes de la Constitución Autonómica de 25 de Noviembre de 1897, regían los derechos individuales de la Constitución de la Monarquía española, y regían el Código penal y ley de Enjuiciamiento criminal, y si el descontento y falta de libertades trajo la epopeya de la independencia, no fué por falta de libertades en las leyes, sino por la indole malvada de los encargados de aplicarla, que las hacían intolerables por sus vicios y corrupción. Las leyes eran buenas, los hombres eran malos; no hay ley buena cuando son venales y depravados los encargados de ejecutarlas. Este mal con que España nos azotaba la frente, había desaparecido en la época en que surge esta ley que nos ocupa. Y no venía a llenar vacíos del futuro, porque el 5 de Noviembre de 1900 ya había celebrado su sesión inaugural la Cámara Constituyente, que iba bien pronto a consagrar esos principios democráticos en la Constitución que iba a confeccionar, porque tenía que cumplirse el Manifiesto de Montecristi.

El Habeas Corpus venía sin ninguna misión que llenar; venía sin la necesidad imperiosa de garantizar derechos que oscilaban; tampoco venía a satisfacer la necesidad romántica de anhelos espirituales de libertad, porque el pueblo cubano no lo pedía y sabía que, fuera de los países sajones de Derecho consuetudinario, los principios sustantivos que podía traer el Habeas Corpus se encontraban en todas las constituciones y en todas las leyes de las otras naciones, y los tendría en las suyas sin necesidad de repetirlas en una ley hermosa y de gran valor, pero de valor histórico solamente.

Fué otra la causa de su advenimiento; esta ley, que acogida tal vez con indiferencia por los juristas que actuaban en el Gobierno

Militar, no fué iniciada ni confeccionada por los cubanos, como otras Ordenes, su texto lo indica, es una reproducción exacta del Habeas Corpus del Estado de Nueva York. Fué implantada por el Gobierno americano y fué una consecuencia de la plataforma política del partido republicano de la Unión del Norte, que precisamente en 1900 entraba en lucha con la reelección del inmortal Mac-Kinley, y tenía, ante los ojos de la nación americana, que demostrar el cumplimiento de su programa con respecto a Cuba. El Habeas Corpus era un eslabón que les faltaba, y sin conocer a fondo nuestro derecho, nos lo dieron, porque para ellos era grande y ellos habían venido aquí para legarnos sus grandezas... Y tuvimos un Habeas Corpus; Habeas Corpus como lo tienen todos los Estados de la Unión Americana, como lo tiene Inglaterra, como lo tiene el sajón; una ley especial y con las formalidades arcaicas y ortodoxas de su creación.

El Habeas Corpus, en Cuba, se ha convertido en procedimiento ordinario. Muy pocos de sus artículos son los que desde su promulgación han sido aplicados. Sustituye, con lamentable perjuicio para los presos, si los Tribunales lo aplicaran con la severidad que debieran, los recursos de reformas y apelación en casos de prisión, pues en esta institución el Tribunal nunca tiene a la vista las pruebas de los indicios de criminalidad, ni puede entrar en el fondo examinando los hechos en que se basa la presunción de su delincuencia, mientras que en la apelación se les remite testimonio de todo lo que interese al reo y a la acusación y puede resolver sobre los motivos de la imputación. Sí, ha perdido entre nosotros su grandeza, y hasta se desconoce lo que su nombre históricamente significa.

Algo más amplio nos hubiera hecho falta. No precisamente en cuanto a prisión, que ya hemos demostrado que tenemos garantías suficientes y más robustas que las que nos traía la ley que nos ocupa; no, sino un recurso como el *famoso Amparo mexicano* que fuese general, y que tendiera a restablecer el equilibrio del Derecho donde quiera que fuere perturbado. Nuestras leyes de procedimiento, a veces formalistas y demasiado absolutas, no permiten que se subsanen errores y atropellos al Derecho, ocasionados por Tribunales, de buena fe unas veces y de mala otras, y sería bien necesario que, por una institución como la de la República mexicana, se pudiera traer la paz y el sosiego a una sociedad que ha presenciado arbitrariedades y despojos que la afligen.

Nosotros tenemos un Amparo, la Orden 362 de 1900, pero muy

limitado; se refiere exclusivamente a las perturbaciones de la posesión en los bienes de los que no son partes en procedimientos civiles y criminales, causadas por un Juez. Nos hace falta más; nos hace falta una ley que abarque todos los campos del Derecho y todos los actos de los Jueces, porque los interdictos, como de origen romano, sólo se dan por perturbaciones en la posesión causadas por particulares, y no tenemos medios para restablecer el Derecho cuando los atropellos y arbitrariedades judiciales lo perturban, pues si bien el Juez es responsable de sus actos, el derecho perturbado, perturbado se queda.

Veamos y analicemos ahora el texto de nuestro Habeas Corpus, comparando sus artículos en inglés con los artículos similares del Habeas Corpus del Estado de Nueva York, de donde se tomó íntegramente, aunque este último es más amplio y contiene varios extremos que no los contiene el nuestro.

NÚMERO 427

Cuartel general de la División de Cuba

Habana, 14 de Octubre de 1900.

El Gobernador Militar de Cuba, a propuesta del Secretario de Justicia, ha tenido a bien disponer la publicación de la siguiente Orden, relativa al mandamiento de Habeas Corpus:

Quién puede solicitar el mandamiento.—Éste podrá ser expedido los días festivos.—Partes

I. La persona que haya sido privada de su libertad dentro de la Isla de Cuba, por cualquier causa, o bajo cualquier pretexto, tiene derecho, excepto cuando haya sido encarcelada o detenida por virtud de una sentencia de Juez o Tribunal competente, a un mandamiento de Habeas Corpus, como se prescribe en esta Orden con el fin de averiguar cuáles son las causas de la prisión o privación de libertad, y para que en los casos previstos se le devuelva ésta. El mandamiento de Habeas Corpus podrá ser expedido y entregado todos los días; pero no se verá el caso para su resolución sino en día hábil.

Las partes, en un procedimiento instituido por medio del mandamiento de Habeas Corpus, podrán comparecer por medio de representante como en otros casos.

**Texto inglés
del Habeas Corpus cubano**

1.º A person imprisoned or restrained of his liberty, within the Island of Cuba, for any cause, or upon any pretence, is entitled except where he has been committed or is detained by virtue of the judgement of a competent Judge, or

**Texto del Habeas Corpus
del Estado de New-York**

A person imprisoned or restrained in his liberty, within the State, for any cause, or upon any pretence, is entitled, except in one of the cases specified in the next section, to a writ of habeas corpus, or a writ of certiorari, as pres-

Tribunal, to a writ of habeas corpus, as prescribed in this Order, for the purpose of inquiring into the cause of the imprisonment or restraint; and, in a case prescribed by law, of deliberating him therefrom. A writ of habeas corpus may be issued and served on any day, but it can only be made returnable on a working day.

The parties to a case instituted by the writ of habeas corpus may appear by attorney, as in other cases.

cribed in this article, for the purpose of inquiring into the cause of the imprisonment or restraint, and, in a case prescribed by law, of delivering him therefrom. A writ of habeas corpus may be issued and served under this section, on the first day of the week, commonly called Sunday; but it cannot be made returnable on that day.

* * *

El precepto, a simple vista, no puede ser más amplio; abarca a todo el que esté privado de libertad, con la sola excepción de los que han sido encarcelados o detenidos por sentencia de Juez o Tribunal competente. Alcanza, pues, este beneficio:

1.º A los privados de libertad por Tribunales.

2.º A los privados de libertad, funcionarios o empleados que no pertenecen a Tribunales.

3.º A los privados de libertad por los particulares.

Primer caso. No es tan general como parece; tiene una limitación, que es tanto más amplia cuanto más cívico y serio es el Tribunal o Juez requerido para librar el mandamiento; ella se encuentra en el art. IV: ya la veremos.

Segundo caso. Este es más amplio; encaja más en este procedimiento extraordinario, pero tiene, también, su limitación, que veremos al tratar del mencionado art. IV.

Tercer caso. Éste, por ser siempre ilegal la prisión llevada a cabo por los particulares, no tiene ninguna limitación legal, es casi absoluta. Ya veremos más adelante cuándo la ley permite a los particulares detener, y la sanción que el núm. 24 del art. XLI de la Orden 213 de 1900 impone al particular que detiene fuera de los momentos que taxativamente determina el art. 490 de la ley de Enjuiciamiento criminal.

Estos particulares que apuntamos serán estudiados más ampliamente al tratar del artículo de esta orden ya expresado.

* * *

La segunda cuestión que se nos presenta al analizar este artículo, es si procede la expedición del mandamiento cuando un individuo ha sido condenado por un Tribunal incompetente. La incompetencia del Tribunal podría ser por razón de la materia, por razón del territorio, y también por razón legal, por violación de leyes especiales de competencias. Estos tres casos pueden estudiarse juntos; pongamos un ejemplo de cada uno: un soldado del ejército es condenado en tiempo de paz por un Tribunal ordinario, por un homicidio cometido en zona militar; un individuo es condenado por la Audiencia de Matanzas por un delito de robo cometido en Camagüey; un individuo que comete un delito postal en Santiago de Cuba, y es preso en Pinar del Río, lo condena la Audiencia de Oriente.

Interpretando el art. I que analizamos desde un punto de vista literalista, es indiscutible que hay que expedir el mandamiento y poner en libertad al condenado, pues la excepción establecida, la única que contiene ese artículo, dice: «Tribunal o Juez competente».

Pero con una interpretación lógica no podríamos llegar a una conclusión diferente; para que un individuo sea condenado, es necesario que lo sea en virtud de las reglas que estuviesen previstas en las leyes anteriores a su delito; si el Tribunal llamado a juzgarlo no lo juzga, esa condena es injusta, y por el hecho de que haya sido consentida por las partes y se haya hecho firme, no va a sufrir el reo las consecuencias de un fallo arbitrario en materia penal, porque el daño causado a la sociedad por el fallo de un Tribunal incompetente, es mayor que el daño social causado por el delito. Para la sociedad es menos dañino ver a un delincuente en la calle que a un mal condenado en la cárcel, porque ese acto le hace desconfiar de las garantías de sus leyes y lleva la inseguridad a su ánimo. Entonces, cuando una sentencia de Tribunal incompetente es firme, el procedimiento extraordinario de Habeas Corpus viene a restablecer el orden jurídico alterado; viene a ser lo que fué el Acta de Habeas Corpus en Inglaterra y lo que es el Amparo mexicano: un reparador.

Otro caso de duda que pudiera surgir es, si cabe, la expedición de un mandamiento de Habeas Corpus contra una sentencia no definitiva de una Audiencia que decreta la prisión.

Sabido es que la Orden 109 de 1899, por ejemplo, al modificar acelerando los recursos de apelación de los autos de prisión, ordena que se fallen por sentencia (núm. 3.º, art. XII, Orden 109 de 1899), y como en la excepción del art. I de la Orden de Habeas Corpus

que estudiamos, no se habla de sentencias condenatorias ni ejecutorias, sino se dice: a menos que la persona encarcelada o detenida lo haya sido por una sentencia de Juez o Tribunal competente, pudiera caber la duda si después de dictada una sentencia en una apelación, confirmando la prisión, o en otro asunto, no cabría la expedición del mandamiento de Habeas Corpus. En este caso la interpretación lógica nos resuelve el asunto; si el Habeas Corpus se da en todo tiempo de un proceso para examinar las causas de una prisión, ¿qué motivos tiene la forma de resolver, para restringir en este sentido un precepto que se quiso hacer tan amplio? ¿No sería más jurídico interpretarlo en el sentido de que la sentencia debe ser definitiva? Sabido es también que las ordenes militares no empleaban una nomenclatura adecuada a nuestra legislación, y que han tenido la mayor parte de ellas que ser interpretadas analógicamente al aplicarlas, y mucho menos esta de Habeas Corpus por su origen neoyorkino. Es, pues, a nuestro entender, lícito otorgar el mandamiento cuando la sentencia no pone término al asunto. Ya veremos cómo en el caso de la apelación el mandamiento tiene que solicitarse ante el mismo Tribunal que confirmó el auto del Juez y dictó la sentencia.

* * *

Y llegamos a la gran cuestión, al examen, de que habla este artículo, de las causas de la prisión.

Toda prisión en cuanto a sus motivos tiene dos aspectos: el de fondo y el netamente procesal. Una prisión es justa si hay motivos de fondo suficientes para dictarla, y es justa si el que la ha dictado aplicó el derecho adjetivo al acordarla. La segunda, o sea la forma, depende hasta cierto punto de los motivos de fondo, pero pueden ser estudiados y considerados con independencia de los primeros. ¿A cuál de estos motivos se refiere la Orden de Habeas Corpus?

Realmente el artículo que estudiamos no aclara el punto; expresa, con el fin de averiguar cuáles son las causas de la prisión o de la privación de libertad, y esto se presta a que se pueda creer que se refiere a las causas de fondo, a examinar los hechos, para ver si hay indicios racionales de criminalidad, en caso de provenir la prisión de algún sumario, o los motivos escuetamente sustantivos si la prisión es de otra autoridad; pero nada más erróneo; si estudiamos



este artículo en relación con otros de esta misma Orden, veremos que este criterio es imposible, que lo único que se puede buscar y examinar en esta clase de procedimientos es la parte procesal, la externa, la adjetiva, los motivos de orden público que tuvo en cuenta la Autoridad que decretó la prisión.

El inciso 4.º del art. III de la Orden, prescribe que con la solicitud del mandamiento de Habeas Corpus, cuando la privación de libertad existe por virtud de un auto, providencia o decreto, se una a ella una copia de la misma; con esa sola copia acompañada, por el art. IV, el Tribunal referido puede rechazar de plano la solicitud del mandamiento. El art. VIII ordena que la persona que recibe el mandamiento emita un informe, en el cual hace constar si tiene o ha tenido bajo su custodia, poder o sujeción a la persona privada de libertad; si en ese concepto tenía a dicha persona, cuando el mandamiento le fué entregado, expresando con qué autoridad y por qué causa realizó su prisión; agregándose una copia del auto, providencia o decreto si fuere motivada por uno de estos instrumentos; exhibiéndose al entregar el mandamiento el auto, providencia o decreto original.

El art. XIII dice que inmediatamente después de rendido el informe se celebre vista y se oiga a los testigos y a las partes y se resuelva después.

El art. XX permite al peticionario del mandamiento traer pruebas bajo juramento para demostrar que su prisión es ilegal y que tiene derecho a la libertad.

También el propio art. I que estudiamos dice: que en los casos previstos se le devuelva la libertad.

