

Faint, illegible text at the top of the left page, possibly bleed-through from the reverse side.

...de las Constituciones Colombianas
COMPARADAS (1)

...de las Constituciones Colombianas
COMPARADAS (1)

...de las Constituciones Colombianas
COMPARADAS (1)

...de las Constituciones Colombianas
COMPARADAS (1)



LAS CONSTITUCIONES COLOMBIANAS COMPARADAS (1)

...de las Constituciones Colombianas
COMPARADAS (1)

...de las Constituciones Colombianas
COMPARADAS (1)

...de las Constituciones Colombianas
COMPARADAS (1)

...de las Constituciones Colombianas
COMPARADAS (1)

historia



A propósito de:

"LAS CONSTITUCIONES COLOMBIANAS COMPARADAS" (1)

CARLOS GUSTAVO ARRIETA

PROLOGO

Si los propósitos que animaron a Eduardo Fernández Botero a escribir su libro fueron, como él mismo lo advierte en las anotaciones preliminares, los de hacer una reseña de los acontecimientos más salientes de la vida nacional que influyeron en las transformaciones institucionales del país, los resultados obtenidos con su esfuerzo superaron en mucho aquellos objetivos iniciales, ya que su obra, tal como se ofrece al público, tiene proyecciones más dilatadas, mérito científico más alto y contenido más denso. Hay, ciertamente, en "Las Constituciones Colombianas Comparadas", más que una esquemática relación de sucesos y que una ordenada presentación de normas, una documentada historia de las ideas políticas, jurídicas y sociales que han dominado el pensamiento nacional en más de una centuria, de los hechos que han incidido en la estructuración del derecho, y del accidentado proceso que han sufrido nuestras instituciones fundamentales desde el Acta de la emancipación hasta el momento.

A la vez que como sagaz investigador de los fenómenos históricos, el autor se revela como agudo político y como fino jurista. Esas tres facetas de su personalidad se manifiestan claramente en los dos volúmenes de su invaluable trabajo. Como historiador y político, no limita sus empeños a bosquejar acontecimientos, a describir situaciones y a indagar acciones u omisiones, sino que analiza ideas, presenta inquietudes, persigue finalidades y, en su afanosa búsqueda del sistema constitucional adecuado a nuestras características y requerimien-

(1) El presente ensayo fue escrito como prólogo del libro "Las Constituciones Colombianas Comparadas", próximo a aparecer, y dada su importancia, ha sido cedido para su publicación en esta Revista.

tos, sugiere fórmulas, indica soluciones y marca derroteros, al tiempo que, como jurista, examina preceptos, interpreta normas, compara estatutos y valora doctrinas.

La penetración del historiador y la concepción del político han venido a ser, de esa manera, los puntos de apoyo que ha utilizado el jurista para la sistematización de sus ideas. Esa triple actividad intelectual, unificada y dirigida hacia el examen de las instituciones básicas, ha permitido a Fernández Botero ofrecer a los estudiosos del derecho público una visión muy completa de la organización del Estado colombiano desde el movimiento de liberación hasta hoy, de sus eficiencias y de las posibilidades de mejorar lo existente. La acertada valoración del derecho que fue y del derecho que es, en muchas ocasiones constituye el fundamento más sólido para apreciar el derecho que debe ser.

Anotaba Jellinek que la ciencia política, concebida como una actividad relativamente autónoma, opera, aunque no de manera exclusiva, con un sentido de futuro. Ella analiza las ideas y los fenómenos desde un punto de vista teológico e indaga lo que debe ser el Estado y lo que debe ser el derecho, en tanto que la ciencia jurídica, como rama igualmente independiente y separada, se ocupa de todo aquello que actualmente es normación, que tiene fuerza reguladora o, en una palabra, de lo que es el Estado y de lo que es el derecho. Pero la ciencia de la política examina también el pasado para efectos de fijar criterios sobre lo que se debe conservar y lo que se debe transformar. De allí que el notable profesor Heidelberg haya considerado que toda investigación pragmática de la historia es una investigación política que actúa, como tal, en función de objetivos mediatos y cuyos resultados, en consecuencia, se proyectan generalmente hacia el futuro.

Si la finalidad propia de la ciencia política es el Estado, como lo estiman Jean Dabin, Roger Soltau y la mayor parte de los tratadistas, o si su meta es el conocimiento del riquísimo conjunto de los fenómenos que constituyen la esencia de la lucha por el poder, como lo consideran Catlin y otros autores, la actividad política siempre estará dirigida hacia un objetivo jurídico, bien sea éste la conservación total o parcial del derecho existente o la imposición de un nuevo sistema normativo. Esa la razón para que Hermann Heller, acogiendo el pensamiento de Hartmann, haya definido la política como el arte de transformar tendencias sociales en normas jurídicas.

Precisamente, con esa triple visión del historiador, del político y del jurista, Fernández Botero enfoca el estudio comparado de las constituciones colombianas. En ocasiones utiliza esos tres puntos de referencia, y en otras los separa conve-

nientemente con arreglo a las exigencias del análisis y a la naturaleza de los fenómenos examinados. En la primera parte de la obra domina el procedimiento histórico-político, en la segunda la concepción político-jurídica, y en la tercera prevalece el método jurídico. No obstante, en todos los capítulos del libro aparecen combinados en la debida proporción esos criterios de investigación.

Como acertadamente lo expresa Fernández Botero, el Acta de Independencia tuvo todas las características de una Constitución embrionaria, porque en ella se echaron las bases más importantes de la futura organización del Estado y se formuló aunque de manera bastante tímida por cierto, una declaración de soberanía, y porque casi todas las constituciones aprobadas en los años subsiguientes en las provincias que formaban el antiguo virreynato de la Nueva Granada, no hicieron cosa distinta que desarrollar las ideas consignadas en el histórico documento de nuestra emancipación. De allí que pueda decirse que aquellas concepciones políticas y jurídicas vinieron a ser el origen inmediato y la causa próxima de las instituciones que rigieron en el país hasta la restauración española.

Pero si se analiza el contenido del Acta, se observará que de todos los principios acogidos en ella, el que se enuncia con caracteres más definidos y concretos es el relacionado con la escogencia anticipada del sistema federalista como soporte y columna vertebral de la nueva organización. El Cabildo adoptó ese régimen con singular decisión y, en consecuencia, fue enfático al declarar que la Junta Suprema de Gobierno, encargada de elaborar la Carta política del Estado, debería expedir una normación constitucional que asegurara la libertad y la independencia de las provincias con relación al poder central. Fue esta, sin lugar a dudas, la manifestación de voluntad más clara y terminante que hicieron los caudillos de la insurgencia en cuanto se refiere al contenido orgánico del estatuto que habría de dictarse.

Cuáles las razones de tan marcada preferencia? Se estimó, por ventura, que existía en la Nueva Granada una verdadera mentalidad federalista o que ese sistema se ajustaba a las necesidades del país? Esa decisión fue acaso la resultante de un irreflexivo e incontrolado sentimiento de reacción contra el excesivo centralismo de las instituciones coloniales? O se pretendió, sencillamente, seguir paso a paso el ejemplo de otras naciones del continente y, por lo tanto, adoptar un régimen jurídico ya acreditado por la experiencia?

