

LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA *

Alberto Ricardo Dalla Via

RESUMO

Inicialmente aborda a questão das garantias constitucionais, quanto a saber se elas são declarações genéricas e abstratas de direitos ou se situam-se no plano prático simplesmente por constarem na Constituição.

Em seguida, analisa o conceito de garantias a partir do Direito Constitucional, assinalando como aporte significativo a vertente do “contrato social” e a conseqüente consideração da Constituição como expressão escrita ou formal do contrato. Enumera as diferentes fontes de que se nutre o conceito de garantias e destaca como contribuição maior a que vem do Direito Internacional pela afirmação do princípio *pro homine*, contido na Declaração das Nações Unidas de 1948.

Sustenta que a real vigência das liberdades individuais está condicionada à existência de garantias que as protejam em caso de serem vulneradas, podendo-se afirmar que elas fazem o Estado de Direito. Por fim, propõe a reconstrução do contrato social pela valoração do sistema democrático como garantia do jogo político e como o âmbito mais favorável ao desenvolvimento dos direitos humanos.

PALVRAS-CHAVE

Direito Constitucional; garantias constitucionais – tutela judicial, suspensão; poder do Estado; liberdade individual; contrato social; democracia; direitos humanos.

* Conferência proferida no Seminário Internacional “A Tutela Judicial no Sistema Multinível”, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, nos dias 20 e 21 de setembro de 2004, no auditório do Instituto Rio Branco, em Brasília-DF.

Esta expresión genérica podría ser confundida, en una primera aproximación, con un capítulo o parte del Derecho Constitucional. Más concretamente con la denominada "parte dogmática", si nos referimos a la Constitución de la Nación Argentina o a las grandes declaraciones de derechos que contienen otros textos que pueden considerarse históricos o clásicos en ese sentido, 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 de aquel país.

De ese modo, una primera aproximación "clásica" vendrá a decirnos que en la parte dogmática de la constitución es donde se encuentran las declaraciones, derechos y garantías (*rule of law*); en tanto se reserva a la parte orgánica lo referido al estatuto del poder (*frame of government*) y a sus divisiones "verticales" y "horizontales" si usamos la terminología de *Loewenstein*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 hacen a la potencialidad o atribución en cabeza de un sujeto (derecho subjetivo), un grupo (derechos colectivos) o de varios (derechos difusos), en tanto que las garantías constitucionales, en sentido estricto, tendrían una significancia más limitada a los mecanismos procesales para proteger o hacer valer los derechos, haciendo realidad la máxima atribuida a Chiovenda en cuanto *no hay derecho sin acción*, o bien, como lo señalará con especial precisión Hans Kelsen, el verdadero derecho subjetivo existe cuando el individuo cuenta con todo un sistema a su alcance para poner en ejecución ante la violación de un derecho, que incluye desde la titularidad de una acción (legitimación), pasando por el acceso a la Justicia ante tribunales imparciales integrados por jueces naturales que respeten las reglas del debido proceso.

Destaca el gran maestro del Derecho que la garantía constitucional de los derechos de libertad no puede realizarse según la forma usual, declarando que la propiedad es inviolable y que la expropiación sólo ser posible en virtud de una ley, o que la libre emisión del pensamiento sólo

puede ser limitada por ley, pues en este caso, la garantía constitucional desaparece desde el momento en que la constitución delega en la legislación ordinaria las invasiones en la esfera de la libertad. Agrega Kelsen, refiriéndose a los derechos reconocidos en las declaraciones de derechos, 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*².

Esa concepción ultra restringida limitaría las garantías constitucionales a aquellas 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 (adjetivo y sustantivo), el recurso extraordinario, la acción declarativa de inconstitucionalidad y aquellas otras que surgen de la propia Constitución: división de poderes, principio de legalidad, principio de razonabilidad, derecho a la jurisdicción, etc.

Para Zarini³, las garantías aparecen como instituciones y procedimientos de seguridad creados a favor de los habitantes, para que cuenten con medios de amparo, tutela o protección a fin de hacer efectivos los derechos subjetivos, enumerando entre ellas al *habeas corpus*, acción de amparo, *habeas data*, defensa en juicio, demanda y excepción de inconstitucionalidad, etc.).

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 en que desempeñen el mismo. De ahí que no se denominen garantías en sentido propio, sino más bien prerrogativas, inmunidades o privilegios, como son los fueros parlamentarios, la inamovilidad de los jueces y la intangibilidad de sus remuneraciones.

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 ser pasible de ser sometido a subdivisiones de rango o jerarquía inferior, como los que surgen de distinguir entre derecho de fondo y derecho de forma.

De ahí también que un autor tan clásico como Joaquín V. Gonzalez utilizara los términos de manera poco clara, apareciendo cierta confusión o ámbito común entre garantías y declaraciones. Entre los autores actuales, Sagues relativiza 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. Curiosamente, una posición similar a la anterior es seguida por algunos autores del Derecho Procesal que hablan del "derecho de amparo".

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

a) acepción estrictísima: que comprendería sólo los procedimientos judiciales sumarios y reglas procesales, como los *writts* de *habeas corpus*, de amparo, derecho de no declarar contra sí mismo, etc.

b) 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, la *injunctio* etc.

c) acepción amplia: que abarcaría también las llamadas garantías políticas, como la división de los poderes, la renovación y elegibilidad de los magistrados, etc.

d) acepción amplísima: comprensiva de todas las instituciones liberales, incluso la constitución escrita, rígida o flexible, y la inclusión de un *bill of rights* en la misma.

Ha advertido Luigi Ferrajoli⁴ 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 internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, reducidos, una y otra, en defecto de las adecuadas garantías, a simples declamaciones retóricas o, a lo sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes* (...). Y agrega: (...) *bastaría esto para desaconsejar la identificación y justificar la distinción entre derechos y garantías en el plano teórico* (...), destacando que (...) *la ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida laguna*

que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar (...).

