

XIII. LIMITACIONES Y GARANTÍAS DE LA LIBERTAD*

SUMARIO: 1. *Condicionamientos de la libertad.* 2. *Garantías y controles.*

1. CONDICIONAMIENTOS DE LA LIBERTAD

Las limitaciones de las libertades resultan de la propia condición de su titular, el hombre, y de la circunstancia humana y física que lo rodea. No es concebible, como se dedujo antes, una libertad absoluta, y la libertad sólo es posible entre iguales. Son esos dos caracteres, precisamente, los que orientan la determinación de los criterios limitantes de la libertad.

Las primeras limitaciones se derivan de la propia condición humana. Hay actos para los cuales el hombre no es libre; no tiene libertad. Son los que contradicen su naturaleza y los que lo desvían de su bien, de su fin, de su obligación moral de personificarse, de hacerse persona, que es la dimensión plena de realización del hombre. Y, así, los atentados contra su propia vida, las actividades que desdican o niegan su dignidad constituyen prohibiciones que limitan su libertad en el ámbito de su conciencia, de su intimidad, problema por ello ajeno a los planos jurídico y político.

En el orden de la vida civil y del funcionamiento de la organización política, la libertad resulta doblemente limitada por la propia incapacidad de sus titulares para ejercitarla, en tanto se carezca de aptitudes personales y de medios idóneos para desenvolverla, y de la confrontación de la autonomía individual con los valores sociales y la necesidad de mantener el orden.

* Tomado de *Derecho constitucional de la libertad*, Bogotá, Temis, 1998.

La primera clase de limitaciones pone de relieve la antítesis entre las “libertades formales” y las “libertades reales”, que ha servido de caballo de batalla de las democracias populares contra las democracias de Occidente. Aquéllas ponen el acento en que la libertad no existe, sino cuando hay una suficiente e igualitaria dotación de bienes y servicios materiales que permiten realizarlas, sin que baste su reconocimiento jurídico, su formulación legal y sus teóricas garantías procedimentales. Las segundas insisten en que esa formulación normativa es indispensable para poder llevar al acto, esto es, para hacer efectiva la libertad, y distinguen entre la posibilidad jurídica abierta a todos por la ley como opción general, y la capacidad personal para hacer suya la libertad incorporándola concretamente a su vida particular y a su patrimonio jurídico personal.

Es indispensable repetir que, como la libertad no es absoluta y los derechos de los hombres libres deben ser iguales, toda libertad tiene restricciones: las nacidas del respeto a los derechos iguales de los demás, sin el cual no es posible la propia libertad, porque “si todos tenemos derecho a todo, en realidad, no tenemos derecho a nada”, única forma de hacer compatibles por reciprocidad las libertades; otras surgidas del imperio de la ley, ya que la libertad no es la no sujeción indeterminada, sino la obediencia racional a la norma consentida y reconocida, como válida, por justa; y, además, las condiciones impuestas por la necesidad de la convivencia natural y por la organización deliberada de la misma, de las cuales se desprende el imperativo de hacer prevalecer el todo sobre sus partes, lo colectivo sobre lo individual, lo público sobre lo privado, que es la sola manera de mantener la organización política y perfeccionarla.

De ahí que las libertades clásicas hayan resultado no sólo recortadas en su extensión cuantitativa de ejercicio, sino que también hayan sufrido una transformación en su significado. Es este segundo aspecto el de mayor trascendencia, porque alude a un cambio sustancial en la naturaleza de las libertades. Se trata de sustituir el concepto de los derechos concebidos como facultades

subjetivas debidas al hombre y que el derecho positivo debe reconocerles y, por tanto, oponibles a todos, exigibles de todos, aun del Estado, por la idea del hombre como un haz de funciones, de deberes, de obligaciones que le resultan de su condición y de su situación en el mundo y en la sociedad, entre sus semejantes, para con su prójimo, respecto de los grupos de que forma parte, en relación con la sociedad de que es miembro. El hombre así pensado es un funcionario; cumple las funciones que le corresponden según sus circunstancias concretas y que le son asignadas por la sociedad para su conservación y supervivencia. El hombre vive situaciones; existe en una situación. Esas situaciones le obligan a obrar funcionalmente en función del grupo, para el grupo y, dentro de él, realizar sus fines personales, en tanto sean compatibles con las del todo. Esta socialización y “funcionalización” de las libertades personales producen una inversión radical del sentido de la libertad que de centrípeta, inmanente y egoísta, viene a trascender a la sociedad al reubicar al hombre cualificándolo como órgano sirviente de los intereses sociales, con prioridad sobre los individuales. Fórmula de equilibrio que procura coordinar la dimensión individual con la social de las libertades.

