

Borea, el leading case

Javier Valle-Riestra y G.O.
Abogado.

No creo que exista precedente en el mundo de un catedrático de derecho constitucional, autor de trabajos⁽¹⁾ sobre las acciones de garantía, probado defensor judicial de amparos, que sea el histórico protagonista, como sujeto del mismo, de un **hábeas corpus preventivo** ante su libertad amenazada, lo que determinó su exilio.

I. PRIMERA PARTE.

1. ANTECEDENTES.

El 13 de noviembre de 1992 fueron arrestados cuatro generales y diversos oficiales acusados de tentativa de rebelión militar (artículo 101 del Código de Justicia Militar) para derrocar al gobierno **constituido**. Borea asumió la defensa del General de División Jaime Salinas Sedó, sindicado jefe del intento. Argumentó como eje de su breve defensa, que se trataba de un acto de legítima insurgencia contra el gobierno que el 5 de abril de 1992 usurpó atribuciones parlamentarias, disolvió el Poder Judicial, clausuró el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Consejo de la Magistratura.

En diciembre -en actitud inexplicable- el General Sergio Sevilla Diez, magistrado instructor del Consejo Supremo de Justicia Militar, destituyó a Borea del cargo de defensor de Salinas; coetáneamente, la Fiscal **ad-hoc** Flor de María Mayta iniciaba, por orden de la Fiscal de la Nación, una pesquisa de los civiles presuntamente comprometidos en los hechos del 13 de noviembre. Citaba a Borea bajo diversos aperecimientos.

En medio de ese clima tenebroso (se habían asilado en diversas sedes diplomáticas el Almirante Vargas-Prada, el empresario Vera Gutiérrez, el industrial Polack y el hijo del General Jaime Salinas), Borea se refugia en la Embajada de Costa Rica y el gobierno por comunicado oficial 68-RE del 17 de diciembre de 1992 informa que le ha concedido salvoconducto, con lo cual reconoció explícitamente la amenaza existente sobre Borea y la politicidad del caso; a Abel Salinas, ex-ministro aprista, se le deniega dicho *pasavanti* porque, según comunicado oficial 071-RE del 22 de diciembre, su derecho a entrar, salir y transitar por el territorio de la República estaba expedito.

2. PLANTEAMIENTO DEL HÁBEAS CORPUS.

Como el 3 de septiembre de 1993 continuaba la investigación de la Fiscal **ad-hoc** (había archivado sin mayor actuación los casos de los ex-senadores Salinas y Cabanillas, que se apersonaron; el caso del señor Vera Gutiérrez, quien se autodefendió por fax desde su exilio, sin presentarse jamás; el de sus dos hijos; el de Conde, etc.), interpusimos por ante el 26º Juzgado en lo penal, una acción de **hábeas corpus** alegando tres puntos:

1º EL DERECHO DE INSURGENCIA; que los sucesos del 13 de noviembre de 1992 no eran delito ya que estaban legitimados en la Constitución (artículo 82) al proclamarse: "el pueblo tiene el derecho de insurgir en defensa del orden constitucional". Algunos se han atrevido a afirmar que el derecho de insurgencia es un derecho que puede ser invocado sola-

(1) "La Defensa Constitucional", Lima, 1977; "¿Qué ha hecho el Apra por el Perú?", Lima, 1980; "El Amparo y el Hábeas Corpus en el Perú de Hoy", Lima, 1985; "Las Garantías Constitucionales", Lima, 1992; "Antología de lecturas para el Seminario sobre la aplicación de los derechos humanos en las resoluciones judiciales", San José, 1993; "Los Elementos del Estado Moderno", Tratado de Derecho Constitucional, Tomo I, Lima, 1994; "La Difícil Democracia de América Latina", San José, 1994.

mente por los civiles. Si así fuera, sería un derecho castrado. La Constitución de 1979 decía "el pueblo", y del mismo forman parte civiles y militares. No necesitábamos tampoco que la Constitución lo dijera porque el derecho de resistencia a la opresión no es obra del derecho positivo sino del derecho natural, aunque sea la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el primer texto que lo reconoce.