Con este examen sucinto de la Orden, relacionando sus artículos nos encontramos que el Tribunal que conoce del Habeas Corpus no está un solo momento en presencia del sumario o expediente donde las causas de fondo están; que la prueba sucinta que la Orden permite, es a los efectos de demostrar la ilegalidad de la prisión, admitiendo que hay casos previstos en las leyes en que procede la prisión y en que se justifica la libertad; luego, si no tiene manera hábil el Tribunal para juzgar sobre el fondo, y si acepta la legalidad o ilegalidad de la prisión, ésta tiene necesariamente que examinarse procesalmente; y si se creyera que la prueba a que se refiere el art. XX es prueba en caso de prisión por parte de un Juez para demostrar la carencia de indicios racionales, sería casi un absurdo,

pues el Juez, o autoridad en su caso, al informar no se le dice que traiga la prueba de los indicios racionales o motivos de fondo que apreció, siendo la prueba que presentan de otra índole, ni al Ministerio fiscal, en su caso, se le da oportunidad para enervar esa prueba que se le admite, ni tiempo hábil tiene para preparar la suya; pues si bien el segundo párrafo del art. XX parece referirse a alguna prueba en contra de la excarcelación, ésta nunca sería la de destruir una prueba, cuya manera de desarrollarse se desconoce, pues sería destruir todos los sumarios de un plumazo, al permitir toda la prueba de inculpabilidad al acusado, con la pasividad del elemento llamado a acusarlo o a defender las causas de la prisión. Por liberal que quiera ser un pueblo, por radicales que sean sus principios, no puede, sin caer en la anarquía, defender a los culpables hasta ese extremo; porque, como muy bien dice Ihering, el Derecho y la Justicia son el equilibrio de las libertades, y este equilibrio se rompe desde el momento que los criminales son protegidos en contra de los derechos sagrados de la sociedad.

Bueno es que no se oprima con prisiones arbitrarias, bueno es que los reos estén garantizados contra las extralimitaciones de poder; pero malo, muy malo, es proteger abiertamente a un reo, dejando el Derecho en condiciones de no cumplirse, cuando rigen leyes democráticas que ofrecen garantías absolutas a los enjuiciados. No; el Tribunal que conozca del Habeas Corpus no puede, entrar nunca en el fondo, tiene sólo que examinar si procede o no adjetivamente la prisión; no puede sin los procedimientos amplios del juicio oral juzgar sobre la inculpabilidad del delincuente: así lo ha entendido también nuestro más alto Tribunal, en auto de 9 de Enero de 1908, al expresar:

«Que de las diligencias sumariales se derivan indicios de responsabilidad criminal contra la procesada como autora del delito de infanticidio de que se trata, los *cuales sólo pueden desvanecerse o desvirtuarse en el juicio oral respectivo*».

Y en el auto de 22 de Agosto de 1913, entre otros particulares, expresa lo siguiente:

«Por no aparecer, además, según el artículo IV de la Orden de Habeas Corpus que en la petición se aleguen fundamentos legales para la expedición del mandamiento pues, *lejos de razonarse con referencia*

particularmente al estado de prisión del procesado, que es lo oportuno en actuaciones de esta especie, se impugna tan sólo el procesamiento en el sentido de no existir los indicios racionales de culpabilidad que lo determinaron, lo cual no se podría hacer materia de examen y resolución sin desnaturalizarse esta clase de procedimientos».

La Orden de Habeas Corpus no podía decir otra cosa, porque no surgía en el momento histórico por que pasaba Inglaterra al adoptar esta institución.

Desde luego que todos estos razonamientos sólo son aplicables a las prisiones acordadas por Tribunales de Justicia y las decretadas por otro orden de Autoridades en el ejercicio de ciertas atribuciones, nunca a las llevadas a cabo por los particulares, fuera de los casos previstos en los artículos 490 y 496 de la ley de Enjuiciamiento criminal.

* * *

Réstanos ahora, para terminar las cuestiones de cierta trascendencia que pudieran presentarse al aplicar este artículo, una, que si bien por la interpretación lógica que debe dársele no tiene importancia capital, es, sin embargo, curiosa, y pudiera tal vez traer alguna duda.

El art. I comienza diciendo: «La persona que haya sido privada de su libertad dentro de la Isla de Cuba». ¿Regirá entonces el Habeas Corpus en las islas y cayos adyacentes? Con interpretación rigurosamente literal y en relación con el art. 2.º de la Constitución, tendríamos que contestar que no; pero sabido es que la legislación española desde sus primeros tiempos denominó nuestro territorio con el nombre de Isla de Cuba, y que con esa denominación se comprendían también las islas y cayos adyacentes. La primera intervención no podía hablar como hablan la Constitución y las leyes posteriores del territorio de la República de Cuba; daba el nombre genérico de Cuba, o Isla de Cuba, a todo lo que hoy constituye el Estado cubano, y es indiscutible que en la mente del legislador de entonces estaba el no excluir esa parte de nuestra Patria de sus disposiciones.

Cómo y ante quién debe hacerse la solicitud para el mandamiento

II. La solicitud para el mandamiento ha de hacerse por medio de petición escrita y firmada, bien por la persona de cuya libertad se trate, o bien en su nombre por cualquier otra, presentándola a cualquiera de los siguientes Jueces, Tribunales y Presidentes o Magistrados de los mismos:

1.º A los Jueces de instrucción en los casos que procedan de actos de los Jueces municipales y correccionales, dentro de la jurisdicción territorial de dichos Jueces de instrucción.

2.º A las Audiencias y Salas de lo criminal de la Audiencia de la Habana, en los casos que procedan de actos de los Jueces de instrucción sometidos a la jurisdicción de dichas Audiencias y Salas de lo criminal.

3.º Al Tribunal Supremo, en los casos que procedan de actos de las Audiencias o Salas de lo criminal de la Audiencia de la Habana.

4.º A los Jueces de instrucción o Audiencias o Salas de lo criminal de la Audiencia de la Habana a elección del solicitante, en los casos que procedan de los actos de cualquier autoridad civil o empleado del mismo orden, o de cualquier corporación, asociación o individuo particular, por los cuales cualquier individuo haya sido privado de su libertad.

Cuando corresponda conocer del caso a una Audiencia o Sala de lo criminal de la Audiencia de la Habana o Tribunal Supremo, podrá presentarse la solicitud a cualquiera de sus Presidentes o Magistrados.

Texto inglés del Habeas Corpus cubano

11. Application for the writ must be made, by a written petition, signed, either by the person for whose relief it is intended, or by some person in his behalf, to any of the following judges or

Texto del Habeas Corpus del Estado de New-York

Application for the writ must be made, by a written petition, signed, either by the person for whose relief it is intended or by some person in his behalf, to either of the following courts or officers:

tribunals or to the Chief Justices or Associate Justices thereof:

1. The judges of Instrucción, in cases arising out of the acts of the Municipal and Correctional Judges within the territorial jurisdiction of said Judges of Instrucción.

2. The Audiencias and the Sala de lo Criminal of the Audiencia of Havana, in cases arising out of the acts of the Judges of Instrucción within the territorial jurisdiction of said Audiencias and said Sala de lo Criminal.

3. The Supreme Court, in cases arising out of the acts of the Audiencias and the Sala de lo Criminal of the Audiencia of Havana.

4. The Judges of Instrucción, or the Audiencias and the Sala de lo Criminal of the Audiencia of Havana, at the option of the petitioner, in cases arising out of the acts of any civil authority or official, or of any corporation, association, or private individual, by which any persons has been restrained of his liberty.

When an Audiencia or the Sala de lo Criminal of the Audiencia of Havana or the Supreme Court has jurisdiction, the petition, may be presented to its Chief Justice or any of its Associate Justices.

1. The supreme court, at a special term or the appellate division thereof, where the prisoner is detained within the judicial district within which the term is held.

2. A justice of the supreme court, in any part of the State.

3. An Officer authorized to perform the duties of a justice of the supreme court at chambers, being or residing within the county, where the prisoner is detained; or, if there is no such officer within that city or county, capable of acting, or, if all those who are capable of acting and authorized to grant the writ, are absent, or have refused to grant it, then to an officer, authorized to perform those duties, residing in an adjoining county.

* * *

Este artículo es reglamentario, su párrafo inicial es claro, no obstante ha habido quien ha solicitado el mandamiento a título de ciudadano cubano, para prisiones acordadas por Jueces, aplicando los preceptos procesales, pretendiendo hacer uso del derecho que, a cualquier ciudadano, concede el art. 20 de la Constitución de la República, olvidando que ese propio artículo no otorga ese derecho a los ciudadanos, sino cuando la detención o prisión se haya llevado a cabo sin las formalidades legales, y fuera de los casos previstos en la propia Constitución o en las leyes, y no en los casos en que la prisión se acuerda cumpliendo reglas de derecho adjetivo.

Nuestro Tribunal Supremo, en Providencia de 29 de Mayo de 1915, recaída en el rollo de Habeas Corpus núm. VIII de ese año ha dicho:

«Visto el art. II de la Orden núm. 427 de 1900, según la cual

la solicitud para el mandamiento de Habeas Corpus ha de hacerse por medio de petición escrita y firmada, bien por la persona de cuya libertad se trate, o bien en su nombre por cualquier otra, y apareciendo del precedente escrito que la solicitud en él formulada la hace otra, no en nombre de la persona privada de libertad, sino como ciudadano cubano, en ejercicio del derecho que le reconoce el art. 20 de la Constitución de la República, y no tratándose de una detención o prisión sin las formalidades legales o fuera de los casos previstos en la Constitución o en las leyes a que se hace referencia en el art. 20 de dicha Constitución.—*No ha lugar a expedir el referido mandamiento de Habeas Corpus*».

* * *

Estudiando el núm. 1.º de este artículo observaremos, que una de sus disposiciones no tiene ya razón de ser. El espíritu de este artículo en general es, que tratándose de prisiones judiciales el superior jerárquico sea el que expida el mandamiento; y este número dice, que los Jueces de instrucción lo expedirán cuando la prisión provenga de un Juez correccional que se encuentre en la jurisdicción del de instrucción; pero es el caso, que los Jueces de instrucción de hoy, no son superiores jerárquicos de los correccionales desde que la ley de 26 de Junio de 1916 elevó las categorías de los Jueces correccionales a la de los partidos; y tenemos entonces que la mayor categoría que tenía siempre antes un Juez de instrucción sobre los correccionales de su demarcación, ha desaparecido, y que hoy, al ser iguales, se rompe el método y la razón de ser que tenía este artículo, pues un Juez de la misma categoría va a expedir mandamiento contra su igual, y a revocarle sus decisiones. Esto es debido a nuestra manera de dictar leyes, a saltos, que ha formado esta legislación hecha de parches, sin tener el suficiente cuidado de observar el engranaje de una ley con otra, para armonizar sus preceptos. Este fenómeno es muy frecuente entre nosotros: la ley de 15 de Agosto de 1919 al modificar el art. 141 de la ley Orgánica del Poder judicial dando competencia a los Jueces municipales para conocer de la jurisdicción voluntaria, que no estuviera especialmente deferida a otros Jueces, olvidó que en la ley de Enjuiciamiento civil, había un artículo, el 1.821, que decía: «Contra las sen-

tencias que dictaran las Audiencias (en jurisdicción voluntaria) se dará recurso de casación», y ahora como las Audiencias no conocen de las apelaciones y si los Jueces de primera instancia, no sabemos que hacer con el precepto del art. 1.821 que está vigente y sin poderse aplicar; y así se podrían ir citando otros muchos casos que producen una falta absoluta de unidad de criterio en nuestros Tribunales.

Este precepto del núm. 1.º del art. II del Habeas Corpus requiere una pronta modificación para evitar esta anomalía que ataca la jerarquía judicial.

* * *

Con respecto al núm. 2.º nada tenemos que decir.

* * *

Respecto al 3.º, sí podemos decir, que hay un caso que ofrece, y que ha ofrecido dudas. Contra un auto de procesamiento se interpone un recurso de reforma; negado éste, se interpone la apelación oportuna, y negada ésta y deseando utilizar el procesado el procedimiento extraordinario de Habeas Corpus, ¿a quién le pide el mandamiento? ¿al Tribunal Supremo o a la propia Audiencia que negó la apelación? Muchos han creído que al Tribunal Supremo, y a él han acudido; pero no es así; la prisión fué decretada, no por la Audiencia que la confirmó, sino por el Juez de instrucción que acordó el procesamiento, y siendo así, el Tribunal competente para expedir el mandamiento lo es la propia Audiencia que conoció de la apelación. Esto parece una anomalía, porque la Audiencia que acaba de confirmar el auto del Juez tiene prejuzgado el caso y ha de negar la libertad.

Y es así. Se ha agotado ya la vía, el Habeas Corpus en este caso quedó anulado por la ley Procesal. Si no hubiese sido de este modo hubiéramos tenido un caso de tercera instancia en nuestra legislación adjetiva... El Tribunal Supremo, con la sabiduría de siempre, ha resuelto en su providencia de 16 de Noviembre de 1910:

«Que siendo la resolución de la Audiencia contra la que se ha establecido el presente recurso de Habeas Corpus, confirmatoria del auto del Juez y recaída en la apelación establecida por el recurrente, es

visto que el acto judicial reclamado que lo privó de libertad, procede del Juez de instrucción, y por tanto, que según el párrafo 2.º del artículo II de la Orden 427 de 1900, no es competente este Tribunal para conocer de este recurso».

En providencia del 27 de Junio de 1913, dijo:

«Apareciendo de los documentos acompañados con la solicitud del *promoviente que no ha sido privado de su libertad por auto de la Audiencia de Santa Clara*, sino del Juez de instrucción de Sagua la Grande, y siendo, por tanto, incompetente este Tribunal para conocer de la pretensión deducida a tenor de lo preceptuado en los incisos 2.º y 3.º del artículo II de la Orden número 427 de 1900, no ha lugar a conceder el mandamiento de Habeas Corpus que se solicita».

En auto de 22 de Agosto de 1918, dijo:

«Por la incompetencia de este Tribunal para conocer de esta solicitud de Habeas Corpus a tenor de lo establecido en los incisos 2.º y 3.º del art. II de la orden de la materia, conforme lo ha interpretado la jurisprudencia de la Sala de lo criminal de este Tribunal Supremo, ya que el recurrente no ha sido privado de libertad por disposición de la Audiencia de esta Capital, sino por la del Juez de instrucción de la Sección tercera; no ha lugar».

* * *

El núm. 4.º de este artículo tiene un precepto que le da competencia a los Jueces de instrucción o a las Audiencias para expedir mandamientos cuando provengan las prisiones de autoridades civiles, o de entidades, o individuos particulares, y el motivo de ésto es sólo dar facilidad al preso de acudir al Tribunal más cercano, porque pudiera ser que el lugar de su prisión estuviese muy distante de la Audiencia, teniendo por el contrario cerca de un Juzgado de instrucción. Pero este precepto debía ser modificado; con él, no se resuelven, a veces, las dificultades creadas por la distancia.

Por otra parte resulta anómalo en nuestro derecho, que el mandamiento lo expida un Tribunal que no tiene competencia para juzgar a determinadas Autoridades civiles, como son los Secretarios de despachos, Gobernadores, Fiscales y otros, si la prisión dimana de ellos.

Debía, para proporcionarle más facilidades al preso para pedir el mandamiento, tener competencia también para expedirlo los Jueces municipales, y cuando el que detiene es una Autoridad que sólo puede ser juzgada por el Tribunal Supremo, darle la exclusiva competencia a este Tribunal para expedirlo.

