

EL GARANTISMO	29
I. Introducción	29
II. Distintas acepciones del garantismo	33
III. Las otras aportaciones	38
IV. Del garantismo a las garantías constitucionales	45
V. El garantismo frente a la “suspensión de las garantías constitucionales”	53
VI. La democracia y la reconstrucción del contrato social	56

EL GARANTISMO

I. INTRODUCCIÓN

El garantismo como expresión genérica podría confundirse con una parte del derecho constitucional: la denominada “parte dogmática”, si nos referimos a la Constitución de la nación argentina, o a las grandes declaraciones de los derechos que contienen otros textos que pueden considerarse históricos o clásicos, como la Constitución de Virginia o la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que es considerada la “parte dogmática” de la Constitución francesa.

De este modo, una primera aproximación “clásica” diría que en la parte dogmática de la constitución se encuentran las declaraciones derechos y garantías, en tanto se reserva a la parte orgánica lo referido al estatuto del poder y a sus divisiones “verticales” y “horizontales”, si usamos la terminología de Lowenstein.¹

Pero esta aproximación ofrece, además, una versión más restringida de las “garantías constitucionales” (también en términos clásicos), de modo que los derechos declarados en la Constitución tienen que ver con la potencialidad o atribución de un sujeto (subjctivos), un grupo (colectivos) o de varios (difusos), en tanto que las garantías constitucionales tendrían un significado más limitado a los mecanismos procesales para proteger o hacer valer los derechos, haciendo realidad la máxima atribuida a Chiovane-da, en cuanto a que “no hay derecho sin acción”, o bien, como lo señala con especial precisión Hans Kelsen, el verdadero derecho subjetivo existe cuando el individuo cuenta con todo un sistema para defenderse ante la violación de un derecho, sistema que incluye la titularidad de una acción (legitimidad), y el acceso a la justicia ante tribunales imparciales integrados por jueces naturales que respeten las reglas del proceso.²

1 Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel.

2 Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México.

Kelsen destaca que la garantía constitucional de los derechos de libertad no es realizable según la norma usual, declarando que la propiedad es inviolable y que la expropiación sólo es posible en virtud de una ley; o bien que la libre emisión del pensamiento sólo puede ser limitada por ley, pues en este caso, la garantía constitucional desaparece en el momento que la constitución delega en la legislación ordinaria las invasiones en la esfera de la libertad. Respecto a las declaraciones de derechos, Kelsen agrega que “las libertades que conceden son derechos en sentido jurídico sólo cuando los súbditos tienen la oportunidad de reclamar contra actos del Estado por los cuales estas prescripciones constitucionales son violadas, y la facultad de hacer que tales actos sean anulados”.³

Esta concepción ultra restringida limitaría las garantías constitucionales a aquéllas que específicamente están establecidas en la constitución como mecanismos de protección de los derechos, es decir, el *habeas corpus*, el amparo, el *habeas data*, el debido proceso, el recurso extraordinario, la acción declarativa de inconstitucionalidad y aquellas otras que surgen de la constitución: división de poderes, principio de legalidad, principio de razonabilidad, derecho a la jurisdicción, etcétera.

Para Zarini, las garantías aparecen como instituciones y procedimientos de seguridad creados a favor de los habitantes, para que éstos cuenten con medios de amparo, tutela o protección, a fin de hacer efectivos los derechos subjetivos, y enumera entre ellas al *habeas corpus*, la acción de amparo, el *habeas data*, la defensa en juicio, la demanda y la excepción de inconstitucionalidad.⁴

En esa concepción estricta, llamaremos “garantías constitucionales” a las que corresponden a todos los habitantes de la nación en ejercicio de sus derechos constitucionales, conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, en tanto que existen otras garantías específicas, restringidas a determinados grupos o categorías de personas que no se otorgan por su condición de tales, sino en razón del cargo que ocupan y durante el tiempo que lo desempeñan. De ahí que no se denominen garantías en sentido propio, sino más bien prerrogativas, inmunidades o privilegios, como los fueros parlamentarios, la inamovilidad de los jueces y la intangibilidad de sus remuneraciones.

³ *Ibidem*, p. 248.

⁴ Zarini, Helio Juan, *Constitución argentina comentada y concordada. Texto según la reforma de 1994*, Buenos Aires, Astrea, p. 21.

La concepción restringida del término “garantía” referida a los mecanismos de protección o de tutela de los derechos en sentido procesal no es compartida por todos los autores, toda vez que el orden público constitucional no parecería susceptible de ser sometido a subdivisiones de rango o jerarquía, como los que surgen de distinguir entre derecho de fondo y de forma.

De ahí también que un autor clásico como Joaquín V. González en su *Manual de la Constitución argentina*⁵ utilizara los términos de manera poco clara, mostrando cierta confusión, como si hubiera un ámbito común entre las garantías y las declaraciones. Entre los autores actuales, Sagues hace relativa la diferencia entre derecho y garantía, porque entiende que quien es titular de una acción es también titular de un derecho a ejercer esa acción.⁶ Curiosamente, una posición similar a la anterior es seguida por algunos autores del derecho procesal que hablan del derecho de amparo.⁷

Por su parte, Juan Francisco Linares distinguió entre cuatro posibilidades:

- a) Una acepción sumamente estricta que comprendería sólo los procedimientos judiciales sumarios y reglas procesales, como el *habeas corpus*, el amparo, el derecho de no declarar contra sí mismo, etcétera.
- b) Una acepción estricta que incluiría (además de la connotación anterior) todos los procedimientos judiciales protectores de la libertad jurídica, como la demanda y la excepción de inconstitucionalidad.
- c) Una acepción amplia, que abarcaría también las llamadas garantías políticas, como la división de poderes, la renovación y elegibilidad de los magistrados, etcétera.
- d) Una acepción sumamente amplia, comprensiva de todas las instituciones liberales, incluso la constitución estricta, rígida o flexible, y la inclusión de una *bill of rights*.⁸

Luigi Ferrajoli ha advertido que si confundimos derechos y garantías, resultarán descalificadas en el plano jurídico las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, es decir, la internacionali-

5 González, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Estrada, p. 101.

6 Sagues, Nestor P., *Elementos de derecho constitucional*, t. 2, Buenos Aires, Astrea.

7 Gonzaini, Osvaldo, *El derecho de amparo*, Buenos Aires, Depalma.

8 Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía inminada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, Astrea.

zación de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, reducidas una y otra, en defecto de las adecuadas garantías, a simples declamaciones retóricas o, a lo sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes. “Bastaría con esto para desaconsejar la identificación y justificar la distinción entre derechos y garantías en el plano teórico; la ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar”.⁹

Una posición que supera las disquisiciones técnicas citadas se afirmó con la labor interpretativa que realizó la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando inscribió uno de los capítulos más notables de su historia institucional al crear por vía pretoriana la procedencia de la “acción de amparo”, señalando que todos los derechos quedaban garantizados por sólo estar en la Constitución, extendiendo la garantía ya existente del *habeas corpus* al resto de los derechos.

Sobre esta línea interpretativa, algunos autores han insistido sobre la operatividad de los derechos constitucionales, más allá de que exista o no una garantía expresa o escrita, y más allá de que la norma que enuncia el derecho sea operativa o programática. Bidart Campos afirma su tesis sobre la fuerza normativa de la constitución,¹⁰ y otros autores llegan a posiciones más extremas, como Quiroga Lavie, quien considera el derecho a interponer acción de amparo contra la omisión del legislador de reglamentar una norma programática de la constitución, como resultado del nuevo texto del artículo 43 de la Constitución nacional reformada en 1994.¹¹

Si nos alejamos de la posición que reduce el garantismo constitucional a los enunciados de la parte dogmática, podremos considerar el garantismo en un ámbito más amplio como el de la teoría constitucional, y veremos que para muchas concepciones, la expresión “garantismo” bien puede mimetizarse con el propio concepto de “constitución”, entendida como “carta de garantías”.

9 Citado por Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. 1, Buenos Aires, Ediar, 1999-2000.

10 Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar.

11 Quiroga Lavie, Humberto, en Rosatti *et al.*, *La reforma de la Constitución*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 1994.

Autores como Ferrajoli han elaborado una “teoría general del garantismo”.¹² Se trata de una teoría elaborada desde el garantismo penal y en un contexto determinado como el Estado de derecho italiano, pero que llega a conclusiones aplicables que tienen valor universal.