Permítanme recordar la jurisprudencia histórica peruana al respecto, pese a que el oficialismo cree que mencionar la historia o la doctrina es "academicismo". No caeré en eso, porque sería descender al mundo de las tinieblas. Insurgente ha sido en nuestra patria, por antonomasia, el almirante Grau, quien en 1865 fue procesado ante una Sala de Guerra acusado de traición, insubordinación y desertión por no aceptar someter la Marina aliada a la jefatura del comodoro norteamericano John Tucker. Defendido por Luciano Benjamín Cisneros, fue absuelto. Pero sobre todo, Grau protagoniza en agosto de 1872 el derecho de insurgencia contra la sublevación militarista del Ministro de Guerra Gutiérrez y sus hermanos, que disuelven las juntas preparatorias del Congreso al compás de los culatazos de ochenta celadores y pretenden impedir la toma del poder por Manuel Pardo. Pardo se asila en el Huáscar, ya comandado por Grau; los capitanes de todos los navíos desconocen la usurpación del poder por quien era jefe de las Fuerzas Armadas, y la tiranía de los Gutiérrez se desploma.

Lo que protege el tipo de rebelión es el bien jurídico del desarrollo jurídico constitucional previsto en la ley fundamental; tutela no gobiernos constituidos

ni gobiernos legalmente constituidos, sino gobiernos constituidos constitucionalmente. Y el señor Fujimori se había puesto fuera de la ley al violar la Constitución y el artículo 101 del Código de Justicia Militar por disolver el Parlamento, destituir al Poder Judicial, abolir el Tribunal de Garantías Constitucionales, dispersar al Consejo de la Magistratura y gobernar por decretos-leyes.

Por eso, aquí nos hallamos en el mundo al revés. Estamos como en la España franquista de 1939. Franco se sublevó contra la Constitución de la República de 1931, contra el gobierno legítimo, y luego de tres años de guerra civil, el primero de abril de 1939, encarceló, procesó y condenó por rebelión, a los patriotas y heroicos generales que defendieron al Estado Republicano. Es decir, que los sediciosos persiguieron a los defensores del orden, los totalitarios a los demócratas, los autores del contrafuero a los constitucionalistas. Yo visité en su arresto domiciliario al general Rojo, defensor de Madrid, ya anciano, condenado por rebelión. Había sostenido a la República y a sus jefes legítimos.

Aquí, reitero, se encuentran dos teorías: la del derecho penal democrático y la del derecho penal autocrático. Muchos quieren ver el 5 de abril como un acto de obediencia legítima a órdenes del Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas. Y no es cierto, porque no son "castrensemente" obligatorios los mandatos antijurídicos. El subordinado tiene derecho a la *remonstratio*, a la réplica. Un subordinado no puede obedecer órdenes contra el orden constitucional; no puede disolver un Parlamento.

De tal modo que el señor Fujimori y toda su cadena de mandos era espuria desde el 5 de abril; y había perdido el óleo y el crisma que se le impuso el 28 de julio de 1990. Por eso los actos "preconspirativos", los actos penalmente *nonatos* de los acusados, deben ser examinados dentro del contexto histórico en que acontecieron. El Perú se hallaba en el "leprosorio" internacional, el Ejecutivo usurpaba monocráticamente atribuciones parlamentarias, el Poder Judicial estaba sometido servilmente; existía un clima totalitario.

2º NO HUBO DELITO PORQUE NO HUBO CONSPIRACIÓN; que, de no aceptarse el anterior postulado, los que intervinieron en aquellos sucesos no pasaron a la acción no perpetrando tentativa ni delito frustrado. Pero supongamos que Salinas no hubiese preconspirado contra un orden inconstitucional. ¿Habría delito? Tampoco, porque estuvieron en una etapa oratoria, de conversación, reflexiva, sopesando los pro y los contra. El Fiscal General reconoce que no tenían contactos políticos nacionales o internacionales; que no tenían contacto con la Marina, ni con la Aviación, ni con la Policía.

El Fiscal Superior Lau recuerda cómo Pastor Vives fundamenta que sin la Segunda Región ningún golpe prosperaba. Asimismo recuerda que Manuel Obando, secundado por Noblecilla, pedía cancelar el día D - hora H, que hubo quien magnificó la defensa de la casa del Comandante General para disuadir, y que los demás complotados sólo tenían actividades académicas o burocráticas. Nadie tenía mando de tropa. Así no se hace un golpe. Así no se fabrica un *putsh*. Sería un delito imposible. Algo así como pretender matar con un revolver de foguero o envenenar con bicarbonato, para mencionar ejemplos de seminario penal.