En el art. XXVIII de esta ley se le da facultad a las Audiencias para conocer de expediciones de mandamientos cuando los Jueces de instrucción se niegan a expedirlos. Esta facultad la estudiaremos más adelante, pero es conveniente apuntarlo aquí ya que este número lo silencia.

* * *

Réstanos, para terminar el examen de este artículo, analizar si cabe la expedición de un mandamiento de Habeas Corpus por prisiones llevadas a cabo por el Ejército. Aquí hay que distinguir dos casos. El Ejército actúa en nuestra Nación con un doble carácter, desde que el cuerpo de aquella brillante Guardia Rural se refundió en uno sólo, con el Ejército permanente, por el Decreto núm. 165 de 15 de Febrero de 1915. Con este doble carácter el Ejército actúa como Policía judicial, con sus tercios de Orden público, y como militares en todos aquellos casos de jurisdicción militar. En el primer caso, cuando actúa como policía, no hay duda: el mandamiento puede ser pedido y expedido; pero cuando actúa en la jurisdicción militar, no puede expedirse. Esto se desprende de la redacción del núm. 4.º de este artículo que estudiamos; pues al hablar de las autoridades ajenas a los Jueces, contra quienes pueda librarse el mandamiento, dice: Autoridades civiles y empleados del mismo orden; y no puede entenderse que las palabras «cualquier corporación» que emplea el inciso, se refiera a la Corporación militar, en primer lugar, porque hablándose en esa enumeración de autoridades, más propio hubiera sido decir autoridades civiles y militares, y, además, porque la enumeración contiene dos extremos, pues dice: «cualquier autoridad civil o empleado del mismo orden, o cualquier corporación, asociación o individuo particular; la primera, las autoridades y empleados civiles; la segunda, las corporaciones, asociaciones o individuos particulares», de manera que separa las prisiones oficiales de las llevadas a cabo por particulares; y la palabra corporación no puede tener otra acepción que la de Corporación particular.

¿Cuál es el motivo de esta restricción al precepto amplísimo que analizamos al estudiar el art. 1? No puede ser otro que un concepto mal entendido de disciplina. Las leyes militares, sobre todo en Cuba, se caracterizan precisamente por restringir las garantías del reo, o del presunto culpable, y en confiar demasiado en la pericia, en materia penal, de los oficiales de línea.

Realmente, después de meditar sobre esta exclusión, no encontramos ninguna razón científica ni doctrinal que la aconseje; y no siendo partidarios, como no somos, del Habeas Corpus para las decisiones judiciales, lo encontraríamos beneficioso, en algunos casos, en la jurisdicción militar.

Contenido de la solicitud

III. Para fijar la autenticidad de la solicitud y la identidad del que la presente, éste prestará juramento, sin pagar por ello derecho, ante un Notario público, o el Juez o un miembro del Tribunal a quien se presente dicha solicitud. En ésta se consignará:

1.º Que la persona a cuyo favor se expide el mandamiento está encarcelada o privada de libertad; el lugar de la prisión o privación y el nombre o designación del empleado o de la persona por quien ha sido presa o privada de libertad.

2.º Que no ha sido encarcelada o detenida por virtud de ninguna sentencia de Juez o Tribunal.

3.º La causa o pretexto del encarcelamiento o de la privación de libertad, según el leal saber y entender del peticionario.

4.º Si el encarcelamiento o privación de libertad existe por virtud de un auto, providencia o decreto se agregará una copia del mismo a la solicitud, a no ser que el solicitante asegure que, por razones de traslación o de la ocultación de la persona encarcelada o privada de libertad con anterioridad a la solicitud, no pudo exigirse tal copia, o que ésta se exigió y fué rehusada.

5.º Si se alega que el encarcelamiento o privación de libertad es ilegal, el peticionario hará constar en qué consiste la ilegalidad que aduce.

Si el solicitante ignorase alguna de las circunstancias que se indican en este artículo, deberá también consignarlo expresamente.

Texto inglés del Habeas Corpus cubano

111. The petition must be sworn to by the petitioner, who shall be thus identified before a Notary Public, or the Judge, or a member of the Tribunal to which the application is made, without cost to such petitioner, and must state in substance.

1. That the person in whose behalf the writ is applied for is imprisoned or restrained of his liberty; the place of imprisonment or restraint, and the name or description of the officer or person by whom he is imprisoned or restrained.

2. That he has not been committed and is not detained by virtue of any judgement of a Judge or Tribunal.

3. The cause or pretence of the imprisonment or restraint, according to the best knowledge and belief of the petitioner.

4. If the imprisonment or restraint is by virtue of a mandate, a copy thereof must be annexed to the petition unless the petitioner avers, either that by reason of the removal or concealment of the person imprisoned or restrained before the application, a demand of such a copy could not be made, or that such a demand was made, and the copy was refused.

5. If the imprisonment or restraint is alleged to be illegal, the petitioner must state in what the alleged illegality consists. If the petitioner should not have knowledge of the facts referred to in Paragraph 111, he must so state.

Texto del Habeas Corpus del Estado de New-York

The petition must be verified by the oath of the petitioner, to the effect that he believes it to be true; and must state, in substance:

1. That the person in whose behalf the writ is applied for, is imprisoned, or restrained in his liberty; the place where, unless it is unknown, and the officer or person by whom, he is so imprisoned or restrained, naming both parties, if their names are known, and describing either party, whose name is unknown.

2. That he has not been committed, and is not detained by virtue of any judgement, decree, final order or process, specified in section 2016 of this act.

3. The cause or pretence of the imprisonment or restraint, according to the best knowledge and belief of the petitioner.

4. If the imprisonment or restraint is by virtue of a mandate, a copy thereof must be annexed to the petition; unless the petitioner avers, either, that by reason of the removal or concealment of the prisoner before the application, a demand of such a copy could not be made, or that such a demand was made, and the legal fees for the copy were tendered to the officer or other person, having the prisoner in his custody, and that the copy was refused.

5. If the imprisonment is alleged to be illegal, the petition must state in what the alleged illegality consists.

6. It must specify whether the petitioner applies for the writ of habeas corpus, or for the writ of certiorari.

Es reglamentario; su párrafo inicial dispone un juramento para fijar la autenticidad de la solicitud y la identidad del que la presente sin que en la práctica pueda tener eficacia esa disposición; porque ese juramento se exige precisamente a la persona que hace la solicitud, la cual no tiene capacidad para identificarse a sí misma, ni para autenticar un acto que ella misma realiza. Esta es una de las disposiciones más poco jurídicas de esta Orden.

Cuándo se ha de conceder el mandamiento.

Penalidad por negarlo

IV. El Juez o Tribunal autorizado para conceder el mandamiento lo concederá sin demora, siempre que se presente una petición al mismo, como se prescribe en esta Orden, a menos que aparezca de la petición misma o de los documentos que la acompañen, que el peticionario no tiene fundamento legal para obtener el mandamiento. Si se quebrantare este párrafo, el Juez, o si la solicitud fué hecha a un Tribunal, los miembros del mismo que consientan el quebrantamiento, indemnizarán mancomunada y solidariamente a la persona presa o privada de su libertad, con cien pesos, que cobrarán por medio del ejercicio de una acción a nombre de ésta.

Texto inglés del Habeas Corpus cubano

IV. A Judge or Tribunal authorized to grant the writ, must grant it without delay, whenever a petition therefore is presented, as prescribed in this Order, unless it appears from the petition itself or the annexed documents that the petitioner is not entitled by law to prosecute the writ. For a violation of this Paragraph, a Judge, or, if the application was made to a Tribunal, each member of the Tribunal, who assents to the violation, shall be jointly and severally responsible to the person imprisoned or restrained in the sum of one hundred dollars, to be recovered by an action in his name.

Texto del Habeas Corpus del Estado de New-York

A court or a Judge, authorized to grant either writ, must grant it without delay, whenever a petition therefore is presented, as prescribed in the foregoing sections of this article, unless it appears, from the petition itself, or the documents annexed thereto, that the petitioner is prohibited by law from prosecuting the writ. For a violation of this section, a Judge, or, if the application was made to a court, each member of the court, who assents to the violation, forfeits to the prisoner one thousand dollars, to be recovered by an action in this name, or in the name of the petitioner to his use.

Este es el artículo que más importancia tiene en esta Orden; es el que da al Juez o Tribunal la facultad de conceder o no el mandamiento, y prescribe que de la solicitud o de los documentos debe aparecer el fundamento legal para obtenerlo. Esta es la llave. Con esta disposición, los Tribunales pueden rechazar de plano tanto Habeas Corpus improcedente que se presenta ante ellos, que entorpecen la marcha de los mismos y de los Juzgados de donde proviene la prisión. Desgraciadamente no ha sido bien comprendido.

* * *

¿Cuándo tiene fundamento un preso para pedir un mandamiento?

Ya hemos visto que en esta clase de procedimientos no puede discutirse el fondo cuando la prisión dimana de una autoridad judicial o de otro orden; puede, pues, sólo discutirse si procesalmente está o no presa con arreglo a las leyes la persona a cuya favor se expidió el mandamiento.

Para analizar este artículo dividiremos las privaciones de libertad en varios grupos, ocupándonos separadamente de las detenciones, las prisiones cuando no procede la fianza, las prisiones cuando procede, las fianzas excesivas, las prisiones civiles, los enclaustramientos...

I

Los detenidos por autoridades o sus agentes o particulares, no tienen derecho a solicitar mandamiento de Habeas Corpus siempre que el motivo de imputación sea delito grave o menos grave, o alguno de los otros casos del art. 490 de la ley de Enjuiciamiento criminal y esté dentro de las veinticuatro horas siguientes de la detención.

En efecto, se desprende de los artículos 15 y 16 de la Constitución de la República y los artículos 490 y 492 de la ley de Enjuiciamiento criminal. Si se ejercita un derecho al detener y ese derecho está sancionado por nuestra ley fundamental entre los derechos individuales, tiene una duración pequeña y se produce en determinados casos, no es posible por un procedimiento extraordinario tratar de evitarla.

Transcurrido el término de veinticuatro horas sin haberse puesto al detenido a disposición de autoridad judicial, puede extenderse el mandamiento y acordar el Tribunal la libertad; pero la persona que lo ha detenido, si es funcionario público, ha incurrido en el delito que prescribe el art. 200 del Código penal; si es particular, ha cometido el delito que previene el art. 500, y si es particular y ha llevado a cabo la detención fuera de los casos que previene el artículo 490, ha incurrido en el delito que previene el inciso 24 del artículo XLI de la Orden 213 de 1900 y castigada con el art. XLVIII de la misma.

Como se ve, nuestras leyes tienen más reprimidas las detenciones arbitrarias que la Orden de Habeas Corpus; y desde el punto de vista de las detenciones, más garantía tiene la libertad en el Código penal que en la ley que estudiamos, y cuando la detención es verdaderamente arbitraria y causada por particulares, la Orden, tan famosa, de Habeas Corpus carece de valor y eficacia, porque en la práctica resultaría irrisorio que un Juez le librara un mandamiento de Habeas Corpus a un bandido que ha robado bajo rescate y tiene aún secuestrada a la víctima; a un bandido que ha robado con detención por más de un día y todavía tiene en su poder a su presa, o a un bandido que tiene, con otro fin distinto al robo, a un individuo detenido; y si el mandamiento se expidiera y fuere recibido por el delincuente, sin duda que lo desobedecería y el Tribunal que lo expidió se vería en el caso de cumplir con el art. XI y librar una orden general de arresto contra él, y después encarcelarlo hasta que informe el mandamiento; sin embargo, esos bandidos son delincuentes que han cometido delitos graves; el primero y el segundo castigados con cadena temporal, en su grado medio a cadena perpetua, y el tercero con prisión mayor; y la mayor parte de las veces no hay quien los detenga y hay que reducirlos a tiros.

Hasta ahora hemos tratado de la procedencia del Habeas Corpus en las detenciones llevadas a cabo por autoridades ajenas al Poder judicial y llevadas a cabo por particulares, mas nos resta tratar en los casos en que procede, cuando las detenciones son decretadas por funcionarios del Orden judicial.

El art. 494 de la ley de Enjuiciamiento criminal da la facultad al Juez de acordar detenciones en los casos que expresa el art. 492; de estas detenciones del art. 492 no nos interesan más que las que se relacionan en el núm. 4.º de este artículo, porque en los de los

números 2.º y 3.º ya está el detenido procesado y el mandamiento se solicitaría por otro concepto, que ya estudiaremos más adelante, y no por esta detención, y en los del caso 1.º del art. 492, donde se dice, que procede en todos los del art. 490, sólo en los incisos 1.º y 2.º pudieran surgir dudas; pero no son de prestarle una atención preferente, porque sólo exigen una condición cada uno, que un individuo trate de cometer un delito y que el delincuente sea sorprendido *in fraganti*, y como en estos procedimientos de Habeas Corpus no se puede entrar en el fondo, sino examinar la forma, si el auto fundado que acuerde la detención expresa uno de estos dos motivos, no puede ser tomada en consideración la solicitud del mandamiento y debe rechazarse de plano. En los otros casos de este mencionado artículo tampoco puede darse, porque en él todos los detenidos tienen su situación resuelta por otras disposiciones, pues se refieren todos a los fugados o rebeldes.

En el caso del núm. 4.º del art. 492 de la ley de Enjuiciamiento criminal a que nos referimos, es necesario para que se acuerde la detención que concurren dos requisitos: primero, que la Autoridad que lo acuerde tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presenta los caracteres de delito; y segundo, que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él; exigiéndose además otra condición: que se le acuse de un delito cuya pena sea superior e inferior a prisión correccional, es decir, en todos los casos, sea cual fuere la pena con que se castigue el delito que se imputa; en este caso, cuando en el auto se expresen con claridad estos requisitos, no pudiendo analizar el fondo, los indicios que el Juez tuvo para tomar esa determinación y no teniendo la solicitud del mandamiento motivos en que fundar los derechos adjetivos que tiene para oponerse a esa detención la solicitud del mandamiento se debe rechazar de plano.

Estas detenciones, según el art. 497 de la ley de Enjuiciamiento criminal, pueden durar setenta y dos horas; transcurrido ese término es necesario poner al detenido en libertad o elevar a prisión esa detención. Esta disposición antigua está establecida como derecho individual por el art. 17 de la Constitución, quien sancionó con ella esta facultad de los Jueces. Tampoco durante las setenta y dos horas en que dura una detención decretada por Jueces o decretada por otro y en estudio de un Juez para resolver la situación, se

puede pedir y librar un mandamiento de Habeas Corpus, en primer lugar, porque esa detención nunca sería ilegal porque la Constitución y la ley Procesal la autorizan a prevención para poder resolver la situación del presunto acusado y facilitar la instrucción de las causas; segundo, porque con ella no se infringe ningún precepto procesal que es el que daría derecho al mandamiento porque hemos visto que no es posible examinar el fondo sin desvirtuar esta clase de procedimientos, y tercero, porque se daría un arma poderosa a los criminales para evitar la acción judicial en los primeros momentos de la investigación de una causa obligando al Juez a ir a la capital de la Provincia dejando las primeras pruebas abandonadas tal vez a manos de los que han quedado detrás fabricando coartadas; la investigación de un sumario sería imposible y el daño público por esto ocasionado, sería infinitamente mayor que el daño que sufriría un inocente por esta detención mientras se realizaba una rápida investigación sumarial; es un motivo de orden público el que impide expedir el mandamiento.