Conceptos como la buena fe, creadora de derechos, la sanción del enriquecimiento sin causa, la extinción del derecho de dominio para sus titulares pasivos o improductivos, la posibilidad de expropiar a los particulares por motivos de utilidad práctica o para finalidades de interés social, el establecimiento de los deberes sociales del Estado, como la prestación de la asistencia pública, la declaración de que el trabajo es obligación social y la lucha contra la vagancia, el ocio y las rentas perezosas; el entender que los derechos políticos son una función pública y que los recursos naturales como patrimonio común de la especie humana y la defensa del ambiente y del paisaje, ámbito insustituible para la preservación de la vida; la política de natalidad; la autonomía e internacionalización del derecho humanitario; la solidaridad e interdependencia internacional crecientes. Todas esas circunstancias, criterios, conceptos y hechos de la realidad presente consti-

tuyen fuerzas limitantes de la autonomía de la voluntad y desconocimiento de ausencia de restricciones y de la no dependencia en que cifraron los viejos liberales su concepto negativo de libertad.

Téngase en cuenta, de otra parte, que la disminución de oportunidades debida a la explosión demográfica, la escasez de recursos, a pesar de los avances tecnológicos, y la situación conflictiva producida por la masificación y densidad de interrelaciones, típicas de las monstruosas concentraciones humanas de las megalópolis de finales del siglo XX, obligan a mortificantes y deprimentes sistemas de prevención y control policiacos de la vida personal y colectiva que afectan hondamente los espacios tradicionales para el ejercicio de la libertad.

En el mismo sentido, la noción de orden público interno e internacional, a la cual se añadió la de orden público económico y social, puesta en peligro y amenazada con nuevas modalidades delictivas, de refinada y sutil aplicación de la tecnología, la facilidad de interrumpir los servicios públicos de que depende la vida normal de inmensas muchedumbres, el auge de un terrorismo que supera los más locos empeños de los anarquistas del siglo pasado, han exigido del Estado la creación de gigantescos aparatos represivos que no sólo comprometen los recursos financieros de la comunidad, al desatender frentes más preciosos para una concepción humanista de la vida, sino que militarizan la sociedad entera, y le dan aspectos de disciplina y jerarquía cuartelaria, hasta el punto de que en este momento el régimen político prevalente en el mundo parece ser el de las dictaduras militares.

Más profundamente encontramos que la libertad se ve acorralada por los mecanismos, casi imposibles de eludir, creados por los sistemas de comunicación masiva, dominantes en la vida moderna, mediante los cuales se manipulan las inteligencias, las opiniones y la voluntad de los pueblos con la propaganda que engendra hábitos, produce rechazos, atrae respaldos, inventa imágenes, hace y rehace las convicciones, las creencias, los mitos, los prejuicios, las pasiones, los usos y las convenciones que configuran la realidad social y política, sin dejar margen al juicio personal, a

la evaluación objetiva, a la crítica independiente, al pensamiento libre de los que disienten, de los inconformes, de los partidarios del cambio.

Tendenciosa y deformante acción que es completada por el encuadramiento masivo y uniformista de los movimientos sindicales y los partidos políticos, en los cuales la eficacia de la actividad del grupo depende de la imposición de módulos de conducta impersonal y, a veces, para mayor refuerzo, a la sujeción incondicional o fanática a una conducción elitista o a un liderazgo personal que eliminan la participación juiciosa y racional de cada miembro.

Contribuye a frenar el impulso liberador la presión social que, en el sentido del conformismo, la obediencia pasiva, la aceptación resignada del *status*, se recibe anónimamente en el hogar, en la escuela, en el sitio de trabajo, en la iglesia, y donde quiera que se admite y se enseña que la obediencia es lo natural, y la rebeldía es contraria a los designios superiores y a la jerarquía espontánea del mundo y de los seres que en él viven. El providencialismo fatalista, el tradicionalismo continuista, el temor a las innovaciones y al cambio, como subversivos y anárquicos, la persecución y el sacrificio de los innovadores recortan el vuelo de la libertad, al mitificar la autoridad, el orden y la seguridad, como presupuestos indispensables para un progreso y evolución armoniosos.

La corriente racionalizadora de la actividad económica mediante su sometimiento a planes y programas preparados, calculados, dispuestos y ejecutados dentro de las exigencias de la ciencia y la tecnología, y presididos por el signo de la mayor productividad, la eficiencia óptima y el crecimiento del producto nacional, ha puesto en entredicho no sólo la libertad económica, sino, con ella, puesto que es su soporte, la libertad política, al prescindir de la iniciativa particular y de la participación deliberante de los no tecnócratas en la elección del plan. De ahí que, si la planificación es total, esto es, si comprende la producción, distribución y consumo de todos los bienes y servicios, centralizada, es decir, no democrática, y rígida, impuesta unilateralmente por la tecnoburo-

gracia estatal, la órbita de las libertades personales y de los grupos es mínima, o inexistente.