Hablar de rebelión es así, absurdo. Hablar de tenencia ilegal de armas, peor aun. ¿Qué arma se le incautó a Salinas? Hablar de tentativa de homicidio, inverosímil. ¿Quién iba a matar a Fujimori, si lo que querían era arrestarlo y ponerlo a disposición del Congreso para el antejuicio correspondiente y ejemplarizar? ¿Quién iba a matar al doctor Montesinos? Los presuntos asesinos eran Ormeño -que se pasó horas con dos soldados atónitos en la esquina de Ocoña con la Plaza San Martín, esperando la llegada del teniente coronel Moreno quien ya pernoctaba en su domicilio- y Cáceres, que es arrestado luego de la cancelación del operativo juntamente con Salinas y otros. El famoso fusil de cacería "Vanguard" estaba en un trastero de su casa. Asesinatos sin asesinos, sin armas, sin buscar a la víctima. ¡Sui generis!

El delito no aparece enterizo como Minerva de la cabeza de Júpiter. Es un proceso llamado *iter criminis*, que tiene una fase interna y una fase externa. La **fase interna** es impune; si una pluralidad de sujetos activos decide irrevocablemente pasar a la acción, nos encontramos ante la **conspiración**, en la que puede haber matices (**proposición, invitación a otros, provocación, instigación**); vienen enseguida los **actos preparatorios** (comprar los pasamontañas, las ganzúas, el arma, merodear); pasar a la **tentativa** (comenzar el acto, pero no acabarlo), la **frustración** (comenzar y acabar, pero sin éxito) y el **delito consumado**, que cumple con todos los elementos del tipo penal.

Los conjurados sólo estuvieron, reitero, en la etapa "preconspirativa". Y existe un aforismo: "*cogitationes paenam nemo patitur*", las ideas no delinquen. El Código de Justicia Militar declara impunes los actos preparatorios posteriores a la conspiración, salvo que haya habido confabulación; y aquí no hubo confabulación porque no hubo concierto sino indecisión, abulia, polémica, deserciones y hasta agentes

provocadores; como lo dice Jiménez de Asúa lo que primero reclama la ley en la **conspiración** es el concierto de voluntades, una decisión de ejecutar el delito, es decir, que no sólo estén concordes sino resueltos a realizar el hecho. Agrega el Maestro: "si esta decisión no se ha tomado seriamente, resulta dudoso que exista conspiración; incluso aquello sobre lo que se ha decidido de modo categórico, si se aplaza *sine die*"⁽²⁾.

Rodríguez Devesa, profesor de derecho penal militar y coronel togado del Ejército español, dice: "...mientras no se toma, o adopta, la decisión de cometer el delito, no hay todavía, técnicamente, conspiración. La mera iniciativa de deliberar sobre si se comete un delito o no, tampoco es punible a título de proposición; y conspiración no hay, porque falta la resolución conjunta"⁽³⁾.

Odofredo (1265), hace siete siglos, broqueló las relaciones entre el elemento interno y el externo. Las transcribo para ubicar en qué etapa estuvieron Salinas y sus camaradas de armas:

- Quien piensa delinquir, actúa y perfecciona (**delito consumado**);
- Quien piensa, actúa y no perfecciona (**tentativa**);
- Quien piensa pero no actúa y no perfecciona (**preconspiración o pretentativa**);
- Quien actúa y perfecciona sin pensar (**delito preterintencional, el caso fortuito, etc.**);
- Quien no piensa, no actúa, ni perfecciona (un hecho atípico, indiferente).

El caso submateria es el tercero, por lo tanto, impune y atípico; no podrá alegarse que Salinas, Víctor Obando, Pastor Vives, Soriano Morgan o Carmona debieron denunciar sus conversaciones a la autoridad militar, simplemente porque son retirados, apartados definitivamente del servicio, no sometibles a la justicia castrense según la Ley de Situación Militar (artículo 12) y por lo tanto -según la Constitución, artículo 282- sometibles al fuero común por no poder perpetrar delito de función, ya que, precisamente, carecen de función alguna.

No fue una **conspiración** sino una **preconspiración**; y de rechazarse también esta premisa, alego:

3º QUE NO EXISTÍA INDICIO DE PARTICIPACIÓN ALGUNA DE ALBERTO BOREANI DE NINGÚN CIVIL EN LOS HECHOS. Al contrario: el almirante togado Bernardo de Rivero, Fiscal General de la Sala Revisora de la Justicia Militar, dicta-

(2) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Ed. Losada. Buenos Aires, Tomo VII, pág. 279.

