

DERECHO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO

COLECCION DE CODIGOS Y OBRAS DE DERECHO

BAJO LA DIRECCION DEL PROFESOR CARLOS H. PAREJA,
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL

PUBLICADAS:

- I.—**Código Administrativo**, codificado por Carlos H. Pareja. Contiene: Constitución Nacional, Código de lo contencioso-administrativo, Código de régimen político y municipal, y Leyes administrativas usuales. Con jurisprudencia artículo por artículo y comentarios. (Agotada la 1ª edición; en prensa la 2ª).
- II.—**Tratado de economía colombiana**, por Miguel Gómez Fernández, profesor de la materia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena. Prólogo de Carlos Lleras Restrepo.
- III.—**Compraventa y permuta en derecho colombiano**, por Alvaro Pérez Vives, profesor de la Universidad Libre. Prólogo de Eduardo Zuleta Angel.
- IV.—**Cinco conferencias**, por Louis Josserand, de la Facultad de Derecho de Lyon, sobre evolución de la responsabilidad, simulación, relatividad y abuso de los derechos, contrato de trabajo y responsabilidad por los accidentes de automóvil. Traducción directa del francés por Carlos Valencia Estrada.
- V.—**Derecho de Policía**, por Miguel Lleras Pizarro.
- VI.—**Código de Minas y Petróleos**, por Eustorgio Sarria, con jurisprudencia.
- VII.—**Derecho Constitucional Colombiano**, por Tulio Enrique Tascón, ex-Presidente del Consejo de Estado y actual Consejero de Estado. 3ª edición, notablemente aumentada con los comentarios relativos a las últimas reformas constitucionales y nuevas doctrinas.

EN PRENSA:

- VIII.—**Código del Trabajo**, con jurisprudencia artículo por artículo, codificado por el doctor Marco Naranjo López, abogado del Departamento Nacional del Trabajo; Profesor de Derecho del Trabajo en el Externado de Colombia. (Aparece el 31 de marzo de 1944).
- IX.—**La regla moral en las obligaciones civiles**, por Georges Ripert, Profesor de la Facultad de Derecho de París.
- X.—**La Responsabilidad Civil**, por los Hermanos Mazeaud.

EN PREPARACION:

- XI.—**Código Judicial**, codificado por el doctor Carlos H. Pareja, Profesor de la Facultad Nacional de Derecho. Con jurisprudencia artículo por artículo y modelos para el procedimiento civil.
- XII.—**Código Civil**, con jurisprudencia artículo por artículo.

342
T17D

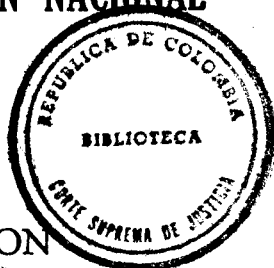
R. 125

DERECHO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO

COMENTARIOS A LA CONSTITUCION NACIONAL

Por

TULIO ENRIQUE TASCON



Profesor de Derecho Constitucional en el Externado y en la Universidad Libre.

Miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Ex-Presidente del Consejo de Estado.

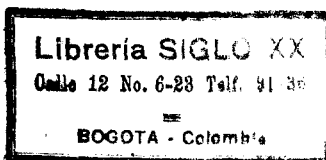
Abogado Consultor que fué de la Presidencia de la República.

Ex-Presidente del Tribunal Superior de Buga.

Ex-Ministro de Estado, etc., etc.

TERCERA EDICION

corregida y aumentada con el comentario a las reformas
de 1936 y años posteriores.



JAIME TOSON VILLEGAS
DONACION

REPÚBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA ENRIQUE LOW MURTRA
PALACIO DE JUSTICIA

INVENTARIO: _____

NÚMERO
CLASIFICACION

COMPRA: _____ OBTENCIÓN: _____

FECHA: **27 FEB. 2004**

PRECIO: _____

PROCEDENCIA: _____

PAÍS: _____

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PROLOGO DE LA PRIMERA EDICION

El libro que hoy ofrecemos al público no es sino una reconstrucción, sistematizada y sintética, de las lecciones que hemos dictado en nuestra cátedra de Derecho Constitucional, en el Externado de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas.

Lo publicamos con el objeto de ahorrar a los estudiantes la inútil y dispendiosa tarea de tomar apuntamientos a vuela pluma, no siempre con la extensión y fidelidad que fueran de desearse; pero tenemos la aspiración de que pueda también ser útil a los abogados, y especialmente a los hombres públicos, quienes jamás pueden dejar de interesarse por esta clase de estudios.

El derecho privado ha tenido en Colombia sabios expositores, que han dado brillo a la literatura jurídica de nuestro país; pero, en cambio, han sido escasos los cultivadores del derecho público. En el siglo pasado, Florentino González, Cerbeleón Pinzón, Justo Arosemena y Juan Félix de León publicaron estudios constitucionales, y en el presente, Antonio José Iregui, José Vicente Concha, Arcesio Aragón y Miguel Moreno Jaramillo han publicado tratados sobre la misma materia. Además, los señores José Joaquín Guerra y Manuel Antonio de Pombo recopilaron bajo el título de "Constituciones de Colombia", las leyes fundamentales políticas o superleyes que han regido en nuestro país, precedidas de una reseña histórica. Pero, comentadores de la Constitución Nacional, no hemos tenido más que a don José María Samper, autor de una obra en dos tomos que se titula "Derecho Público Interno de Colombia" y que trata, en el primer tomo, de la historia del derecho constitucional colombiano, y en el segundo, del comentario exegético de la Constitución de 1886.

Esta segunda parte de la obra del señor Samper es, más que todo, una exposición de motivos de las disposiciones constitucionales, hecha con la autoridad que le daba el haber sido miembro del Consejo Nacional de Delegatarios que expidió la Constitución; y, quizás por esta circunstancia, en mucha parte parece destinada a hacer la defensa o apología del nuevo estatu-

to, y a combatir el anterior, para el que tiene todo género de reproches.

Escrita a raíz de la expedición de la Constitución, no podía medir el alcance, ventajas o inconvenientes que en la práctica habrían de presentar las nuevas instituciones, ni referirse a las leyes expedidas en su posterior desenvolvimiento.

Tiene también la obra del señor Samper el defecto de que analiza y explica un código que ha sufrido trascendentales reformas, en sus puntos más esenciales, y esto sin tener en cuenta que desde la época en que él escribió a hoy, los principios del derecho constitucional han sufrido en el mundo, especialmente a partir de 1919, transformaciones profundas y cambios radicales, que hacen aparecer su obra atrasada desde muchos puntos de vista.

En la obra que hoy damos a la publicidad, hemos procurado alejar todo propósito de lucha o espíritu de secta, y estudiar el texto y el espíritu de la Constitución a la luz de los principios de la ciencia constitucional, haciendo un estudio comparativo con las constituciones de otras naciones y con las que sucesivamente han regido en Colombia, y ensayando reevaluar la nuestra en conexión con las realidades de la nación y de la época en que vivimos.

Fuera de eso, hacemos referencia a las leyes que se han dictado en desarrollo del estatuto constitucional, las reformas que ha sufrido y la jurisprudencia que la Corte Suprema de Justicia ha sentado en la interpretación doctrinal de sus disposiciones.

La circunstancia de ser el señor Samper el único comentarista de la Constitución y uno de sus autores, explica las citas que hacemos de su tratado, bien para apoyarnos en él, bien para impugnarlo; y la de ser el "Manual del Derecho Constitucional", de M. León Duguít, el texto que ha servido de guía a los estudiantes de nuestra clase, explica también las citas que de él hacemos, como un medio de estudiar la aplicación que en la Constitución han tenido los principios de ciencia constitucional enseñados por el ilustre profesor bordelés.

Una acogida favorable por parte del público, nos serviría de poderoso y decisivo estímulo para acometer la edición de un tratado extenso de esta misma materia.

Bogotá, octubre de 1933.

PROEMIO DE ESTA EDICION

Sin tiempo para escribir el tratado extenso de derecho constitucional que anunciámos en el prólogo de la primera edición, ofrecemos hoy a nuestros lectores una tercera de este manual, apremiados por haberse agotado completamente la segunda y no satisfacer ya a cabalidad el fin a que estaba destinada, debido a las reformas fundamentales que posteriormente han logrado nuestras instituciones políticas.

Ha sido para nosotros muy satisfactorio ver que en los últimos tiempos se haya despertado en Colombia un creciente interés por los estudios de derecho público, en contraste con el abandono en que antes se los tenía, y que notables expositores hayan editado obras relacionadas con la materia. En derecho constitucional, el doctor Francisco de Paula Pérez compiló sus estudios sobre las diversas constituciones patrias; el doctor Antonio José Montoya escribió un tratado de derecho constitucional; el doctor Pedro Juan Navarro publicó la historia de las reformas introducidas a la Constitución Nacional en 1936, y el doctor José Gnecco Mozo hizo el comentario científico de ellas. En derecho administrativo, los doctores Pedro María Carreño y Carlos H. Pareja dieron a la luz pública tratados destinados a la enseñanza de la materia.

No se nos oculta que la época en que aparece esta tercera edición es la menos propicia para esta clase de disciplinas, cuando las instituciones jurídicas sufren en el mundo una tremenda crisis de que se han librado tan pocas naciones, y así, el estudio del derecho constitucional comparado, a que con tanta frecuencia nos inclinámos en la primera edición, ha perdido su actualidad, porque casi todas las nuevas constituciones europeas de la post-guerra han sido abolidas.

Las mismas doctrinas de M. Duguit, que tan en boga estuvieron en nuestras facultades y tribunales de justicia, han experimentado entre nosotros las necesarias rectificaciones que en la propia Francia les han hecho los discípulos y admiradores del profesor bordelés.

Hemos procurado adunar los principios de la escuela exegética y de la llamada científica, buscando la interpretación del pensamiento del constituyente y emitiendo nuestra opinión sobre la manera como cada disposición ha debido ser redactada, no sin aprovechar la ocasión para exponer la doctrina constitucional sobre el particular, con el propósito de que la obra correspondiera a sus fines didácticos.

El Acto legislativo número 1º de 1936 autorizó al Gobierno para que hiciera la codificación de las disposiciones vigentes, con una nueva numeración. Este orden lo habrán de seguir los

comentarios que hagamos del texto constitucional, y, en consecuencia, quedarán suprimidos los que hicimos a los artículos de la Constitución de 1886 que fueron derogados.

Como podrán observarlo nuestros lectores, gran parte de la reforma de 1936 se inspiró en nuestra obra, como así lo reconocen sus comentadores doctores Navarro y Gnecco Mozo, si bien a éste tenemos que hacerle un justo reclamo por el cargo que nos hace de haber ignorado las enseñanzas del doctor Miguel Abadía Méndez, maestro de varias generaciones, pero entre cuyos discípulos no tuvimos el honor de contarnos.

Cuando salió la primera edición de este libro se criticó por la prensa que hubiéramos publicado como apéndice las nociones generales del derecho constitucional, cuando deberían lógicamente ir al principio. La censura carecía de razón, porque esas lecciones preliminares no eran, en realidad, materia propia de un tratado especial de derecho constitucional colombiano, y había que suponer que quienes emprendían el estudio de esta materia poseían las nociones generales del derecho público, y si resolvimos publicarlas, sin embargo, fué porque creímos que podían ser útiles para quienes no poseyeran aquéllas, especialmente si eran estudiantes.

Hoy la colocación de esas nociones generales al final se justifica más, porque en el pénsum oficial estas nociones son materia del primer año de derecho constitucional, y nuestro tratado se ocupa en las materias señaladas para el segundo año.

Puede también criticarse que la introducción que hacemos al estudio del derecho constitucional colombiano sea tan breve que no da una idea cabal de su desenvolvimiento y transformaciones, como sí lo han intentado en extenso el doctor Francisco de Paula Pérez y, antes de él, aunque con menos ciencia, los señores Pombo y Guerra. Reconocemos la justicia de la censura, pero la contestamos en la misma forma de la anterior: la historia política y constitucional de cada Estado es materia de un curso aparte en muchas universidades extranjeras, como no puede menos de serlo, dada la vastedad e importancia de ese estudio.

No queremos terminar estas líneas sin expresar nuestro sincero agradecimiento a los colegas de profesorado que nos han hecho el altísimo honor de adoptar este tratado como texto de enseñanza: es ese honor el que nos ha estimulado a publicar esta nueva edición, que contiene el comentario a la reforma constitucional de 1936 y otras adiciones, así como las necesarias correcciones a la que vio la luz hace cuatro años.

Bogotá, febrero de 1944.

Biblioteca
de
Javier Gómez
1946



INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO

Tomada la palabra *Constitución* en su acepción más amplia, es claro que el Virreinato de la Nueva Granada tuvo una constitución política, puesto que a alguna regla o condición tenía que sujetarse la acción o la vida de la colonia.

Pero, en su significación restringida, el Virreinato no tuvo constitución, como tampoco la tuvo su metrópoli, puesto que ningún estatuto limitaba la acción del Rey de España como soberano absoluto, ni existía un régimen de garantías para los derechos de sus súbditos.

La historia de la Nueva Granada como Estado jurídicamente constituído, sólo principia con su revolución de independencia.

Es sabido que la idea de una Constitución escrita y codificada, nació en los Estados Unidos, como producto natural y espontáneo de circunstancias locales y como resultado de un proceso histórico, cuyos orígenes no es este el lugar de averiguar.

La idea fué transportada a Francia, en donde halló suelo propicio, preparado principalmente por las obras de Rousseau y de Montesquieu; y la Revolución se encargó de propagarla por todos los países que dominaban los ejércitos franceses o que recibían el influjo de los principios revolucionarios.

Uno de estos países era la Nueva Granada. Nariño había traducido la "Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano", proclamada por la Asamblea Nacional francesa de 1789; y, a pesar de la vigilancia de la Inquisición, que impedía la entrada de los libros de los filósofos y enciclopedistas, éstos enseñoreaban los espíritus de los hombres ilustrados.

Camilo Torres, en cuyo cerebro germinó la idea de la emancipación del Virreinato, pensó desde luego que éste debía erigirse en una república, bajo la forma federal, constituída a semejanza de los Estados Unidos de América.

Estallada la revolución, en el acta misma del cabildo abierto del 20 de julio de 1810 se lee que "se depositó en toda la Junta el supremo gobierno de este reino, interinamente, mientras

la misma junta forma la *Constitución* que afiance la felicidad pública, contando con las nobles provincias, a las que en el instante se les pedirán sus diputados, formando este cuerpo el reglamento para las elecciones en dichas provincias, y tanto éste como la constitución del gobierno deberán formarse sobre las bases de libertad e independencia respectiva de eilas, ligadas únicamente por un sistema federativo, cuya representación deberá residir en esta capital, para que vele por la seguridad de la Nueva Granada, que protesta no abdicar los derechos imprescriptibles de la soberanía del pueblo a otra persona que a la de su augusto y desgraciado monarca don Fernando VII, siempre que venga a reinar entre nosotros, quedando por ahora sujeto este nuevo gobierno a la Superior Junta de Regencia, ínterin exista en la Península y sobre la *Constitución* que le dé el pueblo....”

El ejemplo de los Estados Unidos y de Francia, que se habían dado constituciones escritas y codificadas, y el influjo de las doctrinas de *El Contrato Social*, de Rousseau, que en esos dos Estados, como en el naciente de la Nueva Granada, habían llevado a pensar que en toda sociedad que se forma había necesidad de celebrar un “pacto social”, explican por qué los próceres de nuestra independencia desde el primer momento acordaron la expedición de una Constitución, que ellos consideraban como causa de la felicidad pública.

Los términos del acta, atrás insertos, dejan comprender muy bien bajo qué influencias obraban los autores del movimiento: los jefes, Torres, Acevedo Gómez, Herrera, Pombo, Camacho, Caldas, Gutiérrez, Benítez, Pey, Azuola, desde luego tenían en mientes la emancipación de la colonia y su constitución bajo un gobierno republicano y democrático; pero las masas populares, imbuídas de principios conservadores, eran profundamente adictas al rey, en cuyo desconocimiento habrían visto un delito de lesa majestad humana y de lesa majestad divina. ¿Cómo compaginar los verdaderos propósitos de la revolución con los sentimientos predominantes en un pueblo leal a España y fiel a su católico monarca?

Esta fué la gran cuestión que tuvieron que afrontar los próceres del 20 de julio, y de allí los términos al parecer contradictorios del acta. De un lado, se hablaba de erigir la Nueva Granada en un reino libre e independiente, organizado bajo el sistema federal, y de otro, se protestaba lealtad y sumisión a Fernando VII. Había que ocultar el verdadero propósito de la revolución, y por eso se les hizo creer a los realistas y a los españoles residentes, que aquélla tenía por objeto preservar estos dominios para Fernando VII, librándolos de la dominación

del intruso José Bonaparte, titulado Rey de España e Indias; pero bajo la condición de que viniera a reinar entre nosotros conforme a la Constitución que le diera el pueblo soberano de la Nueva Granada; condición que jamás podría cumplirse, pues era visto que un rey como Fernando, acostumbrado a gobernar como monarca absoluto en un reino en cuyos dominios no se ponía el sol, y que no hacía derivar sus títulos sino de la gracia divina, no habría de consentir en venir a gobernar en una de sus colonias y con sujeción a una Constitución que le impondrían sus súbditos criollos.

Esta misma aparente contradicción existía en el acta de 11 de julio del mismo año, día en que “restituído el pueblo del Socorro a los derechos sagrados e imprescriptibles del hombre, depositó el gobierno en el cabildo, con la mira de conservar esta provincia a su legítimo soberano, el señor don Fernando VII”. La invocación que se hace de los sagrados e imprescriptibles derechos del hombre, comprueba la influencia de la Revolución, de cuyo lenguaje se hacía uso.

También surge esa contradicción en el acta de la Junta de gobierno de las Seis Ciudades amigas del Valle del Cauca. Allí se habla de “las justas miras de estos pueblos y la necesidad de su independencia, la de librarse del yugo francés y conservarles estos dominios a nuestro legítimo soberano el señor don Fernando VII”.

Congruente con esta política fué la Constitución del Estado de Cundinamarca, expedida por el Colegio Constituyente y Electoral de 1811, primera Constitución escrita y codificada que rigió en el territorio de la Nueva Granada y que sirvió de modelo para las otras que se expidieron en las demás provincias.

Este estatuto, elaborado por Jorge Tadeo Lozano y Luis Eduardo de Azuola, establecía en Cundinamarca una monarquía constitucional sobre bases esencialmente democráticas, que la hacen aparecer contradictoria. El decreto con que fué promulgada indica bien cuál era su espíritu. Decía:

“Don Fernando VII, por la gracia de Dios y por la voluntad y consentimiento del pueblo, legítima y constitucionalmente representado, rey de los cundinamarqueses, etc., y a su real nombre, don Jorge Tadeo Lozano, Presidente constitucional del Estado de Cundinamarca, a todos los moradores estantes y habitantes en él. Sabed: que reunido por medio de representantes, libre, pacífica y legalmente el pueblo soberano que lá habita, en esta capital de Santafé de Bogotá, con el fin de acordar la forma de gobierno que considerase más propia para hacer la felicidad pública; usando de la facultad que concedió Dios al hombre de reunirse en sociedad con sus semejantes, bajo pactos y condiciones que le afiancen el goce y conservación de los

sagrados e imprescriptibles derechos de libertad, seguridad y propiedad; ha dictado, convenido y sancionado las leyes fundamentales del Estado o Código Constitucional. . . .”

La influencia de las doctrinas de Rousseau es aquí palpable: esa facultad de que allí se habla, concedida por Dios a los hombres para reunirse en sociedad bajo pactos que afiancen los derechos naturales de libertad, seguridad y propiedad, es la teoría fundamental de *El Contrato Social*.

La Constitución cundinamarquesa de 1811, si en su parte orgánica estableció una monarquía constitucional, en la parte dogmática siguió casi textualmente la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, tales cuales fueron consagrados en la Constitución francesa de 1791.

La vigencia de dicho estatuto fué efímera: reunido el Congreso de las Provincias Unidas de la Nueva Granada, firmó el 27 de noviembre de 1811 el Acta de Federación, en virtud de la cual aquéllas se unieron en un solo cuerpo de nación, independientemente de toda autoridad residente en la península, y constituída bajo una forma de gobierno republicano, y aun cuando la diputación de Cundinamarca no firmó el Acta por considerar inconveniente el sistema federal adoptado, las ideas de independencia y de república habían triunfado francamente en los espíritus e imponían la reforma constitucional del Estado. Así fué que, convocado el Colegio Revisor y “teniendo en consideración que la Constitución primitiva de este Estado necesitaba de revisión por haberse formado precipitadamente para satisfacer a los deseos y a las instancias de los pueblos que exigían el que con prontitud se les diese alguna, acordó rever y reformar la dicha Constitución en la parte o partes que lo hallase necesario”.

La enmienda consistió principalmente en declarar que “el Estado de Cundinamarca es una república cuyo gobierno es popular representativo”.

La Constitución cundinamarquesa de 1812 conservó las mismas declaraciones de derechos individuales hechas en la del año anterior.

Pero todos estos ensayos constitucionales, más o menos afortunados, terminaron con la reconquista española, que llevó al cadalso a sus autores.

La Constitución de 1821, que organizó la Gran Colombia, lo hizo bajo una forma centralista, sin duda porque los desastres sufridos habían hecho que nuestros próceres cobraran horror al sistema federal. Pero así como fué grave error el que la primera república hubiera roto la unidad política en que se había

mantenido el virreinato, fué más grave aún pretender implantar el centralismo en un Estado que se formaba por la unión de dos: la Nueva Granada y Venezuela. En esta ocasión, como en la anterior, la razón estaba de parte de Nariño, que si antes había luchado por que la Nueva Granada se organizara como un Estado unitario, ahora en el Congreso constituyente de Cúcuta, presentaba un proyecto de Constitución tendiente a establecer para lo futuro un régimen federal entre los Estados de la Gran Colombia. Nariño, como político realista, o positivista, comprendía que la unidad era la forma constitucional orgánica de la Nueva Granada, así como la federación era la forma constitucional orgánica de la Gran Colombia. Por desgracia, sus puntos de vista no lograron prevalecer, y, en uno y otro caso, triunfó una concepción constitucional artificial y mecánica, que a la larga dió en tierra, sucesivamente, con las Provincias Unidas de la Nueva Granada y con la república de la Gran Colombia.

En materia de declaraciones de derechos, la Constitución de 1821 fué sobria: procuró alejarse de los principios exagerados de la Revolución francesa, acaso porque la Revolución había ya perecido, ahogada en su propia sangre, o porque Francia había dejado de ser la estrella que guiaba a nuestros libertadores. Francia, en efecto, encabezaba entonces la reacción contra todos los principios liberales y, como miembro de la Santa Alianza, impugnaba la independencia de las colonias hispano-americanas. Inglaterra ocupaba a la sazón en los corazones colombianos el lugar que Francia había tenido en las generaciones de 1794 y 1810.

Mas la Constitución de 1821 no contó jamás con las simpatías de Bolívar, y fué éste el germen de la ruina de ambos.

En carta fechada en Guanare el 25 de mayo de ese año, escribía el Libertador a uno de sus confidentes:

"He presentado un proyecto de Constitución que no se aprobó. Aquel proyecto era mi condición para ser ciudadano de Colombia. No habiéndose adoptado, estoy cierto de que no habrá estabilidad política ni social; y añado que aquel mismo proyecto no contiene todo lo que yo pienso que se requiere para asegurar nuestra existencia".

Esta carta nos da la clave de la conducta política de Bolívar en los años siguientes. Su pensamiento, todo su pensamiento se condensó más tarde en la Constitución boliviana. Sustituir la Constitución de Cúcuta por la que él había elaborado para la República de Bolivia, fué en adelante la meta de sus aspiraciones y de sus actos políticos.

En 1825 había escrito a Páez: "... creo que en el próximo

período señalado para la reforma de la Constitución se pueden hacer en ella notables mutaciones en favor de los buenos principios conservadores y sin violar una sola de las reglas más republicanas. Yo enviaré a usted un proyecto de Constitución que he formado para la república de Bolivia....”

El estatuto de 1821 no podía resistir tantos embates. La falta de preparación del pueblo para un gobierno como el republicano, que exige en los ciudadanos la mayor suma de ilustración y de virtudes públicas; las tendencias anárquicas, tan comunes a los Estados en formación; los intereses regionales, que pugnaban por una mayor descentralización administrativa, y la aversión que a la Constitución profesaban el clero y el ejército, clases sociales todopoderosas, eran causas que contribuían a dar aparente razón a quienes atribuían al estatuto de Cúcuta todas las calamidades públicas. En estas circunstancias sólo quedaba un factor que habría podido salvar la Constitución, y era el prestigio milagroso de Bolívar; pero ya hemos visto cuál había sido desde un principio su modo de pensar respecto de aquel estatuto. Lejos, pues, de venir en apoyo de la Constitución, puso en contra suya el peso aplastante de su autoridad y la acción decisiva de sus tenientes.

La Constitución al cabo sucumbió al furor de las pasiones desencadenadas en la Convención de Ocaña, y la dictadura se entronizó sobre la ruina de las instituciones nacionales, precipitando en su caída a la Gran Colombia y al genio que le dió vida.

De la Constitución de 1830, que pretendió devolver a la República la normalidad constitucional, se ha dicho que nació muerta, porque trataba de reorganizar la Gran República cuando ya Venezuela y el Ecuador se habían erigido en Estados independientes, que rechazaron el nuevo estatuto que se les ofrecía como prenda de unión y de armonía.

Esta Constitución sirvió, sin embargo, como lo anotan Pombo y Guerra, de base en 1886 a la que se expidió ese año y que, reformada, aún rige en Colombia.

Sería fatigante y estéril hacer un prolijo examen de cada una de las diez constituciones que, a partir de 1811, han regido entre nosotros. Ese fárrago de textos muertos, que van perdiendo su interés aun para el historiador —cuánto más para el estudio del derecho público— sólo da fe de la inestabilidad de nuestras instituciones políticas y de la historia atormentada de esta democracia por constituirse definitivamente. Tántas constituciones en un siglo, revelan, tal vez, más que la veleidad de espíritu que Gustavo Le Bon imputa al mestizaje, el error en que se incurre al pretender constituir los Estados artificial y

mecánicamente, descuidando su naturaleza orgánica y las imperiosas realidades locales. Ese trabajo de análisis y comparación de las diversas constituciones que han regido en Colombia, ha sido por otra parte, realizado con benedictina paciencia por los doctores Pombo y Guerra.

La disolución de la Gran Colombia impuso la necesidad de expedir una constitución para el Estado de la Nueva Granada, y esto fué lo que hizo la convención de 1832, la cual organizó la república mítica, bajo un régimen central, inspirado en los principios liberales de la Constitución de Cúcuta, que habían sostenido los autores de la nueva carta.

Pero ésta hubo de ser atacada por las mismas causas por las que lo había sido la de 1821: se le achacó que no había dado al gobierno medios suficientes para debelar la revuelta de 1840 y se alegó que, para conjurar otras futuras, era necesario "fortalecer los elementos de orden y estabilidad". A esta mira respondió la Constitución reaccionaria de 1843.

Tacháronla los liberales de monárquica, pues se inspiraba en principios autoritarios, a tiempo que a nuestras playas golpeaba la marea revolucionaria, levantada por la segunda república francesa de 1848.

Las reformas radicales hechas durante la administración del general José Hilario López, que construyeron el edificio de la república democrática sobre los escombros de la organización colonial que hasta entonces habíase mantenido, fueron elevadas a cánones fundamentales en la Constitución de 1853, que sustituyó a la de 1843. Por eso escribió don Justo Arosemena que la Constitución de 1853 en punto a democracia y libertad fué tan lejos como ninguna otra había ido en la América española.

Aparte de esto, la Constitución reservó a cada provincia la facultad de "disponer lo que juzgue conveniente a su organización, régimen y administración interior, sin invadir los objetos de competencia del gobierno general". En uso de esta autonomía, cada provincia se dió su propia constitución, y así se abrió el camino al federalismo.

En virtud de un acto legislativo que dijo que la ley podría erigir en Estado federal cualquier porción del territorio de la Nueva Granada, creáronse los Estados Soberanos, por lo cual esta Constitución fué llamada "centro-federal".

Obra de políticos teorizantes y utopistas, la Constitución de 1853 causó males a nuestro país, no sólo porque con el implantamiento de la Federación "organizó la anarquía", para valerlos de una frase de Boissy d'Anglas, que le ha sido plagiada entre nosotros, sino porque creó el problema religioso, separando

la Iglesia y el Estado, en un país que gozaba de las preeminencias inapreciables que le daba el patronato eclesiástico.

Ella tuvo por resultado la revolución de 1854, hecha por el propio partido gobernante, y para restablecer la Constitución, fué menester que la fracción radical que la había expedido, se uniera a los conservadores que enantes la habían combatido, y de esta coalición resultó, dice Samper, que el partido conservador “arrió su bandera y se obligó a sostener, con la federación, las doctrinas radicales de la Constitución de 1853, que fueron prohibadas por ambos partidos en la de 1858”.

Dividida la República en Estados soberanos, federados bajo un estatuto que establecía el sistema unitario, era necesario expedir una Constitución francamente federalista, para remediar tamaña anomalía, y tal fué la de 1858, que organizó la llamada “Confederación Granadina”, nombre impropio porque nuestro país nunca fué Confederación en el sentido genuino de esta palabra, sino una república federal.

En la alocución con que el Congreso presentó a la nación la nueva carta, se decía:

“Hoy termina la revolución iniciada el 20 de julio de 1810: han triunfado por fin vuestras virtudes cívicas. La Federación está constituida”.

Bien pronto vióse que no había motivo para tanto júbilo. El Presidente de la Confederación por medio de sus agentes, atentó contra la soberanía de los Estados, y algunos de los gobiernos de éstos se levantaron contra el gobierno general y lo derribaron bajo la dirección del general Mosquera.

La guerra civil de 1860, única que ha logrado triunfar en Colombia, tuvo funestas consecuencias desde el punto de vista del progreso de nuestras instituciones políticas: no sólo rompió la tradición constitucional de la República, sino que, por primera vez, se expidió una Constitución por un cuerpo constituyente que no era el instituido para verificar la reforma; interrumpió durante 70 años la alternabilidad de los partidos en el poder; agravó la cuestión religiosa, y extremó los principios federalistas en el estatuto que surgió de la rebelión triunfante.

El defecto principal de la Constitución de 1863, expedida por la Convención Nacional reunida en la ciudad de Rionegro, fué el haber privado al gobierno federal de intervención para mantener el orden en los Estados. Un año no más después de expedida, una revolución conservadora derribó al gobierno liberal del Estado de Antioquia, que desde entonces se convirtió en permanente amenaza para el gobierno general. Las revueltas internas de los Estados se volvieron crónicas, y la necesidad de

la reforma se hizo palpable. Por desgracia, la Constitución exigía tales requisitos para su enmienda, que prácticamente era irreformable, y los radicales, que en principio aceptaban la necesidad de la reforma, terminaron por proclamar la intangibilidad del estatuto como táctica política para combatir a Núñez, jefe de la fracción liberal llamada independiente y quien se había convertido en abanderado de la reforma, calificada por él de "Regeneración fundamental".

Levantados los gobiernos radicales de los Estados contra el Presidente Núñez en 1885, éste, luego que hubo dominado la revuelta, anunció desde uno de los balcones del palacio presidencial que la Constitución de 1863 había muerto.

Para expedir una nueva ley fundamental, Núñez convocó un cuerpo constituyente que denominó "Consejo Nacional de Delegatarios", compuesto de dos diputados por cada Estado, designados por los gobiernos de éstos, porque se pensó que así como la Constitución de 1863 se había dictado por diputaciones de los Estados, diputaciones de éstos debían reconstituir la República bajo la forma unitaria.

Reunido el Consejo Nacional, aprobó un acuerdo que contenía las bases para la reforma constitucional y que hubo de someterse a la ratificación de las municipalidades.

Impartiéronle éstas su aprobación, y justo es reconocer que las bases se inspiraban en principios más liberales y más aceptables que los que adoptó luego la Constitución expedida en desarrollo de ellas.

Esta, como obra de un partido y resultado de una reacción, extremó el centralismo hasta el punto de acabar con toda autonomía departamental y municipal, de modo que la fórmula: "Centralización política y descentralización administrativa" fue letra muerta. Otorgó facultades casi omnímodas al Presidente de la República, a quien, sin embargo, declaró irresponsable de sus actos; amplió en demasía el período del Presidente y de los senadores y representantes; hizo nugatoria la misión fiscalizadora del Congreso al establecer las legislaturas bienales; convirtió en vitalicios a los Magistrados de la Corte Suprema y de los Tribunales Superiores; puso el poder electoral en manos del gobierno, y, al no otorgar recurso contra las leyes inconstitucionales, dejó sin garantía ninguna los derechos individuales contra los excesos de los poderes públicos. En una palabra, la Constitución de 1886 implantó en Colombia un régimen autoritario, que a la larga dió por resultado la pérdida del Istmo de Panamá y la más sangrienta guerra civil que haya experimentado la República.

Tántos descalabros impusieron la necesidad de la reforma,

la que no se llevó a cabo por los procedimientos que el mismo estatuto señalaba, porque eran demasiado dispendiosos, sino por una Asamblea Nacional constituyente y legislativa, convocada en 1905 por el Presidente Reyes y formada de la misma manera que lo había sido el Consejo Nacional de Delegatarios.

Este cuerpo rompió algunos de los moldes estrechos de la Constitución de 1886, pero no todos los que era menester, sin duda porque funcionaba bajo un régimen dictatorial, en que el Presidente declaraba que no era en la Constitución sino en la suprema ley de la necesidad nacional donde debía buscar el fundamento de sus actos.

El general González Valencia, sucesor de Reyes, convocó otra Asamblea Nacional, por el estilo de la de su antecesor, y ésta expidió el Acto legislativo número 3 de 1910, reformatorio de la Constitución Nacional, que refundió en una sola todas las reformas introducidas al estatuto de 1886 y le hizo a éste notables enmiendas, que establecieron la descentralización administrativa, hicieron anual la reunión del Congreso y dieron a la Corte Suprema de Justicia la potestad de decidir sobre la exequibilidad de las leyes y decretos acusados de inconstitucionales; de modo que los defectos cardinales de la Constitución fueron subsanados en sus partes más resaltantes.

El advenimiento del partido liberal al poder en 1930, trajo como consecuencia la reforma de las instituciones conservadoras que regían en la República. Realizola el Congreso de 1936, en el cual no tuvo representación el partido conservador por haberse abstenido de concurrir a las urnas.

La reforma de 1936 restableció los fueros del poder civil frente a la Iglesia; elevó a la categoría de cánones constitucionales ciertos deberes de solidaridad social; consagró la intervención del Estado en la economía nacional; puso limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad, e introdujo otras reformas de tendencias socialistas en cuanto a protección al trabajo, tomadas de las constituciones europeas de la post-guerra, principalmente de las de Alemania y España, constituciones que están hoy prácticamente abrogadas.

Desde este punto de vista, talvez sin hipérbole puede afirmarse que la Constitución de Colombia es de las más avanzadas del mundo, sin referirnos a los países dominados por el comunismo, ya que éste, a nuestro parecer, no representa un progreso sino un retroceso en la evolución de las instituciones jurídico-políticas.