Una posición superadora de las antes citadas disquisiciones técnicas se afirmó con la labor interpretativa realizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando, al inscribir uno de los capítulos más notables de su historia institucional, creó por vía pretoriana la procedencia de la denominada "acción de amparo", al decidir en el caso "Ángel Sirí", de 1957, señalando en tal oportunidad que todos los derechos quedaban garantizados por el sólo hecho de estar en la Constitución, extendiendo la garantía ya existente del *habeas corpus* al resto de los derechos.

Sobre la base de esa línea interpretativa abierta, 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 una norma operativa o programática. De modo que Bidart Campos afirma su tesis sobre la *fuera normativa de la Constitución*, y otros autores llegan a posiciones aún más extremas, como el caso de Quiroga Lavie, quien considera el derecho a interponer acción de amparo contra la omisión del legislador de reglamentar una norma programática de la Constitución, ello a resultas del nuevo texto del artículo 43 de la Constitución Nacional, reformada en 1994.

Si salimos de la posición que reduce el garantismo constitucional a los enunciados de la parte dogmática, podremos enfrentar la consideración del garantismo en un ámbito más amplio como el de la teoría constitucional y allí veremos que, para muchas concepciones, la expresión garantismo bien puede confundirse y mimetizarse con el propio concepto de Constitución, entendida como "carta de garantías".

También hay autores, como Ferrajoli, que han elaborado una "teoría general del garantismo". En el caso, se trata de una teoría elaborada desde el garantismo penal y en un contexto determinado como el *stato di diritto* (Estado de Derecho) italiano, pero que arriba a conclusiones aplicables que tienen valor universal.

De manera temprana señala Ferrajoli en su obra: (...) *los principios sobre los que se funda el modelo garantista clásico - 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 entreveran 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 de la pena (...) Más adelante agrega: (...) *sin embargo, mas 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 (...)*⁵.

2 DISTINTAS ACEPCIONES 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 en

Si salimos de la posición que reduce el garantismo constitucional a los enunciados de la parte dogmática, podremos enfrentar la consideración del garantismo en un ámbito más amplio como el de la teoría constitucional y allí veremos que, para muchas concepciones, la expresión garantismo bien puede confundirse y mimetizarse con el propio concepto de Constitución, entendida como "carta de garantías".

favor de la libertad individual. De manera que la Constitución (no escrita) de Inglaterra no solamente se compone de instituciones tradicionales como la Corona y el Parlamento, sino que se ha ido elaborando a través de sucesivos documentos, entre los que cabe citar a la Carta Magna de 1215, el estatuto del *tallagio non concedendo*, el *bill of rigths* y el *agreement of people*.

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 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, así como también limitar la posibilidad de arrestar o privar a las personas de su libertad 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 fueron adquiriendo paulatinamente ante la Corona los nobles en primer término y el pueblo después; de manera que cuando las colonias de Norte América declararon su independencia y sancionaron su Constitución, asumieron la existencia de una cantidad de derechos del hombre anteriores al Estado, que protegían a través de las instituciones garantistas derivadas del Derecho inglés (*due process of law* o *the law of the land*).

Otra aproximación hacia el "garantismo" desde el Derecho Constitucional es dada por ciertas concepciones o teorías que consideran a la constitución, en sí misma, como un límite o "freno" al poder del Estado, conformando, en consecuencia, una garantía de carácter genérico en favor de los ciudadanos; de manera que esa "garantía" sería, en definitiva, la propia Constitución. Hay un trasfondo "hobessiano" al reducir la teoría constitucional al valor de un límite o barrera frente al "Leviatán", en procura del orden y la paz social. Desde esa concepción, lo verdaderamente relevante es la función de control que implica toda Constitución.

Para Loewenstein, la Constitución es un sofisticado sistema de

controles horizontales y verticales, interórganos e intraórganos y hasta extraórganos o extrapoderes. El problema de esa tesis, a nuestro juicio, está en que el concepto de Constitución se agota en la idea del control, que es un porte esencial al constitucionalismo como mecanismo; como lo fue en ese mismo sentido la tesis de Montesquieu sobre los “frenos y contrapesos” del poder; de manera que la triada o separación de poderes es, en la concepción clásica, una garantía en sí misma, en tanto supone que el poder cuanto más separado, enfrentado y controlado esté, ser mejor para la libertad y menos daño podrá causar a los ciudadanos y menos peligroso ser para la libertad, el honor y la propiedad de las personas.

Una vertiente que representa un aporte verdaderamente significativo a la concepción del garantismo vinculada a la Constitución es la que proviene del “contrato social” y la consecuente consideración de la Constitución como expresión escrita o formal del contrato. Esta concepción se encuentra estrechamente vinculada a la que García Pelayo denominaría la tipología “racional normativa” de Constitución.

No caben dudas acerca de la relevancia alcanzada por las denominadas doctrinas “pactistas” o “contractualistas” en el sustrato o fundamento de la teoría constitucional y, más lejos aún, en el propio fundamento de la ley y de la obligación política. Al respecto, debe comenzarse señalando que existen diferencias entre las distintas 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.

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

No puede desconocerse que las tesis contractualistas tienen un alto grado de abstracción y que son más bien escenarios teóricos, de manera que la idea de democracia expuesta por Rousseau es muy difícil de reproducir en la práctica y – tanto

menos – resulta mucho más difícil de imaginar la posibilidad de obtener consenso por medio de una “voluntad general”, que se entiende como la suma de una cantidad de voluntades individuales.

