

LAS GARANTIAS EN LA REVOLUCION FRANCESAS
Y COMO CONCEPTO DE DERECHO PUBLICO

LAS GARANTÍAS EN LAS DECLARACIONES DE DERECHOS

La locución que nos sirve de epígrafe figura en algunos textos constitucionales. En otros se dice "garantía de los derechos", y en otros, "garantías individuales". En algunos casos, muy raros, aparece la expresión "garantías nacionales". En general, la palabra *garantía* se usa como sinónimo de protección juridicopolítica, y suele ser el énfasis gramatical con que se subraya la declaración de un derecho o de un principio y se proclama su vigencia desde el punto de vista constitucional.

El concepto de garantía pertenece al derecho privado, de donde toma su acepción general y su contenido tecnicojurídico. En algunos países monárquicos, el vocablo *garantía* se empleó hasta no hace mucho tiempo en su acepción común, aplicable exclusivamente a las instituciones del derecho privado. El *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* de don Joaquín Escriche, cuya segunda edición fue hecha en Madrid en 1839, dedica a la palabra *garantía* la siguiente explicación: "El acto de afianzar lo estipulado en los tratados de paces o comercio; la cosa con que se asegura el cumplimiento de lo pactado; la obligación del garante; y en general toda especie de fianza. Véase *Caución, Fianza y Evicción*".

En principio, "garantizar" significa "asegurar de un modo efectivo" con lo que se conserva y respeta la acepción primigenia del vocablo, y aunque en derecho público el sustantivo *garantía* ha llegado a adquirir jerarquía de carácter institucional por sí mismo, empezó siendo una forma especial, propia de los preceptos constitucionales y especialmente de las declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano, aplicada siempre a estos derechos.

En la *Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, de 1789, encontramos las siguientes disposiciones: "Art. 12. *La Garantía de los Derechos del Hombre y del Ciudadano necesita una fuerza pública; esta fuerza, pues, se halla instituida en beneficio de todos, y no para la particular utilidad de aquellos a quienes*

es confiada". "Art. 16. Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución".

Nos inclinamos a creer que los dos artículos transcritos de la Declaración de 1789 presentan el primer caso histórico de empleo de la palabra *garantía* con aplicación al derecho público en documentos constitucionales, y la encontramos en su acepción de respaldar, asegurar, consagrar o salvaguardar los derechos del hombre y del ciudadano, mediante una protección eficaz, que nace de la sociedad y que se lleva a cabo por el Estado y sus órganos.

En las declaraciones de derechos efectuadas en los Estados Unidos de América del Norte con anterioridad a 1789 no aparece el sustantivo *garantía* ni el verbo *garantizar*, aunque se encuentran en ellas otras formas de expresión que tienen igual significado. Por ejemplo: el artículo 3º de la *Declaración de Derechos, de Virginia* (12 de junio de 1776): "que el gobierno es o debe ser instituido para el común beneficio, la protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad". O el artículo 5º de la Declaración de Derechos en la Constitución de Pensilvania (28 de septiembre de 1776), que reproduce al pie de la letra lo anteriormente transrito de la de Virginia, y agrega: "Y no para provecho o ventaja particular de un hombre, de una familia o grupo de hombres que sean sólo una parte de la comunidad".

Se puede observar que este artículo quinto de Pensilvania contiene casi íntegramente lo dispuesto en el artículo 12 de la Declaración francesa, y está mejor redactado, porque tiene la precaución de señalar y prevenir el riesgo de que aquellos a quienes está confiada la autoridad gubernativa, la utilicen en su particular beneficio.

En cuanto al artículo 16 de la Declaración francesa, le encontramos antecedentes en la de *New Hampshire* (31 de octubre de 1783, vigente a partir del 2 de junio de 1784), y en la de *Massachusetts* (2 de marzo de 1780). La primera (*New Hampshire*) dice en su artículo 3º: "Cuando los hombres entran en estado de sociedad, dejan a esta sociedad algunos de sus derechos naturales, a fin de asegurar la protección de otros; y sin tal equivalente, ese abandono es nulo". En la segunda (*Massachusetts*) dice el artículo 30: "En el gobierno de este Estado, el departamento legislativo no ejercerá jamás los poderes Ejecutivo y Judicial o alguno de ellos. El Ejecutivo no ejercerá jamás los poderes Legislativo y Judicial o alguno de ellos. El Judicial no ejercerá jamás los poderes Legislativo y Ejecutivo, o

alguno de ellos; a fin de que sea un gobierno de leyes y no de hombres".

Según se advierte a simple vista, las declaraciones norteamericanas no han necesitado emplear la palabra "garantía" para decir lo mismo que ha querido significar con ella la Declaración francesa de 1789; pero es justo reconocer que se trata de un vocablo merecedor del prestigio que luego adquirió en el derecho público universal.

A partir de 1789, Francia emplea el verbo *garantizar* con mucha frecuencia, y el sustantivo *garantía* también, aunque más escasamente.

En la *Constitución de 1791*, inmediatamente después del preámbulo, sigue un título segundo, con este epígrafe: "Disposiciones fundamentales garantizadas por la Constitución". Y comienza con estas palabras: "La Constitución garantiza como derechos naturales y civiles: . . ." Luego se repite el verbo cuatro veces más, y siempre significa *consagrarse* o *asegurar* de un modo efectivo derechos individuales.

La Declaración de Derechos del Hombre sancionada por la Convención Nacional de Francia el 29 de mayo de 1793, contiene una novedad más interesante en esta materia. Su artículo primero dice: "Los derechos del hombre en sociedad son: la igualdad, la libertad, la propiedad, la *garantía social* y la resistencia a la opresión". Luego, sus artículos 24 y 25 se refieren a la *garantía social* en los siguientes términos: "Art. 24. La Garantía social de los derechos del hombre consiste en la acción de todos para asegurar a cada uno el goce y la conservación de sus derechos. Esta garantía reposa sobre la soberanía nacional. Art. 25. La Garantía social no puede existir si los límites de las funciones públicas no están claramente determinados por la ley y si la responsabilidad de todos los funcionarios públicos no está asegurada".

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano votada por la Convención Nacional el 23 de junio de 1793, y publicada al frente de la Constitución del 24 de junio de 1793, reproduce en sus artículos 23 y 24 los artículos 24 y 25 de la anterior, ya transcritos. En su artículo 1º dice: "El gobierno es instituido para garantizar al hombre el goce de sus derechos naturales e imprescriptibles".

La Declaración de los Derechos y de los Deberes del Hombre y del Ciudadano que encabeza la Constitución del 5 Fructidor, año III, reproduce en su artículo 22 el contenido de los anteriores, en forma sintética, y la constitución de ese año dice en su artículo 374: "La Nación Francesa proclama igualmente, como garantía de la Repú-

blica, que una vez consumada la adjudicación legal de bienes nacionales, cualquiera sea su origen, el adquirente legítimo no puede ser desposeído de ellos, salvo el derecho de terceros reclamantes a ser indemnizados por el tesoro nacional". En este caso, aparece con indiscutible claridad el significado que tiene la palabra "garantía" en el derecho privado, porque se trata del patrimonio. La misma acepción precisa encontramos en la Constitución de 1848, cuyo artículo 14 dice: "La deuda pública está garantizada". "Todo compromiso contraído por el Estado con sus acreedores es inviolable".