Ferrajoli señala de manera temprana:

Los principios sobre los que se funda el modelo garantista la estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre partes y presunción de inocencia en gran parte son, como es sabido, el fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal. Los filones que se entrecruzan en esta tradición madurada en el siglo XVIII son muchos y distintos: las doctrinas de los derechos naturales, las teorías contractualistas, la filosofía racionalista y empirista, las doctrinas políticas de la separación de poderes y de la supremacía de la ley, el positivismo jurídico y las concepciones utilitaristas del derecho y la pena. Y sin embargo, más allá de la heterogeneidad y de la ambivalencia de sus presupuestos teóricos y filosóficos, es cierto que los principios mencionados, tal y como se han consolidado en las constituciones y codificaciones modernas, forman en su conjunto un sistema coherente y unitario.¹³

II. DISTINTAS ACEPTACIONES DEL GARANTISMO

Desde una perspectiva historicista, como la que subyace en el constitucionalismo inglés, el garantismo aparece identificado con el desarrollo histórico de sucesivas conquistas estatutarias o legislativas a favor de la libertad individual. De manera que la Constitución (no escrita) de Inglaterra, no solamente se compone de instituciones tradicionalistas como la Corona y el Parlamento, sino que se ha ido elaborando mediante sucesivos documentos, entre los que cabe citar la carta magna de 1215, el estatuto del *tallagio non concedendo*, el *bill of rights* y el *agreement of people*.¹⁴

A diferencia de la Revolución francesa, donde las nuevas libertades fueron consecuencia de una fuerte y terminante ruptura con el antiguo régimen, en el mundo anglosajón los derechos individuales y sus garantías aparecen como consecuencia de una paulatina y constante evolución. Se

12 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Una teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta.

13 *Ibidem*, pp. 33 y 34.

14 De Lolme, Jean Louis, *La Constitución de Inglaterra*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

deben al derecho constitucional inglés, de ese modo, una importante cantidad de instituciones garantistas afirmadoras de la libertad individual, especialmente en lo concerniente a limitar el poder de imposición del Estado y la posibilidad de arrestar o privar de su libertad a personas sin la garantía previa del principio de legalidad y del debido proceso.

Principios tales como el *no taxation without representation* o el *rule of law* encuentran su origen en las garantías que los nobles y el pueblo fueron adquiriendo paulatinamente ante la Corona, de manera que cuando las colonias de Norteamérica declararon su independencia y sancionaron su Constitución, asumieron la existencia de una cantidad de derechos del hombre anteriores al Estado, que las protegían mediante las instituciones garantistas derivadas del derecho inglés (*due process of law, the law of the land*).

Otra aproximación al garantismo desde el derecho constitucional está dada por ciertas concepciones o teorías que consideran la constitución en sí misma como un límite al poder del Estado, conformando una garantía de carácter genérico a favor de los ciudadanos; de manera que esa garantía sería, en definitiva, la misma constitución. Hay un trasfondo “hobbesiano” al reducir la teoría constitucional al valor de un límite frente al Leviatán, en busca del orden y la paz social. Desde esta concepción, lo verdaderamente relevante es la función de control que implica toda institución.

Para Loewenstein, la constitución es un sofisticado sistema de controles horizontales y verticales, interórganos, intraórganos y hasta extraórganos o extrapoderes.¹⁵ El problema de esa tesis está en que el concepto de “constitución” se agota en la idea del control, que es una aportación esencial lo constitucional como mecanismo, como lo fue la tesis de Montesquieu sobre los “frenos y contrapesos” del poder, de manera que la tríada o separación de poderes es una garantía en sí misma, en tanto supone que en cuanto mejor separado, enfrentado y controlado esté el poder, será mejor para la libertad y menos daño podrá causar a los ciudadanos, la libertad, el honor y la propiedad de las personas.

Una vertiente que representa un aporte verdaderamente significativo para la concepción del garantismo vinculada a la constitución es la proveniente del “contrato social”, y la consecuente consideración de la constitución como expresión escrita o formal del contrato. Esta concepción se

15 Loewenstein, *op. cit.*

encuentra estrechamente vinculada a la que García Pelayo denominó la tipología “racional-normativa” de la constitución.¹⁶

No caben dudas acerca de la relevancia alcanzada por las denominadas doctrinas “contractualistas” en el sustrato de la teoría constitucional y, más lejos, en el fundamento de la ley de la obligación política. Al respecto, debe señalarse que existen diferencias entre las versiones del contractualismo.

Para Hobbes, el pacto tiene fundamentos autoritarios, en tanto para Locke y Rousseau el contrato social descansa sobre la suma de las voluntades libremente acordadas, disintiendo entre ellas acerca del *status* del hombre durante el estado de naturaleza precontractual.¹⁷

Para Locke, además, los derechos fundamentales son inherentes a la naturaleza humana y el Estado debe garantizarlos a partir de contrato social; para Rousseau, en cambio, tanto los derechos como sus garantías nacen del contrato social, porque el estado de naturaleza anterior sería anti-jurídico.

No puede desconocerse que las tesis contractualistas tienen un alto grado de abstracción y que más bien son escenarios teóricos, de manera que la idea de democracia expuesta por Rousseau es muy difícil de reproducir en la práctica, y resulta mucho más difícil imaginar la posibilidad de obtener consenso por medio de una “voluntad general” que se entiende como la suma de una cantidad de voluntades individuales.¹⁸

Pero más allá de tal abstracción, lo cierto es que el contractualismo conserva una gran vigencia tanto en la teoría del Estado como en la teoría de la constitución, y asimismo como fundamentación de los derechos y sus garantías, especialmente como fundamento de legitimidad de la ley, el orden y la autoridad.

A tal punto es así que gran parte de la filosofía política contemporánea no se aparta del contractualismo clásico, sino que intenta reformularlo a partir de nuevas lecturas e interpretaciones del más amplio espectro ideológico, que incluye el Estado “ultra mínimo” de Robert Nozick, asimilable a un acuerdo general de vecinos para conformar una agencia de seguridad;¹⁹ así como la “Teoría de la justicia” de John Rawls, que parte de

16 García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Revista de Occidente.

17 Hobbes, Thomas, *Leviatán*, México, Fondo de Cultura Económica; Locke, John, “Segundo ensayo sobre el gobierno civil”, en Chevalier, J. J., *Los grandes textos políticos*, Barcelona, Aguilar; Rousseau, Jean Jacques, *El contrato social*, Madrid, Hispamérica.

18 Rousseau, Jean Jacques, *op. cit.*

19 Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y utopía*, Barcelona, Tecnos.

un presupuesto “rousseauiano”.²⁰ Todas ellas encuentran su punto de partida en la idea contractualista que también fundamenta la constitución como instrumento del acuerdo fundamental de la sociedad, de manera que el momento en que dicho acuerdo se hace efectivo sería, de acuerdo con Sieyes, el del ejercicio del poder constituyente.²¹

Carre de Malberg señala que en 1789-1791, la separación del poder constituyente y la constitución misma fueron concebidas como medios destinados a proporcionar la garantía del derecho individual. Esta idea es desarrollada por Sieyes ante el comité de constitución en julio de 1789: “Toda unión social, y por consiguiente, toda constitución política, sólo puede tener por objeto manifestar, extender y asegurar los derechos del hombre y del ciudadano. Los representantes de la nación francesa deben tratar ante todo de reconocer esos derechos; la exposición razonada de los mismos ha de preceder al plan de la Constitución como preliminar indispensable de la misma”.²²

Reconocer y exponer esos derechos es presentar a todas las constituciones políticas el objeto o el fin que todas ellas, sin distinción, deben tratar de alcanzar. Esta idea ya se había manifestado en los pliegos electorales, un gran número de los cuales reclamaba una declaración de derechos, y había encargado a los diputados establecerla, y se encuentra repetida en la Declaración de 1789 y al principio de la Constitución de 1791. El preámbulo de la declaración recuerda que “la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos”. El artículo 2o. especifica que “el objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

El resto de la Declaración se inspira en estos principios. El artículo 12 especialmente, para legitimar la existencia de una “fuerza pública”, dice que “es la garantía de los derechos del hombre y del ciudadano” lo que la hace necesaria. El artículo 16 sienta la conclusión de que “toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos, no tiene constitu-

20 Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica.

21 Sieyes, *¿Qué es el Tercer Estado?*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Colección de Clásicos Políticos.

22 Carre de Malberg, R., *Teoría general del Estado*, pref. Héctor Gross Espiell, trad. José Lion Depetre, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, 2a. ed. en español, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 1191.

ción”. La Constitución de 1791, a su vez, no se contenta con haber encontrado precedente en la Declaración y en los textos citados, sino que comienza advirtiendo que toda ella se establece sobre los principios que acaban de reconocerse en dicha Declaración.²³

Este “garantismo contracutalista” no solamente es fuente de legitimidad del derecho positivo y de la ley como manifestación de la voluntad general, sino que también es origen de distintas garantías, en particular de las que proceden del ideario racionalista que las motiva. Muchas garantías tienen su origen en ese racionalismo.