Aunque con algunas reservas, el autor se pronuncia en favor de la última hipótesis. En consecuencia, él considera que en

aquella lejana época no existía en nuestro pueblo una auténtica conciencia federalista, sino un estado de alejamiento material y espiritual de las secciones, originado en diferencias de razas, de culturas y de temperamentos y estimulado en cierta manera por factores de orden geográfico y de insuficiente desarrollo, como la gran extensión territorial y la falta casi absoluta de vías de comunicación. Pero no obstante que admite esa explicación adicional, la opinión del autor se inclina, con toda razón, hacia la tesis de que los intelectuales del movimiento de independencia, al preferir el régimen federal, se inspiraron en la Carta política de los Estados Unidos de Norte América y, por consiguiente, trataron de imitar la organización jurídica establecida en aquel estatuto.

Fue este, sin lugar a dudas, un grave error. Las circunstancias especiales en que estaba colocada la revolución; las acechanzas y peligros que la rodeaban en el interior y la posibilidad o, por mejor decir, la seguridad de que la corona española no se conformaría con la situación creada en sus dominios y, por consiguiente, trataría de emplear todos los medios necesarios para someterlos a su imperio; la inveterada sujeción de todas las clases sociales al régimen unitario de la Colonia, el desconocimiento casi absoluto de las modalidades del sistema federal, y los graves e inminentes riesgos que comportaba el tránsito brusco de una organización a otra; la falta de una concepción definida y clara de lo que era el país en su conjunto, la nación como institución libre y autónoma, y el pueblo como una unidad sociológica; y el estado de alejamiento que existía entre las provincias, propicio al separatismo y al fraccionamiento, eran factores que imponían en aquellos momentos la necesidad de un sistema orgánico fuertemente centralizado en el campo político, aunque discretamente descentralizado en la esfera administrativa, con poderes suficientes para dirigir todas las fuerzas sociales y económicas hacia la realización del ideal común y hacia la estabilización y robustecimiento de la independencia recién lograda.

El momento histórico no era oportuno para los ensayos políticos, ni para la imitación de sistemas jurídicos incompatibles con las urgencias de la hora, porque en aquellos instantes estaba comprometido todo el porvenir de la revolución emancipadora y, por lo tanto, los supremos intereses de la nacionalidad. Esas circunstancias indicaban que la organización del nuevo Estado no podía apoyarse en un sistema jurídico que propiciara la disolución de los escasos vínculos que ligaban a las provincias entre sí, y a éstas con el poder central, sino en uno que vigorizara aquellos lazos espirituales y materiales y que, por lo tanto, permitiera la canalización de todas las ener-

gías colectivas hacia la defensa, conservación y fortalecimiento de la nacionalidad.

Pero ni los capitanes del movimiento revolucionario del 20 de julio de 1810, ni los que posteriormente asumieron la dirección del nuevo Estado e intervinieron en la elaboración de las constituciones expedidas hasta la "pacificación" de Morillo, buscaron las soluciones apropiadas. Por el contrario, la mayor parte de los próceres, orientados por un criterio poco realista, echaron por los caminos de la federación y estimularon, sin quererlo, un seperatismo anárquico y disolvente. De esa manera, en el mismo documento básico de nuestra liberación se lanzó la semilla del fraccionamiento que tan nocivas consecuencias habría de tener en un futuro inmediato.

Los principios consignados en el Acta de la Independencia fueron acogidos por las juntas revolucionarias de la mayor parte de las provincias. Y así, en cada sección del territorio patrio empezó a germinar la idea de que el Estado era como una confusa agregación de partes sin mayores vinculaciones entre sí mismas y con obligaciones muy débiles y precarias con relación al gobierno central. Como consecuencia lógica y necesaria de ese proceso de desintegración espiritual y material, iniciado precisamente en un pueblo que aun no tenía una conciencia clara del Estado y del derecho, el concepto de nación, entendido como una unidad política, sociológica y jurídica, vino a quedar reducido a un simple lugareñismo de tipo anárquico.

Pocos fueron los que comprendieron a cabalidad la situación y los que procuraron seguir los derroteros que las conveniencias nacionales exigían. Escasos en el número, pero fuertes en sus principios, lucharon bravamente para impedir la disgregación de las energías y para mantener el vigor de los ideales revolucionarios. De esa manera, y como secuela inmediata de las posiciones divergentes adoptadas por los grupos con relación al sistema federal, se inició ese oscuro período de apasionadas controversias, de odios implacables y de violentas luchas políticas que hubo de desembocar, en su primera etapa, en la guerra civil, y de culminar, en la segunda, con la reconquista española.

Una ola de insensatez y de extravío azotó la República naciente. Insubordinación de las provincias contra un poder central que en realidad no existía; incompreensión casi absoluta de los requerimientos y necesidades del momento; debilitamiento de las únicas fuerzas que podrían oponerse a los enemigos interiores y exteriores; prevalencia de los intereses parroquiales, disfrazados de federalismo, sobre el interés de la comunidad; y, en fin, toda esa cadena de acontecimientos que registra la histo-

ria de la época y que en la obra comentada se describe con tanta objetividad. De allí la amarga frase del Precursor de la Independencia, recordada en buena hora por Fernández Botero y aplicable a esa como a tantas otras etapas de la historia del siglo pasado: "Más parece nuestra revolución un pleito sobre tierras que una transformación política para recuperar la libertad".

Más que ninguno otro, el sistema federal busca la fusión de la multiplicidad en la unidad. Es, por su naturaleza, un régimen jurídico de equilibrio entre los intereses seccionales y los intereses generales. A la vez que procura la separación de las partes y su relativa autonomía, reclamó igualmente la unión de todas ellas dentro de una organización general que domine todo el conjunto y que busque una comunidad de propósitos.

Es, pues, un sistema orgánico complejo que para su adecuado funcionamiento exige una mentalidad colectiva, políticamente evolucionada, y una concepción definida y clara de la nacionalidad entendida como un todo, y del Estado, concebido como una unidad política, geográfica y jurídica. Pero no puede decirse que en aquella lejana época de nuestra historia se cumplieren esos supuestos básicos. Los graves acontecimientos ocurridos revelan precisamente que no se tenía un concepto definido y coherente de la nacionalidad, del Estado y del derecho, ni una exacta, o siquiera aproximada noción de lo que es el juego de intereses parciales referidos a un interés total y supremo.

Nariño, sin embargo, sí tuvo una visión certera de los hechos, del derecho, de las condiciones azarosas en que se debatía el movimiento revolucionario, de la urgencia de unificar todas las energías para evitar el naufragio de la independencia lograda, y de la necesidad inaplazable de crear una organización constitucional adecuada a las circunstancias. El conoció, más que ninguno de los capitanes de la insurgencia, la situación precaria en que estaba colocada la nueva República, descubrió los riesgos y acechanzas, tuvo conciencia plena de las realidades políticas, valoró en su medida exacta las funestas proyecciones de la discordia, adivinó las dolamas y procuró los remedios, juzgó acertadamente el medio en que actuaba y la mentalidad de su pueblo, analizó concepciones filosóficas, políticas y jurídicas, y, en una palabra, luchó con todo empeño por enrumbar el nuevo Estado por el único camino que conducía a la supervivencia. De allí que él aparezca como el auténtico hombre de Estado de la época, como el verdadero caudillo político de aquellos momentos, y como símbolo de sensatez y de equilibrio.