En la "Declaración de los derechos de los franceses, votada por la Cámara de Representantes, el 5 de julio de 1815, encontramos el artículo 10, redactado así: "La independencia de los tribunales está garantizada. Los jueces de las cortes de justicia y de los tribunales civiles son inamovibles y vitalicios. En materia criminal, los debates son públicos, los hechos, juzgados por jurados, y la ley, aplicada por jueces". Aquí encontramos una nueva aplicación de la palabra *garantía*, referida a la administración de justicia, lo que cambia el sentido que se le daba anteriormente y le asigna un nuevo y más amplio carácter institucional.

Por último, recordaremos la forma en que está redactado el artículo 1º de la *Constitución de 1852*: "La Constitución reconoce, confirma y garantiza los grandes principios proclamados en 1789, y que son la base del derecho público de los franceses".

EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO

Es evidente que la palabra *garantía* y el verbo *garantizar* son creaciones institucionales de los franceses, y de ellos las tomaron los demás pueblos en cuya legislación aparecen desde mediados del siglo XIX. En los *Estados Unidos*, los autores de *El Federalista* no consignan la palabra *garantía*, y *Marshall*, el gran *chief justice*, que fijó en la jurisprudencia los caracteres del constitucionalismo, no la empleó cuando en uno de sus famosos fallos dijo: "El gobierno de los Estados Unidos es el de las leyes y no el de los hombres, y cesaría de merecer tal denominación si las leyes no estableciesen un *remedio* contra las violaciones de los derechos reconocidos". Precisamente, ese *remedio* institucional es lo que los franceses llamaron "garantías".

En la mayor parte de las constituciones del siglo XIX se advierte que el verbo *garantizar* es empleado en la acepción de reconocer y proclamar derechos cuya existencia se considera anterior a la consti-

tución y al Estado mismo. Lo único que los constituyentes se creen autorizados a hacer, respecto de ellos, es reconocerlos y darles estado jurídico, mediante disposiciones escritas, en las cuales se les consigna expresamente.

La misma expresión clásica del derecho revolucionario francés: "declaración de derechos", empleada ya por la Declaración de Virginia de 1776, y con la cual se corrige el enunciado inglés *bill of rights*, significa que los derechos no los crea la Constitución, sino que, simplemente, los reconoce o proclama o *declara* por escrito, como corresponde a las concepciones del derecho natural.

La Constitución del Estado de *California*, de 1849, contenía ya la palabra *garantía* con la acepción primigenia que le da la Declaración francesa de 1789, pero mucho más concreta, porque se aplica el *habeas corpus* como *remedio*, amparo o protección efectiva de la seguridad individual. Su artículo 1º, sección 5º dice: "El privilegio de garantía del *habeas corpus* no será suspendido sino cuando, en casos de rebelión o de invasión, la seguridad pública exija la suspensión".

El 24 de mayo de 1814, *Benjamin Constant* publicó en París la primera edición de su obra *Réflexions sur les Constitutions et les garanties. Avec une esquisse de Constitution*; pero no encontramos en ella los elementos necesarios para construir un concepto de garantía definido y concreto, y mucho menos una técnica jurídica.

Constant emplea a veces la palabra *garantía* en su acepción más amplia y general. Así lo hace en la advertencia que precede a la obra antes mencionada, cuando dice: "En un gobierno republicano, la razón del pueblo es la *garantía* del orden, y la razón del pueblo debe formarse y madurarse por la acción".¹ Y luego: "Bajo una monarquía, el rey debe poseer todo el poder que es compatible con la libertad, y este poder debe estar revestido de formas imponentes y majestuosas; pues en una monarquía la seguridad no puede nacer más que de la conciencia de una fuerza imponente".²

Al ocuparse de los derechos individuales, dice Constant, refiriéndose al impuesto: "... si el Estado exigiera de cada uno la totalidad de su fortuna, la *garantía* que él ofrecería sería ilusoria, puesto que esa garantía ya no tendría aplicación".³

En 1818, *P. C. F. Daunou* publicó su obra *Ensayo sobre las*

¹ B. CONSTANT: *Politique constitutionnelle*, 1, 173, 2a. edición, París, 1872.

² *Idem*.

³ *Op. cit.*, pág. 350.

garantías individuales, las que, para él, consisten en el compromiso contraído por la autoridad, de abstenerse de toda agresión, violencia, etc., y también en las instituciones que la obligan de un modo efectivo a renunciar a tales actos, perjudiciales para la libertad del individuo".⁴

"Estas garantías —continúa— son, poco más o menos, los únicos límites que en un grande Estado puedan útilmente circunscribir la autoridad. No quiero decir con esto que, absteniéndose de los actos criminales, no se halle aún expuesto a caer en el tropiezo de muchos errores perjudiciales, pero los medios de preservarla, a más que de ordinario no son muy eficaces, vienen a ser no pocas veces peligrosos. Una sociedad donde se llega a la época feliz de poner a los gobernantes al abrigo de todo insulto, sería tan dichosa, que bien podrá ya abandonarse a los gobernantes el cuidado de hacerla próspera cada vez más, porque la felicidad pública vendría a ser entonces su único interés, su único pensamiento, desde el momento en que se persuada que no reina sobre malvados. Sea de esto lo que fuere, nada hay o resta alguna cosa que desear más allá de las garantías individuales; ellas son, a lo menos, el único objeto del ensayo que emprenda. Su único fin es impedir que los poderes destinados a protegernos contra los malhechores, no vengan, ellos mismos, a igualárseles".⁵

En 1838, *A. Cherbuliez* publicó en París su obra *Théorie des garanties constitutionnelles*. Su punto de vista coincide con el de Constant, y más aún con el de Daunou, pero su concepto de garantía es más preciso cuando se refiere a la libertad. Reposa sobre el principio de la responsabilidad, que es sin duda, en último análisis, el fundamento indispensable de toda garantía verdadera.

Dice Cherbuliez: "Para que la sociedad, como cuerpo moral, pueda vivir y desarrollarse, es necesario que el gobierno sea ejercido por seres dotados de inteligencia y de voluntad. Hay que confiar a hombres el poder social, poner a su disposición las fuerzas colectivas de la sociedad. De esta personificación del gobierno —que es absolutamente indispensable— resulta un gran peligro. En efecto, es de temer que los hombres que personifican el gobierno, se sirvan del poder social de que serán investidos, para satisfacer sus tendencias particulares, en los casos frecuentes en que esta satisfacción llegue a ser incompatible con el interés general. Este temor está justificado, *a priori*, por el conocimiento que tenemos de nuestra propia naturaleza;

⁴ P. C. F. DAUNOU: *Ensayo sobre las garantías individuales*, Trad. de Dean Gregorio Funes, *Universidad de Córdoba*.

no es sino demasiado *a posteriori*, por los hechos, que aprendemos de la Historia, o por aquellos hechos de los cuales somos testigos.

"De ahí la utilidad de las *garantías*, es decir, *disposiciones legales que crean entre los hombres del gobierno intereses opuestos a sus tendencias particulares como miembros de la asociación, a fin de neutralizar estas últimas y de no dejar subsistir y obrar más que las tendencias compatibles en el cumplimiento del fin para el cual se establece todo gobierno*.