La abolición de los tormentos y otras formas antiguas de castigo fue contemporánea al nacimiento de la regla del debido proceso, y a la presunción de inocencia en tiempos de la aparición del Estado y del derecho penal como sistema de garantías de la libertad; especialmente incrementadas a partir de la célebre denuncia del marqués de Beccaria en su libro *De los delitos y las penas*; de manera que la ejecución penal dejaría de ser considerada como el mero uso de la fuerza estatal para pasar a constituir el cumplimiento de una sentencia ajustada a derecho.

La inviolabilidad de la propiedad, por su parte, implica un conjunto de garantías específicas que rigen su adquisición, así como su uso y goce pacífico. Normalmente, en muchas declaraciones, el concepto de propiedad aparece enunciado junto al de seguridad jurídica, como garantía del ejercicio de aquélla.²⁴ El concepto de seguridad jurídica es atribuido por Legaz y Lacambra a la escuela de los comentaristas o postglosadores y, específicamente a Baldo de Ubaldis, quien en los albores del Renacimiento opuso a la idea finalista del “bien común” como objetivo principal de la comunidad, elaborada por Tomás de Aquino, la idea de un ámbito propio e inescindible de la persona en el que se ubican no solamente su nombre y su honra, sino también una cantidad de aspectos materiales como el patrimonio y los derechos derivados de los contratos.²⁵

Esta idea, en estos términos, fue expresada por los revolucionarios franceses, quienes se mostraron preocupados por acceder a los medios de producción. Uno de los objetivos de la burguesía fue el acceso al poder económico, que hasta entonces era privativo de la nobleza y del clero; por

23 *Ibidem*.

24 Dalla Via, Alberto Ricardo, *Transformación económica y seguridad jurídica*, Buenos Aires, Librería Editora Platense, 1994.

25 Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos.

eso la propiedad como derecho carecía de significado real si su titularidad no iba acompañada de la garantía de su disfrute.²⁶

Para enfatizar el carácter de “garantías de libertad” que surge del contrato social como derivación concreta de una ideología racionalista liberal, aun tratándose de otros derechos específicos como el de la propiedad, autores más modernos como Buchanan y Tullock, desde una perspectiva de análisis económico del derecho (*law and economics*) han resaltado que el derecho de propiedad constituye un “haz de derechos” más específicos y que en definitiva su titularidad afirma mayores dosis de libertad individual.²⁷

El contrato social responde a una concepción racionalista e iluminista; la misma concepción a la que también responde el concepto de soberanía estatal, soberanía nacional y Estado nación, generalmente atribuido a Bodin.²⁸ Bajo tal concepción, y al amparo de una filosofía liberal individualista de la libertad, los derechos fundamentales del hombre alcanzaron protección del derecho, de manera que los vocablos “garantías”, “derechos” y “libertades públicas” se han utilizado frecuentemente como sinónimos. La libertad individual apareció como el apotegma, de manera que algunos autores han llegado a reducir la existencia de todos los demás derechos a distintas aplicaciones de la idea de libertad.

Pero este recorrido sobre las diferentes acepciones del garantismo quedaría incompleto si no advirtiéramos que el concepto no sólo se nutre de criterios o teorías generales que informan sobre una determinada tendencia o calidad, sino que también cuenta, en buena medida, con los distintos aportes concretos recibidos desde distintos ámbitos jurídicos, así como desde diversas ramas del derecho y diferentes concepciones ideológicas.

III. LAS OTRAS APORTACIONES

Así como desde el derecho constitucional inglés provienen garantías concretas como las referidas a los límites constitucionales sobre el poder del Estado para establecer impuestos, la institución de la expropiación por utilidad pública, fundada en la ley y con previa indemnización, pro-

26 Arendt, Hannah, *Ensayo sobre la revolución*, Madrid, Alianza.

27 Buchanan, James M. y Tullock, Gordon, *Derechos de propiedad y democracia*, Madrid, Colegio de Economistas, Celeste, 1995.

28 Bodin, Jean, *Los seis libros de la República*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Colección Clásicos Políticos.

viene del derecho constitucional francés. Igualmente, el desarrollo de la garantía del *habeas corpus*, aun cuando su alcance y contenido puede variar según el país donde se aplique, proviene del derecho norteamericano, aunque sus raíces vienen del derecho inglés e incluso del romano. Por su parte, el desarrollo del principio de supremacía y el control de constitucionalidad como garantía contra el abuso y la tiranía de la ley se debe al derecho constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica.

El derecho constitucional latinoamericano ha aportado la creación del amparo como acción sumarásima de los derechos enumerados y no siempre cumplidos en las constituciones. Cabe al amparo la misma reserva que para el *habeas corpus*, toda vez que no siempre es aplicado con el mismo alcance y el mismo significado en los distintos países. El derecho constitucional alemán, por su parte, ha adoptado categorías dogmáticas de los derechos y garantías que influyeron notablemente en países de Europa y América Latina, más allá de sus aportes científicos creativos desde la teoría constitucional. La llamada *Drittwirkung* afirma el garantismo de los derechos desde una visión positivista.²⁹

Aunque esta diversidad de fuentes comparatistas puede generar cierta polémica acerca de qué se entiende propiamente por garantismo y constitucionalismo, no debe menospreciarse su utilidad para el derecho constitucional argentino, toda vez que el mismo se ha nutrido y enriquecido por la confluencia de distintas fuentes sobre el mismo.

En tal sentido, el modelo originario basado en la constitución norteamericana no rechaza los aportes de nuestra tradición latinoamericana; la ampliación de fuentes se da también por el aporte de la doctrina europea. En la reforma constitucional de 1994, las fuentes extranjeras que tuvieron mayor importancia fueron la Constitución española de 1978 y otras constituciones europeas, entre las que cabe destacar la italiana de 1947 y la de Alemania, de 1949.

Si hay garantismo donde diversas fuentes se aglutinan en un tronco común (el derecho constitucional), también se presenta una gran diversidad de aportes en función de las distintas ramas del derecho. De modo que es frecuente hablar de “garantismo fiscal”, “garantismo penal”, “garantismo civil”, “garantismo internacional”. Ante tal abundancia terminológica, es menester preguntarse si se trata de garantismos diferentes del constitucional, o si todos emanan de éste.

29 Morello, Augusto Mario y Vallefín, Carlos A., *El amparo. Régimen procesal*, Buenos Aires, Librería Editorial Platense, p. 275.

El “garantismo fiscal” cuenta con elaboración doctrinaria propia, de manera que suele hablarse de un conjunto de garantías constitucionales en materia fiscal, como el principio de legalidad en materia fiscal (artículos 4o. y 17, Constitución nacional), el principio de igualdad en materia fiscal (artículo 16 *in fine*), los principios de irretroactividad y no confiscatoriedad (artículo 17) y el principio de razonabilidad (artículo 28). Estas garantías hallan exacta coincidencia con el texto de la Constitución Nacional. La doctrina de los tributaristas ha elaborado y sostenido, sin embargo, la existencia de otros principios o garantías que, en general, son tomados de modelos jurídicos comparados, como los de proporcionalidad, equidad, uniformidad, generalidad y capacidad contributiva.

Se pretende, en algunos casos, fundar tales principios en otros artículos de la Constitución (los de uniformidad y generalidad en el 16, por ejemplo, y el de capacidad contributiva en el 16 y el 28). Nosotros hemos criticado que la reforma constitucional de 1994 no reforzara las garantías individuales frente al fisco, pues entenemos que el “sentimiento constitucional” de la opinión pública lo exigía así en ese momento.³⁰

Perdida esa oportunidad, no nos parece que se trate de crear nuevas denominaciones sobre principios jurídicos existentes, sino de reafirmar su seguridad jurídica, incluso si debe reconocerse que algunos textos se han hecho cargo de esta ampliación terminológica, como la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que, sin embargo, no ha profundizado en los límites y contenidos de las garantías enunciadas.³¹

Otro tanto podría apuntarse del garantismo en materia penal, pues el término parece mantener estrecha relación con el acatamiento estricto de las garantías constitucionales del debido proceso que se fundan en el artículo 18 de la Constitución nacional.

En parte, la evolución de la idea en esta materia se ha relacionado con la evolución de las teorías sobre la humanización de las penas y la “socialización” de los condenados; sin embargo, no pocas veces el término ha adquirido una equívoca valoración en cuanto se lo relaciona con un mayor o menor grado de severidad en la aplicación de las leyes por parte de los jueces, generándose equivocados debates en términos de “mano dura” o “mano blanda”.

30 Dalla Via, Alberto Ricardo, *Constitución de la nación argentina. Texto según la reforma constitucional de 1994. Comentada*, Buenos Aires, Librería Editora Platense, p. 3.