También de la Constitución de 1863 se dijo que era la más avanzada de todas, sin que esto significara que fuera la mejor o la más perfecta, ya que la Constitución mejor será en todo

caso la que más se acomode a las realidades, necesidades y aspiraciones del pueblo para el cual se dicta, lejos de toda concepción artificial, pero como producto natural de la acción y de la vida del respectivo organismo político.

El presidente Núñez, bajo cuyo patrocinio se expidió la Constitución de 1886 —obra del señor Caro—, conceptuó que ella no debía considerarse sino como un estatuto de transición, cuyo imperio no podría prolongarse por más de veinticinco años, como así sucedió, pues fué sustancialmente reformada en 1910, como hemos dicho, y la reforma de este último año ha sido a su turno revisada por el Congreso de 1936, lo que viene a confirmar el pensamiento de Gaston Jeze de que las instituciones políticas tienen que acomodarse al cambio de ideales de cada generación.

A pesar de tan numerosas mutaciones, hay en nuestro derecho constitucional mucho que ha permanecido invariable a través de toda clase de cambios y vicisitudes y que, por lo mismo, podemos considerar como una tradición constante de nuestro derecho público, incorporada en nuestras costumbres o hábitos políticos hasta formar ya una especie de derecho consuetudinario. Tales son, por ejemplo, la forma del gobierno, republicana y democrática, practicada desde el comienzo de la revolución de independencia; la separación de las funciones, legislativa, ejecutiva y judicial, en el ejercicio de los poderes públicos; el poder ejecutivo unitario, con un Presidente que es al mismo tiempo Jefe del Estado y Jefe del Poder Ejecutivo, elegido popularmente, unas veces por elección directa, y otras, indirecta, pero siempre temporal e irreelegible; un régimen rígidamente presidencial, jamás parlamentario; el Poder legislativo ejercido por un Congreso compuesto de dos Cámaras, que han representado: la del Senado, a las entidades políticas en que ha estado dividido el territorio nacional y la de Representantes, al pueblo colombiano, y elegidas, la primera por sufragio indirecto, y la segunda, directo, y un poder judicial independiente de los otros dos poderes, esto en la parte orgánica; que en cuanto a la dogmática, desde 1811 hasta hoy los derechos individuales y las garantías sociales consagrados, han sido los proclamados en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, hecha por la Asamblea francesa de 1789, con contadas variaciones.

Las discrepancias que se han marcado entre las distintas Constituciones y que se han ido atenuando cada día hasta borrar casi las fronteras doctrinarias de los partidos, se refieren principalmente a la forma del Estado, unas veces unitaria y otra federal; a la administración seccional, unas veces centra-

lizada y otras descentralizada; a las relaciones entre la Iglesia y el Estado, reguladas unas veces por el patronato, otras por el concordato, y otras por la separación, consagrándose ora el catolicismo como religión oficial o del Estado, ora la absoluta libertad religiosa; al reconocimiento de ciertas libertades con más o menos restricciones, como las relativas a la prensa, a la enseñanza, a la asociación o al culto; a la constitución del poder judicial con magistrados vitalicios o temporales; puntos acerca de los cuales no puede decirse que hemos tenido instituciones que merezcan el nombre de nacionales, puesto que han estado sujetos al vaivén de los partidos políticos que los han defendido o combatido, y que han impuesto sus puntos de vista cada vez que han alcanzado el predominio en la República.

JAIMÉ TOBÓN VILLEGAS

JAIMÉ TOBÓN VILLEGAS
DONACION

COMENTARIOS A LA CONSTITUCION DE COLOMBIA

EL PREAMBULO

“En nombre de Dios, fuente suprema de toda autoridad, y con el fin de afianzar la unidad nacional y asegurar los bienes de la justicia, la libertad y la paz, hemos venido en decretar, como decretamos, la siguiente Constitución Política de Colombia”.

Este preámbulo fué tomado de la Constitución de 1886. El Gobierno lo conservó en la nueva codificación, porque no se creyó autorizado para suprimirlo, y porque, sin duda, quiso evitar que el nuevo estatuto fuera tachado de “ateo”, como había acontecido con la Constitución de 1863, ya que la sola sospecha de que dicho preámbulo pudiera ser omitido, había sido uno de los motivos que el Arzobispo Primado y demás prelados de la Iglesia Católica habían invocado para publicar su “prevención” contra las reformas que se intentaban.

Pero, en realidad, tal preámbulo está tácitamente derogado: él no tiene cabida dentro de las tendencias democráticas —antiteocráticas—, que inspiraron la reforma de 1936 y que orientaron al Estado hacia una meta de interdependencia social que va más allá de “asegurar los bienes de la justicia, la libertad y la paz” con abandono del antiguo concepto del Estado-gendarme. La Constitución actual no es ya obra exclusiva del Consejo Nacional de Delegatarios de 1886, sino también de la Asamblea Nacional de 1910 y de los Congresos posteriores, hasta el de 1936, que dictaron las diversas disposiciones codificadas bajo una nueva numeración. Así pues, los plurales de los verbos empleados en el preámbulo (“hemos venido en decretar, como decretamos....”) no corresponden, ni pueden corresponder, a ninguna firma.

Preámbulo igual o semejante al de la Constitución de 1886 traían las anteriores, desde 1821 hasta 1858; pero esta tradición fué interrumpida por la de 1863, expedida por la Convención Nacional “en nombre y por autorización del pueblo y de los Estados Unidos Colombianos que representa”.

La diferencia de preámbulos proviene de la divergencia de opiniones sobre el origen del poder público, según que se profese la doctrina teocrática o la democrática. Sostiene la primera que todo poder viene de Dios, y la segunda, que emana del pueblo.

La primera doctrina es la de la Iglesia Católica, que sigue las enseñanzas de San Pablo, según el cual *Non est potestas nisi a Deo*, y de San Agustín, quien en *La Ciudad de Dios*, escribió que así como Dios es creador de todas las naturalezas, "así es dador y dispensador de todas las potestades".

Esta cuestión apasionó los espíritus en la Edad Media; la tesis católica fué desarrollada por Santo Tomás de Aquino y otros filósofos escolásticos y fué el más poderoso sustentáculo del derecho divino de los reyes.

La Revolución francesa proclamó que ningún cuerpo ni ningún individuo puede ejercer autoridad que no emane expresamente del pueblo, al cual hizo sujeto o titular de la soberanía nacional.

Las Constituciones de la mayor parte de los Estados traen preámbulos derivados de la doctrina democrática, a imitación de la de los Estados Unidos, expedida en nombre del pueblo americano.

El Papa Pío XI dictó la Constitución del Estado del Vaticano en su propio nombre.

Entre nosotros las Constituciones de 1811 y 1812 no traían preámbulo alguno.

El constituyente debe limitarse a ejercer la función que le es propia, como órgano del Estado, sin entrar a definir la fuente última del poder público, que es cuestión que debe dejarse a la filosofía del derecho. Así como el órgano legislativo dicta leyes, el órgano ejecutivo expide decretos o ejecuta actos de administración, y el órgano judicial pronuncia sentencias sin necesidad de expresar la fuente suprema de donde sus poderes dimanar, así también el órgano constituyente debe ejercer sus funciones sin necesidad de preámbulos como los que comentamos.

TITULO I

De la Nación y el Territorio

SUMARIO: I. La Nación. — II. Soberanía. — III. Límites. — IV. División territorial general y modo de variarla. — V. Otras divisiones.

De los tres elementos que constituyen el Estado, o sea el territorio, la población y el gobierno, la Constitución trata en el título primero, del territorio; en el segundo, de la población, y en los restantes, del gobierno.

ARTICULO 1º — La Nación colombiana se reconstituye en forma de República unitaria. (Artículo 1º de la Constitución de 1886).

El constituyente empleó el verbo “se reconstituye” para indicar que antes del régimen federal que este estatuto abolía, Colombia había sido una república unitaria, y que, por consiguiente, sólo se trataba de reanudar una tradición política e histórica, interrumpida durante los veintisiete años precedentes.

Usando una terminología científica no puede decirse que la Nación colombiana sea la que está constituida en forma de república unitaria. El Estado es el que se constituye en forma unitaria o federal, y son el Estado y su gobierno los que se organizan en forma republicana o monárquica.

La nación, propiamente dicha, no es sino la población radicada en determinado territorio. Esa nación puede no constituir siquiera un Estado; tal era el caso de Grecia antes de 1830, sometida al yugo otomano, y de Polonia antes de 1919, sujeta a la dominación rusa.

La nación no es sino uno de los elementos constitutivos del Estado; pero acontece que por una figura retórica muy usual, solemos designar el todo por alguna de sus partes, y así decimos: la nación, el gobierno o el país, por decir: el Estado.

El Constituyente de 1886 siempre designa con la palabra *nación*, el *Estado nacional*, si bien en algunas disposiciones la emplea para referirse al pueblo colombiano como pasamos a verlo.

ARTICULO 2º — La soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, y de ella emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece. (Artículo 2º de la Constitución de 1886).

Hay que rastrear los orígenes de esta disposición para saber en qué sentido empleó aquí el constituyente la palabra *nación*.

En el “Acuerdo sobre reforma constitucional”, expedido por el Consejo Nacional de Delegatarios y que contenía las bases de la reforma sometidas a la ratificación de las municipalidades, figura como base primera la siguiente:

“La soberanía reside única y exclusivamente en la nación que se denominará República de Colombia”.

La palabra *nación* estaba aquí tomada en el sentido de Estado y por eso se decía que él se denominaría en lo sucesivo *República de Colombia* en vez de *Estados Unidos de Colombia*, que había venido llamándose desde 1861.

Quiso la base primera expresar que la soberanía residiría única y exclusivamente en el Estado nacional, a diferencia del régimen anterior, en el cual la soberanía del Estado nacional se ejercía en concurrencia con la soberanía de los Estados seccionales (que se titulaban *Estados Soberanos*), siendo aquél y éstos soberanos cada uno dentro de la esfera de los negocios de su competencia, según la distribución de ellos hecha por la Constitución federal. Bajo el nuevo régimen ninguna parte de la soberanía se reserva a los Estados (llamados ahora Departamentos); la nación, esto es, el Estado nacional, sería el único soberano en Colombia, con exclusión de cualquier otro.

Pero, al redactarse el proyecto de Constitución, ya no se precisó tan claramente este concepto, y a la palabra *nación* se le vino a dar una doble acepción: de Estado nacional y de pueblo colombiano. Veamos cómo:

En primer lugar, la frase que decía: “La soberanía reside única y exclusivamente en la Nación”, de significación histórica y política tan neta, como acabamos de verlo, fué reemplazada por esta otra: “La soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación”, agregándole que de ella emanan los poderes públicos, con lo cual el constituyente le dió una nueva significación, ya no de alcance nacional sino tomada de la historia del derecho constitucional de los Estados organizados jurídicamente bajo los principios de la Revolución francesa.

Ya desde 1776, en el *Bill of Rights* del Estado de Virginia se decía que todo poder residía en el pueblo y era derivado de él, del cual los magistrados no eran sino sus servidores y man-

datarios revocables en cualquier tiempo. Y la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, hecha en 1789 por la Asamblea nacional constituyente de Francia, siguiendo las huellas de la Constitución del Estado de Virginia, decía:

“El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ningún cuerpo, ningún individuo puede ejercer autoridad que no emane expresamente de ella”.

¿Qué entendieron los constituyentes franceses por *la nación*?

Esto nos lo aclara la Constitución de 1793, expedida por la Convención Nacional francesa, cuando en el artículo 17 de la Declaración de derechos dice que “la soberanía reside esencialmente en la universalidad de los ciudadanos”, artículo que es el 15 del Título XII “De los derechos del hombre y del ciudadano” de la Constitución cundinamarquesa de 1811, o sea de nuestro primer estatuto constitucional.

Hay, pues, que entender que el artículo 2º de la Constitución de 1886, al sentar que la soberanía reside esencial y exclusivamente en la nación, quiso expresar que residía en el pueblo colombiano, o sea en la universalidad de los ciudadanos, como lo quiso expresar la Declaración de los derechos de donde tal disposición fué tomada.

Esta tesis surge más claramente al estudiar la segunda parte del mismo artículo 2º, que dice que “de ella (es decir, de la nación) emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece”.

Las constituciones de las repúblicas europeas de la postguerra, ya desaparecidas, disponían lo siguiente:

“El Reich alemán es una república. El poder político emana del pueblo” (Art. 2º).

“Austria es una república democrática. El poder emana del pueblo”. (Art. 1º).

“Todo poder en la república checoslovaca emana del pueblo” (Parágrafo 1º).

“El Estado helénico es una república. Todos los poderes emanan de la nación”. (Art. 2º).

La Constitución del reino de Bélgica reza lo siguiente:

“Todos los poderes emanan de la nación, y serán ejercidos de la manera que la Constitución establece”.

No hay duda que la nación significa aquí el pueblo, la universalidad de los ciudadanos, según el lenguaje de la Convención francesa, pues de la nación entendida como el Estado no

podrían emanar los poderes públicos, entre otras razones, por la potísima de que el Estado no puede elegir a los gobernantes sino por medio de *su pueblo*.

Mas tomada la palabra *nación* en este sentido, resulta inadmisibile la primera parte del artículo 2º de la Constitución, pues no es cierto que la soberanía resida esencial y exclusivamente en el pueblo.

¿Qué entendemos por soberanía?

Para Juan Bodin, que fué el primero en formular el concepto específico de la soberanía, ésta era un poder absoluto (*la puissance absolue*), en virtud del cual "*le peuple, ou les seigneurs d'une république, peuvent... disposer des biens, des personnes et tout l'estat a son plaisir*".

Este concepto de la soberanía como un poder supremo, absoluto e incondicionado, era el mismo que tenían los autores de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de la cual proviene el artículo 2º de nuestra Constitución, como hemos dicho.

Pero la soberanía así entendida es un principio que no acepta el derecho público moderno: lejos de ser absoluto el poder del Estado, está limitado por el derecho, puesto que el derecho es anterior y superior al Estado, puesto que el Estado no es sino un órgano para el derecho; y lejos de ser incondicionado, el poder del Estado que ejercen los gobernantes, está sujeto a la precisa condición de que sus actos no persigan un objeto distinto del objeto propio del servicio público, el cual es el fundamento y el límite a la vez del poder gubernamental, como lo dice León Duguit.

El derecho público moderno entiende por soberanía algo muy distinto: para Giner "la soberanía es el poder supremo del Estado para hacer que el derecho reine en la sociedad", es decir, para realizar el derecho, que es el fin del Estado. Así entendida la soberanía no es otra cosa que el derecho correlativo a aquella obligación impuesta a los gobernantes de realizar el derecho, obligación que Duguit enumera entre los elementos constitutivos del Estado o de lo que él entiende por Estado.

Corolario de lo que se deja expuesto, es que si por soberanía entendemos lo que entendía la Declaración de 1789, la primera parte del artículo 2º, que dice que "la soberanía reside esencial y exclusivamente en la nación", debe suprimirse por ser un concepto inadmisibile, perjudicial e innecesario para la construcción jurídica del Estado, como lo ha demostrado Duguit. Y si por soberanía entendemos lo que define Giner, también podría suprimirse esa parte, puesto que querría decir que "la soberanía reside esencial y exclusivamente en el Estado", lo que sobra ex-

presar, porque la soberanía en este sentido no puede residir sino en el Estado, único llamado a realizar el derecho. En efecto, ni el pueblo, entendido como la universalidad de los ciudadanos, ni la nación, entendida como una población radicada en determinado territorio, tienen el poder ni la obligación de realizar el derecho: ese poder, esa obligación, objeto de la soberanía, radican esencial y exclusivamente en el Estado, el cual la ejerce por medio de órganos que forman el gobierno. Otra cosa es que, en los Estados democráticos, el gobierno emane del pueblo.

En nuestro concepto, dicho artículo 2º podría redactarse así:

“Los poderes públicos emanan del pueblo y se ejercerán de la manera que la Constitución establece”. Redacción que es casi la misma del correspondiente artículo de la Constitución belga.

ARTICULO 3º — Son límites de Colombia con las naciones vecinas los siguientes:

Con Venezuela, los definidos en el Laudo arbitral pronunciado por el Gobierno del Rey de España, el 16 de marzo de 1891; con el Brasil, los definidos en los Tratados de 24 de abril de 1907 y de 15 de noviembre de 1928; con el Perú, los definidos en el Tratado de 24 de marzo de 1922; con el Ecuador, los definidos en el Tratado de 15 de julio de 1916, y con Panamá, los definidos en el Tratado de 20 de agosto de 1924.

Forman igualmente parte de Colombia, además de las islas, islotes, cayos, morros y bancos que le pertenecen en los mares limítrofes, la isla de Malpelo y el archipiélago de San Andrés y Providencia.

Las líneas divisorias de la República con las naciones limítrofes, sólo podrán variarse en virtud de tratados públicos, debidamente aprobados por el Congreso. (Artículo 1º del Acto legislativo número 1º de 1936).

La Constitución de 1886 decía:

“Son límites de la República los mismos que en 1810 separaban el Virreinato de la Nueva Granada de las Capitanías Generales de Venezuela y Guatemala, del Virreinato del Perú, y de las posesiones portuguesas del Brasil; y provisionalmente, respecto del Ecuador, los designados en el Tratado de 9 de julio de 1856.

“Las líneas divisorias de Colombia con las naciones limítrofes se fijarán definitivamente por tratados públicos, pudiendo éstos separarse del principio del *uti possidetis* de derecho de 1810”.

Este artículo fué sustituido por el artículo único del Acto legislativo número 3 de 1909 (“por el cual se sustituye el artículo 3º de la Constitución nacional”) y, sin embargo, en las ediciones oficiales no se anotaba esta sustitución. Dicho artículo único decía así:

“El territorio de la República tiene por límites con el de las naciones limítrofes los que se hubieren fijado, o en lo sucesivo se fijaren, por trata

dos públicos debidamente aprobados y ratificados conforme a la Constitución y leyes de la República o por sentencias arbitrales cumplidas y pasadas en autoridad de cosa juzgada”.

Este artículo, a su vez, fué sustituido por el 1º del Acto legislativo número 3 de 1910, “reformatorio de la Constitucional Nacional”, en la siguiente forma:

“Artículo 1º Son límites de la República con las naciones vecinas los siguientes: con la de Venezuela, los fijados por el Laudo arbitral del Rey de España; con la de Costa Rica, los señalados por el Laudo arbitral del Presidente de la República Francesa; con el Brasil, los determinados por el tratado celebrado con esa República, en la parte delimitada por él, y el resto, los que tenía el Virreinato de la Nueva Granada con las posesiones portuguesas en 1810; con la República del Ecuador, provisionalmente, los fijados en la ley colombiana de 25 de junio de 1824, y con el Perú, los adoptados en el protocolo Mosquera-Pedemonte, en desarrollo del Tratado de 22 de septiembre de 1829.

“Las líneas divisorias de la República con las naciones limítrofes sólo podrán variarse en virtud de tratados públicos debidamente aprobados por ambas Cámaras legislativas”.

El señalamiento de los límites de la República en el texto constitucional, obedeció a una tradición del derecho público, que ha sido rota en las cartas constitucionales de los Estados organizados después de la guerra europea de 1914. Bryce enumeraba la demarcación del territorio como una de las cosas que las Constituciones debían comprender. No hay, sin embargo, razón suficiente para justificar la fijación de los límites del territorio nacional en la ley fundamental política, pues desde que el poder constituyente va a expedir el estatuto constitucional del Estado, tiene que partir del supuesto de que ya se sabe qué territorio forma ese Estado.

Desde el “Acta de la Federación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada”, de fecha 27 de noviembre de 1811, se estableció que eran “parte de esta Confederación todas las provincias que al tiempo de la revolución de la capital de Santafé en 20 de julio de 1810, eran reputadas y consideradas como tales”.

Una vez disuelta la Gran Colombia (que al territorio del Virreinato de la Nueva Granada había agregado el de la Capitanía General de Venezuela), la Constitución expedida en 1832 para el nuevo Estado de la Nueva Granada, decía en su artículo 2º:

“Los límites de este Estado son los que en 1810 dividían el territorio de la Nueva Granada de las Capitanías Generales de Venezuela y Guatemala y de las posesiones portuguesas del Brasil; por la parte meridional sus límites serán definitivamente señalados al sur de la Provincia de Pasto”.

Es sabido que el Virreinato de la Nueva Granada limitaba con las colonias portuguesas que hoy forman la República de los Estados Unidos del Brasil; con la Capitanía General de Guatemala, en la parte que hoy forma las repúblicas de Nicaragua y Costa Rica; con la Capitanía General de Venezuela, que hoy forma la república de este nombre, y con el Virreinato de Lima, que hoy forma la república del Perú. El territorio de la actual república del Ecuador era parte integrante del Virreinato de la Nueva Granada.

Era natural que al separarse de la metrópoli, las colonias españolas conservaran los límites que tenían al tiempo de su emancipación; otra regla de conducta habría sido fuente inagotable de guerras o litigios, provocados por anexiones territoriales a título de conquista.

En esto consistía el principio del *uti possidetis* de derecho: en que cada estado poseyera por los límites por donde poseía en 1810, conforme a los títulos de demarcación emanados de la Corona española.

Aceptando este principio, Colombia y Venezuela nombraron árbitro al Rey de España para que decidiera sus cuestiones de límites, como juez de derecho, y el árbitro pronunció el Laudo de 16 de marzo de 1891, que señaló los límites entre los dos países (1).

De la misma manera fueron fijados los límites de Colombia con la República de Costa Rica, por el Laudo arbitral del presidente de la república francesa, M. Emile Loubet.

Por tratado firmado en Bogotá el 24 de abril de 1907, entre el Ministro de Relaciones Exteriores, general Alfredo Vásquez Cobo, y el Ministro Plenipotenciario del Brasil, señor Eneas Martins, y aprobado por la Ley 24 del mismo año, se fijó la parte de la frontera entre Colombia y el Brasil, comprendida entre la Piedra del Cocuy y la desembocadura del Apoporis en el río Caquetá, quedando por entonces sin delimitar la parte comprendida entre dicha desembocadura y el río Amazonas.

La Constitución de 1886, como la de 1863, señaló provisionalmente respecto del Ecuador, los límites designados en el tratado de 9 de julio de 1856; este tratado acordaba que, mientras esos límites se fijaban definitivamente, se guardarían los señalados en la ley colombiana de 25 de junio de 1824, que es la misma a que se refiere el artículo 1º del Acto legislativo número 3 de 1910.

Los límites entre Colombia y el Ecuador fueron definitiva-

(1) La Ley 8ª de 1941 aprobó el tratado López de Mesa-Gil Borges sobre demarcación definitiva de fronteras entre los dos Estados.

mente convenidos por tratado de 15 de julio de 1916, aprobado por la Ley 59 del mismo año.

Las Constituciones anteriores a la de 1863 no señalaban al Perú como país limítrofe de Colombia: por la parte meridional designaban únicamente como limítrofe al Ecuador. Fué la Constitución de 1863 la primera que señaló como límites de Colombia por el sur “provisionalmente los designados en el tratado celebrado con el gobierno del Ecuador en 9 de julio de 1856, y los demás que la separan hoy de aquella república y de la del Perú”. Vino luego la Constitución de 1886 y señaló como límites de Colombia los que separaban en 1810 al Virreinato de la Nueva Granada, entre otros, del Virreinato del Perú.

El Acto legislativo número 3 de 1910 quiso ser más explícito y señaló como límites con el Perú “los adoptados en el protocolo Mosquera-Pedemonte, en desarrollo del tratado de 22 de septiembre de 1829”.

El tratado Lozano-Salomón señaló definitivamente los límites entre Colombia y el Perú; tratado aprobado por la Ley 55 de 1925.

La ley 43 de 1929 aprobó el tratado García Ortiz-Mangabeira sobre demarcación de la frontera colombo-brasileña que había quedado sin delimitar por el tratado Vásquez Cobo-Martins, adoptando una línea recta desde la desembocadura del río Apoporis en el Caquetá hasta la población brasileña de Tabatinga sobre la margen izquierda de Amazonas.

Por tratado firmado en Managua el 24 de marzo de 1928 y aprobado ese mismo año por la Ley 93, se definieron las cuestiones territoriales pendientes entre Colombia y Nicaragua sobre el dominio de la Costa de Mosquitos y el Archipiélago de San Andrés y Providencia.

Por último, a causa de la secesión del Departamento de Panamá, Colombia dejó de ser limítrofe con Costa Rica.

Reconocida la independencia del Istmo, los límites con el nuevo Estado fueron fijados en tratado de 20 de agosto de 1924, aprobado por la Ley 53 de ese año.

La precedente exposición explica la reforma hecha por el Acto legislativo número 1º de 1936.

El inciso 2º tuvo por objeto incluir dentro del territorio nacional las islas, que no figuraban en el Acto legislativo de 1910 ni en las Constituciones anteriores.

Critica el doctor Gnecco Mozo que el inciso diga que forman parte de Colombia además de las islas *que le pertenecen* en los mares limítrofes, las del archipiélago de San Andrés y Providencia; pero esta redacción obedeció a la imposibilidad de mencionar todas las islas, islotes, cayos, morros y bancos que

pertenecen a Colombia en los océanos Pacífico y Atlántico, y por eso se dijo que, además de las islas, etc., que pertenecían a la República en los mares limítrofes, formaba parte de Colombia el archipiélago de San Andrés y Providencia que, como es sabido, no está situado en los mares limítrofes de Colombia. Lo que da base a la crítica del doctor Gnecco es que se hubiera incluido la isla de Malpelo, como si ella no estuviera situada en un mar limítrofe de Colombia. La inclusión de dicha isla en la disposición dejó sin sentido el inciso, de allí la crítica que hace el doctor Gnecco.

El inciso 2º del artículo 3º de la Constitución de 1886 autorizó para que en la fijación definitiva de las líneas divisorias de Colombia con las naciones limítrofes, que se haría por tratados públicos, éstos pudieran separarse del principio del *uti possidetis juris* de 1810, cosa que no autorizaban las Constituciones anteriores. “De esta suerte, dice el comentador Samper, implícitamente se obligaba a la República a mantener como suyo el territorio dudosamente demarcado conforme al *uti possidetis*, sin poder admitir modificaciones por tratados, ora a virtud de decisiones arbitrales, ora en fuerza de justas compensaciones amigablemente estipuladas con las naciones limítrofes”.

El inciso 2º del artículo 1º del Acto legislativo número 3 de 1910 no hizo referencia al principio del *uti possidetis* por cuanto por decisiones arbitrales y tratados públicos, los límites de la República habían sido ya fijados; pero expresó que las líneas divisorias sólo podrían variarse en virtud de tratados públicos debidamente aprobados por ambas Cámaras legislativas.

ARTICULO 4º — El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenece únicamente a la Nación. (Artículo 4º, inciso 1º, de la Constitución de 1886).

Este artículo consagra el principio de que el territorio pertenece únicamente a la nación, tomando esta palabra como sinónima del Estado nacional.

El artículo se refiere a los bienes del dominio público del Estado, pues de los bienes del dominio privado del Estado o bienes fiscales trata el artículo 199 en el título XIX, “De la hacienda”.

La Constitución de 1863 sentaba el principio de que el territorio pertenecía a los Estados soberanos federados, y que sólo se reputaban *Territorios Nacionales*, regidos por una ley especial, “los territorios poco poblados u ocupados por tribus de indígenas, que el Estado o los Estados a que pertenezcan consientan en ceder al Gobierno general con el objeto de fomentar colonizaciones y realizar mejores materiales” (Artículo 78).

La Constitución de 1886 consagró el principio contrario: todo el territorio pertenece a la nación, y únicamente a ella, en dominio de derecho público. Así, pues, no hay territorio propio de los Departamentos ni de los Municipios, y cuando decimos "el territorio del Departamento de Cundinamarca" y "el territorio del Municipio de Bogotá", debe entenderse que queremos expresar: el territorio dentro del cual, dichos Departamento y Municipio ejercen su jurisdicción y no más. Bien es verdad que el constituyente no sacó de este principio todas las consecuencias que de él se derivan lógicamente.

No solamente el territorio pertenece al Estado (nación), sino "los bienes públicos que de él forman parte".

¿Cuáles son esos bienes que forman parte del territorio nacional? En primer lugar, el mar territorial, o sea la distancia de una legua marina, medida desde el límite de las más bajas mareas, y las playas marítimas, o sean las que cubren las aguas del mar cuando más crece; en segundo lugar, los lagos, los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, salvo las que nacen y mueren dentro de una misma heredad; en tercer lugar, las tierras baldías; en cuarto, las plazas, calles y caminos públicos, etc.

Samper enumera entre los bienes públicos del territorio nacional, las minas, salinas, fortificaciones, edificios, etc., pero nos parece que esto es un error. Creemos que la expresión "bienes públicos" está tomada en el sentido en que la ha definido el artículo 674 del Código Civil, que dice:

"Se llaman bienes de la nación aquellos cuyo dominio pertenece a la República.

"Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la nación de uso público o bienes públicos del territorio (Nación).

"Los bienes de la nación cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales".

No siendo las salinas, minas, fortificaciones y edificios, bienes de uso público, no pueden enumerarse entre los bienes públicos del territorio, pues son bienes de la nación o *bienes fiscales*, como así lo enseñan el artículo 199 de la Constitución y el 4º del Código Fiscal (Ley 110 de 1912).

ARTICULO 5º — El territorio nacional se divide en Departamentos, Intendencias y Comisarias; los primeros se dividen en Municipios o Distritos municipales.) *¡aquellos y éstos, en municipios o distritos locales.*

La ley puede decretar la formación de nuevos Departamentos, desmembrando o no las entidades existentes, siempre que se llenen estas condiciones:

1º Que haya sido solicitada por las tres cuartas partes de los concejales de la comarca que ha de formar el nuevo Departamento.

(Act. L. N.º 12)
de 1895

podría

2ª Que el nuevo Departamento tenga por lo menos 250.000 habitantes y quinientos mil pesos (\$ 500.000) de renta anual; y

3ª Que aquel o aquellos de que fuere segregado quede cada uno con una población de 250.000 habitantes por lo menos, y con una renta anual de quinientos mil pesos (\$ 500.000).

La ley podrá segregar territorio de un Departamento para agregarlo a otro u otros limítrofes, teniendo en cuenta la opinión de los habitantes del respectivo territorio y el concepto previo de los Gobernadores de los Departamentos interesados.

La ley reglamentará lo relacionado con esta disposición.

Las líneas divisorias dudosas serán determinadas por comisiones demarcadoras nombradas por el Senado.

Las Intendencias y Comisarias quedan bajo la inmediata administración del Gobierno y corresponde al legislador proveer a la organización y a la división administrativa de ellas.

La ley puede crear y suprimir Intendencias y Comisarias, anexarlas total o parcialmente a los Departamentos, darles estatutos especiales y reglamentar su organización electoral, judicial y contencioso-administrativa. (Artículo 2º del Acto legislativo número 1º de 1936).

*Administrativos y el segregar
especial de la municipalidad
que los integran*

El artículo 5º de la Constitución de 1886 decía:

La ley puede decretar la formación de nuevos Departamentos desmembrando los existentes, cuando haya sido solicitada por las cuatro quintas partes de los Concejos Municipales de la comarca que ha de formar el nuevo Departamento, y siempre que se llenen estas condiciones:

1ª Que el nuevo Departamento tenga por lo menos doscientas mil almas;

2º Que aquel o aquellos de que fuere segregado, queden cada uno con una población de doscientos cincuenta mil habitantes, por lo menos;

3ª Que la creación sea decretada por una ley aprobada en dos Legislaturas ordinarias sucesivas.

Este artículo fué subrogado por el 2º del Acto legislativo número 3 de 1910, que decía:

Artículo 2º El territorio nacional se dividirá en Departamentos, y éstos en Municipios o Distritos Municipales.

La ley puede decretar la formación de nuevos Departamentos, desmembrando los existentes, cuando haya sido solicitada por las tres cuartas partes de los Concejeros Municipales de la comarca que ha de formar el nuevo Departamento, y siempre que se llenen estas condiciones:

1ª Que el nuevo Departamento tenga por lo menos 250.000 habitantes, y \$ 250.000 oro de renta anual;

2ª Que aquel o aquellos de que fuere segregado quede, cada uno, con una población de 250.000 habitantes, por lo menos, y con una renta anual no menor de \$ 250.000; y

3ª Que la creación sea decretada por una ley aprobada por dos legislaturas anuales sucesivas.

Para la supresión de cualquier Departamento que se cree con posterioridad al presente Acto legislativo, bastará una ley aprobada en la forma ordinaria, siempre que durante el debate se compruebe que la entidad que va a suprimirse carece de alguna de las condiciones expresadas.

La ley podrá segregar Municipios de un Departamento, o suprimir Intendencias, y agregar éstas o aquéllos a otro u otros Departamentos limítrofes.

La reforma constitucional conservó la división del territorio nacional en Departamentos, que fué la denominación que el constituyente de 1886 dió a los antiguos Estados soberanos. Aquel nombre era el mismo que tenían las divisiones administrativas del territorio bajo la Constitución de 1821. Disuelta la Gran Colombia, el territorio de la Nueva Granada fué dividido en provincias, y con éstas se formaron los Estados soberanos al establecerse el sistema federal.

Entre las disposiciones primitivas de la Constitución y las reformatorias, hay las siguientes diferencias respecto de las formalidades exigidas para la creación de nuevos Departamentos:

1º La Constitución exigía la solicitud de las cuatro quintas partes de los Concejos Municipales de la comarca que había de formar el nuevo Departamento; la reforma exige la solicitud de las tres cuartas partes de los concejales de dicha comarca. Ha disminuído, pues, el número de los solicitantes, y ha atendido al de los concejales y nó al de los Concejos, para que así pesen más las opiniones de los grandes centros urbanos que tienen mayor número de concejales y también mejor sentido de los intereses públicos, fuera de que los Concejos de los Municipios de inferior categoría son, por lo regular, instrumento de los gobernantes y están dominados por las capitales de los Departamentos, siempre opuestas a toda segregación del territorio de su jurisdicción.

2º La Constitución exigía que el nuevo Departamento tuviera por lo menos 200.000 almas; la reforma exige que tenga por lo menos 250.000 habitantes y \$ 500.000 de renta anual. Se ha aumentado el número de habitantes en consideración a que de 1886 a hoy se ha triplicado la población de la República, y se ha exigido un requisito más, como es el de tener una renta que capacite a la nueva sección para atender a los gastos de su administración, a los servicios públicos y a su progreso moral y material.

3º La Constitución exigía que aquel o aquellos de que fueren segregados, quedaran cada uno con una población de 250.000 habitantes, por lo menos; la reforma mantiene este guarismo, pero exige además, que queden con una renta anual no menor de \$ 500.000, esto por las mismas razones expuestas en el punto que precede.

4º La Constitución exigía que la creación fuera decretada por una ley aprobada en dos legislaturas ordinarias sucesivas;

la reforma de 1910 exigía que lo fuera en dos legislaturas anuales sucesivas. Hoy basta una ley aprobada en una legislatura.

Comenta con mucha razón el doctor Gnecco:

"No se tuvo en cuenta para nada la extensión del territorio, sino únicamente el número de habitantes y el monto de la renta. Hubiera sido deseable tal consideración, nó para hacer Departamentos de grandes territorios, sino precisamente para lo contrario: para limitar la extensión de cada entidad. La demasiada extensión del territorio es casi siempre el mayor impedimento para su buena administración.