Pero, finalmente, quizá la más amenazante e infamante restricción de la libertad puede resultar de sus mismos sujetos cuando, por miedo a los compromisos y riesgos que implica su ejercicio, que comporta su práctica responsable, les lleva a entregarla, a resignarla en la voluntad de otros para que ellos decidan en su nombre, como sucede con los fanáticos de un nacionalismo insano, de un racismo intransigente, de una fe religiosa excluyente, de la integración total en un partido político sectario, y de todas las formas de la intolerancia. Se descansa así del duro oficio de ser hombre libre, del que se hace a sí mismo, según su propia decisión, sin alienarse a otros, viviendo sólo en función de sí, siendo *homo pro se*, como se dijo de ese paradigma de humanidad que fue Erasmo.

Por esto, es el cristianismo la doctrina con una concepción más equilibrada de la libertad. Lo dice hermosamente Henri Troyat, en su biografía de Dostoievski: el cristianismo

ha logrado unir los principios humanos y divinos en torno de la libertad. Yo quiero haceros libres, dijo Cristo. Pero, al proclamar esa libertad de escoger entre el bien y el mal, Jesús estableció la responsabilidad del hombre. Condenó al hombre a las torturas de la conciencia... la libertad es inconcebible sin el dolor. La libertad no se adquiere sino por el dolor... De este modo, el hombre se encuentra frente a un dilema: de un lado, la independencia dentro del sufrimiento moral, y del otro, el bienestar, bajo la servidumbre. ¿Qué escogerá?¹

En resumen, hoy día las limitaciones y amenazas contra la libertad no se derivan exclusivamente, como antaño, de los excesos del poder político, y su garantía no puede reposar sólo en el debilitamiento del Estado y la división de su poder. Son múltiples las motivaciones, el origen y las causas de restricción de las liber-

1 Troyat, Henri, *Dostoievski*, París, Librairie Arthome Fayad, 1940, p. 558.

tades. En una enumeración por fuerza incompleta, proceden de la aplicación de los siguientes principios y criterios, justificativos de las mayores y más frecuentes limitaciones puestas al reconocimiento o al ejercicio de los derechos de libertad por los ordenamientos jurídicos de nuestro tiempo: el interés social, la utilidad pública, la conveniencia pública, la equidad, la moralidad, las buenas costumbres, la salubridad, el orden público policiaco, económico y social, el contenido y la función sociales asignados a ciertas libertades, la legitimidad y la legalidad formal, el orden, la autoridad, la unidad nacional, la justicia, la paz internacional, la seguridad, los derechos de los demás, las obligaciones contraídas, y los deberes impuestos por la calidad de hombre.

Es la propia naturaleza del hombre la que cualifica y cuantifica su libertad. Prisionero de esa calidad, de la que le es imposible deshacerse para llegar a superhombre, como pretendía el soberbio Nietzsche, está condenado a ahondar en esa su condición humana, único camino de perfección.

2. GARANTÍAS Y CONTROLES

La idea de la libertad-garantía, de la libertad defendida, o de las garantías constitucionales de la libertad, se atribuye con justicia al constitucionalismo liberal, creado por la tradición inglesa (Magna Charta, 1215; *Petition of rights*, 1627, *Habeas Corpus Act*, 1679; *Bill of Rights*, 1689), su secuencia norteamericana (Declaración de Derechos de Virginia, 1776 y Acta de Declaración de la Independencia, 1776), y el movimiento ideológico francés del enciclopedismo y la Ilustración que queda plasmado en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. O sea, que, en este sentido, no valen como antecedentes el concepto antiguo de libertad en Atenas y Roma, pues allí sólo gozaban de la misma los ciudadanos, dentro de la ley y de la ciudad, sin derechos subjetivos oponibles a ella y limitantes de su poder, que es precisamente lo que de novedoso aportan las revoluciones burguesas de Inglaterra, Norteamérica y Francia. Tampoco tienen

ese carácter de antecedentes de la libertad-límite los privilegios, cartas y fueros de la Edad Media, pues tuvieron un alcance restringido y particular, aplicables como eran sólo a un estamento, a un grupo profesional, a los vecinos de una ciudad o región, habiendo sido, además, impuestos o pactados, sin tener por tanto la universalidad y su condición de prerrogativas innatas de todos los hombres, en todos los tiempos y lugares, que son los atributos con los que modernamente calificaron las libertades los padres del constitucionalismo liberal.

Generalidad y oponibilidad al Estado hacen la esencia de los derechos humanos proclamados por el liberalismo.

Para confirmar lo anterior, recordemos que en la Declaración de Derechos de Virginia aparece claramente el concepto de garantía en su artículo 3o., que establece: “que el Gobierno es o debe ser instituido para el común beneficio, la protección y seguridad del pueblo, nación, comunidad”. Pero, indudablemente, la idea de garantía se formula más explícitamente en los artículos 12 y 16 de la Declaración francesa de los Derechos, con estas expresiones: “12.- La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesitan una fuerza pública; esta fuerza, pues, se halla instituida en beneficio de todos...”, y “16.- Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece de constitución”.