Pero no obstante los ardorosos empeños del Precursor de

la Independencia en el sentido de fijar a la República un derrotero que se ajustara exactamente a las exigencias nacionales y a las características de nuestro pueblo, y a pesar de la amarga experiencia que dejó el imperio del régimen federal, a raíz de la segunda liberación, y casi hasta los últimos años de la pasada centuria, fueron apareciendo, sucesivamente, otras generaciones de "carracos" y "pateadores" de nuevo estilo que reiniciaron la batalla y que la prolongaron por muchos decenios. Así, desde el Acta de la Independencia Nacional empieza a desenvolverse esa política de limitados alcances que caracterizó la historia de las instituciones colombianas y que Fernández Botero recoge en su libro.

Si se omite, como es preciso hacerlo, el período de la restauración española y el de la formación y disolución de la Gran Colombia, se observará seguramente que la política nacional y, por lo tanto, las instituciones jurídicas fundamentales, en cuanto se refiere a su aspecto orgánico, se desarrollaron en casi todo el curso del siglo XIX en una permanente e ininterrumpida línea de zig zags. Del excesivo federalismo de los años 10 y 11, y sin que la República hubiese experimentado por mucho tiempo la fórmula del 32, se pasa al centralismo de la Carta política de 1943; de allí se vuelve en etapas sucesivas, al extremado federalismo de la Constitución de Rionegro; y de ese punto se retorna a la férrea centralización de 1886. El proceso político y jurídico va de un extremo al otro extremo, de un exceso al otro exceso, sin que se detenga en los puntos intermedios por el tiempo indispensable para valorar la eficacia de tales sistemas.

El equilibrio institucional solo viene a alcanzarse con la fórmula transaccional consagrada en el Acto Legislativo de 1910, que reajustó el principio establecido en 1886. No obstante los reparos que pudieran hacerse, ella ha resistido más de cincuenta años y ha dado estabilidad, en cierta medida, a nuestra organización jurídica. Los reformadores de aquel año, con una nueva visión de la nacionalidad, del Estado, del poder público y del derecho, parece que pusieron punto final —y ya era tiempo para ello— a los extremismos del pasado siglo. Ellos limaron las asperezas de la Carta del 86, rectificaron sus errores más protuberantes, y le dieron contenido distinto al principio de la centralización política y de la descentralización administrativa.

Puede decirse que las ideas consagradas en la enmienda constitucional de 1910, en todo aquello que se relaciona con la estructura unitaria del Estado y con la relativa autonomía administrativa de las secciones, en sus lineamientos generales co-

rresponden a las que cien años antes había formulado Nariño y que al fin quedaron incorporadas a la ley fundamental de manera permanente. Como el personaje de Galdós que tuvo que dar la vuelta al mundo para encontrar su propio destino en el punto de partida, nosotros tuvimos que recorrer un siglo para descubrir que nuestro camino era precisamente el mismo que había indicado el Precursor de la Independencia.

La insurgencia del 20 de julio de 1810 fue apenas consecuencia lógica de la intensa actividad preparatoria que desde años atrás se venía desarrollando en el virreynato de la Nueva Granada y, particularmente, en Santa Fe de Bogotá. Los objetivos principales que perseguía esa ardorosa, soterrada y paciente labor revolucionaria eran los de alcanzar la libertad e independencia de estos territorios, los de crear una nacionalidad autónoma y los de estructurar un nuevo Estado, una nueva concepción del poder público y una nueva idea del derecho, apoyados sobre la base de una nueva filosofía política.

Aquellos propósitos empezaron a adquirir contornos más o menos definidos y concretos cuando Nariño hizo conocer y propagó la famosa declaración de los derechos del hombre y del ciudadano formulada en 1789 por la Asamblea Nacional francesa, pero solo principiaron a manifestarse en los hechos y en el derecho, aunque en forma un tanto imprecisa todavía, al producirse el levantamiento democrático del 20 de julio. No obstante la platónica declaración de fidelidad a la corona española, reveladora de una táctica maliciosa, inteligente y sagaz más que de una verdadera adhesión a la monarquía, la sublevarción ocurrida en ese día no vino a ser cosa distinta que el estallido de un movimiento revolucionario, que se impuso por procedimientos revolucionarios y que estaba animado por una filosofía política igualmente revolucionaria.

Cabe anotar, no obstante, que en el Acta de la Independencia suscrita en aquel día y que contiene la relación de los acontecimientos ocurridos y la enunciación de algunos principios relativos a la organización del Estado, hay un notorio contraste entre la audacia del hecho político en sí mismo considerado y la cautelosa y prudente formulación del nuevo derecho. Hubo un ímpetu verdaderamente revolucionario en cuanto se refiere al levantamiento popular y a la dirección material que pretendieron imprimirle algunos de los caudillos de la revuelta, pero hubo igualmente una actitud de mañosa reserva en relación con los planteamientos filosóficos y jurídicos del movimiento.

Ciertamente que en el Acta de la Independencia hay, como lo observa tínosamente Fernández Botero, una declaración de

soberanía y la formulación de algunos principios sobre la estructura federalista del nuevo Estado, y es igualmente cierto que todos esos factores, en sí mismos, revelan alguna osadía en cuanto a la enunciación del nuevo derecho, pero no es menos exacta la afirmación de que todos esos aspectos se refieren al contenido propiamente orgánico de la Constitución, y no a su contenido puramente filosófico y doctrinario. En el Acta de la Independencia es muy poco, en verdad, lo que aparece como enunciado de los principios políticos que realmente animaban a los directores del movimiento emancipador, o como expresión de las ideas proclamadas en la histórica declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.

Así, pues, aquellos principios que en realidad fueron la suprema orientación de los dirigentes de la insurgencia y que, por lo tanto, constituyeron la razón de ser de la revolución recién iniciada, permanecieron en una discreta penumbra hasta el 4 de abril de 1811, fecha en la cual se promulgó la Carta política de Cundinamarca. No obstante que en ese estatuto se mantiene aun la artificiosa declaración de lealtad a la monarquía peninsular, en él se consagran abiertamente las ideas fundamentales de la revolución y se establece la doctrina de los derechos individuales y de las garantías sociales. Se produjo, entonces sí, una tajante y enfática negación de la filosofía política en que se apoyaba el antiguo régimen, un rechazo total del sistema jurídico dominante y una categórica afirmación del verdadero idearium del movimiento de julio. De esa manera aparece consagrada en los textos constitucionales una nueva concepción del Estado, de la nacionalidad, del poder público y del derecho, incompatible con todo lo que había existido hasta el momento, y que logró crear en el pueblo, con el transcurso del tiempo, otra mentalidad social, política y jurídica. Por eso, Fernández Botero se inclina hacia la tesis de que las instituciones nuevas, aunque no se ajusten exactamente a las modalidades del ambiente, logran a la postre, con la fuerza y eficacia de su imperio, formar una conciencia colectiva distinta.