31 Casas, José Osvaldo, *Presión fiscal e inconstitucionalidad*, Buenos Aires, Depalma, 1992.

En realidad nada de esto tiene que ver con la estricta aplicación de las garantías individuales, más allá del rigor de la ley y —en su caso— de las penas ante la comprobación de una acción u omisión típicamente anti-jurídica y culpable. Por el contrario, y como más adelante volveremos a referir, la plena vigencia del contrato social requiere de un exigente imperio de la ley y el orden, reconstruyendo el contrato social y enfatizando el pleno respeto y vigencia de la ley como expresión de la voluntad general, sin que esto implique vulnerar las voluntades individuales.³²

Tal vez el mayor aporte para el garantismo de los últimos tiempos pro venga del derecho internacional. De allí, por vía indirecta, ha ingresado al ámbito constitucional de cada uno de los Estados y, en particular, al derecho penal, como reflejo intermedio del avance en la protección de la libertad personal.

Si el siglo XX nos ha dejado un legado trascendente y destacable, éste ha sido la afirmación del principio *pro homine* en el ámbito del derecho internacional público, desplazando del centro de la escena a los Estados como únicos sujetos del derecho internacional. Ese cambio paulatino que se va produciendo a partir de la Declaración de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948, y como consecuencia de las atroces experiencias de las dos guerras mundiales que la precedieron, ha derivado en la consideración de los derechos humanos en el lugar de una “nueva ética” del mundo occidental.

En nuestros días, los derechos humanos conforman una suerte de neousnaturalismo que tiene una función legitimadora de los derechos positivos de los Estados, en la medida en que sus respectivos textos legales se adapten a ellos. Ninguna reforma constitucional o legal sería legítima en esos términos si vulnerara o desconociera los derechos humanos. A decir del profesor Kruger, hoy los derechos humanos legitiman la ley, y no al revés.³³

El tema es de particular importancia porque fue en la modernidad, con el nacimiento de los Estados constitucionales, cuando los derechos fundamentales anteriores al Estado sustentaron la legitimidad de la ley positiva. Muchos años después, ya entrado el siglo XX, comenzó a plantearse la

32 Dalla Via, Alberto Ricardo y Gutman, Marcos Gabriel, *Régimen penal tributario*, Buenos Aires, Némesis.

33 Dalla Via, Alberto Ricardo, *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Estatuto organizativo de sus instituciones*, Buenos Aires, Belgrano, pp. 87-99.

crisis de la ley como norma general y abstracta representativa de la voluntad general.³⁴

Esa valoración de los derechos humanos y del principio *pro homine* tuvo recepción jurisprudencial, con la consagración de la tesis monista en el importante caso *Ekmekdjian vs. Sofovich s/amparo*, que fuera promovido por el recordado constitucionalista argentino para hacer valer el derecho de réplica contemplado por el artículo 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y, más tarde se concretó en el nuevo artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional, que otorga jerarquía constitucional a un grupo de tratados internacionales en la materia. De la incorporación de esos tratados a la Constitución surge la obligatoriedad de una cantidad de garantías precisas, muchas de ellas en materia penal que han profundizado la tendencia doctrinaria de ciertos sectores ideológicos en cuanto a considerar “garantistas” estas disposiciones que emanan, en su mayoría, de la Convención Americana de Derechos Humanos.³⁵

Entre las garantías específicas en materia penal se encuentran aquellas referidas al tiempo máximo de la detención, al cómputo de la prisión preventiva, al derecho de ser asistido por un defensor, una instancia de revisión, etcétera. Tales disposiciones tuvieron efectos prácticos, como ocurrió con la recomendación de la Comisión Internacional de los Derechos Humanos en el caso *Maqueda*.³⁶

La recepción de un tramo garantista desde el derecho internacional como consecuencia de la ampliación del orden público (artículo 75 inciso 22) presenta un problema filosófico en torno de si tal incremento de normas imperativas resulta benéfico o perjudicial para el desarrollo de la autonomía de la voluntad, que suele explicarse como el fundamento de la libertad personal en las relaciones civiles.

Desde la doctrina civilista tradicional, Borda ha sostenido en su momento que toda intervención normativa del Estado iba en sentido inversamente proporcional a la libertad individual.³⁷ Tales reparos y advertencias fueron efectuados después de la experiencia de la constitución de 1949, en prevención de los modelos entonces existentes en los países so-

34 García Pelayo, Manuel, *Transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza.

35 Ekmekdjian, Miguel ngel, *Tratado de derecho constitucional*, t. 3, Buenos Aires, Depalma.

36 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe núm. 17/94.

37 Borda, A., *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, Perrot, p. 9.

cialistas soviéticos en materia de regulación de la familia, de los contratos de la propiedad colectiva.

Es notable, sin embargo, que los tratados de derechos humanos van en el sentido afirmativo de los principios de autonomía, dignidad e inviolabilidad de la persona humana, contenidos en el artículo 19 de la Constitución nacional, de manera que el incremento del orden público, que implica la incorporación de un conjunto de tratados de derechos humanos en la Constitución no los controvierte sino que, por el contrario, los afirma en favor de un mayor ámbito de libertad, igualdad y posibilidades de desarrollo.³⁸

Existe también un garantismo civil, que presenta perfiles propios y ciertas particularidades en torno a los llamados “derechos personalísimos” sobre los que tanto se ha ocupado la doctrina, encabezada por autores como Jorge Bustamante Alsina, Santos Cifuentes, Aída Kemmelmajer de Carlucci, Atilio al Terini y Augusto Mario Morello.³⁹

Tales derechos personalísimos se asientan en los atributos de la personalidad, como el nombre, el honor, la nacionalidad, etc., que surgen de una concepción del derecho civil como protector de la libertad; pero que en definitiva derivan tal protección como derechos privados de las personas y no como derechos públicos subjetivos, como es en cambio el caso de los llamados “derechos fundamentales”, que derivan de la Constitución nacional y de los tratados internacionales. Este contrapunto en cuanto a los derechos inherentes al hombre en su condición de tal presenta, en algunos casos, diferencias de criterio entre constitucionalistas y civilistas, y podría llamarnos a un replanteo sobre el contenido y garantías de ciertos derechos considerados básicos.

Los desencuentros tienen varias causas, algunas de las cuales se remontan a la célebre polémica protagonizada por Sarmiento y Velez Sarsfield, en torno a la influencia de fuentes de distinto origen: estadounidense para la Constitución, en tanto que romanista, francesa y brasileña para el Código Civil. Pero también han influido de manera notable entre nosotros los largos periodos de doctrina de facto y los golpes de estado, de modo que estando suspendida la vigencia de la Constitución, en cambio

38 Dalla Via, Alberto Ricardo, “Relevancia del orden público frente a la afirmación de la autonomía personal”, ponencia leída en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia.

39 Morello, Augusto M. y Stiglitz, Gabriel, *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*, Buenos Aires, Librería Editora Platense, 1986.

continuó de manera ininterrumpida la vigencia del Código Civil que, por cierto, contiene en muchos casos normas que podrían considerarse de naturaleza constitucional, como por ejemplo el título preliminar sobre las leyes, así como los artículos que de manera específica se refieren a la autonomía de la voluntad (1197), a la fuerza de los contratos (1137) o al abuso del derecho (1071), entre otros.

Así, ocurre que en algunos temas, como el referido a la libertad de expresión, muchos autores de la doctrina del derecho constitucional siguen los lineamientos elaborados por la doctrina constitucional norteamericana y la jurisprudencia de la Suprema Corte de aquél país sobre las enmiendas I y XIV (*freedom of speech* y *due process of law*), considerando a la libertad de expresión como un presupuesto fundamental de la democracia y del llamado “mercado de las ideas”.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha adoptado en el caso Morales Sol la denominada doctrina de la real malicia, siguiendo los lineamientos del caso New York vs. Sullivan de la Suprema Corte de los Estados Unidos, para juzgar las manifestaciones de los funcionarios públicos. La doctrina civilista, en cambio, ha seguido un criterio más apegado a proteger el honor de las personas frente a los abusos de la prensa, como lo ha reflejado el caso Servini de Cubría, especialmente en los fundamentos de la decisión de la Cámara Civil y Comercial Federal de la Capital. Sucede, en definitiva, que las decisiones varían conforme a la orientación, formación o ideología de los jueces que integran los tribunales.⁴⁰

El dilema está en determinar cuál es el criterio o, en otros términos, hasta dónde se extiende la garantía. El principio de supremacía del orden jurídico impone siempre dar importancia jerárquica a la Constitución (artículo 31), pero en la interpretación, las distintas cláusulas (artículos 14, 19 y 32) deben responder estrictamente a las pautas de la hermenéutica constitucional, entre las que ocupa lugar relevante, primordial y destacado el denominado principio de unidad, que rige para todo el orden jurídico, pero que tiene una importancia especial cuando se trata de la Constitución. Ese principio de unidad ha sido explicado reiteradamente por la jurisprudencia de la Corte Suprema en el sentido que las distintas cláusulas

40 Sagüés, Nestor Pedro, “La censura previa en la jurisprudencia constitucional argentina”, *Anuario Latinoamericano de Derecho Constitucional*, Fundación Konrad Adenauer, 1999.

las de la Constitución no deben ser enfrentadas ni puestas en pugna entre sí, sino que deben armonizarse, de manera que todas conserven igual valor y efecto.