"El cómputo del monto de la renta no debió ser absoluto y aislado sino en relación con el gasto de administración, como es lo científico cuando se trata de medir la potencialidad económica o fiscal. Y el número de habitantes no debió ser factor, habiendo sólo dos, para esta clase de divisiones. Más representan como colectividad diez mil habitantes fácilmente comunicados entre sí y a los cuales alcance la acción del Gobierno y la justicia, que un cuarto de millón extendidos en vastedades amplísimas, desgobernados, como solemos verlos en algunos de nuestros más extensos Departamentos".

Con los requisitos exigidos por el artículo 5º de la nueva Codificación no se habrían podido crear, en su tiempo, los Departamentos del Atlántico, Caldas, Huila, Norte de Santander y Valle del Cauca, cuya creación ha sido de admirables resultados para el progreso de esas secciones.

Si el territorio pertenece a la Nación, no hay lógica en disponer que el legislador tenga en cuenta la opinión de los habitantes para decretar una segregación territorial, y menos el concepto de los gobernadores de los Departamentos interesados, pues ¿qué gobernador se atreverá a conceptuar en favor de la segregación territorial de su Departamento? Sobre este particular comenta el doctor Gnecco Mozo:

"Lo que ocurrirá de ordinario será que haya dos conceptos encontrados; a favor de la segregación, aquel al cual se le ha de aumentar la jurisdicción, y contra ella el concepto del gobernador cuyo Departamento va a ser recortado. Ahora bien: ¿cuál opinión prevalecerá? ¿Si el concepto del gobernador del territorio que va ser segregado, es adverso o contrario a la opinión de los habitantes, pues aún puede suceder que éstos descontentos de su gobierno, deseen cambiar, siendo así que ambas opiniones de habitantes y gobernantes deben ser atendidos?"

Para nosotros no existe este problema, porque cuando los textos mandan que se tengan en cuenta determinados conceptos, ello no quiere decir que obliguen a quien debe oírlos, sino que serán factores que deberán apreciarse para decidir la cuestión en un sentido o en otro, con mayor razón si hay discrepancia entre quienes tienen el derecho de ser oídos, y si median

razones de superior conveniencia o de mejor servicio público, de seguridad o integridad nacional, etc.

El artículo 1º del Acto legislativo número 3 autorizaba para que por una ley expedida en la forma ordinaria, el congreso pudiera suprimir cualquier Departamento que se creara con posterioridad a la expedición de dicho Acto legislativo, siempre que durante el debate se comprobara que la entidad que iba a suprimirse carecía de alguna de las condiciones expresadas. Ningún Departamento ha sido creado con posterioridad al Acto legislativo número 3 de 1910.

Este nada dijo respecto de la supresión de los Departamentos creados con anterioridad a él, o sea respecto de la supresión de los que actualmente existen. Por tanto, para suprimir cualquiera de éstos era menester un Acto legislativo reformativo de la Constitución, expedido conforme a lo dispuesto en el artículo 70 del mismo Acto legislativo número 3 citado.

La reforma de 1936 guardó absoluto silencio sobre esta cuestión, y por consiguiente, hay que entender que por una ley puede ser suprimido cualquier Departamento, puesto que por una ley puede creársele.

Intendencias y Comisarías.

El Acto legislativo número 1º de 1936 dió existencia constitucional a las Intendencias y Comisarías, que antes de ese año solamente funcionaban por virtud de leyes y decretos que las habían creado en fuerza de la necesidad de atender con un régimen especial a la administración de territorios que por su despoblación no podían ser sometidos al régimen común de los departamentos.

No dice la Constitución qué diferencia hay entre una intendencia y una comisaría, y parece que desde el momento mismo en que el constituyente autorizó al legislador para darles estatutos especiales, desapareció toda razón para hacer tal distinción, que se basaba en la mayor o menor dependencia de ellas respecto del gobierno nacional, debida a su mayor o menor capacidad para administrar los asuntos locales.

La disposición comentada sujeta las Intendencias y Comisarías a la inmediata administración del gobierno nacional, distinguiéndose en esto de los departamentos, los cuales tienen independencia para su administración seccional.

La ley puede crear y suprimir intendencias y comisarías y agregarlas total o parcialmente a los Departamentos, sin que para estos actos sea menester llenar las condiciones impuestas

para crear departamentos o para segregar o agregar territorios de ellos.

También corresponde a la ley proveer a la organización y división administrativa de las Intendencias y Comisarías, pudiendo darles estatutos especiales para cada una y reglamentar su organización electoral, judicial y contencioso-administrativa, ya que la Constitución para reglamentar estas materias no atendió sino a la división departamental.

Al decir que los departamentos se dividen en municipios, ¿quiso la reforma de 1936 decir que no pueden existir municipios en las Intendencias y Comisarías? No lo creemos, porque el constituyente dejó al legislador amplia facultad para proveer a la división administrativa de aquéllas.

Será el legislador el que dispondrá si en las Intendencias y Comisarías los distritos municipales deben ser creados por medio de leyes o por decretos del gobierno.

Con base en el inciso final del artículo 5º comentado, la Ley 2ª de 1943 dictó disposiciones sobre administración de las Intendencias y Comisarías. A esa Ley pertenecen las siguientes disposiciones, fuera de otras que comentaremos al tratar de cada una de las materias en que se ocupa este estatuto especial:

ARTICULO 1º Las Intendencias y Comisarías de que habla el artículo 5º de la Constitución Nacional, son personas jurídicas. Se asimilan a los Departamentos en cuanto no pugne con las disposiciones de carácter especial y, en consecuencia, les son aplicables las leyes que se refieran a los Departamentos sin hacer exclusión manifiesta de las Intendencias y Comisarías, o que no sean incompatibles con la naturaleza de éstas ni con su régimen especial. Así, las Intendencias y Comisarías podrán establecer los mismos impuestos y contribuciones y tendrán las mismas rentas que los Departamentos. Pero, de conformidad con aquel precepto constitucional, están bajo la administración inmediata del Gobierno Nacional, el cual, además de las funciones ejecutivas y administrativas, ejercerá en ellas las que en los Departamentos corresponden a las Asambleas Departamentales.

ARTICULO 2º Las Intendencias tendrán una mayor participación que las Comisarías en la administración de sus asuntos seccionales, de conformidad con la presente Ley. Por lo mismo, para que uno de los Territorios Nacionales pueda ser Intendencia se requiere que reúna estas tres condiciones:

- a) Una población no inferior a 25.000 habitantes;
- b) Rentas ordinarias cuyo producido, en promedio, durante tres vigencias fiscales consecutivas, no sea inferior a ciento veinte mil pesos (\$ 120.000.00); y
- c) No menos de dos núcleos de población que llenen los requisitos exigidos por la ley para su erección en Municipios.

Parágrafo 1º No obstante lo dispuesto en este artículo, el territorio de San Andrés y Providencia seguirá siendo una Intendencia.

Parágrafo 2º En consecuencia, son Intendencias los Territorios del

Chocó, el Meta y San Andrés y Providencia, y son Comisarias los del Caquetá, Vichada, Guajira, Arauca, Vaupés, Putumayo y Amazonas, unos y otros por sus límites actuales. Pero el Gobierno, en cualquier tiempo, a solicitud de un número apreciable de los vecinos del territorio respectivo, y previa comprobación de las condiciones requeridas, podrá elevar a la categoría de Intendencia una cualquiera de las Comisarias.

ARTICULO 3. Las Intendencias se dividen en Municipios y Corregimientos Intendenciales; las Comisarias, en Corregimientos Comisariales; no obstante, también podrá haber Municipios en las Comisarias, cuando se reúnan las condiciones legales y el Gobierno lo considere conveniente por razones especiales.

ARTICULO 4º Corresponde al Gobierno Nacional, en las Intendencias y Comisarias, crear y suprimir Municipios y Provincias y agregar o segregar términos municipales, con arreglo a la base de población y demás condiciones que determinen las leyes sobre la materia; y crear, organizar y suprimir Corregimientos Intendenciales o Comisariales. Los Municipios se regirán, en cuanto a su personería; representación; régimen administrativo, judicial, fiscal y electoral; derechos; facultades y obligaciones, por las normas legales y reglamentarias que regulan los demás del país, salvo lo dispuesto en esta Ley. Los Corregimientos Intendenciales y Comisariales no formarán parte de ningún Municipio; serán administrados por el respectivo Intendente o Comisario, en la forma y con la asesoría que el reglamento determine, y las contribuciones y demás rentas de carácter municipal que se establezcan y recauden en el Corregimiento no podrán ser invertidas sino en su propio beneficio.

Otra cuestión que aborda el artículo 5º es la determinación de las líneas divisorias dudosas entre los departamentos. La trataremos al estudiar el ordinal 7º del artículo 91 de la Codificación.

Creemos que no debieran existir otras entidades de creación constitucional que la Nación y los Municipios, y que debiera dejarse a la ley la facultad de hacer otras divisiones del territorio para el mejor arreglo del servicio público, verbigracia, en Departamentos, Provincias u otras.

ARTICULO 6º — Fuera de la división general del territorio habrá otras dentro de los límites de cada Departamento, para arreglar el servicio público.

Las divisiones relativas a lo fiscal, lo militar y la instrucción pública podrán no coincidir con la división general. (Artículo 7º de la Constitución de 1886).

Al discutirse en el Consejo de Delegatarios el preinserto artículo, el general Rafael Reyes introdujo una modificación que consistía en establecer que fuera de la división general del territorio podría haber otras dentro de los límites de cada Departamento, que fueran necesarias para la buena administración pública; pero el delegatario don Miguel Antonio Caro submodificó en la forma en que fué adoptado el artículo y explicó que

(Het unico de 1944) → Art 6.º La ley podrá exigir a departamentos, aun cuando no
 Tenga el número de habitantes y separado por ordi.
 no 20 del art. 3.º del Acto 1º de 1936, p.m. efect. y
 las territorios de 2 depts de Antioquia, Bolívar y Valle del Cauca

el uso del verbo en imperativo dependía de que la distribución de la esfera administrativa en diferentes esferas particulares era una necesidad imperiosa de buena administración, y agregó, refiriéndose al inciso 2º:

Hay dos modos de no coincidir la división establecida para arreglar servicios particulares, con la división civil. Uno es, si la primera es más amplia que la segunda, como sucedería si el territorio compuesto de nueve Departamentos, se divide en lo militar, en dos o tres comandancias generales. Otro modo de no coincidir consiste en la falta de uniformidad, como si en un Departamento se establecen tres o dos tribunales de distrito, y en otros dos o uno solamente.

Y comentando el mismo inciso, dice el señor Samper:

Es importante reconocer, conforme a este artículo, que una división en provincias o cantones, en distritos electorales, en circuitos judiciales, u otras semejantes, que tienda al arreglo del servicio público en los Departamentos, deberá coincidir con los límites territoriales de cada uno de éstos, sin confundir o involucrar en unas mismas demarcaciones pueblos o distritos de diversos departamentos. Las únicas excepciones admitidas se refieren a divisiones en lo fiscal, lo militar y la instrucción pública.

A pesar de tan terminante precepto, las leyes electorales hicieron circunscripciones ad-hoc, formándolas con municipios de distintos Departamentos, hasta que vino el Acto legislativo número 1º de 1930 (1) y por su artículo 5º dispuso que cada Departamento constituyera una circunscripción para la elección de representantes.

El delegatario don Francisco Mendoza Pérez, explicando el artículo en el Consejo Nacional, decía que en los Estados, por haber tenido gobierno propio y por otras causas, se habían formado intereses opuestos a los de los Estados vecinos y aún existían rivalidades peligrosas.

No obstante, juzgamos inconveniente el artículo 6º, pues obliga a la nación a hacer gastos en servicios públicos que podrían prestarse por agentes que extendieran su jurisdicción a dos o más Departamentos. Fue invocando dicho artículo como se obligó al legislador a crear un tribunal seccional de lo contencioso administrativo para cada Departamento, cuando antes había uno para dos o más Departamentos.

En 1931 sometimos al examen de la opinión pública un proyecto de reforma constitucional sobre supresión de los Departamentos.

Dijimos entonces que la Constitución de 1886 tuvo el principal defecto de que en unos puntos fué un estatuto de reacción contra todo lo existen-

(1) Hoy sustituido por el Acto legislativo número 2º de 1940.

te, llevado más allá de lo deseable, y en otros, un estatuto de transición que no se atrevió a romper con lo pasado en todo cuanto tenía de inaceptable.

Uno de los errores de que desde luego se tachó a la Constitución de 1886 por los más expertos estadistas, fué el de haber conservado los antiguos Estados soberanos con la denominación de Departamentos.

Ya desde 1888 el doctor Carlos Holguín, en su carácter de jefe del Poder Ejecutivo y con las firmas de sus ministros señores José Domingo Ospina Camacho, Carlos Martínez Silva, Vicente Restrepo, Felipe F. Paul, Antonio Basilio Cuervo, Jesús Casas Rojas y Rafael Reyes, proponía a las Cámaras la eliminación de la división departamental, considerando su subsistencia como un anacronismo y como una contradicción flagrante con las nuevas instituciones.

La nación ha aceptado el régimen central como el más acorde con sus tradiciones históricas, con sus necesidades políticas y con sus aspiraciones a la unidad, hacia la cual marcha el mundo. Si esto es así, debemos adaptarla a él científicamente y aceptarlo con todas las consecuencias que se desprenden en rigurosa lógica. Los actuales Departamentos no obedecen a ningún postulado histórico; ni a diferencias raciales, que en realidad no existen entre nosotros, ni a intereses económicos, porque no hay antagonismo a este respecto entre las distintas secciones y, antes bien, se observa que si algún antagonismo se presenta, es precisamente entre ciudades de un mismo Departamento.

Entre las objeciones que se le han opuesto a la reforma está la afirmación de que Colombia es históricamente un estado federalista. Mas este es un error, porque es sabido que de los cuatro siglos que cuenta la historia de nuestro país, en sólo veintisiete años, o sea de 1858 a 1885, ha sido regido por gobiernos federales. Centralista fué el gobierno del Virreinato, centralista el de la Gran Colombia, centralista el de la Nueva Granada, no obstante que entonces el territorio nacional era más vasto, por no haber sufrido las secesiones que posteriormente lo redujeron.

Se ha objetado también que geográficamente Colombia es un país federalista. Mas basta echar una ojeada al mapa de la República para convenirse de que los actuales Departamentos no obedecen a divisiones geográficas: ningún límite arcifinió separa a Boyacá de Cundinamarca, ni al Tolima del Huila; que si de topografía se tratara, los Departamentos de la Costa Atlántica deberían ser uno solo, otro las altiplanicies de Cundinamarca y Boyacá; otro las costas del Pacífico; otro las llanuras orientales; y otros, los valles del Cauca y del Magdalena, y otros, las montañas de Antioquia y Santander; pero las divisiones departamentales existentes no corresponden siquiera a la topografía nacional: costas y montañas integran un solo departamento sin otra razón que la necesidad de agrupar distritos para llenar los requisitos constitucionales de población y renta; nada une las mesetas de Pasto y Túquerres a las costas del Pacífico; ni el valle de Popayán a los del Cauca y del Patía, ni la sabana de Bogotá a las riberas del Magdalena, ni las mesetas de Tunja a las llanuras de Casanare.

Es errado aseverar que la división actual del país sigue una tradición anterior a la república. De los catorce Departamentos, seis de ellos datan sólo de un tercio de siglo. Si hubiéramos de remontarnos a la división colonial, tendríamos que volver al antiguo Cauca, integrado con los actuales Departamentos del Cauca, Nariño, Valle y Caldas. Y así de los demás.

Abogar hoy por la resurrección del federalismo, tal cual existió entre nosotros de 1858 a 1885, es un intento reaccionario. Los anhelos de descentralización administrativa, que abrigan los espíritu genuinamente liberales, no se satisfacen ya con la soberanía de nueve Estados, en los cuales los Mu-

nicipios carecieron de toda vida autónoma, sino que piden la autonomía para éstos, sin que ella implique una soberanía concurrente con la de la nación como en los tiempos en que entre nosotros se ensayó el federalismo con tan desastrosos resultados.

A nuestro parecer, lo que Colombia necesita no es un retroceso al federalismo, sino un avance hacia la autonomía municipal, que es la última etapa del proceso de la racionalización democrática, que subordina la política al derecho, como lo expresan los modernos tratadistas de derecho constitucional.

El régimen federal obedece a leyes históricas y a necesidades políticas en países como los Estados Unidos, que comenzaron por una federación de colonias independientes, o como Alemania, por una confederación de Estados republicanos y monárquicos, o como Suiza, por una confederación de cantones cuyos habitantes están separados entre sí por la raza, la religión y la lengua; pero este no es el caso de Colombia, que se asemeja más a Francia por estos aspectos.

Quienes abogan en favor de la conservación de los Departamentos, arguyen que Bogotá es una capital excéntrica, desde la cual no puede dirigirse una administración central; pero es porque se olvida que la reforma que defendemos, al mismo tiempo que consagra para la Nación un gobierno centralista, establece la autonomía de los Municipios para la administración local, y porque se parte del supuesto erróneo de que para gobernar es menester trasladarse personalmente a los distintos lugares, como si no existieran otros medios de comunicación y de transmisión de las órdenes del Gobierno. Colombia cuenta con líneas telegráficas, con líneas telefónicas, con ferrocarriles y carreteras que unen los principales centros de la nación, con servicios de inalámbricos y de correos aéreos, que permiten transmitir rápidamente a los últimos extremos del país las órdenes del Poder Ejecutivo.

Más del treinta y tres por ciento de los presupuestos departamentales se invierten en la recaudación de las rentas, y esto sin tener en cuenta que hay muchas entradas que no causan por este concepto erogación ninguna a los Departamentos, por tratarse de dineros suministrados por la nación a título de participación en las rentas nacionales, de petróleo, de salinas, de esmeraldas, etc.

Con razón que el profesor Esteban Jaramillo hiciera a la autonomía fiscal de los Departamentos reparos tan serios como los siguientes:

“Primero, el Estado federal o Departamento autónomo es una entidad intermedia entre la nación y el municipio que necesita numeroso tren burocrático a cargo de los contribuyentes, y cuyos servicios suelen no guardar relación con el desembolso que implican. Segundo, estas entidades necesitan considerables rentas, que naturalmente cercenan las que debieran corresponder a las entidades primordiales que son la Nación y el Municipio. Tercero, la organización de aquéllos les quita unidad a la organización de las haciendas nacional y municipales. Cuarto, es un hecho histórico incontestable que aquellas entidades son muy propensas a la expansión fiscal en forma de nuevos gravámenes para los contribuyentes, de la adquisición de dineros a préstamo o de la irrupción dentro de la hacienda del Estado, y quinto, es muy difícil señalar funciones que correspondan a verdaderas necesidades públicas, que no puedan ser desempeñadas por la Nación o por el Municipio y que guarden relación con el enorme costo que demandan”.

Los actuales Departamentos sostienen un costoso tren administrativo, de catorce gobernaciones con gabinetes de secretarios que equivalen a otros tantos ministerios de despacho ejecutivo; catorce asambleas que son otros tantos pequeños congresos; catorce tribunales de cuentas o contralorías de-

partamentales; una enorme lista de administradores y recaudadores de hacienda departamental, etc.

Se objeta que suprimidos los Departamentos, no podría la Nación disminuir el tren de empleados que aquéllos sostienen, pero basta pensar que en la actualidad en cada Distrito existe un recaudador de hacienda municipal, otro de hacienda departamental y otro de hacienda nacional; un jefe de policía nacional, otro departamental y otro municipal en algunas capitales, etc., y que, eliminando los Departamentos, bastaría en cada municipio un solo recaudador que percibiese así las rentas del distrito como las de la Nación, con lo cual el gasto que hoy se invierte en recaudar la hacienda departamental vendría a beneficiar a los municipios, que podrían ser los encargados de percibir todos los tributos, recibiendo en cambio de este servicio una buena participación en las rentas departamentales que pasaren a ser de la Nación.

Suprimiendo las entidades departamentales, los millones de pesos que se invierten hoy en pagar el numeroso tren burocrático departamental, vendrían a robustecer el organismo fiscal de la Nación y del Municipio, a levantar el crédito exterior y a dar nueva vida a la economía del país, permitiéndoles dedicar aquellas sumas a la construcción de obras públicas, a dar ocupación a los brazos, a fomentar las industrias y aumentar la producción.

Lo único que responde entre nosotros a tradiciones históricas es el municipio; la ciudad con su jurisdicción territorial, con su cabildo, con sus propios y sus fueros, existió desde los primeros días de la conquista y colonización. Ella no es creación de los legisladores sino de la naturaleza, y es triste pensar que en materia de autonomía municipal existía en la colonia un régimen más avanzado que el que al presente tenemos; los cabildos tenían facultad de elegir los alcaldes, los jueces, los jefes de policía, los alguaciles, los maestros de escuela; establecían su sistema rentístico sin estar sujetos a tarifas de arbitrios municipales y a tantas trabas como hoy existen para hacer nugatoria la labor de los Concejos.

Los Municipios, escribió don Gumersindo de Azcárate, "no son asociaciones que surgen al conjuro de los individuos o de los gobiernos. sino personas sociales, naturales y necesarias, cuya existencia tienen que reconocer gobiernos e individuos", y Ahrens en su *Derecho natural* agrega que "el Municipio es el segundo grado de las sociedades fundamentales que abarcan todos los aspectos de la vida humana. No es una circunscripción territorial para un fin político (como nuestros Departamentos, glosamos nosotros); es, por el contrario, una comunidad de familias para la prosecución de todos los fines esenciales de la vida".

TITULO II

De los habitantes: nacionales y extranjeros

SUMARIO: I. Calidad de nacional colombiano. Definición de ella. Cómo se pierde. Obligaciones generales de nacionales y extranjeros. Limitación recíproca de los derechos que confiere la naturalización. Nacionalización de compañías. — II. Ciudadanía. Definición de ella. Por qué causas se pierde o se suspende. Prerrogativas inherentes a la ciudadanía.

La Constitución en el título I trata del *territorio*, que es uno de los elementos constitutivos de la Nación y del Estado. En el título II se ocupa en otro de los elementos constitutivos también de la Nación y del Estado, o sea de la *población*, y enseña que los habitantes del país no pueden ser sino o nacionales o extranjeros.

ARTICULO 8º. — Son nacionales colombianos:

1º Por nacimiento:

a) Los naturales de Colombia, con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos, o que siendo hijos de extranjeros se hallen domiciliados en la República;

b) Los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren en la República.

2º Por adopción:

a) Los extranjeros que soliciten y obtengan carta de naturalización;

b) Los hispanoamericanos y brasileños por nacimiento que, con autorización del Gobierno, pidan ser inscritos como colombianos ante la municipalidad del lugar donde se establecieren. (Artículo 3º del Acto legislativo número 1º de 1936).

Son extranjeros en Colombia todos los individuos que no sean nacionales colombianos. Ahora bien, el artículo 8º de la Constitución de 1886, decía:

Son nacionales colombianos:

1º Por nacimiento:

Los naturales de Colombia con una de dos condiciones: que el padre o la madre también lo hayan sido, o que siendo hijos de extranjeros se hallen domiciliados en la República.

Los hijos legítimos de padre y madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren en la República, se considerarán colombianos de nacimiento para los efectos de las leyes que exijan esta calidad.

2º Por origen y vecindad:

Los que siendo hijos de madre o padre naturales de Colombia y habiendo nacido en el extranjero, se domiciliaren en la República; y cualesquiera hispanoamericanos que ante la Municipalidad del lugar donde se establecieron, pidan ser inscritos como colombianos.

3º Por adopción:

Los extranjeros que soliciten y obtengan carta de ciudadanía.

Conforme a la reforma de 1936, no hay sino dos modos para ser nacional colombiano, y son: o por nacimiento, o por adopción. Los individuos nacidos en Colombia se consideran nacionales colombianos por nacimiento, con una sola excepción: cuando siendo hijos de ambos padres extranjeros, aquéllos (es decir, los hijos) no se hallen domiciliados en la República. Por tanto, el hijo de padre y madre extranjeros, nacido en Colombia, pero que no está domiciliado en la República, no goza de la nacionalidad colombiana mientras no venga a domiciliarse en nuestro país; en cambio, los hijos de padre extranjero y madre colombiana, o de madre extranjera y padre colombiano, nacidos en Colombia, se consideran colombianos por nacimiento, aunque no se hallen domiciliados en la República.

Es una interpretación errónea creer que el aparte a) se refiere al domicilio de los padres, que no es factor que se tenga en cuenta para determinar la nacionalidad.

La Constitución asimila también a colombianos de nacimiento a ciertos individuos que no han nacido en Colombia sino en país extranjero, y son los hijos de padre o madre colombianos, siempre que luego se domiciliaren en la República.

No se veía la razón para que en este caso se exigiera la calidad de hijo legítimo y por eso la reforma de 1936 suprimió este requisito. La asimilación a colombianos de nacimiento se funda en que, estando domiciliados en Colombia y siendo hijos de padre o madre o de ambos padres colombianos, hay motivo para presumir que la sangre pueda en ellos más que el mero accidente geográfico del nacimiento en tierra extranjera.

Por supuesto que los individuos nacidos en país extranjero, de padre o madre colombianos, adquieren la nacionalidad del país de origen o del nacimiento, según donde se domicilien. Nuestra Constitución no admite que en casos en que respecto de un individuo militen circunstancias de doble o múltiple nacionalidad, pueda optar por la nacionalidad colombiana o la extranjera: si se domicilia en Colombia será forzosamente colombiano. Así un individuo nacido en Colombia de padre ve-

nezolano y madre ecuatoriana, será colombiano, ecuatoriano o venezolano, según el país en donde se domicilie.

El Ministerio de Gobierno, de acuerdo con la Comisión Asesora del Ministerio de Relaciones Exteriores, ha emitido el siguiente concepto:

"Se aparta el constituyente colombiano del sistema tradicional del *jus soli* y del *jus sanguinis*, como único criterio para determinar la nacionalidad de los colombianos, pues a esos dos elementos añade uno nuevo: el domicilio.

"De acuerdo con el principio constitucional transcrito, se presentan las siguientes situaciones:

"a) El *jus soli*, junto con el *jus sanguinis*, bastan para determinar la nacionalidad de una persona. Así, un individuo cuyo padre o madre sean colombianos, y haya nacido en territorio colombiano, tiene esta nacionalidad aunque fije su domicilio en el extranjero;

"b) El *jus soli*, unido al hecho del domicilio, también da carácter de nacional. Así, es nacional colombiano el hijo de padres extranjeros, siempre que haya nacido en Colombia y tenga su domicilio en nuestro país;

"c) El *jus sanguinis*, unido al hecho del domicilio, también establece la nacionalidad de una persona. Por ejemplo, si un individuo nace en el extranjero, pero de padre o madre colombianos, será de nacionalidad colombiana siempre que establezca su domicilio en nuestro país".

La Constitución chilena consagra principios en parte distintos, pues dice:

"Artículo 5º Son chilenos:

1º Los nacidos en el territorio de Chile con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que podrán optar entre la nacionalidad de sus padres y la chilena;

2º Los hijos de padre o madre chileno, nacidos en territorio extranjero, por el solo hecho de avencindarse en Chile. Los hijos de chilenos nacidos en el extranjero hallándose el padre o la madre en actual servicio de la República, son chilenos aún para los efectos en que las leyes fundamentales o cualesquiera otras, requieran nacimiento en el territorio chileno;

3º Los extranjeros que obtuvieren carta de nacionalización en conformidad a la Ley, renunciando su nacionalidad anterior; y

4º Los que obtuvieren especial gracia de nacionalización por Ley.

Los nacionalizados tendrán opción a cargos públicos de elección popular sólo después de cinco años de estar en posesión de sus cartas de nacionalización.

La Ley reglamentará los procedimientos para la opción entre la nacionalidad chilena y una extranjera; para el otorgamiento, la negativa y la cancelación de las cartas de nacionalización, y para la formación de un registro de todos estos actos".

Explica Samper que el privilegio de fácil nacionalización otorgado a los hispanoamericanos se inspira en el deseo de estimular la fraternidad con pueblos de raza e instituciones análogas. Efectivamente, entre nosotros cuesta trabajo reconocer

como extranjeros a los hijos de las repúblicas hispanoamericanas, de modo que la Constitución no ha hecho sino reconocer una realidad.

La Ley 22 de 1936 ha señalado el procedimiento para verificar la inscripción. Dice:

“Artículo 10. Cuando individuos hispanoamericanos soliciten que se les inscriba como colombianos, al tenor del artículo 8º de la Constitución (7º de la Codificación), se extenderá una diligencia en papel común, firmada por ellos, el Presidente y el Secretario de la respectiva municipalidad, en la cual se expresará lo siguiente:

a) El Estado de que es nativo el solicitante y el Gobierno de que se considera súbdito; b) Que ha prestado ante el Gobernador, una vez que éste ha recibido la carta de naturaleza firmada por el encargado del Poder Ejecutivo, el juramento (o protesta solemne si su religión no le permite jurar) de renunciar para siempre a cualesquiera vínculos que lo ligen a otro gobierno, y sostener y cumplir la Constitución y leyes de la República; c) El número, los nombres, edad y sexo de los hijos menores que de él dependan y a quienes se extienda la naturalización.

“Artículo 11. Las municipalidades no darán cumplimiento a lo dispuesto en el artículo anterior, sino autorizadas por el Gobierno, a quien previamente expondrán las circunstancias del postulante”.

Inspirándose en el mismo pensamiento de fraternidad racial, la Constitución española de 1931 disponía lo siguiente:

“A base de una reciprocidad internacional efectiva y mediante requisitos y trámites que fijará una ley, se concederá ciudadanía a los naturales de Portugal y países hispánicos de América, comprendido el Brasil, cuando así lo soliciten y residan en territorio español, sin que pierdan y modifiquen su ciudadanía de origen. En estos mismos países, si sus leyes no lo prohíben, aun cuando no reconozcan el derecho de reciprocidad, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen” (Artículo 24).

El único Estado hispanoamericano que correspondió a la reciprocidad requerida por la abrogada Constitución española fué el Perú, por la Constitución de 1932, otorgándoles a los españoles la nacionalidad peruana sin perder la de origen.

El ordinal 2º de dicho artículo 7º enseña que adquieren la calidad de nacionales colombianos por adopción: los extranjeros que soliciten y obtengan carta de naturalización.

La Ley 22 de 1936 reglamenta la manera como los extranjeros pueden adquirir carta de naturalización. Dispone esta ley que el solicitante debe dirigir un memorial al Poder Ejecutivo por conducto de la Gobernación del Departamento en donde resida, en el que exprese el Estado de que es nativo y el gobierno de que es súbdito, como también el número, los nombres, la edad y el sexo de las personas a quienes debe hacerse extensiva la naturalización (o sean sus hijos menores de veintinueve años), y

que después de extendida la carta de naturaleza por el encargado del Poder Ejecutivo, el postulante prestará juramento ante el Gobernador del Departamento en que resida, de renunciar para siempre a cualesquiera vínculos que lo ligen a otro gobierno, y cumplir la Constitución y leyes de la República.

El Gobernador remitirá la solicitud al Ministerio de Relaciones Exteriores con su concepto acerca de si debe o nó accederse a ella. Sólo se expedirá carta de naturaleza a los extranjeros que hayan residido en Colombia durante cinco años por lo menos, que hayan entrado al país de acuerdo con las disposiciones vigentes, que conozcan suficientemente el castellano y que hayan observado conducta correcta.

Los principios consignados en este artículo no dejan de presentar en su aplicación algunas dificultades, por hallarse en colisión con la legislación de otros países.

Así, por ejemplo, el ordinal 1º declara nacionales colombianos por nacimiento a los naturales de Colombia que, siendo hijos de extranjeros, se hallen domiciliados en la República; pero acontece que hay países que los reclaman como nacionales suyos. ¿Cómo solucionar la dificultad? No hay duda que mientras dichos individuos se hallen domiciliados en Colombia, aquí se les considerará como colombianos, sin reconocerles derecho a optar por la nacionalidad de sus padres; pero si se domicilian en el país de donde son naturales sus padres, adquieren allá la nacionalidad extranjera, sin que Colombia les reconozca entonces la calidad de nacionales suyos; es decir, que Colombia aplica a los hijos de extranjeros, nacidos en Colombia, los mismos principios que a los hijos de colombianos nacidos en países extranjeros.

¿Qué resolver sobre los individuos nacidos en Colombia de padres desconocidos, cuando se domicilian en el exterior? Que son nacionales colombianos por nacimiento, pues a la regla general no cabe otra excepción, como ya lo expresamos, que la demostración de que el natural de Colombia, domiciliado en el exterior, es hijo de padres extranjeros.

La distinción entre colombianos por nacimiento o por adopción obedece a que la Constitución exige ser colombiano de nacimiento para ocupar los siguientes cargos: Presidente de la República, Senador, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y Consejero de Estado (artículos 87, 110, 133 y 147 de la Codificación).

¿Qué resolver respecto de una colombiana que se casa con un extranjero, o de una extranjera que se casa con un colombiano? El proyecto de Constitución presentado a la considera-

ción del Consejo Nacional de Delegatarios traía como inciso final del artículo 8º el siguiente:

“La mujer casada sigue la nacionalidad del marido”.

Este inciso fué suprimido del texto constitucional, sin que aparezcan explicados los motivos.

La Comisión Asesora del Ministerio de Relaciones exteriores, en relación con este asunto, llegó a las siguientes conclusiones:

1ª La extranjera que se casa con un colombiano no adquiere por ese solo hecho la nacionalidad colombiana porque entre los modos de adquirir ésta que enumera el artículo 8º de la Constitución (de 1886) no se halla el de nacionalización por matrimonio.

2ª La mujer cuyo marido extranjero adquiriera la nacionalidad colombiana, si queda nacionalizada por ese solo hecho, porque así lo dispone el artículo 17 de la Ley 145 de 1888, que estatuye:

“En cabeza del marido quedarán naturalizados su mujer y sus hijos menores de veintidós años” (1).

3ª La mujer colombiana que se casa con un individuo de otra nacionalidad no pierde la suya propia, porque tal manera de perder esta nacionalidad no figura en el artículo 9º de la Constitución (de 1886) ni en ley colombiana alguna.

4ª Consiguientemente, la mujer colombiana cuyo marido colombiano adquiriera otra nacionalidad, no pierde la suya propia, porque tampoco ese caso está comprendido, según se acaba de citar, como medio de perder la nacionalidad.

ARTICULO 8º — La calidad de nacional colombiano se pierde por adquirir carta de naturalización en país extranjero, fijando domicilio en el Exterior, y podrá recobrase con arreglo a las leyes. (Artículo 4º del Acto legislativo número 1º de 1936).

No reconoce, pues, la Constitución más que una causa de pérdida de la calidad de nacional colombiano, y es la adquisición de carta de naturaleza en país extranjero, fijando domicilio en el exterior.

La disposición es razonable, pues si se admitiera que un colombiano puede perder su nacionalidad sin haber adquirido otra, se consagraría la *apatría*, esto es, la condición de individuos que no tienen nacionalidad ninguna.