Pero mas allá de tal abstracción, lo cierto es que el contractualismo conserva una enorme y fuerte vigencia tanto en la teoría del Estado como en la teoría de la Constitución y asimismo como fundamentación de los derechos y de sus garantías y, 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, ya se trate del “Estado ultra mínimo” de Robert Nozick, asimilable a un acuerdo general de vecinos para conformar una agencia de seguridad; o se trate de la “teoría de la Justicia” de John Rawls, que parte de un presupuesto “rousseauiano”. Todas ellas encuentran su punto de partida en la idea contractualista, que también fundamenta a la Constitución como instrumento del acuerdo fundamental de la sociedad, de manera que el momento en que dicho acuerdo se efectiviza sería, según Sieyes, el del ejercicio del poder constituyente.

Señala Carre de Malberg 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 es la idea que desarrolla Sieyes ante el Comité de Constitución de 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 el 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*⁶ (...).

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, encargando a los

diputados de establecerla. Se vuelve a encontrar igualmente 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 art. 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.*

Todo lo que sigue de la Declaración se inspira en estos principios. El art. 12, especialmente, para legitimar la existencia de una “fuerza pública”, dice que *es la garantía de los derechos del hombre y el ciudadano lo que la hace necesaria.* El art. 16 sienta la conclusión de que *toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos, no tiene Constitución.* La Constitución de 1791, a su vez, no contentándose con haberse hecho preceder por la Declaración y los textos anteriormente citados, comienza advirtiendo que toda ella se establece sobre los principios que acaban de reconocerse en dicha Declaración.

Este “garantismo contractualista” 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 que proceden del ideario racionalista que las motiva. Muchas garantías tienen su origen en ese racionalismo.

La abolición de los tormentos y otras formas medievales de castigo fue contemporánea al nacimiento de la regla del debido proceso y a la presunción de inocencia en tiempos de 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 al 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. El concepto de seguridad jurídica es atribuido por Legaz y Lacambra a la escuela de los comentaristas o post-glosadores 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 Santo Tomás de Aquino, la idea de un ámbito propio e inescindible de la persona, entre los 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.

Esta idea, en esos 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 eso la propiedad como derecho carecía de significado real si su titularidad no iba acompañada de la garantía de su disfrute.

Para enfatizar el carácter de “garantías de la libertad” que surge del contrato social como derivación concreta de una ideología racionalista liberal, aún tratándose de otros derechos específicos como la propiedad recién citada, autores más modernos como Buchanan y Tullock, desde una perspectiva del análisis económico del Derecho (*Law & 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.

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. Bajo tal concepción, y al amparo de una filosofía liberal individualista de la libertad, alcanzaron protección por el Derecho, los derechos fundamentales del hombre. De manera que de un modo frecuente se han utilizado ya sea como sinónimos, o ya sea de manera indistinta, los vocablos derechos, garantías y libertades públicas. La libertad individual apareció como el apotegma o valor cardinal, de modo que algunos autores han llegado a reducir la existencia de todos los demás derechos, en cuanto a su contenido, a distintas aplicaciones de la idea de libertad.

Pero este recorrido sobre las diferentes acepciones, concepciones o ideas de garantismo quedaría incompleto e insuficiente si oportunamente no advirtiéramos que la idea de “garantismo” no solamente se nutre de criterios generales o teorías generales que informan sobre una determinada tendencia o calidad, sino que también cuentan, en buena medida, los distintos aportes concretos, recibidos desde distintos ámbitos o universos jurídicos, así como desde distintas ramas del Derecho y – aún – desde distintas concepciones ideológicas.

3 LOS APORTES O VERTIENTES

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, proviene del Derecho Constitucional francés la institución de la expropiación por utilidad pública, fundada en ley y previamente indemnizada; en tanto que al Derecho norteamericano, siguiendo la tradición inglesa y – antes – al mismo Derecho romano, corresponde el desarrollo alcanzado por la garantía de *habeas corpus*, aún cuando su al-

Si hay un garantismo donde diversas fuentes nutren o se aglutinan en un tronco o vínculo común, que es 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 un “garantismo fiscal”, un “garantismo penal”, un garantismo “civil”, “internacional”, etc.

cance y contenido puede variar en los distintos países en que se aplica y, especialmente, debe el Derecho Constitucional a los Estados Unidos de Norteamérica el desarrollo del principio de supremacía y el control de constitucionalidad como garantía contra el abuso y la tiranía de la ley.

El Derecho Constitucional latinoamericano ha aportado la creación del amparo como acción sumarísima 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 aportado categorías dogmáticas de los derechos y garantías que influyeron notablemente en los 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.

Sin perjuicio que esta diversidad de fuentes comparatistas que hemos citado puede generar cierta polémica acerca de qué se entiende, en sentido propio, por garantismo y constitucionalismo, no por ello debe dejar de resaltarse 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 y, tanto más, 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 Constitución italiana de 1947 y la Ley Fundamental alemana de 1949.

Si hay un garantismo donde diversas fuentes nutren o se aglutinan en un tronco o vínculo común, que es 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 un “garantismo fiscal”, un “garantismo penal”, un garantismo “civil”, “internacional”, etc.

Ante tal inflación terminológica en derredor del garantismo, es

menester preguntarse si se tratan de garantismos diferentes del "garantismo constitucional" o si, por el contrario, se refunden en este último; o bien si cabe hacer disquisiciones o distinciones por razones de complementariedad en algunos casos y de contradicción aparente – al menos – en otros casos. La mención de esas cuatro ramas del Derecho en particular no es tampoco casual.

El denominado "garantismo fiscal" cuenta con elaboración doctrinaria propia, de manera que suele hablarse de un conjunto o estatuto de garantías constitucionales en materia fiscal, como por ejemplo el denominado principio de legalidad en materia fiscal (arts. 4 y 17, CN), el principio de igualdad en materia fiscal (art. 16, *in fine*, CN), los principios de irretroactividad y no confiscatoriedad (art. 17, CN), además del principio de razonabilidad (art. 28, CN). 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 denominados principios de proporcionalidad, equidad, uniformidad, generalidad y capacidad contributiva.