IV. DEL GARANTISMO A LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Todas las vertientes a que hemos hecho referencia nutren el garantismo constitucional, al que no le son ajenas tampoco las vertientes ideológicas, de manera que la etapa inicial del constitucionalismo puso el acento en las garantías de la libertad.⁴¹

Para el constitucionalismo liberal, la libertad representa la piedra angular del sistema, en tanto que para el denominado constitucionalismo social, la igualdad aparece como el valor que debe ser fortalecido y enfatizado mediante un conjunto de garantías a favor de los ciudadanos, con el propósito de no convertir esas promesas en puras ilusiones. Peces Barba ha destacado con razón que el problema de los derechos fundamentales tiene lugar en una dialéctica permanente entre libertad e igualdad.⁴²

En ese sentido, también Vanossi ha señalado reiteradamente que el tránsito desde el constitucionalismo liberal hacia el constitucionalismo social supone dos ideas básicas: a) un presupuesto racional de que el Estado social de derecho sucede al Estado liberal de derecho y b) la condición o “regla de oro” de que todo acrecentamiento del poder del Estado debe ir acompañado, de manera proporcional, por el incremento de los controles y reforzamiento de las garantías.⁴³

Luigi Ferrajoli, por su parte, distingue entre garantías liberales o “negativas” y garantías sociales o “positivas”, de manera que la diferencia va unida a la naturaleza de los bienes asegurados por los dos tipos de garantías, puntualizando al respecto:

Las garantías liberales o negativas basadas en prohibiciones sirven para defender o conservar las condiciones naturales o prepolíticas de existencia: la vida, las libertades, las inmunidades frente a los abusos de poder, y hoy hay que añadir, la no nocividad del aire, del agua y en general del ambiente

41 Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. 6, Buenos Aires, Plus ultra.

42 Peces Barba, Gregorio, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Buenos Aires, Eudeba, 1988, p. 208.

43 Vanossi, Jorge Reinaldo, *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Buenos Aires, Eudeba.

natural; las garantías sociales o positivas basadas en obligaciones permiten por el contrario pretender o adquirir condiciones sociales de vida: la subsistencia, el trabajo, la salud, la vivienda, la educación, etc. Las primeras están dirigidas hacia el pasado y tienen como tales una función conservadora; las segundas miran al futuro y tienen un alcance innovador.⁴⁴

La aparición de nuevas garantías específicas como el amparo y el *habeas data* van en esa dirección, y también ha corrido de modo proporcional el aumento de las garantías con respecto al incremento de los denominados “nuevos derechos”, extendiéndose el acceso a la jurisdicción, en el marco de una tendencia cada vez más creciente hacia la plena judiciableidad de los actos; apareciendo institutos que afirman el acceso a la justicia, la ampliación de la legitimación procesal cuando se trata de derechos colectivos o intereses difusos, el acortamiento de los plazos de las decisiones, etcétera.

Hay, incluso, quienes sostienen la existencia de garantías de primera, segunda y tercera generación, asimilando de ese modo a los medios procesales constitucionales de tutela las clasificaciones convencionales que algunos autores realizan sobre las denominadas “generaciones” de derechos. Marcela Basterra sostiene en tal sentido que el *habeas corpus* y el debido proceso son garantías de primera generación, en tanto el amparo sería una garantía de segunda generación y el *habeas data* y amparo colectivo serían garantías de tercera generación, y fundamenta la clasificación en la aparición cronológica de tales remedios procesales.⁴⁵

Coincidimos con el fundamento cronológico y en la utilidad didáctica que tiene esta clasificación, pero creemos que tal asimilación no es del todo posible, porque el amparo es una garantía que tutela derechos de primera generación (libertad de expresión, derecho de propiedad), como de segunda generación o derechos económicos, culturales y sociales. Asimismo, el amparo colectivo no solamente tutela derechos de tercera generación, sino algunos derechos clásicos vinculados con la igualdad, como la discriminación, conforme surge del artículo 43 constitucional.⁴⁶

El problema surge de la consideración de los derechos o garantías por “generaciones”, de manera que algunos autores como Vasak creen que la

44 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 862.

45 Dalla Via, Alberto Ricardo y Basterra, Marcela Izascum, *Habeas data y otras garantías constitucionales*, Buenos Aires, Némesis, 1999, p. 115.

46 *Ibidem*, p. 19.

primera generación de derechos fundamentales no estaría conformada por los civiles y políticos sino por los económicos, sociales y culturales y ello en razón de que la Carta de la OIT es anterior en el tiempo a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Hombre.⁴⁷

Pero creo necesario aclarar que el concepto de “garantía constitucional” tiene una acepción específica, determinada y particular frente a la idea común de garantía en el ámbito del derecho privado, cuando se la relaciona con el afianzamiento de una determinada obligación, para la que existen también institutos especiales como la hipoteca o la prenda, entendiéndose en términos generales como la seguridad o la protección frente a un peligro o frente a un riesgo.

Suele entenderse, en cambio, por “garantías constitucionales o individuales”, el conjunto de declaraciones, medios y recursos con que los textos constitucionales aseguran a todos los individuos o ciudadanos el disfrute o ejercicio de los derechos públicos y privados fundamentales que se les reconocen. Las “garantías constitucionales” sólo pueden suspenderse lícitamente en la forma y plazos que la misma constitución preceptúa, salvo incurrir en responsabilidad los gobernantes que las suspendan sin derecho o prorroguen su cumplimiento sin autorización.⁴⁸

Sergio Galeotti sostiene que la primera idea que expresa el término garantía es la de una posición de seguridad que elimina un estado de precariedad e incertidumbre. “Garantía de la obligación” es una expresión elíptica que quiere decir garantía del cumplimiento de la misma o, más precisamente, seguridad del interés relativo al valor o la consistencia económica del buen objeto de la obligación; si faltara su cumplimiento, podría dar lugar a la actuación de un instrumento por el cual puede estarse seguro que se concluirá por obtener el valor que debería recibirse mediante el cumplimiento.⁴⁹

Galeotti se pregunta cuáles son los elementos del concepto de garantía. En primer lugar se requiere la existencia de un “interés asegurado”, vale decir, una relación de utilidad entre el sujeto y un bien. En la noción de garantía está implícita, en segundo término, la existencia de un peligro. Además, es necesario el instrumento idóneo para proporcionar al sujeto la

47 Vasak, K., *Las dimensiones internacionales de los derechos del hombre*, París, UNESCO, 1978.

48 Cabanellas, Guillermo, *Diccionario de derecho usual*, Buenos Aires, Heliasta.

49 Galeotti, Sergio, *La garanzia costituzionale: presupposti e concetto*, Milán, 1950, citado por Linares Quintana, Sergio, *op. cit.*

seguridad respecto al interés amenazado, aplicando estor presupuestos a la órbita constitucional, Galeotti entiende que la garantía constitucional consiste en la regularidad constitucional, es decir, en la observancia de la norma constitucional, elemento que presenta un aspecto objetivo y otro subjetivo.⁵⁰

Objetivamente, consiste en la existencia de una constitución formal; subjetivamente, que ésta consagre el principio esencial de la igual e inviolable dignidad del hombre, en su carácter de norma suprema que se impone a los poderes públicos a los cuales limita. El peligro se halla constituido por la eventualidad de la violación de la ley suprema como resultado de una actividad constitucionalmente irregular del Estado obrando por medio de sus agentes. Según Galeotti, finalmente, las garantías constitucionales son las instituciones idóneas para asegurar la integridad de la constitución, y hacer probable y menos incierta su observancia como regla suprema de los poderes públicos.

Las garantías son, en definitiva, el soporte de la seguridad jurídica como valor protegido, de manera que la real vigencia de las libertades individuales está supeditada a la existencia de garantías que las protejan en caso de ser vulneradas. Puede afirmarse que las garantías hacen al Estado de derecho. Bidart Campos las define como “las instituciones de seguridad creadas a favor de las personas con el objeto de que dispongan del medio para hacer efectivo el reconocimiento de un derecho”.

El artículo 18 de la Constitución nacional tiene un rango relevante en nuestro ordenamiento, puesto que contiene la garantía de nuestras más sagradas libertades: las que hacen a la libertad física, haciendo las veces de un “escudo protector” de las mismas. Fue sancionado por la Convención Nacional Constituyente de 1853 en la sesión del 25 de abril, pero su contenido recoge una evolución sucesiva de antecedentes.