Ahora bien; si transcurridas las setenta y dos horas constitucionales, el Juez no ha resuelto esa situación, cabe la expedición del mandamiento; pero entonces ha incurrido el Juez en el delito que define y pena el núm. 1.º del art. 202 del Código penal, porque desde ese momento la detención se ha convertido en ilegal y el detenido está garantizado por la Constitución y las leyes.

Llegamos, pues, a la conclusión que cuando se trata de detenciones acordadas por Autoridad judicial en los casos previstos por las leyes y en los términos constitucionales no cabe nunca la expedición de un mandamiento de Habeas Corpus.

Ya hemos visto las detenciones ilegales y las legales realizadas por los que tienen derecho a efectuarlas en cuanto a delitos; réstanos para cerrar este ligero estudio sobre la expedición de mandamientos de Habeas Corpus en las detenciones, ver cómo debe procederse al tratarse de faltas.

El art. 495 de la ley de Enjuiciamiento criminal que reproduce el espíritu del Reglamento de 2 de Agosto de 1852 sobre policía jurada, prohíbe detener por simples faltas y establece una excepción: que no tenga domicilio conocido ni diese fianza bastante a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerlo; esta excepción ha sido modificada virtualmente por la Orden militar núm. 387 de 1900, porque taxativamente expresa que la fianza que se preste

por falta sea de \$ 25 en efectivo, prohibiendo que se admita la personal sin la autorización expresa del Juez, porque si bien habla de las faltas de la competencia de los Juzgados correccionales, todas las faltas son hoy de la competencia de estos Tribunales. La Orden 272 de 1900 modificó el precepto de la Orden 213 de ese año que disponía que el arresto por falta no podría hacerse de noche sino por orden de Autoridad judicial, diciendo que podrá hacerse en cualquier día y a cualquier hora del día y de la noche. La Circular de 10 de Diciembre de 1900, de la Secretaría de Justicia, reguló reglamentariamente estas disposiciones, pues dice entre otras cosas que debe entenderse por domicilio conocido el que tiene durante los treinta días anteriores a la comisión de la falta, y que el agente de policía que realice la detención debe, salvo que le conste lo contrario, aceptar el juramento que le preste el acusado sobre que tiene domicilio conocido. El art. XV de la Orden 213 de 1900 prescribe también un caso en que un policía puede efectuar detenciones con o sin mandamiento de Juez, y es cuando se intenta cometer un acto punible a su presencia, debiendo por el último extremo del art. XVIII de la misma, admitirle la fianza que preste.

Esta es la legislación vigente sobre detenciones por faltas; y de ella se desprende que solamente se puede detener cuando no se tenga domicilio conocido y no se presta la fianza de 25 pesos que prescribe la orden. ¿Cabrán la expedición de un mandamiento cuando el detenido tenga domicilio conocido? Aquí ya variamos de opinión; es indiscutible que si esta detención no se hace a prevención, ni por virtud de preceptos que tiendan a facilitar la instrucción de un proceso, sino para garantizar la comparecencia ante el Tribunal cuantas veces fuere llamado, con esta razón de ser y existiendo requisitos que deben cumplirse para poder acordar la detención, es obvio que si falta uno de ellos surge el derecho al mandamiento en el detenido y debe de expedírsele el mandamiento que solicita.

Nos restan más detenciones: las que se acuerdan contra testigos en causas criminales de acuerdo con lo que prescriben las Ordenes 228, y la 513 de 1900. La primera dispone que en vista de pruebas al efecto el Juez podrá obligar a cualquier persona cuya declaración sea de importancia en los autos a prestar una fianza personal o de cualquiera clase, a discreción del Juzgado, de que comparecerá y declarará en esa causa y con ese fin podrá expedir un mandamiento de arresto contra esa persona ordenando a cualquier funcionario

adecuado que lo detenga y conduzca a su presencia; pero si después de conducido descuidare o rehusare prestar la fianza, quedará sujeto a la vigilancia de la Autoridad y obligado a presentarse al Juzgado cada cinco días, mientras lo estime conveniente el Juez y agrega que si burlare o tratare de burlar la vigilancia de la Autoridad será detenido y permanecerá en prisión todo el tiempo que dure la tramitación de la causa a discreción del Juez o Tribunal.

La Orden 513 de 1900, o sea la segunda, prescribe que esta clase de testigos no pueden ausentarse de la Isla sin previa licencia del Juez o Tribunal, los cuales no podrán concedérsela sin oír al Ministerio fiscal. Agregando que los que traten de contravenir esta prohibición serán detenidos y permanecerán en prisión hasta que termine el proceso a discreción del Juez o Tribunal.

Estas dos detenciones que tienen que ser acordadas por auto, las dispone el Juez o Tribunal con motivos de fondo que estime aprobados como exige esta Orden; y esos motivos estarán consignados en el auto, porque son los que han servido de base a la determinación; pero como ya hemos visto al estudiar el art. I del Habeas Corpus que el fondo no puede ser objeto de procedimientos de esta índole, cuando la detención es decretada por funcionario del orden judicial, no podría con éxito utilizarse el mandamiento; y además, porque esta sanción es el último extremo a que puede llegarse por estas órdenes, después de demostrarse que las situaciones más suaves han sido rechazadas por el quebrantamiento de sus reglas de orden público, por parte del detenido, sin que ninguna ley ordene que dentro de ese estado de cosas puede existir algún beneficio, que sería lo único a que podría aspirarse por un Habeas Corpus.

La solicitud de mandamientos en detenciones de esta clase deben ser rechazadas de plano.

II

En cuanto a la prisión con exclusión de fianzas procede siempre que se trate de delito grave; así lo expresa de manera terminante el art. 503 de la ley de Enjuiciamiento criminal tal cual ha sido redactado por el art. X de la Orden 109 de 1899. Pero hay una excepción, y esta excepción, es la puerta de escape para las leni-

dades y para que aumente de manera considerable la cantidad de procesados de delitos graves que se hallan rebeldes; para que se pueda decir con dolor que el art. 503 de la ley de Enjuiciamiento criminal sólo rige para los humildes, los desconocidos y los desheredados. Esta excepción es la que se encuentra en el párrafo 2.º del art. 504 de la ley de Enjuiciamiento criminal tal cual ha quedado modificado por el art. X de la Orden 109 de 1899; cuando el procesado tenga buenos antecedentes o se pueda creer fundadamente que no tratará de sustraerse a la acción de la Justicia, y cuando, además, el delito no haya producido alarma, ni sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio de la provincia, aunque el delito sea grave, puede acordarse la libertad bajo fianza. Alrededor de este artículo gira, se puede decir, el Habeas Corpus. Analicemos.

Los buenos antecedentes

¿Cuándo puede decirse que el procesado tiene buenos antecedentes? ¿Se refiere, por ventura, esta parte del artículo que estudiamos, a que no tenga antecedentes penales como lamentablemente se ha creído por la mayor parte de nuestros Tribunales? No; de ser así, el artículo hubiera dicho que no tenga malos antecedentes, y dice lo contrario, que los tenga buenos. Luego, si se exigen buenos, no basta que se demuestre que no los tiene malos; es necesario que sus antecedentes no sean indiferentes; es necesario que sean buenos. Y ¿cuándo son buenos? Cuando actos externos así lo demuestren, cuando la figura de ese procesado se destaque del montón por sus cualidades. Estos antecedentes se nos antoja que pueden clasificarse en dos grupos: públicos y privados; son públicos, los servicios extraordinarios prestados a la Patria, al Estado o al Gobierno; los actos de filantropía pública; el concepto de ciudadano de que disfrute el procesado por sus actos como tal; la influencia social que nace de sus relaciones con el conglomerado social, si ésta se debe a su buen comportamiento; sus obras, su civismo, su honradez pública; el respeto de sus coasociados, etc. Los privados: ser hombre cumplidor de sus deberes; ser trabajador, sobrio, tranquilo, poco exaltado, padre de familia, sostenedor del hogar de sus padres o sus hermanos; no jugar, no beber; tener ideales y fines

nobles en su vida, negocios limpios y otros de este mismo estilo que le ennoblezcan.

Un hombre que tenga hoja penal puede tener los buenos antecedentes que requiere este artículo. Su delito puede haber sido por accidente, ocurrido en circunstancias tales que haya sido una reacción natural a una excitación poderosa, y, no obstante, seguir poseyendo todas las cualidades que le dan relieve moral y social. Y, por el contrario, hay seres que bordean el Código penal sin que su habilidad y doblez le dejen caer en sus redes, que no tienen hoja penal en el Registro Central y que, sin embargo, viven del juego, o de combinaciones de agiotaje que son verdaderos delitos, que se enriquecen en breves meses, que abandonan sus hogares para entregarse en manos de libertinas que los explotan y escarnecen, o dilapidan sus fortunas mal habidas mientras que sus hijos casi en orfandad gimen de hambre. Estos seres que arrastran ellos solos, sin tener antecedentes penales, más cieno y podredumbre que el que arroja un salteador de camino, no puede ser considerado por nuestras leyes como hombre de buenos antecedentes.

Ahora bien; como estos buenos antecedentes son circunstancias de excepción, en contra de un auto de Juez competente que silencia este extremo o afirme lo contrario, es necesario traer pruebas, demostrar que existen estos antecedentes denominados buenos, y para ellos es la prueba que admite esta Orden, en sus artículos XIII y XX.

Creencia fundada de que el procesado no se sustraerá a la acción de la Justicia

Otro requisito de excepción es la creencia fundada de que no ha de sustraerse a la acción de la Justicia. Esto es más difícil. Cuando en Derecho salimos del campo objetivo para entrar en el subjetivo, empiezan a surgir las dificultades, pues los actos externos que nos tienen que llevar a estas conclusiones puramente especulativas son escasísimos. Pero por eso la ley a la palabra creencia ha agregado otra: *fundada*, es decir, razonada, para convertir en objetivo lo que es puramente subjetivo, para llevar al campo de los hechos lo que es del campo de la mente.

Y tenemos que para poder creer que un procesado no se sustraerá a la acción de la Justicia es necesario razonar, dar los fundamentos de esa creencia, los elementos que han servido de base a ella, que, en este caso, no pueden ser otros que actos externos. Ni un Juez, ni una Sala pueden decir que un procesado no se sustraerá a la acción de la Justicia sin alegar las razones externas en que se funda esa afirmación. De manera que, contra un auto de prisión, en el que implícita o explícitamente se niega la concurrencia de este elemento para obtener fianzas por este requisito, es necesario que se pruebe en la vista de Habeas Corpus un hecho, un fundamento, que haga creer al Juez o Tribunal que el requisito concurre y que tiene derecho a lo que pide, sin lo cual lo ortodoxo es negarlo.

La alarma

Otro requisito para la excepción es que el delito no haya producido alarma. La concurrencia de este requisito es excepcional también. Todo delito produce un daño inmediato privado o público y un daño mediato público, siendo este último, o bien el temor que siente la sociedad al ver un ser peligroso que ha causado un daño en libertad y en condiciones de poder cometer ese hecho nuevamente, o la aflicción natural que le produce la violación de una ley, que le da estabilidad y sobre la cual descansa. Esta primera forma del daño mediato, la zozobra natural que produce, el peligro, es lo que expresa el art. 504 con el nombre de alarma; alarma, sí, alarma natural ante la amenaza de la repetición de un hecho que la intimida.

Si esto es así, si esto es el concepto de la alarma, pocas veces, en verdad, puede presentarse un delito que no la produzca (hago la salvedad que estas afirmaciones se hacen en cuanto a sociedades civilizadas y en cuanto a sociedades puras aún, porque no hay delito que produzca alarma entre los salvajes, ni hay acto vituperable que amedrente a sociedades corrompidas y delincuentes donde el crimen se vuelve una función social), y solamente se ve franca su no existencia en los casos de no imputación y en los casos de justificación, porque el crimen de un niño no alarma, el del loco por su inmediata separación del seno de la sociedad tampoco, y todo el mundo comprende el acto de quien obra en defensa de su persona o derechos,

y encuentra natural el obrar por estado de necesidad; no ve peligro en el agente activo de estos hechos, a excepción del caso del loco si permanece suelto, que amenace perturbar la estabilidad que le sirve de base. Cuando concurren estas circunstancias, el crimen no causa alarma, la sociedad no teme nuevas agresiones y le es indiferente la libertad del inculcado.

La alarma está relacionada con los antecedentes del reo. No es sólo el delincuente el que produce temor; son también las condiciones del delincuente las que hacen surgir la sensación descrita. Un hombre de antecedentes malos, cuya vida irregular y delictuosa es conocida, es más peligroso que los normales y su crimen, aunque no sea de los que producen más desasosiego en la sociedad, engendra alarma.

La frecuencia de la comisión del hecho en la provincia

Y el último requisito exigido por el art. 504 de la ley de Enjuiciamiento criminal es que el delito no se cometa con frecuencia en el territorio de la provincia. Este requisito es circunstancial, depende de la figura del delito y de la provincia de que se trate. Puede el Juez apreciarlo por sí, y en ese caso sólo con pruebas podría desvirtuarse su apreciación en el procedimiento de Habeas Corpus. Es cuestión de estadística local, debiendo todas las Fiscalías tener esos datos sacados, y a mano, para llevarlos, haciendo uso del art. XX de esta ley, a las vistas, cuando en estos casos de prisión se pida la excarcelación fundándola en la excepción del art. 504 de la ley de Enjuiciamiento criminal, pues generalmente, por la rapidez con que se tramita este procedimiento, el Ministerio fiscal va a las vistas sin la preparación necesaria.

Necesidad de la concurrencia conjunta de los requisitos

Hay que tener en cuenta que para alegar la excepción que estudiamos es necesario que concurran los cuatro requisitos a un tiempo, pues la falta de uno incapacita al Tribunal para acordar la libertad

bajo fianza. Ello se desprende de la redacción del segundo párrafo del art. 504 de la ley de Enjuiciamiento criminal, tal cual fué redactado por el art. X de la Orden 109 de 1899. No hay más que leerlo.

«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, aunque el hecho que motiva la causa aparezca como constitutivo de delito grave, cuando el procesado tenga buenos antecedentes o se pueda creer fundadamente que no tratará de sustraerse a la acción de la Justicia, y cuando, además, el delito no haya producido alarma, ni sea de los que se cometan con frecuencia en el territorio de la respectiva provincia, podrá el Juez o Tribunal acordar, mediante fianza, la libertad del inculcado».