Se pretende en algunos casos fundar tales principios en los otros artículos de la Constitución antes mencionados, ej: los principios de "uniformidad" y "generalidad" en el art. 16, CN, o en el juego o "balance" entre dos o más principios, como por ejemplo el principio de "capacidad contributiva", que hallaría su fundamento en los arts. 16 y 28, CN. Nosotros hemos criticado y lamentado que la reforma constitucional de 1994 no reforzara ni incrementara el tramo de las garantías individuales frente al fisco porque entendimos que el "sentimiento constitucional" de la opinión pública así lo exigía en ese momento.

Perdida esa oportunidad, no nos parece que se trate de crear nuevas sutiles denominaciones sobre principios jurídicos existentes, sino de reafirmar la seguridad jurídica de los que ya están, aun cuando deba reconocerse que algunos textos se han hecho cargo de esa 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.

Otro tanto podría apuntarse acerca del "garantismo" en materia penal, donde el término parece mantener una estricta relación con el estricto acatamiento de las garantías constitucionales del debido proceso que se fundan en el art. 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".

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.

Tal vez el mayor aporte hacia el garantismo de los últimos tiempos provenga del Derecho Internacional, y es desde allí, por vía indirecta, que ha ingresado al ámbito constitucional de cada uno de los Estados y, en particular, al Derecho Penal, como reflejo inmediato del avance en la protección de la libertad personal.

Si el siglo XX que acaba de finalizar nos ha dejado un legado trascendente a destacar, este 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. Esa paulatina novación 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.

Los derechos humanos conforman en nuestros días una suerte de "neo-jusnaturalismo", que tiene una

función legitimadora de los derechos positivos de los Estados en la medida en que sus respectivos textos legales se adapten a aquéllos. Ninguna reforma constitucional o legal sería en esos términos legítima si vulnerara o desconociera los derechos humanos. A decir del profesor Kruger, hoy son los derechos humanos los que legitiman la ley, y no al revés.

El tema es de particular importancia porque fue justamente en la modernidad, con el nacimiento de los Estados constitucionales, que los derechos fundamentales anteriores al Estado fundamentaron la legitimidad de la ley positiva. Muchos años después, ya entrado este siglo, comenzó a plantearse la crisis de la ley como norma general y abstracta, representativa de la voluntad general.

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 c/ Sofovich s/ Amparo*, promovido por el recordado constitucionalista argentino para hacer valer el derecho de réplica contemplado por el art. 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, inc. 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" a estas disposiciones que emanan, en su mayoría, de la Convención Americana de Derechos Humanos.

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, a una instancia de revisión, etc. Tales disposiciones tuvieron efectos prácticos, como ocurrió con la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Maqueda", que obligó a la República Argentina a crear la Cámara de Casación Penal para asegurar el derecho a tal revisión en el orden federal y aún cuando subsisten fundadas críticas doctrinarias en cuanto a que tal instancia de revisión no sería tan amplia en la actualidad.

La recepción de un tramo garantista desde el Derecho Internacional como consecuencia de la ampliación del orden público (art. 75, inc. 22, CN) nos plantea un problema filosófico en torno de si tal incremento de normas imperativas resulta beneficioso o, por el contrario, perjudicial para el desarrollo de la autonomía de la voluntad que suele explicitarse como el fundamento de la libertad personal en las relaciones civiles.

Desde la doctrina civilista tradicional, ha sostenido Borda, en su momento, que toda intervención normativa del Estado iba en sentido inversamente proporcional a la libertad individual. Tales reparos y advertencias fueron efectuadas después de la experiencia de la Constitución de 1949 y a la vista y en prevención de los modelos entonces existentes en los países pertenecientes al rea socialista soviética en materia de regulación de la familia, de los contratos y de la propiedad colectiva.

Es de advertir, 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.

Existe también un garantismo civil, que presenta perfiles propios y ciertas particularidades en derredor de los llamados "derechos personalísimos", sobre los que tanto se ha ocupado la doctrina, encabezada por autores de la talla de Jorge Bustamante Alsina, Santos Cifuentes, Aida Kemmelmajer de Carlucci, Atilio Alterini y Augusto Mario Morello.

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 derecho protector de la libertad; pero que en definitiva derivan tal protección como derechos privados de las personas y no como derechos públicos subjetivos, cual 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 criterios 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 derredor de la influencia de fuentes de distinto origen: estadounidense para la Constitución, en tanto que romanista, francesa y brasileña para el Código Civil, etc. Pero también han influido de manera notable entre nosotros los largos periodos de facto y los golpes de estado; de modo que estando suspendida la vigencia de la Constitución, en cambio continuó de manera ininterrumpida la vigencia del Código Civil que, por cierto, contiene, en muchos casos, normas que podrían considerarse de naturaleza constitucional, como, vg., 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.

El dilema está en determinar ¿cuál es el criterio? (...) ¿hasta dónde se extiende la garantía? El principio de supremacía del orden jurídico impone siempre dar prevalencia jerárquica a la Constitución (...), pero en la interpretación, las distintas cláusulas (...) deben responder estrictamente a las pautas de la hermenéutica constitucional, entre las que ocupa lugar relevante, primordial y destacado el denominado "principio de unidad", (...)

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 *leading case* "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.

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 prevalencia jerárquica a la Constitución (art. 31, CN), pero en la interpretación, las distintas cláusulas (arts. 14, 19 y 32, CN, en el caso) 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. Y ese principio de unidad ha sido explicado reiteradamente por la jurisprudencia de la Corte Suprema en el sentido que las distintas cláusulas 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.

4 DEL GARANTISMO A LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Todas esas 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 denominadas garantías de la libertad.

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 a ser fortalecido y enfatizado a través de un conjunto de garantías en favor de los ciudadanos, con el propósito de no tornar en meras ilusiones esas promesas. Ha destacado con razón Peces Barba⁷ que la problemática de los derechos fundamentales se da en una dialéctica permanente entre libertad e igualdad.