"Las garantías son también necesarias desde otro punto de vista. Si el gobierno debe reprimir las tendencias antisociales y proteger las tendencias sociales, es necesario que sepa discernir las unas de las otras; es necesario que conozca ese interés general, al cual debe sacrificar su interés particular, y que debe servirle de finalidad en el ejercicio de sus diversas funciones. El hombre revestido del poder social puede obrar, por ignorancia o incapacidad, en el sentido de las tendencias antisociales de una minoría, aun conservando las intenciones más puras.

"Una garantía puede, pues, tener por objeto asegurar el discernimiento de los funcionarios a su voluntad, o ambas cosas. Yo designo estas dos condiciones con el nombre general de *aptitud*. A la primera la llamo *aptitud intelectual*; a la segunda, *aptitud moral*.

"A obtener en los miembros del gobierno estas dos clases de aptitudes están destinadas las *garantías constitucionales*. Son medios de preservarnos, de garantizarnos contra la incapacidad y la mala intención de los hombres del gobierno".⁵

Cherbuliez divide las garantías, para empezar, en dos clases: *garantías anteriores o de eliminación*, y las *posteriores*, que, a su vez, se subdividen en *formales y consecuenciales*.

Son anteriores "las que tienen por efecto revestir de funciones gubernativas a los hombres que poseen en el más alto grado la predisposición a las aptitudes intelectual y moral".⁶

Luego se observa: "Pero estas garantías están lejos de ser suficientes, porque es posible engañarse sobre las disposiciones de que se trata...".⁷

"Es necesario recurrir a una segunda clase de garantías, que llamo *posteriores*, porque actúan sobre el individuo ya revestido de fun-

⁵ A. CHERBULIEZ: *Theorie des garanties constitutionnelles*, I, 29. París, 1938. Ed. Cherbuliez.

⁶ *Op. cit.*, 33.

⁷ *Op. cit.*, 33.

ciones gubernativas. Las *formales* "son aquellas que actúan sobre la aptitud intelectual y la aptitud moral, mediante ciertas formas prescritas en la distribución de funciones. Las *consecuenciales* son aquellas que actúan mediante ciertas consecuencias, adheridas al ejercicio de las funciones".⁸

Cherbuliez dedica el tomo II de su obra a las garantías *posteriores*, que, como hemos visto, divide en formales y consecuenciales.

Son *formales*, por ejemplo, la separación de funciones y el control recíproco de poderes.

Son *consecuenciales* las relativas a la responsabilidad legal y moral.

Dice: "El fin inmediato de las garantías formales puede resumirse así: impedir el abuso del poder social por medio de obstáculos materiales, resultantes de las formas en que cada función está asignada. Los diversos modos de acción se relacionan todos con un solo principio: división del poder".⁹

"Las garantías consecuenciales son las que actúan por medio de ciertas consecuencias adheridas a los actos de los funcionarios. Esas consecuencias pueden ser, y son, en efecto, de dos especies, a saber: de los bienes o de los males, de las recompensas o de las penas. Cuando un funcionario tiene que esperar o temer semejantes consecuencias, se dice que es *responsable*; *responsabilidad* es un término general, que comprende todas las garantías de que nos ocuparemos en este capítulo".

Esta acepción de la palabra "garantía", extendida a todas las formas constitucionales que tienden a cualquier forma de protección —teórica o práctica— de la libertad individual, es la preferida por la mayor parte de los tratadistas europeos o americanos. Entre ellos, podemos recordar como representante del criterio europeo al profesor italiano Arangio Ruiz, quien no va, sin duda, más allá que Cherbuliez.¹⁰

GARANTÍA, PROTECCIÓN PRÁCTICA O AMPARO EFECTIVO

Antes de comenzar el desarrollo del asunto, deseamos llamar la atención acerca de un *principio-guía*, necesario para la comprensión

⁸ *Op. cit.*, 36.

⁹ *Op. cit.*, 11, 4.

¹⁰ GAETANO ARANGIO RUIZ: *Istituzioni di diritto costituzionale italiano. Garantie costituzionali*, pág. 151. Turín, 1913. Ed. Bocca.

de nuestro punto de vista: “*garantía*” no es protección teórica o abstracta, sino protección práctica o concreta, y además amparo efectivo; no es el régimen institucional en su conjunto, en su condición de ordenamiento jurídico, sino una institución particular, determinada, creada para el amparo o protección de derechos constitucionales afectados por ley o norma de carácter legal (reglamento, ordenanza, edicto, etc.) o por actos ejecutivos. Ese amparo o protección merece el nombre de garantía cuando logra el máximo de su eficacia práctica; consiste, siempre, en una acción judicial. De esa suerte, garantía es una institución creada para la defensa concreta y práctica de la constitución, en los casos particulares en que resulte afectada la vi- gencia y, también, la supremacía constitucional.

La aparición del término *garantía* en el vocabulario del derecho público, corresponde exactamente al reconocimiento de la persona humana como titular de la libertad y de los derechos que la forman.

Mientras la persona humana tuvo como única protección la forma negativa, que consistía en limitar los alcances del poder público mediante normas de derecho, no hubo ninguna garantía propiamente dicha, porque esa protección quedaba librada a la buena o mala voluntad de gobernantes o funcionarios que, como el “tribuno de la plebe”, entre los romanos, ejercitaba su facultad de *auxilio* en defensa de los plebeyos y contra el poder de los magistrados patricios, para atenuar la desventaja de aquéllos en la lucha políticosocial.

El *tribunado de la plebe* era una institución creada para la protección o el amparo de los plebeyos, pero no merece el nombre de garantía ni corresponde al concepto moderno o, si se quiere, contemporáneo de ésta en el derecho público. La institución consiste en una magistratura munida de facultades extraordinarias, que le permitían contener y hasta anular los actos gubernativos en el ejercicio de poderes legítimos, arbitrarios o no. No se trataba de la libertad individual institucionalizada y protegida por la ley, ni se trataba tampoco de los derechos inherentes a la persona humana como ciudadano o como hombre. El tribuno ejercía una facultad discrecional de “auxilio”, y su poder personal era enorme, precisamente porque podía oponerse arbitrariamente al cumplimiento de la ley. La libertad era amparada, no por un derecho del individuo, sino por una atribución gubernamental, sin reconocer derecho alguno al plebeyo que no tuviese la suerte de acogerse a tiempo al amparo de la casa o de la persona del tribuno.

Algo semejante ocurría con el *Justicia Mayor de Aragón*, interesante y original magistrado que aparece en el siglo XII, y que es elegido, de común acuerdo, por el rey y sus súbditos, para señalar a entrabmos los límites de sus respectivas facultades, fueros y privilegios. Decidía las cuestiones que se suscitaban entre el rey y los ricos omes, hidalgos e infanzones; es decir, que estaba facultado para amparar a los súbditos, aun contra su propio rey.

El Privilegio del Reino de Aragón, reconoce y establece, en 1287 —como la Carta Magna de Inglaterra en 1215— el principio de la libertad personal en forma de limitación al poder público, pero, a diferencia de ésta, no ampara a todos los súbditos del reino. Es un privilegio especial, a favor de determinadas clases sociales: "Ricos omes, mesnaderos, caballeros, infanzones, procuradores e universidat de la dita ciudad de Zaragoza, así clérigos como legos, presentes e avenideros". Impone al rey la obligación de respetar esos privilegios de carácter feudal, pero no como un derecho de los individuos, sino como limitación al poder monárquico.