(3) RODRÍGUEZ DEVESA, José María. Derecho Penal Español. Parte Especial. Madrid, 1969, pág. 627 y ss.

minó "que no estaba demostrada la participación de ningún político o civil, nacional o extranjero", criterio seguido por la última instancia castrense, la Sala Revisora, presidida por el almirante Duboc, que no dispuso (al fallar la última instancia) librar denuncia alguna por ante el Ministerio Público común.

Al hallarnos así ante hechos atípicos o ante hechos legitimados por la Constitución, en que no cabía persecución penal porque no hubo en los conjurados ni decisión ni actuación ni indicios de participación civil, pese a la prolija investigación castrense del servicio de inteligencia, venía a colación la pregunta ¿qué investigó entonces la Fiscal *ad-hoc*? Le respondió al magistrado instructor (al prestar declaración) que por dos razones: a) porque no conocía el dictamen fiscal ni el fallo de la Sala Revisora del Consejo Superior de Justicia Militar; y b) primordialmente porque el pesquisado Borea se resistía a comparecer ante su despacho (*sic*). En esa antológica respuesta estaba el *quid* del problema, el *dubium* de la causa.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO DEL HÁBEAS CORPUS.

En el texto de nuestra demanda de acción de hábeas corpus y en el curso de la sumarísima litis alegamos diversos fundamentos. Veámoslos.

El artículo 200, inciso 1° de la Constitución de 1993 señalador de cómo procede el hábeas corpus⁽⁴⁾: "...ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos".

Esta definición de la novísima Carta (pese a que la tenemos tachada de ilegítima) es un buen aporte porque perfecciona la idea de procedencia de la acción de derechos vinculados a la libertad, que no sean ésta intrínsecamente.

El artículo 8 del Pacto de San José preceptúa, sin mencionarlo, el hábeas corpus preventivo: "Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida sin demora sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueren ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes preven que toda persona que se viere amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida

sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido".

O sea que, desde el punto de vista de los tratados de derechos humanos (ratificados por la cláusula XVI de la Carta de 1979), la acción tutelar de la libertad se refiere también a la amenaza. Más aun cuando esa amenaza ilegítima proviene de la titular de la acción penal y por hechos violadores del "*nullum crimine, nulla poenae, sine lege*".

Pero hay algo más. Delito o no delito, existe el plazo racional de investigación. El artículo 8, inciso 1°, de la Convención Americana manda: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable".

Y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas reafirma en su inciso 3, letra c) como derecho de la persona: "A ser juzgada sin dilaciones indebidas".

La Comisión Europea de Derechos del Hombre, del Pacto de Roma, gemelo del Pacto de San José, tiene abundante jurisprudencia sobre plazo razonable y derecho a un proceso justo. Además de los casos *Neumeister vs. Austria*, *Wenhoff vs. RFA*, o *Matznetter* también contra la República austriaca en que se ventilaron demandas por violación del derecho al plazo racional, ha tenido un *affaire* muy reciente. El 14 de enero de 1992 (familia Ruiz Mateos vs. España), la Comisión concluyó que el Estado denunciado había violado el artículo 6°, parrafo 1° de la Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre cuyo texto es: "Toda persona tiene derecho a que su causa sea escuchada equitativamente, públicamente, y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá, sea sobre contestación de sus derechos y obligaciones de carácter civil, sea en acusaciones penales dirigidas contra ella".

4. LA DOCTRINA.

Como lo recuerda Sagüés⁽⁵⁾, el hábeas corpus, desde un punto de vista cronológico, puede ser **reparator**, si ataca una lesión ya consumada, o **preventivo**, si pretende impedir una lesión por producirse. Y desde el punto de vista del radio de cobertura existen cinco posibilidades:

a. Hábeas corpus principal, tradicional o clásico, dirigido a fulminar una detención o prisión ilegítima.

(4) Además de citar el artículo 295 de la Constitución de 1979 y la Ley 23506.

(5) SAGÜÉS, Néstor Pedro. Hábeas Corpus. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988, pág. 144 y ss.

tima o por producirse;

b. **Hábeas corpus restringido**, encaminado a evitar molestias menores a la libertad;

c. **Hábeas corpus correctivo**, que procura evitar traslados irregulares de personas arrestadas indebidamente;

d. **Hábeas corpus de pronto despacho**, instrumentado para impulsar trámites administrativos;

e. **Hábeas corpus por mora en la traslación del detenido**, que procura la libertad de una persona requerida por una autoridad distinta del lugar de su detención.