En ese sentido, también ha señalado reiteradamente Vanossi⁸ que el tránsito desde el constitucionalismo liberal hacia el constitucionalismo social supone dos ideas básicas a) un presupuesto racional en cuanto a que el Estado social de Derecho continúa o "aggiorna" al estado liberal de derecho y b) la condición o "regla de oro" en cuanto a que todo acrecentamiento del poder del Estado debe ir acompañado, de manera proporcional, por el incremento de los controles y reforzamiento de las garantías.

Luigi Ferrajoli, por su parte, distingue entre garantías liberales o "negativas" y garantías sociales y "positivas", de manera que la diferencia va unida a la diferente 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 pre-políticas 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 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 tiene como tales una función conservadora; las segundas miran al futuro y tienen un alcance innovador*⁹.

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", exten-

diéndose el acceso a la jurisdicción, en el marco de una tendencia cada vez más creciente hacia la plena judicabilidad 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, etc.

Hay, inclusive, 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, fundamentando tal clasificación en la aparición cronológica de tales remedios procesales.

Coincidimos en el fundamento cronológico y en la utilidad didáctica que tiene esa clasificación a los efectos de la enseñanza del tema; pero creemos que tal asimilación no es del todo posible porque el amparo es una garantía que tutela tanto derechos de primera generación (libertad de expresión, derecho de propiedad, etc) como de segunda generación o derechos económicos, sociales y culturales. Asimismo el amparo colectivo no solamente tutela derechos de tercera generación, sino algunos derechos clásicos vinculados con la igualdad, como en el caso de discriminación, conforme surge del propio texto del art. 43, CN.

Es que el problema surge de la propia consideración de los derechos o garantías por "generaciones", de manera que algunos, como Vasak, creen que la 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.

Pero creo necesario aclarar, a esta altura del relato y de la exposición del tema que venimos tratando, 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, cuan-

do 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", al 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 esto sin autorización.

Sostiene Sergio Galeotti que la primera idea que expresa el término garantía ("garant", del alemán *Gewähren, Gewährleistung*, que significa *Sicherstellung*) es la de una posición de seguridad, que elimina un estado de precariedad e incertidumbre. "Garantía de la obligación" – dice – 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; seguridad que, si faltara el cumplimiento, podrá dar lugar a la actuación de un instrumento por el cual, con anterioridad, puede estarse seguro que se concluir por obtener el valor que debería recibirse mediante el cumplimiento.

Se pregunta el mismo autor ¿cuáles son los elementos del concepto de garantía? En primer lugar – responde –, 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 seguridad respecto del interés amenazado, aplicando estos presupuestos a la órbita constitucional. Galeotti entiende que, en la "garantía constitucional", el interés asegurado consiste en la "regularidad constitucional", o sea, en la observancia de la norma constitucional, elemento que presenta un aspecto objetivo y otro subjetivo.

Objetivamente, consiste en la existencia de una Constitución formal; en el segundo en que esta 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*¹⁰.

El artículo 18 de la Constitución Nacional tiene un rango relevante en nuestro ordenamiento puesto que ella 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 Gonzalez Calderon¹¹ 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 (arts. 1,2,3,6 y 9) son fuente del actual art. 18, CN. 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 del Estatuto de 1815, igual criterio seguido tanto por la Constitución de 1819 como la de 1826.

Señala Bidart Campos, citando una exposición de Sanguinetti en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, que en la Constitución his-

tórica aparece varias veces mencionada la expresión “garantías” (arts. 5, 23, 28 y 33, CN), pero en rigor no había ninguna norma específica referida a las garantías como sí aparece el art. 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 arts. 14 y 20 en materia de derechos civiles, pudo haber sido porque consideró que dinamicamente debían ser – y serían – el desarrollo legislativo de la Constitución y la interpretación e integración de su conjunto normativo los que, sin rigideces, irían abriendo progresivamente los espacios garantistas de acuerdo con el ritmo evolutivo de los valores y necesidades sociales.

En nuestra doctrina constitucional ha existido cierta asimilación entre las garantías de amparo y *habeas corpus*, siendo frecuente denominar a esta última acción como “amparo de la libertad”. Parece visualizarse que el fundamento que da lugar a esa frase ha sido también en parte el fundamento del artículo 43 en cuanto a la consagración de un amparo genérico.

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 o las sentencias de “Angel Siri” (1957) Samuel Kot (1958), pero que fue generándose en otros precedentes, entre los que cabe citar el caso “San Miguel”, que constituyeron una extensión de la modalidad del *habeas corpus*, ya aceptado, por entonces para la libertad física, hacia otros derechos que no eran la libertad física. La lectura de las referidas sentencias es elocuente en ese sentido.

A decir de Sanchez Viamonte (...) *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 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)*¹².

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 (arts. 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 “mandado 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.

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, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales* (...).

En el artículo 7 se trata del derecho a la libertad personal, donde se dice: (...) *Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este 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 que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona*¹³.

El *habeas data*, por su parte, como vía constitucional procesal, tal y con esa denominación, surge de la Constitución brasileña de 1988 (art. 5º), si perjuicio de contra con numerosos antecedentes en el derecho comparado. Vanossi¹⁴ señala 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 *ut supra* 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 art. 18.

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 art. 3º de la misma Ley 24.309 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 recaída en el fallo "Urteaga, Facundo Raúl c/ 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 importe una indagación meramente 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. c/ 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, inclusive cuando ellas persigan la 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 significancia en nuestro sistema constitucional el llamado "principio de razonabilidad", cuyo fundamento se encuentra en el artículo 28 de la Constitución Nacional. Un aporte teórico 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, CN.

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.

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 art. 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 ese 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.

Señala en tal sentido Gonzalez Calderon 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 instituciones y procedimientos que en el país donde tuvieron origen consolidarla. Contrasta así, la concepción anglo sajona de la libertad civil con el teorismo declamatorio que caracteriza al derecho constitucional 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 teóricas¹⁵.