No queremos emplear el término “garantía” en un sentido tan restrictivo como el que le asigna Sánchez Viamonte, cuando la entiende como protección práctica y amparo efectivo, creado como institución particular y con ese específico objeto, rigor que lo lleva a concluir en que la garantía “consiste, siempre, en una acción judicial”.²

Por el contrario, creemos que el concepto de garantía en el campo del derecho público tiene matices comprensivos de un concepto más amplio. Todo mecanismo, prestación, servicio,

2 Sánchez Viamonte, Carlos, *Los derechos del hombre en la Revolución Francesa*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1956, p. 75.

procedimiento de vigilancia, sanción, reparación, control, moderación o intervención, que tiendan a dar seguridad, vigencia real y eficacia a una libertad es una garantía.

Con esta orientación, plantearemos algunas enumeraciones de tales garantías, partiendo de la propuesta por Mario Justo López:³ según este autor, las que llama “técnicas del constitucionalismo”, que no son otra cosa que las garantías de que se está hablando, son: la supremacía de la Constitución y, dentro de ella, de la declaración de derechos; la rigidez constitucional, derivada de la distinción entre Poder Constituyente y poderes constituidos; la división orgánica y funcional entre los poderes constituidos; la independencia del Poder Judicial; el principio de la legalidad administrativa; los controles sobre la actividad de los órganos estatales; la institucionalización de la oposición, y la elección, en competencia periódica y pacífica, de los órganos que ejercen el poder político.

López enumera separadamente, porque tienen menos difusión e importancia, el control judicial que la constitucionalidad de las leyes, el *ombudsman* y la exigencia de que la Constitución conste por escrito.

Por su parte, José Roberto Dromi,⁴ para el caso argentino, considera que las garantías que defienden los derechos de los gobernados están representadas especialmente por los controles y autocontroles administrativos, legislativos y judiciales, la acción de inconstitucionalidad, el amparo por mora administrativa, el proceso administrativo, la acción por expropiación irregular y la acción de repetición.

Sin embargo, parece más completa la clasificación que propusimos en uno de nuestros libros;⁵ así:

3 López, Mario Justo, *Manual de derecho político*, Buenos Aires, Kapelusz, 1975, p. 376.

4 Dromi, José Roberto, *Prerrogativas y garantías administrativas*, Rafael Canosa y asociados, 1979, pp. 9 y 55.

5 Sáchica, Luis Carlos, *Exposición y glosa del constitucionalismo moderno*, Bogotá, Temis, 1976, pp. 130-137.

En primer lugar han de enunciarse los que proponemos llamar “controles de carácter político”, o de participación, que son tales por la condición de quien los actualiza y por la índole de sus efectos.

Son controles de ese tipo, entre otros, los que ejerce la propia nación, por intermedio del cuerpo electoral, con instituciones tales como:

A. Las elecciones periódicas de los regímenes presidencialistas y las elecciones generales y parciales en el parlamentarismo, por cuanto entrañan un voto de confianza o de rechazo a una política para imponer una nueva, y el consiguiente relevo o continuación del personal gobernante en el poder, lo que implica un juicio político del mismo pueblo sobre la dirección que está dándose a su destino. La elección libre y democrática ofrece la posibilidad de alternativa y rotación en el poder, que es la esencia del sistema, cuya regla básica consiste en que la mayoría gobierna, la minoría opositora respeta y acata como válidos los actos de esa mayoría, pero ésta deja abierta la oportunidad de que aquélla se convierta en gobierno.

B. El referéndum constitucional o legislativo, obligatorio u opcional, mediante el cual el cuerpo de electores o ciudadanos reafirma o niega una propuesta decidida por sus representantes en el gobierno o en la asamblea legislativa o constituyente, con lo que participa en el proceso de formación de las decisiones políticas de conjunto o parciales.

C. La iniciativa popular de un grupo numeroso de ciudadanos en que sugiere o exige de los gobernantes que se tome cierta decisión o regulación normativa, medio de acción de la opinión pública sobre sus gobernantes, cuya no satisfacción puede tener repercusiones electorales y políticas de amplio efecto.

D. Las asambleas o cabildos populares institucionalizados en que se reviven formas de la democracia directa, convocadas por la autoridad para tomar consejo, captar opiniones, buscar respaldo, o aun adoptar decisiones en materia legislativa o de administración, que impone un rumbo expreso de la acción gubernamental.

tal, al asentir o disentir de lo que se proponga el gobierno o de sustituir sus propuestas.

E. La revocación de una elección unipersonal, en los sistemas electorales donde existen elecciones parciales en distritos o círculos uninominales, y mandato imperativo en los casos en que el elegido no es leal a los programas que dijo sostener y a los intereses que quiso representar.

F. En la actualidad, aceptado como consustancial al régimen representativo el principio de la participación directa y creciente de los gobernados en la toma de decisiones, seguramente existen ya y aparecerán nuevos procedimientos e instituciones de control político directo del pueblo o de los electores, ya que la idea de imponer decisiones está siendo reemplazada por la de buscar el consenso anticipado o posterior de quienes quedan obligados por la decisión, como en los casos en que se da representación, si no decisoria, sí consultiva, a delegados del sector privado en los organismos de política económica y social, lo que equivale, por lo menos, a un poder de moderación o vigilancia de los particulares sobre los organismos del Estado, y también la oportunidad en que se atribuye a organizaciones privadas el ejercicio de funciones públicas o a organizaciones paraestatales.