¿A cuál de estos **hábeas corpus** pertenece el caso Borea? El profesor no estaba detenido, no existía un mandato de arresto, nadie dispuso su exilio. Era un **hábeas corpus preventivo**, por amenaza, ya que la Fiscal **ad-hoc** estaba avocada en una averiguación inacabable en su contra. El farragoso proceso militar había concluido por sentencia firme en marzo de 1993 y en mayo parte de los condenados fueron indultados. Sin embargo, la Fiscal **ad-hoc** seguía obstinada con el joven catedrático. Se le dejaba una espada de Damocles para que no volviera a su patria.

5. LA JURISPRUDENCIA: el caso "Macía, Francisco".

No existía en el Perú jurisprudencia que declare fundado un **hábeas corpus** por la amenaza que significa una investigación fiscal inconstitucional, violatoria además de todo plazo racional. Los *leading cases* Ravines, y Liberona, en los que fui el abogado en 1969 y en 1982, respectivamente, se referían a personas desterradas por orden del Poder Ejecutivo. Pero en Argentina sí existe. Es el caso Macía, Francisco y Gassol, Ventura.

En el aludido caso, el tribunal puntualizó que para la procedencia del **hábeas corpus**: "...no es pues necesario que la persona afectada por la orden o por el procedimiento se halle detenida, presa o confinada; basta que de cualquier manera su libertad se encuentre restringida sin derecho; o amenazada por una orden o un procedimiento tendiente a restringirla"⁽⁶⁾.

Y en el caso "Mattei", Fallos, C.S.N., 272-188 (1968)⁽⁷⁾ se definió el derecho a no vivir con el estigma de permanente sospecha por la investigación indefini-

da. Y sentenció: "Tanto el principio de progresividad como el de preclusión reconocen su fundamento (...) en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando así que los procesos se prolonguen indefinidamente; pero además, y esto es esencial, "atento a los valores que entran en juego en el juicio penal, obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consubstancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca de una vez para siempre, su situación frente a la ley penal".

"Algunos se han atrevido a afirmar que el derecho de insurgencia es un derecho que puede ser invocado solamente por los civiles. Si así fuera, sería una derecho castrado"

El Tribunal Constitucional español en sentencia 24/1981 del 14 de julio de 1981⁽⁸⁾ sostuvo que: "...el derecho a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 de la Constitución no puede entenderse como algo desligado del tiempo en que debe prestarse por los órganos del Poder Judicial, sino que ha de ser comprendido en el sentido de que se otorgue por éstos dentro de los razonables términos temporales en que las personas lo reclaman en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. El ámbito temporal en que se mueve el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales lo viene a consagrar el párrafo 2 del mismo artículo 24 de la Constitución al hablar de "un proceso público sin dilaciones indebidas" y aunque pueda pensarse que por el contexto general en que se utiliza esta expresión sólo está dirigida en principio a regir en los procesos pena-

(6) Ibidem, pág. 226 y ss.

(7) CARRIÓ, Alejandro D. Garantías constitucionales en el Proceso Penal. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1984, pág. 131

(8) "BOE" num. 172 de 20 de julio de 1981. Madrid.

les, ello no veda que dentro del concepto general de la efectiva tutela judicial deba plantearse como un posible **ataque al mismo las dilaciones injustificadas que puedan acontecer en cualquier proceso**".

II. SEGUNDA PARTE.

1. ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA DEL 26 DE ENERO DE 1994.

El magnífico fallo amparatorio del juez Herrera Cassina, como ninguna otra acción de garantía anterior, reconoce la doctrina del **plazo razonable** y nos dice: "...la lógica más racional, más elemental, conduce a establecer una **racionalidad** entre la función investigadora con relación al tiempo en que debe desarrollarse y concluir, con el derecho elemental de toda persona considerada sospechosa, que en un tiempo razonable se determine que, en efecto, ha cesado la presunción o sospecha o alternativamente, también en un término **racional**, se ejercite ante el órgano jurisdiccional competente".