Más tarde, aunque mucho tiempo antes de que se dictase en Inglaterra la ley de *habeas corpus*, el Fuero de Vizcaya reconoció, en el año 1527, el principio de la libertad individual y lo consagró en su ley número 26, título XI, que dice: "Que ningún prestamero ni merino, ni ejecutor alguno sea osado de prender persona alguna sin mandamiento de juez competente, salvo el caso de infragante delito. Si así sucediere y el juez competente ordenara la libertad, se le suelte, cualquiera que sea la causa o deuda por que está preso".

Se ha pretendido que esta ley del Fuero de Vizcaya contiene, en realidad, la institución del *habeas corpus*; pero no es así. Lo que ella contiene es el principio de la libertad individual y el mandato imperioso a los magistrados de respetarla, como asimismo la orden, impartida a todo el pueblo y a las personas encargadas de las funciones policiales, de respetar y cumplir de inmediato la decisión del juez competente.

La diferencia del Fuero de Vizcaya con el *habeas corpus* inglés consiste en que, para el primero, la garantía reside exclusivamente en la facultad y obligación judicial, sin acordar esa garantía expresamente al individuo, sin armarlo con un medio propio de él, que está siempre a su alcance y que no se halla supeditado a la iniciativa de funcionarios remisos o indiferentes.

EL *HABEAS CORPUS*, GARANTÍA DE LA LIBERTAD

En realidad, la primera garantía verdadera fue, sin duda, el *habeas corpus* inglés, consagrado por la ley de 1679, pero practicado, e incorporado al *common law*, desde mucho tiempo antes. En la *Petición de Derechos* de 1628, se menciona expresamente el *habeas corpus* como una institución consagrada por la costumbre, y que se practicaba de ordinario.

Es verdad que la ley inglesa de 1679 no llama *habeas corpus* a la acción, solicitud o reclamo interpuesto por el individuo para recuperar su libertad. Llama así al mandamiento librado por el lord canciller o los jueces o funcionarios a quienes se ha pedido amparo (*wright of habeas corpus*). Lo que actualmente llamamos *habeas corpus* consiste no sólo en la orden o mandamiento judicial, sino también en la acción que produce ese mandamiento y que ejercita el individuo afectado en su libertad, o un tercero en su nombre, y es la acción (ordinariamente llamada recurso, entre nosotros), lo que tipifica el *habeas corpus* como garantía de la libertad. Este detalle pone de manifiesto la acentuación y consolidación de la libertad institucionalizada, que se ha sobrepuerto progresivamente a la facultad jurisdiccional de amparo.

Con todo, fuerza es reconocer que la garantía aparece creada en el segundo artículo o parágrafo de la ley inglesa. Se trata de una acción,¹¹ con carácter de exigencia, que el individuo puede ejercitar co-

¹¹ "Durante mucho tiempo, los juristas franceses han dado de la *acción* una definición que, a la verdad, no tenía sentido. Hay que hacer justicia a los juristas alemanes, y sobre todo a los juristas italianos, que han determinado de una manera precisa el verdadero carácter de la acción. Se decía en Francia que la acción era el derecho deducido en justicia. No se reflexionaba acerca de que la acción no es eso, puesto que ella presenta al juez, precisamente, la cuestión de saber si el demandante tiene un derecho. Por otra parte, es incontestable que en muchos casos el demandante no invoca un derecho; basta citar el ejemplo de las acciones posesorias.

"La verdad es que la acción es totalmente distinta del derecho; se puede decir que es ella misma un derecho, aunque diferente de aquel que el juez está llamado a precisar. La acción es la posibilidad reconocida a cualquiera —sea que pretenda o no un derecho— de someter a la autoridad competente una cuestión de derecho y reclamarle su solución. Pero para poder obrar así, para tener la posibilidad de someter una cuestión de derecho a la autoridad competente, es necesario tener un interés en que esta cuestión de derecho reciba una solución. La acción pertenece así a toda persona que tenga interés en hacer resolver una cuestión de derecho por la autoridad com-

mo un derecho que le es propio aunque lo llame *petición*. Dice así: "Si una persona es arrestada y detenida en tiempo de vacaciones por cualquier delito (exceptuando los de felonía y traición expresados en el auto), tendrá derecho por sí, o por otro en representación suya (a no ser que esté ya convicta o condenada), para dirigirse al lord canciller o a cualquier otro juez o magistrado, los cuales, vistas las copias de los autos de prisión, o previo el juramento de haber sido denegadas dichas copias, y procediendo una petición por escrito de la persona detenida o de cualquier otra en su lugar, confirmada por dos testigos presentes en el acto de entregarla, tiene la obligación de expedir un *habeas corpus*, con el sello del tribunal a que pertenezca uno de los jueces, y dirigido al funcionario encargado de la custodia del detenido".

La Constitución de los Estados Unidos no llama *garantía* al *habeas corpus*; lo llama *privilegio*, y no se refiere a la acción o recurso, sino al auto o mandamiento judicial. Dice en su Sección novena, N° 2: "El privilegio del auto de *habeas corpus* no será suspendido, excepto cuando en caso de rebelión o invasión, la seguridad pública lo requiera".

Es evidente que el *habeas corpus* inglés toma origen en el interdicto romano de "*homine libero exhibendo*" que, por ser un interdicto, es una acción civil —no recurso—, con aplicación al derecho público. Ese interdicto es, sin duda, un privilegio, desde que no se acuerda a todos los hombres, sino tan sólo a los "hombres libres" y, precisamente, para distinguirlos de los esclavos. No es extraño, pues, que en los tiempos en que todavía no eran reconocidos institucional-

petente". (LEÓN DUGUIT, *Leçons de droit public général*, pág. 180. París, 1926. Ed. Boccard).

"Los italianos tienen una palabra cómoda y precisa para designar esta posibilidad reconocida por el derecho objetivo a cualquiera que tenga interés en demandar del juez que resuelva la cuestión de derecho —solución que implica la realización del interés—: es la palabra *pretesa*, la pretensión, que no se debe confundir con el derecho subjetivo. Los alemanes tienen una palabra que expresa exactamente la misma idea; es la palabra *Anspruch*. En francés, desgraciadamente, no tenemos palabra que corresponda a ésa. Nos contentamos con decir "acción", pero comprendiendo bien que la acción no es el derecho; comprendiendo que en la doctrina que yo expongo no hay derecho subjetivo, que la acción no es ella misma un derecho subjetivo, sino que es muy simplemente, la posibilidad, para las personas que tengan un interés, de someter al juez una cuestión de conformidad con el derecho objetivo, y que la posibilidad de actuar en los límites del derecho objetivo no constituye el ejercicio de un derecho" (*Op. cit.*, 182).

mente los derechos del hombre, en su condición de hombre, se concibiera el *habeas corpus* como una de tantas franquicias o privilegios propios del sistema contractual que caracterizaba al régimen político-social del vasallaje durante el Medioevo.

La ley inglesa de *habeas corpus* no distingue a las personas libres de los siervos o esclavos, pero debe entenderse que sus cláusulas, como las de la Carta Magna de 1215, son aplicables a los súbditos del reino en su condición de hombres libres, y sólo a ellos se refieren cuando dicen "nadie podrá ser arrestado, etc.", o cuando dicen: "todos" o "toda persona".