Samper trae el siguiente comentario a este artículo:

(1) Este artículo ha sido reformado por el 3º de la Ley 22 de 1936 en la siguiente forma:

“La mujer extranjera casada ya sea con extranjero o con colombiano, que desee ser colombiana, tiene que solicitar y obtener su carta de naturaleza”.

“En cuanto a la pérdida de la calidad de colombiano, por adquisición de carta de naturaleza en país extranjero, este artículo pone una sabia limitación: la de que el colombiano que adopte otra patria de derecho, la adopte también de hecho, esto es, fijando en ella su domicilio. En esto se hizo hincapié, particularmente por indicación del Poder Ejecutivo, seguramente con el fin de impedir cierto abuso; el de varios colombianos que pretendiendo ponerse bajo la protección de fuertes gobiernos extranjeros, con daño o desdoro para su propio país, continúan viviendo en Colombia como si fueran colombianos, y obteniendo todas las ventajas de tales y tan sólo alegan o esperan poder alegar los privilegios extranjeros, cuando les conviene sustraerse a la jurisdicción nacional. Esto no será permitido. El que siendo colombiano quiera adquirir carta de naturaleza en país extranjero, deberá al mismo tiempo fijar allí su domicilio (esto quiso decirse con la frase gerundial —y galicada, agregamos nosotros— fijando en él domicilio, para que el hecho coincida con el derecho); sin lo cual el individuo continúa siendo colombiano”.

En otros términos: La Constitución no admite que pueda haber colombianos que sean extranjeros en su propia patria.

Puede presentarse el caso de un colombiano que adquiera carta de naturaleza en país extranjero, verbigracia, en los Estados Unidos, y no fije en él domicilio, sino en otro país, verbigracia, en Inglaterra, ¿perderá la calidad de nacional colombiano? La duda cabía bajo el imperio del artículo 9º de la Constitución de 1886; hoy nó, porque la reforma claramente habla de fijar domicilio “en el Exterior”.

La Constitución de 1863 (artículos 32 y 88) establecía dos causas para perder la calidad de nacional colombiano: 1ª Haber adquirido nacionalidad en país extranjero fijando en él domicilio, y 2ª haber admitido empleos, condecoraciones, títulos o rentas de gobiernos extranjeros sin permiso del Congreso.

La Constitución de 1886 suprimió la segunda causal, por considerarla como cosa nimia o mezquina, dice Samper, quien agrega:

“Respecto del común de los ciudadanos, no hay razón para la prohibición general; pero sí se comprende la conveniencia del permiso previo, cuando se trata de empleos (como el de Cónsul) que han de ser ejercidos en Colombia, o de empleos o gracias que se otorguen por gobiernos extranjeros a empleados de la República, por cuanto la independencia de ellos puede sufrir menoscabo. Al segundo caso ha provisto la Constitución en su artículo 120 (inciso 18) dando al Poder Ejecutivo (como cosa más fácil y expeditiva), y no al Congreso la atribución de conceder las respectivas licencias”.

El artículo comentado dispone que la calidad de nacional colombiano que se pierde por adquirir carta de naturaleza en país extranjero, “podrá recobrase con arreglo a las leyes”.

Sobre el particular sólo existía el artículo 1998 del Libro tercero del Código Judicial (expedido en 1873), que decía:

“Los colombianos que hubieren perdido el carácter de tales en virtud de resolución de la Corte Suprema, dictada en cumplimiento de esta sección, lo recobrarán si fijan su residencia en el territorio de la Nación, y declaran ante el Secretario de Relaciones Exteriores, o ante el Poder Ejecutivo del Estado (se refiere a los antiguos Estados soberanos) en que residan, que quieren volver a ser colombianos. La manifestación del interesado, con un informe del funcionario ante quien la haga, sobre la efectividad de la actual residencia de aquél, se remitirá a la Corte Suprema para que, con audiencia del Procurador General, declare que el solicitante ha recobrado la calidad de colombiano”.

Este artículo no figura en el nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938), y la Corte Suprema ha dicho que cuando no ha mediado ninguna decisión de ella sobre pérdida de la calidad de colombiano, esta entidad no tiene competencia para declarar que se la ha readquirido.

Y es claro, porque si la calidad de nacional colombiano solamente se pierde por adquirir carta de naturaleza en país extranjero con fijación de domicilio en el exterior, desde que el colombiano nacionalizado en país extranjero vuelve a domiciliarse en Colombia, recupera ipso facto su nacionalidad colombiana puesto que le falta entonces el segundo de los requisitos exigidos para la pérdida de su calidad de nacional colombiano. El colombiano nacionalizado en país extranjero, que vuelve a domiciliarse en Colombia recobra su calidad de nacional colombiano, aun cuando no haga ante el Ministerio de Relaciones Exteriores la declaración de que quiere volver a ser colombiano, y más aún: aun cuando hiciera declaración en sentido contrario.

En nuestro tratado de *Derecho Contencioso Administrativo Colombiano* (página 150) emitimos el concepto de que es manifiestamente inconstitucional el Decreto número 181 de 1942, dictado por el Presidente Santos, en cuanto dispone que los nacionales colombianos por adopción a quienes el Gobierno considere comprometidos en actividades contrarias al orden público y a la seguridad nacional, quedarán sometidos a las sanciones establecidas para los extranjeros, y que el Gobierno podrá suspender los efectos de las cartas de naturaleza expedidas a su favor, ya que conforme al artículo constitucional comentado, la calidad de nacional colombiano no se puede perder sino por adquirir carta de naturalización en país extranjero, con fijación de domicilio en el exterior.

10²
ARTICULO 27 — Es deber de todos los nacionales y extranjeros en Colombia, vivir sometidos a la Constitución y a las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades. (Artículo 10 de la Constitución de 1886).

Este artículo era innecesario ya que la obediencia a la ley

es uno de los elementos de orden positivo que entran en la construcción jurídica del Estado, al decir de Duguit.

Samper explica que esta disposición existía en las Constituciones anteriores y que se conservó para advertir a los extranjeros que vienen a Colombia que quedan sometidos a sus leyes y autoridades. En efecto, no faltan extranjeros que pretendan alegar su calidad de tales para sustraerse a la obediencia debida a nuestras leyes, y hay el antecedente de ciertos países de Asia y Africa en donde los extranjeros están sujetos a autoridades especiales y regidos por su estatuto personal.

Los antecedentes de este artículo no dan base para pensar, como lo insinúa el doctor Francisco de P. Pérez, que con él se quiso decir que se desconocía el derecho de insurrección de que hablaban las declaraciones francesas de 1789 y 1793. A este respecto dice el doctor José Vicente Concha que ninguna Constitución puede consagrar aquel derecho, porque organizaría con ello la anarquía, y porque el objeto principal de las leyes fundamentales de un Estado es organizar de tal manera los poderes públicos, que se haga poco menos que imposible llegar en su ejercicio a violar los derechos que son la base de la vida social.

Barthélemy y Duez dan otra razón, y es la de que la teoría de la resistencia a la opresión es política y no jurídica, y que el mero llamamiento a la fuerza no entra en los cuadros del derecho.

11
ARTICULO 10. — Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se concedan a los colombianos. Pero la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.

Gozarán asimismo los extranjeros en el territorio de la República de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución y las leyes.

Los derechos políticos se reservarán a los nacionales. (Artículo 5º del Acto legislativo número 1º de 1936).

El artículo 11 de la Constitución de 1886 decía:

Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos que se concedan a los colombianos por las leyes de la Nación a que el extranjero pertenezca, salvo lo que se estipule en los Tratados públicos.

Y el 12 de la misma obra:

La ley definirá la condición de extranjero domiciliado, y los especiales derechos y obligaciones de los que en tal condición se hallen.

Dos doctrinas diferentes han seguido nuestras Constituciones en relación con los derechos de los extranjeros residentes.

en Colombia: una que establece la igualdad de derechos con los nacionales colombianos, y otra que establece la reciprocidad en forma que los extranjeros disfruten en Colombia de los derechos que se concedan a los colombianos por las leyes de la nación a que el extranjero pertenezca. La primera doctrina fué la implantada en Colombia desde la Constitución de 1821, sin duda con el propósito de fomentar la inmigración, considerada como una necesidad nacional; la segunda fué la seguida por la Constitución de 1886.

La disposición contenida en el artículo 11 era reaccionaria, y por eso se venía de años atrás luchando por derogarla, para establecer que las leyes determinarían los derechos de que disfrutarían los extranjeros en Colombia, pero siempre con la mira de consagrar la igualdad jurídica.

No era exacto que los extranjeros pudieran disfrutar en Colombia de los mismos derechos que se concedían a los colombianos por las leyes de la nación a que el extranjero perteneciera, pues podían existir derechos que en Colombia no se reconocían a los colombianos, y, por tanto, aquí no se habrían podido reconocer tampoco a los extranjeros, por más que en su país se les concedieran a los colombianos.

El senador Antonio José Uribe decía a este respecto en la legislatura de 1931:

“El siglo XIX se abre en el historia del Derecho Internacional Privado con dos principios que informan la legislación de los pueblos europeos y americanos: el de la **reciprocidad** en el goce de los derechos que se conceden a los extranjeros, y el de la **igualdad** de los derechos civiles entre nacionales y extraños.

La reciprocidad en el goce de los derechos civiles a que son llamados los extranjeros puede ser de dos clases: **diplomática** y **legislativa**.

La reciprocidad diplomática es la que consiste en subordinar el goce de los derechos civiles que se conceden a los extranjeros, a lo que sobre esta materia especial se estipule en los tratados públicos con la nación a que el extranjero pertenezca. La reciprocidad legislativa consiste en conceder a los extranjeros, en general, el goce de los derechos civiles, que de acuerdo con la legislación del país a que cada uno de ellos pertenezca, se concede a los nacionales del Estado en donde dichos nacionales residan. Tanto la reciprocidad diplomática como la legislativa son defectuosas en este particular: la primera porque aplicada rigurosamente, a lo menos conduce al resultado práctico de que como no siempre el Estado ha definido por medio de pactos internacionales la condición de los extranjeros, sucederá que respecto de los pertenecientes a países con los cuales no hay dichos pactos, o se les nieguen todos los derechos civiles, por no existir la fuente del derecho positivo, de la cual deberían desprenderse, o tomando la interpretación más benigna, queda incierta su condición jurídica.

La reciprocidad legislativa ofrece también dificultades, porque, si el país a que el extranjero pertenece la adopta asimismo como fórmula para fijar la condición jurídica de los ciudadanos de otros países que puedan ir a re-

sidir en él, se establece un círculo vicioso que no permite saber, en cada caso, cuáles son precisamente los derechos civiles que el extranjero puede invocar; así, por ejemplo, si tanto en Chile como en Colombia se estableciese el principio único de que los extranjeros residentes en el territorio de cada uno de los dos Estados, gozarán de los derechos que se concedan a los nacionales del uno por las leyes de la nación a que el extranjero pertenezca, no se sabría en Colombia qué derechos puede invocar un chileno en este país, ni en Chile cuáles puede invocar un colombiano; a menos que la fórmula se intepretara en el sentido más benigno de que con ella se quería en ambas Repúblicas ser tan favorables para con el extranjero cuanto lo fuese la nación a que él mismo pertenezca y llegar así al resultado de igualar al extranjero con el nacional en el goce de los derechos civiles. Puede suceder también con la reciprocidad legislativa, tomada como fórmula irrestricta, que un extranjero pretenda solicitar derechos exorbitantes, mayores que los concedidos a los nacionales, alegando la circunstancia de que en su patria se conceden también a los extranjeros, y así se podrían violar disposiciones de orden público en el derecho interno de cada Estado, o se establecerían, lo que no es debido, preeminencias en favor del extranjero y en contra de los nacionales. Puede suceder, siempre dentro del sistema de la reciprocidad legislativa, que se niegue a los extranjeros o a determinados extranjeros, derechos civiles que la naturaleza misma del hombre impone, y que se les nieguen sólo por la circunstancia de pertenecer a países en los cuales injustificadamente se les desconocen tales derechos a los súbditos de otros gobiernos. Tal sería el caso de un extranjero residente en Colombia y natural de una república en donde no se admitiese a los extranjeros el goce del derecho civil de propiedad en general.

Apenas parece necesario observar que si tanto la reciprocidad legislativa como la diplomática son defectuosas, como sistemas únicos, para fijar los derechos que un Estado reconoce a los extranjeros residentes en él, la combinación de la primera con la segunda, deja subsistir, sin embargo, los defectos de la una y de la otra, en buena parte, a lo menos, y que ni por este medio se llega a una solución satisfactoria del problema, porque la reciprocidad por sí misma, de cualquier clase que sea, no debe servir, tratándose de derechos civiles, como base de un sistema constitucional o legislativo que regule la condición del extranjero. Compréndese fácilmente el principio de la reciprocidad respecto del ejercicio de ciertos derechos, como el de la propiedad literaria, la exención de la cautio judicatum solvi, etc., pero nó de los derechos civiles en general.

De lo dicho se deduce que el sistema más acorde con los principios de derecho moderno es el de la igualdad entre nacionales y extranjeros, por lo que al goce de los derechos civiles se refiere; así lo han admitido las legislaciones de Italia, España, Chile y otras modernas; en Francia existe el principio de la reciprocidad diplomática".

Y refiriéndose a los artículos 11 y 12 de la Constitución de 1886, decía el mismo profesor:

"Creyeron los constituyentes de 1886, que merced al sistema de la reciprocidad legislativa atenuado por el de la reciprocidad diplomática, podría prácticamente llegarse a aquellos fines; pero olvidaron que, no siendo fácil celebrar tratados públicos con todos los miembros de la comunidad internacional, necesariamente tendría que quedar incierta la condición jurídica de muchos extranjeros en Colombia, y consecuentemente la de los colombianos en muchos Estados extranjeros. Por otra parte, no pudiendo ciertas

naciones celebrar, conforme a su respectivo Estatuto Constitucional, tratados en los cuales se garantice a los colombianos, por vía de reciprocidad, el derecho de adquirir en ellos bienes raíces, el texto del artículo 11, tal como fué aprobado por unanimidad en el Consejo Nacional de Delegatarios, no corresponde a los fines que al aprobarlos tuvo en mira el constituyente. Así, por ejemplo, en varios de los Estados de la Unión Americana, como los de Vermont, Alabama, Carolina del Sur y Misouri, cuya legislación civil se inspira aún en principios feudales, los extranjeros no pueden adquirir bienes raíces, y como el Gobierno federal no puede por medio de tratados públicos limitar el derecho de los Estados para legislar en materia civil, no le es dable estipular que los naturales de otro país podrán adquirir en propiedad bienes raíces en aquellos Estados de la Unión que lo prohíben en su legislación interna.

De modo que, contra la manifiesta aspiración de los constituyentes de 1886, el Gobierno colombiano no puede, por medio de la reciprocidad diplomática, asegurar a los colombianos el derecho de adquirir minas y otros bienes raíces en algunas naciones extranjeras, ni levantar la incapacidad constitucional que afecta, según el artículo 11, a los naturales de determinados países extranjeros para adquirir tales bienes en Colombia. Puede decirse, en consecuencia, que la forma en que fué aprobado el artículo 11 traicionó el anhelo de sus autores.

¿Podrá acaso decirse que, a pesar de que ello es así, el texto constitucional referido favorece altos intereses nacionales, para defender a la República de una peligrosa penetración extranjera?

No lo creemos, pues si lo que pudiera temerse es la adquisición de minas por naturales de países imperialistas, ya por virtud de los pactos vigentes y en armonía con la segunda parte del artículo 11 de la Constitución, pueden adquirirlas los súbditos alemanes, ingleses, franceses y otros, y en cuanto a los ciudadanos norteamericanos, pueden también adquirirlas los naturales de casi todos los Estados de la Unión, en virtud de la reciprocidad legislativa consagrada en la primera parte del referido artículo 11 de la Constitución.

Y en cambio, la vigencia de aquel texto sí puede presentar frecuentes dificultades prácticas, que convendría evitar.

Algunos querrían salvar la dificultad por medio de una ley, según la cual pudieran adquirir minas todos los extranjeros domiciliados en el territorio de la República y aun los residentes en otro país, cuando en el último caso el título adquisitivo sea el de la herencia; pero ello sería abiertamente contrario al artículo 11 de la Constitución, que es el que encierra el precepto fundamental en la materia de que se trata. Ya se ha visto, en efecto, que respecto de ciudadanos de Estados en donde los colombianos no pueden adquirir bienes raíces, tales ciudadanos extranjeros, domiciliados o no, no pueden adquirirlos en Colombia, por ningún título de dominio.

Ni vale decir que el artículo 12 de la Constitución (de 1886) agrega que "la ley determinará la condición de extranjero domiciliado, y los especiales derechos y obligaciones de los que en tal condición se hallen", pues ello ha de entenderse subordinado al artículo 11, que contiene una prohibición que no puede violarse, en el sentido de no conceder a un extranjero más derechos que aquellos de que puedan gozar los colombianos en el país a que el extranjero pertenezca.

La Ley 145 de 1888, "sobre extranjería y naturalización (1), que de-

(1) Los artículos 16 a 23 de esta ley fueron sustituidos por la Ley 22 bis de 1936.

fine la condición de los extranjeros domiciliados, les impone obligaciones especiales, y, para ciertos efectos, las leyes exigen la condición de domiciliados en los extranjeros como para ser testigos en los casos a que se refieren los artículos 127 y 1068 del Código Civil, relativos a matrimonios y testamentos. Pero mientras esté en vigencia el artículo 11 de la Constitución, creemos que no podrá la ley conceder a ningún extranjero derechos que no pueda adquirir un colombiano en el país a que el extranjero pertenezca.

En cuanto al efecto práctico de una ley como aquella, parece que no bastaría para conjurar los peligros de la penetración pacífica que se teme y se quiere evitar, a tiempo que la exigencia del domicilio, sí podría retraer la venida de los capitales extranjeros al país, para la explotación de nuestras riquezas naturales, como lo quiso el constituyente de 1886, y lo necesita hoy más que nunca la República.

En tal virtud, a fin de allanar futuras dificultades, deberían sustituirse los artículos 11 y 12 de la Constitución por uno que dejase a la ley la determinación de todo lo relativo a la extranjería, como se halla establecido en el derecho positivo de los demás Estados”.

La comisión del Senado que redactó el proyecto de Acto legislativo número 1º de 1936, explica esta reforma así:

“El proyecto reemplaza los artículos 11 y 12 de la Constitución, que establecen los sistemas de la reciprocidad legislativa y diplomática para el otorgamiento de los derechos civiles a los extranjeros.

“El proyecto prohíbe el sistema de la igualdad jurídica, que es más acorde con el derecho moderno y con las mutuas conveniencias e intereses de los Estados, procedentes del desarrollo del comercio internacional y que es el aconsejado en Colombia por los tratadistas que han profundizado la materia.

“El proyecto acoge la fórmula consignada en el Código de Derecho Internacional Privado, o Código Bustamante, aprobado por la VI Conferencia Panamericana con el voto favorable de la Delegación Colombiana.

“Habiendo sido ratificado dicho Código por catorce países de América, el principio citado representa la orientación del derecho americano.

“La fórmula consagra como principio general la igualdad de derechos civiles, pero por motivos excepcionales, o de orden público, se puede rehusar a los extranjeros el ejercicio de ciertos derechos o subordinar ese ejercicio a condiciones especiales. Se concede a los extranjeros garantías individuales idénticas, con las restricciones establecidas por la Constitución y la ley, y se reserva a los nacionales los derechos políticos”.

Explicando la reforma, decía el Senador Caicedo Castilla:

“El artículo que se encuentra al debate, admite la división de los derechos de las personas en tres clases: 1ª Políticos. 2ª Públicos o cívicos, y 3ª Civiles.

En eso se conforma el artículo con el derecho universal.

Respecto de los derechos políticos, los reserva exclusivamente a los nacionales, porque son aquellos que implican ejercicio de la soberanía y consisten en la facultad de elegir y ser elegido; también el artículo se conforma con las orientaciones del derecho universal.

“Por lo que hace a los derechos públicos o cívicos, son aquellos que

ponen al individuo en relación directa con la autoridad sin que haya ejercicio de la soberanía; son los que pueden llamarse garantías sociales, o garantías fundamentales o individuales, o libertades públicas; son, por ejemplo, la libertad o derecho de asociación, la libertad de enseñanza, la libertad de prensa o derecho de expresar el pensamiento por escrito, etc.

“El artículo que se discute establece en lo referente a estos derechos públicos o cívicos, un principio generalmente aceptado: que de ellos gocen los extranjeros lo mismo que los nacionales; pero que para aquéllos, pueden la Constitución y la ley señalar limitaciones o restricciones.

“Tenemos el caso de la libertad de imprenta en Colombia. De ella gozan tanto nacionales como extranjeros, pero éstos no pueden figurar como Directores de periódicos de carácter político. La violación de esa prohibición constituye al extranjero en pernicioso, y es causa de la expulsión del territorio de la República. Ahí está un ejemplo elocuente de un derecho público, que en principio se concede a nacionales y extranjeros, pero que para éstos está sujeto a una determinación o limitación.

“Eso como norma de derecho común. Porque para casos excepcionales, por motivos de orden público, de defensa nacional, se autoriza al legislador para negar a un extranjero el goce de determinado derecho civil, o para subordinar su ejercicio a condiciones especiales. Podrá, por ejemplo, el legislador prohibir la adquisición por extranjeros de terrenos situados en regiones fronterizas.

“De forma que el artículo que se discute es previsor y científico; como norma de derecho común adopta la igualdad jurídica, siguiendo la orientación del derecho moderno, pero da al Estado los medios necesarios para defenderse de cualquier penetración extranjera”.

Creemos que sólo por razones de orden público, y no por otras, podría negarse o limitarse a los extranjeros el ejercicio de determinados derechos civiles o cívicos; entendida de otro modo la disposición sería reaccionaria.

Desde este punto de vista, juzgamos que no se acomodan a la Constitución las Leyes 128 de 1941 y 7ª de 1943, que facultaron al Gobierno para sujetar a régimen de administración fiduciaria los bienes, derechos y acciones de los súbditos de las potencias del Eje y de los países por él ocupados, si bien el Gobierno al dictar los decretos de carácter extraordinario expedidos en ejercicio de tales facultades obró de acuerdo con la Resolución número 5 de la Conferencia de Cancilleres de Río Janeiro.

13

ARTICULO 11. — El colombiano, aunque haya perdido la calidad de nacional, que fuere cogido con las armas en la mano, en guerra contra Colombia, será juzgado y penado como traidor.

Los extranjeros naturalizados y los domiciliados en Colombia no serán obligados a tomar armas contra el país de su origen. (Artículo 13 de la Constitución de 1886).

Esta disposición no figura en las anteriores Constituciones colombianas, acaso porque la materia sobre que versa sea más

propia del derecho penal que del constitucional. Se funda ella en que si bien nuestra legislación reconoce a los colombianos libertad para adoptar otra nacionalidad, esa adopción no puede ir hasta permitir violar deberes impuestos por la naturaleza. como es la lealtad a la patria de origen.

Recíprocamente, tampoco a los extranjeros nacionalizados en Colombia se les impone la obligación de tomar armas contra el país de su origen, por las mismas razones.

Hay sí, que observar que para que esta disposición fuera razonable sería menester que estuviera consagrada como un principio universal, pues es una injusticia que si las leyes del país en donde el colombiano se naturaliza lo obligan a tomar armas contra toda otra nación, aun contra la de su origen, se le coloque en el predicamento de ser o castigado conforme a las leyes de su nacionalidad adoptiva por incumplimiento de deberes legales, o punido como traidor por las leyes colombianas.

ARTICULO 12. — La capacidad, el reconocimiento, y, en general, el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas, se determinarán por la ley colombiana. (Artículo 6º del Acto legislativo número 1º de 1936).

La Constitución de 1886 estatúa en su artículo 14:

Las sociedades o corporaciones que sean en Colombia reconocidas como personas jurídicas, no tendrán otros derechos que los correspondientes a personas colombianas.

La Constitución de 1886 no fué en esta disposición muy lógica con lo dispuesto en el artículo 11, pues tratándose de sociedades o corporaciones no siguió el principio de la reciprocidad, como lo hizo respecto de los individuos extranjeros, sino que colocó en un pie de igualdad jurídica a las sociedades extranjeras y a las nacionales.

Así, si entre nosotros no se permitía a las sociedades, verbi-gracia, a una asociación de abogados, ejercer el mandato judicial, no podía una sociedad extranjera pretender ejercer en Colombia un poder para gestionar un juicio civil alegando que en el país en donde estaba constituida la sociedad se le reconocía ese derecho.

Pero si, por ejemplo, en el país extranjero no se permite a las sociedades o corporaciones colombianas adquirir bienes raíces, no habría podido negárseles a las sociedades de ese país el derecho de adquirirlos en Colombia, invocando la reciprocidad.

La comisión que redactó la reforma de 1936 a este artículo, la explica así:

"El proyecto establece que el concepto y reconocimiento de las personas jurídicas se regirán por la ley colombiana, lo cual significa que se prescinde de la ficción jurídica de la nacionalidad aplicada a las sociedades.

"Dicha prescindencia guarda para las naciones del continente americano la ventaja de que evita las reclamaciones diplomáticas por perjuicios o daños ocasionados a sociedades extranjeras. No existiendo éstas, carecen de fundamento tales reclamaciones en el campo del derecho internacional, puesto que el Estado no puede intervenir o reclamar sino para proteger o defender los derechos o los intereses de sus propios nacionales.

"La teoría en referencia ha sido constantemente practicada por la República Argentina desde el año de 1876, cuando la expuso el Ministro de Relaciones Exteriores de ese país, señor Irigoyen; fué aceptada por la Comisión de Jurisconsultos Americanos reunida en Río de Janeiro en 1927, con representación de 17 países de América y ha sido defendida por profesores europeos, como Antonio Pillet, de reputación científica mundial".

No sobra decir que esta teoría no es aceptada por las Cancillerías de algunas potencias.

Para el doctor Pedro Juan Navarro, uno de los senadores que intervinieron en la reforma, ésta quiere decir que "en materia tan delicada regirá la ley colombiana sin ninguna restricción, salvo las que ella misma exponga, teniendo que someterse incondicionalmente, tanto las sociedades nacionales como las extranjeras a lo que disponga el estatuto legal colombiano, sea que éste decreta la igualdad, la reciprocidad o la desigualdad de ventajas en los derechos y obligaciones que se prescriben para las unas y las otras. Tiene por ello que ser muy cuidadoso y equitativo el legislador colombiano en el desarrollo que dé al nuevo principio constitucional establecido por la reforma de 1936".

Entendida así la reforma, sería reaccionaria e ilógica, puesto que, a tiempo que se establece la igualdad jurídica para los individuos extranjeros, no se la consagra igualmente para sus capitales. Pero ello es que hasta ahora la ley no ha determinado la capacidad, el reconocimiento y el régimen de las sociedades en forma distinta de la que existía antes de la enmienda de 1936.

En concepto del doctor Francisco de Paula Pérez, el constituyente de este año quiso sacar la situación jurídica de las sociedades de la esfera constitucional, reservando a la ley ordinaria la reglamentación de esta materia. Agrega este comentarista que los decretos del Gobierno han venido aceptando la existencia de sociedades extranjeras, como son el distinguido con el número 1984 de 1939, por el cual se crea la Superintendencia de Sociedades Anónimas, y el 59 de 1942, sobre control y administración fiduciaria de los bienes pertenecientes a extranjeros, el cual considera como tales a los de las sociedades con domici-

lio social en los Estados-signatarios del pacto tripartito (Alemania, Italia y el Japón), o en los países y colonias ocupados por éstos.

14
ARTICULO 14. — Son ciudadanos los colombianos (~~varones~~) mayores de veintiún años.

La ciudadanía se pierde de hecho cuando se ha perdido la nacionalidad. También se pierde, o se suspende, ^{en} virtud de decisión judicial en los casos que determinen las leyes.

Los que hayan perdido la ciudadanía, podrán solicitar rehabilitación. (Artículo 7º del Acto legislativo número 1º de 1936).

El artículo 15 de la Constitución de 1886, decía:

Son ciudadanos los colombianos varones mayores de veintiún años que ejerzan profesión, arte u oficio, o tengan ocupación lícita u otro medio legítimo y conocido de subsistencia.

No hay que confundir la calidad de *ciudadano* con la de *nacional colombiano*. Todo ciudadano tiene que ser nacional colombiano, pero no todo nacional colombiano es ciudadano. Son nacionales colombianos los individuos de cualquier sexo, edad y condición que se encuentran en alguno de los casos del artículo 7º de la Constitución, esto es, que sean nacionales de Colombia o por nacimiento o por adopción. Y son ciudadanos los nacionales colombianos que reúnen, conjuntamente, las dos condiciones de ser: 1º Varones, y 2º Mayores de veintiún años.

El ciudadano es el sujeto de los derechos políticos; la ciudadanía es la calidad que capacita para el ejercicio de las funciones políticas.

Está bien que el artículo 13 se limite a decir que son ciudadanos los colombianos varones mayores de veintiún años. El no tener profesión u ocupación o medio legítimo de subsistencia, no era, propiamente, condición para ser ciudadano sino que era motivo de suspensión de la ciudadanía, motivo que debería haber figurado, entre los que el artículo 17 de la Constitución de 1886 enumeraba como causas de suspensión del ejercicio de la ciudadanía, al igual que la notoria enajenación mental, la beodez habitual, etc.; tal como lo establecía el artículo 17 de la Constitución de 1821. Tanto era así que bastaba con que el vago o el mendigo cogieran oficio lícito para que pudieran ejercer la ciudadanía. La Constitución de 1821, con más fundamento jurídico, exigía que para que la vagancia fuera causa de suspensión de la ciudadanía, hubiera sido declarada por sentencia.

Para ser lógico, el constituyente de 1886 al definir los ciudadanos diciendo que son los colombianos varones mayores de veintiún años, que ejerzan profesión, arte u oficio o tengan ocu-

pación lícita u otro medio legítimo y conocido de subsistencia, esto es, que no sean vagos o mendigos, ha debido agregar las otras causales de suspensión o pérdida de la ciudadanía, diciendo: “y que no se encuentren en estado de notoria enajenación mental, que no sean beodos habituales, ni que estén en interdicción judicial por ser pródigos o sordomudos, ni haber sido inhabilitados por sentencia judicial, etc.”. La legislación francesa suple esta deficiencia diciendo: “Y que no se hallen en ninguno de los casos de incapacidad previstos por la ley”.

Pero en realidad, los motivos de suspensión o pérdida de la ciudadanía deben quedar en disposición aparte, como efectivamente lo están, en el inciso 2º del artículo comentado, sin tener par qué involucrarlos en la definición.

La Constitución exige para ser ciudadano tener más de veintiún años; la Constitución de 1863 exigía ser mayor de veintiún años, o ser o haber sido casado.

La tendencia del derecho constitucional es a disminuir la edad para entrar al ejercicio de la ciudadanía; antiguamente requeríanse treinta años; luégo fijóse la edad en veinticinco años; generalizóse más tarde la de veintiuno, y últimamente en algunos Estados se ha fijado en veinte y aún en diecinueve años. Indudablemente, esta tendencia se debe a la mayor preparación de la juventud para la vida política, al fomento de la instrucción y al creciente interés de las nuevas generaciones por los negocios públicos.

Nuestra Constitución no reconoce derechos políticos a las mujeres; ellas no son ciudadanos.

La tendencia del derecho público moderno es universal en el sentido de otorgar la ciudadanía a la mujer.

En Alemania la Constitución de 1919 (Art. 32), concedió la ciudadanía a los varones y mujeres de más de veinte años.

En los Estados Unidos la Enmienda 19 de la Constitución, acordada en 1920, dispone que “el derecho de voto de los ciudadanos de los Estados Unidos no podrá negarse o limitarse por razón del sexo, por los Estados Unidos o por cualquier Estado”.

La Constitución de la república española de 1931 (Art. 36), decía:

“Los ciudadanos de uno y otro sexo, mayores de veintitrés años, tendrán los mismos derechos electorales conforme determinen las leyes”.

Inglaterra, Austria, Suecia, Noruega, Dinamarca, Polonia, etc., conceden la ciudadanía a las mujeres.

M. Hauriou dice que “la cuestión del voto de las mujeres

resultará muy pronto resuelta por los hechos; las mujeres votan ya casi en todos los países: hay ya 138.000.000 que votan".

En Francia, y en la mayor parte de los países latinos y católicos no se ha reconocido ciudadanía a la mujer.

Nuestra legislación, como heredera de las tradiciones jurídicas de la antigua Roma, mantuvo a la mujer en una condición de inferioridad en materia de derechos: no sólo no se le reconocía, ni aún se le reconoce, ninguna clase de derechos políticos sino que tampoco se le reconocían muchos derechos civiles. Algo se ha reaccionado en este sentido: ya la mujer puede ser testigo en toda clase de actos civiles (ley 8ª de 1922), y se le ha conferido la facultad de administrar sus propios bienes durante el matrimonio (ley 28 de 1932). Pero todavía no se le han otorgado otros derechos de que gozan en Francia, no obstante ser este país el europeo en donde la mujer está en condición jurídica inferior. En Francia, en efecto, la mujer puede intervenir en la elección de los tribunales comerciales y cámaras de comercio, ser tutora o guardadora, etc.

Al comentar el artículo 14 hablaremos de la capacidad de la mujer colombiana para desempeñar empleos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción.

No hay ninguna razón de orden jurídico que justifique el que la mujer no sea ciudadano, y creemos que podría sin inconveniente principiar a reconocérsele a la mujer derechos políticos entre nosotros, haciéndola apta para ser elegida para los Concejos Municipales, en los cuales podría prestar servicios muy eficaces en la organización de la beneficencia y la educación, hospitales, orfanatos, manicomios, asilos de ancianos o de inválidos, escuelas de ciegos y sordomudos, salas-cunas, establecimientos de la Cruz Roja, jardines infantiles (*kindergarten*), restaurantes escolares, etc.

La primera parte del inciso 2º es consecuencia de la definición de ciudadano, pues si ciudadanos son los colombianos que reúnen determinados requisitos, es claro que quienes dejan de ser nacionales colombianos, por el mismo hecho dejan de ser ciudadanos, sin necesidad de sentencia judicial que los declare privados de la ciudadanía.

Pero, fuera de la pérdida de la *nacionalidad*, hay otros casos de pérdida de la ciudadanía que sí requieren ser judicialmente declarados.

Los artículos 16 y 17 de la Constitución de 1886 fueron derogados por el Acto Legislativo número 1º de 1936; establecían que además de la pérdida de la nacionalidad, eran también causa de pérdida de la calidad de ciudadano los siguientes casos judicialmente declarados: haberse comprometido al servicio de

una nación enemiga de Colombia; haber pertenecido a una facción alzada contra el Gobierno de una nación amiga; haber sido condenado a sufrir pena aflictiva; haber sido destituido del ejercicio de funciones públicas, mediante juicio criminal o de responsabilidad, y haber ejecutado actos de violencia, falsedad o corrupción en elecciones, y que eran causa de suspensión en el ejercicio de la ciudadanía: la notoria enajenación mental, la interdicción judicial, la beodez habitual, y tener causa criminal pendiente, desde que el Juez dictara auto de prisión.

Con mucha razón el reformador de 1936 resolvió dejarle a la ley el señalamiento de las causas de pérdida o suspensión de la ciudadanía.