Y se explica; si el individuo no trata de sustraerse a la acción de la Justicia, ni su delito ha producido alarma, ni es de los que se cometen con frecuencia en la provincia en que delinquiró, pero no tiene buenos antecedentes, no se puede otorgar la libertad, porque la sociedad, por sus condiciones personales, se sentiría perturbada por ello. Si tiene buenos antecedentes, su delito no ha producido alarma, ni es de los que se cometen con frecuencia en el territorio provincial, pero hay creencia fundada que se sustraerá a la acción de la Justicia, no es posible ponerlo en libertad, porque con ello el Tribunal cooperaría a que la coacción psicológica de la pena fuera burlada, contribuyendo con ese acto a la violación de la ley. Si sus antecedentes son buenos, si consta que no se sustraerá a la acción de la Justicia y su crimen no se efectúa con frecuencia en el distrito judicial, pero ha producido alarma, su libertad ocasionaría zozobra a la sociedad y sería imposible otorgársela. Y si tiene los antecedentes buenos, no hay manera de colegir que se sustraerá a la acción de la Justicia y su delito no ha producido alarma, pero es de los que se cometen con frecuencia en la provincia, no es posible conceder la libertad, porque la repetición de ese acto en una circunscripción pequeña produce alarma y malestar en la sociedad honrada.

Resoluciones del Tribunal Supremo que analizan estos requisitos

El Tribunal Supremo de Justicia, de una manera constante, ha rechazado de plano, y ha resuelto en contra, infinidad de peticiones y procedimientos de Habeas Corpus; analizando estos requisitos y para que puedan ser apreciadas en todo lo que valen, paso a exponerlas:

El auto de 21 de Mayo de 1903 dice lo siguiente:

«Es improcedente la libertad de los procesados a quienes se imputa un *delito grave* cuando éste ha causado *alarma*».

El auto de 26 de Abril de 1907 dice así:

«Que el delito calificado de abusos deshonestos, es entre los llamados menos grave, *de los que más alarma despiertan*, por cuanto con él se atenta contra el pudor de los menores, haciendo temer a las familias el que aquéllos puedan transitar solos fuera de sus casas; que como en la sentencia se califica como de autor la responsabilidad del procesado por los hechos perseguidos, imponiéndosele la pena de cuatro años, nueve meses, veintitún días de prisión correccional, pena que por su extensión casi llega a los límites mínimos de las afflictivas, sin que contra dicha sentencia pueda intentarse otro recurso que el de casación; y como quiera que relacionadas entre sí todas estas circunstancias es lógico deducir que los hechos revisten relativa importancia, y que un procesado de las condiciones del recurrente si no se le exigen garantías suficientes para que tal cosa no ocurra, trate de sustraerse a la severa acción de la Justicia, que tan inmediata y directamente ya le amenaza: que conforme al art. 531 de la ley Procesal criminal, la cantidad y calidad de la fianza se determinará teniendo en cuenta la naturaleza del delito, el estado social y antecedentes del procesado y las circunstancias que pudieran influir en el mayor o menor interés de éste, para sustraerse a la acción de la justicia y como quiera, que, dado lo antes expuesto, el hecho de que a los delincuentes, como el de que se trata, es a los que más duramente se les hace sufrir el castigo de sus faltas, y el hecho de que los procesados por el cumplimiento del deber de verificar presentaciones periódicas, cumplan con estos requisitos *no deben ser tomados como un signo evidente de que no puedan*

tratar de substraerse a la acción de la Justicia, es visto que al exigir el Tribunal del juicio 2.000 pesos en metálico al procesado para permanecer en libertad, no infringió lo que previene dicho art. 531, sino que al contrario lo cumplió, pues antes que el interés de los procesados, *está el de la ley, que sean efectivas sus resoluciones*, que lejos de haber infringido la ley el Tribunal del juicio con su auto, aumentando progresivamente el importe de las garantías exigidas al procesado, para poder permanecer en libertad, cumplió de un modo prudente, como debía, con lo dispuesto en el art. 539 de la ley de Enjuiciamiento criminal, pues después de celebradas las sesiones del juicio, era natural y lógico que si por el resultado de las pruebas en el mismo practicadas, estimaba, que de un modo definitivo quedaba sentada la evidencia de la responsabilidad del procesado en los hechos perseguidos, en lo que es soberano dicho Tribunal para apreciarlo, indudablemente que el mismo debía adoptar de oficio la medida de precaución que su juicio sobre los hechos le merecía, para asegurar la acción de la Justicia».

El auto de 6 de Agosto de 1908 dice, también en extracto, lo siguiente:

«Que el delito calificado y penado por la Sala sentenciadora es de los denominados graves, según el art. 6.º del Código penal, y si bien en estos delitos, según el párrafo 2.º del art. 504 de la ley de Enjuiciamiento criminal, tal como ha quedado redactado en el art. X de la Orden 109 de 1899, se otorga a los Tribunales la facultad de acordar, mediante fianza, la libertad de los inculpadlos, esta facultad exige la *concurcencia de todos los requisitos que señala dicho precepto*, entendiendo el Tribunal *a quo* que el procesado podría sustraerse a la acción de la Justicia, dada la pena impuesta, sin que por otra parte pueda negarse que el delito de parricidio frustrado que ha sido objeto de la calificación de la Sala sea de *los que producen alarma*, por lo que se acordó la prisión con exclusión de fianzas, es visto que se ajustó a Derecho el Tribunal *a quo*».

El auto de 5 de Diciembre de 1910, extractado, dice lo siguiente:

«Que el hecho que motiva la presente causa aparece como constitutivo de delito grave, ya se califique de **ASESINATO** o de simple **HOMICIDIO**. Que de las circunstancias señaladas por la ley para poder otorgar en este caso la libertad mediante fianza, faltan, por lo menos, las dos de que hizo mérito el Tribunal recurrido para denegarle al procesado y recurrente su solicitud; *pues hay alarma a consecuencia de un hecho delictuoso, cuando por la naturaleza del mismo, su causa y las circunstancias, entre otras, siquiera en el grupo o clase social a que la víctima perteneciera, el temor de que el mal causado se repita con más o menos frecuencia e intensidad*; y no cabe duda de que

la hubo en el caso actual, al menos entre las personas dedicadas a las labores de la prensa, y cualquiera que fuese el móvil con que el hecho se hubiere ejecutado, toda vez que consistió éste, según las circunstancias procesales que se resumen en el auto de procesamiento y en las conclusiones provisionales del Ministerio fiscal, en dar muerte en las oficinas de un periódico a un sujeto inerme y fuera de riña, por atribuirle el hechor la publicación de un suelto que creía ofensivo al honor de determinada señora; y, en cuanto a la *frecuencia con que el delito se comete en el territorio de esta provincia, evidentemente la acusan los datos estadísticos invocados por el Ministerio fiscal*, según los cuales durante el año vencido en 30 de Junio último se han radicado en los Juzgados de dicho territorio ocho causas por asesinato y 62 por homicidio, y que, por tanto, es improcedente la libertad provisional bajo fianza solicitada en el presente recurso de Habeas Corpus».

El auto de 1.º de Febrero de 1912 dice en síntesis lo siguiente:

«Que el requisito primordial que ha de concurrir en todo caso para que pueda otorgarse al procesado el beneficio de la libertad provisional bajo fianza, consiste en que se pueda creer fundadamente en que no tratará de sustraerse a la acción de la Justicia (arts. 504, 531 y 731 de la ley de Enjuiciamiento criminal). Que del sumario elevado de la causa seguida contra el procesado y otro, aparece que denunciados los hechos en 16 de Mayo de 1911, la Policía judicial informó en 7 de Junio siguiente que no había sido posible citar a dicho procesado porque ni residía en el domicilio que se indicaba, ni se había podido inquirir su paradero; y que en 23 fué declarado procesado, decretándose su prisión provisional hasta que prestara fianza de 500 pesos, mandándose a librar requisitoria para su busca y captura, siendo detenido y remitido a la cárcel el 26, después de lo cual prestó la fianza señalada, fué puesto en libertad y se dejaron sin efecto las requisitorias libradas; y dada la conducta observada por el procesado, que lo estaba por un delito de estafa, lógica y naturalmente estimó la Sala que, en presencia de una acusación definitiva de delito de alzamiento, de mayor gravedad que el que provisionalmente se le imputaba, trataría de ponerse fuera del alcance de la Justicia, y, mediando estas circunstancias, acordó su exclusión de fianza, no pudiendo invocar el procesado razones de excepción, tanto más cuanto que después se ha dictado sentencia condenatoria de ocho años y un día de presidio mayor».

El auto de 22 de Enero de 1914 dice en esencia lo siguiente:

«Se deniega en virtud de que el recurrente ha sido privado de libertad, según aparece del auto que certificado se acompaña, por haber entendido la Audiencia que le ha privado de libertad por haber tratado de evadir la acción de la Justicia, habiéndose fundado la Sala en hechos claros y no discutibles por medio de este recurso».



El auto de 19 de Marzo de 1915 dice, resumido, lo siguiente:

«Que aunque es cierto que en el auto de procesamiento, dictado por el Juez de instrucción, se estimó que de los hechos sumariales revestían caracteres de un delito de malversación de caudales públicos, comprendido en el núm. 3.º del art. 401 del Código penal y castigado con presidio mayor, lo que evidenciaba que se trataba de un delito de los que el citado Código, en su art. 6.º, denomina «graves», no es menos cierto que dicho Juez no le atribuyó este carácter para los efectos de la prisión del procesado. toda vez que el mismo auto, y a estos efectos, aplicó la segunda parte del inciso 2.º del art. 503, y no el párrafo 2.º del art. 504 de la ley de Enjuiciamiento criminal; de donde infiere que el referido Juez, lejos de entender que, como lo afirma la representación del procesado, concurrían en el caso las circunstancias de ese último precepto, consideró que, no obstante atribuir el hecho para dichos efectos el carácter del delito menos grave, era necesario la prisión provisional, atendidas las circunstancias del hecho y los antecedentes del procesado, según los términos del precepto que, aunque fuera un error hubo de aplicar al procesado, al decretar su prisión en el expresado auto. Que tampoco resulta justificado que la Audiencia de Camagüey, y en su auto relativo al cambio de la fianza que se había prestado en favor del procesado, hubiese admitido la concurrencia de las circunstancias enumeradas en el párrafo 2.º de dicho art. 504; ya que se limitó a aceptar ese cambio, ajustándose a lo ya dispuesto por el Juez al señalar en forma alternativa las bases e importe de las fianzas que aquél podría prestar para gozar de libertad provisional que claudican, pues, por su base los razonamientos hechos en el escrito inicial de este procedimiento encaminados a demostrar la ilegalidad de la prisión con exclusión de fianzas del procesado decretada por la Audiencia de Camagüey, toda vez que ni el Juez instructor en su auto de procesamiento, ni ésta en sus resoluciones anteriores a dicha prisión, había tenido en cuenta las referidas circunstancias para dejar en libertad al procesado, bajo fianza, pero es que, aun en el supuesto contrario, no sería de estimarse inmotivada y, por tanto, ilegal la referida prisión, porque fundada, como lo está, en que celebrado ya el juicio y acordada la condena a una pena de presidio mayor, era de presumirse que con conocimiento de esta condena trataría de sustraerse a la acción de la Justicia, no cabe duda de que este motivo tiene apoyo, no sólo en el orden natural y lógico de los hechos, sino en el texto mismo de la ley Procesal. Que, en efecto, el fundamento con que la Audiencia de Camagüey ha decretado la prisión no pugna, sino que, por el contrario, está en estrecha relación con las disposiciones que regulan la libertad provisional en nuestro Enjuiciamiento criminal, porque el precitado artículo 504, en su párrafo 2.º, ha de entenderse en armonía con lo que previene el que le antecede en su inciso 3.º; de manera que conforme a lo que éste disponga, la prisión provisional procede cuando aparezcan de

la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión, en tanto se ha de estimar ésta más justificada en cuanto más calificados sean dichos motivos; y no puede dudarse de que una sentencia condenatoria a pena personal aflictiva, aun cuando sea recurrible, aumenta la importancia y el valor de éstos; por lo que es racional que el Tribunal del juicio aprecie ese hecho como fundamento para decretar la prisión, dada la facultad que tiene para modificar la situación del procesado a este respecto, y habida cuenta de que a medida que aumentan las probabilidades de ser éste condenado en definitiva, aumentan también las probabilidades de que intente eludir la acción de la Justicia, salvo excepcionales circunstancias, que no se ha demostrado concurren en el caso actual. Y que, por el contrario, de las actuaciones sumariales que se han tenido a la vista, aparece que en determinados momentos el promovente indicó a su co-reo la conveniencia de que se ausentase, a fin de evitar la prisión que había de sobrevenirle; lo que induce a sospechar que actualmente, si se le pusiera en libertad, intentaría hacer lo propio para sustraerse a la pena que le ha sido impuesta, caso de declararse sin lugar el recurso de casación que tiene establecido contra la sentencia por la cual ha sido condenado a la referida pena, y el que sólo se halla pendiente del trámite de la vista».

El auto de 10 de Mayo de 1915, extractado, dice así:

«Apareciendo del documento acompañado que el procesado es acusado del delito de empleo de substancias explosivas para producir alarma, previsto y penado en el art. 2.º de la ley de 10 de Julio de 1894, delito por el cual pide el Ministerio fiscal en sus conclusiones provisionales la pena de ocho años y un día de presidio mayor, y que es delito grave, conforme a lo dispuesto en el art. 6.º del Código penal. Puesto que en el delito de que trata la alarma es esencial, falta, por consiguiente, uno de los requisitos exigidos por la ley para que el procesado pueda gozar de libertad provisional; pues conforme a lo establecido en el art. 504, párrafo último modificado, de la ley de Enjuiciamiento criminal, cuando se trata de un delito grave, el Tribunal puede acordar mediante fianza la libertad del inculpado, a condición de que el procesado tenga buenos antecedentes o se pueda creer fundadamente que no tratará de sustraerse a la acción de la Justicia, cuando, además, el delito no haya producido alarma ni sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio de la respectiva provincia. Siendo así que de la petición misma, y del documento acompañado, aparece que el peticionario no tiene fundamento legal para obtener el mandamiento».

El auto de 12 de Agosto de 1915 dice así:

«Que el auto por el cual decretó la Audiencia la prisión provisional con exclusión de fianza del procesado, se funda en que esté acusado

por el Ministerio fiscal como autor de un delito grave y en el que no concurren las circunstancias señaladas en el párrafo 2.º del art. 504 de la ley de Enjuiciamiento criminal, modificado por el X de la Orden 109 de 1899; y como el peticionario funda su solicitud en que si concurren dichas circunstancias, sin que haya promovido prueba alguna, no obstante la facultad que le confieren los artículos XIII y XX de la Orden, núm. 427 de 1900, para justificar su afirmación, la cual, por otra parte, no tiene apoyo en las actuaciones del proceso, es claro que el fundamento del auto que se impugna no ha sido desvirtuado y queda, por tanto, subsistente; procediendo en consecuencia declarar sin lugar la presente solicitud de Habeas Corpus.

El auto de 19 de Mayo de 1917 dice, extractado, lo siguiente:

«Dada la índole de los delitos que aparecen cometidos por el promovente, *la alarma que causaron*, el carácter de funcionario público que tenía al imputársele esos delitos, así como el número de años de privación de libertad por que se le condenó y la multa impuesta, no es excesiva la fianza de 5.000 pesos que se le exigió».