Si es cierto, como ya se anotó, que los próceres del 20 de julio, de la misma manera que los que intervinieron en la elaboración de las otras constituciones aprobadas en la época, no fueron especialmente afortunados en la escogencia del régimen federalista como base de la organización del Estado, también es cierto, y en mayor grado aun, que la suerte les fue singularmente propicia cuando definieron en los textos constitucionales la nueva filosofía política y jurídica, y cuando en la ley fundamental de 1811 echaron las bases doctrinarias del sistema. En ese momento, único quizá en que se orientaron por

el pensamiento revolucionario de Nariño, construyeron para el futuro y le dieron tan denso contenido doctrinario a las instituciones, que después de siglo y medio de existencia, a pesar de las grandes mutaciones habidas en cuanto se refiere al aspecto puramente orgánico, aun perduran, en sus lineamientos generales, aquellos mismos principios. Así, pues, desde los albores de la independencia y sin solución de continuidad hasta hoy, la Nación ha seguido con lealtad esas mismas orientaciones. Es evidente que sus fundamentos han cambiado, pero también es cierto que aquella normación básica ha supervivido, y aun puede decirse que la esencia de su contenido ha sido siempre la columna vertebral de nuestro régimen de derecho.

A veces con extrema liberalidad y en otras con notorias restricciones, cada nueva Constitución y cada enmienda ha ido reproduciendo, en sus elementos esenciales, aquellas mismas reglas jurídicas. Todo ese conjunto doctrinario, tal como ha aparecido estructurado en los diversos estatutos fundamentales que han regido hasta hoy, se puede sintetizar así: Colombia es un país republicano y democrático; la soberanía reside en la Nación o en el pueblo, y el poder público se ejerce sobre la base y dentro de los límites de la Constitución; todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a la seguridad, a la propiedad, a libertad individual, de prensa, de reunión, de asociación, de profesión u oficio, etc., derechos que ejercerán en los términos establecidos por la Constitución y las leyes.

Es ese, a grandes rasgos, el idearium mínimo que aparece desarrollado en todos los estatutos fundamentales que han regulado la vida política colombiana desde el 4 de abril de 1811 hasta el momento. Aquel famoso mensaje doctrinario lo recogió Nariño, lo transmitió furtivamente al pueblo neograndino, se incorporó a los ordenamientos de la primera Carta política y, desde aquella lejana época ha ido pasando sucesivamente de una Constitución a otra, de una reforma a la siguiente, de una generación a la generación que la reemplaza y así, en continuos y permanentes relevos y sin interrupciones de naturaleza alguna, ha llegado hasta nosotros. Y hoy, de idéntica manera que ayer, el histórico mensaje político del Precursor de la Independencia sigue marcando el derrotero institucional de la República.

Tanta y tan notoria ha sido la fidelidad de todas las generaciones colombianas al pensamiento político de Nariño, por lo menos en estos puntos (en el aspecto orgánico no ocurrió lo mismo), y tan decisiva su influencia en la estructuración del derecho público nacional de todos los tiempos, que ese trascendental fenómeno histórico, en sí mismo, parece justi-

ficar la teoría kelseniana sobre la norma fundamental hipotética.

La historia política y jurídica de Colombia ha girado siempre en torno de tales principios, como se puede verificar a lo largo de la obra de Fernández Botero. Es cierto que los conceptos de Nariño sobre el Estado, la sociedad, el individuo, el poder público y el derecho, lo mismo que los consagrados en las constituciones del 11, del 21, del 32, del 43, del 58 y del 63, se inspiraron directamente en las ideas de la escuela racionalista; es igualmente exacto que en la Carta del 86 aparecen ciertos atisbos de la ortodoxia iusnaturalista; asimismo es innegable que en la enmienda constitucional de 1936 se desplazaron las bases del antiguo sistema, como tinosamente lo observa Fernández Botero, y que en esa trascendental reforma se le dio un vuelco a la doctrina de los fines del Estado y al régimen de las relaciones entre éste, la comunidad, las agrupaciones sociales y económicas y la persona humana; pero también es cierto que a pesar de la evidencia de esa observación, de que los soportes filosóficos de las instituciones han variado, y de que aquellos principios han sufrido mutaciones importantes, ellos permanecen aun.

Como lo apunta Fernández Botero en las palabras iniciales de su libro, los próceres de la emancipación se orientaron desde el primer momento por las ideas consagradas en la Carta política de los Estados Unidos de Norte América y, por consiguiente, trataron de incorporar a nuestro derecho público los principios fundamentales establecidos tanto en la parte orgánica como en la parte doctrinaria de aquel estatuto. Ellos consideraron, seguramente, que eran similares las condiciones en que estaban colocadas las posesiones inglesas del norte y las antiguas colombianas españolas del sur, idénticas las circunstancias en que se habían producido los dos movimientos revolucionarios, semejantes los objetivos materiales y espirituales perseguidos por uno y otro y que, por lo tanto, el derecho surgido como consecuencia de esos hechos análogos podría guardar cierta similitud en su forma y en su fondo. Pero cabe observar que no obstante esas semejanzas, las situaciones eran fundamentalmente distintas por otros aspectos, ya que existían factores de orden racial, psicológico, temperamental, económico, social, político, cultural e histórico que determinaban ciertas diferencias importantes entre los dos pueblos, diferencias que necesariamente tendrían que producir consecuencias en el derecho.

Pero los caudillos de nuestra emancipación se atuvieron más a las similitudes que a las discrepancias y, de consiguiente, aceptaron, casi en su totalidad, las orientaciones de la Cons-

titución norteamericana de 1789, tal como quedó después de la enmienda de James Madison. Fue ese, precisamente, el gran error de los próceres del 20 de julio y de los que elaboraron los estatutos expedidos poco después. Las circunstancias históricas, geográficas, económicas y políticas que impulsaron a los americanos del norte a establecer el sistema federalista, no eran las mismas que existían en el antiguo virreynato de la Nueva Granada. Por consiguiente, el régimen no podía ser igual, máxime si se considera, como es preciso hacerlo, que la forma centralizada o descentralizada de las nuevas instituciones no formaban parte de los principios básicos de nuestro movimiento de liberación.

La grandeza de Nariño radica, precisamente, en el hecho de haber comprendido esos fenómenos y de haber obrado en consonancia con los requerimientos de la hora. De allí que el Precursor de la Independencia, con una concepción realista de las necesidades de la revolución, con una clara visión de la política y del derecho, y con una exacta valoración de las circunstancias, del ambiente y de la psicología de su pueblo, pero a la vez con la auténtica mentalidad del revolucionario que conoce las metas del movimiento que dirige, hubiese rechazado las orientaciones de la Carta norteamericana en todo aquello que se refería al sistema federalista, y las hubiese aceptado en cuanto a los derechos individuales y a las garantías sociales que consagraba, a las finalidades democráticas que perseguía y a la doctrina básica que la informaba.