El interdicto romano conserva íntegramente su condición de institución jurídica de derecho privado. Es una acción posesoria, que se ejerce sobre una cosa o bien, en virtud del *dominium*, que en este caso corresponde al hombre libre con respecto a su propio cuerpo. Es un derecho patrimonial, en el que el individuo es, a la vez, sujeto y objeto del derecho. Su persona corporal o física estaba equiparada a una cosa y sometida a la voluntad del propietario, y permitía a éste rescatarla mediante una acción posesoria.

El *habeas corpus* sigue siendo un interdicto posesorio, pero ya no de derecho privado, sino con el nuevo carácter de una institución de derecho público, en la que la persona humana empieza a ser protagonista de la libertad, como titular de derechos que le son inherentes y que le permiten defenderse de todo acto contrario a su libertad física, aunque esos actos provengan de la autoridad gubernativa, e incluso del propio rey.

El *habeas corpus* inglés no tuvo por objeto fijar una situación jurídica de derecho privado y de naturaleza patrimonial, sino una situación jurídica de derecho público, con relación al Estado o al gobierno y en defensa de la personalidad humana. A partir de 1816 se extendió el *habeas corpus* a la privación de libertad proveniente de particulares. Fue siempre una garantía de la libertad contra la autoridad, y si no recibió antes la denominación institucional de *garantía*, fue porque ese vocablo no se había incorporado aún al derecho público, cuando Inglaterra creó el *habeas corpus*, y sólo hizo su aparición en el vocabulario francés de la Revolución de 1789.

Ingleses y franceses mantienen una pintoresca rivalidad para ejercer función rectora en materia de derecho público, y especialmente en todo lo relativo a la libertad individual. Unos y otros tratan de rehusar el aporte que les viene de fuera, y que complementa su esfuerzo constructivo. Así, del mismo modo que los ingleses han se-

guido hablando de privilegio y no de garantía de los derechos que forman la libertad, los franceses han hablado y hablan de garantía, sin aceptar la institución del *habeas corpus*, por el simple hecho de ser de origen inglés.

CONCEPTO DE GARANTÍA EN LA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA

La importancia que concedemos al empleo de la palabra garantía proviene de que ésta responde o debe responder cabalmente a la intención de crear un medio institucional apto para asegurar de un modo efectivo y, por consiguiente, práctico, el ejercicio de aquellos derechos fundamentales que el individuo puede y debe defender para sí y para la comunidad de la cual forma parte.

Tal institución nació con la república democrática, como uno de sus rasgos característicos. Fue la expresión típica de la ciudadanía y también de la *hombría*, porque ambas cualidades adquirieron recién entonces volumen y densidad institucional. Es el hombre y ciudadano creado y consagrado por las declaraciones de los Estados Unidos y de Francia el verdadero protagonista de esta nueva forma de acción en el drama político institucional. Se trata, ahora, de una acción jurídica propiamente dicha, ejercida por el hombre y ciudadano desde el punto de confluencia de esa doble personalidad social, porque así la libertad acaba de institucionalizarse y de adquirir personería frente a la autoridad.

Esto significa, también, que la autoridad ha cambiado de naturaleza. Ha dejado de ser poder de mando arbitrario e irresponsable para convertirse en la expresión de una voluntad común, de una armonía integral, que es el principio teórico en que se asienta la *voluntad general* en la república democrática.

Garantía significa que la libertad es ahora una de las formas de la autoridad o de poder. Es una facultad con que la Constitución arma al individuo, para que la utilice como un medio defensivo, que ya no es una manifestación quejumbrosa ni una protesta teórica, sino un resorte estatal, para poner en movimiento toda la complicada máquina del gobierno ordinario.

Se podría decir que garantía es el nuevo instrumento creado por la república democrática para que el individuo, en su doble condición de hombre y ciudadano, se convierta en un funcionario y actúe, no ya en el ejercicio de un derecho ante la autoridad o frente a ella,

sino en el desempeño de una función, desde la autoridad y por virtud de su eficacia.

Aunque no perfectamente configurada en su comienzo, garantía es una creación institucional que modifica sustancialmente los términos en que estaba trabado el conflicto permanente de la libertad con la autoridad, y consiste en investir al individuo de una singular magistratura, de un ministerio público, con acción para poner en movimiento la fuerza pública, al servicio de los intereses morales que, por serlo, dejan de ser intereses particulares, aunque correspondan a casos individuales perfectamente localizables.

Es la expresión de un nuevo sentido de la solidaridad humana en la libertad y en la justicia, que inspira la nueva concepción de la sociedad bajo el amparo de un ordenamiento jurídico igualmente válido para gobernados y para gobernantes. Todo eso aparece claro en la Declaración de los Derechos del Hombre adoptada por la Convención nacional de Francia el 29 de mayo de 1793: "La conservación de la libertad depende del sometimiento a la ley" (art. 8). "La garantía social de los derechos del hombre consiste en la *acción de todos* para asegurar a cada uno el goce y la conservación de sus derechos" (art. 24). Lo mismo hubiese podido decir: "La acción de cada uno para asegurar a todos el goce y la conservación de sus derechos".

El concepto institucional de garantía corresponde esencialmente al derecho de resistencia a la opresión. Es una forma de resistir a la opresión sin alterar el orden institucional, y, repetimos, en el desempeño de una función pública, más que en el simple ejercicio de un derecho. Por eso la hemos llamado "facultad" y hasta se la podría calificar *atribución*, porque es una forma *sui generis* del poder público, aunque su titular sea un individuo, hombre o ciudadano.

Esa misma Declaración de Derechos del Hombre de 29 de mayo de 1793 lo dice de un modo intergversible: "Art. 29. En todo gobierno libre, los hombres deben tener un *medio legal de resistir a la opresión*, y cuando este medio es impotente, la insurrección es el más santo de los deberes".

Garantía es siempre una institución social, y de naturaleza jurídica. A nuestro parecer, constituye la más vigorosa y colorida expresión del proceso republicano-democrático, que lleva a institucionalizar las formas políticas, convirtiéndolas en formas jurídicas. Ese es el significado esencial de toda "declaración" de los derechos del hombre y del ciudadano.

A partir de esa actitud, el hombre y el ciudadano tienen *dere-*

chos, es decir, facultad de exigir y como todo derecho existe correlativamente con una obligación, *la sociedad que reconoce los derechos contrae la obligación de asegurar su efectividad*. Se llama garantía al medio institucional más eficaz, desde el punto de vista práctico, en virtud del cual *puede el individuo obligar a la sociedad política al cumplimiento de aquella obligación* en ejercicio de una función jurisdiccional reconocida a su órgano específicamente jurídico.

Debe entenderse que el amparo de la libertad de cada uno es el amparo de la libertad de todos, y, por consiguiente, una verdadera función social al servicio del bien común. "Hay opresión contra el cuerpo social, cuando uno solo de sus miembros es oprimido. Hay opresión contra cada miembro, cuando el cuerpo social es oprimido" (Art. 34 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano votada por la Convención nacional de Francia el 23 de junio de 1793, y publicada al frente de la Constitución del 24 de junio de ese año).