III

Veamos ahora el grupo en que los procesados tienen derecho al beneficio de libertad bajo fianza. Los primeros son: la gran categoría de delitos denominados menos graves; según el art. 503 de la ley de Enjuiciamiento criminal en su inciso 2.º tal cual ha quedado redactado por el art. X de la Orden 109 de 1899, procede la prisión provisional en los delitos menos graves de la competencia de las Audiencias, o cuando el Juez atendiendo a las circunstancias del hecho y los antecedentes del procesado lo cree necesario; pero siempre concediéndole la libertad bajo fianza. De la lectura de este inciso se desprende que los procesados por delitos menos graves, pueden, si el Juez estima que sus antecedentes son buenos y las circunstancias del delito lo hacen posible, dejarlo en libertad sin fianza con sólo la obligación apud-acta de presentarse. Luego, el art. 529 tal cual ha quedado redactado por el art. IX de la Orden 109 de 1899, dice: que los procesados por razón de delitos menos graves tienen derecho al beneficio de libertad bajo fianza. Pero esta regla tiene su excepción; contra estos procesados se puede decretar la exclusión de fianza y este caso está previsto en el párrafo 1.º del art. 504

de la ley de Enjuiciamiento criminal y el último extremo del artículo 529 de la propia ley. También es obligatorio señalar fianzas a los delitos de infracción del Código postal, pues así lo prescribe la Sección 63, y es obligatorio asimismo para los delitos de Aduana, pues así lo prescribe el núm. 3.º del art. 221 de la Orden 173 de 1901.

A todos los delitos de la Orden 213 de 1900, según sus artículos XXIII y XXV hay que señalarles fianzas, y además la Orden 387 de 1900 dispone que la fianza por delitos de la competencia de los Juzgados correccionales sea de 100 pesos.

Ahora bien, salvo la excepción expresada, todo individuo a quien se impute un delito de esta índole tiene derecho a la libertad bajo fianza y como consecuencia lógica, a que se le expida el mandamiento de Habeas Corpus y a que se le ponga en libertad bajo fianza por el Tribunal que conoce del mismo si su prisión se acuerda con exclusión de ella.

Si el Juez instructor alega en su auto algunos de los casos de excepción en el Habeas Corpus, con las pruebas que autorizan los artículos XIII y XX se puede demostrar lo contrario y obtener la libertad bajo fianza a que tienen derecho los procesados por delitos menos graves.

Réstanos, pues, decir que, aunque el delito sea grave, si concurre alguna circunstancia de disminución de la imputación o de justificación imperfecta por la naturaleza de la pena, que disminuye uno o dos grados, debe considerarse como menos grave el delito a los efectos de la prisión, así nuestro más alto Tribunal ha resuelto en su auto de 18 de Febrero de 1904, lo siguiente:

«Que tiene derecho a disfrutar de libertad provisional, previa prestación de fianza, el que ha cometido delito castigado con pena correccional, y que para este cómputo de la pena, que ha de estarse a la que pueda corresponder al procesado, teniendo en cuenta, no sólo la pena que señala la ley al delito, sino las circunstancias que concurren, y en tal concepto, el autor de un delito grave, castigado con pena aflictiva, tiene derecho a gozar de libertad provisional mediante fianza si, por ser menor de diez y ocho años, sólo le corresponde una pena correccional».

Esta misma doctrina es aplicable a los encubridores de un delito grave, auto del Tribunal Supremo de 26 de Abril de 1906, que dice:

«Que cuando el procesado es solamente encubridor de un delito grave, según indicios del sumario, y la pena inferior en dos grados a la correspondiente al autor de dicho delito consumado que hubiere en

su caso, de aplicársele, deja de figurar entre las aflictivas, tiene aquél derecho a la libertad bajo fianza, por lo que es ilegal su encarcelamiento con exclusión de toda fianza».

Ahora bien; como los cómplices tienen pena menor, por analogía deben ponérseles en libertad con fianza cuando lo sean de delito grave.

También debemos, por analogía, aplicar esta equitativa doctrina a los procesados de delito grave en los grados de frustración y de tentativa.

IV

El cuarto grupo en que hemos clasificado los casos que pueden presentarse de prisiones, es el de las fianzas excesivas y tenemos que ver si es posible conceder un mandamiento de Habeas Corpus cuando la fianza señalada por el Juez de instrucción es de esta índole. Se puede, desde luego. Es justo. Si un individuo es procesado por un delito por el cual tiene derecho de disfrutar de libertad bajo fianza y el instructor le señala una, cuya proporción con el daño causado y con la magnitud del derecho violado resulta grande, tiene este derecho, porque por ese subterfugio señalándole una fianza inadecuada, se llegaría a una exclusión de fianza sin motivo, violando nuestras leyes procesales; y ya que el Habeas Corpus existe entre nosotros, siquiera que se utilice como medio rápido en traer el equilibrio del derecho que perturba el Juez, con su inadecuada y excesiva fianza.

En los delitos de los Juzgados correccionales es aún más claro: señalar una fianza mayor de 100 pesos, es violar la Orden 387 de 1900 que dispone que a los detenidos de la competencia de esos Juzgados se les exija una fianza de esa cantidad en efectivo.

Nuestro Tribunal Supremo lo ha entendido así, en su auto de 8 de Abril de 1905, que dice, extractado, lo siguiente:

«Que la Orden 427 de 1900 tiene por objeto garantizar la libertad del ciudadano, restituyéndosela cuando haya sido privado de ella por motivos injustificados o por indebida aplicación de preceptos legales, concediendo expresamente su núm. XVI jurisdicción al Tribunal que ha de resolver el Habeas Corpus para admitir fianzas y fijar su ascenden-

cia, no debiendo excluirse de esa amplia finalidad de la institución en su núm. I el poder rectificar la señalada que excede de la prudencial cuanto a que la ley determina; pues de prevalecer otra tesis, se olvidarían los términos absolutos del art. I, y no sólo se subordinaría el derecho a la libertad bajo fianza al criterio del Juez o Tribunal que deben otorgarla, quienes prácticamente podrían anularlo fijando una excesiva, sino que la institución resultaría de hechos menos beneficiosa que los recursos ordinarios de reforma y apelación, a los cuales, por lo dilatorio del procedimiento, vienen en muchos casos a sustituir, sin que la calificación del Ministerio fiscal sea razón legal suficiente a disminuir esa facultad de la Sala, que tiene a su vista las actuaciones».

V

Este grupo es el de las prisiones civiles; de estas prisiones a nosotros no nos quedan más que la arcaica de la quiebra, la que establece el art. 1.044 del Código de Comercio de 1829, y la moderna de la Orden núm. 3 de 1901. Sabido es que el Código de Comercio de 1829 al propio tiempo que establecía los preceptos sustantivos sobre la quiebra disponía todo lo concerniente al procedimiento que debía aplicarse; más tarde al promulgarse la ley de Enjuiciamiento civil de 1885, como regía aún el Código de Comercio de 1829, no estableció procedimiento, sino que aceptó con ligeras modificaciones el que ostentaba el Código; pero como dos meses después se promulgaba el nuevo Código de Comercio, que omitía los preceptos adjetivos, ha sido necesario desde el año de 1886 en que rigió, aplicar como suplementarios los preceptos adjetivos del Código de 1829 y entre los artículos que hay que aplicar, está el 1.044, que dispone el arresto del quebrado, al declararse la quiebra.

Este arresto es especial, se efectúa en la cárcel a no ser que el quebrado «diere en el acto fianza de cárcel segura», pues entonces el arresto es en su casa.

¿Cabrá la solicitud de un mandamiento en estas clases de prisiones? Hay que distinguir. Si el quebrado se encuentra arrestado en su casa porque ha dado la fianza, no cabe, porque la única manera en que podría acordarse, sería que el Tribunal tuviera facultades para examinar la quiebra y resolviera que estaba mal hecha la declaración de la misma, cuya consecuencia es el arresto, y, ni por la ley

de Habeas Corpus, ni por ninguna otra ley, un Tribunal de lo criminal (como son todos los que expidan mandamientos) tiene competencia para examinar autos de quiebra, ni la naturaleza de este procedimiento como ya hemos visto permite entrar en el fondo, y, además, no procede, porque ese es el mayor beneficio que puede obtener un quebrado, y no pueden acordarse libertades, sino cuando lo prescriben las leyes y éstas, como en este caso, no prescriben lo contrario.

Pero si el quebrado estuviera en la cárcel y por cualquier motivo no se le hubiere admitido la fianza, puede pedir el mandamiento, y el Tribunal acordar la aceptación de la fianza y arrestarlo en su casa; porque aparte de que nuestro Habeas Corpus no contiene la prohibición del Acta inglesa de que no rigieran sus preceptos para los casos civiles, el art. I es tan amplio, que comprende todos los casos de privación de libertad, sea cual fuere su causa y su forma.

De la prisión subsidiaria que estatuye la Orden núm. 3 de 1901 sólo diremos que es acordada por sentencia de Juez o Tribunal competente y ejecutoria no pudiendo por ese motivo pedirse y expedirse mandamiento de Habeas Corpus.

VI

Nos queda, para terminar, examinar si procede expedir un mandamiento en favor de los enclaustrados en conventos. El enclaustramiento no tiene carácter de detención ilegal, pero desde el momento en que cesa la voluntad del enclaustrado, su retención en el convento produce un estado de cosas similar, que es su privación de libertad y tiene derecho a solicitar y a que se le expida un mandamiento de Habeas Corpus. Dos formas puede revestir el enclaustramiento, en contra de la voluntad del enclaustrado: primera, los que perduran después de su arrepentimiento, y segunda, los llevados a cabo por orden del que ejerce potestad sobre él. En el primer caso, no hay discusión. Después de la separación del Estado de la Iglesia los cánones de disciplina eclesiástica no tienen fuerza obligatoria y por el contrario las leyes civiles extienden su acción a esas partes del territorio nacional, que se llaman conventos. El

ciudadano es libre, si un precepto legal no lo prohíbe, puede hacer de su persona y derecho lo que mejor le plazca, pero desde el momento que su voluntad se aparta de lo que había querido, y poderes exteriores a él lo detienen, las leyes nacionales, si tienen preceptos que eviten ese estado de cosas, lo protegen. Las congregaciones religiosas, ya no pueden retener en sus conventos a los que después del noviciado han profesado, si no quieren continuar en esa vida, y si pretenden evitar su salida cuando ellos quieran, el mandamiento de Habeas Corpus expedido por el Juez de instrucción o la Audiencia, los extraerá del convento.

El segundo caso es distinto: se refiere a actos del padre, de la madre, del tutor. Fué muy corriente en la Edad Media y aun en la Edad Moderna que los padres contrariados por noviazgos u otros actos de sus hijos, los enclaustraran en un convento. Pero hoy la patria potestad no tiene facultades como antes para poder privar de libertad a un hijo por toda la vida. No, claramente que no. Los efectos de la patria potestad están hoy regulados en los artículos 155 y 156 del Código civil tal cual quedó modificado este último por la Orden 271 de 1900 y está tan restringida que su disposición más severa, es la de impetrar el auxilio de la Autoridad gubernativa para detener al hijo o para retenerlo en un establecimiento de *Instrucción* o en un Instituto legalmente autorizado para recibirlo. De allí no puede pasar. Los artículos 157 y 158 del Código civil, que aunque más severos, no daban facultad para enclaustrar, fueron derogados virtualmente, por la Orden referida. Es, pues, una consecuencia de la ilegalidad del enclaustramiento, ordenado por el padre, la expedición del mandamiento.

Pero en estos dos casos ¿contra quién se libra el mandamiento? En el primero es evidente que al padre Prior o a la Superiora del Convento y en el segundo, aunque haya sido acordado por el padre o la madre el enclaustramiento, debe librarse el mandamiento también contra el Superior, porque después del encierro éste se subroga en los actos del padre y mantiene sin derecho la privación de libertad. Es como un traspaso de la custodia del enclaustrado.

En Cuba pasa en este caso lo contrario que en Roma; se da el mandamiento contra el Pater Familia aunque haga uso de su derecho, y obre sin *dolo-malo*, precisamente porque con respecto al dolo, no lo exige nuestra ley como condición para hacer cesar privaciones de libertad.

La retención de un enclaustrado en un Convento en contra de la voluntad del que lo sufre, es una figura de delito, tiene en una República democrática todos los caracteres de tal, pero no está previsto por la ley del Estado y no es delito positivo, aunque el dolo palpita en los actos que se realicen en este sentido... Bien se pudiera por nuestro Congreso, para garantizar aún más la libertad, prever como delito estos actos y darle sanción penal.

A grandes rasgos hemos examinado con la legislación vigente a la vista, cuándo tienen o no derecho a la libertad, los procesados o los privados de libertad por otras causas, y como el Tribunal requerido debe examinar la solicitud y los documentos con ella presentados, para con su vista expedir o no el mandamiento.

El mandamiento de Habeas Corpus no puede expedirse más que cuando tiene derecho franco el preso a la libertad, o en caso de duda, cuando se ofrezca probar. De lo contrario es perder el tiempo y dar oportunidades a disquisiciones propias de un juicio oral, como pasa en la práctica. El mandamiento de Habeas Corpus no tiene otro fin, que el restablecer un derecho violado, y si consta que ese derecho no existe, o no ha sido violado, no debe expedirse. No estamos en los albores de la Edad Moderna donde las necesidades eran otras; ni hay hoy prisiones como la de la Bastilla, que tan necesitada estaba de un Habeas Corpus amplísimo; ni tenemos tampoco la organización de los Tribunales ingleses, que requieren el examen previo del fondo para restablecer el derecho, por los perjuicios que sufriría el reo en caso contrario; no, otras leyes hay que evitan las prisiones de la Bastilla, y otras leyes entre nosotros hacen válida y efectiva la acción de los Tribunales. Es necesario que las aguas vuelvan a su cauce y que cada institución se desarrolle llenando las necesidades reales que vienen a cubrir.

* * *

Pasemos ahora, ya que vimos los casos generales, a examinar ciertos casos especiales que pueden presentarse a un Tribunal requerido para expedir un mandamiento.

Prisión provisional acordada contra los ya condenados

Es corriente que las Salas de Justicia de los Tribunales, al acordar la condena de los procesados a pena aflictiva dicten un auto de prisión, para que al serles notificada la sentencia no se sustraigan a la acción de la Justicia. Contra estos autos de prisión se han interpuesto recursos de Habeas Corpus ante la Sala de lo criminal del Tribunal Supremo y ésta ha dictado las siguientes resoluciones:

Providencia de 6 de Diciembre de 1909 que rechaza de plano la solicitud, dice así:

«Que está legalmente decretada la prisión provisional, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3.º del art. X de la Orden 109 de 1899, de quien ha sido condenado por sentencia definitiva, que no es firme todavía, a la pena aflictiva de seis años, ocho meses y veintiún días de presidio mayor, como autor de un delito de hurto cualificado, que merece la calificación de grave, con arreglo a lo dispuesto en el art. 6.º del Código penal».