Al analizar los antecedentes, alcances y características de la reforma constitucional de 1936, Fernández Botero expresa la idea de que ella fue apenas la consecuencia necesaria de las grandes transformaciones políticas, sociales, económicas y administrativas ocurridas después de la primera guerra mundial, de la incidencia que esos hechos tuvieron en la estructuración del derecho y de los efectos que tales cambios produjeron en la situación colombiana. Él considera que aquellos trascendentales fenómenos alteraron en grado sumo las concepciones tradicionales sobre la organización del Estado y provocaron, por consiguiente, un reajuste institucional destinado a acomodar los ordenamientos jurídicos a las nuevas circunstancias. Estima igualmente que la modificación de las condiciones sociales y económicas determinó un desplazamiento de las bases fundamentales en que se apoyaba el antiguo sistema y, por lo tanto, una alteración importante en el campo del derecho público, lo mismo en los países europeos que en las naciones latinoamericanas. De allí que los reformadores del 36, como lo anota Fernández Botero, se hubiesen alejado de los principios tradicionales del liberalismo clásico al elaborar las fórmulas

de la enmienda constitucional de ese año y hubiesen aplicado en cambio, un criterio eminentemente social para efectos de corregir, en buena parte, las graves desigualdades que existían y aun existen entre las clases económicas.

Aquellas apreciaciones del autor son rigurosamente exactas, y ellas pueden servir de apoyo para adelantar algunas reflexiones adicionales sobre el espíritu de la reforma comentada. La Carta política del 86, aun después de las modificaciones que le fueron introducidas en el Acto Legislativo número 3 de 1910 y de la misma manera que todos los estatutos constitucionales anteriores, se inspiraba, en mayor o en menor grado, en la doctrina clásica de los derechos individuales y de las garantías sociales, tal como ella parecía enunciada en la histórica declaración de los derechos del hombre y del ciudadano formulada en 1789 por la Asamblea Nacional francesa. Las ideas consignadas en el famoso documento revolucionario dominaban el pensamiento filosófico, político y jurídico de la época, y ellas fueron acogidas en gran parte por el Consejo Nacional de Delegatarios, a pesar de que el criterio de esa corporación estaba influido, como se oyerba en algunas de sus fórmulas, por la escuela ortodoxa del derecho natural.

En la Constitución del 86, pues, toda la normación giraba, lo mismo que en la declaración de derechos, en torno a la relación bipartita Estado-individuo. El concepto de sociedad, como tercer elemento en el juego de los valores políticos y jurídicos, apenas si asomaba en algunos de los preceptos de aquel estatuto. Pero a consecuencia de ese gran proceso de evolución ideológica que se inició en el siglo pasado y que vino a madurar en los primeros decenios de la centuria que corre, y en virtud de las proyecciones que en Colombia tuvieron los fenómenos sociales y económicos de la postguerra, surgió una nueva doctrina sobre los fines del Estado y apareció la comunidad como factor dominante en la estructuración del derecho. Los reformadores del 36 recogieron esas inquietudes universales y nacionales y, en consecuencia, incorporaron a la Constitución los principios de que los particulares, de la misma manera que el Estado, tienen deberes sociales que cumplir, de que la tutela jurídica de los derechos individuales está condicionada en cierta medida por la observancia de aquellos deberes, y de que al poder público corresponde garantizar el respeto a tales prerrogativas y obligaciones.

De esa manera, y siguiendo la nueva doctrina constitucional sobre los fines sociales del Estado y los fines sociales de los particulares, el antiguo vínculo bipartita Estado-individuo se transformó en la relación tripartita Estado-sociedad-individuo. La presencia de este segundo elemento opera en función de

los dos objetivos básicos perseguidos por los reformadores del 36: La conservación y afianzamiento de la democracia política como soporte de todo el sistema institucional, y la organización complementaria de la democracia social y económica como estructura indispensable para el adecuado funcionamiento de la primera.

Para alcanzar aquellas finalidades, en la enmienda se establece una distinción fundamental entre lo que es el individuo considerado en sí mismo o como sujeto político, y el individuo considerado en función económica y en sus conexiones con la comunidad. En consecuencia, en las nuevas disposiciones constitucionales se consagra un régimen jurídico diferente para aquellos derechos y garantías que se relacionan directa e inmediatamente con la persona humana, estimada como unidad o como factor importante, en el desarrollo de las actividades democráticas, y para los derechos y garantías que se refieren al hombre como elemento integrante de la colectividad y en sus relaciones con las cosas, con los bienes y con su capacidad de apropiación y de disposición.

En efecto: del estudio comparado de los textos del antiguo y del nuevo estatuto constitucional se desprende que los derechos a la vida, a la honra, a la seguridad personal y de la familia, a la enseñanza, a las libertades individuales, de prensa, de reunión, etc., es decir, todos aquellos que tocan de manera inmediata con la autonomía del hombre o que lo afectan directamente en su aptitud jurídica para determinarse libremente o para intervenir en la vida política e influir en ella, fueron protegidos con mayor eficacia en los ordenamientos del 36 que en los textos constitucionales anteriores. Pero de ese análisis se deduce también que los derechos al trabajo, a la huelga, a la propiedad y a la libertad de disposición de los bienes, vale decir, aquellos que se refieren en forma directa a los individuos, a los grupos sociales y a las cosas en función económica, o fueron creadas en la reforma del 36 para efectos de ofrecerles una marcada tutela jurídica en cuanto beneficien a la comunidad, o se condicionó su amparo al cumplimiento de la función social que se les asignó.

La enmienda constitucional del 36, en cuanto estructura una nueva doctrina sobre los fines sociales del Estado y los fines sociales de los particulares, y sobre la tutela jurídica condicionada que se otorga a la propiedad privada y a todos los derechos vinculados directamente a la vida económica y social del país, ha sido duramente atacada por algunos estudiosos del derecho público colombiano, muy respetables por cierto. Ellos han considerado que la reforma, desde el punto de vista de la técnica jurídica, es defectuosa, como quiera que se

apoya en ideas heterogéneas y contrapuestas y escoge fórmulas que implican transacciones imposibles entre escuelas filosóficas y políticas inconciliables. Al tiempo que en los nuevos ordenamientos constitucionales se conserva la vigencia de ciertos principios iusnaturalistas, en los mismos textos, o en otras disposiciones dispersas del estatuto, se incorporan algunas ideas tomadas directamente del solidarismo duguitiano, no obstante la incompatibilidad que existe entre esas dos tendencias. Otros, en cambio, adoptan una posición menos técnica pero más radical, y estiman que la reforma, en cuanto acoge la doctrina de la función social de la propiedad con todas sus consecuencias, es artificiosa, inconveniente e inadecuada, porque se opone a los principios básicos sostenidos por la escuela del derecho natural, especialmente al de la inmutabilidad, perennidad e intangibilidad de la ley divina, principios aceptados por la casi totalidad de los colombianos.