G. Igual función cumple la prensa privada independiente con sus servicios de información y censura sobre los actos oficiales y, en cierto modo, el derecho de petición, individual o colectiva, hecha en interés público, porque significa presión de la oposición de los gobernados que orienta e influye la acción del Estado, dentro del cual puede considerarse comprendido el derecho de manifestación, ejercido en reuniones públicas de carácter político.

H. Dentro de los controles políticos está luego la modalidad de los indirectos o representativos, confiados ordinariamente a los Parlamentos, Asambleas, Congresos o corporaciones públicas electivas.

Se practica este tipo de control político principalmente:

a) Mediante los debates públicos en que se analiza y juzga, desde el punto de vista político, la gestión de gobierno, y que

pueden concluir con votos de confianza o censura, y aun servir de base para acusaciones y juzgamiento, según el régimen de que se trate.

b) El juicio de responsabilidad política por abusos, omisiones o delitos cometidos en ejercicio del poder, contra altos funcionarios administrativos o judiciales, seguido de condenas que involucren sanciones políticas, como la destitución y la pérdida de los derechos políticos.

c) Las comisiones parlamentarias de vigilancia o de cuenta, ocasionales o permanentes, sobre determinadas actitudes administrativas, para información de los legisladores.

d) La aprobación legislativa que deben tener ciertos actos de la administración, como tratados públicos, presupuesto, contratos, ejercicio financiero o la revisión de actos de gobierno, como la implantación del estado de sitio, o el ejercicio de facultades de excepción en tiempos de anormalidad económica y social.

Perdida como tienen los Parlamentos mucha parte de la iniciativa legislativa y siendo frecuente que deleguen algunas de sus facultades en el Ejecutivo, la tendencia contemporánea es la de perfeccionar los instrumentos de control político que han sido el origen y la justificación histórica de estas instituciones. Por eso, a manera de ejemplo, en algunos sistemas se han establecido comisiones parlamentarias permanentes, encargadas de la vigilancia de la ejecución de las leyes de planes y programas de desarrollo económico y social o de la gestión de los entes descentralizados, como en el caso colombiano.

En tercer término, están los que podemos llamar controles interorgánicos, que son diferentes tanto en régimen parlamentario como en régimen presidencial, pero que básicamente consisten, a más de los reseñados anteriormente, en:

A. Del Legislativo respecto del Ejecutivo: a) La deliberación sobre los proyectos legislativos o de origen gubernamental, y su modificación o negativa; b) La regulación legal del ejercicio de las facultades constitucionales del gobierno, delimitándolas y precisándolas; c) La política presupuestaria, el más efectivo re-

sorte, pues la ampliación o la reducción del gasto público condiciona toda la acción gubernamental; *d*) El examen de toda la gestión gubernamental, exigiendo los informes o allegándolos directamente sobre todo asunto de interés público, y *e*) Las tácticas de dilación y oposición que frenan la acción ejecutiva.

B. Del Ejecutivo frente al Legislativo: *a*) La sanción ejecutiva de los proyectos de leyes, que permite en varios casos objetarlos por inconveniencia y en otros vetarlos o pasarlos para el control jurisdiccional de su validez jurídica a un tribunal; *b*) La convocatoria a sesiones especiales o extraordinarias, de dedicación exclusiva, al estudio y decisión de asuntos en que tiene interés el gobierno; *c*) El trámite preferencial o el de urgencia, que da prelación a los proyectos del gobierno sobre cualquier otro asunto, y *d*) La facultad para adoptar, por acto gubernamental con fuerza de ley, proyectos del gobierno no despachados en los términos señalados en la Constitución.

Si bien los tres casos últimos, enumerados aquí, no tienen el carácter de auténticos controles, son medios eficaces para promover la acción legislativa en determinado sentido, lo que envuelve poner en acción el mecanismo de equilibrio de poderes.

En un cuarto aspecto, encontramos los controles administrativos o autocontroles, porque funcionan como mecanismos internos de la misma administración sobre sus propios actos, dándose oportunidad, ya por petición de particulares o por su iniciativa, esto es, oficiosamente, para modificar, aclarar o revocar sus decisiones, en razón de su inconveniencia o inoportunidad, para salvaguarda del interés social o de la legalidad.

Estos controles son:

a) Los recursos reconocidos a los particulares para utilizarlos contra los actos administrativos ante las mismas autoridades que los dictaron o sus superiores, en orden a defender sus derechos o intereses.

b) La facultad de administración para revocar sus actos, en los casos autorizados por la ley y sin perjuicio de las situaciones jurídicas individuales creadas por aquéllos en favor de los administrados.

c) El control de tutela que ejercen los órganos superiores o principales de la administración sobre sus órganos descentralizados, para que su actividad sectorial esté coordinada con la política y los planes generales del gobierno, lo que entraña un poder de dirección y vigilancia.

d) El control presupuestario, cuando todos los pasos de la ejecución presupuestal requieren una revisión administrativa para declararlos conformes con la política del gobierno.

e) La vigilancia de oficinas especializadas del gobierno sobre sus propios agentes.