El inciso final del artículo 17⁴ expresa que los que hayan perdido la ciudadanía, podrán solicitar rehabilitación. Este inciso sustituye el tercero del artículo 16 de la Constitución de 1886, que expresaba lo mismo, pero agregando que la rehabilitación se solicitaría al Senado, sin duda porque el ánimo del reformador fué que tal rehabilitación correspondiera hacerla al Órgano Judicial.

Sin embargo, aconteció que, por un olvido, se dejó de anotar que quedaba derogado o reformado el ordinal 1º del artículo 91 de la Codificación (98 de la Constitución de 1886), que señala como primera atribución del Senado rehabilitar a los que hubieren perdido la ciudadanía, de modo que es esta cámara la que seguirá ejerciendo tal atribución, mientras un Acto legislativo no derogue expresamente dicho ordinal.

El inciso final del artículo 12⁴ da derecho a solicitar la rehabilitación de los que hayan perdido la ciudadanía, sin hacer distinción ninguna, por lo cual debía entenderse que este inciso derogaba tácitamente el parágrafo del artículo 1998 del libro 3º del antiguo Código Judicial, que exceptuó del derecho de rehabilitación a “los colombianos que hayan servido a otra nación contra la República, los cuales jamás podrán recobrar la nacionalidad perdida”, excepción que ya no figura en el nuevo Código penal (Ley 94 de 1938).

Bajo la legislación anterior a 1886, correspondía al Juez o tribunal que hubiera pronunciado en última instancia la sentencia que impusiera una pena que llevara consigo la pérdida de los derechos políticos, el otorgar la rehabilitación de todos o de algunos de ellos (Artículos 1987 a 1991 del Código Judicial, libro 3º).

El señor Samper ensaya justificar la reforma al decir que, siendo la calidad de ciudadano, de carácter político, la rehabilitación debía corresponder a una corporación política y no judicial, y que, tratándose de asuntos “en que caben considera-

ciones políticas", no pueden los jueces obrar con la conveniente discreción, sujetos como están a una tarifa de pruebas y a dar aplicación a leyes precisas.

Empero, pensamos que estas razones lo son para que la rehabilitación corresponda al Organó Judicial. En primer lugar, no hay duda que privar de los derechos políticos o rehabilitar en el goce de ellos es una función jurisdiccional que, dentro del régimen constitucional de separación de funciones de los poderes públicos, debe corresponder al Organó Judicial y no al legislativo, sin que valga decir que la calidad de ciudadano es de carácter político, porque, con ese argumento, la privación de tal calidad debería también estar adscrita al Senado. En segundo lugar, es propio del juez o tribunal que privó de los derechos políticos, el rehabilitar en el goce de ellos, y mejor que esté sujeto a leyes precisas y a tarifa legal de pruebas para otorgar esta rehabilitación, sin que quepan las consideraciones de carácter político, que el señor Samper invoca.

Bajo la anterior legislación correspondía al juez o tribunal apreciar si había méritos para conceder la rehabilitación en vista de las pruebas acompañadas a la solicitud, lo que está de acuerdo con los principios de la escuela positiva, seguida por nuestro Código Penal, que funda en la defensa social el derecho de castigar.

Por último, el Senado funciona durante un corto lapso, y su labor es en gran parte embargada por el crecido número de negocios relativos a la rehabilitación de los derechos políticos, con detrimento de la labor legislativa que le es propia.

No debemos cerrar este comentario sin consignar que la palabra ciudadanía tiene una etimología que se explica en la historia del derecho público: se remonta a los tiempos en que el Estado era la ciudad (la *civitas* de los romanos), y que en derecho internacional suele designarse principalmente con el nombre de *ciudadanos* a los nacionales de los Estados republicanos, y de *súbditos*, a los de los Estados monárquicos.

ARTICULO 14. — La calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa indispensable para elegir y ser elegido, y para desempeñar empleos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción. ~~Pero la mujer colombiana mayor de edad puede desempeñar empleos, aunque ellos lleven anexa autoridad o jurisdicción, en las mismas condiciones que para desempeñarlos exija la ley a los ciudadanos. (Artículo 8º del Acto legislativo número 1º de 1936).~~

Siendo el ciudadano no otra cosa que el titular o sujeto de los derechos políticos, es claro que las funciones electorales, que son las funciones políticas por excelencia, no pueden ser ejerci-

Si embargo, la función del sufragio, la capacidad para ser elegido popularmente, se reserva a los varones. (Carr. 3º del d. d. 4-1º-45).

das sino por quienes tengan la calidad de ciudadanos en ejercicio. Sólo en Rusia se concede a los extranjeros, siempre que sean obreros o campesinos, el ejercicio de los derechos políticos. En consecuencia, ni las mujeres, ni los menores de edad, ni los demás colombianos que estén privados de la ciudadanía o suspendidos conforme al artículo 124 podrían ser miembros de las corporaciones electorales, ni elegir ni ser elegidos para ningún cargo público. Tampoco pueden desempeñar empleos que lleven anexa autoridad o jurisdicción sino los ciudadanos en ejercicio; pero nada impide que los extranjeros o nacionales que no sean ciudadanos, puedan desempeñar otros empleos públicos sin mando o jurisdicción, verbigracia, en los ramos de enseñanza y beneficencia, correos y telégrafos o en empresas del Estado, como los ferrocarriles, o ser empleados subalternos de las oficinas públicas o asesores técnicos. Se exceptúan, por supuesto, los individuos que han sido inhabilitados para ejercer empleos públicos por sentencia judicial y que no hayan sido rehabilitados.

La reforma de 1936 está contenida en la última parte del artículo, que concede a la mujer derecho para desempeñar empleos que lleven anexa autoridad o jurisdicción.

El doctor Gnecco Mozo objeta la redacción del artículo diciendo que el reformador cambió la frase “ejercer funciones electorales” que traía el artículo 18 de la Constitución de 1886, por la de “elegir y ser elegido”, lo que se presta a la interpretación de que las corporaciones públicas —Concejos, Asambleas, Congresos— que tengan que elegir un funcionario técnico, no puedan hacer recaer el nombramiento en un extranjero, o en una mujer, agregamos nosotros. Pero esta sería una interpretación que desnaturalizaría el pensamiento del constituyente: él quiso referirse a la elección para cargos de representación política, como son los de miembros del Congreso, Diputados a las Asambleas Departamentales, Concejales, Presidente de la República.

¿Pueden las mujeres ser jueces o Magistrados, siendo así que la Constitución exige ser ciudadano en ejercicio como condición para el desempeño de estos cargos? Es cuestión que estudiaremos al comentar el artículo 157.

Li.



TITULO III

De los derechos civiles y garantías sociales

SUMARIO: I. Principios generales. — II. Libertad, seguridad e inmunidad. Propiedad. — III. Libertad de enseñanza. Imprenta, correspondencia. IV. Industria y profesiones, asistencia pública. Carácter social del trabajo. — V. Petición, Reunión, Asociación, huelga y personas jurídicas. Estado civil de las personas. — VI. Responsabilidad por violación de las garantías. Reproducción de este Título en el Código Civil.

Después de haberse ocupado la Constitución en el territorio y la población, de que tratan los Títulos I y II, pasa a ocuparse en el tercer elemento constitutivo del Estado, o sea el Gobierno.

El Título III está destinado a fijar las limitaciones a la acción del poder público, y los títulos restantes a la organización del Estado y funcionamiento del Gobierno.

Como las Constituciones escritas tienen una parte llamada *dogmática*, y otra *orgánica*, estando la primera destinada a consagrar las garantías de los derechos de la personalidad y a contener un sistema de limitaciones a la acción del poder público, y la segunda a organizar el Gobierno, resulta que el Título III de la Constitución, que trata "de los derechos civiles y garantías sociales", forma la parte dogmática de nuestra carta fundamental, y que los demás títulos, del III al XX, forman la parte orgánica.

No corresponde a la índole de esta obra explicar de qué manera las Constituciones tuvieron su génesis histórica como un régimen de garantías jurídicas en frente de los excesos del Gobierno. Basta a nuestro propósito consignar que el Título III de la Constitución tiene su origen en la "Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano", formulada en 1789 por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia, que a su vez lo tuvo en el *Bill of Rights* del Estado de Virginia.

El articulado de aquella famosa Declaración reza lo siguiente:

"Artículo 1º — Los hombres nacen y viven libres e iguales. Las distinciones sociales no pueden tener otro fundamento que la utilidad común.

"Artículo 2º — El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

"Artículo 3º — El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación; ninguna corporación y ningún individuo pueden ejercer autoridad que no emane expresamente de ella.

"Artículo 4º — La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no moleste a otro. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que aquellos que aseguran a otros miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados sino por la ley.

"Artículo 5º — La ley no puede prohibir sino los actos que perjudican a la sociedad. Todo aquello que no esté prohibido por la ley no puede ser impedido; y nadie puede ser obligado a hacer aquello que la ley no le ordene de un modo expreso.

"Artículo 6º — La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir a su confección, personalmente o por medio de representantes. Ella es igual para todos, ya proteja, ya castigue. Todos los ciudadanos siendo iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad, y sin otra distinción que la de sus virtudes y talento.

"Artículo 7º — Nadie puede ser acusado, arrestado o detenido sino en los casos determinados por la ley, y según las formas que ella tenga prescritas. Aquellos que soliciten, expidan, ejecuten o hacer ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados; pero todo ciudadano citado o detenido en virtud de la ley, debe obedecer al instante, haciéndose culpable por su resistencia.

"Artículo 8º — La ley no puede establecer sino penas estricta y evidentemente necesarias. Nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada.

"Artículo 9º — Se reputa que todo hombre es inocente hasta cuando no haya sido declarado culpable. Si ha sido indispensable su arresto, todo rigor que no sea necesario para asegurar a su persona debe ser reprimido severamente por la ley.

"Artículo 10. — Nadie puede ser molestado por sus opiniones, aun religiosas, siempre que la manifestación de ellas no inquiete el orden público establecido por la ley.

"Artículo 11. — La libre comunicación de los pensamientos y opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre. Todo ciudadano puede, en consecuencia, hablar, escribir e imprimir libremente, respondiendo del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley.

"Artículo 12. — La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano requiere una fuerza pública. Esta se instituye, por lo tanto, para el servicio de todos, y no para la utilidad particular de aquellos a quienes está confiada.

"Artículo 13. — Para el sostenimiento de la fuerza pública y para los gastos de la administración, es indispensable una contribución común. Esta debe ser repartida por igual entre todos los ciudadanos, según las facultades de cada cual.

"Artículo 14. — Todos los ciudadanos tienen derecho a verificar, por ellos mismos o por sus representantes, la necesidad de la contribución pú-

blica, consentir en ella libremente, examinar su empleo y determinar su cuota, repartimiento, recaudación y duración.

"Artículo 15. — La sociedad tiene el derecho de exigir cuentas a todo agente de la administración pública.

"Artículo 16. — Carece de Constitución toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes.

"Artículo 17. — Siendo la propiedad un derecho sagrado e inviolable, nadie puede ser privado de la suya, salvo que la necesidad pública, legalmente establecida, exija lo contrario, en cuyo caso se dará al dueño una justa y previa indemnización".

Esta Declaración se inspiró en el *Bill of Rights* del Estado de Virginia, que el profesor Posada resume así:

"La declaración de Virginia de 12 de junio de 1776 —de 16 artículos— afirma en el 1º la igualdad de los hombres, que tienen "ciertos derechos inherentes, de los cuales cuando entran en estado de sociedad, no pueden, por ningún contrato, privar o despojar a su posteridad, especialmente el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y de poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad". En el 2º se declara que "todo Poder reside en el pueblo"; en el 3º se define el criterio sobre lo que es o debe ser el Gobierno, su fin (el común beneficio, la protección y la seguridad del pueblo....), y se reserva a la mayoría de la comunidad el derecho de formar, cambiar o abolir el Gobierno "del modo que juzgue más apropiado para el bien público"; en el 4º se prohíben los privilegios exclusivos y el carácter hereditario de los cargos públicos; en el 5º se establece la separación de los Poderes, la periodicidad en el desempeño de sus funciones y el carácter electivo de los puestos; en el 6º se habla de la libertad de las elecciones, de la base del sufragio y de que los hombres "no pueden ser gravados en su propiedad ni privados de ella por utilidad pública, sin su consentimiento o el de sus representantes...."; en el 7º se establece la garantía para la suspensión de las leyes; en los artículos 8º, 9º, 10 y 11 se regula las garantías de la seguridad; en el 12 se afirma la libertad de prensa, que "jamás puede ser restringida sino por un Gobierno despótico"; en el 13 se habla de la fuerza militar, declarándose en contra de los ejércitos permanentes en tiempo de paz "como peligrosos para la libertad"; en el 14 se afirma el derecho del pueblo "a un gobierno uniforme"; en el 15 se dice que "ningún gobierno libre ni el beneficio de la libertad pueden ser asegurados a ningún pueblo sino mediante la firme adhesión a la justicia, la moderación, la templanza, la frugalidad y la virtud, y recurriendo frecuentemente a los principios fundamentales", y en el 16, que "la religión, o los deberes que nosotros tenemos para con nuestro Creador, y la manera de cumplirlos, sólo pueden ser dirigidos por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia; y, por consiguiente, todos los hombres tienen igual derecho al libre ejercicio de la religión, según los dictados de la conciencia, y que es un deber de todos practicar entre sí la resignación, el amor y la caridad cristianos" (1).

El Título III dice ocuparse en "los derechos civiles y garantías sociales". El correspondiente de la Constitución de 1863 se

(1) Adolfo Posada, *Tratado de Derecho Político*, Tomo II, página 379.

titulaba: "Garantía de los derechos individuales". Don Adolfo Posada prefiere que se diga "derechos de la personalidad", para comprender así la persona humana —hombre y ciudadano— y las llamadas personas jurídicas.

ARTICULO 16. — Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (Artículo 9º del Acto legislativo número 1º de 1936).

El artículo 19 de la Constitución de 1886, decía:

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos.

Este artículo era la cifra y compendio de la doctrina individualista.

Si fuera cierto que las autoridades están instituidas únicamente para proteger a las personas en sus vidas, honra y bienes, querría decir que allí en donde nadie fuera matado, ni calumniado, ni robado, el Estado habría cumplido toda su misión: el respeto a la vida, la honra y los bienes ajenos habrían hecho inútil la institución de las autoridades, "inútiles las leyes y el gobierno mismo", como dice P. Hanet.

Mas agregaba el artículo que las autoridades están también instituidas para "asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos".

¿Qué entendió el constituyente por "derechos naturales"?

Estos, conforme a la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano, de 1789, eran: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión (artículo 2º). Ya sabemos que la moderna filosofía del derecho no acepta la existencia de derechos naturales o innatos.

No es admisible que el constituyente de 1886 hubiera querido referirse a la resistencia a la opresión como un derecho natural. ¿O no consideró el constituyente como "derechos naturales" la vida, honra y bienes, cuando los mencionó por separado?

Estimar que la función esencial del Estado es mantener represivamente el orden jurídico, protegiendo los llamados derechos naturales mediante la prevención y castigo de los delitos, equivale a reducir las funciones del Estado a la simple *policía*

o a la prestación del servicio público de *justicia*: era la noción del Estado-gendarme.

El artículo nada decía de la intervención del Estado en la satisfacción de las necesidades humanas; nada de la misión del Estado como órgano defensivo de las libertades individuales; nada de las obligaciones positivas del Estado. Como dice Duguit, no solamente hay cosas que el Estado no puede hacer, sino que también hay otras que el Estado está obligado a hacer; por ejemplo, está obligado a dar gratuitamente a todos la enseñanza primaria, a proteger a los ancianos, inválidos e incurables, a procurar trabajo a los desocupados, etc., y en una palabra, a intervenir para procurar el bienestar común como expresión de un sentido total de la vida humana y nó del egoísmo individual.

Por estas consideraciones nosotros propusimos en la primera edición de este tratado que la disposición fuera redactada así:

Las autoridades de la República están instituídas para realizar o hacer efectivos los derechos de todas las personas residentes en Colombia, así como los derechos y deberes del Estado para con los particulares y de éstos entre sí y para con el Estado.

Esta fórmula nuestra fué adoptada por la comisión del Senado que redactó las reformas de 1936, pero en el debate los Ministros de Educación Nacional y de Hacienda, propusieron la siguiente modificación:

Las autoridades de la República están instituídas para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Era la vieja fórmula de Augusto Comte en su *Politique positive*: "Nadie posee más derecho que el de cumplir siempre su deber", fórmula que el filósofo francés explicaba diciendo que su objeto era "sustituír siempre los deberes a los derechos para mejor subordinar la personalidad a la sociabilidad".

La modificación fué rechazada por haber prevalecido el concepto de que en esta declaración constitucional lo fundamental era establecer que las autoridades de la República estaban instituídas para garantizar el ejercicio de los derechos de los particulares, y en cambio, fué adoptada una nueva modificación que es hoy el artículo 15 de la Codificación. A dicha modificación le observó el Ministro Echandía que en la enumeración de los derechos individuales allí hecha, no quedaban comprendidos ciertos derechos que no pueden referirse a ninguno de los tres conceptos expresados.

ARTICULO 30 — Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas. (Artículo 20 de la Constitución de 1886).

Esta disposición es, en el fondo, la consagración de los antiguos principios contenidos en los artículos 4º y 5º de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, según los cuales sólo la ley determina los límites de la libertad individual, y todo lo que no es prohibido por la ley no puede ser impedido, ni nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no manda.

En otros términos, los actos que las leyes no prohíben expresamente les son permitidos a los particulares, por más que esos actos puedan ser contrarios a la moral. Así por ejemplo, el suicidio es inmoral, pero un individuo que intenta suicidarse y a quien se le frustra su intento, no puede ser castigado por su tentativa.

El antiguo Código Penal en sus artículos 740 y 741 había elevado a la clase de delito la omisión en la prestación de ciertos auxilios impuestos por deberes humanitarios.

Era claro que desde que la ley elevó a la categoría de obligación legal esos deberes de humanidad, no podía decirse que entrañaba una excepción al artículo 16 comentado, pues quería decir que su incumplimiento envolvía ya una infracción a obligaciones positivas y no se trataba del castigo de una mera omisión.

Mas si los particulares pueden hacer cuanto la ley expresamente no prohíbe, y dejar de hacer cuanto la ley no les manda bajo sanciones expresas, los funcionarios públicos no sólo son responsables por infracción de la Constitución o de las leyes como los particulares, sino que tienen una responsabilidad que les incumbe en su carácter oficial, y es o por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de ellas.

ARTICULO 31 — En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.

Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden. (Artículo 21 de la Constitución de 1886).

En realidad, este artículo como el anterior son materia más bien del Código Penal que de la Constitución.

La infracción a la Constitución tiene que ser *manifiesta*: tal sería, por ejemplo, el caso de que un Gobernador ordenara a un Alcalde, violar de noche un domicilio, o matar a un ciu-

dadano o ponerle fuego a una casa; sería inadmisible que el ejecutor se excusara alegando que lo había hecho de orden superior, pues el respeto a los preceptos constitucionales obliga por igual, si no con mayor rigor, a los empleados públicos que a los particulares.

La segunda parte del artículo se explica, porque el ejército está sujeto a obediencia pasiva, por la naturaleza misma de la institución militar: sería inaceptable que un soldado entrara en discusión con un superior sobre la facultad constitucional con que manda matar a un hombre o destruir un edificio o un puente o escalar una casa, etc., a tiempo que se tiene al enemigo al frente, o que se necesita adelantar una operación militar, o concertar un plan estratégico. En congruencia con este artículo está el 168, que enseña que la fuerza armada no es deliberante.

Lo que se dice de los militares en servicio debe entenderse dicho de los cuerpos que están sujetos a disciplina militar, como la policía.

Por tanto, si el jefe de una escolta de agentes de policía le ordena a uno de éstos disparar contra un preso que se fuga, o contra un motín que intenta consumir un atentado, o derruir una casa para cortar un incendio, etc., no sería lícito al subalterno desobedecer so pretexto de que la orden va en detrimento de un precepto constitucional.

Hay que anotar que el artículo habla de infracciones “en detrimento de alguna persona”. ¿Deberá entenderse que no se refiere también a las propiedades o demás derechos de las personas? Creemos que a una persona se le causa detrimento no sólo atentando contra su vida, su integridad física, su libertad y seguridad sino también atentando contra cualesquiera de los derechos que los preceptos constitucionales le garantizan.

ARTICULO 22 — No habrá esclavos en Colombia.

El que, siendo esclavo, pise el territorio de la República, quedará libre. (Artículo 22 de la Constitución de 1886).

Habiéndose abolido totalmente la esclavitud en Colombia desde el 1º de enero de 1852 y estando ella condenada por el derecho público de todas las naciones civilizadas, este artículo es innecesario, y su inclusión en el texto se explica porque cuando se expidió la Constitución de 1886 aún existían esclavos en el Brasil y Cuba, de donde podían escaparse y venir a Colombia por su vecindad o proximidad a ella, y era justo que al pisar nuestro territorio, recuperaran la dignidad que en otros países les negaban leyes contrarias a los fueros de la humanidad.

ARTICULO 33. — Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas u obligaciones puramente civiles, salvo el arraigo judicial. (Artículo 23 de la Constitución de 1886).

El artículo 7º de la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano dijo que: “ningún hombre puede ser acusado, detenido ni arrestado, sino en los casos determinados por la ley, y según las fórmulas que ella haya prescrito”.

Este es, pues, el origen del artículo 33 que comentamos.

La Constitución de 1863 establecía entre las garantías de los derechos individuales, ésta:

La seguridad personal, de manera que no sea atacada impunemente por otro individuo o por autoridad pública; ni ser presos o detenidos sino por motivo criminal o por vía de pena correccional; ni juzgados por tribunales extraordinarios; ni penados sin ser oídos y vencidos en juicio; y todo esto en virtud de leyes preexistentes.

En el artículo 23 comentado se echa de menos el recurso llamado de *Habeas Corpus*; pero nada impide que por una ley común se pueda conceder este recurso, pues él no contraría la disposición constitucional, sino que, antes bien, sería la mejor garantía de su cumplimiento.

Algo en este sentido se ha adelantado entre nosotros con la expedición de las leyes 83 de 1915 y 52 de 1918, sobre libertad provisional, hoy sustituidas por el capítulo II, Título 3º, Libro 2º del Código de Procedimiento Penal, que dispone que a todo sindicado o procesado por delito que merezca pena de presidio o de prisión, le será permitido, con las excepciones legales (art. 496, ibídem), dar fianza de cárcel segura, para que se suspenda su detención provisional. El excarcelado queda obligado a comparecer siempre que se le llame directamente o por conducto de su fiador, y si no lo hace, se le detiene o reduce a prisión, según el caso y no se le concederá de nuevo el beneficio de excarcelación. Esta gracia se concede después de que el sindicado haya rendido su primera indagatoria, pero podrá aplazarse cuando sea necesario, hasta por cinco días, cuando hubiere necesidad de allegar pruebas sobre si la infracción está comprendida entre las que admiten excarcelación.

Estas disposiciones, si bien atenúan en algunos casos la gravedad de la falta del recurso de *Habeas Corpus*, no son éste mismo, como algunos lo han pensado.

El profesor Raveau dice que fué Carlos II, de Inglaterra,

quien el 29 de mayo de 1679 sancionó el acta de *Habeas Corpus*, llamada así porque empezaba por estas palabras latinas, que en castellano significan: tú tienes el cuerpo.

Según esta acta, —contiúa diciendo— ningún súbdito inglés podrá ser detenido sino en virtud de una sentencia; ni arrestado como medida preventiva, sino como consecuencia de una instrucción judicial y de una orden expedida por magistrado competente, en la que debía indicarse el motivo del arresto.

Todo carcelero debía negarse a recibir en arresto a una persona, si el respectivo mandato de arresto no indicaba los motivos de la prisión; y estaba obligado a dar, dentro del plazo de seis días, a petición del detenido o de un tercero, copia autorizada del mandato de arresto.

El writ de *habeas corpus* se expedía a petición, escrita, del detenido o de un tercero; y era una orden que conminaba al carcelero a presentar al detenido ante el Magistrado que había expedido el writ, dentro de un plazo calculado según la distancia y que no podía exceder de veinte días. En este plazo se presentaba al detenido ante el Magistrado, devolviéndosele al mismo tiempo, el writ con una exposición de los hechos que habían motivado la prisión.

El Magistrado, después de oír al detenido y a las partes, resolvía una de estas tres cosas: Mantenía la prisión; la alargaba a título de prisión preventiva; o bien ponía al detenido en libertad.

Si el Magistrado resolvía en este último sentido, la persona que había sido detenida podía entablar acción, cobrando daños y perjuicios, a los autores de la prisión arbitraria.

Tal es, en síntesis, el estatuto del *Habeas Corpus*, que al sancionarlo Carlos II no hizo más que confirmar viejísimas reglas del Derecho Público de Inglaterra (1).

Este estatuto es el antecedente de la reforma constitucional adoptada en Chile en 1925 y que dice:

Artículo 16. Todo individuo que se hallare detenido, procesado o preso, con infracción de lo dispuesto en los artículos anteriores, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Magistratura que señale la Ley, en demanda de que se guarden las formas legales. Esta Magistratura podrá decretar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata, o hará que se reparen los defectos legales, o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija.

Conforme a la legislación chilena, de este recurso conoce el Tribunal de Apelaciones.

La Constitución colombiana exige los siguientes requisitos para que una persona pueda ser detenida o arrestada, o su domicilio registrado:

(1) Derecho Constitucional Dogmático, por Rafael Raveau, página 148.

1º Mandamiento escrito, no bastando, por consiguiente, una orden verbal, a la cual se puede resistir impunemente.

2º Autoridad competente que libre dicho mandamiento, y por tanto, sólo los funcionarios investidos de mando y jurisdicción pueden decretar la detención o el registro de domicilio, sin que puedan hacerlo los demás empleados, verbigracia, los secretarios de los gobernadores o de los alcaldes, ni los de los jueces o tribunales, etc. Y aun la misma autoridad necesita ser *competente* para conocer o intervenir en el respectivo sumario o causa; así, un juez o funcionario instructor no puede decretar detenciones o requisas domiciliarias por virtud de un sumario que se instruye en otra oficina.

3º Cumplimiento de las formalidades legales, las que la ley prescribe para cada caso; por ejemplo, que los empleados públicos sean previamente suspendidos de su cargo; que no pueda penetrarse al domicilio después de las seis de la tarde ni antes de las seis de la mañana, etc.

4º Motivo previamente definido en las leyes. Si leyes anteriores a la existencia del hecho no han declarado éste punible, no puede ordenarse molestar a las personas, arrestarlas, detenerlas, o apresarlas, ni registrarles sus domicilios.

La Constitución de 1863 establecía en ordinal aparte la garantía de la inviolabilidad del domicilio; pero está bien que el artículo 19 la involucre dentro de la garantía de la seguridad personal, porque, como dice Duguit, “es una consecuencia, y, en cierto modo, una prolongación de la libertad individual”. En efecto, nadie puede considerar segura su persona o familia si no sabe que su casa no será violada o allanada.

Está bien, pues, que el principio de la inviolabilidad del domicilio se formule en los mismos términos en que lo está la libertad individual.

El 2º inciso del artículo 19 prohíbe la prisión por deudas, inciso que parecería de sobra si no mediáran frecuentes tentativas de los recaudadores para hacer efectivos los tributos públicos por medios penales.

El inciso permitió el arraigo judicial, pero este procedimiento ha sido abolido en el nuevo Código Judicial (ley 105 de 1931), a nuestro parecer con muy justas razones, ya que era rezago de la antigua pignoración de la persona del deudor.

La Corte Suprema en sentencia de 13 de noviembre de 1928, citada por el Profesor Pareja, dijo lo siguiente:

La garantía de la libertad individual, en su esencia, consiste no solamente en que el individuo esté a salvo de prisiones o detencimientos arbitrarios, en forma material, sino que implica una noción más comprensiva. To-

da restricción impuesta a la libertad del hombre —sostienen los expositores de Derecho Constitucional— es a los ojos de la ley una prisión, cualquiera que sea el lugar y sean cuales fueren los medios con que la restricción se efectúe. Las palabras mismas pueden aprisionar, si son bastantes a imponer una coerción al individuo que le obliguen a abstenerse de sus actos lícitos o a someterse a la voluntad ajena. Por esta razón, el artículo 23 (19) de la Constitución no solamente precave la libertad del hombre contra la prisión, la detención y el arresto ilegítimos, sino que extiende la inmunidad a la paz y tranquilidad del individuo y de su familia en la vida privada: “nadie podrá ser molestado en su persona o familia”, ordena ese artículo. Precepto es este que debe hacerse resaltar, porque con frecuencia se pone en olvido por las autoridades.

Estima la Corte que las expresiones formalidades legales, plenitud de formas en cada juicio, empleadas en los expresados artículos, son fórmulas con que la Constitución ordena la observancia de los siguientes requisitos, aparte de otros declarados en ellos expresamente:

Que la ley (entendiéndose también por tal toda disposición emanada de autoridad competente, que ordene o prohíba de modo general) debe definir de antemano y de una manera precisa, el acto, el hecho o la omisión que constituye el delito, la contravención o culpa que han de prevenirse o castigarse;

Que hay atentado contra la libertad individual cuando la ley no llena esta condición, sino que deja al arbitrio de quien deba aplicarla como autoridad, la calificación discrecional de aquellos actos, de suerte que puedan estar o no sujetos a prevención, ser o no ser punibles, según el criterio personal de quien los califique;

Que medie un procedimiento apropiado, el cual puede ser sumario y brevísimo cuando así lo requieran las funciones rápidas de la Policía preventiva, que allegue la prueba adecuada, según el caso, del hecho individual que ha de sujetarse a la medida de prevención o al castigo correccional, y el comprobante que establezca la probabilidad, por lo menos, respecto de la culpabilidad de los autores, siempre que hayan de tomarse contra estas personas providencias preventivas, coercitivas o correccionales;

Que el procedimiento en todos estos casos garantice al sindicado los medios de defensa;

Que la ley no imponga medidas o castigos que sean insólitos, excesivos o desproporcionados en extremo.

ARTICULO 24 — El delincuente cogido “*in flagranti*” podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquiera persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguiere, y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él para el acto de la aprehensión; y si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al dueño o morador. (Artículo 24 de la Constitución de 1886).

Si el que delinque pierde el derecho a la libertad, de que ha abusado, y coloca a la sociedad en el caso de defenderse, es natural que el delincuente cogido *in fraganti* pueda ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona (1). Sería absurdo que se exigiera en este caso mandamiento de autoridad com-

(1) La Constitución dice *in flagranti*: el Diccionario de la Real Academia no trae sino *in fraganti* o en flagrante.

petente para la aprehensión, lo que podría dar por resultado la impunidad, mediante la ocultación o fuga del delincuente. Habiendo sido éste hallado en el acto mismo de cometer el delito, llevando consigo los objetos hurtados o robados, o empuñando el arma con que perpetró el delito, etc., no podría invocar su inocencia para que la sociedad, por conducto de cualquiera de sus miembros, no pueda entregarlo al brazo de la justicia.

El artículo 1554 del antiguo Código Judicial decía que “se entiende por delito *in fraganti*, cuando alguno es hallado en el acto mismo de estarlo perpetrando”.

Según el artículo 284 del Código de Procedimiento Penal, cualquiera deberá aprehender a un reo sorprendido *in fraganti* y a los malhechores cuya captura haya sido públicamente requerida por la autoridad competente, y entregarlos a ésta en el acto.

Puede ocurrir que el delincuente, perseguido por los agentes de la autoridad, se refugie o en su propio domicilio o en domicilio ajeno.

Si lo primero, la disposición permite que los agentes de la autoridad (y no ya cualquier persona), puedan penetrar en el domicilio del delincuente para aprehenderlo, y esto porque, habiendo perdido el derecho a la libertad por causa de su delito, ha perdido el derecho a la inviolabilidad de su domicilio, que no es sino una consecuencia y prolongación de la libertad individual.

Si lo segundo, la disposición exige que preceda requerimiento al dueño o morador, porque, siendo éste inocente, tiene derecho a que su domicilio le sea respetado. Por supuesto que, si requerido legalmente para la entrega del delincuente, no facilitar su aprehensión, incurrirá en responsabilidad penal: el Código Penal castiga como encubridores a los que reciben, u ocultan a los delincuentes o les procuran la fuga.

Conforme a la legislación francesa, durante la noche nadie puede penetrar al domicilio privado sino en casos de incendio, de inundación o de súplica de lo interior, y durante el día, para un objeto especial determinado por una ley o por una orden emanada de autoridad pública, con estos objetos principales: para la ejecución de leyes de policía y de seguridad y para prevenir infracciones; para actos relativos a la investigación de los delitos; para la ejecución de las sentencias o condenas, y para la ejecución de las leyes sobre contribuciones públicas. Pero cuando hay estado de sitio, la inviolabilidad del domicilio se suspende y la autoridad militar tiene derecho de hacer pesquisas de día y de noche, como lo advierte Maurice Hauriou en su *Précis de Droit Constitutionnel*.

ARTICULO 21 — Nadie podrá ser obligado, en asunto criminal, correccional o de policía, a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad. (Artículo 25 de la Constitución de 1886).

Sería contrario a la moral y a la naturaleza que la ley obligara a una persona a declarar contra sí misma en asunto de que pueda resultarle pena, y decimos que sería inmoral porque se colocaría a esa persona en la alternativa de o violar los fueros de la verdad para eludir la pena o de acarrearle su propia condenación por respetar esos fueros.

La ciencia de las pruebas judiciales, en materia criminal, da a la confesión el valor de plena prueba o completa, siempre que sea libre y espontánea, no arrancada con juramento. (Artículo 255, Código de Procedimiento Penal).

Lo que se dice de la declaración contra sí mismo puede extenderse a la declaración contra los parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad: sería inmoral e inhumano obligar a un padre a declarar contra su hijo, o a un hermano contra otro, etc., pues es lo más seguro que el declarante preferiría perjurarse a contribuir a la condenación de seres vinculados a él por la sangre.

El artículo 226 del Código de Procedimiento Penal no guarda completa armonía con el precepto constitucional, pues dispone que “no se recibirá a nadie declaración contra su consorte, ni contra sus ascendientes, descendientes o hermanos”. Una cosa es que no se les obligue a declarar y otra que no se les permita rendir declaración. Respecto de los otros parientes, el artículo 227 del Código citado repite el texto del artículo 21 de la Codificación Constitucional.

La garantía constitucional es claro que se limita a asuntos criminales; pues en materia civil toda persona puede ser obligada a declarar contra sí misma —que en esto consiste la confesión provocada mediante la absolución de posiciones— y, por lo tanto, también contra cualesquiera parientes, pues en este caso los resultados de la declaración no son la imposición de una pena sino el cumplimiento de obligaciones civiles a que toda persona puede ser constreñida.

Samper dice que la ley ha de exigir la comprobación del parentesco a quien quiera hacer efectiva la garantía que le otorga el artículo 21. Exigir esa comprobación (que legalmente sólo puede hacerse con la presentación de las partidas del estado civil) sería hacer nugatoria la garantía constitucional; en este caso debe bastar la declaración jurada del testigo acerca de su parentesco con el sindicado o encausado.

ARTICULO 24 — Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante el Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. (Artículo 26 de la Constitución de 1886).