La providencia de 21 de Octubre de 1913 rechaza de plano la solicitud y dice así:

«Apareciendo de los documentos que se acompañan a la petición que el procesado ha sido reducido a prisión a virtud de auto dictado por la Audiencia de Santa Clara en 29 de Septiembre último y que en el 18 de Agosto anterior dictó la expresada Audiencia sentencia condenando a dicho procesado a la pena de diez años, once meses y un día de presidio mayor, visto el art. IV de la Orden núm. 427 de 1900, NO HA LUGAR A EXPEDIR EL MANDAMIENTO de Habeas Corpus que se solicita».

La providencia de 3 de Marzo que rechazó de plano la solicitud y que dice así:

«Vistos los artículos 503 y 504 de la ley de Enjuiciamiento criminal, artículos X de la Orden 109 de 1899 y IV de la núm. 427 de 1900, apareciendo de la copia del auto dictado por la Audiencia de Camagüey que el procesado ha sido condenado por dicha Audiencia como autor de un delito de malversación de caudales públicos, en las penas aflicti-

vas de ocho años y un día de presidio mayor y once años y un día de inhabilitación especial para el cargo de Alcalde municipal y otros análogos, y no alegándose en el presente escrito que concurren actualmente todas las circunstancias en virtud de las cuales puede decretarse la libertad provisional del procesado que lo estuviere por un delito grave, NO HA LUGAR a expedir el mandamiento de Habeas Corpus que se solicita».

Expedición de mandamiento a un condenado cuya condena expira estando en casación su causa

Se ha presentado ante el Tribunal Supremo una solicitud de mandamiento alegando que el tiempo de la condena acordada por la Sala sentenciadora había transcurrido, en virtud del recurso de casación que había interpuesto el Ministerio fiscal y la Sala del Tribunal Supremo el 12 de Enero de 1917 dictó la siguiente Providencia, que rechazó de plano la solicitud:

«Visto el único fundamento que se alega en la anterior petición, a saber: que el mero hecho de haber transcurrido el tiempo de la condena impuesta por la Audiencia, no obstante el recurso de casación establecido por el Ministerio fiscal, da al peticionario derecho a la libertad provisional sin fianza o mediante fianza inferior a la señalada por dicho Tribunal, fundamento que no es legal con arreglo al art. 503 de la ley de Enjuiciamiento criminal en relación con el XIII de la Orden de casación, sin que en la misma petición se haga alegación alguna en relación con el art. 504, párrafo 2.º, o el 531 de la misma ley, y no consignando por otra parte el peticionario los términos del recurso de casación establecido por el Ministerio fiscal; de acuerdo con el art. IV de la Orden de Habeas Corpus, no ha lugar a mandar expedir el mandamiento de Habeas Corpus que se solicita».

Expedición de un mandamiento en favor de un condenado por delito menos grave cuando el Fiscal recurre buscando calificación más grave.

Se ha solicitado ante la Sala del Tribunal Supremo mandamiento de Habeas Corpus en favor de un condenado por una Audiencia a delito menos grave que fué preso por haber presentado al Ministe-

rio fiscal un recurso de casación sosteniendo una calificación más grave. El Tribunal Supremo expidió el mandamiento, tramitó el recurso, y dictó el auto siguiente, de 15 de Mayo de 1913, aplicando por analogía el art. 13 de la Orden núm. 92 de 1899.

«Que, según el art. 13 de la Orden de casación, debe ponerse en libertad al procesado si el fallo fuera absolutorio, aunque contra él se admita el recurso de casación, y que, por analogía con ese precepto y dado el espíritu de las reformas introducidas por la Orden 109 de 1899 en los artículos 503, 504 y 529 de la ley de Enjuiciamiento criminal, tiene el procesado derecho a la libertad provisional, bajo fianza si ésta se considera necesaria, cuando en la sentencia, aunque contra ella se admita el recurso de casación y sea cual fuere la calificación de los hechos antes formulados, se le condena, como en el caso de autos, sólo como autor de un delito menos grave».

Mandamiento para un condenado

Se ha solicitado mandamiento ante el Tribunal Supremo en favor de un condenado por malversación cuando la sentencia era firme y la Sala ha dictado la providencia de 20 de Septiembre de 1911 que dice así:

«Apareciendo de la certificación presentada por el promovente con su escrito en que solicita que se expida mandamiento de Habeas Corpus a favor de su cliente, que se encuentra privado de libertad por virtud de la sentencia dictada por la Audiencia de Santa Clara, en causa seguida contra el mismo por malversación de caudales, DECLARADA FIRME: visto el art. I de la Orden 427 de 15 de Octubre de 1900: No ha lugar a expedir el mandamiento que se solicita».

Deben ser rechazadas de plano las solicitudes de mandamientos que no vayan acompañadas de la copia auténtica de la resolución.

La providencia de 26 de Mayo de 1915 dice en extracto lo siguiente:

«No acompañándose a la solicitud de Habeas Corpus la copia auténtica de la resolución a que se refiere el caso 4.º del art. III de la ley sobre la materia, y no asegurándose que por razones de traslación o de

la ocultación de la persona encarcelada con anterioridad a la solicitud no pudo exigirse tal copia o que ésta se exigió y fué rechazada, no ha lugar a librar el mandamiento que se solicita».

El auto de 3 de Septiembre de 1917 contiene exactamente tal doctrina, por lo que se omite extractarlo en este lugar.

No debe expedirse el mandamiento cuando la solicitud sólo se base en afirmaciones del recurrente

La providencia de 10 de Noviembre de 1915 sienta esta doctrina y dice en esencia lo siguiente:

«Fundada la anterior solicitud en simples afirmaciones del recurrente no apoyadas en ningún hecho, y apareciendo del único documento acompañado que se trata de un delito grave: Vistos los artículos 504, párrafo 2.º, de la ley de Enjuiciamiento criminal, y IV de la Orden de Habeas Corpus núm. 427 de 1900, no ha lugar a expedir el mandamiento que se solicita».

Solicitud mal hecha

Ante el Tribunal Supremo se presentó una solicitud de mandamiento por persona distinta del preso, que no venía en su nombre. Fué rechazada de plano en la providencia de 28 de Febrero de 1916, que dice:

«No habiendo sido presentada la anterior solicitud y los documentos que la acompañan, ni por el preso cuya excarcelación se pide, ni por nadie a su nombre; y no apareciendo, por otra parte, que dicha solicitud haya sido autenticada ante Notario, no ha lugar a proveer».

Para terminar el examen del art. IV, réstanos decir, que impone la obligación a los Tribunales requeridos de estudiar la solicitud y documentos y en caso de no proceder con arreglo a la legislación vigente, que hemos analizado a grandes rasgos, rechazar de plano esa solicitud; pero como este precepto otorga amplias facultades al Juez para que sin contienda y sin ulterior recurso, pueda decidir si se admite o no la petición, se ha puesto al final del mismo esa san-

ción exótica en nuestras leyes, de indemnizar al privado de libertad con 100 pesos, que se cobrarán por medio de una acción a nombre de éste, si el Tribunal quebranta el párrafo anterior (la concesión o no del mandamiento). Lo primero que choca a la vista de este segundo extremo del art. IV, es que se hable de quebrantamiento cuando lo que da al Tribunal es una facultad amplia y discrecional no sujeta a requisitos de formas ni de fondo, no obligándole a obedecer preceptos sustantivos ni procesales determinados. ¿Qué quebranta el Juez o Tribunal al no expedir el mandamiento, porque estime dentro de sus facultades, que el preso no tiene fundamento legal para solicitar ese beneficio? ¿Algún artículo o precepto de esta orden o de otras leyes? No, nada se quebranta; quebrantar en derecho es violar una ley, y no viola la ley quien interpreta; y si llegamos a violentar los principios generales de derecho, al extremo de estimar una interpretación errónea como una abierta violación de la ley, tendríamos que establecer, como trámite previo a la interposición de la multa-indemnización una especie de juicio o contienda en que, por peritos juristas se determine si la negativa del Juez o Tribunal a expedir el mandamiento quebranta la prescripción de este artículo que le ordena expedirlo, si de la solicitud o documentos tiene fundamento el preso para solicitarla, y una vez sentado esto, imponer la multa-indemnización.

Y aparte de esta dificultad que ya es bien grande, ¿qué clase de acción se ejercita? ¿civil o criminal? Parece, por hablar de indemnización, que la acción debe ser civil, y si es civil, es personal; pero como la cuantía es de 100 pesos y hay que examinar si hubo o no quebrantamiento, ¿se exigirá en un juicio verbal o se tendrá que ajustar el ejercicio de la acción a lo prescripto en el art. 114 de la ley Orgánica del Poder judicial que reproduce lo que disponía el Real decreto de 5 de Enero de 1891 con algunas modificaciones y utilizando el procedimiento que establecen los artículos 902 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil? Parece, más bien, que el procedimiento, aunque parezca ridículo, debe ser el juicio verbal; en primer lugar, porque la cuantía de la indemnización está fijada en la ley, y en segundo lugar, la contienda que surgiría no puede versar sobre los extremos que abarcan los artículos 114 de la ley Orgánica del Poder judicial, y 902 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, porque en este último procedimiento se va a determinar si por negligencia o ignorancia se ha violado una ley y a fijar

los gastos judiciales y los demás daños y perjuicios ocasionados, únicos extremos que, según el art. 114 ya mencionado, forman lo que se llama responsabilidad civil de los funcionarios judiciales, mientras que el art. IV que estudiamos, no requiere ni negligencia, ni ignorancia, ni dolo; sólo, como disposición contravencional ordena que el quebrantamiento se indemnice con una cantidad que fija apartando los resultados a que se podría llegar por otra vía y señalándolo taxativamente. Pero, es necesario hacer efectiva la indemnización con el ejercicio de una acción, hay que recurrir a un Tribunal civil, y no habiendo procedimientos especiales, se tiene que utilizar el procedimiento ordinario que, como es declarativo, se ajusta también al ejercicio de la acción, porque ya hemos visto que hay que declarar si ha habido o no quebrantamiento; y sería altamente jocoso ver a una Sala del Tribunal Supremo o de Audiencia compareciendo ante un Juez municipal por actos cometidos en el ejercicio de sus funciones, para celebrar un juicio verbal donde ellos tienen que defenderse, rompiendo la armonía procesal que siempre señala como competente para examinar y corregir los actos de un Tribunal a su superior jerárquico, nunca a sus inferiores. Por eso decía al comenzar este análisis que era exótico este precepto porque era tomado del Acta de 1679 de Inglaterra que señalaba una indemnización de 500 libras, sin decir tampoco el Tribunal que debe imponerla, aunque al hablar de los carceleros dice que el Tribunal será el de Westminster y los 1.000 pesos que prescribe el artículo similar de Habeas Corpus del Estado de New York, que tampoco señala procedimiento ni Tribunal. Este es el mal que produce copiar leyes de otros países sin modificarlas adaptándolas al engranaje de las propias.

En la práctica no es exigible la indemnización, porque esta ley no es armónica con nuestro derecho y se debe a que fué precipitada su confección. Es una necesidad para Cuba modificarla.

Forma del mandamiento

V. El mandamiento expedido como se prescribe en esta Orden tendrá sustancialmente la siguiente forma, y los blancos se llenarán debidamente:

El Pueblo de la Isla de Cuba

A.

Ordenamos a usted que presente a, que se dice preso o privado de libertad por usted, haciendo constar cuándo y por qué se realizó tal prisión o privación de libertad, cualquiera que sea el nombre por que dicho sea conocido o llamado, o el delito que se le imputa, ante (insértese aquí el nombre del Juez o Tribunal) en inmediatamente después del recibo de este mandamiento, para estar a lo que dicho Juez o Tribunal resuelva, debiendo traer usted consigo este mandamiento.

Firmado el día de de 19....

Texto inglés del Habeas Corpus cubano

V. The writ issued as prescribed in this Order must be substantially in the following form, the blanks being properly filled up:

The People of the Island of Cuba to...

We command you that you have the body of....., by you imprisoned or restrained of his liberty, as it is said, together with the time and cause of such imprisonment or restraint, by whatsoever name the said..... is called or charged, before..... (here insert the name of Judge or Tribunal) at..... immediately after the receipt of this writ, to carry out the order of the Judge or Tribunal then and there to be made, and bring with you this writ.

Signed the day of..... in the year 19.....

Texto del Habeas corpus del Estado de New-York

The writ of habeas corpus, issued as prescribed in this article, must be substantially in the following form, the blanks being properly filled up:

«The People of the State Of New York».

«To the Sheriff of», etc. (or «to A. B.»)
«We command you that you have the body of C. D. by you imprisoned and detained, as it is said, together with the time and cause of such imprisonment and detention, by whatsoever name the said C. D. is called or charged, before.....», («the supreme court, at a special term or term of the appellate division thereof, to be held», or «E. F., justice of the Supreme court», or other wise, as the case may be) «at....on....» (or immediately after the receipt of this writ), «to do and receive what shall then and there be considered, concerning the said C. D. And have you then there this writ» «Witness....., one of the justices» (or «judges») «of the said court» (or «county Judge», or otherwise, as the case may be,) «the..... day of....., in the year eighteen hundred and.....».

Este artículo es reglamentario, contiene la forma del mandamiento y no tiene más particularidad que la solemnidad del encabezamiento que como copia del Habeas Corpus de New York reproduce esta fórmula solemne. La ley que nos sirvió de modelo tuvo más pudor, no copió el encabezamiento en latín del Habeas Corpus inglés, que por otra parte es más racional.

Hoy resulta raro en nuestro país, primero, porque no cuadra ya con sus costumbres, pues ha perdido en todos los órdenes de la vida las formas solemnes, y si forzamos un poco el vocablo hasta las buenas costumbres se van perdiendo. Y segundo, porque el pueblo de Cuba no confeccionó el Habeas Corpus, ni lo quiso, y hoy le es indiferente.

El Habeas Corpus de New York tiene dos mandamientos, el que insertamos y el de *certiorari* que omitimos voluntariamente traerlo.

Eficacia del mandamiento

VI. El mandamiento no será desobedecido por ningún defecto de forma, con tal que en él se llenen los siguientes requisitos:

1.º Si el que tiene la custodia de la persona presa o privada de libertad es designado, bien por su título oficial, si lo tiene, o bien por su propio nombre; o si ambas cosas son desconocidas o inciertas, por su apelativo supuesto o apodo. Cualquiera persona a quien se haya entregado el mandamiento se considerará ser aquella a quien se ha dirigido, aun cuando se le haya dirigido con un nombre o generales equivocados o a otra persona, siempre que bajo su poder o custodia o disposición se encuentre la persona presa o detenida.

2.º Si la persona que se ordena sea presentada es designada por su nombre, o se describe de cualquier otra manera de modo que pueda venirse en conocimiento de la persona que se desea.

**Texto inglés
del Habeas Corpus cubano**

VI. The writ shall not be disobeyed for any defect of form, and particularly in either of the following cases:

1. If the person having the custody of the person imprisoned or restrained is designated either by his name of office, if he has one, or by his own name, or if both names are unknown or uncertain, by an assumed appellation. Any person upon whom the writ is served is deemed to be the person to whom it is directed, although it is directed to him by a wrong name or description, or to another person, provided that the person imprisoned or restrained of his liberty is in his custody.