Aparece también en la obra de Bidart Campos¹⁶ una cita de las denominadas "garantías institucionales" mencionadas en la Constitución. Dichas garantías institucionales irradiarían efectos protectorios hacia algunos derechos como, por ejemplo, las universidades (art. 75, inc. 19), los pueblos indígenas (art. 75, inc. 17), la familia (arts. 14 bis y 75, inc. 19), la Iglesia Católica (art. 2º), las confesiones religiosas reconocidas (art. 14), las asociaciones sindicales (art. 14 bis), a los que se agregan los partidos políticos (art. 38), los municipios, las provincias y, finalmente, la independencia del Poder Judicial.

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 en la lectura n. LXXVIII de "El Federalista", cuando afirmara: (...) *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 de su unión con cualquiera de los otros dos departamentos¹⁷ (...).*

5 EL GARANTISMO FRENTE A LA "SUSPENSIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES"

La aplicación de instituciones de emergencia, como el estado de sitio previsto en el art. 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 extra-

ordinarias 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, especialmente en los países de América Latina, es demostrativa 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.

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.

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*. Y mucho más amplias eran las facultades extraordinarias concedidas por el Proyecto de Alberdi ante una situación de emergencia, que en su art. 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 fuera*.

El recurrente uso de institutos de emergencia como el **estado de sitio** y la **intervención federal** por parte del Poder Ejecutivo ha contribuido, en la Argentina, a la conformación de un **hiperpresidencialismo**. A ese proceso centralizador en desmedro del Poder Legislativo y el Poder Judicial han contribuido, según Nino, otros factores, entre los que destaca

las frecuentes interrupciones constitucionales debidas a los golpes de estado, la llamada "doctrina de facto" y la doctrina de las "cuestiones políticas no justiciables".

La página más negra del "estado de sitio" fue la ocurrida durante la última dictadura militar, bajo cuyos efectos muchas personas fueron arrestadas y puestas "a disposición del Poder Ejecutivo nacional". La Corte Suprema de entonces, a partir de los fallos "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.

Otro tanto ha ocurrido con la **intervención federal**, una institución de emergencia prevista en la Constitución Nacional argentina que no

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.

está en la Constitución de los Estados Unidos. Conforme al artículo 6º de nuestra 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 al 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 c/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 (art. 75, inc. 22), establece expresamente en su art. 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 O.E.A. sobre la vigencia de las garantías judiciales durante el estado de sitio, decidiendo 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 del 6 de octubre de 1987, solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay para que la Corte Americana de Derechos Humanos aclare con precisión cuales son las garantías fundamentales de la Carta que no pueden suspenderse ni aún en estados de emergencia, se

dijo, también por unanimidad: 1. *Que deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, según lo establecido en el artículo 27.2 de la Convención, el habeas corpus (art. 7.6), el amparo o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art. 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. *También deben considerarse como garantías indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (art. 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 8 de la Convención.*

6 LA DEMOCRACIA Y LA RECONSTRUCCIÓN DEL CONTRATO SOCIAL

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

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 más posibilidades tienen las personas 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: este es: la regla de una democracia deliberativa a través del debate crítico y la realización de la máxima "kantiana", en cuanto a que cada hombre es un fin en sí mismo. 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.

Podemos, en tal sentido, permitirnos validamente 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? y ¿De qué modo se garantiza, a su vez, la democracia?

Desde una posición extremadamente pura, idealista y rousseauiana, bien puede afirmarse que el concepto de gobierno del pueblo es independiente, diverso – y aún contrario – a la idea de la regla de la mayoría. El mejor ejemplo de esta posición es la propia democracia ateniense y la idea que el propio Rousseau mantenía sobre la democracia directa y su manifiesta aversión/prevencción hacia el sistema representativo defendido por Sieyes.

Sin embargo, el desarrollo del constitucionalismo liberal y del Estado democrático de Derecho en los siglos XIX y XX sería impensable sin la 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 la misma no satisface plenamente el ideal de una racionalidad colectiva.

En este punto los hombres – y las mujeres – tal vez deberemos convencernos (aunque nos cueste) de la inexistencia de ese pretendido ideal de la "racionalidad colectiva" en la realidad; ni el sufragio (proporcional, mayoritario, universal, etc.), ni mucho menos los mecanismos del mercado a la manera de la "mano invisible" de Adam Smith se dan en la realidad.

Cuando algunos autores de la talla de John Rawls han pretendido explicar el funcionamiento colectivo

apelando a mecanismos tales como la denominada "teoría de los juegos", han chocado con "externalidades" o *free riders*; 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 oeconomicus* en términos de comportamientos racionales o previsibles.

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. 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".

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 & Distrust*, a los efectos de superar las polémicas entre originalistas y contextualistas, entre interpretativistas y no interpretativistas en el debate sobre la interpretación constitucional estadounidense.

Ese concepto instrumental de democracia tiene al sufragio y a los partidos políticos como actores ineludibles, al punto que, según se afirma, la democracia es, en nuestro tiempo y en definitiva, una "democracia de partidos". La reforma constitucional de 1994 ha incluido distintas disposiciones que afirman el rol de los partidos políticos (arts. 37 y 38, CN) y que, inclusive, llega a otorgar la pertenencia de las bancas parlamentarias a los partidos políticos cuando se trata del caso de elecciones en el Senado (art. 54, CN). Asimismo se ha establecido la prohibición expresa de realizar modificaciones al sistema electoral y de los partidos políticos por vía de decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3º, CN). Todas esas normas suplen la omisión del constituyente originario de 1853 que no los había considerado y abre la puerta hacia un concepto participativo de la democracia que tampoco estuvo previsto en el texto originario pero que se fue abriendo camino por imposición de la propia realidad.

La idea de una democracia participativa se contraponen, en el fondo, con la idea del sistema representativo defendida con base en el texto de los arts. 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 llamada "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.