Cuando las primeras declaraciones francesas de los derechos del hombre emplean la palabra garantía, lo hacen siempre con relación a los derechos. Dicen siempre *garantía de los derechos*. Unas veces, "garantía de los derechos del hombre y del ciudadano" (1789, art. 12). Otras veces, *garantía de los derechos* (1789, art. 16). La Declaración de 29 de mayo de 1793 dice "*garantía social de los derechos del hombre*".

La Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano que encabeza la Constitución del 5 de fructidor, año III, introduce una modificación que altera el significado de la palabra garantía y que, probablemente, ha dado origen a la acepción política abstracta y general que algunos autores llaman hoy *amplia* o *amplísima*.

El artículo 16 de la Declaración de 1789 decía: "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de los poderes determinada, carece de constitución". Conviene observar que en este artículo 16, la garantía está referida a los derechos y no a la separación de poderes, que es la segunda condición exigida para que haya constitución.

Según ese artículo 16, para que una sociedad tenga constitución, se necesitan dos cosas distintas y separables, aunque concurrentes. Una es la garantía de los derechos, y otra es la división de poderes.

En la Declaración del 5 fructidor, del año III (1797), aparece sustancialmente modificado —diríamos desnaturalizado— el concepto

de garantía. Primero fue, lisa y llanamente, *garantía de derechos*. Despues fue *garantía social de derechos*, y más tarde, bajo el influjo de una tendencia socialista que trataba de reemplazar en todos los casos al individuo por la sociedad, llegó a ser una garantía social, en que se supone la acción del hombre y del ciudadano con sus derechos y deberes, pero no se la consigna. Su artículo 22 dice: "La garantía social no puede existir si la división de poderes no se halla establecida, si sus límites no están fijados y si la responsabilidad de los funcionarios públicos no está asegurada".

En este artículo encontramos algo así como un regreso hacia la antigua forma de protección que hemos visto caracterizada en la historia por magistraturas como el tribuno romano o el justicia mayor de Aragón. Por ese camino descendente, se marcha hacia la desnaturaleza institucional de la garantía.

Claro está que todas las proclamaciones hechas por las declaraciones francesas, acerca de la garantía de los derechos del hombre y del ciudadano, no pasaron de ser promesas incumplidas, desde que no se daba concretamente el instrumento legal que debía constituir la garantía propiamente dicha, tal como ocurría en los Estados Unidos con el *habeas corpus* inglés y con la atribución reconocida al Poder Judicial de declarar la inconstitucionalidad de leyes, decretos, etc. Eso fue notado, sin duda, por los franceses en 1815, al redactar la *Declaración de los derechos de los franceses y de los principios fundamentales de su constitución*, cuyo artículo X comienza así: "La independencia de los tribunales está garantizada. Los jueces de las cortes de justicia y de los tribunales civiles son inamovibles y vitalicios..."

Luego, ese documento, en su artículo XII, utiliza el verbo garantizar con el significado de una simple afirmación energética y enfática, adaptable a cualquier cosa. Dice: "Art. XII. La Constitución garantiza la igualdad de los derechos civiles y políticos, la abolición de la nobleza, de los privilegios y de los calificativos feudales, los diezmos, los derechos feudales y la confiscación de bienes. Ella garantiza el derecho de petición, la asistencia pública, la inviolabilidad de las propiedades y de la deuda pública, la irrevocabilidad de la enajenación de los bienes nacionales de cualquier origen, y la igualdad nacional en la repartición de las contribuciones. Ella garantiza, por último, el mantenimiento de la Legión de Honor, de los colores nacionales y de las recompensas de los servicios civiles y militares. No reconoce las órdenes monásticas ni los votos perpetuos".

CUANDO TODO ES GARANTIA, NADA ES GARANTIA

De esta manera, el concepto de garantía se iba extendido a todas aquellas instituciones, formas legales y procedimientos a los cuales se reconociera alguna eficacia para el ordenamiento político y jurídico de la sociedad. Así se formó el concepto amplio, primero, y después amplísimo, de garantía, en la búsqueda afanosa de la mayor seguridad jurídica posible para todos.

Sin embargo, consideramos perjudicial y hasta peligrosa esa respetable tendencia. *Cuando todo es garantía, nada es garantía.*

Además, el nombre de "garantía", que debía reservarse para un tipo especial de instituciones protectoras de los derechos y de su ejercicio, se aplicaba a cualquier cosa; lo mismo a la forma de gobierno que a los derechos políticos, que a los rasgos característicos del sistema representativo, que a los derechos activos del individuo, a las inviolabilidades declaradas, o a la seguridad en su conjunto, o a las formas procesales, o a las acciones protectoras de la libertad, o al llamado "debido proceso legal", o al recurso y demanda por inconstitucionalidad de leyes, decretos, etc.

Insistimos en que esta amplificación de un concepto que debe ser estricto desde el punto de vista tecnicjurídico, lo desnaturaliza y lo priva de contenido institucional. El resultado será, necesariamente, la desvalorización progresiva y hasta la anulación total de aquella protección práctica llevada al máximo de su eficacia, cuyo modelo fue el *habeas corpus*, consagrado definitivamente en Inglaterra por la ley de 1679.

Los tratadistas ingleses hacen valer, en favor de Inglaterra, el carácter práctico de sus instituciones protectoras de la libertad, y señalan la ventaja que éstas representan sobre la simple proclamación teórica de una libertad nominal. "La proclamación —afirma A. V. Dicey— en una Constitución o Carta del derecho a la libertad individual o de cualquier otro derecho, da, por sí misma, una garantía demasiado débil para que el derecho tenga algo más que una existencia nominal; y los que quieren saber en qué medida forma parte, en realidad, el derecho a la libertad individual de la ley de la Constitución, deben considerar al mismo tiempo lo que ese derecho significa y, lo que es más importante, por cuáles medios jurídicos está asegurado su ejercicio".¹²

¹² *Introduction a l'étude du Droit Constitutionnel*. París, 1902, pág. 185.

Luego insiste ese autor: "Lo que es todavía más importante (que el principio de no poder ser arrestado o encarcelado sino en virtud de ley, es decir, de un mandato legal por orden de una autoridad legal), consiste en que esta libertad está garantizada gracias a la existencia de medios jurídicos apropiados, destinados a asegurar la vigencia y efectividad del principio. Estos medios son dos, a saber: reparación por arresto o encarcelamiento ilegal, mediante procedimiento judicial o acción judicial, y liberación del encarcelamiento ilegal, mediante el *Wright de habeas corpus*".¹³

Remedio jurídico o *remedio legal* o, mejor aún, *institución jurídica* para el amparo o protección de derechos o de condiciones de seguridad y de actividad que configuran la libertad individual y su contenido; eso es garantía.¹⁴

Pero no basta esa protección práctica para merecer tal nombre. Es necesario que sea la más eficaz; que no haya otra más eficaz para el cumplimiento de aquella finalidad, porque garantía es el último grado de protección jurídica.¹⁵

Entre los tratadistas argentinos, es frecuente la expresión *amparo de garantía*, no obstante el contrasentido que tal afirmación encierra.¹⁶ Una garantía que necesita amparo, es cualquier cosa menos garantía. El hecho de necesitarlo constituye la prueba de su ineficacia práctica y, en consecuencia, la negación del carácter institucional que debe investir.

Si una garantía necesita amparo, quiere decir que necesita ser

¹³ *Op. cit.*, 186.