En sus dos aspectos, las objeciones formuladas se apoyan, pues, en el iusnaturalismo ortodoxo o en el iusnaturalismo racionalista. Aunque manifiestamente equivocados, esos razonamientos han hecho carrera y han logrado orientar en buena parte el pensamiento nacional. Y tanta ha sido su influencia en la mentalidad de nuestros políticos y juristas, que no obstante la vigencia de los textos se ha conseguido frenar en grado sumo el desarrollo legislativo y reglamentario de aquella normación constitucional, como lo anota Fernández Botero. Pero si se analizan cuidadosamente las fórmulas del 36 y si se las compara con las doctrinas de aquellas dos corrientes filosóficas, habrá que llegar a la conclusión de que las observaciones carecen de todo fundamento, porque la reforma fue bastante tímida y se quedó muy en zaga con relación a las audaces concepciones de la escuela ortodoxa del derecho natural, y porque los nuevos ordenamientos constitucionales, aunque sobrepasan los límites doctrinarios de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano, apenas si se ajustan, con un mucho de cautela, al auténtico pensamiento de la tendencia contractualista.

Los glosadores de la enmienda constitucional del 36 parten del supuesto equivocado de que las ideas del liberalismo clásico sobre la propiedad, consignadas en la declaración de la Asamblea Nacional francesa en 1789 y acogida en todas las constituciones que han regido en Colombia hasta la reforma comentada, son exactamente las mismas que sostuvo la corriente racionalista, y son similares a las que defiende la escuela ortodoxa del derecho natural. Pero ese punto de apoyo es totalmente falso, porque la noción de función social, lo mismo que las de utilidad pública e interés común, como concep-

tos limitativos de la propiedad, caben dentro de las doctrinas de aquellas dos tendencias filosóficas, como se verá.

Los políticos, los legisladores y aun los juristas colombianos, tanto los que comparten como los que rechazan las orientaciones del iusnaturalismo ortodoxo, han entendido erróneamente que de acuerdo con las doctrinas de esa escuela, todos los denominados derechos naturales, sin distinción alguna de categorías y, entre ellos, el de propiedad, son inmutables. Y parapetados los unos en esa ligera apreciación, consideran que las fórmulas del 36, en cuanto modificaron las disposiciones anteriores inspiradas en buena parte en aquellos principios, son manifiestamente peligrosas, en tanto que los otros, apoyados en la misma inexactitud y como adversarios de esa corriente filosófica, estiman que la reforma, por el hecho de apartarse de esas supuestas concepciones iusnaturalistas, es plenamente satisfactoria. Pero en ambos casos se parte de un error.

En efecto; es bien conocido el pensamiento de Santo Tomás de Aquino en cuanto sostiene que la propiedad privada puede ser una institución de derecho natural. Se sabe igualmente que para el famoso santo de Rocaseca, los primeros principios de la ley natural son intangibles y perennes y, por consiguiente, escapan al poder regulador de la ley humana. Pero generalmente se ignora o se deja de lado la doctrina tomista sobre la posesión común de todas las cosas, sobre la mutabilidad y contingencia de los derechos derivados y sobre la clasificación de la propiedad privada y de la posesión comunal en la categoría de los derechos modificables.

Ya había dicho San Isidoro que "la posesión común de todas las cosas y una libertad son de derecho natural", y Santo Tomás de Aquino, siguiendo las mismas orientaciones filosóficas, ratifica y amplía aquella proposición. En efecto; el Aquinate (Suma Teológica, tomo 8º, versión española con notas del padre Quiles, página 58 y siguientes), al comentar las anteriores palabras de San Isidoro y al explicar la razón para que ese principio haya cambiado no obstante la inmutabilidad de la normación divina, dice lo siguiente:

"A la 3ª (se refiere concretamente a las expresiones de San Isidoro que se han dejado transcritas), se dice que algo es de derecho natural de dos modos: De un modo, porque a ello inclina la naturaleza... De otro modo, porque la naturaleza no inclina a lo contrario... Y de ese modo la posesión común de todas las cosas y la libertad de todos se dice ser de derecho natural; puesto que la distinción de posesiones y la servidumbre no han sido impuestas por la naturaleza, sino por la razón de

los hombres para utilidad de la vida humana. Y así también en esto no ha sido mudada sino por adición".

La filosofía tomista admite, pues, que tanto la propiedad privada como la posesión común de todas las cosas pueden ser instituciones de derecho natural, sin que se altere, en uno y otro caso, la doctrina de la intangibilidad y permanencia. Parece, a primera vista, que los dos extremos de la tesis, considerados en sí mismos, fuesen contradictorios y que, por consiguiente, estuviesen en oposición manifiesta con la premisa de la inmutabilidad de la ley divina. Pero no obstante esas apariencias, en el planteamiento total hay unidad, armonía y congruencia. Lo que ocurre es que Santo Tomás de Aquino parte de la base de que existen diferencias entre los primeros principios de la ley natural y los preceptos secundarios que en ella se originan, y entre esas categorías y las que él denomina "conclusiones" y "determinaciones", y, por lo tanto, acepta que aquellas diferencias y clasificaciones, en una rigurosa escala de valores jurídicos, juegan de manera distinta con relación a la tesis de la inmutabilidad.

Los primeros principios ocupan el grado superior de la jerarquía, y solo ellos, dentro de la filosofía tomista, son eternos e inmodificables. Pero en orden descendente, los preceptos secundarios, las conclusiones y las determinaciones, en mayor o menor grado y aunque participen por derivación de algunos de los atributos de la ley natural primaria, no son intangibles y, en consecuencia, pueden suspenderse y aun cambiarse por la ley humana. En efecto; en la Suma Teológica (edición, tomo y páginas citadas) dice Santo Tomás de Aquino:

"Y así en cuanto a los primeros principios de la ley natural, la ley natural es absolutamente inmutable. Y respecto de los segundos preceptos, que dijimos ser como ciertas conclusiones próximas a los primeros principios, así la ley natural no se inmuta porque en muchos casos no sea siempre justo lo que la ley natural contiene. Puede sin embargo mudarse en algún caso particular y en muy pocos casos, por algunas causas especiales, que impidan la observancia de tales preceptos, según lo dicho". Y agrega poco después (páginas 64 y siguientes): "Debe empero saberse que algo puede derivarse de la ley natural, de dos maneras: De una, como las conclusiones de los principios; de otra, como ciertas determinaciones de algunas generales... Unas y otras, pues, se hallan en la ley humana. Pero las de la primera clase contiéndense en la ley humana, no como solamente establecidas por ella, sino tomando algo de vigor de la ley natural. En tanto que las pertenecientes a la segunda manera tienen su fuerza únicamente de sola la ley humana".



Si de acuerdo con la filosofía tomista, solo los primeros principios de la ley natural son absolutamente inmutables; si las conclusiones y las determinaciones, en cambio, son modificables; si la institución de la propiedad privada puede cambiarse hasta llegar a la posesión común de todas las cosas, es preciso admitir que Santo Tomás de Aquino no incluyó ese derecho entre los primeros principios sino entre las conclusiones o las determinaciones. De ello se infiere igualmente que si tanto la propiedad privada como la posesión comunal pueden ser instituciones de derecho natural, la fórmula jurídica de la función social, adoptada en la enmienda del 36, no solo no desborda los límites señalados por la más pura doctrina de aquella escuela filosófica, sino que resulta manifiestamente tímida si se le compara con las osadas concepciones del Aquinate.