C. La existencia de un cuerpo especial de supervigilancia de la administración, de origen legislativo y, por eso, independiente de aquélla, encargado de oír quejas, investigar, promover acciones disciplinarias y penales, velar por el cumplimiento de la ley, los actos del gobierno y la jurisdicción, vigilar la conducta oficial de los funcionarios públicos, e imponerles sanciones disciplinarias.

D. El control de la gestión del Estado confiada a un organismo especializado, con origen en el Parlamento o en una de sus Cámaras, dedicado a vigilar la recaudación, manejo e inversión de los recursos públicos, por su aspecto numérico-legal, procedimientos previos o posteriores a los actos que supervigila, con facultades para deducir responsabilidades y promover las acciones penales a que haya lugar, cuando aquellas operaciones no se ajusten a la ley que autoriza la recaudación y gastos administrativos.

Existen, además, los controles jurisdiccionales, que obran no sólo sobre los actos de la administración, sino también sobre las leyes, por instauración de las acciones respectivas ante los tribunales y jueces ordinarios, o ante jurisdicciones especiales.

Se concretan estos controles a obtener una declaración judicial o decisión vinculante, o con fuerza definitiva de cosa juzgada, sobre la validez misma del acto que se causa y, además, a veces, para obtener resarcimiento de perjuicios.

Aparece entonces la rama jurisdiccional del poder público en su función de árbitro entre el Estado y los particulares, al definir quién tiene el derecho.

Es, junto al control político parlamentario, la forma más amplia y antigua de control del poder; pero ella vino a cobrar verdadera importancia cuando los jueces se hicieron recientemente independientes e inamovibles de las otras ramas del poder, y cuando se organizó una jurisdicción especializada para el control de los actos de la administración.

Formas específicas de esta clase de controles, son:

A. Las acciones ante los jueces comunes contra los actos del Estado, cuando éste obra sujetándose a las leyes que rigen los actos de los particulares.

B. Las acciones especiales ante tribunales especializados que conocen de demandas contra los actos del Estado regidos por reglas de derecho, para salvaguarda de la legalidad o de los derechos personales.

C. La acción especial de inconstitucionalidad ante tribunales también especiales, que tienen un claro contenido político, pues su finalidad no es otra que el mantenimiento de las instituciones, al impedir que las facultades de reforma constitucional, en ciertos regímenes, y las del legislador cambien o desvirtúen el contenido de la ley fundamental del Estado; en un alarde de perfeccionismo jurídico y de celo por la juricidad, el constitucionalismo ha llegado, con este control de los poderes constituidos, a consagrar el juicio de la ley en aquellos sistemas donde no se aplica el principio de la soberanía del legislador, sino el del privado del derecho.

Podría adicionarse esta enumeración con una forma de autocontrol, denominada en algunos sistemas “vía de excepción”, en virtud de la cual todo funcionario que ejerza jurisdicción, no importa a qué rama del poder esté adscrito orgánicamente, está obligado a dejar de aplicar las normas que considera inconstitucionales, sin que esa actuación invalide la norma dejada de aplicar ni tenga efectos fuera del caso en que así se actúe.

Conviene destacar, por su particularidad, el problema del control del poder militar por el poder civil, es decir, la institucionalización de la fuerza pública.

Estructurado el monopolio del empleo legítimo de la fuerza como prerrogativa del Estado y admitida la necesidad de organizar ejércitos nacionales permanentes, y el consiguiente servicio militar obligatorio, el constitucionalismo afrontó la amenaza que ello implica para el funcionamiento regular de la ley, ideando mecanismos ingeniosos para conseguir la sujeción del poder militar al civil. Las fórmulas más usuales para este objeto han consistido en: fijación del pie de fuerza anualmente y orden de reclutamiento dada por los Parlamentos, para hacer que la tropa sea de extracción civil, no profesional como la oficialidad, y reducir la duración del servicio militar, para que no se militarice aquélla; dispersión territorial de las guarniciones; limitación de los gastos militares; aprobación de los ascensos en la carrera militar por autoridades civiles, y dedicación de las fuerzas militares a actividades de carácter social y civil, que las pongan en contacto con el pueblo y le den otra dimensión a su actividad profesional.

Igualmente, ha de indicarse la importancia creciente del mecanismo consultivo de control, que es un medio político, en la etapa anterior a la decisión, con importancia doble por cuanto significa un modo de participación en el ejercicio del poder y, al mismo tiempo, una manera de moderarlo. No se trata simplemente de conseguir una asesoría de tipo técnico para acertar en la decisión lo que sería un refuerzo más del poder, sino la presencia en este proceso de los representantes de los gobernados y de sus intereses, al obrar sin mentalidad de mandato autoritario, al buscar consenso anticipado, y al modificar la imagen del poder como imposición.