¹⁴ Giovanni Gentile piensa que "La cuestión de las garantías es secundaria y accesoria respecto a la naturaleza del derecho, el cual tiende, sin embargo, a garantizarse, a hacerse valer, a crear los órganos que lo protejan. Esto es, el espíritu está llevado por su misma universalidad a hacer siempre más eficaz y potente contra la libertad particular la disposición jurídica que es la forma universal de su actividad. Pero esa tendencia misma está fundada en la esencia originaria y verdaderamente absoluta del derecho, que es la necesidad con la cual se presenta investido frente al sujeto". (GIOVANNI GENTILE: *Los fundamentos de la Filosofía del Derecho*). Ed. Losada, Buenos Aires, 1944, pág. 124).

¹⁵ Por eso A. B. Dicey no vacila en afirmar: "Las leyes de *Habeas Corpus* no declaran ningún principio ni definen ningún derecho, pero en la práctica valen un centenar de artículos constitucionales, garantizando la libertad individual". *Op. cit.*, pág. 178.

¹⁶ La Constitución de Panamá, sancionada en 1941, habla en su artículo 189 de "Amparo de garantías constitucionales" y crea una ley con esa denominación.

garantizada, y eso significa caer en el absurdo de una flagrante paradoja. Una garantía, no puede ser garantizada a su vez. *No puede haber garantía de garantía*. En derecho público, como en derecho privado, garantía es siempre la protección jurídica más eficaz.

Esto no lo decimos por primera vez. Hace veinte años afirmábamos: "El principio ético de la libertad sólo puede ser referido al sujeto *individuo*, y presenta dos aspectos distintos, desde el punto de vista de su protección social. Es facultad de hacer y, más aún, acción, movimiento, fuerza; y es, también, marco o recinto dentro del cual se refugia esa acción, amparada, así, frente al poder público, que encuentra en él su límite. Los derechos propiamente dichos, constituyen la facultad de hacer; las declaraciones le forman marco protector y, juntos, integran la libertad. Por eso ninguno de los derechos o declaraciones contenidas en la idea de libertad es una verdadera garantía. La libertad no puede garantizarse a sí misma, y mucho menos puede la parte garantizar al todo.

"Si la libertad, formada por el conjunto de los derechos y de las declaraciones constitucionales, necesita garantía, es porque ella no se basta por sí sola para asegurar su efectividad. De ahí que en este caso, como en cualquier otro, la garantía es cosa aparte y distinta de lo garantizado; es una acción protectora diferente de la protegida; accesoria de ella, carece de fin en sí misma y sólo existe adjetivamente, como medio subordinado a un fin y condicionado por éste.

"No puede haber garantía de garantía. Resulta inconcebible y absurda una garantía que necesite ser garantizada. Por esa causa, ninguna de las declaraciones y ninguno de los derechos constitucionales importa una garantía verdadera, desde que necesita el *habeas corpus* para asegurar su efectividad con arreglo a su naturaleza.

"La libertad —verdadera entelequia— es una categoría ética, que necesita ser protegida jurídicamente por la sociedad. Esa protección jurídica, llevada al *maximun* de su eficacia, constituye la garantía".¹⁷

GARANTIA, AUTORIDAD Y LIBERTAD

En una sociedad políticamente organizada, y dentro de la cual existen como términos opuestos, la autoridad y la libertad, *lo único*

¹⁷ CARLOS SÁNCHEZ VIAMONTE: *El Habeas Corpus*, 84, Ed. V, Abeledo. Buenos Aires, 1927.

que necesita protección o ampara es la libertad, y ese amparo debe darlo la autoridad.

En realidad, no puede haber antagonismo, ni siquiera oposición, entre autoridad y libertad, dentro de un orden jurídico constitucional republicano-democrático, porque democracia es conciliación y armonía de los intereses individuales en el denominador común de la justicia.

Entre una legítima y verdadera autoridad y una verdadera y legítima libertad, no hay antagonismo ni puede haber conflicto. Así, en abstracto, está planteado el problema teórico y se concilian los opuestos; pero en la vida práctica es otra cosa muy distinta.

El ejercicio de la libertad puede exceder los límites de ésta, y cuando eso sucede, se cae en la infracción, porque el ámbito de la libertad se halla fijado por la reglamentación de los derechos, adecuada a su fin.

A su vez, el ejercicio de la autoridad puede exceder sus límites, y en tal caso, se cae, no ya en la infracción, sino en el delito, porque la autoridad está reglamentada en tal forma, que todo exceso es usurpación o abuso de ella.

El constitucionalismo ha hecho de la libertad el objeto de su particular protección. Le asigna un contenido o sustancia elástica, susceptible de aumentarse cuantitativamente conservando su calidad.

Por eso dice el Art. 33 de la Constitución Argentina que "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidas como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

Además, según el Art. 19, "Las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

Para la Constitución argentina, el reducto individual es tan sagrado que no vacila en identificarlo con el recinto de la patria. Toda agresión contra la libertad es una agresión contra la patria. Más aún: es traición a la patria cuando proviene de la autoridad y cuando esa autoridad pretende ser legítima. Así lo establece el artículo 29, que no está de más transcribir: "El congreso no puede

conceder al Ejecutivo Nacional, ni las legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, *facultades extraordinarias, ni la suma del poder público*, ni otorgarles *sumisiones o supremacias* por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen a la responsabilidad y pena de los *infames traidores a la patria*".

Muchas son las limitaciones del poder público con que la Constitución argentina protege teóricamente la libertad individual, pero bastan los transcriptos artículos 33, 19 y 29 para que resalte el contraste entre la elasticidad indefinida de la libertad y la estricta rigidez del ámbito de la autoridad. De ello se induce, intergiversablemente, que no hay facultades implícitas contra la libertad, pero sí hay derechos, principios y garantías implícitos en favor de la libertad.

La autoridad no necesita garantías frente a la libertad. Dispone del poder público, del dinero público y, sobre todo, de la fuerza pública. Es la libertad la que necesita estar garantizada frente a la autoridad y, muy particularmente, frente al abuso de autoridad, siempre presunto.

En la técnica jurídica, sea cual fuere la rama del Derecho en que se aplique, garantía supone la existencia de derechos insuficientemente protegidos, a los que aquélla ampara concreta y prácticamente asegurando, con la mayor eficacia posible, la efectividad de su ejercicio. Lo mismo en derecho privado que en derecho público, esa es la verdadera acepción del término garantía, y representa la intervención de la sociedad, con toda la fuerza pública de que dispone, en favor de la libertad, en aquellos casos de conflicto en donde aparezca o asome la posibilidad de un abuso de poder.

Las garantías no son para proteger a los gobiernos ni a los gobernantes; son para el individuo o persona, —al que su debilidad pone a merced de unos u otros,— para obtener el equilibrio o armonía, en que se traduce, con el nombre de justicia, el imperio del derecho.

El error técnico en que se ha incurrido y se sigue incurriendo consiste en cambiar o alterar el objeto y destino de las llamadas garantías constitucionales, y puede conducirnos a él todo exceso de precaución, como le ocurrió a Alberdi cuando sostuvo la necesidad de crear garantías públicas con el fin de asegurar la existencia de las garantías individuales.

LAS GARANTIAS Y EL ESTADO DE SITIO

Nótese el peligroso contrasentido de amplificar el concepto de garantía multiplicando las acepciones del vocablo, y que condujo a Alberdi a incluir entre las garantías públicas de orden y de progreso al propio *estado de sitio* que, en su Proyecto de Constitución, deja en suspenso el imperio de la Constitución misma (art. 28), y que en la Constitución argentina produce la "suspensión de garantías constitucionales" (art. 23).