Entre tales antecedentes se encuentra el Reglamento Orgánico de 1811, al que González Calderón denomina como “nuestra primera constitución nacional”. Pero especial importancia reviste el decreto de seguridad individual de 1811 emitido por el Triunvirato, algunas de cuyas disposiciones (artículos 1o., 2o., 3o., 6o. y 9o.) son fuente del actual artículo 18. El Estatuto de 1815 dedicaba en la Sección VII todo el Capítulo I a expresar los derechos y garantías de la seguridad individual, en tanto el Reglamento Provisorio de 1817 reprodujo en su mayor parte los textos

50 *Idem.*

del Estatuto de 1815, igual criterio seguido tanto por la Constitución de 1819 como por la de 1826.⁵¹

Bidart Campos señala, citando una exposición de Sanguinetti en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, que en la constitución histórica aparece varias veces mencionada la expresión “garantías” (artículos 5o., 23, 28 y 33), pero en rigor no había ninguna norma específica referida a las garantías, como sí aparece el artículo 43 después de la reforma constitucional de 1994. De allí resulta, a su entender, que el “garantismo” representaba un contenido fuerte del sistema axiológico, de manera que permitió a la Corte interpretar la operatividad de los derechos en el caso Siri.

Si el constitucionalismo originario no incluyó una cláusula garantista del tenor con que formuló los artículos 14 y 20 en materia de derechos civiles, pudo haber sido porque consideró que dinámicamente debían ser y serían el desarrollo legislativo de la constitución y la interpretación e integración de su conjunto normativo los que, sin rigidez, irían abriendo progresivamente los espacios garantistas, de acuerdo con el ritmo evolutivo de los valores y necesidades sociales.⁵²

Sin embargo no podemos dejar de advertir que el camino ha sido inverso y que no nació el *habeas corpus* como una modalidad de amparo, sino precisamente al revés, fue el amparo el que nació como una modalidad de *habeas corpus*, en una creación pretoriana que culminó con las sentencias de Angel Siri (1957) y Samuel Kot (1958), pero que fue generándose en otros precedentes, entre los que cabe citar el caso San Miguel, que constituyó una extensión de la modalidad del *habeas corpus*, ya aceptado por entonces, para la libertad física, hacia otros derechos que no eran ésta. La lectura de las referidas sentencias es elocuente en ese sentido.

A decir de Sánchez Viamote:

El *habeas corpus* se da en amparo de todos los derechos que constituyen el elemento dinámico de la libertad (facultad de hacer) y de todas las inviolabilidades que constituyen su elemento estático (seguridad). Lo primero corresponde a la idoneidad humana; lo segundo a la dignidad humana. La libertad personal es un derecho declarado; el *habeas corpus* es la garantía

51 González Calderón, Juan A., *Derecho constitucional argentino*, t. 2, Lajouane Editores, pp. 132 y ss.

52 Bidart Campos, Germán, *op. cit.*

que asegura su efectividad, que no es un recurso de carácter procesal, sino una acción de derecho público, garantía constitucional dada en amparo de los derechos individuales que en su conjunto constituyen la libertad personal (civil y política).⁵³

La amplitud del amparo como garantía principalísima arranca de la propuesta de Rejón en la carta fundamental de Yucatán (México) de 1840, consolidándose en la Constitución de 1857 (artículos 101 y 102) hasta llegar a la Constitución mexicana de 1917, promulgada en la ciudad de Querétaro. También se destaca como acción de gran amplitud el *mandato de segurança* brasileño, al igual que el instituto de tutela procesal en Colombia; denominándose en Perú *habeas corpus* al instrumento de tutela de todos los derechos constitucionales.⁵⁴

La Convención Americana de Derechos del Hombre consagra el artículo 25 bajo la denominación “protección judicial”, donde se dice: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces y tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”

En el artículo 7o. se trata del derecho a la libertad personal: Toda persona privada de su 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 prevén que toda persona se viera amenazada de ser privada de su libertad, se tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

El *habeas data*, por su parte, como vía constitucional procesal, con esa denominación, surge de la Constitución brasileña de 1988 (artículo 5o.), con numerosos antecedentes en el derecho comparado. Vanossi señala

53 Sánchez Viamonte, Carlos, *El habeas corpus. Garantía de la libertad*, 2a. edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1956.

54 García Morelos, Gumersindo, “*Habeas corpus*, amparo y derechos humanos”, *Revista Jurídica ABZ*, núm. 39, México.

dos facetas en su desarrollo: a) una clásica o tradicional, comprensiva del denominado “derecho a la información” y b) otra faceta que está dada por el gran impacto de la informática, la telemática y demás medios incorporados a nuestra cultura en tiempos recientes.

Conforme ha quedado redactado el nuevo artículo 43 después de la reforma constitucional de 1994, algunos autores consideran que el amparo es la figura genérica y que el amparo colectivo, así como el *habeas data* y el *habeas corpus* serían, respectivamente, especies diferentes del género amparista. Por nuestra parte, ya hemos señalado que entre amparo y *habeas corpus* hay naturalezas, finalidades e historias diferentes. El lugar adecuado para ubicar el *habeas corpus* debió ser inmediatamente a continuación del artículo 18.⁵⁵

Tal circunstancia no fue posible por la prohibición expresa de realizar modificaciones en la primera parte de la Constitución, conforme lo establecido en la Ley 24.309. La misma razón explica la inclusión del *habeas data* en el artículo 43, tanto más cuando la inclusión de esa nueva garantía no era un tema habilitado en el artículo 3o. de la misma ley y, por ende, el constituyente recurrió al ardid de incluirlo como un subtipo de amparo. La Corte Suprema de Justicia de la Nación convalidó la actitud del constituyente en la sentencia dictada en el fallo Urteaga, Facundo Raúl vs. Estado Nacional-Estado Mayor Conjunto de las FFAA s/amparo, Ley 16.986 del 15 de octubre de 1998.

La acción declarativa regulada por el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación persigue, como el amparo, una finalidad preventiva y no requiere la existencia de daño consumado en resguardo de los derechos. Su admisión depende, empero, de que la solicitud no tenga simple carácter consultivo ni suponga una indagación especulativa, sino que responda a un “caso” y persiga precaver los efectos de un “acto en ciernes” al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, para, por último, fijar las relaciones legales que vinculen a las partes en conflicto.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó en la causa Hidronor S.A. vs. Provincia de Neuquén que “no existen obstáculos de índole constitucional para que se admita el carácter de causa que inviste el ejercicio de acciones declarativas regladas por el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial, incluso cuando ellas persigan la

55 Dalla Via y Basterra, *op. cit.*

declaración de invalidez de una ley frente a los preceptos de la carta fundamental, y que una conclusión opuesta traería consecuencias desde todo punto de vista inconvenientes”.

La consideración de garantías específicas en el texto de la Constitución no descalifica, sin embargo, la existencia de otras garantías innominadas, entre las que tiene especial relevancia en nuestro sistema constitucional el principio de razonabilidad, cuyo fundamento se encuentra en el artículo 28 de la Constitución nacional. Una aportación teórica de gran importancia en su defensa y fundamentación ha sido el realizado por Juan Francisco Linares, quien sostuvo la existencia de un “debido proceso sustantivo” de manera paralela al “debido proceso adjetivo” (*due process of law*) contenido en el artículo 18 de la Constitución nacional.

La tesis de Linares toma fundamento en la enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos, que al garantizar el debido proceso toma tanto el aspecto adjetivo como el sustantivo; en tanto en aquel sistema jurídico de *common law* la vinculación de los precedentes por la regla del *stare decisis* encuentra fundamento en el derecho natural.⁵⁶

La existencia de derechos o garantías implícitos quedaba abierta, además, por la vía del artículo 33 al consagrar que los derechos y garantías enumerados en la Constitución no niegan la existencia de otros no enumerados en tanto deriven del principio de la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno, conforme reza en igual fórmula su modelo que ha sido la enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos.

En realidad el artículo 33 que a veces se ha extendido más allá de sus límites en su interpretación en cuanto a los derechos, corresponde más en su interpretación respecto de las garantías porque ése era el sentido de las primeras enmiendas en la Constitución de los Estados Unidos, más bien el establecimiento de garantías a la libertad que la enunciación dogmática de derechos.