Siguiendo las mismas orientaciones del tomismo, el eminente jesuita español Francisco Suárez desarrolla sus tesis sobre los derechos naturales "preceptivos" y los derechos naturales "dominativos", y sobre la adaptabilidad de ciertas normas a los requerimientos humanos. En relación con estas materias y después de referirse al comentario de Kohler sobre la filosofía jurídica española de los siglos XVI y XVII, Recasena Siches expresa así el pensamiento de Suárez.

"La ley natural, en sus primeros y más generales principios, es absolutamente perenne e inmutable; también lo es en todos cuantos preceptos se deriven de aquellos por ilación lógica, mediata o inmediata; pero estos pueden referirse a la naturaleza humana como a tal, o a materia mudable y contingente. En el primer caso, el contenido de los preceptos naturales no sufrirá jamás la menor mudanza; en el segundo, es capaz de ella, pero no en el sentido de que la razón varíe, sino en el de que cambiando la materia contingente y relativa sobre que se aplica, cambian las consecuencias mediatas de la ley natural... Se catalogan, verbigracia, en este segundo caso, los preceptos que se refieren a la propiedad, a los efectos determinados de los contratos". ("Filosofía del Derecho", Georgio del Vecchio y Recasens Siches, páginas 72 y siguientes).

Así, pues, dos de los más autorizados representantes de la ortodoxia iusnaturalista (se podrían citar otros más) han considerado que el derecho a la propiedad privada no está incluido dentro de la categoría de los primeros principios de la ley natural y que, por consiguiente, no constituye una premisa esencial, permanente e inmutable, como generalmente se ha pretendido entre nosotros, sino que, por el contrario, es un derecho accesorio, derivado, contingente y mudable. Por lo tanto, de acuerdo con las ideas de aquella escuela, el legislador

humano puede regularlo con cierta libertad, señalar la forma, el modo y el grado de su tutela, condicionarlo al cumplimiento de la función social y aun sustituirlo por el régimen de la posesión común de todas las cosas.

Aunque la escuela racionalista del derecho natural no llega a tanto, bien puede decirse que las modestas fórmulas del 36 también se ajustan a las orientaciones de esa tendencia filosófica. Locke ha sido, entre los contractualistas, uno de los más decididos defensores de la propiedad. A tanto llegaron sus empeños, como lo anotara Jellinek, que alcanzó a sostener que la tutela de ese derecho constituía uno de los fines primordiales del Estado. No obstante esa posición radical, en el capítulo V de su "Ensayo sobre el Gobierno-Civil", Locke se expresó así:

"Tanto como cada quien pueda utilizar para cualquier *ventaja vital* antes de su malogro, tanto como pueda *por su trabajo* convertir en propiedad. *Cuanto a esto exceda, sobrepuja su parte y pertenece a otro*". Y al desarrollar la tesis de que Dios creó el mundo y se lo entregó a los hombres para su beneficio, el notable filósofo inglés agregó: "Concediólo al uso de los industriosos y racionales, y *el trabajo había de ser el título de su derecho*... Estableció adecuadamente la naturaleza, la medida de la propiedad, *por la extensión del trabajo del hombre y la conveniencia de su vida*. Ningún hombre podía con su trabajo sojuzgarlo o apropiárselo todo, ni podía su goce consumir más que una *partecilla*..."

Así, pues, Locke reconoce que el único título justo del derecho a la propiedad privada es el trabajo, pero igualmente acepta que ese derecho, aunque esté respaldado por el esfuerzo humano, debe limitarse a aquello que sea necesario para satisfacer ventajas vitales, sin excederlas y sin traspasar la capacidad de goce y de consumo de cada quien. Cuando la propiedad desborde esos límites, ni siquiera el trabajo puede justificarla, porque entonces el derecho pertenece a otros.

Siguiendo a grandes rasgos las mismas orientaciones de Locke, pero con una concepción más avanzada y realista, Rousseau consideró que la propiedad privada es un derecho secundario y derivado y que, por lo tanto, ocupa un lugar inferior en la escala de los valores jurídicos. Es, en su concepto, un fenómeno histórico surgido como consecuencia de la evolución económica e industrial, que no una imposición de la naturaleza. Más aun; algunos de los comentarios de las ideas del ginebrino llegan a sostener que para Rousseau el derecho a la propiedad privada se opone al derecho a la igualdad y que, por consiguiente, los dos son en cierta manera incompatibles.

Ese pensamiento se refleja claramente en la segunda parte de su discurso sobre el hombre cuando dice, siguiendo la inspiración de Pascal, que la primera persona que cercó un terreno y se lo apropió, fue realmente la iniciadora de las guerras y miserias, porque "la tierra no es de nadie". El acepta, pues, que la propiedad es un derecho, pero un derecho relativo, contingente y mudable. Si aparece como un fenómeno histórico originado en razones de carácter económico, el derecho en sí mismo es accesorio y las regulaciones que tenga en determinado momento son de la misma índole. Por lo tanto, si las causas que generaron su aparición se alteran fundamentalmente, las modalidades del derecho podrán cambiar en la medida en que se produzca aquellas modificaciones, y si éstas son de tal magnitud que llegaran a provocar una mutación completa del orden económico existente, la institución de la propiedad privada podrá sufrir transformaciones tan radicales que impliquen su desaparición.

Si para Santo Tomás de Aquino —la más alta expresión de la ortodoxia iusnaturalista— el sistema jurídico de la propiedad privada no es inmutable y, por consiguiente, puede alterarse y aun sustituirse por el de la posesión común de todas las cosas, sin que con ello se desborden los límites de la ley natural; y si para el ilustre jesuita y filósofo español Francisco Suárez, el derecho de propiedad no es intangible en razón de que no pertenece a la categoría de los primeros principios y, por lo tanto, puede modificarse por la ley humana, parece que la cautelosa reforma constitucional del 36, en cuanto acoge, la doctrina de la función social, no hubiese traspasado los linderos fijados por la escuela ortodoxa del derecho natural.

Igualmente puede decirse que si Locke —el defensor más resuelto de la propiedad privada entre los filósofos contractualistas— estima que el único título de ese derecho es el trabajo, pero solo en la medida en que el trabajo y el derecho sean necesarios para satisfacer ventajas vitales; y si Rousseau considera que la propiedad privada es un simple fenómeno histórico determinado por razones económicas y que ese fenómeno, como todos los de su clase, puede transformarse y desaparecer en el grado en que se modifiquen las causas que lo originaron, tampoco resulta admisible la tesis de que la prudentísima enmienda constitucional del 36, por medio de la cual se consagraron aquellas ideas, pueda ser contraria a los principios de la escuela racionalista del derecho natural.

Asistiría la razón a los glosadores de la reforma si sus observaciones se apoyaran exclusivamente en la doctrina de los derechos naturales, tal como ella se enuncia en la declaración de la Asamblea Nacional francesa o en la de la Convención de

Virginia, porque en el exordio de aquel documento, lo mismo que en sus artículos 2^a y 17, se habla de "los derechos naturales inalienables y sagrados" que tiene el hombre, de los "derechos naturales e imprescriptibles" que le corresponden, y de la propiedad privada como "un derecho inviolable y sagrado". Pero como tales ideas constituyen en realidad una deformación de los principios sostenidos por aquellas dos escuelas filosóficas, como ya se ha visto, las glosas, en cuanto se fundan en las doctrinas de esas tendencias, carecen de soporte.