Si nos atenemos estrictamente a su finalidad, declarada de un modo expreso en el art. 23 de la Constitución argentina, el estado de sitio es una institución juridicopolítica creada para defender la constitución y el orden constitucional. Dice así: "En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspendidas allí las garantías constitucionales".

La paradoja salta a la vista con notoria estridencia. El estado de sitio es una garantía constitucional que consiste en suspender todas las garantías constitucionales. Y así se ha llegado al absurdo inverosímil de sostener que el estado de sitio suspende la vigencia de todo el capítulo *Declaraciones, derechos y garantías* de la Constitución argentina, entre cuyos 35 artículos se halla el propio artículo 23, recientemente transcripto.

Sin detenernos, por el momento, a evidenciar la monstruosidad institucional que importa la aplicación del estado de sitio como suspensión de las 35 primeras cláusulas de la constitución, llamamos la atención del lector acerca del disparate lógico que consiste en declarar el estado de sitio por virtud de lo dispuesto en el artículo 23, y suspender la aplicación del propio artículo 23 como consecuencia del estado de sitio.

Esto no es una simple hipótesis ni una pura creación de nuestra fantasía. Casi todos los tratadistas argentinos adoptan esa posición con mayor o menor franqueza y la jurisprudencia se ha mantenido también en esos términos. El célebre fallo dictado por el Doctor Virgilio Tedín en el caso de habeas corpus del senador Alem, en 1892, lo decía expresamente con las palabras que van a continuación: "*Las garantías que se suspenden en el estado de sitio son las com-*

prendidas en los primeros treinta y cinco artículos de nuestra Constitución, es decir, que se refiere a esos derechos que pertenecen a todas las personas como miembros de la sociedad, sin afectar las garantías especiales que el artículo 61 reconoce a los legisladores, que se consideran esencialísimas para asegurar la integridad del Poder Legislativo”.

Conviene recordar que precisamente este fallo consagró al Doctor Tedín,—quien ordenó la libertad del senador Alem,— como un magistrado de dignidad ejemplar en los anales argentinos de la administración de justicia.

Un principio institucional teórico, relativo a la forma de gobierno o a los rasgos fundamentales que caracterizan la república democrática, no es ni puede ser garantía desde nuestro punto de vista, aunque concurra o contribuya a crearla o a configurarla. Se requiere una acción que, en este caso, es algo más que el reconocimiento de una *facultas exigendi*, porque pone en manos del o de los individuos afectados, el medio de utilizar el poder público para la protección de su derecho. No otra cosa significa la proclamación contenida en el artículo 12 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del año 1789: “La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita una fuerza pública. Esta fuerza, pues, se halla instituida en bien de todos y no para la utilidad particular de aquellos a quienes es confiada”.

En eso consiste la especial jerarquía institucional que obtiene toda acción que merezca el nombre de garantía en el derecho público, pues en virtud de ella, y como consecuencia de su ejercicio, la fuerza pública de que dispone el Estado se halla colocada al servicio de un derecho particular, y lo protege contra cualquier manifestación de autoridad arbitraria, aunque esa manifestación consista en una ley.

Las garantías constitucionales protegen o amparan también derechos constitucionales, de suerte que la arbitrariedad gubernativa, con relación a ellos, debe ser juzgada de conformidad con las disposiciones constitucionales. Los poderes constituidos que forman el gobierno tienen condicionada su existencia y funcionamiento por el poder constituyente, ejercido mediante la constitución. Toda garantía constitucional se halla instituida para la defensa de la constitución y como una manera de obtener la supremacía y la vigencia de sus disposiciones.

DOS CLASES DE GARANTIAS

Aunque la mayor parte de las constituciones vigentes presentan el defecto de una notoria deficiencia técnica en materia de garantías, se puede afirmar que éstas admiten una clasificación, fundada en la naturaleza esencial de los derechos protegidos, es decir que, de acuerdo con la doctrina expuesta en nuestro libro, *El problema contemporáneo de la libertad* (1945), ya enunciado por nosotros en *Derecho político* (1925), *El habeas corpus* (1927), *Ley marcial y estado de sitio* (1931) y *Hacia un nuevo derecho constitucional* (1938), las garantías pueden separarse en dos grupos: unas para la protección de la libertad y otras para la protección del patrimonio.¹⁸

Las garantías protegen o amparan los derechos en su existencia dentro del orden jurídico institucional y en su ejercicio en la vida práctica, porque los derechos pueden ser afectados en dos formas: mediante actos legislativos o mediante actos ejecutivos. Los primeros afectan la existencia misma de esos derechos; los segundos afectan la efectividad de su ejercicio.

Cuando un acto legislativo, y, por consiguiente, normativo, afecta la existencia de un derecho reconocido por la constitución, la garantía consiste en la acción que permite al titular del derecho exigir una declaración de inconstitucionalidad por parte de los magistrados judiciales (demanda directa o recurso). Esta alegación de inconstitucionalidad contra cualquier ley, reglamento, ordenanza, edicto, etc. constituye una garantía para la defensa del derecho en sí mismo, y vale por igual contra toda normación que afecte derechos individuales, sean de la personalidad o del patrimonio.

La acción de inconstitucionalidad es la misma, tanto si se trata de la defensa de la libertad como de la defensa del patrimonio. En ambos casos, la garantía es una sola, porque dado su carácter institucional, sirve para la protección de cualquier derecho, en igualdad de condiciones y con idéntica eficacia, porque consiste en obtener la caducidad de la normación legislativa o, por lo menos, la invalidez de su aplicación al caso en litigio.

Cualquier derecho constitucional, civil o político, relativo a la libertad o al patrimonio, está protegido por la garantía de inconsti-

¹⁸ Ver cuadro sinóptico en el libro del autor *Hacia un nuevo derecho constitucional* (1938), publicado por primera vez en el apéndice del *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de Buenos Aires, del año 1934*.

tucionalidad, puesta al alcance del titular de ese derecho, mediante una acción judicial. Esa protección comprende, no solamente el derecho en cuanto elemento activo o dinámico que constituye la *facultad de hacer*, sino también la *seguridad* o conjunto de condiciones ético-jurídicas en que se resuelve la dignidad humana, (inviolabilidades). Pero este tipo de garantía sólo opera en favor de la existencia del derecho y en presencia de su afectación por normas legislativas que lo alteren so pretexto de reglamentarlo.

Cuando se trata, en cambio, de actos ejecutivos, que afectan al ejercicio de los derechos o la seguridad, las garantías pueden ser distintas para la libertad o para el patrimonio, aunque es común a ambos la inconstitucionalidad. El *habeas corpus*, por ejemplo, protege la libertad y todos los elementos que la forman, pero no se puede aplicar a los derechos patrimoniales. A su vez, los derechos patrimoniales están garantizados por algunas acciones penales, civiles y comerciales, inaplicables a la defensa de la libertad. Claro está que las acciones penales y civiles carecerían de eficacia si no se hallase claramente establecida la responsabilidad personal de los funcionarios que ellas tienden a hacer efectiva cuando la libertad resulta afectada, sea por leyes, o por actos ejecutivos.