González Calderón señala en tal sentido que “el derecho constitucional de los Estados anterior y posterior a la Independencia, la Constitución federal luego y la jurisprudencia adoptaron y aplicaron con éxito el sistema inglés de proteger prácticamente la libertad y seguridad individuales mediante las mismas instituciones y procedimientos que en el país donde tuvieron origen. Contrasta así, la concepción anglosajona de la libertad civil con el teorismo declamatorio que caracteriza al derecho constitucional

56 Linares, Juan Francisco, *op. cit.*

de los pueblos latinos, tanto en la esfera de la doctrina como en la de su aplicación positiva. Porque mucho más pueden hacer por el afianzamiento de la libertad el *habeas corpus* y el *due process of law* de los ingleses y americanos, que todas las celebradas declaraciones de derechos más o menos teóricas”.⁵⁷

Aparece también en la obra de Bidart Campos una cita de las “garantías institucionales” mencionadas en la Constitución. Dichas garantías institucionales irradiarían efectos protectorios hacia algunos derechos como, por ejemplo, las universidades (artículo 75 inciso 19), los pueblos indígenas (artículo 75 inciso 17), la familia (artículos 14 bis y 75 inciso 19), la Iglesia católica (artículo 2o.), las confesiones religiosas reconocidas (artículo 14), las asociaciones sindicales (artículo 14 bis), a los que se agregan los partidos políticos (artículo 38), los municipios, las provincias y, finalmente, la independencia del Poder Judicial.⁵⁸

El Poder Judicial como “control de los controles” representa la mayor garantía de la seguridad jurídica en nuestro sistema, por ello la necesidad de preservar su prestigio, y de allí también que recordemos a Hamilton y *El federalista*, en el que afirmaba: “No hay libertad si el poder de juzgar no está separado de los poderes Ejecutivo y Legislativo. La libertad no tiene nada que temer de la administración de justicia por sí sola, pero tendría que temerlo todo en su unión con cualquiera de los otros departamentos”.⁵⁹

V. EL GARANTISMO FRENTE A LA “SUSPENSIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES”

La aplicación de instituciones de emergencia que, como el estado de sitio previsto en el artículo 23 de la Constitución nacional implica no solamente una tautología sino también, a la postre, una contradicción lógica entre el Estado de derecho como limitación del poder en favor de la libertad individual por un lado, y el otorgamiento de facultades extraordinarias al poder en situaciones “de emergencia” que permitan restringir las garantías individuales, por el otro.

Más allá de las razones que justifiquen la existencia de instituciones de emergencia en las constituciones; el resultado de su experiencia histórica

57 González Calderón, Juan A., *op. cit.*

58 Bidart Campos, *op. cit.*

59 Hamilton, Madison y Jay, *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica.

y especialmente en los países de América Latina, demuestra que en la mayor parte de los casos han servido para borrar con el codo, lo escrito con la mano en los textos de las constituciones.⁶⁰

Algunos autores explican que el origen más moderno de las instituciones de emergencia, en especial el estado de sitio (*stato d'assedio*) se da con las restauraciones monárquicas frente a las constituciones liberales en el siglo XIX, cuando se buscaron fórmulas para restituir la suma de las facultades militares y políticas a los monarcas en determinadas situaciones; todo ello sin desconocer los antecedentes de mayor arraigo, como la dictadura romana.⁶¹

Entre nuestros antecedentes, el decreto de seguridad individual de 1811 facultaba al gobierno para suspender los efectos del decreto “sólo en el remoto y extraordinario caso de comprometerse la tranquilidad pública o la seguridad de la patria, mientras dure la necesidad, dando cuenta inmediatamente a la Asamblea General con justificación de los motivos y quedando responsable en todos los tiempos de esa medida”. Mucho más amplias eran la facultades extraordinarias concedidas por el Proyecto de Alberdi ante una situación de emergencia, que en su artículo 28 establecía: “Declarado en estado de sitio un lugar de la Confederación, queda suspenso el imperio de la Constitución dentro de su recinto. La autoridad en tales casos ni juzga ni condena, ni aplica castigos por sí misma, y la suspensión de la seguridad personal no le da más poder que el de arrestar o trasladar las personas a otro punto fuera de la Confederación, cuando ellas no prefieran salir”.

El recurrente uso de institutos de emergencia como el “estado de sitio” y la “intervención federal” por parte del Poder Ejecutivo ha contribuido en Argentina a la conformación de un hiperpresidencialismo. A este proceso centralizador en desmedro del Poder Legislativo y el Poder Judicial han contribuido, según Nino, otros factores, entre los que destacan las frecuentes interrupciones constitucionales debidas a los golpes de estado, la doctrina de facto y la doctrina de las políticas no justiciables.⁶²

La página más negra del estado de sitio fue la escrita durante la dictadura militar, bajo cuyos efectos muchas personas fueron arrestadas y

60 De Vergottini, Giuseppe, *Costituzione de emergenza de America Latina*, Torino, Giappiche-lli Editore.

61 Pinna, Pietro, *L'emergenza dell'ordinamento costituzionale italiano*, Milán, Giuffrè, 1980.

62 Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional. El presidencialismo hegemónico*, Buenos Aires, Astrea.

puestas a disposición del Poder Ejecutivo nacional. La Corte Suprema de entonces, a partir de los fallos de Zamorano, Timerman y Pérez de Smith, fue haciendo lugar a distintos recursos de *habeas corpus* que permitieron aclarar la situación de personas cuyo paradero era desconocido. Recuperada la democracia, en 1983 se dictó una nueva Ley de *Habeas Corpus*, bajo la inspiración del senador Fernando de la Rúa, que dispuso la revisión por los jueces, en todos los casos, de la declaración del estado de sitio. Ese saludable principio ha sido también recogido en la última parte del nuevo artículo 43 de la Constitución nacional reformada en 1994.⁶³

Otro tanto ha ocurrido con la “intervención federal”, una institución de emergencia prevista en la Constitución nacional argentina que no está en la constitución de los Estados Unidos. Conforme al artículo 60. de la Constitución nacional, el gobierno federal puede intervenir una provincia en casos de invasión extranjera o cuando sea necesario restablecer la plena vigencia de las instituciones republicanas. El fundamento de tan excepcional medida es el mayor centralismo del federalismo argentino en relación con el estadounidense.

Hasta la reforma constitucional de 1994 existió en este tema una laguna en cuanto a cuál era el órgano que debía declarar la intervención federal a una provincia. La doctrina en general se inclinó por interpretar que la declaración correspondía al Congreso y que el Ejecutivo sólo podía ejercitarla en limitadas ocasiones, como cuando aquél no estuviera reunido (receso), en cuyo caso debía ser inmediatamente convocado. La circunstancia de que la intervención federal fuese considerada una “cuestión política no justiciable” conforme a la clásica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos Cullen vs. Llerena y Orfila, favoreció a que la misma fuera muchas veces declarada por el Poder Ejecutivo.

La Convención Americana de Derechos Humanos, que tiene “jerarquía constitucional” desde la reforma de 1994 (artículo 75, inciso 22) establece expresamente en su artículo 27 que las garantías judiciales no pueden suspenderse durante la vigencia del estado de sitio. En la Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1997, la Corte Americana respondió a la consulta de la Comisión de Derechos Humanos de la OEA. sobre la vigencia de las garantías judiciales durante la el estado de sitio, deci-

63 Dalla Via, Alberto Ricardo, “La emergencia constitucional en la República Argentina”, en Vergottini, *op. cit.*

diendo por unanimidad que “los procedimientos jurídicos consagrados en los artículos 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no pueden ser suspendidos conforme el artículo 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición”.

En la Opinión Consultiva OC-9/87 dcl 6 de octubre de 1987, solicitada por el gobierno de la República Oriental del Uruguay para que la Corte Americana de Derechos Humanos aclare cuáles son las garantías fundamentales que no pueden suspenderse ni aun en estados de emergencia, se dijo también por unanimidad: “1. Que deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, según lo establecido por el artículo 27.2 de la Convención, el *habeas corpus* (artículo 7.6), el amparo o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (artículo 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos o libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención”.

También se decidió por unanimidad en la misma Opinión Consultiva 9/87 que: “2. Deben considerarse como garantías indispensables que no pueden suspenderse aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (artículo 29 c) previstos en el derecho interno de los Estados partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención, y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos”. Finalmente, también por unanimidad, se decidió: “3. Que las mencionadas garantías judiciales deben ejercitarse dentro del marco y según los principios del debido proceso legal, recogidos por el artículo 8o. de la Convención”.⁶⁴

VI. LA DEMOCRACIA Y LA RECONSTRUCCIÓN DEL CONTRATO SOCIAL

Todo lo que hasta aquí va expuesto es demostrativo de la dificultad existente para elaborar un concepto unívoco y dogmático del garantismo, sin considerar las diferentes aristas que lo nutren desde los más variados

64 Organización de los Estados Americanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie A, Fallos y opiniones, núms. 8 y 9, Secretaría de la Corte, San José, Costa Rica, 1987.