“No existía en el Perú jurisprudencia que declare fundado un hábeas corpus por la amenaza que significa una investigación fiscal inconstitucional, violatoria además de todo plazo adicional”

El concepto de **plazo racional** es reiterado al decirse que una investigación de catorce meses es excesiva porque: "...tal investigación debe tener una **duración razonable** a la luz del mandato constitucional y tratados internacionales a los que el Perú está adscripto (sic) y tienen fuerza de ley como el artículo octavo, inciso primero del Tratado Internacional sobre Derechos Humanos (sic) o Pacto de San José de Costa Rica; es así que acreditan que se ha cometido una infracción al amenazarse la libertad individual del accionante por existir una investigación abierta indefinida o indeterminada en su contra, de parte de la Fiscal **ad-hoc**".

El fallo del **hábeas corpus** fue recurrido por la Fiscal y por el Procurador, pese a que el juez indultaba a la señora Mayta de las responsabilidades del artículo 11 de la Ley 23506. Sin visión jurídica los magistrados de la Sala Penal revocaban el magnífico auto el 8 de febrero de 1994. Veamos esos votos.

2. CONSIDERANDOS DE LOS VOCALES ARMANDO DE LA CRUZ PACHAS Y BENJAMÍN CASTRO MARAVÍ QUE EN MAYORÍA VOTARON POR REVOCAR EL FALLO DEL JUEZ HERRERA CASSINA Y DECLARAR IMPROCEDENTE EL HÁBEAS CORPUS⁽⁹⁾.

El primer considerando fue a favor de la teoría de la defensa. Nosotros sostuvimos que a Borea se le investigaba por un asunto atípico, no previsto en la ley como delito, ya que la Constitución legitima el derecho de insurgencia contra la usurpación. Así lo reconoce la Sala. Dicen textualmente, aunque parezca inverosímil: "Que es materia de grado pronunciarse respecto al extremo de la **notoria lenidad** portada por la Fiscal ad-hoc Flor de María Mayta Luna en la investigación preliminar respecto a la intervención del accionante Alberto Alfonso Borea Odría por su presunta participación en los hechos políticos acontecidos el **trece de noviembre de mil novecientos noventa y tres (sic)**".

Y como es lógico una Fiscal no puede investigar **hechos políticos**. Debe investigar **delitos comunes** y, en todo caso, **delitos políticos**, los que atentan contra la seguridad del Estado constitucional y democrático. Pero **jamás** hechos políticos, de donde se infiere que la investigación de la Fiscal cuestionada es ilegítima, un contrafuero, una amenaza.

La Sala le reprueba al juez Herrera Cassina haber comparecido en la justicia militar para advenir, comprobar, el dictamen del Fiscal togado y sentencia de la Sala Revisora, coincidentes en afirmar que no está demostrada la participación de civiles ni de políticos nacionales o extranjeros, así como no haberle pedido el expediente investigador a la Fiscal. No era necesario. En su manifestación judicial esta señora no pudo presentar ningún elemento probatorio o indiciario que explicase la pesquisa contra mi patrocinado. Se limitó a expresar que no conocía el dictamen ni el fallo castrense aludidos, manifiesta negligencia, porque obran en el expediente de **hábeas corpus** y porque en su pesquisa debió pedírselos al Consejo Superior de Justicia Militar bajo apercibimiento. Arguyó que no cerraba el caso porque Borea no había comparecido. Sin embargo,

(9) Estos vocales no fueron nombrados titulares por el Jurado de Honor de la Magistratura. Borea los había tachado en escrito dirigido a ese ente.

archivó definitivamente el del probo ciudadano Vera Gutiérrez⁽¹⁰⁾ que se constriñó a autodefenderse por fax enviado desde Costa Rica. Donde hay la misma razón, existe el mismo derecho. Todos debemos ser medidos con la misma vara.

La Sala considera, en mayoría, que por haberse archivado provisionalmente el caso, ha cesado la amenaza, más aun cuando la Fiscal no tiene facultad para disponer búsquedas ni capturas. Falsísimo. Un archivamiento provisional puede ser reabierto y la Fiscal, por ser titular de la acción penal, puede denunciar. Sobre todo al leerse a fs. 269-270 que lo dispuesto por dicha magistrado es: "El archivo provisional de los actuados con relación a Eduardo Rodríguez Larraín y Alberto Borea Odría debiendo continuar las investigaciones del caso en este extremo".

¡He allí la espada de Damocles! No existe, entonces, sustracción de materia constitucional a la acción de hábeas corpus. Al contrario, ésta se nutre de nuevos atropellos y discriminación, fruto de la desviación de poder.