A este artículo hace el señor Samper los siguientes comentarios:

Si el simple arresto o detención no puede ser ordenado sino con formalidades legales, mayor es la necesidad de dar garantías a las personas cuando se trata de juzgamiento, que es cosa mucho más grave que la detención. De ahí el que este artículo exija para que algún individuo sea juzgado (y por lo tanto, condenado a sufrir pena), la sujeción a estas precisas condiciones:

1^a Que sea conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, de modo que el acusado haya podido conocer la ley prohibitiva o penal antes de ejecutar aquel acto;

2^a Que quien lo juzgue sea el tribunal competente, esto es, aquel a quien la ley haya atribuido el conocimiento del asunto; entendiéndose la palabra tribunal en su más lata acepción, no como entidad colectiva, sino como juez, ya sea éste unipersonal o no; y

3^a Que se observe en el procedimiento la plenitud de las formas propias de cada juicio, ora sea éste criminal ordinario, o correccional o de policía, ora fiscal, militar o de responsabilidad; dado que cada forma de juicio tiene su propio y especial procedimiento.

Este artículo consagra la irretroactividad de las leyes en materia criminal, así como el artículo 26 la consagra en materia civil.

La irretroactividad de la ley en materia criminal puede referirse o al procedimiento en el juicio o a la aplicación de la pena. De ésta trata el artículo 24, y por lo mismo, el inciso 2º del artículo 22 ha debido figurar como inciso 2º del artículo 24, puesto que constituye una excepción a éste y no a aquél. Ya tendremos ocasión de ver que, en cambio, el inciso 2º del artículo 24 debiera ser inciso 2º del artículo 22, porque es una excepción a éste y no al otro.

El inciso 2º del artículo 22 admite la retroactividad en materia criminal cuando la ley posterior es permisiva o favorable al reo, porque si el legislador modera sus rigores para las infracciones futuras es porque reconoce que para las anteriores había sido excesiva e innecesariamente severo, y es justo entonces que por razones de benignidad favorezca con su indulto, amnistía, rebaja o condonación de pena a los que las estén sufriendo.

Lógico desarrollo del artículo 22 de la Codificación son los

artículos 40 a 47 de la Ley 153 de 1887, en parte sustituidos por las Leyes 95 de 1936 y 94 de 1938.

Ley 153 de 1887. Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se registrarán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

Artículo 41. La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir.

Artículo 42. Lo que una ley posterior declara absolutamente imprescriptible, no podrá ganarse por tiempo bajo el imperio de ella, aunque el prescribiente hubiere principiado a poseerla conforme a una ley anterior que autorizaba la prescripción.

Artículo 43. La ley preexistente prefiere a la ley ex-post-facto en materia penal. Nadie podrá ser juzgado o penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla sólo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento, las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40.

Artículo 44. Sustituído por el artículo 3º de la Ley 95 de 1936, Código Penal, que dice:

"La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

Artículo 45. La precedente disposición tiene las siguientes aplicaciones: La nueva ley que quita explícita o implícitamente el carácter de delito a un hecho que antes lo tenía, envuelve indulto y rehabilitación.

Si la ley nueva minora de un modo fijo la pena que era antes también fija, se declarará la correspondiente rebaja de pena.

Si la ley nueva reduce el máximo de la pena y aumenta el mínimo, se aplicará de las dos leyes la que invoque el interesado.

Si la ley nueva disminuye la pena corporal y aumenta la pecuniaria, prevalecerá sobre la ley antigua.

Los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna.

Artículo 46. Sustituído por la Ley 94 de 1938: Artículo 6º La providencia que haga cesar o que rebaje con arreglo a una ley nueva, una sanción impuesta de acuerdo con leyes anteriores, será dictada de oficio, a petición del reo o del Ministerio Público, por el Juez o Tribunal que conoció de la causa.

Artículo 47. La facultad que los reos condenados hayan adquirido a obtener por derecho, y no como gracia, rebaja de pena, conforme a la ley vigente en la época en que se dió la sentencia condenatoria, subsistirá bajo una nueva ley en cuanto a las condiciones morales que determinan el derecho y a la parte de la condena a que el derecho se refiere, pero se registrarán por la ley nueva en cuanto a las autoridades que deban conceder la rebaja y a las formalidades que han de observarse para pedirla".

ARTICULO 2º. — La anterior disposición no obsta para que puedan castigar, sin juicio previo, en los casos y dentro de los precisos términos que señale la ley;

1º Los funcionarios que ejercen autoridad o jurisdicción, los cuales

podrán penar con multas o arrestos a cualquiera que los injurie o les falte al respecto en el acto en que estén desempeñando las funciones de su cargo;

2º Los jefes militares, los cuales podrán imponer penas incontinenti, para contener una insubordinación o motín militar, o para mantener el orden hallándose enfrente del enemigo;

3º Los capitanes de buque, que tienen, no estando en puerto, la misma facultad para reprimir delitos cometidos a bordo. (Artículo 27 de la Constitución de 1886).

Estudiemos por separado cada uno de los tres casos en que la Constitución permite que un individuo sea castigado sin juicio previo.

1º Los funcionarios que ejercen autoridad o jurisdicción, esto es, el Presidente de la República, los Gobernadores, Intendentes Nacionales, Prefectos, Alcaldes, Jefes de Policía, Jueces y Magistrados, etc., pueden castigar con multas o arrestos (no con otra clase de penas) a quien los injurie o falte al respeto en el acto en que estén desempeñando las funciones de su cargo; pero tiene que ser en el acto mismo, porque si es después o fuera del despacho, el funcionario ofendido no puede castigar al responsable por sí mismo sino que tiene que denunciar el hecho al juez competente, para que éste investigue el “delito contra los funcionarios públicos”, de que trata el capítulo VIII, título III, libro II del Código Penal.

Pero las penas que señala este Código sólo pueden imponerse por la vía ordinaria, pues el funcionario con autoridad o jurisdicción únicamente puede hacerse justicia por sí mismo, en los casos y dentro de los precisos términos que señale la ley, la cual los ha señalado en los artículos 309 a 313 de la ley 4ª de 1913, sobre régimen político y municipal.

2º Los jefes militares, es decir, “los que comandan una fuerza militar cualquiera, ya sean jefes por su graduación, ya simples oficiales o jefes de destacamentos, escoltas o piquetes”, dice Samper, los cuales podrán imponer penas incontinenti, para contener una insubordinación o motín militar, o para mantener el orden hallándose en frente del enemigo. Si la pena no es impuesta incontinenti, no puede después el jefe imponerla, sino que el culpado debe ser juzgado y castigado conforme a la Ley 84 de 1931, “de justicia militar”, que sustituyó el título IV del Código del ramo.

3º Los capitanes de buques, para reprimir delitos cometidos a bordo no estando en puerto, porque si lo están deberán solicitar el auxilio de las autoridades del puerto. Por supuesto que esto debe entenderse respecto de los buques mercantes, pues respecto de los buques de guerra, si éstos están en puerto extranjero, el antiguo Código Penal sometía expresamente a la ju-

risdicción colombiana a "los comandantes, oficiales, tripulación y marineros de los buques de guerra nacionales que cometan algún delito en alta mar, o a bordo de su buque en las aguas de una nación extranjera", lo que está de acuerdo con los principios del Derecho Internacional. Por consiguiente, los capitanes de los buques de guerra, estando en puerto extranjero, tienen la facultad que les otorga el ordinal 3º del artículo 23 de la Codificación.

ARTICULO 24 — Aun en tiempo de guerra nadie podrá ser penado "ex post facto", sino con arreglo a ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinándose la pena correspondiente.

Esta disposición no impide que aun en tiempo de paz, pero habiendo graves motivos para temer perturbación del orden público, sean aprehendidas y retenidas, de orden del Gobierno y previo dictamen de los ministros, las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública. (Artículo 28 de la Constitución de 1886).

El inciso 1º quedó ya explicado al comentar el artículo 22 y sólo falta agregar que la expresión latina *ex-post-facto* está de sobra, que puede suprimirse y el sentido queda no sólo el mismo sino más lógico y claro.

El inciso 2º debiera ser parte del artículo 19 o del 22, pero no del 24, como ya lo dijimos.

Dispone este inciso que aun en tiempo de paz (cuánto más en tiempo de guerra), pero habiendo *graves* motivos (no dice la gravedad a juicio de quién, y, por tanto, esto queda a juicio del Gobierno) para temer perturbación del orden público, pueden ser aprehendidas y retenidas de orden del Gobierno (esto es, del Presidente y del Ministro respectivo), las personas contra quienes haya graves indicios (no bastan indicios leves o meras conjeturas, pero quedando la apreciación a juicio del Gobierno) de que atentan contra la paz pública.

La gravedad de esta disposición estriba en que contra ella no hay ningún recurso, y en que la Constitución no señala término para que la retención cese, lo que se presta a enormes abusos.

También exige el inciso que el Gobierno oiga previamente el dictamen de los Ministros. Este dictamen se emite en Consejo de Ministros, pero no dice el artículo si se requiere que el dictamen sea favorable para poder tomar las medidas que él autoriza; sin embargo, así se colige de lo dispuesto en los artículos 3º a 6º de la Ley 63 de 1923, orgánica del Consejo de Ministros.

El artículo 24 comentado ha sido adicionado por el 7º del Acto reformatorio de la Constitución, de 1914, "por el cual se restablece el Consejo de Estado", en los siguientes términos:

En los casos de que tratan el artículo 28 de la Constitución (24 de orden) y el 33 del Acto legislativo número 3 de 1910 (112 de orden), el Gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado para dictar las providencias de que tratan dichos artículos.

El inciso 2º del artículo 6º del mismo Acto (137 de orden) expresa que “los dictámenes del Consejo no son obligatorios para el Gobierno”. Y ello se explica, porque no es el Consejo de Estado sino el Gobierno el que tiene a su cargo la responsabilidad de la conservación del orden público.

ARTICULO 24. — El legislador no podrá imponer la pena capital en ningún caso. (Artículo 3º del Acto legislativo número 3 de 1910).

El artículo transtorio B) del mismo Acto Legislativo, dijo:

Los delitos castigados con pena de muerte en el Código Penal lo serán en adelante con veinte años de presidio, mientras la ley dispone otra cosa.

Disposición transitoria que dejó de regir desde que entró en vigor el nuevo Código Penal (Ley 95 de 1936).

El artículo 29 de la Constitución de 1886, decía:

Sólo impondrá el legislador la pena capital para castigar, en los casos que se definan como más graves, los siguientes delitos, jurídicamente comprobados, a saber: traición a la Patria en guerra extranjera, parricidio, asesinato, incendio, asalto en cuadrilla de malhechores, piratería, y ciertos delitos militares definidos por las leyes del ejército.

En ningún tiempo podrá aplicarse la pena capital fuera de los casos en este artículo previstos.

Esta disposición fué dictada contrariando la undécima de las bases de reforma contenidas en el Acuerdo expedido por el Consejo Nacional de Delegatarios y aprobadas por las Municipalidades, cuyo cumplimiento era forzoso para el Consejo, como lo observa el señor Samper. Dicha base decía:

No podrá imponerse la pena de muerte sino en los casos de graves delitos militares y de delitos comunes atroces.

La disposición, era pues, facultativa para el legislador y no imperativa como la hizo el constituyente.

Si la disposición no hubiera sido redactada en la forma en que lo fué, la cuestión de la pena de muerte habría quedado, como debía quedar, a la decisión del legislador, el cual podría establecerla o no, según las indicaciones de la ciencia penal.

Cuando en la Asamblea Nacional de 1910 se trató de derogar el artículo 29, suscitóse la cuestión de si debía el constituyente limitarse a tal derogación, dejando el punto a la decisión del

legislador, o si debía abolirse definitivamente la pena de muerte, prohibiéndole al legislador imponerla en cualquier caso, y hubo de triunfar esta última tesis.

No entra en el plan de este tratado de derecho constitucional estudiar la cuestión de la pena de muerte, que es materia propia del Código Penal.

La Constitución de 1863 abolió la pena de muerte y esto explica por qué el Consejo de delegatarios expidió el artículo 29 de la Constitución de 1886, el cual fue sustituido por el 3º del Acto legislativo número 3 de 1910.

ARTICULO 30. — Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa.

Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. (Artículo 10 del Acto legislativo número 1º de 1936).

El artículo 31 de la Constitución de 1886 estatúa:

Los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles por personas naturales o jurídicas no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.

Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público. Pero las expropiaciones que sea preciso hacer requieren plena indemnización con arreglo al artículo siguiente.

En sus *Lecciones de Derecho Público*, dictadas en la Universidad del Cairo, M. Duguit condena la expresión "derechos adquiridos". Para él los derechos no adquiridos no son derechos, y dice que aquella expresión es reminiscencia de los tiempos en que se creía que había derechos *innatos*.

¿Qué entendió aquí el constituyente por *derechos adquiridos*?

Ni el derecho público, ni el privado de país alguno definen tal concepto, escribe el doctor Fernando Garavito. La jurisprudencia tampoco lo ha determinado de modo preciso; y los expositores se limitan a consignar ejemplos sin dar norma segura.

• Sin entrar en escabrosas divagaciones, nos basta decir que los expositores más autorizados dan la siguiente definición de derecho adquirido, que resume las condiciones esenciales para su existencia, a saber: "Bien jurídico creado por un hecho capaz de producirlo según la ley entonces vigente, y que de acuerdo con los preceptos de la misma ley entró en el patrimonio del titular".

El mismo relator de la Corte Suprema observa a la redacción del artículo 26 que desde que dice que los derechos sean adquiridos de conformidad con las leyes, lo estarán con justo título porque el constituyente no ha definido otro título que el legal.

Julien Bonnecase ha sustituido la noción de los derechos adquiridos por la de *situaciones jurídicas concretas*, en contraposición a las situaciones jurídicas abstractas. Para él, las situaciones jurídicas concretas no pueden ser vulneradas por una ley nueva; ésta sólo se aplica a las situaciones jurídicas abstractas.

El inciso primero del artículo 26 comentado garantiza la propiedad privada, lo que hacía innecesario expresar que se garantizaban también los demás derechos adquiridos, pues como lo expresó la Corte Suprema en acuerdo de 2 de marzo de 1918, "en último análisis los derechos adquiridos quedan comprendidos en la idea de propiedad considerada en toda su amplitud y en todas sus manifestaciones".

Esta disposición consagra la irretroactividad de las leyes en materia civil, así como el artículo 22 la consagra en materia criminal.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de 10 de diciembre de 1915 dijo que "las leyes civiles o leyes sobre materia civil a que alude la Constitución en varios artículos, son aquellas que versan sobre alguna de las materias a que se refiere el artículo 1º del Código Civil. De suerte que todas las demás que no estén comprendidas en esa especificación, no tienen el carácter de leyes civiles en el sentido jurídico de la Constitución y de la ley".

No se ve la razón para garantizar únicamente la invulnerabilidad de los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, y quizás por esto el artículo 28 de la Ley 153 de 1887, dijo:

Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a su ejercicio y cargas, y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley.

Los artículos 29 a 40 de la misma Ley 153 regulan la cuestión de la irretroactividad de las leyes en materia civil.

Leyes dispersas y sucesivas han definido los motivos de utilidad pública que justifican la enajenación forzosa de la pro-

piedad. Entre ellos se enumeran la construcción de vías férreas (Ley 104 de 1892); la adquisición o construcción de cuarteles militares, construcción de fortificaciones, apertura o mejora de las vías públicas de toda clase, construcción de puentes, hospitales, hospicios, escuelas, cárceles, cementerios, iglesias, muelles, dársenas, bodegas en los puertos, pararrayos, telégrafos y teléfonos, acueductos y obras de desecación de pantanos o de higiene pública (Ley 21 de 1917); tranvías (Leyes 56 de 1922 y 72 de 1924); la adquisición de los terrenos en donde nazcan las aguas para el abastecimiento de las poblaciones (Ley 67 de 1926); instalación y ensanche de empresas de energía eléctrica (Leyes 67 de 1926 y 126 de 1938); la industria del petróleo en todos sus ramos (Ley 37 de 1931), etcétera (1).

El artículo 17 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de 1789, dijo:

Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, ninguno puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente hecha constar, lo exige evidentemente, y bajo la condición de una previa y justa indemnización.

El constituyente francés, como el colombiano, entendió la propiedad en la acepción romana de la palabra, y nuestro Código Civil la define de esta manera:

Artículo 669. El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno.

Este concepto de la propiedad como un derecho absoluto, tiende a modificarse actualmente, para atribuir a la propiedad cierta función social. En donde quiera, las leyes obligan al dueño de las tierras a ponerlas en cultivo, al dueño de solares urbanos a edificar en ellos, etc., pues se estima que el título de propietario implica la obligación de emplear la riqueza poseída, en aumentar la riqueza general y contribuir con ello al bienestar común, como un deber de solidaridad social.

En congruencia con estas ideas, las Constituciones de los Estados organizados después de la guerra europea, consagraron el principio de que la propiedad entraña obligaciones.

La Constitución alemana de 1919 disponía lo siguiente:

Artículo 153. La propiedad está garantizada por la Constitución. Su contenido y sus límites son fijados por las leyes....

(1) Véase la lista completa de las leyes que han definido los motivos de expropiación, en Pareja, *Curso de Derecho Administrativo*, volumen I, página 313.

La propiedad entraña obligaciones. Su uso debe ser igualmente en el interés general.

La Constitución de Yugoslavia de 1921, decía:

Artículo 37. Se garantiza la propiedad privada. De la propiedad emanan obligaciones. El uso de la propiedad no debe perjudicar a los intereses de la colectividad. El contenido, la extensión y la limitación de la propiedad privada serán regulados por la ley.

La expropiación por causa de utilidad pública es admitida, sobre la base de la ley, mediante una indemnización equitativa.

La de Rumania de 1923 dice en su artículo 17:

Nadie puede ser expropiado sino por causa de utilidad pública y mediante una justa y previa indemnización fijada por la justicia.

Una ley especial fijará los casos de utilidad pública, el procedimiento y los medios de expropiación.

Excepto los casos de expropiación para vías de comunicación, salubridad pública, defensa del país y trabajos de interés militar, cultural y los dictados por los intereses generales directos del Estado y de las administraciones públicas, los otros casos de utilidad pública deberán ser establecidos por leyes votadas por la mayoría de los dos tercios....

La de España de 1931, decía:

Artículo 44. Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes.

La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social mediante adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes.

Con los mismos requisitos la propiedad podrá ser socializada.

Los servicios públicos y las explotaciones que afecten al interés común pueden ser nacionalizados en los casos en que la necesidad social así lo exija.

El Estado podrá intervenir por ley la explotación y coordinación de industrias o empresas, cuando así lo exigieren la racionalización de la producción y los intereses de la economía nacional.

La comunista de Rusia enseña:

Artículo 10. El derecho de los ciudadanos a la propiedad personal sobre los ingresos y ahorros, provenientes de su trabajo, sobre la casa-vivienda y la economía doméstica auxiliar (propiedad familiar), sobre los objetos de la economía y uso domésticos y sobre los objetos de consumo y comodidades personales, lo mismo que el derecho de herencia de la propiedad personal de los ciudadanos, están protegidos por la ley.

La Constitución española, al igual de la alemana, reglamentó la vida económica nacional, punto acerca del cual la Constitución de 1886 guardaba absoluto silencio, cosa tanto

más grave cuanto que las crecientes necesidades de la civilización, y la intensidad de la lucha por la vida tienden, en el momento actual, a hacer del Estado un órgano para la economía tanto o más que para el derecho.

Con este pensamiento la Constitución alemana estatúa:

Artículo 155. La repartición y la utilización del suelo son controladas por el Estado de manera de impedir los abusos....

El propietario territorial tiene, con respecto a la comunidad, el deber de cultivar y de explotar el suelo. Las plusvalías de fundos que no son debidas al trabajo o a gastos deben aprovechar a la colectividad.

Todas las riquezas del suelo y todas las fuerzas naturales económicamente utilizables están colocadas bajo el control del Estado.

Artículo 156. El Reich puede por una ley, bajo reserva de indemnización y con aplicación por analogía de las disposiciones sobre la expropiación, transferir a la colectividad la propiedad de las empresas privadas susceptibles de ser socializadas. Puede él mismo participar, hacer participar a los países (Laender) o los municipios en la administración de empresas y sociedades económicas, o asegurarse, de otra manera, una influencia preponderante en su administración.

También puede el Reich, en caso de necesidad urgente, decidir por una ley la reunión en una explotación colectiva, sobre la base de la autonomía, de empresas y sociedades económicas con la mira de asegurar la colaboración de todos los factores de la producción, de hacer participar en la administración a los patrones y a los obreros y de regular según los principios colectivistas la producción, la creación, la distribución, el empleo, los precios así como la importación y la exportación de las riquezas.

Las cooperativas de producción, de consumo y sus uniones deben ser, a petición suya, comprendidas en la explotación colectiva, teniendo en cuenta su constitución y sus caracteres particulares.

Artículo 157. El trabajo está colocado bajo la protección particular del Reich. El Reich establecerá un derecho obrero uniforme.

Artículo 159. La libertad de coalición para la defensa y la mejora de las condiciones del trabajo y de la vida económica se garantiza a cada una y a todas las profesiones. Todas las convenciones y disposiciones que tiendan a limitar o entorpecer esta libertad son ilícitas.

Artículo 165. Los obreros y empleados son llamados a colaborar con los patrones y sobre un pie de igualdad, en la fijación de los salarios y de las condiciones de trabajo, así como en el conjunto del desarrollo de las fuerzas económicas productivas. Las organizaciones patronales y obreras y los contratos que ellas concluyen son jurídicamente reconocidos.

Aparte de garantizar expresamente la propiedad privada, el inciso 1º introduce al artículo 31 de la Constitución de 1886 otra modificación, consistente en agregar el "interés social" como motivo de preferencia sobre el interés privado.

En realidad, el interés social estaba comprendido dentro del concepto de interés público, y si se hizo necesaria la reforma, ello provino de que los Tribunales no habían entendido que motivos de interés social pudieran ser causa de expropiación. Se decía por ejemplo, que había motivos de utilidad pública para

expropiar una zona con destino a la construcción de una vía férrea, pero que no había esa utilidad sino un interés social, que no era motivo de expropiación, en la adquisición de las vías férreas por el Estado. Era una distinción metafísica, con la cual el constituyente creyó necesario acabar. La legislación española habla de *utilidad social*.

La comisión que redactó la reforma expresó que ella entendía por *interés social*, “aquellos problemas económicos que ha originado la complejidad de la vida contemporánea”.

En este concepto, dispuso el inciso tercero que podría haber expropiación por motivos de utilidad pública o de interés social, cuando el artículo 32 de la Constitución de 1886, sustituido por el artículo 5º del Acto Legislativo número 3 de 1910, sólo permitía la expropiación “por graves motivos de utilidad pública”.

Agrega el artículo que puede haber enajenación forzosa siempre que se llenen los siguientes requisitos: 1º Que haya motivos de utilidad pública o de interés social, definidos por el legislador, a cuyo juicio queda apreciar tales motivos; 2º Que la enajenación sea decretada por mandamiento judicial, y 3º Que el valor de la propiedad sea pagado, o su propietario indemnizado, antes de verificarse la expropiación, con la excepción que consagra el inciso final.

En estos casos no puede decirse jurídicamente que hay verdadera expropiación, puesto que el propietario no es privado de su propiedad: no hay sino un cambio en la forma de la propiedad, mediante una enajenación forzosa, así como no puede decirse que le es expropiada una cosa a quien se le remata por ministerio de la justicia.

El Consejo de Estado en sentencia de 30 de abril de 1943, respaldándose en la autoridad de Fritz Fleiner, dijo que sólo el Estado, o un particular que explota una empresa pública por concesión de aquél, tiene el poder de verificar expropiaciones por motivos de utilidad pública; pero que jamás este derecho puede ser concedido a particulares con el fin de que adquieran bienes para acrecer sus intereses privados, pues por estos motivos ni siquiera el Estado mismo puede decretar la enajenación forzosa de propiedades privadas que no sean con destino a un servicio, obra o uso públicos, y que los motivos de utilidad pública o de interés social deben ser definidos por una decisión legal, tomada por vía general y abstracta, y en manera alguna por medio de una decisión adoptada con relación a una persona determinada.

El inciso segundo del artículo 10 del Acto legislativo núme-

ro 1º de 1936 dice que la propiedad es una función social que implica obligaciones.

Como se ve, en el reformador de 1936 no hubo uniformidad de criterio a este respecto: al mismo tiempo que garantizó la propiedad privada como un derecho individual, la consagró como una mera función social, complicando la cuestión con la explicación de que esta función implica obligaciones. Pero ¿es que hay función social que no implique obligaciones? Lo que pasó fue que la frase "que implica obligaciones" se tomó de las constituciones de la post-guerra, que establecían que la propiedad implicaba obligaciones para consignar que era un derecho individual limitado en su uso por los intereses sociales.

Mas desde el momento en que el inciso tercero atribuyó a la propiedad una función social, estaba ya de sobra la consagración de aquélla como un derecho que implicaba obligaciones, que era limitado por la ley y no ya absoluto.

Duguít, en cuyas doctrinas se inspiró el concepto de la propiedad como función social, consagrado por el constituyente de 1936, expone así su teoría:

En cualquier país en donde la propiedad individual sea reconocida por la legislación positiva, el propietario tiene, por el mismo hecho de serlo, una cierta función social que llenar y la extensión de su derecho de propiedad debe ser determinada por la ley y por la jurisprudencia que la aplica, según la función social que deba llenar. El propietario no puede pretender otro derecho que el de poder llenar libremente, plenamente, y enteramente la función social de propietario. Se puede decir que de hecho, la concepción de la propiedad derecho subjetivo desaparece para hacer lugar a la concepción de la propiedad función social. El detentador de una riqueza no tiene derecho sobre ella. Se encuentra en una situación de hecho que le obliga a una cierta función social y su apropiación es protegida en la medida y sólo en la medida en que él cumple esa misión social.

Pero como el artículo 26 consagra en el inciso primero la propiedad como un *derecho subjetivo*, y en el segundo como una *función social*, resulta entre ellos cierta contradicción, que no puede desatarse sino entendiendo que, además de ser, en Colombia, la propiedad el derecho de usar y disponer de una cosa para satisfacer las necesidades físicas, intelectuales y morales del individuo, *tiene una función social*, que consiste en usar y disponer de la propiedad en interés de la comunidad y jamás en perjuicio de ésta.

Comentando la contradicción observada, ha escrito el doctor Carlos Lozano y Lozano:

En realidad hay en esta disposición tal como aparece redactada, una antinomia entre dos sistemas jurídicos diversos: el que reconoce y el que niega la existencia de los derechos subjetivos.

JAIME TOBON VILLEGAS
DONACION

Pero ya se acepte el método clásico de interpretación, hoy un tanto en desuso, que consiste en buscar la intención legislativa tal como surge de los antecedentes de un texto, o la nueva hermenéutica de desentrañar el objeto social de la ley mediante un libre análisis científico, resulta evidente que de acuerdo con el artículo 10 de la reforma se protege y mantiene el régimen de los derechos subjetivos. Ocurre sí que la fórmula defectuosa procede del influjo que han alcanzado entre nosotros algunas de las grandes teorías del profesor Duguit, que numerosos juristas aceptan en abstracto, atraídos por la novedad iconoclasta del maestro, pero sin reparar en las repercusiones formidables que pueden traer desde el punto de vista práctico.

Reflexiónese en lo que representaría en una nación como la nuestra la adopción integral de la doctrina del célebre profesor, que ningún país en el mundo ha aceptado, pues la Rusia soviética se rige por principios diversos, derivados de otra filosofía.

Automáticamente vendría a tierra el Código Civil, que no es sino una vasta reglamentación del derecho subjetivo de propiedad.

Es claro que no estuvo jamás en la mente del parlamento de 1936 consagrar tan drástica y compleja reforma. Durante el curso de los debates, en ningún momento apareció este propósito en forma directa ni indirecta. Y si hubiera aparecido, la enmienda habría encallado, porque carecía en absoluto de ambiente en esa forma.

De donde resulta que hubo, como lo he dicho antes, un notorio error de técnica en la elaboración de ese texto legal, que puede prestarse a confusiones o extravíos a los cuales tendrá que poner término la jurisprudencia.

El inciso final facultó al legislador para determinar los casos en que la expropiación pudiera llevarse a cabo sin indemnización; pero únicamente "por razones de equidad" y mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros que forman una y otra Cámara (y nó de los presentes en la respectiva votación).

Corresponde a las Cámaras apreciar esas razones de equidad. Ya en nuestra legislación habíamos tenido un antecedente de expropiaciones en que podía no haber lugar a indemnización: el Acto Legislativo número 6 de 1905 dispuso que en caso de apertura y construcción de vías de comunicación, se presumía que el beneficio que derivaban los predios atravesados era equivalente al precio de la faja del terreno necesario para la vía, pero agregando que si se comprobaba que valía más dicha faja, la diferencia sería pagada.

También en los debates de la reforma de 1936 se emitió el parecer de que la ley podría establecer una indemnización parcial, y el Ministro Echandía aclaró que podía suceder que el monto de la indemnización no fuera igual al valor de lo expropiado, "por cuanto consideraciones de equidad indiquen que el desembolso del Estado por razón de determinada expropiación, deba ser inferior al valor de la respectiva propiedad, primando así un criterio de equidad para apreciar la indemnización".

¿Cuándo puede decirse que median razones de equidad para que no haya lugar a indemnización? En nuestro concepto, ello puede tener lugar, por ejemplo, cuando la expropiación se decreta para la ejecución de obras que, como la construcción de vías, avenamiento de pantanos, etc., aumentan el valor comercial de las zonas contiguas. El Senador Navarro puso un ejemplo: "Cuando el dueño de un terreno, en parte del cual se va a construir una obra pública importante, muy reproductiva y de gran porvenir (digamos el puerto para barcos de mar y fluviales en Barranquilla), se niega a entregar voluntariamente la parte que el Estado necesita. Porque la valorización del resto del terreno es mayor que el precio de lo expropiado, de modo que no solamente sería un beneficio indebido la indemnización, sino que al contrario el propietario ha de pagar el impuesto de valorización".

No fué igual la interpretación que le dieron otros miembros del Congreso, los cuales pusieron como ejemplo el caso de los decretos extraordinarios dictados por el Presidente Olaya Herrera, sobre rebaja de un tanto por ciento de las deudas particulares, concedida en favor de los acreedores, por causa de la crisis económica de 1930, que había valorizado la moneda.

ARTICULO 31. — Ninguna ley que establezca un monopolio podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una industria lícita.

Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico y en virtud de ley.

Sólo podrán concederse privilegios que se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación. (Artículo 4º del Acto legislativo número 3 de 1910).

Conforme a este artículo, los monopolios sólo pueden establecerse como arbitrio rentístico y en virtud de ley. Por tanto no podrá concederse un monopolio a una persona natural o jurídica, so pretexto, por ejemplo, de fomentar la mejora de un artículo o de abaratar su producción, ni crearse en favor del Gobierno so pretexto, por ejemplo, de valorizar un artículo de exportación o de regularizar su comercio, etc., ni podrán establecerse monopolios en virtud de decretos ejecutivos, o de ordenanzas departamentales o acuerdos municipales, sino con autorización legal.

Decretado su establecimiento por ley y como arbitrio rentístico, será menester indemnizar previa y plenamente a los individuos (y hay que entender también a las sociedades) que deban quedar privados del ejercicio de una industria lícita.

Federico Flora define así los monopolios financieros:

El monopolio es un derecho exclusivo, que el Estado se reserva, de producir o de vender una mercancía determinada a fin de recaudar un impuesto. El Estado, para el gravamen de ciertos artículos, en lugar de cobrar el impuesto del productor, produce directamente el artículo en cuestión, agregando el impuesto a los gastos de producción y dejando libre para los particulares el comercio del mismo; o también monopoliza la venta de los artículos, agregando el impuesto al precio de adquisición y dejando plenamente libre la producción; finalmente, el Estado puede reservarse la producción y el comercio de algunos artículos fijando sus precios según las leyes que rigen el valor del monopolio. En general, el monopolio de la producción puede aplicarse a las mercancías cuya producción interior basta a cubrir la necesidad nacional; el monopolio de la venta puede aplicarse cuando se trata de mercancías en gran parte importadas del extranjero....

Acorde con esta definición es la de Van Der Borch, cuando dice:

Como una forma especial de los tributos por consumo figuran los monopolios financieros; consisten éstos en el traspaso de la producción y de la explotación del artículo obligado al impuesto o de una parte de las actividades económicas necesarias para ello al Poder Público, con objeto de lograr una utilización financiera tan pingüe como sea posible, excluyendo la competencia privada.

Antes de la vigencia de este artículo, se podía conceder privilegios que no se referían a inventos útiles ni a vías de comunicación. Ahora no pueden concederse sino para estos dos objetos. Por eso se veía que las Municipalidades concedían privilegios para el establecimiento de acueductos, plantas de energía y luz eléctricas, plazas de mercado, empresas de teléfonos, etc., con grave perjuicio de los intereses generales de los habitantes. La historia del establecimiento de esta disposición, como puede comprobarse en la relación de los debates de la Asamblea nacional, confirma nuestra tesis.

Es, pues, inconstitucional el artículo 169 de la Ley 4ª de 1913, sobre régimen político y municipal, en cuanto por su ordinal 16 autoriza a los Concejos para "conceder privilegios para obras de interés público del Municipio", y sólo se explica porque el legislador copió textualmente este ordinal de la ley anterior sobre esta materia, o sea la 149 de 1888 (1).

El privilegio otorgado a los autores de inventos útiles, se justifica, no sólo por ser el reconocimiento del trabajo del inventor, sino también como un estímulo. Y el permitido para las vías de comunicación se explica por la carencia de recursos por parte del Estado para la construcción o apertura de las vías de

(1) La Corte Suprema acogió este concepto nuestro y declaró inexecutable el ordinal 16 referido.

comunicación, lo que le obliga a fomentarlas mediante el sistema de concesiones privilegiadas para su explotación.

El artículo 10º de la Ley 31 de 1925 faculta al Gobierno para conservar el privilegio cuando considere que la invención puede beneficiar con preferencia a la República, previo arreglo con el interesado para la adquisición del invento.

ARTICULO 32 — El Estado puede intervenir por medio de leyes en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho.

Parágrafo. Las leyes que se dicten en ejercicio de la facultad que otorga este artículo, requieren para su aprobación el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. (Artículo 11 del Acto legislativo número 1º de 1936).

Esta disposición tiene su origen en el artículo 44 de la Constitución española de 1931, que decía:

El Estado podrá intervenir por ley la explotación y coordinación de industrias o empresas, cuando así lo exigieren la racionalización de la producción y los intereses de la economía nacional.

Como se ve, se omitió en la disposición el fin más importante que se contemplaba en la Constitución española, o sea, la intervención en favor de "los intereses de la economía nacional", acaso porque se pensó que los fenómenos de la producción, distribución y consumo de las riquezas comprendían todo el proceso económico; pero la verdad es que han venido a quedar fuera de la intervención del Estado otras actividades sociales que no se comprenden dentro de los tres conceptos enunciados.