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 propio sistema o a la defensa de la democracia que la Constitución ha establecido en el artículo 36. La democracia requiere de 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 "jus naturalista", 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.

Para finalizar esta síntesis que venimos efectuando en derredor del "garantismo", 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 o alegato a invocar una legitimidad superior a la ley puede llevar a planteos autoritarios, nos prevenimos de ello sosteniendo con Dahrendorf la necesidad de construcción de instituciones.

El Estado de Derecho (*rule of law*) no puede probablemente funcionar – y ciertamente no puede funcionar bien – 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 el Derecho 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.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel.
- 2 KELSEN, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado*. México: Universidad Autónoma de México.
- 3 ZARINI, Helio Juan. *Constitución argentina: comentada y concordada*. Texto según la reforma de 1994. Buenos Aires: Astrea. p. 21.
- 4 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: una teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- 5 Idem, p. 33 y 34.
- 6 CARRE DE MALBERG, R. *Teoría general del Estado*. Trad. de José Lion Depetre. 2. ed. México: Facultad de Derecho UNAM; Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 1191.
- 7 PECES BARBA, Gregorio. *Escritos sobre derechos fundamentales*. EUDEBA Universidad. 1988. p. 208. (Textos de apoyo)
- 8 VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*. Buenos Aires: EUDEBA.
- 9 FERRAJOLI, op. cit., p. 862.
- 10 BIDART CAMPOS, Germán J. *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*. Ed. ampl. y actual. Buenos Aires: Ediar, 1999-2000. t. 1 – A.
- 11 GONZALEZ CALDERON, Juan A. *Derecho Constitucional argentino*. t. 2. J. Lajouane. p. 132 y ss.
- 12 SANCHEZ VIAMONTE, Carlos. *El habeas corpus: garantía de la libertad*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1956.
- 13 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DE-

RECHOS HUMANOS. Informe n. 17/1994. Véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaída en autos "GIROLDI, Horacio David", del 7 de abril de 1995 (causa n. 32/1993).

- 14 VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *El habeas data: no puede ni debe contraponerse a la libertad de los medios de prensa*. *El Derecho*, 13 set. 1994, t. 159, p. 949.
- 15 GONZALEZ CALDERÓN, op. cit.
- 16 BIDART CAMPOS, op. cit., refiere en tal sentido la sentencia de 1ª instancia del Juzgado federal de Mar del Plata a cargo del Dr. Jorge I. Sirochinsky, de fecha 4 y 31 de diciembre de 1997, con nota de GIL DOMINGUEZ, Andrés: *Garantías institucionales: la consagración jurisprudencial de una nueva categoría normativa*, Suplemento de jurisprudencia de Derecho Administrativo, La Ley, 18/VI/99, y ESPINOSA SALDAÑA B. Eloy: ¿Cuándo estamos frente a un derecho fundamental y cuándo frente a una garantía institucional? *Revista Jurídica del Perú*, v. 48, n. 16, jul. sep., 1998, y del mismo autor: *Derechos fundamentales, instituciones constitucionalmente garantizadas, participación en la vida política nacional y referéndum*. *Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, v. 15, n. 163, nov. 1999.
- 17 HAMILTON, Madison; JAY. *El federalista*. México: Fondo de Cultura Económica.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTAR

- ARENDRT, Hannah. *Ensayo sobre la revolución*. Madrid: Alianza.
- BIDART CAMPOS, Germán J. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Ediar.
- BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. Madrid: Alianza.
- BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. (Colección Clásicos Políticos)
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil: familia*. Buenos Aires: Perrot. t. 1, p. 9.
- BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. *Derechos de propiedad y democracia*. Madrid: Celeste Ediciones, 1995.
- CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho usual*. Buenos Aires: Heliasta.
- CASAS, José Osvaldo. *Presión fiscal e inconstitucionalidad: las garantías constitucionales ante la presión del conjunto de los tributos que recaen sobre el sujeto contribuyente*. Buenos Aires: Depalma, 1992.
- DAHRENDORF, Ralf. *Ley y orden*. Trad. de Luis María Díez-Picazo. Madrid: Civitas, citado por PEREZ LUÑO, Antonio. In: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1984.
- DALLA VIA, Alberto Ricardo. *Constitución de la nación argentina: texto según la reforma constitucional de 1994*. (comentada). 2. ed. Librería Editora Platense. (Cap. Preliminar. *Balance de la Reforma Constitucional*. p. 3).
- _____. *Transformación económica y seguridad jurídica*. Librería Editora Platense, 1994.
- _____. *Constitución de la ciudad de Buenos Aires: estatuto organizativo de sus instituciones*. Buenos Aires: Editorial de Belgrano. Cap. 17 (arts. 48 a 55 inclusive, en especial art. 51), p. 87-99.

_____. *La conciencia y el Derecho*. Buenos Aires: Editorial de Belgrano. Cap. 9.

_____. La emergencia constitucional en la República Argentina. In: *Costituzione ed emergenza in América Latina*, a cura di Giuseppe De Vergottini. Centro Italiano per lo Sviluppo della Ricerca. Torino: Giapicelli Editore.

_____. *Relevancia del orden público frente a la afirmación de la autonomía personal*. Ponencia al X Congreso Internacional de Derecho de Familia: "El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas", com. 1, p. 416, Mendoza, 1998.

_____.; BASTERRA, Marcela Izascum. *Habeas data y otras garantías constitucionales*. Némesis, 1999. p.115.

_____.; GUTMAN, Marcos Gabriel. *Régimen penal tributario*. Buenos Aires: Némesis.

DE LOLME, Jean Louis. *La Constitución de Inglaterra*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

DE VEGA GARCIA, Pedro. *Legitimidad y representación en la crisis de la democracia actual*. Barcelona: Instituto de Ciencias Políticas y Sociales; Universidad Autónoma de Barcelona, 1998.

DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Costituzione ed Emergenza América Latina*. Centro Italiano per lo Sviluppo della Ricerca. Torino: Giapicelli Editore.

DOWNNS, Anthony. *An economy theory of democracy*. Oxford University Press.

DUVERGER, Maurice. *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*. Barcelona: Ariel.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Tratado de Derecho Constitucional*. Depalma. t. 3.

ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza: una teoría sobre la interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad de los Andes.

FALLOS, 307:260, L.L., 154 517. En el mismo sentido en FALLOS, 307:1379, "Provincia del Neuquén c/ Nación Argentina". *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea. NINO, Carlos S. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Aguafara.

GALEOTTI, Sergio. *La garanzia costituzionale: presuposti e concetto*. Milán, 1950, citado por LINARES QUINTANA, *op. cit.*

GARCIA MORELOS, Gumersindo. *Habeas corpus, amparo y derechos humanos*. *Revista Jurídica ABZ*, México, n. 39.

GARCIA PELAYO, Manuel. *Transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza.

GONZALEZ, Joaquín V. *Manual de la Constitución argentina*. Buenos Aires: Editorial Estrada. p. 101.

HOBBES, Tomás. *Leviatán*. Fondo de Cultura Económica.

LOCKE, John. Segundo ensayo sobre el gobierno civil. In: CHEVALLIER, J.J. *Los grandes textos políticos*. Aguilar.

ROUSSEAU, J.J. *El contrato social*. Hispamérica.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Plus Ultra. t. 6.

LINARES, Juan Francisco. Razonabilidad de las leyes: el debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina. Buenos Aires: Astrea, citado por BIDART CAMPOS. In: *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*. Ed. ampl. y actual. Buenos Aires: Ediar, 1999-2000. t. 1. A.

MILL, John Stuart. *On liberty*. Oxford University Press.

MORELLO, Augusto M; STIGLITZ, Gabriel. *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*. La Plata: Librería Editora Platense, 1986.

MORELLO, Augusto Mario; VALLEFIN, Carlos A. *El amparo: régimen procesal*. 2. ed. La Plata Librería Editora Platense. p. 275.

NINO, Carlos S. *Fundamentos de Derecho Constitucional: el presidencialismo hegemónico*. Buenos Aires: Astrea.

NOZICK, Robert. *Anarquía, Estado y utopía*. Barcelona: Tecnos.

ORGANIZACION DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie A: Fallos y Opiniones ns. 8 y 9. Secretaría de la Corte. San José, Costa Rica. 1987.

PINNA, Pietro. *L'emergenza dell'ordinamento costituzionale italiano*. Milano: Giuffrè, 1980.

QUIROGA LAVIE, Humberto. In: ROSATTI *et al. La reforma de la Constitución*. Rubinzal Culzoni Editores, 1994.

RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.

ROUSSEAU, Jean Jaques. *El contrato social*. Hispamérica.

SAGUES, Néstor Pedro. La censura previa en la jurisprudencia constitucional argentina. *Anuario Latinoamericano de Derecho Constitucional*. Fundación Konrad Adenauer. 1999.

SAGUES, Nestor P. *Elementos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea. t. 2.

SARTORI, Giovanni. *La política: teoría y método de las ciencias sociales*. México: Fondo de Cultura Económica.

SIEYES. *Qué es el tercer Estado*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. (Colección de Clásicos Políticos)

SPISSO, Rodolfo. *Derecho Constitucional Tributario*. Buenos Aires: Depalma.

VASAK, K. *Las dimensiones internacionales de los derechos del hombre*. Paris: UNESCO, 1978.

RESUMEN

Inicialmente aborda la cuestión de las garantías constitucionales, cuanto a saber si ellas son declaraciones genéricas y abstractas de derechos o si se sitúan en el plan práctico simplemente en constaren de la Constitución.

A continuación, analiza el concepto de garantías a partir del Derecho Constitucional, estampando como aporte significativo la vertiente del "contrato social" y la consecuente consideración de la Constitución como expresión escrita o formal del contrato. Enumera las diferentes fuentes de que se nutre el concepto de garantías y destaca como contribución mayor la que viene del Derecho Internacional por la afirmación del principio *pro homine*, contenido en la Declaración de las Naciones Unidas de 1948.

Sostiene que la real vigencia de las libertades individuales queda condicionada a la existencia de garantías que las resguarden en el caso de ser vulneradas, podendose afirmar que ellas hacen el Estado de Derecho. Al fin, propone la reconstrucción del contrato social por la valoración del sistema democrático como garantía del juego político y como el

ámbito más favorable al desarrollo de los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE – Derecho Constitucional; garantías constitucionales – tutela judicial, suspensión; poder del Estado; libertad individual; contrato social; democracia; derechos humanos.

ABSTRACT

At first, the author approaches the issue of the constitutional guarantees, with the aim of knowing if they are generic and abstract bills of rights or if they lie on a practical level only because they integrate the Brazilian Constitution.

Next, he analyses the concept of guarantees from the Constitutional Law, pointing out as a significant contribution the issue of the "social contract" and the consequent respect for the constitution as a written or a formal expression of the contract. He enumerates the different sources from which the concept of guarantees is derived as well as he highlights as the greater contribution the one from the International Law which states the principle of *pro homine*, set forth in the Declaration of the United Nations of 1948.

He declares that the validity of individual freedom is limited to the existence of guarantees that protect them in case of their violation, and it can be said that they constitute the Rule of Law. Eventually, he proposes the social contract reconstruction by the recognition of democratic system so as to ensure the political practice and the development of humans rights in a most favorable scope.

KEYWORDS – Constitutional Law; constitutional guarantees – judicial guardianship, suspension; State power; individual freedom; social contract; democracy; human rights.

Alberto Ricardo Dalla Via é Professor de Direito Constitucional da Universidade de Buenos Aires, Argentina.