3. EL VOTO SINGULAR DE LA PRESIDENTA LINA MUÑOZ.

Demuestra desconocimiento supino del derecho constitucional, sea esto dicho con *animus defendendi* y guardando las más altas consideraciones por dicha magistrado. ¿Por qué? Porque se pronuncia por la inhibición de la Sala y por remitir los actuados a la judicatura civil. Sostiene que la acción pertinente era la de amparo y no la de hábeas corpus. Coincide, paradójicamente, con la mayoría al afirmar que los hechos del 13 de noviembre de 1992 fueron políticos⁽¹¹⁾.

No sabe la Presidenta que la acción de hábeas corpus versa exclusivamente sobre la libertad física "o los derechos constitucionales conexos" (artículo 200, inciso 1° de la Constitución de 1993); sobre el derecho de transitar; sobre el *jus movendi et ambulandi*. El amparo se refiere a los otros derechos constitucionales conculcados o amenazados (cátedra, opinión, prensa, fuero, etc.). Pretende sostener su sinrazón legal afirmando que los únicos casos en que puede interpelarse hábeas corpus son los "que especifican los dieciséis (sic) incisos del artículo doce de la ley veintitrés mil quinientos seis". No. De esa ley soy coautor y alude

enunciativamente a los casos, es decir, a manera de ejemplo. No dice *taxativamente* o enumerativamente, y es lógico, porque el ingenio represivo de las dictaduras es superior al ingenio preventivo del legislador.

El profesor Borea, el accionante, citado en su voto por los SS. de la votación en mayoría, dice en un sobresaliente trabajo, el único orgánico sobre la materia en nuestro medio⁽¹²⁾: "Esta lista es enunciativa y no taxativa. En el proyecto que se consigna en el anexo 1 de este trabajo se señaló que era posible interponer la acción de Hábeas Corpus en «todos los demás casos previstos en la Constitución que no estén previstos en la anterior enumeración». El Parlamento trasladó esta fórmula al encabezamiento del artículo. En definitiva, el criterio no ha cambiado y se ha permitido a los jueces arbitrar algunos otros casos en los cuales es el hábeas corpus y no el Amparo el remedio adecuado".

¿Alguna duda sobre qué quiere decir jurídicamente enunciativo? Recurramos al Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas, tomo III, pág. 135, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1979: "ENUNCIATIVO. Lo que enuncia como resumen o guía, idea o indicación, sin excluir otros supuestos (v. Enumerativo, enunciación)". "ENUMERATIVO. Lo que incluye una enumeración (v) En materia legal lo enumerativo suele contraponerse a lo enunciativo (v); en el primer caso, sólo ha de estarse a lo expresado en el texto y no cabe exigir otras condiciones o supuestos, ni comprender casos distintos a los mencionados; la interpretación por lo tanto es restrictiva. Por lo contrario en lo enunciativo, el texto se limita a los casos más importantes, definidos y frecuentes, sin agotar los posibles, o menciona las condiciones y cualidades principales".

Se aprecia así que la historia, la doctrina y la constante jurisprudencia de nueve siglos en materia de hábeas corpus, como *paladium* de la libertad, fueron hechas polvo por un par de frases equivocadísimas en el voto singular de la Presidenta de la Sala.

4. EXÉGESIS DEL FALLO DE LA SALA DE LA CORTE SUPREMA DEL 24 DE FEBRERO DE 1994.

Los SS. Mario Urello, Lino Roncalla, Javier Román, Elcira Vásquez y Andrés Echevarría, expidie-

(10) Vera Gutiérrez, dueño del canal 9, era acusado de haber proporcionado a los conjurados dos inmuebles, celulares, camionetas blindadas, etc. Alegó que creía que eran para organizar una "Teletón".

(11) "Vistos; oídos los informes orales y CONSIDERANDO: Que de autos aparece que lo que en el fondo se reclama es la demora por parte de la Fiscal ad-hoc Flor de María Mayta Luna en la investigación preliminar, respecto a la participación del favorecido con el Hábeas Corpus en los hechos políticos del tres de noviembre de mil novecientos noventa y tres" (sic).

(12) BOREA, Alberto. Las Garantías Constitucionales: Hábeas Corpus y Amparo. Libros Peruanos S.A., 1992, pág. 139.

ron su histórico fallo el 24 de febrero de 1994, declarando HABER NULIDAD en la resolución de vista y REFORMÁNDOLA confirmaron el fallo del instructor que había declarado procedente la acción de *hábeas corpus*.