2. If the person directed to be produced is designated by name or otherwise described in any way, so as to be known to be the person intended.

**Texto del Habeas Corpus
del Estado de New-York**

The writ of habeas corpus or the writ of certiorari shall not be disobeyed, for any defect of form, and particularly in either of the following cases:

1. If the person having the custody of the prisoner is designated either by his name of office, if he has one, or by his own name; or if both names are unknown or uncertain, by an assumed appellation. Any person upon whom the writ is served, is deemed to be the person to whom it is directed, although it is directed to him by a wrong name or description, or to another person.

2. If the person directed to be produced is designated by name, or otherwise described in any way, so as to be identified as the person intended.

* * *

Era necesario este artículo; si no existiera hubiera sido un motivo de justificación a la desobediencia del mandamiento cualquier defecto de forma, y dado el espíritu amplio de esta ley no pudo dejarse a la ritualidad el cumplimiento del mismo, máxime si tenemos en cuenta que esta ley es sajona donde los requisitos de forma no tienen la importancia suma que tienen en la legislación latina; y tan viva era la necesidad de este precepto después de dar la fórmula del mandamiento, que apesar de no ser la forma cuestión capital en los Estados Unidos, el Habeas Corpus de New York que nos sirve de modelo, tiene este artículo.

**Cuándo se ha de expedir el mandamiento
sin previa solicitud**

VII. Cuando un Juez o un Miembro de un Tribunal autorizado por esta orden para librar mandamientos de Habeas Corpus tenga pruebas de que cualquiera persona está ilegalmente detenida o privada de su libertad, dentro de su juris-

dicción, expedirá un mandamiento de Habeas Corpus para socorrer a esa persona, aun cuando no se haya hecho petición con ese fin.

**Texto inglés
del Habeas Corpus cubano**

VII. Where a Judge or a member of a Tribunal authorized by this Order to grant writs of habeas corpus has evidence that any person is illegally imprisoned or restrained of his liberty, within his jurisdiction, he must issue a writ of habeas corpus for the relief of that person, although no application therefore has been made.

**Texto del Habeas Corpus
del Estado de New-York**

Where a justice of the supreme court, in court or out of court, has evidence, in a judicial proceeding taken before him, that any person is illegally imprisoned or restrained in his liberty, within the State; or where any other Judge, authorized by this article to grant the writs, has evidence, in like manner, that any person is thus imprisoned or restrained, within the county where the Judge resides, he must issue a writ of habeas corpus or a writ of certiorari for the relief of that person, although no application therefore has been made.

* * *

La expedición de un mandamiento de oficio. Esta es una innovación en las leyes de Habeas Corpus: ni el interdicto romano, ni el fuero de Aragón, ni el Habeas Corpus inglés, contienen este precepto. Los primeros que lo disponen son los Habeas Corpus de algunos de los Estados americanos y entre ellos el de New York. Tiene su razón de ser en los Estados de la Unión, aunque ya veremos en qué forma; pero no en Cuba, a excepción de los casos de enclaustramiento. Como ya hemos visto, hay leyes que penan las prisiones y detenciones ilegales y no es posible que un Juez o miembro de un Tribunal expida un mandamiento cuando otras leyes le imponen el deber de proceder bajo la amenaza de delinquir. El Habeas Corpus, símbolo de libertades, vendría entonces a ser entre nosotros un acto de debilidad, de falta de acometividad, de falta de energía. Si alguien en la jurisdicción de un Juez está ilegalmente privado de libertad y tiene pruebas el funcionario llamado a expedir el mandamiento, inmediatamente instruirá un sumario si es competente o se inhibirá si no lo es, ordenando la detención del que detuvo y poniendo en libertad al secuestrado o detenido, y no se le ocurrirá, conociendo el art. 366 del Código penal, librar de oficio un mandamiento para sólo

obtener la libertad del preso. Desde hace casi veinte años que rige el Habeas Corpus no tenemos noticias que ningún Juez o miembro de Tribunal haya expedido un mandamiento en estos casos.

Por otra parte, esta facultad no se le otorga al Tribunal cuando tenga pequeños indicios o noticias; en cuyo caso por la no certeza absoluta del hecho pudiera tantearse con un mandamiento, no se le da esa facultad cuando tenga pruebas, y si las tiene, hay la certeza, y como el hecho es delito debe proceder.

¿Se referirá este artículo a prisiones acordadas por funcionarios del orden judicial? Si un juez dicta sin observar las reglas procesales ya estudiadas, una prisión, ¿podrá de oficio por otro Tribunal librarse un mandamiento? Tal parece por la amplitud del precepto que sí. Pero en la práctica evidentemente no sería posible; el artículo requiere que el Juez o Tribunal tengan pruebas; esas pruebas sólo pueden llegar a él de dos maneras, o porque en quejas se las remitan, en cuyo caso, equivaldría a una petición de mandamiento y no se expediría de oficio; o cuando el superior conociera en grado de los autos; pero en este caso ya no podría expedirse el mandamiento, porque el preso estaría a su disposición y bastaría con dictar un auto de excarcelación. Y, además, no hay que olvidar que todos los autos de prisión y libertad se notifican al Fiscal; que éste, además de ser parte en nombre de la sociedad, es el inspector del sumario, y que tiene, como una de sus ineludibles atribuciones, hacer que se cumplan las leyes, y no lo toleraría a no ser que fuese a tal punto abandonado, que no desempeñara, como manda la ley, su Ministerio.

Queda, pues, reducido al caso del enclaustramiento la expedición del mandamiento de oficio, pues en el arresto de la quiebra no sólo es obligatorio la prisión en la casa y la excepción en la cárcel, sino que siendo civil el procedimiento, las partes son los dueños de él y cuidarán como el Fiscal en el procedimiento criminal, de que se cumpla la ley. Y aun en el caso del enclaustramiento tropezará el Tribunal con el requisito de la prueba que exige el artículo.

Es, pues, éste, un precepto inútil y superfluo en la práctica, que no tuvo más razón de ser que el haber estado en el Habeas Corpus de New York, aunque de una manera bien distinta y mucho más racional con respecto a la legislación procesal de ese pueblo, pues el artículo similar del Habeas Corpus de New York, que en inglés se copia anteriormente, traducido dice lo siguiente:

«Cuando un Magistrado del Tribunal Supremo, en funciones o fuera de ellas, tiene pruebas fehacientes, en procedimiento habido ante él, que cualquier persona está ilegalmente encarcelada o cohibida en su libertad, dentro del Estado; o en el caso de cualquier otro Juez, facultado por este artículo para expedir mandamientos, tenga prueba fehaciente, en igual forma que cualquiera persona está así encarcelada o cohibida, dentro del Condado de residencia de dicho Juez: ha de expedir mandamientos de Habeas Corpus, o un mandamiento pidiendo la remisión de certificación de los autos (writ of certiorari) para el alivio de esa persona, aunque no medie instancia de parte al efecto».

Exige, pues, que la prueba fehaciente la adquiera el Tribunal que expida el mandamiento de autos judiciales que pendan ante él, es decir, que si en algún proceso de que conoce por razón de sus funciones, observa que hay un mal detenido o preso, libre el mandamiento, que en nuestro procedimiento, es un auto de libertad.

Si este artículo se hubiese copiado exactamente en Cuba, no hubiera podido aplicarse ni aun en el forzado caso del enclaustramiento.

Cumplimiento del mandamiento Su contenido

VIII. La persona a quien ha sido debidamente entregado el mandamiento expresará clara e inequívocamente en un informe por escrito:

1.º Si tiene o ha tenido bajo su custodia, poder o sujeción, a la persona para cuyo socorro se ha expedido el mandamiento.

2.º Si en ese concepto tenía a dicha persona cuando el mandamiento le fué entregado y aun la tiene, expresará con qué autoridad y por qué causa realizó su prisión o privación de libertad. Si el detenido lo estuviere en virtud de un auto, providencia o decreto, se agregará una copia del mismo al informe, y cuando se devuelva el mandamiento de Habeas Corpus se exhibirá el original al Juez o Tribunal.

3.º Si hubiere tenido tal persona presa o privada de su libertad, pero hubiere traspasado la custodia o sujeción de la misma a otro, el informe se ajustará a los requisitos que se

exigen en el inciso 2.º de este artículo, excepto que sólo se expresará lo esencial del auto, providencia o decreto, si el original no estuviere ya en poder del que ha de informar, y que el informe se consignará particularmente a quién, en qué tiempo, por qué causa y por orden de qué autoridad se hizo el traspaso.

El informe será firmado por la persona que lo dé, la cual prestará juramento sobre su autenticidad, de la misma manera que se exige al peticionario del mandamiento, y sin pagar derechos.

Texto inglés del Habeas Corpus cubano

VIII. The person upon whom the writ has been duly served must state plainly and unequivocally in his return:

1.º Whether or not he has, or at any time whatsoever had in his custody, or under his power or restraint, the person for whose relief the writ was issued.

2.º If he so had that person when the writ was served, and still has him, he must state fully the authority and true cause of the imprisonment or restraint. If the person is detained by virtue of a mandate, a copy thereof must be annexed to the return and upon the return of the writ, the original must be produced and exhibited to the Judge or Tribunal.

3.º If he so had the person imprisoned or restrained at any time, but has transferred the custody or restraint of him to another, the return must conform to the return required by the second subdivision of this paragraph, except that the substance of the mandate may be given, if the original is no longer in his possession, and that the return must state particularly to whom, at what time, for what cause, and by what authority the transfer was made.

The return must be signed by the person making it, and must be sworn to by him, in like manner as the petition must be sworn to and without cost.

Texto del Habeas Corpus del Estado de New-York

The person upon whom either writ has been duly served, must state, plainly and unequivocally in his return:

1.º Whether or not, at the time when the writ was served, or at any time thereafter or thereafter, he had in his custody, or under his power or restraint, the person for whose relief the writ was issued.

2.º If he so had that person, when the writ was served and still has him, the authority and true cause of the imprisonment or restraint, setting it forth at length. If the prisoner is detained by virtue of a mandate or other written authority, a copy thereof must be annexed to the return, and, upon the return of the writ, the original must be produced, and exhibited to the court or Judge.

3.º If he so had the prisoner at any time, but has transferred the custody or restraint of him to another, the return must conform to the return required by the second subdivision of this section, except that the substance of the mandate or other written authority may be given, if the original is no longer in his hands; and that the return must state particularly to whom, at what time, for what cause, and by what authority, the transfer was made.

The return must be signed by the person making it, and, unless he is a sworn public officer, and makes his return in his official capacity, it must be verified by his oath.

Este artículo es reglamentario, pero su inciso 1.º al expresar los elementos con que empieza el informe dice: si tiene o ha tenido bajo su custodia, poder o sujeción a la persona, etc.

El artículo en este extremo no es claro; cosa diferente es tener a un preso bajo su custodia, que tenerlo bajo su poder o sujeción. Tienen bajo su custodia a los presos los carceleros o agentes encargados de vigilancias, que por este hecho se convierten en carceleros, y los agentes que conducen presos de un lugar a otro; y lo tiene bajo su poder o sujeción, la persona a cuya disposición se encuentra, la que ha ordenado su prisión.

No ofrece duda cuando la prisión no es acordada por Jueces; pero cuando lo es, todos los presos están bajo la custodia de un carcelero y bajo el poder del Juez de instrucción cuando está en sumario; de la Audiencia o Sala de lo criminal, cuando está en plenario. ¿Se dirige el mandamiento en este caso, al carcelero o a quien lo tenía a su disposición? De la lectura del art. II, del inciso 2.º del artículo que estudiamos y de otros artículos también, se desprende que el mandamiento debe dirigirse a quien lo tiene bajo su poder o sujeción, al funcionario como dice el art. II, que acordó la prisión, y entonces se presenta uno de los inconvenientes que más perjudiciales hacen a esta ley y es obligar a los Jueces de instrucción y a las Salas de justicia de las Audiencias a trasladarse a lugares lejanos para leer el informe de que trata este artículo, y llevar la copia del auto de prisión. Este formulismo, que tanto estorba la buena marcha de la administración de justicia, quitando a un Juez de las investigaciones de otras causas, para un acto pueril, no tiene otra explicación que el conservar una reminiscencia histórica que no se ha querido desterrar; aunque en el Habeas Corpus inglés tiene su razón de ser, pues el mandamiento se libraba al carcelero y se justificaba su obligación de conducir al preso; y en Roma como se expedía al que lo tenía detenido que nunca era el Pretor, ni ningún otro funcionario, sino a particulares que lo realizaban violando la ley, se hacía necesario; pero, que se obligue a un Juez a hacerlo, que tiene que sacarlo de la cárcel, ordenando a los agentes de su autoridad su conducción a la capital de provincia, o a la Habana, para ingresarlo allí en otra cárcel, como se hace indebidamente en la práctica, ¿no sería igualmente eficaz el mandar el informe, la copia del auto y el preso por cualquier vía para que resolviera el superior? Con ello no se perjudicaría al Partido judicial, y hoy más,

con las dificultades que en la práctica se presentan con las sustituciones de la ley de 15 de Agosto de 1919.

Este precepto es innecesario y perjudicial, exige una rápida modificación. En cuanto al inciso 2.º, quitando requisitos pueriles como el de exigirle a un Juez o a una Sala que diga con qué autoridad tiene preso a un hombre, no ofrece ningún problema. Así tampoco las otras partes del artículo, a no ser el juramento para autenticar el informe que se exige al informante y del cual ya hemos hablado en otro lugar demostrando su falta de idoneidad.

Al tratar el art. XV veremos cómo puede presentarse prueba por el que rinde el informe. Este es un elemento que debió constar en esta enumeración de requisitos que estudiamos y no irlo a poner entre preceptos que tratan de otra cosa; y así es, que en todo el tiempo que lleva de vida esta ley, con la frecuencia que se utiliza este procedimiento, no se registra un caso, que sepamos, en que el informante haya presentado pruebas con el informe.

También el párrafo 2.º del art. XXIX de esta Orden contiene un requisito que debe llevar el informe del mandamiento y es, el de expresar al rendirlo, si la prisión o privación de libertad que el mandamiento refiere, ya ha sido objeto de otro mandamiento. Hemos examinado varios informes, y es triste confesarlo, no contienen esta alegación, ni el Tribunal que expidió el mandamiento ha dicho nada al resolverlo y es debido a que la ley entera no se lee al rendir el informe, sino solamente el art. VIII, que dice cómo debe ser éste, y desconoce todo aquello que se encuentra diseminado en la ley y que no ha ido a formar la rutina que se observa desde la promulgación de la Orden.

Tiempo dentro del cual debe cumplirse el mandamiento

IX. Cuando el que ha de presentar al preso o privado de libertad, no se encuentre a mayor distancia de treinta kilómetros del lugar en que ha de presentarlo, lo presentará junto con el informe, dentro de las veinticuatro horas después de recibido el mandamiento, y el mismo tiempo se concederá por cada treinta kilómetros adicionales.