La interpretación que anteriormente se ha hecho sobre las concepciones filosóficas del iusnaturalismo ortodoxo está ajustada al pensamiento de la encíclica "Mater et Magistra" que Fernández Botero invoca al estudiar el alcance de la reforma del 36, e igualmente encuadra dentro de las ideas que tiene el autor en relación con las fórmulas jurídicas adoptadas en ese año. Para él, la doctrina de la función social de la propiedad privada implica una rectificación fundamental del concepto romano sobre el uso y el abuso de ese derecho, pero armoniza con los principios contenidos en aquel documento.

A los esfuerzos realizados por otros distinguidos colombianos en el sentido de estimular la investigación científica en el campo del derecho público, Fernández Botero agrega hoy su excelente contribución. Y ciertamente que lo ha hecho en buena hora, porque la Nación, de algún tiempo a esta parte, sortea con dificultades una grave crisis del derecho originada, quizás, en la ausencia de un criterio definido y exacto sobre lo que es el Estado como fuerza jurídica de compulsión y sobre lo que es la Carta política como estructura básica del derecho en todas sus facetas.

Como se desprende de la obra de Fernández Botero, en cuanto ella se ocupa del orden jerárquico de las leyes y de la acción de inconstitucionalidad que se ventila ante la Corte Suprema de Justicia y ante el Consejo de Estado, todo el sistema institucional colombiano, bien se refleje en la esfera del derecho público o en la del derecho privado, reposa sobre el principio de que la Carta política del Estado es la unidad jurídica suprema, la normación por excelencia y la fuente de la legalidad. Es la base y el límite de las actividades del poder público, cualquiera que sea el órgano que las ejercite, y es también la base y el límite de los derechos individuales. Por esa razón, a la vez que la Constitución da la medida de la legitimidad o ilegitimidad de los estatutos inferiores, en ella se conjugan y encuentran su origen todos los valores jurídicos, bien sea que afecten al Estado mismo o a los particulares en sus relaciones recíprocas.

Pero no obstante la excepcional trascendencia que tiene la

Constitución Nacional como soporte de toda la estructura jurídica del sistema, y a pesar de que la letra de sus ordenamientos se conoce suficientemente, es muy limitado el entendimiento que se tiene de su contenido doctrinario, de su auténtico espíritu y de sus verdaderos alcances y proyecciones. Esa contradictoria y anómala situación se debe, en buena parte, a la marcada prevalencia que en los programas universitarios se otorga a los estudios del derecho privado, y a la circunstancia de que el control jurisdiccional de las leyes se hubiese encomendado a juzgadores no especializados en las materias propias del derecho constitucional.

En efecto; a la Corte Suprema de Justicia, a la vez que se le otorga competencia para decidir de las acciones de inexecutable dirigidas contra las leyes y los decretos extraordinarios, atribución que tiene que ejercitar necesariamente dentro de la órbita del derecho constitucional, se le asignan las funciones de tribunal supremo de casación en asuntos civiles, penales y laborales y las de juez de instancia en negocios considerados generalmente como de derecho privado, actividades cuyo correcto desarrollo exige conocimientos especializados. La primera misión la cumple la corporación en pleno, y las últimas las desempeña por medio de las correspondientes Salas. Por consiguiente, los magistrados que juzgan de la constitucionalidad de las leyes y de otros actos de naturaleza legislativa, son los mismos que deciden cuestiones de carácter civil, penal y laboral.

Y como la formación intelectual y las disciplinas jurídicas que se requieren para cumplir adecuadamente la facultad de guardar la integridad de la Constitución Nacional, son distintas de las que se exigen para desarrollar correctamente los otras actividades encomendadas a la misma corporación, en la selección del personal que ha de integrar la Corte Suprema de Justicia se tendrá que seguir forzosamente uno de estos criterios: O se le da prelación a las funciones relacionadas con la tutela jurídica de la Carta política y, en consecuencia, se elige una mayoría de constitucionalistas para efectos de que se lleve a cabalidad esa atribución, o se le da preferencia a las facultades que tiene como tribunal de casación civil, penal y laboral y como juez de instancia en ciertas materias de derecho privado, y por consiguiente, se designa la mayor parte de los magistrados con el criterio de sus respectivas especialidades. Si se procede en la primera de las formas indicadas, sufrirán grave desmedro y perderán su mérito científico las otras labores que se le han asignado, y si se procede de la segunda manera, la misión extremadamente delicada y trascendente que se le atribuye como juez supremo de la constitucionalidad

de los actos legislativos, se llenará inadecuada y deficientemente.

Este último camino ha sido el escogido tradicionalmente, y no se tiene noticias de que en una sola oportunidad, desde la lejana época en que fue consagrada la acción de inexecutable de las leyes, la selección de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia se haya hecho con criterio distinto. Ello significa que siempre se le ha dado prevalencia a las funciones que le competen a esa corporación como tribunal de casación y como juez de instancia, en perjuicio de las otras atribuciones, no obstante la excepcional importancia que ellas tienen. Aquella inveterada costumbre —fruto de la defectuosa organización de la Corte Suprema y de la acumulación en ella de poderes jurídicos disímiles— ha generado, por otra parte, como consecuencia necesaria y forzosa, la de que la fenomenología del derecho público y los problemas constitucionales se hayan estudiado casi siempre a través del prisma deformado, estrecho e inadecuado del derecho civil, del derecho penal y del derecho laboral.

Son esas las tendencias jurídicas que han dominado tradicionalmente el pensamiento de la Corte Suprema de Justicia y, por lo tanto, muy difícil ha sido para los Magistrados de esa corporación, no obstante su reconocida sabiduría en el campo de aquellas disciplinas, sustraerse a la influencia de su formación intelectual cuando enfocan el análisis de la Carta. No es extraño, pues, sino por el contrario es apenas lógico, que la jurisprudencia de la Corte, en todas las materias relacionadas con el derecho constitucional y con el derecho administrativo, que no con el civil, con el penal y el laboral, haya sido en todas las épocas extremadamente vacilante, inarmónica, incongruente, tardía y de méritos científicos bastante discutibles, por decir lo menos.

Ciertamente que no se les puede exigir a veinte civilistas, penalistas y laboralistas, muy eminentes por cierto y precisamente porque lo son, que prescindan totalmente del pesado lastre que para ellos significa la actividad intelectual de toda una vida, para efectos de acomodar su mente al estudio de fenómenos jurídicos a los cuales han dedicado sus esfuerzos en forma bastante limitada.

El derecho constitucional exige una disciplina intelectual especializada y, por lo tanto, una mentalidad debidamente acondicionada para el estudio de las ciencias jurídico-políticas, y para el análisis y comprensión de ese complejo fenómeno que es el Estado moderno en función pública, de la misma manera —y con mayor razón aun— que el derecho civil, el penal y el