Y así dijeron refiriéndose a la pesquisa fiscal: "...investigación que no tenía cuándo concluir; que, como consecuencia de esta investigación ilegal la puesta en peligro de la libertad del accionante se pone de manifiesto cuando no se quiere dar por concluida una investigación mientras no se presente el investigado a prestar su declaración indagatoria a sabiendas de que se encontraba fuera del Perú, dando a entender que la investigación tenía que prolongarse mientras dure la ausencia, como si no hubiera otros elementos de juicio en los actuados, que no sólo permitían sino que la obligaban a un pronunciamiento definitivo, como lo había hecho respecto a otros implicados, prolongándose una situación de indefinición procesal y la consiguiente estigmatización que conlleva el simple hecho de estar investigado por presunto delito".

En su parte resolutive terminó la Corte Suprema ordenando y mandando: "...que la emplazada proceda a dar por concluida la investigación preliminar aludida, cesando toda amenaza contra la libertad del accionante respecto de los sucesos ocurridos el trece de noviembre de mil novecientos noventa y dos".

La jurisprudencia mayor del Perú unge así el *plazo racional* y se siente en sus palabras el acento del caso argentino "Macía, Francisco", ya citado, que aludió al "derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito".

La Corte resolvió correctamente pero evadió el argumento clave: no cabía investigación por la Fiscalía de hechos atípicos, de hechos legitimados por la Constitución al proclamarse el derecho de insurgencia contra la usurpación; item más, cuando los conjurados no se resolvieron a actuar y cancelaron su generoso pero utópico plan "restauración".

Tiene una singular importancia esta jurisprudencia porque prueba que el Poder Judicial puede

detener las pretensiones inconstitucionales de un ente estatal autárquico, el Ministerio Público. Y que es inadmisibles la alegación de la Fiscal, cuando apeló del fallo del juez, de que sería un funesto precedente declarar fundado el *hábeas corpus* de Borea porque su misión la desempeñan los fiscales *ad-libitum* "y no pueden estar sujetos a que otra autoridad invada fueros y resuelva el cese y archivamiento de las investigaciones".

Eso es desconocer la naturaleza y el poder de las acciones de garantía.

Con *amparos* se detuvo la intervención de la banca y con *amparos* se impidió la estatificación, es decir, que se paró al Jefe de Estado y al propio Parlamento; con *amparos* regresaron a filas el General Acosta de la PIP, los Generales Montoya Alvarez y Vizcardo de la FAP, y el Almirante Barragán, viejo marino. Todos esos pases al retiro estaban firmados por el Presidente de la República. Y con *amparo* el propio vocal Lino Roncalla de la Sala Suprema, dignísimo magistrado no ratificado en 1981 por la Sala Plena, volvió a la Corte Superior. El propio Poder Judicial dejó sin efecto lo acordado por su máximo y plenipotenciario órgano administrativo.

Con *hábeas corpus* regresaron al Perú en 1956 el Mayor Villanueva, exiliado por la dictadura odriísta; Ravines (1969) venció, pero no llegó a volver; Liberona, desterrado (1982) por el Ministro Rincón, que a los pocos días del triunfo del proscrito se vio obligado a dimitir. Todos esos contrafueros no eran decisiones inconsultas de los Ministros sino determinaciones del Jefe de Estado.

No cabía así alegar que la Suprema no podía mandar y ordenar el archivamiento definitivo de un expediente fiscal pesquisador de hechos políticos atípicos, sin indicio alguno de participación del investigado en los mismos y fuera de todo *plazo racional*.

Recuérdese finalmente lo dicho por Sánchez Viamonte sobre cómo un humilde juez británico del siglo XVI podía excarcelar a alguien a quien el propio monarca había mandado a los aljibes. *Rex eris si recta facies, si nom nom eris*⁽¹³⁾.

(13) Los jueces deben tener coraje. Deben, como he dicho mil veces, preferir, la Historia a la quincena. Quizás debamos restaurar la fórmula del proceso aragonés de *manifestación* de jueces que tutelaba a los procesados por juez incompetente o estaban prisioneros sin proceso. La acción se planteaba ante el Justicia Mayor y comenzaba con una firma del perjudicado que demandaba su *amparo* con las palabras ¡Avi! ¡Avi! que en lenguaje maño quieren decir ¡Fuerza! ¡Fuerza! Esa fuerza y ese coraje cívico que le falta a nuestra judicatura, aunque en el *leading case* Borea se presenta un síntoma saludable, esperanzador.