En el curso de los debates se objetó el empleo del verbo *racionalizar* por considerarlo un neologismo, pero se replicó que era de buena formación, y además, estaba empleado en la Constitución española, y se hizo constar en las actas que el Senado entendía por *racionalización* lo que había definido como tal la Conferencia Económica Internacional, convocada por la Sociedad de Naciones, a saber:

Es el conjunto de métodos de técnica y organización, destinados a asegurar el minimum de pérdida en esfuerzos y en material.

La producción se puede racionalizar mediante el aumento del rendimiento con el menor costo, con la mejora de las condiciones del trabajo para darle el máximo de eficiencia con el mínimo de esfuerzo, etc.

La distribución puede racionalizarse evitando los acaparamientos, la intervención inútil de intermediarios, etc.

Esta función no podría ejercerse en caso de la facultad del artículo 44. Habiendo sido de la Constitución (art. 44. P. 1º).

mandato de la ley

El consumo puede racionalizarse, prohibiendo, por ejemplo, la destrucción de las cosechas (como ha acontecido con la incineración de millones de sacos de café en el Brasil), evitando el derroche de materia prima y de energía, etc.

La intervención para dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho, consiste en facultar al legislador para fijar salarios mínimos, auxilios de retiro, jubilaciones, seguros, medidas de higiene, participación del obrero en los beneficios de las empresas, etc.

El párrafo dispone que las leyes sobre intervención deben ser aprobadas por la mayoría absoluta de los miembros que componen una y otra Cámara, y no únicamente de los que estén presentes en la votación.

Esta exigencia se justifica por la gravedad que implica la intervención del Estado en las industrias o empresas públicas y privadas.

El Gobierno en ejercicio de la mencionada intervención no puede ejecutar actos distintos de aquellos para los cuales expresamente lo hayan facultado las leyes que decreten la intervención.

Así lo ha interpretado la Corte Suprema cuando ha dicho:

La Constitución de Colombia, al autorizar en su artículo 28 la intervención del Estado para racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, abarcó en su totalidad el problema y no se refirió solamente a la racionalización técnica, sino también a la comercial y a la económica. Interpretar en otra forma esa disposición sería mutilar el pensamiento del constituyente, y darle a esa reforma trascendental un sentido demasiado limitado, que haría ineficaz la intervención.

Pero si éste debe ser el alcance de la reforma, también es preciso no perder de vista que ella preconizó de manera expresa que no es al Gobierno al que corresponde determinar las medidas necesarias para realizar la intervención en las industrias, sino al Congreso, por medio de leyes aprobadas con un quórum determinado y en una forma especial.

43

ARTICULO 29. — En tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas departamentales y los Concejos municipales podrán imponer contribuciones. (Artículo 6º del Acto legislativo número 3 de 1910).

Hay quiénes hayan interpretado esta disposición en el sentido de que en tiempo de paz no puede el Gobierno imponer contribuciones aunque para ello lo revista el Congreso de facultades extraordinarias.

La disposición ha querido prohibir que por Decretos del Presidente de la República, de los Gobernadores o de los Alcaldes puedan crearse contribuciones, y en este orden de ideas el Consejo de Estado ha anulado varios Decretos Ejecutivos que han establecido impuestos bajo pretexto de ejercer la potestad

reglamentaria o el intervencionismo de estado en las industrias privadas, empresas y servicios públicos.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de 4 de abril de 1935 declaró inexecutable varios decretos dictados por el Presidente López sobre creación de nuevos impuestos, y dijo a este respecto:

Es preciso reconocer que el principio consagrado en el artículo 6º del Acto Legislativo número 3 de 1910, constituye una preciosa garantía de los derechos ciudadanos, a la vez que una de las mayores conquistas del Derecho Constitucional moderno. La potestad de imposición que antiguamente era ejercida discrecionalmente por el monarca como un derecho anexo a la corona, ha venido a pasar de modo definitivo a los representantes del pueblo, sentándose así el principio de que ningún tributo puede ser establecido sin el consentimiento de aquellos que deben soportarlo, expresado por conducto de sus voceros en los cuerpos legislativos.

Si bien es verdad que la misma Corte declaró exequible la Ley 126 de 1914, que revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para gravar el consumo de varios productos nacionales y extranjeros, también lo es que la misma Corte adujo como razón que "habiendo determinado las materias imponibles y el máximo del gravamen, es indudable que la institución se debe exclusivamente a la ley, y que el decreto por el cual se da a ésta aplicación práctica, lejos de ser el fundamento o principio de los impuestos en cuestión, no hace sino precisarlos fijando las condiciones de tiempo y cuantía, que son meramente accidentales".

En sentir del doctor Francisco de Paula Pérez, cuyo concepto compartimos, el Órgano Legislativo no puede investir de facultades extraordinarias al Órgano Ejecutivo para obrar fuera de la órbita de la Constitución.

33
ARTICULO 30. — En caso de guerra y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al orden judicial y no ser previa la indemnización.

En el expresado caso la propiedad inmueble sólo podrá ser temporalmente ocupada, ya para atender a las necesidades de la guerra, ya para destinar a ella sus productos, como pena pecuniaria impuesta a sus dueños conforme a las leyes.

La Nación será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes. (Artículo 33 de la Constitución de 1886).

Esta disposición permite la expropiación en tiempo de guerra, sin previo juicio y sin previa indemnización, siempre que las autoridades, militares o políticas (y nó cualesquiera funcionarios), estimen, a su juicio, que la expropiación es necesaria

para atender al restablecimiento del orden público. El inciso 1º se refiere únicamente a los bienes muebles o semovientes.

Tratándose de bienes inmuebles, no hay expropiación en caso de guerra, sino sólo ocupación temporal para atender a la necesidad de restablecer el orden público (por ejemplo, para destinar las casas a cuarteles, o los predios rústicos, a la seguridad y forraje de las brigadas, etc.), o para destinar los productos de las fincas raíces a las mismas necesidades de la guerra como pena pecuniaria impuesta a sus dueños conforme a las leyes.

De esta disposición se ha abusado en forma muy grave. No se han expedido leyes que definan la imposición de la pena pecuniaria de que allí se habla y en tiempos de guerra sólo han regido decretos de carácter extraordinario, expedidos durante el estado de sitio, que imponen empréstitos forzosos o contribuciones de guerra a las personas que, por sus ideas políticas, son calificadas como enemigas del Gobierno, aunque observen una conducta pacífica o sean inofensivas.

El último inciso, al hacer al Estado responsable de las expropiaciones que el gobierno haga por sí o por medio de sus agentes, establece implícitamente que no se hace responsable de las expropiaciones que hagan los rebeldes, entre otras causas, porque ellos no están bajo la autoridad del Gobierno sino que van contra ella. El artículo 11 de la Ley 145 de 1888 dice explícitamente que la nación en ningún caso indemnizará daños ni perjuicios provenientes de expropiaciones que ejecuten quienes no sean agentes del Gobierno, aunque esas expropiaciones se hagan a personas extranjeras.

ARTICULO 34 — No se podrá imponer pena de confiscación. (Artículo 34 de la Constitución de 1886).

La pena de confiscación fué abolida en Colombia por la Constitución de 1830, y es una pena desaparecida de todas las legislaciones del mundo, entre otras razones, porque es aberrante: va en perjuicio de personas inocentes, como son el cónyuge, los hijos, etc.

¿Por qué se incluyó esta prohibición en artículo especial? Porque los autores del proyecto de Constitución propusieron que la ley pudiera aplicar una parte de los bienes de los cabecillas de los rebeldes a indemnizar a la nación por los gastos de guerra, es decir, que pudiera hacerse esta excepción a la prohibición de imponer la pena de confiscación, proposición que fué rechazada.

En la Constitución de 1863, lo dispuesto en el artículo 31

era un párrafo de la disposición correspondiente al artículo 32 de la de 1886 (26 de orden), lo que era más lógico.

No debe confundirse la confiscación con las penas de comiso y multa. Por la confiscación los bienes del reo pasan a poder del Estado. El decomiso sólo se aplica a los instrumentos u objetos que sirvieron o se destinaron para cometer el delito (artículos 166, 211 y 212 del Código Penal), o a los efectos en que consista un contrabando o fraude a las rentas (artículo 373 del Código de Aduanas). La multa es una pena pecuniaria que da acción personal contra el reo y se convierte en arresto si éste se niega a pagarla (artículos 50 y 51 del Código Penal).

ARTICULO 35 — Será protegida la propiedad literaria y artística, como propiedad transferible, por el tiempo de la vida del autor y ochenta años más, mediante las formalidades que prescriba la ley.

Ofrécese la misma garantía a los propietarios de obras publicadas en países de lengua española, siempre que la Nación respectiva consigne en su legislación el principio de reciprocidad, y sin que haya necesidad de celebrar al efecto convenios internacionales. (Artículo 35 de la Constitución de 1886). ley 86/46

Fué la Constitución de 1886 la primera que en Colombia consagró entre los derechos civiles la propiedad literaria y artística, que antes lo estaba sólo como una gracia otorgada por las leyes 1ª y 2ª del tratado 3º de la Recopilación Granadina.

Esta propiedad ha sido discutida y aún impugnada por mentalidades tan altas como Lord Macaulay; pero no es éste el lugar de estudiar semejante cuestión. Basta a nuestro propósito analizar los términos en que la Constitución la garantiza.

Explicando la disposición en el Consejo de Delegatarios, decía su autor, el señor Caro, que no había que confundir “el orden científico con el orden literario”.

Los conocimientos científicos —decía— pertenecen al dominio público: las ideas se esparcen y propagan sin prescripción alguna. Las formas literarias, que comprenden el método, el estilo y el lenguaje, son por el contrario, esencialmente personales, y a éstas, y sólo a éstas se refiere la propiedad literaria. Un ejemplo pondrá de manifiesto esta diferencia. Supongamos que un profesor expone una doctrina nueva a un auditorio numerosísimo. Si antes de que su lección sea reproducida por la taquigrafía, se pide a cada uno de los oyentes que la esponga y desenvuelva, habrá tantas exposiciones distintas, unas claras y luminosas, oscuras y confusas otras, cuantos oyentes hubo. La doctrina como semilla esparcida a los vientos, es de todos. Su germinación, desenvolvimiento y manifestación literaria, es propia de cada uno. Tal es, en la teoría y en la práctica, el verdadero concepto de la propiedad literaria. Por esta razón, apartándome del término modernamente adoptado, de propiedad intelectual, pareceme preferible, por más exacto, el de propiedad literaria y artística que consagra el artículo.

El proyecto original fijaba cincuenta años, pero luego elevóse a ochenta en consideración a que era el término fijado en la legislación española.

Las Constituciones de Chile, el Brasil, el Ecuador, el Perú y Uruguay dejan a la ley la regulación del goce de esta propiedad y la fijación del término de su duración.

En Colombia la Ley 32 de 1886, "sobre propiedad literaria y artística", reglamenta la materia. Enseña que el derecho del autor consiste en la facultad que las leyes reconocen a los autores durante un tiempo determinado y previas ciertas formalidades, para explotar sus obras; que se entiende por obra literaria y artística, para los efectos legales, toda producción que sea resultado de un trabajo o esfuerzo personal de inteligencia, de imaginación o de arte; que las ideas, pensamientos o sistemas filosóficos o científicos, y demás conocimientos humanos, prescindiendo de la forma particular de que el autor o artista los haya revestido, no constituyen propiedad privada y pueden ser libremente presentados bajo nuevas formas; que los inventos o descubrimientos científicos con aplicación práctica explotable, no constituyen propiedad y sólo son materia de privilegio con arreglo al artículo 120 de la Constitución (115 de la Codificación, numeral 18), que nadie puede reproducir en todo ni en parte una obra sin permiso del autor, etc.

La Constitución alemana de 1919, expedida por una Asamblea de mayoría socialista, consagra en su artículo 158 el principio de que "el trabajo intelectual, el derecho de los autores, de los inventores y de los artistas, gozarán de la protección y de la solicitud del Reich".

ARTICULO 36. — El destino de las donaciones intervivos o testamentarias hechas conforme a las leyes para fines de interés social, no podrá ser variado ni modificado por el legislador. El Gobierno fiscalizará el manejo e inversión de tales donaciones. (Artículo 12 del Acto legislativo número 1º de 1936).

Este artículo modifica el 36 de la Constitución de 1886 en el sentido de expresar que el legislador no podrá variar ni modificar el destino de las donaciones hechas para fines "de interés social", cuando la Constitución sólo otorgaba esa garantía a las donaciones "para objetos de beneficencia o de instrucción pública".

No había razón para otorgar tal garantía únicamente a las donaciones hechas para la beneficencia o la instrucción pública, y rehusarla para las hechas con otros fines de interés social, como la higiene, el arte, el deporte, etc.

El objeto de darles a estas donaciones un garantía adicional a la del derecho de propiedad, fué poner coto a los abusos del Estado que considerando los bienes donados como suyos, se los apropiaba o les daba una destinación distinta a la que habían querido los donantes o testadores.

No obstante esta disposición, el Congreso de 1888 expidió la Ley 100 de ese año, que dispuso que las asociaciones que tuvieran por objeto atender conjuntamente la enseñanza y la beneficencia, en el caso de que no fueran católicas debían someter el nombramiento de sus representantes legales y el de los empleados que dirigieran sus colegios, hospitales o establecimientos, a la aprobación del Gobierno del Departamento en que tuvieran su residencia, y que si quedaren por esta causa extinguidas, el Gobierno procedería a asumir la administración y manejo de los bienes y la dirección de los establecimientos que estuvieren a su cargo, y a organizarlos convenientemente, pudiendo confiar uno y otro a alguna asociación católica.

La parte final del artículo autoriza al Gobierno para fiscalizar el manejo e inversión de tales donaciones, autorización que se creyó conveniente consignar para desvanecer las dudas que se habían suscitado sobre la constitucionalidad de la ley que creó la Superintendencia de las instituciones de utilidad común, cuyas intromisiones indebidas en la administración de las fundaciones venía ocasionando resistencias y conflictos, ya que en el hecho la ingerencia de tal Superintendencia no ha tenido por mira el cumplimiento de la voluntad de los fundadores sino la de intervenir arbitrariamente en la administración de instituciones de utilidad común, que no son instituciones oficiales.

Esta disposición sobraba, porque el numeral 19 del artículo 115 de la Codificación atribuye al Presidente de la República el derecho de inspección y vigilancia (que son distintos del manejo) sobre las instituciones de utilidad común, para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas y que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores.

No hay que confundir los establecimientos públicos con las instituciones de utilidad pública o utilidad común. El Gobierno tiene la dirección, administración y manejo de los primeros, bien directamente, bien con cierta autonomía por parte de las juntas que los dirigen o administran; pero, tratándose de las segundas, sólo tiene sobre ellas el poder de inspección y vigilancia.

El establecimiento público es una institución oficial, creada por ley, ordenanza o acuerdo; sus bienes son una desmembración del patrimonio del Estado; se rigen por los reglamentos que les den el Congreso o el Gobierno, las Asambleas o los Con-

cejos, según que se trate de establecimientos de carácter nacional, departamental o municipal; pueden ser eliminados por las mismas entidades políticas que dispusieron su creación, y al desaparecer, sus bienes vuelven al patrimonio común de donde procedían. Ejemplo de esta clase de establecimientos es la Universidad Nacional.

En cambio, las instituciones de utilidad común son establecimientos de carácter particular, cuya organización no es de competencia de las autoridades públicas; sus bienes son aportados por los particulares, por donaciones entre vivos o asignaciones testamentarias y pertenecen a las respectivas instituciones, las cuales, conforme al artículo 652 del Código Civil, no pueden perecer sino por la destrucción de los bienes destinados a su manutención; la ley, la ordenanza o el acuerdo no pueden eliminarlas, y se rigen por los estatutos que les hayan dado sus fundadores, sin que el *status* de tales instituciones pueda ser modificado por las autoridades públicas, sino de una manera general e impersonal, y sólo corresponde al Gobierno velar para que no se modifique el destino de las donaciones hechas a la institución, ni se contrarie en lo esencial la voluntad del fundador. Ejemplos de las instituciones de esta clase son el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y el Hospital de San Carlos, de Bogotá.

ARTICULO 37. — No habrá en Colombia bienes raíces que no sean de libre enajenación, ni obligaciones irredimibles. (Artículo 37 de la Constitución de 1886).

Según el artículo 34 del Acto legislativo número 1º de 1936, el artículo 34 de la Codificación está modificado por el 18 del mismo Acto, que corresponde al 45 de orden, en cuanto este artículo dispuso que las leyes podrían establecer el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

Bajo la legislación española, los mayorazgos o vinculaciones, capellanías y censos irredimibles mantenían estancado el movimiento de la propiedad raíz.

La Constitución de 1821 prohibió la fundación de mayorazgos y toda clase de vinculaciones; pero quedaron subsistiendo los fundados con anterioridad y las obligaciones irredimibles, que gravaban la mayor parte de las fincas raíces.

Ya desde 1727 decía al Rey de España, en su Relación de Mando, el Presidente de la Audiencia del Nuevo Reino de Granada don Antonio Manso:

He reservado para la conclusión de este informe otra de las causas más universales de la pobreza del Reino y sus habitantes, tan dificultosa de

remover, que sólo al poderoso brazo de Vuestra Majestad puede ser reservado su remedio. Es así, Señor, que la piedad de los fieles en estas partes es excesiva: ha enriquecido a los monasterios y religiosos con varias limosnas, obras pías que fundan en sus iglesias, capellanías que dotan para que las sirvan los religiosos, habiendo habido muchas personas que hallándose sin herederos forzosos, en una pequeña casa, solar o hacendilla que dejan, fundan una capellanía que sirva tal a tal convento; con esto y la industria han aumentado caudales con que han comprado haciendas considerables. Acontece, pues, que dan a censo sus principales a los vecinos, a honesto logro de 5%, con hipoteca de la casa o hacienda que tienen; y si pasado algún tiempo sin pagar los intereses son ejecutados por ellos y el principal, se vende la finca hipotecada, con que viene a quedar por del convento; con que es rarísima la casa, fundo o heredad que no tenga sobre sí un principal equivalente a su precio; de suerte que los dueños vienen a trabajar para pagar réditos a los conventos, sin que les quede con qué sustentarse; y poco a poco se han hecho eclesiásticos todos los raices de calidad, que apenas se contará casa o hacienda que no sea tributaria de eclesiásticos, pues la que no lo es a algún convento lo es a un clérigo secular, por tener allí fundada su capellanía. No es capaz mi entendimiento para arbitrar remedio a este daño y a otros muchos que de él resultan...."

La desamortización de los bienes llamados de "manos muertas", fué hecha por el general Mosquera, en virtud del decreto de 9 de septiembre de 1861, cuya parte pertinente dice:

Artículo 1º Todas las propiedades rústicas y urbanas, derechos y acciones, capitales de censos, usufructos, servidumbres u otros bienes que tienen o administran como propietarios o que pertenezcan a las corporaciones civiles o eclesiásticas y establecimientos de educación, beneficencia o caridad, en el territorio de los Estados Unidos de Colombia, se adjudican en propiedad a la Nación por el valor correspondiente a la renta neta que en la actualidad producen o pagan, calculada como rédito al 6% anual; y reconociéndose en renta sobre el tesoro, al 6%, en los términos de los artículos siguientes.

Artículo 2º Bajo el nombre de corporaciones se comprenden todas las comunidades religiosas de uno y otro sexo, cofradías y archicofradías, patronatos, capellanías, congregaciones, hermandades, parroquias, cabildos, municipalidades, hospitales, y, en general, todo establecimiento y fundación que tenga el carácter de duración perpetua o indefinida.

Artículo 4º Sólo se exceptúan de la adjudicación que queda prevenida, los edificios destinados inmediata y directamente al servicio u objeto del culto o del instituto, como los templos, casas de reunión episcopales y municipales, colegios, hospitales, hospicios, mercados, cárceles, penitenciarias, casas de corrección y las habitaciones en que residan los religiosos o monjas; y por razón del oficio, los que sirvan al objeto de la institución, como las casas de los párrocos, de los magistrados, y locales de las oficinas públicas. Se exceptúan también de las propiedades pertenecientes a las municipalidades, los edificios, ejidos y terrenos destinados exclusivamente al servicio público de las poblaciones a que pertenezcan.

Artículo 10. Desde la publicación de este decreto, todos los censos que se rediman pertenecientes a las mismas corporaciones y los denominados capellanías, patronatos y obras pías, se consignarán en la caja de

amortización en documentos de deuda pública consolidada, exterior o interior o en deudas flotantes de cualquiera denominación que sean, para reconocerlas en inscripciones o rentas al 6% guardando la proporción establecida por el decreto orgánico del crédito nacional, es a saber: reconociendo un capital de \$ 50.00 por \$ 100.00 de censo al 3%, de \$ 66,66 por \$ 100.00 de censo al 4%; y de \$ 83.33 de censo al 5%; y en las mismas proporciones cualquiera otro censo.

Esta medida fué violentamente atacada por el clero y el partido conservador, y, para defenderla, el doctor Rafael Núñez, como Secretario del Tesoro y Crédito Nacional, pasó una circular con fecha 14 de julio de 1862, en que decía:

La desamortización es una de esas medidas que tienen su día preciso, necesario, providencial de realizarse en la marcha laboriosa de los pueblos, hacia la civilización; y así ella ya es del dominio de la historia en casi todos los países de Europa, inclusive los más católicos, como Austria y España, porque es un absurdo monstruoso imaginar que tenga carácter religioso de ninguna especie lo que siendo rigurosamente mundano o temporal no se roza ni puede remotamente rozarse, con el espíritu o la conciencia. La desamortización es simplemente un movimiento hacia adelante, una estación del itinerario que venimos recorriendo desde 1810, estación posterior de aquellas en que ya hemos visto realizadas otras transformaciones semejantes, como la abolición de los autos de fe y el tormento, la de los mayorazgos, la de los derechos diferenciales, la de la esclavitud, etc., y precursora de otras en que sólo Dios sabe lo que veremos, siempre en el mismo sentido del progreso por la libertad.... El Gobierno no ha cometido despojo, en el sentido filosófico de la palabra; no ha hecho más que dar una nueva organización al sistema rentístico de las corporaciones.... ¿Cuál es, pues, la expoliación, cuál es, pues, la impiedad, cuál es, pues, la inconveniencia o la injusticia de esta gran reforma?

El constituyente de 1886 conservó el principio de la enajenabilidad de los bienes raíces y la libre redención de las obligaciones.

Sin embargo, existen obligaciones a perpetuidad a cargo del Estado; tales son las deudas provenientes de la desamortización de bienes de manos muertas, bien porque los censos y capellanías se hubieran redimido en el tesoro nacional, bien por las cuotas que por la misma causa se obligó el Estado a pagarle a la Iglesia en virtud del Concordato.

¿Qué pensar de estas obligaciones perpetuas en vista del artículo 34 de la Constitución? Creemos que la única solución es la de que, apesar de la perpetuidad estipulada, ellas se consideren redimibles en cualquier tiempo por la Nación, y que, en esta virtud, la perpetuidad debe entenderse como plazo indefinido mientras la nación acreedora no resuelva renunciarlo y pagar el respectivo capital.

AA
ARTICULO 25. — Se garantiza la libertad de enseñanza. El Estado tendrá, sin embargo, la suprema inspección y vigilancia de los Institutos docentes, públicos y privados, en orden a procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos.

La enseñanza primaria será gratuita en las escuelas del Estado, y obligatoria en el grado que señale la ley. (Artículo 14 del Acto legislativo número 1º de 1936).

El artículo 41 de la Constitución de 1886 estatúa:

La educación pública será organizada y dirigida en concordancia con la Religión Católica.

La instrucción primaria costeada con fondos públicos, será gratuita y no obligatoria.

Según M. Duguit, la libertad de enseñanza, ya se la considere desde el punto de vista del derecho de enseñar, ya desde el punto de vista del derecho de aprender, no es, en realidad, otra cosa que la libertad de opinión, la libertad de creencias, la libertad de comunicar libremente a otros lo que se sabe, lo que se piensa, o lo que se cree.

El mismo profesor agrega que los adversarios de la libertad de enseñanza reconocen al padre de familia el derecho a instruir por sí mismo a sus hijos, y que por la misma razón deben reconocerle lógicamente el derecho de elegir con toda libertad los maestros que han de suplir su propia e indiscutible facultad, y a los cuales confía la misión instructora que él no quiera o no pueda ejercer.

La disposición da al Estado la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes para procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos.

Sobre este particular dice el mismo profesor francés:

Es igualmente cierto que el Estado puede y debe ejercer cuidadosa vigilancia para impedir que los maestros perjudiquen la libertad física, intelectual y moral de sus alumnos, y que con este objeto, puede organizar y ejercer una inspección en todos los establecimientos de instrucción. Pero no es menos cierto, por el contrario, que el Estado no puede prohibir ni imponer en una escuela la enseñanza de una doctrina cualquiera. El Estado no puede profesar una doctrina; debe respetarlas y protegerlas todas. No hay más que los jacobines, discípulos de Rousseau, y los sectarios clericales, que proceden con el mismo espíritu para sostener el derecho del Estado a imponer o proscribir la enseñanza de determinada doctrina. No puede, pues, el Estado organizar una inspección para vigilar las doctrinas, las tendencias, el espíritu que inspiran la enseñanza de una escuela cualquiera.

La inspección y vigilancia que autoriza la reforma comentada se presta a grandes abusos en su aplicación, y puede llegar hasta acabar prácticamente con la libertad de enseñanza. Bajo el pretexto de dirigir la formación intelectual y moral de los educandos, un Gobierno clerical podría volver al imperio del artículo 41 de la Constitución de 1886, esto es, a imponer que la educación pública sea organizada y dirigida en concordancia con los dogmas y la moral de la religión católica; llegar hasta prohibir las enseñanzas de doctrinas evolucionistas, positivistas, materialistas, etc.

Esa intervención del Estado en la enseñanza la reclamaba el presidente Núñez con fines muy distintos o contrarios a los que tuvo en mientes el reformador de 1936.

Las Constituciones de los distintos Estados europeos y americanos han seguido tres sistemas en esta materia: 1º Libertad de enseñanza; 2º Control del Estado, y 3º Intervención de los padres de familia. Podemos citar entre las Constituciones que han estatuido el control del Estado en la enseñanza: las de Alemania, Checoslovaquia, Grecia, Polonia, Portugal, Yugoslavia, Ecuador, Méjico y el Uruguay.

La libertad de enseñanza puede consistir en la facultad concedida a toda persona para abrir escuela, a todo profesor para exponer sus doctrinas, y a toda Facultad para conceder grados y títulos universitarios.

El inciso segundo del artículo ⁴¹35 establece la enseñanza gratuita y la instrucción obligatoria.

Las constituciones modernas establecen que la enseñanza primaria no sólo será gratuita, sino que el Estado costeará los útiles necesarios a los educandos. La gratuidad desde luego no se refiere sino a la enseñanza primaria costeada con fondos públicos. La enseñanza secundaria en las facultades oficiales puede no ser gratuita.

La tendencia en las constituciones de los Estados más civilizados es a establecer la neutralidad religiosa en las escuelas. La Constitución de Alemania disponía que "la enseñanza en las escuelas públicas deberá darse cuidando de no herir los sentimientos de los que piensan de otro modo", y que "los niños no participarán de la enseñanza religiosa ni de las ceremonias y prácticas del culto sino cuando las personas que han de decidir sobre la enseñanza religiosa del niño manifiesten su conformidad".

En cuanto al carácter de obligatoria que tenga la instrucción primaria, él está consagrado en donde quiera: no se obliga a los padres a matricular a sus hijos en las escuelas oficiales; bien pueden preferir las privadas; pero sí se les obliga a pro-

porcionarles un *mínimum* de instrucción, que los capacite para la vida en sociedad.

Corresponde a la ley señalar el grado hasta el cual la instrucción deberá ser obligatoria, ya que ese grado variará necesariamente con el desarrollo y cultura del país. Claro es que para hacer efectiva aquella obligación, el Estado tiene que venir en ayuda de los padres de familia que carezcan de recursos para costear la educación de sus hijos; y a la satisfacción de esta necesidad ha tendido la creación de los restaurantes escolares.

42

ARTICULO 36. — La prensa es libre en tiempo de paz; pero responsable, con arreglo a las leyes, cuando atente a la honra de las personas, al orden social o a la tranquilidad pública.

Ninguna empresa, editorial de periódicos podrá, sin permiso del Gobierno, recibir subvención de otros gobiernos ni de compañías extranjeras. (Artículo 42 de la Constitución de 1886).

La palabra *prensa* comprende aquí todas las publicaciones que se hacen por medio de la imprenta: el libro, el folleto, la revista, la hoja suelta, el cartel y el periódico.

El artículo 11 de la Declaración de los derechos del hombre formuló así este principio: “La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo ciudadano puede por lo tanto, hablar escribir, imprimir libremente, sin otro límite que responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley”.

Desde un punto de vista individual, la libertad de la prensa se justifica, pues, como una consecuencia de la libertad de opinión.

Desde el punto de vista social o político la libertad de prensa es necesaria, porque ella es uno de los órganos de elaboración y manifestación de la opinión pública, siendo los otros órganos: las reuniones públicas, las asociaciones políticas y la petición. Los estados democráticos, se ha dicho, viven bajo un régimen de opinión pública.

“La prensa, si es libre —dice M. Hauriou— traduce la voluntad de los ciudadanos; de una parte, por informaciones completas, le da los medios de formarse, en seguida, la recoge y la formula”.

Pero si la prensa puede servir para la formación de la opinión pública y ser órgano que la conduzca y refleje, formulando sus aspiraciones y conclusiones; estas mismas condiciones excepcionales de la prensa periódica, dice don Adolfo Posada, como medio de agitación, de propaganda y hasta de acción política, “hacen de ella un instrumento peligroso cuando se emplea torcidamente, no se inspira en ideales elevados y funciona

adulando bajamente las malas pasiones del público, o cuando se mercantiliza, o bien cuando funciona como instrumento de intereses poderosos económicos o de los egoístas de empresa o de clase”.

La influencia de la prensa en la formación de la opinión pública es tanto mayor cuanto el público es menos ilustrado, menos avisado, menos independiente, según lo anota Bryce.

La libertad de imprenta no puede ser absoluta, como no lo pueden ser ni lo son las otras libertades. Acontece, sí, que es uno de los problemas más difíciles, éste de conciliar la libertad legal de la prensa con la protección debida a la honra de las personas, porque en el ejercicio de las demás libertades, el derecho individual es amparado por el Estado por virtud de medidas preventivas, mas tratándose de la prensa, la única medida preventiva que cabría sería la censura previa, la cual anularía de hecho la libertad del escritor, dejando su pensamiento al arbitrio del censor. No puede, pues, el Estado intervenir sino castigando al responsable de la injuria o la calumnia, lo cual no protege la honra de las personas, pues por más severos castigos que se le impongan al difamador, el injuriado o calumniado siempre sufre la deshonra consiguiente.

Es importante consignar lo que en esta materia disponen algunas Constituciones.

Decía la de Alemania de 1919:

Todo alemán tiene derecho, dentro de los límites de las leyes generales, a expresar libremente su opinión por palabras, escritos, impresos, grabados o de cualquier otro modo. No existe la censura; pero, a pesar de esto, en lo que concierne a los cinematógrafos la ley puede establecer derogaciones a este principio. También la ley puede dictar medidas a fin de luchar contra la literatura inmoral y pornográfica, así como para la protección de la juventud en materia de espectáculos y representaciones públicas. (Artículo 118).

Dice la del Brasil:

“En cualquier asunto es libre la manifestación del pensamiento, sin dependencia de censura, salvo en lo que se refiere a espectáculos y diversiones públicas, respondiendo cada uno por los abusos que cometa, en los casos y en la forma que la ley determinare. No es permitido el anonimato. Es asegurado el derecho de respuesta. La publicación de libros y periódicos no depende de licencia del poder público. (Artículo 113).

Y la de Grecia:

Todo ciudadano puede expresar sus ideas verbalmente o por escrito y por medio de la prensa, observando las leyes del Estado. La prensa es libre.

La censura está prohibida, así como toda medida preventiva. Unicamente en los cinematógrafos podrán adoptarse medidas preventivas para la protección de la juventud. Está igualmente prohibida la incautación de diarios y demás impresos, sea antes o después de su publicación. Por excepción, queda autorizada la incautación, después de su aparición, por ultraje a la religión cristiana en los casos en que la ley especifique y por publicaciones inmorales que constituyan atentados manifiestos al pudor público. Se permite tomar medidas especiales, legales, para combatir la literatura que atente a la moral y para proteger a la juventud contra las representaciones y espectáculos públicos indeseables. El autor de una publicación reprensible concerniente a vidas privadas y el editor del diario que la publique son, entre otras penas previstas por la ley, penal, civil y solidariamente responsables de la plena reparación de todo daño causado, e indemnización a la persona agraviada con una cantidad que fijará el Tribunal, pero que en ningún caso podrá ser inferior a 200 dracmas metálicos. Sólo pueden editar diarios los ciudadanos helenos. (Artículo 16).

La Ley 51 de 1898, cuya vigencia fué restablecida por la 1ª de 1909, reglamenta la prensa.

Castiga como calumnia “toda imputación falsa de un hecho que afecte el honor o la buena reputación de una persona o corporación”. Y como injuria, “toda expresión ultrajante, término de desprecio e invectiva para un individuo o corporación, si no lleva la imputación de un hecho”.

La ley no admite la prueba de la injuria, y en ningún caso exime de pena; pero el individuo que compruebe la verdad de las imputaciones tachadas como calumniosas, está exento de pena, lo que no sucede en otras legislaciones, las que castigan la difamación aunque se traiga la prueba del hecho, cuando se trata de hechos relativos a la vida privada, y sólo se admite la prueba cuando se trata de hechos relativos a funciones públicas: tal distinción la hace, por ejemplo, la ley francesa de 29 de julio de 1881, lo que nos parece muy racional.

Tratándose de difamación a la memoria de los muertos, no se castiga a los responsables sino cuando se demuestre que éstos han querido herir por ese medio el honor de los herederos consanguíneos o afines vivos.

El difamado puede rectificar o aclarar las imputaciones falsas, mediante la inserción gratuita de su respuesta en el mismo periódico, hasta por un espacio doble del que llenó el escrito rectificado.

En los casos de calumnia o injuria contra particulares es necesaria la acusación de la parte agraviada para iniciar el procedimiento, y en tratándose de calumnia o injuria contra funcionarios o corporaciones públicas en su carácter de tales, es menester para iniciar el procedimiento criminal, que el funcionario agraviado o quien presida la corporación, presente queja formal, y entonces el procedimiento se sigue de oficio.

La Ley 69 de 1928 (artículo 12) castiga a los periodistas que por medio de la amenaza consistente en hacer alguna publicación de carácter calumnioso o injurioso, traten de obligar a alguna persona o entidad pública o privada, a hacer o a no hacer alguna cosa. Es el delito que la legislación francesa denomina *chantage*.

La constitución no habla sino de responsabilidad por atentados contra la honra, el orden social o la tranquilidad pública; pero dentro del orden social hay que entender que se comprende la facultad de prohibir los escritos obscenos, cuya publicación, introducción o expendio castiga como delito el Código Penal.

La libertad de prensa sólo se garantiza en tiempo de paz, pues tratándose de tiempos de guerra, puede estar sujeta a censura o represión, bien para impedir que fomenta la insurrección, si se trata de revueltas internas, o que haga publicaciones inconvenientes a la defensa nacional, si se trata de guerra internacional, propagando noticias falsas, divulgando las operaciones militares o gestiones diplomáticas, los movimientos de las tropas y sus efectivos, etc.