Pese a que no tiene igual fuerza la consulta cuando ella, aunque sea obligatoria, debe hacerse ante otro organismo del Estado, si éste es independiente, tiene influencia moderadora suficiente para hacer reflexiva la decisión.

De este modo, el constitucionalismo aparece como la fórmula de la libertad y el derecho configurado por un sistema recíproco de control de poderes, al querer de Montesquieu. Controles directos de los gobernados o de representantes de los gobernados, o de los

gobernantes entre sí, afianzando la conciencia de la responsabilidad de gobernar. Deja así el poder de ser irresistible, místico y totalitario. La disidencia de opinión con la autoridad no es delito; la oposición regulizadora es un modo de integración de la opinión nacional; la fiscalización de la actividad del Estado afirma la idea democrática del gobierno propio del pueblo y para el pueblo.

A esta descripción debe añadirse el recurso de casación, que viene a ser un control técnico intraorgánico sobre las decisiones judiciales.

En la Constitución colombiana, artículo 11, se formula una curiosa clasificación de las libertades, agrupándolas en tres rubros que denomina: derechos civiles, garantías y derechos políticos, para efecto de determinar de cuáles gozan los extranjeros. Esto es: el Constituyente colombiano piensa las garantías al mismo nivel de los derechos, las equipara a éstos, y considera su empleo con el ejercicio de derechos. Por tanto, la garantía no es algo accesorio o secundario del derecho o libertad a los que sirve de tutela, ni tiene un carácter adjetivo. Es inseparable del derecho que protege, forma una unidad jurídica con él, se implican, si son recíprocas y complementarios. El derecho sin garantía es una facultad teórica. Puede afirmarse que el derecho vale tanto como su garantía.

La garantía no es autónoma, no tiene un fin propio, opera en función de un derecho, es el derecho tutelando el derecho. Pero no es eso sólo. Afianza y da seguridad. Pero, en un sentido más amplio, debe también suministrar, dotar y facilitar el ejercicio del derecho. Pierde así su carácter negativo de impedimento, prohibición, traba, inmunidad, privilegio, fuero, y adquiere el carácter de instrumento y vía para realizar el derecho, lo que se traduce en concreto en recursos, acciones, procedimientos, formalidades, excepciones, incidentes, términos y, en fin, todos los medios positivos y negativos que afirman el respeto a la libertad.

A modo de ilustración, se indicarán los mecanismos que en la Constitución colombiana sirven de garantes de la libertad. En su

título III, que se ocupa “de los derechos civiles y garantías sociales”, encontramos:

a) El artículo 16 establece deberes sociales del Estado y de los particulares, que corresponde para el primero a la creación de las condiciones y a la dotación de bienes y servicios que hacen posibles los derechos de libertad.

b) El artículo 17 ordena especial protección del Estado para el trabajo, en concordancia con el 122, que prohíbe desmejorar los derechos de los trabajadores, aun estando en emergencia económica y social.

c) El artículo 19 impone al Estado la carga social de prestar la asistencia pública.

d) El artículo 22 prohíbe la esclavitud.

e) El artículo 23 prohíbe la privación de la libertad y el allanamiento del domicilio, si no están precedidos de orden escrita de autoridad competente, fundada en motivos previamente definidos en la ley y efectuada con las formalidades previstas en ésta; excluye, además, la pérdida de la libertad por deudas u obligaciones puramente civiles.

f) El artículo 25 prohíbe el empleo de medios tendientes a obligar a declarar contra sí mismo o contra sus parientes próximos.

g) El artículo 26 establece la regla de que nadie puede ser juzgado, sino conforme a ley preexistente al acto que se imputa y por tribunal competente, y también el derecho de defensa para los inculcados, garantía que es reiterada en el artículo 27, que prohíbe los castigos sin juicio previo, o sea, las penas *in continenti*.

h) El artículo 28 redondea el sistema de garantía en el campo penal, al preceptuar que nadie podrá ser sancionado, sino de conformidad con la ley en que previamente se haya prohibido el hecho y se haya determinado su pena.

i) El artículo 29 prohíbe, de forma absoluta, la pena de muerte, y el 34, igualmente la pena de confiscación.

j) Los artículos 30 y 33 crean las garantías protectoras del derecho de propiedad, al imponer la obligación de indemnizar en

caso de expropiación, obligación que también se consigna en el artículo 31 para cuando se establezcan monopolios estatales.

k) El artículo 38 establece la inviolabilidad de la correspondencia garantizada con formalidades y exigencias semejantes a las señaladas para garantizar la libertad de las personas.

l) El artículo 32 declara la garantía de la iniciativa privada y de la libertad de empresa en el orden económico; el 39, la libertad de escoger profesión; el 41, la de enseñar; el 18, la de huelga; el 42, la de prensa; el 44, la de asociación; el 46, la de reunión, y el 53, la de conciencia y cultos.

m) El artículo 43 tiende a impedir que se establezcan impuestos que no hayan sido votados por las corporaciones electivas, y el 49 prohíbe emisiones de papel moneda de curso forzoso.

n) En salvaguarda del orden público, el artículo 47 prohíbe las juntas políticas populares de carácter permanente, y el 48, el que los particulares puedan producir, comerciar y portar armas.