ámbitos. Pero un punto de vista que no puede desatenderse es el correspondiente a la valoración del sistema democrático como garantía del juego político y como el ámbito más favorable para el desarrollo de los derechos humanos.⁶⁵

La naturaleza de este trabajo nos aconseja, por razones de extensión, el no internarnos en disquisiciones propias de la filosofía política y de la filosofía del derecho; por tal motivo vamos a partir del presupuesto de la democracia como creación humana imperfecta pero que constituye el ámbito en que las personas tienen más posibilidades de realizar sus planes personales de vida y la preservación de los principios de autonomía, dignidad e inviolabilidad de la persona humana, a través de la no interferencia y del establecimiento de límites a la concentración del poder, evitando el predominio de las posiciones paternalistas o perfeccionistas.

A criterio de Nino, la vigencia de un modelo democrático auténticamente liberal supone un contenido moral necesario: la regla de una democracia deliberativa a través del debate crítico y la realización de la máxima kantiana de que cada hombre es un fin en sí mismo.⁶⁶ Como decía John Stuart Mill, la democracia es un sistema para elegir a los gobernantes, pero no un sistema para que las mayorías impongan a las minorías la manera o el modo en que éstas deben vivir.⁶⁷

Podemos, en ese sentido, permitirnos válidamente caer en el reduccionismo de las frases célebres, si afirmamos que “el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo” (Lincoln) es, en definitiva, “la peor de las formas de gobierno que se conocen, excluidas todas las demás” (Churchill). Pero ¿cómo puede afirmarse que la democracia sea una garantía? ¿De qué modo se garantiza la democracia?

Desde una perspectiva extremadamente pura, idealista y rousseauiana, bien puede afirmarse que el concepto de gobierno del pueblo es independiente, distinto y hasta contrario a la idea de la regla de la mayoría. El mejor ejemplo de esta posición es la democracia ateniense y la idea que tenía Rousseau sobre la democracia directa y su manifiesta aversión hacia el sistema representativo definido por Sieyes.⁶⁸

Sin embargo, el desarrollo del constitucionalismo liberal y del Estado democrático de derecho en los siglos XIX y XX sería impensable sin la

65 Nino, Carlos S., *op. cit.*

66 Nino, Carlos S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Alfaguara.

67 Mill, John Stuart, *On Liberty*, Oxford University Press.

68 Rousseau, Jean Jacques, *op. cit.*

aplicación de la regla de la mayoría, sin perjuicio de las objeciones que se han formulado —con toda razón y seriedad— en cuanto a que ésta no satisface plenamente el ideal de una racionalidad colectiva.

En este punto los hombres y las mujeres tal vez deberemos convencer-nos (aunque nos cueste) de la inexistencia de ese pretendido ideal de la “racionalidad colectiva” en la realidad; así como de la inexistencia del sufragio (proporcional, mayoritario, universal, etc.), o de los mecanismos del mercado a la manera de la “mano invisible” de Adam Smith.

Cuando algunos autores como John Rawls han pretendido explicar el funcionamiento colectivo apelando a mecanismos tales como la denominada “teoría de los juegos”, se han topado con “externalidades” o *free riders*;⁶⁹ y cuando Anthony Downs presentó un análisis económico del funcionamiento de la democracia, chocó invariablemente con la realidad de que no todos los actores sociales se comportan como *homo economicus* en términos de comportamientos racionales o previsibles.⁷⁰

Pero la democracia no sería tal sin la extensión del sufragio y la intermediación de los partidos políticos. La democracia es democracia de partidos, guste o no guste, como lo han enseñado muy bien atentos observadores como Duverger y Sartori.⁷¹ Un destacado filósofo político de nuestro tiempo, de gran autoridad, como Norberto Bobbio, no solamente se presentó como un gran defensor de la democracia ante los cambios tecnológicos y la globalización, sino que defendió el concepto instrumental y a la vez esencial de la democracia como un “sistema de procedimientos”.⁷²

Ese mismo valor procedimental de la democracia y de la constitución fue el desarrollado desde otro ángulo por John Hart Ely en su célebre libro *Democracy and Distrust*, con el propósito de superar las polémicas entre originalistas y contextualistas, entre interpretativistas y no interpretativistas en el debate sobre la interpretación constitucional estadounidense.⁷³

Ese concepto instrumental de democracia tiene al sufragio y a los partidos políticos como actores ineludibles, al punto que, según se afirma, la

69 Rawls, John, *op. cit.*

70 Downs, Anthony, *An Economic Theory of Democracy*, Oxford University Press.

71 Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel; Sartori, Giovanni, *La política: teoría y método de las ciencias sociales*, México, Fondo de Cultura Económica.

72 Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, Madrid, Alianza.

73 Ely, John Heart, *Democracia y desconfianza. Una teoría sobre la interpretación constitucional*, Bogotá, Universidad de los Andes.

democracia es en nuestro tiempo una “democracia de partidos”. La reforma constitucional de 1994 ha incluido distintas disposiciones que afirman el papel de los partidos políticos (artículos 37 y 38 de la Constitución nacional), y que, incluso, llegan a otorgar la pertenencia de las bancas parlamentarias a los partidos políticos por vía de decretos de necesidad y urgencia (artículo 99, inciso 3). Todas estas normas suplen la omisión del constituyente originario de 1853, que no los había considerado, y abren la puerta a un concepto participativo de la democracia que tampoco estuvo previsto en el texto original, pero que se fue abriendo camino por imposición de la realidad.

La idea de una democracia participativa se contrapone, en el fondo, con la idea del sistema representativo defendida con base en el texto de los artículos 1o. y 22 de la Constitución nacional. Pedro de Vega ha observado, con gran lucidez, que en nuestros tiempos existe relativo consenso en cuanto a la denominada “legitimidad de origen”, toda vez que existe generalizada aceptación sobre los regímenes electorales y el normal desarrollo de las elecciones en distintos países, de manera que una elección fraudulenta es inmediatamente cuestionada como ilegítima. En cambio encuentra mayores problemas con la legitimidad de ejercicio de los cargos públicos representativos por parte de quienes resultaron electos y que deben dar prueba constante de tal legitimidad a través de la eficiencia con que desarrollen sus cargos.⁷⁴

La adecuada conciliación entre los términos participación y representatividad es uno de los desafíos más frecuentes e importantes de la ciencia y de la filosofía políticas actuales, del mismo modo que lo es la conciliación entre los términos representatividad y gobernabilidad.

Otra cuestión vinculada con este tema es la referida a la garantía de defensa del sistema o a la defensa de la democracia que la Constitución ha establecido en el artículo 36. La democracia requiere una actitud deliberativa y militante, pero también se han establecido fórmulas específicas, como el denominado “derecho de resistencia”, cuyo valor jurídico es relativo, fundamentándose más bien en una concepción “iusnaturalista”, que encontraría su traducción racionalista en la obligación de defender el sistema que asegura el ejercicio del resto de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución.⁷⁵

74 De Vega García, Pedro, *Legitimidad y representación en las crisis de la democracia actual*, Barcelona, Instituto de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Autónoma de Barcelona, 1998.

75 Dalla Via, Alberto Ricardo, *La conciencia y el derecho*, Buenos Aires, Belgrano.

Para finalizar esta síntesis, cabe señalar que más allá de los distintos “ismos” que dan cuenta de un “movimiento garantista” en materia penal o materia fiscal, para nosotros el término no se vincula con algún movimiento esporádico, sino con el universo de la tutela constitucional de los derechos como conjunto y sistema que más bien proviene de una constante y paulatina evolución, con sus marchas y contramarchas, y los aportes de distintas vertientes.

Desde esta cosmovisión genérica, el garantismo como tal encuentra fundamento en el contractualismo, que ha delegado desde la sociedad hacia el Estado, a través del pacto o contrato originario, el uso de la fuerza para garantizar el pleno ejercicio de los derechos. Los instrumentos para tal fin son la ley y el orden, que es necesario asegurar desde la plena reconstrucción de un contrato social que hoy se encuentra en crisis. Pero como este camino para invocar una legitimidad superior a la ley puede llevar a planteamientos autoritarios, nos prevenimos de ello sosteniendo, como Dahrendorf, la necesidad de construir instituciones.

El Estado de derecho (*rule of law*) no puede funcionar sin un sentido de las instituciones de la sociedad, más aún, sin hacerse él mismo institucional en el más pleno sentido de la palabra. El derecho protege y capacita; las instituciones dan significado, sustancia y permanencia a sus poderes. Con independencia de la construcción de instituciones, el derecho necesita ser desarrollado, a fin de hacer que su imperio sea fructífero para la libertad.⁷⁶

76 Dahrendorf, Ralf, *Ley y orden*, trad. Luis María Díez-Picazo, Madrid, Civitas.