Debe agregarse, como una protección más de las libertades, la acción pública de inconstitucionalidad que contra todas las leyes y decretos puedan interponer los ciudadanos ya ante la Corte Suprema de Justicia, y la declaración en que se funda esa acción popular, según la cual (artículo 215): “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”.

Pero quizá la más preciosa salvaguarda de las libertades personales está formulada en el artículo 20 de la Constitución, cuando sienta que los particulares sólo son responsables de la infracción de la Constitución y las leyes, es decir, que les está permitido y es lícito hacer todo aquello que no les esté expresa y previamente prohibido por aquéllas, garantía que se perfecciona con la separación de poderes diseñada en el artículo 55 y con el principio de legalidad del artículo 2o. y del mismo artículo 20, al estatuir que las autoridades responden no únicamente por violación de la Constitución y la ley, sino también por extralimitación de funciones y omisión en el ejercicio de las mismas.

Quedan así delimitadas tanto el ámbito para el ejercicio de las libertades como el radio de acción del poder público.

La crisis del ejercicio regular de las libertades en los sistemas democráticos se plantea en las situaciones de excepción, como cuando la ruptura del orden público material o político autoriza para implantación del estado de sitio. Ésta no es una institución supraconstitucional o al margen de la Constitución. Está regulada y limitada por ésta. No suspende la Constitución ni los derechos en ella reconocidos. Faculta al gobierno tan solo para negar transitoriamente aquellos derechos que la propia Constitución autoriza suspender, como es el caso de la libertad de prensa y de circulación de impresos en tanto sean incompatibles con la situación de desorden, y se le autoriza también para suspender la aplicación de las leyes ordinarias que estén en estas mismas condiciones.

Se crean poderes excepcionales, pero restringidos y regulados por el derecho, especialmente, en cuanto están limitados por las libertades de que se goza tanto en tiempo de paz como de guerra. Ha de tenerse presente que el carácter extraordinario de la situación permite una acumulación de funciones de distinta naturaleza en un mismo órgano, para mayor agilidad y eficacia en la represión del desorden, con transitorio desconocimiento del principio de la separación de poderes (artículo 61).

Representa igualmente una inmensa dificultad para la garantía de la libertad el fenómeno descrito por Fernando Álvarez Uría.⁶

En nombre del humanismo nuestra sociedad liberal ha levantado manicomios para aislar a los locos, cárceles para castigar aquellos que atenían contra el contrato social, hospitales para encerrar las lacras de la miseria, escuelas para civilizar la infancia, asegurando así una sociedad sana, ordenada y moral. Los cánticos laudatorios sobre el hombre y sus facultades, los grillos de las ciencias humanas ocultan esa gigantesca proliferación de espacios totalitarios y de instituciones de control que caracterizan a nuestras sociedades.

6 Álvarez Uría, Fernando, en artículo sobre el libro, *Microfísica del Poder* de Michel Foucault, *El Espectador*, Bogotá, 17 de junio de 1979, p. 8.

Y esta penetrante observación:

El poder es cada vez menos jurídico y más normalizador. No funciona tanto a partir de la ley, cuanto de la norma, regulando la vida y la conducta, secretando la normalización a través de aparatos médicos, psicológicos, administrativos, policiales. El poder sale cada vez más del terreno jurídico para incardinarse en los espacios cotidianos de existencia. Sistema capilar de control que se extiende de forma tentacular sobre los cuerpos, los gustos, la salud, la alimentación, el tiempo libre... La lucha política ya no se sitúa fundamentalmente en el terreno electoral o parlamentario, sino en la calle. Ya no es únicamente una lucha contra la ley, sino contra ese enjambre de interventores de la norma.

Estas novedosas cuestiones trasladarían el problema de la libertad del ámbito ecuménico en que se debaten las violaciones de los derechos humanos y se presionan las intervenciones correctivas de los organismos internacionales contra los Estados autores de tales violaciones, a los reductos de la vida interna de las instituciones sociales y políticas, en las cuales sobreviven y se han creado formas de opresión y tiranía tan aberrantes como la esclavitud y la servidumbre de otros tiempos. En el hogar, en la escuela, en el sitio de trabajo, en las organizaciones sindicales y partidarias, donde quiera que haya el poder tiende a convertirse en opresivo, crea relaciones tiránicas de dependencia privada tan fuertes y tan destructoras del hombre como las que se presentan en el nivel macropolítico. Por eso, la lucha por la libertad no termina y sigue tensa en las relaciones entre sexos, grupos raciales, gobernantes y gobernados; en resumen, entre poderosos y desvalidos. El poder de la verdad y del conocimiento deben desvelar los sectores en que se refugia la tiranía.