El inciso 2º no es materia propia del estatuto constitucional y ha debido dejarse a la ley sobre prensa. El artículo 13 de la Ley 69 de 1928 castiga a los infractores con la pena de dos meses a un año de arresto, pero en la práctica es muy difícil castigar a los periodistas que reciben subvenciones de gobiernos o compañías extranjeras, pues este recibo se hace subrepticamente.

Sería muy grave permitir que gobiernos o compañías extranjeras subvencionaran periódicos nacionales para hacer determinadas campañas en contra de los intereses del país. No hay el mismo inconveniente en que se subvencione otra clase de publicaciones, verbigracia, libros o revistas científicas, y de ahí que el inciso sólo se refiera a periódicos.

Las Constituciones de 1853, 1858 y 1863 establecieron la libertad de prensa absoluta, sin limitación ni responsabilidad ningunas.

La Constitución de 1886, por el artículo K del título XXI "Disposiciones transitorias", dijo:

Mientras no se expida la ley de imprenta, el Gobierno queda facultado para prevenir y reprimir los abusos de la prensa.

Esta disposición se convirtió en permanente, pues hasta que se expidió la Ley 51 de 1898, la prensa quedó sujeta a medidas preventivas y represivas, que dejaron a los escritores públicos a merced del Gobierno, que pudo así desterrarlos, im-

ponerles multas, suspender los periódicos y cerrar las imprentas.

Suspendida dicha ley por la guerra civil de 1899, no se restableció la libertad de la prensa definitivamente hasta el año de 1909.

38

ARTICULO 37. — La correspondencia confiada a los telégrafos y correos es inviolable. Las cartas y papeles privados no podrán ser interceptados ni registrados sino por la autoridad, mediante orden de funcionario competente, en los casos y con las formalidades que establezca la ley, y con el único objeto de buscar pruebas judiciales.

Para la tasación de impuestos ~~se~~ podrá exigir la presentación de los libros de contabilidad y demás papeles anexos.

Podrá gravarse, pero nunca prohibirse en tiempo de paz, la circulación de impresos por los correos. (Artículo 19 del Acto Legislativo número 1º de 1936).

La correspondencia confiada a los correos no puede ser interceptada ni registrada sino para buscar pruebas judiciales, se entiende que en asunto criminal, aun cuando el artículo no lo expresa.

En materia civil, el artículo 1085 de la Ley 105 de 1931 dice que el juez al declarar abierto un concurso de acreedores decretará la detención de la correspondencia del concursado relativa a sus negocios. Lo mismo dispone el artículo 22 del Decreto 750 de 1940, sobre quiebras de los comerciantes.

Los artículos 340 a 343 del Código de Procedimiento Penal reglamentan la manera como los funcionarios de instrucción deben proceder para detener la correspondencia postal o telegráfica del procesado. La detención y registro debe disponerse por auto motivado, se hará saber a los jefes de las oficinas, y la apertura y lectura las hará el funcionario por sí mismo, en presencia del interesado o de un representante suyo.

La confiada a los telégrafos goza de la misma inviolabilidad; pero ello no quiere decir que el Gobierno esté obligado a dar curso a despachos que sean injuriosos para los destinatarios o que estén concebidos en términos obscenos, o que conciten a la perpetración de algún delito. El Código Postal contiene disposiciones que prohíben dar curso a esta clase de mensajes, y lo mismo las convenciones internacionales sobre radiotelegrafía y telegrafía a que ha adherido la República.

El inciso 2º faculta para prohibir en tiempo de guerra la circulación de impresos por los correos, y para gravarla en tiempo de paz. Durante las guerras mundiales de 1914 y 1940 las naciones beligerantes sometieron a censura aun las cartas confiadas a los correos.

La reforma de este artículo consistió únicamente en haber agregado el inciso 2º.

*De intervenir el caso
de intervención del Estado.*

Es una medida que atiende a conveniencias de orden fiscal, aconsejada por la circunstancia de que los bancos se negaban a suministrar a los recaudadores de los impuestos sobre la renta y el patrimonio, las informaciones que se les pedían sobre el movimiento de cuentas de sus clientes, y los comerciantes a exhibir sus libros.

Los artículos 14 y 15 de la Ley 81 de 1931 autorizan al Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales para requerir la presentación de los libros de los contribuyentes y para examinarlos cuando se trate de revisar las cuantías de rentas gravables fijadas por los Administradores de Hacienda Nacional.

Las Constituciones de otros países garantizan la inviolabilidad de la correspondencia en todas sus formas. Mencionan especialmente las comunicaciones telefónicas: las Constituciones de Alemania, Austria, Grecia, Polonia, Rumania y Yugoslavia. Es digno de anotarse lo que sobre esta materia estatuyen las Constituciones del Perú y del Uruguay:

Perú: Artículo 67. La correspondencia es inviolable. Las cartas y los papeles privados no pueden ser ocupados, interceptados ni registrados, sino por la autoridad judicial, en los casos y en la forma establecidos por las leyes. No producen efecto legal las cartas y los papeles privados violados o sustraídos.

Uruguay: Artículo 27. Los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquiera otra especie son inviolables, y nunca podrá hacerse su registro, examen o interceptación sino conforme a las leyes que se establecieren por razones de interés general.

³⁹
ARTICULO 28. — Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones.

Las autoridades inspeccionarán las profesiones y oficios en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad pública.

La ley podrá restringir la producción y el consumo de los licores y de las bebidas fermentadas.

También podrá la ley ordenar la revisión y la fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de transportes y conducciones y demás servicios públicos. (Artículo 15 del Acto legislativo número 1º de 1936).

Este artículo corresponde al 44 de la Constitución de 1886, sustituido por el 1º del Acto legislativo número 1º de 1918, que a su vez lo fué por el único del Acto Legislativo número 1º de 1921 y éste por el único del Acto Legislativo Nº 1º de 1932, de modo que no hay disposición que haya sufrido más modificaciones que ésta.

El inciso primero del artículo primitivo de la Constitución decía que toda persona podría abrazar cualquier oficio u ocupación honesta, sin necesidad de pertenecer a gremio de maestros

o doctores. Esta expresión tenía una explicación de origen histórico: antes de la Revolución Francesa, las asociaciones corporativas de oficios y profesiones estorbaban la libertad de trabajo; la revolución las prohibió como contrarias a la libertad individual. La Constitución de 1886 garantizó a los trabajadores de toda clase la libertad de sindicarse y también la de no sindicarse. La reforma de 1936 suprimió la referencia a los gremios de maestros o doctores, por ser anacrónica, dice el doctor Navarro.

El Acto legislativo de 1936 permite al legislador exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones, lo que constituye el coronamiento de un largo proceso constitucional: el artículo 44 de la Constitución de 1886 sólo permitió exigir títulos de idoneidad para el ejercicio de las profesiones médicas y de sus auxiliares; la reforma de 1918 lo permitió también para el ejercicio de la abogacía; la de 1932 para la ingeniería; la de 1936, para todas las profesiones.

Era necesario exigir títulos de idoneidad para el ejercicio de las profesiones médicas y de sus auxiliares, como las de dentista, farmacéutico, obstetra, etc., por el peligro que significa dejar la salud y la vida de las personas en manos de sujetos empíricos o charlatanes. Igualmente se justificaba la exigencia de títulos de idoneidad para ejercer la profesión de abogado, por cuanto los rúbulas constituyen una amenaza social, no sólo por su falta de conocimientos, que compromete los intereses de las personas que les confían su defensa, sino por su falta de escrúpulos en cuanto a los medios para litigar, por lo que en todos los países está reglamentado el ejercicio de la abogacía. No militaban iguales razones de defensa social para restringir el libre ejercicio de la ingeniería. No satisfecho el reformador con estas restricciones, las extendió a todas las profesiones, sin duda con la mira de racionalizar la organización del trabajo, en armonía con el pensamiento del artículo 28 de la Codificación.

El inciso 2º del artículo 38 es el mismo inciso 2º del artículo 44 de la Constitución de 1886, cambiando la palabra *industrias* por *oficios*, inciso que subsistió a través de todas las reformas que sufrió este artículo. Es claro que la inspección que las autoridades pueden ejercer sobre las profesiones y oficios se limita a lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas, pero que no pueden ejercerla sino en los casos y en la forma que determine la ley, y aquí cabe anotar que el Estado no incurre en responsabilidad por los perjuicios que puedan causar sus medidas administrativas o legislativas dictadas por aquellos motivos, pues más bien se afirma que su responsabilidad se comprometería si sabiendo que una actividad se ha tor-

nado nociva para la moralidad, seguridad y salubridad pública, no la restringe o suspende.

El inciso 3º del mismo artículo 38 fué introducido en la reforma de 1921, porque se estimó que siendo los licores y bebidas fermentadas, rentas departamentales, no podía la ley autorizar la lucha antialcohólica. La reforma permite restringir la producción y consumo de licores y bebidas fermentadas sin tener que indemnizar a los fabricantes, introductores o expendedores de ellas.

El inciso 4º fué por primera vez introducido en la reforma de 1918 en lo referente a las tarifas y reglamentos de las empresas públicas de transportes. La reforma suprimió el adjetivo *públicos* y extendió la revisión y fiscalización a "los demás servicios públicos".

No compartimos el concepto de quienes dicen que los tres últimos incisos de este artículo son innecesarios por haberse consagrado en el 28 la intervención del Estado en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas; en primer lugar, porque esta intervención se limita a racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas; en segundo lugar, porque una cosa es la intervención con estos fines y otra la inspección en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas; esta inspección no significa intervencionismo económico, y en tercer lugar, porque la intervención del Estado en las empresas públicas y privadas de transporte o conducciones y demás servicios públicos (hay que entender que se refiere a los servicios *concedidos* a los particulares, verbigracia, servicios de telecomunicaciones, acueductos, energía eléctrica, etc.), no excluye la revisión y fiscalización de las tarifas y reglamentos, porque si todas las empresas de transportes y servicios públicos están necesariamente obligadas a esa revisión y fiscalización, no todas estarán necesariamente intervenidas, pues sólo estará la clase de ellas que la ley disponga con la aprobación de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara, en tanto que para la expedición de las leyes referentes a la revisión y fiscalización de las tarifas y reglamentos basta la mayoría absoluta de los miembros presentes en la votación. Sobre la revisión de las tarifas de las empresas de transportes rige la Ley 53 de 1918, y sobre las de las empresas de acueducto y energía eléctrica la Ley 109 de 1936.

ARTICULO 39. — La asistencia pública es función del Estado. Se deberá prestar a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitados para trabajar.

La ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en que deba darla directamente el Estado. (Artículo 16 del Acto legislativo número 1º de 1936).

Desde que el constituyente abandonó la antigua teoría del “Estado gendarme”, la asistencia pública vino a ser lógicamente, función del Estado —una de sus funciones—. El artículo sólo la ordenó para las personas físicamente incapacitadas para trabajar, después de haberse negado en el Senado la parte del proyecto que extendía tal asistencia a los que se hallaban “privados de trabajo o de medios para realizarlo”, es decir, a los desocupados.

También dispone el artículo que no se prestará asistencia pública a quienes tengan derecho para exigirla de otras personas, según los preceptos del Código Civil.

Este, en su artículo 411, dice que se deben alimentos al cónyuge, a los descendientes y ascendientes legítimos, a los padres naturales, a los hijos naturales y a su posteridad legítima, a la mujer divorciada sin culpa suya, a los hermanos legítimos, a los hijos adoptivos y padres adoptantes y al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada.

Respecto de esta función de asistencia pública, las Constituciones de la post-guerra establecieron la obligación del seguro para prevenir las consecuencias económicas de la vejez, de la invalidez y de los accidentes de trabajo, y la Constitución del Uruguay aún para el caso de desocupación forzosa.

Al disponer la Constitución que la ley determinaría la forma y casos en que el Estado deberá prestar la asistencia pública directamente, no debe entenderse que pueda reservarse exclusivamente la prestación de esta función, privando de ella a las instituciones de fundación particular, así como no se priva a los individuos y corporaciones del derecho a dar instrucción por el hecho de que ésta se haya elevado a la categoría de función social o de servicio público.

¹⁷
ARTICULO 46 — El trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado. (Artículo 17 del Acto legislativo número 1º de 1936).

Esta reforma fué tomada del artículo 46 de la Constitución española, que a su vez fué tomado del 137 de la alemana.

Así como el artículo 10 consagra la garantía del capital, este artículo la otorga al trabajo de una manera especial.

Aún más: lo hace obligatorio. Pero como muy bien se esclareció en el debate de esta reforma, esa obligación social no co-

rrresponde a quienes estén en incapacidad para trabajar, como sucede con los niños y los ancianos.

El Ministro de Educación, doctor Echandía, consideró que este artículo era una declaración simplemente platónica, inútil, porque no tenía consecuencia jurídica ninguna, a lo cual replicó un representante izquierdista que una Constitución era una de las formas de educación de la ciudadanía, porque venía a orientar la opinión pública y a transformar la mentalidad de las gentes, tendencia que efectivamente se observó en muchas de las abrogadas constituciones de la post-guerra.

Entre éstas, consagraron especialmente la protección al trabajo, las de Grecia, Finlandia, Polonia, Rumania, Uruguay y Yugoslavia.

La Constitución comunista de Rusia estatuye:

Artículo 9º La República Socialista Federativa Soviética Rusa declara el trabajo obligatorio para todos los ciudadanos de la República.

Artículo 118. Los ciudadanos de la U. R. S. S. tienen derecho al trabajo, es decir, a obtener un trabajo garantizado y remunerado, según su cantidad y calidad.

Y la Carta del Trabajo promulgada por el Gran Consejo Fascista de Italia el 21 de abril de 1927, reza:

Artículo 11. El trabajo, bajo todas sus formas —intelectual, técnica y manual que se traduce en la organización o en la ejecución—, es un deber social (1).

45

ARTICULO 41. — Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, ya sea por motivos de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución. (Artículo 45 de la Constitución de 1886).

M. Duguit dice que el derecho de petición es una forma de libertad de opinión, puesto que por ella un individuo expone

(1) Como leyes de protección social otorgadas a los trabajadores colombianos, podemos citar las siguientes: la 57 de 1915, 32 de 1922 y 133 de 1931, sobre accidentes del trabajo; la 37 de 1921, 44 de 1929, y 166 de 1941, y 32 de 1922, y 133 de 1931 ya citadas, sobre seguro colectivo obligatorio; la 48 de 1918, 61, 66 y 170 de 1936, 166 de 1938, sobre habitaciones higiénicas y económicas para obreros; la 4ª de 1921, sobre higiene de las explotaciones petrolíferas; la 15 de 1925, sobre higiene y seguridad de las minas; la 68 de 1922, 1ª de 1932 y 206 de 1938, sobre pensiones de jubilación; la 38 de 1923 y 73 de 1927, sobre la creación de la Oficina del Trabajo; la 48 de 1924, 56 de 1927, 9ª de 1930, 15 de 1925 y 88 de 1923, sobre protección infantil; la 53 y la 179 de 1938, sobre protección a la maternidad; la 57 de 1926 y 72 de 1931, 10 y 48 de 1934 y 53 de 1938 sobre descanso dominical y jornada máxima de trabajo; la 10 de 1934 sobre derechos de los empleados particulares; la 165 de 1938 sobre carrera administrativa, y las ya citadas sobre el derecho de huelga, etcétera. Todas ellas se encuentran en el *Derecho Social Colombiano*, por Ernesto Herrnstadt.

por escrito, dirigido a los gobernantes, sus opiniones, demandas o quejas. En todo caso, la petición es uno de los medios de elaboración y de expresión de la opinión pública, bajo cuyo régimen viven los gobiernos democráticos.

El mismo Duguit distingue entre la petición que se formula por motivos de interés particular, la que él cree ser un derecho civil, y la que se formula por motivos de interés general, la que él considera un derecho político, y de allí concluye que el primero puede ejercitarlo cualquier individuo, y el segundo, sólo los ciudadanos en ejercicio. M. Hauriou no acepta esta distinción; para él el derecho de petición es verdaderamente individual, concedido a todos los sujetos nacionales y aun extranjeros, sin condición de edad ni de capacidad.

Esta discusión puede tener cabida en Francia, pero nó en Colombia, porque nuestra Constitución expresamente reconoce este derecho a "toda persona", nacional o extranjera, natural o jurídica.

El derecho de petición adquirió grande importancia en las Constituciones expedidas después de la guerra europea de 1914, con el establecimiento de la iniciativa popular, bien para reclamar al Gobierno que sometiera una ley aprobada al *referendum* popular, bien para presentar a las Cámaras proyectos de ley a que éstas deberían dar curso cuando estuvieren firmados por determinado número de ciudadanos.

Sobre el derecho de petición ejercido por la fuerza armada, véase el comentario al artículo 168.

46²

ARTICULO 42. — Toda parte del pueblo puede reunirse o congregarse pacíficamente. La autoridad podrá disolver toda reunión que degenera en asonada o tumulto, o que obstruya las vías públicas. (Artículo 46 de la Constitución de 1886).

El derecho de reunión es otro de los medios de formación y manifestación de la opinión pública. Adquirió importancia histórica originariamente en Inglaterra, bajo la forma del *meeting*.

No hay que confundir la reunión con la asociación de que trata el artículo siguiente. La reunión se compone de personas que se juntan *momentáneamente* con el único objeto de oír la exposición que de sus opiniones hacen una o varias de ellas, o de exteriorizar sus sentimientos o aspiraciones. La asociación supone personas que se agrupan de una manera *permanente* para obrar en común.

La ley no puede impedir a los ciudadanos que se junten en reuniones privadas, porque este derecho es una consecuencia de la libertad individual, a menos que esas reuniones tengan fines contrarios o a la moral o al orden legal.

Tampoco puede subordinarse la celebración de las reuniones públicas a una previa autorización; lo más que pueden exigir las autoridades es que se les dé aviso anticipado de la reunión proyectada, a fin de que los funcionarios de policía puedan tomar medidas preventivas para hacer guardar el orden en ellas.

Según la Constitución belga, las reuniones al aire libre quedan enteramente sujetas a las leyes de policía; las otras no necesitan someterse a la previa autorización.

Es claro que cuando el uso del derecho de reunión degenera en abuso, ora porque la reunión se convierta en motín, asonada o tumulto, ora porque impida el libre tránsito por las vías públicas, pueden las autoridades disolverla.

Asimismo puede el jefe de la policía disolver las reuniones que se encuentren en los casos del artículo 1º de la Ley 69 de 1828, que dice:

Constituye delito agruparse, reunirse, o asociarse bajo cualquiera denominación, para alguno o algunos de los siguientes propósitos:

1º Incitar a cometer cualquier delito de los previstos y castigados por las leyes penales de Colombia;

2º Provocar o fomentar la indisciplina de la fuerza armada, o provocar o fomentar la abolición o el desconocimiento, por medios subversivos, del derecho de propiedad o de la institución de la familia, tales como están reconocidos y amparados por la Constitución y leyes del país;

3º Promover, estimular o sostener huelgas violatorias de las leyes que las regulan, y

4º Hacer la apología de hechos definidos por las leyes penales como delitos.

Las Constituciones de Alemania, Austria, Ecuador, Perú, Polonia, Rumania y Yugoslavia dejan a la Ley la regulación del ejercicio del derecho de reunión al aire libre. La de Méjico estatuye lo siguiente:

Artículo 9º No se podrá coartar el derecho de asociación y el de reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país. Ninguna reunión armada tiene derecho de deliberar. No se considerará ilegal, y no podrá ser disuelta, una asamblea o reunión que tenga por objeto hacer una petición o presentar una protesta por algún acto de alguna autoridad, si no se profieren injurias contra ésta, ni se hiciere uso de violencias o amenazas para intimidarla u obligarla a resolver en el sentido que se desee.

⁴⁴
ARTICULO 43. — Son prohibidas las juntas políticas populares de carácter permanente.

Las asociaciones religiosas deberán presentar a la autoridad civil, para que puedan quedar bajo la protección de las leyes, autorización expedida por la respectiva superioridad eclesiástica. (Artículo 47, incisos 2º y 3º, de la Constitución de 1886).

44.
inciso

La disposición prohíbe las juntas políticas populares de carácter permanente. Para que una de estas asociaciones sea prohibida es menester que reúna, conjuntamente, los tres requisitos de ser: 1º Política; 2º Popular, y 3º De carácter permanente.

Por tanto, las juntas o directorios políticos no están comprendidos en la prohibición, pues si reúnen los caracteres de políticos y permanentes, les falta el de ser populares. Así lo tiene resuelto el Ministerio de Gobierno.

La prohibición tuvo por objeto acabar con las llamadas *Sociedades democráticas* y las *Católicas*, que actuaron en épocas anteriores, con notorio perjuicio para la tranquilidad pública.

Por lo que se refiere al segundo inciso, explica Samper que su objeto fué impedir que se formaran comunidades, cofradías, hermandades u otras asociaciones religiosas en oposición o discordancia con la disciplina, los dogmas, o la moral de la Iglesia católica, pero invocando su autoridad; de lo cual resultarían conflictos de jurisdicción, competencia, personería, etc.

Por demás está decir que el inciso se refiere a las asociaciones católicas, pues las de otras religiones están sujetas al derecho común consagrado en el artículo 44.

El inciso 2º del artículo 43 no tiene razón de figurar como parte integrante de esta disposición sino del artículo 44, pues era el inciso 3º del artículo 47 de la Constitución de 1886, que es hoy el 44 de orden, ya que es este artículo el que trata de las asociaciones.

El doctor Caicedo Castilla emitió el parecer de que este inciso 2º está modificado en el sentido de que las asociaciones religiosas necesitan también que su personería jurídica les sea reconocida, no bastándoles la autorización eclesiástica. Y aunque es verdad que el artículo 34 del Acto legislativo número 1º de 1936 expresa que dicho inciso queda modificado, no aclara en qué consiste la modificación, aunque la exposición de motivos sí explica que el propósito es que no haya corporaciones que se rijan por un régimen de privilegio o excepción. En todo caso, esta cuestión queda sujeta a lo que sobre el particular disponga el Concordato. Pero, por lo mismo, es ilógico haber conservado ese inciso cuando la reforma constitucional remitió al Concordato todo lo referente a las relaciones entre la Iglesia y el Estado.

La reforma del Concordato, aprobada por la Ley 50 de 1942, dejó vigente el artículo 10 de la Convención celebrada entre la República y la Santa Sede, y que dice:

Podrán constituirse y establecerse libremente en Colombia órdenes y asociaciones religiosas de un sexo y de otro, toda vez que autorice su ca-

nónica fundación la competente superioridad eclesiástica. Ellas se registrarán por las constituciones propias de su instituto; y para gozar de personería jurídica y quedar bajo la protección de las leyes, deben presentar al poder civil la autorización canónica expedida por la respectiva superioridad eclesiástica.

ARTICULO 44. — Es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal. Las asociaciones y fundaciones pueden obtener su reconocimiento como personas jurídicas.

Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos. La ley reglamentará su ejercicio. (Artículo 20 del Acto legislativo número 1º de 1936).

Art. 18

Sobre este particular la Constitución de 1886 disponía en el inciso 1º del artículo 47 que era permitido formar compañías o asociaciones públicas o privadas que no fueran contrarias a la moralidad ni al orden legal, y en el artículo 49, que las corporaciones legítimas y públicas tenían derecho a ser reconocidas como personas jurídicas y a ejecutar en tal virtud actos civiles y gozar de las garantías aseguradas por este Título, con las limitaciones generales que establecieran las leyes, por razones de utilidad común.

La reforma reglamentó más científicamente la cuestión de la personería jurídica de las compañías, asociaciones y fundaciones, que en la Constitución estaba tratada en varios artículos y en forma confusa.

El señor Samper dice que la ley puede prohibir las sociedades secretas, como las logias masónicas. Pero esta tesis es tanto menos aceptable cuanto que el artículo original del proyecto decía:

Es permitido formar sociedades y compañías públicas o privadas, pero no secretas.

Y fué negada la prohibición de las sociedades secretas, así como las modificaciones introducidas por los delegatarios Paúl y Caro en el sentido de someter tales sociedades a la inspección de las autoridades, no obstante los ataques que el mismo señor Samper, como delegatario, hizo contra las logias, y en vista de la defensa que les hizo el delegatario Vives, como miembro de ellas.

Ya vimos al estudiar el artículo 42 lo que distingue a la reunión de la asociación. Si el hombre tiene el derecho de desarrollar libremente su actividad, debe también tener el derecho de asociarla libremente a la actividad de los otros.

Las compañías civiles y comerciales, pueden formarse libremente, y adquieren personería jurídica por sólo su consti-

tución mediante escritura pública y el cumplimiento de las demás formalidades que determinan los Códigos Civil y de Comercio.

Las asociaciones y fundaciones para adquirir personería jurídica necesitan que les sea reconocida, sin haber expresado por quién y en qué forma, cosas que se han dejado a la ley.

La distinción entre las compañías y las asociaciones o corporaciones, consiste en que las primeras se constituyen por un contrato mediante el cual acuerdan poner su actividad en común con el fin de repartirse utilidades entre los socios o accionistas, y las segundas, procuran fines distintos de la repartición de utilidades. Ejemplos de estas últimas son: las academias científicas o literarias, las sociedades de beneficencia, de instrucción pública, deporte, etc.

Bajo la legislación anterior a 1886 las fundaciones y corporaciones que no se hubieran establecido en virtud de una ley, no eran personas jurídicas: así lo enseña el artículo 634 del Código Civil, que es incompatible con el artículo constitucional que comentamos.

No hay que confundir las *corporaciones* con las *fundaciones*: las primeras suponen una unión o congregación de personas (*universitas personarum*), y las segundas, un conjunto de bienes o un patrimonio destinado a un fin duradero (*universitas bonorum*).

Conforme al artículo 80 de la Ley 153 de 1887, la nación, los Departamentos, los municipios, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública, y las corporaciones creadas o reconocidas por la ley, son personas jurídicas. También lo son las Intendencias y Comisariías, según el artículo 1º de la Ley 2ª de 1943.

Consagrado el derecho de asociación, para que una corporación adquiriera personería jurídica debe hacer la correspondiente solicitud al Gobierno.

El Decreto número 1326 de 1922 determina el procedimiento para las peticiones de personería jurídica. Dispone que las solicitudes deberán dirigirse al Ministerio de Gobierno por conducto de la respectiva Gobernación, la cual, antes de enviarlas deberá emitir su concepto sobre si los fines y organización de la asociación no contienen nada contrario a la moralidad ni al orden legal, y si reúne los demás requisitos exigidos por las leyes para el reconocimiento de las personas jurídicas. A la solicitud deberá acompañarse copia autenticada de los estatutos y del acta en que se haya hecho la elección de dignatarios. Las resoluciones que el Poder Ejecutivo dicta sobre reconocimiento de personería jurídica, serán publicadas en el *Diario Oficial*.

Esta misma reglamentación rige para las resoluciones que el Gobierno dicta en cumplimiento del decreto legislativo número 2 de 1906, para autorizar la existencia legal de sociedades o compañías domiciliadas fuera del país y que pretenden establecer empresas de carácter permanente en Colombia.

El reconocimiento de la personería jurídica de los sindicatos se rige por la Ley 83 de 1931.

En España el registro de esta clase de asociaciones era obligatorio:

Los españoles podrán asociarse o sindicarse libremente para los distintos fines de la vida humana, conforme a las leyes del Estado, enseña el artículo 39 de la abrogada Constitución de la República Española. Los sindicatos y asociaciones están obligados a inscribirse en el Registro Público correspondiente, con arreglo a la Ley.

La Constitución brasileña prevé que “ninguna asociación será compulsoriamente disuelta sino por sentencia judicial”. La alemana, que el derecho de asociación no puede ser limitado por medidas preventivas. Y la griega, que en ningún caso las leyes podrán hacer depender este derecho de autorización previa del Gobierno.

Huelgas. — El inciso 2º del artículo 44 garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos. Este inciso debiera serlo del artículo 40, que establece que el trabajo es una obligación social del Estado y gozará de especial protección. Si el constituyente lo incluyó como parte del artículo referente a las asociaciones, fué quizás desviado por la consideración de que entre nosotros los sindicatos no han ejercido otra función que la de provocar huelgas.

La Constitución garantiza a los asalariados el derecho de huelga, pero no a los patrones el derecho al *lock out*, es decir, al cierre de la empresa por parte del patrono como medio de lucha. No define la noción de la huelga ni la forma de su ejercicio, sino que deja a la ley establecer definiciones, procedimientos de conciliación y restricciones de dicho ejercicio, siempre que no equivalgan a la negación del derecho consagrado.

La Ley 78 de 1919 define la huelga como “el abandono del trabajo en una o varias fábricas o empresas industriales o agrícolas, abandono convenido o aceptado voluntariamente por un número tal de empleados, obreros o trabajadores, que produzca la suspensión del funcionamiento de las fábricas o empresas, y con las condiciones siguientes: 1ª Que su objeto sea mejorar las condiciones retributivas del trabajo, tales como jornales o salarios, horas de trabajo, condiciones higiénicas, etcétera, o sostener las condiciones actuales cuando se trate de des-

mejorarlas; 2ª Que el abandono del trabajo se efectúe y sostenga en forma pacífica”.

De acuerdo con esta definición, el Gobierno ha declarado ilegales las huelgas de solidaridad y las huelgas políticas (1).

Aunque la Ley 69 de 1928 dice que constituye delito el promover, estimular o sostener huelgas violadoras de las leyes que las regulan, el Código Penal no señala pena para este delito, y sólo castiga a los que impidan el ejercicio del derecho de huelga o usen de represalias con motivo de huelgas legítimas (artículo 309). Dicha Ley 69 se remitió en materia de sanciones a las establecidas en las leyes sobre huelgas.

El derecho de huelga fué consagrado en Colombia por los Congresos de 1918 y 1921, sin necesidad de reforma constitucional. Si en 1936 se creyó necesario dictar el inciso 2º comentado, fué por haberse elevado a obligación social el trabajo, y constituir, por tanto, la huelga, o suspensión temporal de aquél, una excepción a lo dispuesto en el artículo 40 de la Codificación, y sobre todo para establecer que en los servicios públicos no se reconoce ese derecho.

En Francia y en otros países europeos en donde primero se legisló sobre huelgas, no se ha aceptado el derecho de hacerlas en los servicios públicos.

El servicio público, según Duguit, “es toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y el desenvolvimiento de la interdependencia social, y porque, además, es de tal naturaleza, que no puede ser completamente asegurada sino mediante la intervención de la fuerza gobernante”.

Si esto es así, resulta natural que no se permitan las huelgas en los servicios públicos, so pena de que la realización de los fines del Estado no se cumpla; de donde se desprende que las huelgas en los servicios públicos son movimientos antisociales: van contra la solidaridad social que es fundamento y límite del derecho.

El constituyente de 1936 entendió por servicio público lo que acaba de definirse, y por consiguiente, la excepción abarca no sólo los servicios públicos prestados directamente por el Estado, sino los concedidos a los particulares, pues la concesión no les quita su carácter de servicios públicos.

Lo que quiere decir que no se reconoce el derecho de huelga en los tres servicios públicos que se han reputado siempre como *esenciales*: la guerra, la justicia y la policía; servicios *na-*

(1) Ernesto Herrnstadt, *Derecho Social Colombiano*, página 61.

cionales: la moneda (servicio concedido al Banco de la República), los correos, telégrafos, teléfonos e inalámbricos, hoy en general, las telecomunicaciones), muelles, faro, práctico y remolque; ni en los servicios que el Estado ha hecho públicos aunque no son exclusivamente prestados por él: la enseñanza primaria y secundaria, la higiene, el aseo urbano, la beneficencia o asistencia social, (hospitales, orfanatos, manicomios, asilos de ancianos y de inválidos, etc.), las vías de comunicación (caminos de herradura y carreteras, ferrocarriles, tranvías, cables aéreos, navegación marítima, fluvial o aérea, etc.), alumbrado y energía eléctrica, acueductos, mataderos públicos y todas las empresas del Estado, como teatros y hoteles, que aunque por su naturaleza no son servicios públicos, adquieren ese carácter por ser oficiales.

30

ARTICULO 45. — Las leyes determinarán lo relativo al estado civil de las personas, y los consiguientes derechos y deberes. Asimismo, podrán establecer el patrimonio familiar inalienable e inembargable. (Artículo 18 del Acto legislativo número 1º de 1936).

La primera parte de esta disposición era el artículo 50 de la Constitución de 1886, y sólo es nueva la última parte, referente al patrimonio familiar, o *homestead*.

Desde que la Constitución no se ocupó en lo relativo al estado civil, era claro que los derechos y deberes emanados del estado de las personas y la manera de constituirse éste quedaban a la determinación de la ley.

Tal vez la razón para que el constituyente considerara necesario autorizar al legislador para reglamentar el estado civil y los derechos y deberes que de él emanan, estriba en la consideración de que en esta parte del derecho privado tienen tal importancia las consideraciones de orden público que muchos juristas han querido excluirla del campo del derecho privado y formar para ella una categoría bajo el nombre de *derecho social privado*, como lo advierte Icilio Vanni.

El Código Civil, y leyes que lo adicionan y reforman, determinan todo lo concerniente a esta materia.

Al discutirse la reforma en el Congreso de 1936 se pretendió quitar al legislador la facultad de determinar lo referente al estado civil.

“El Concordato, dijo el representante Ramón Miranda, se llevó a cabo y las Cámaras lo aprobaron por medio de una ley, dando por resultado que no solamente la legislación ordinaria no es la que aquí regula el régimen de la familia, sino que lo regulan propiamente las disposiciones concordatarias. Y yo

quisiera establecer en la Constitución una norma para que sólo la ley pueda hacer esto”.

Las Constituciones de Alemania, España, Checoslovaquia, Grecia, Perú, Portugal y Yugoslavia estatuyen que el matrimonio, la familia y la maternidad estarán bajo la protección del Estado. Algunas de ellas expresan que el matrimonio reposa sobre la igualdad de derechos de los dos sexos y que las familias numerosas tienen derecho a medidas que compensen sus cargas.

Aunque de acuerdo con este pensamiento se introdujeron proposiciones tendientes a elevar a preceptos constitucionales la disolubilidad del vínculo matrimonial, la investigación de la paternidad, la igualdad entre los hijos legítimos e ilegítimos, etc., siguiendo en este respecto a la Constitución española de 1931, todas esas proposiciones fueron negadas.

Por haberse establecido en el artículo 37 de la Constitución de 1886 (34 de la Codificación) que no habría bienes raíces que no fueran de libre enajenación hubo que expresar en el artículo 18 del Acto legislativo de 1936 que la ley podría establecer el patrimonio familiar inalienable. Esta disposición ha debido introducirse como inciso 2º del artículo 34 y nó como parte del artículo 45, que trata del estado civil, pues el patrimonio familiar no se refiere al estado de las personas sino a sus bienes.

48

ARTICULO 46. — Sólo el Gobierno puede introducir, fabricar y poseer armas y municiones de guerra.

Nadie podrá dentro de poblado llevar armas consigo, sin permiso de la autoridad. Este permiso no podrá extenderse a los casos de concurrencia a reuniones políticas, a elecciones, o a sesiones de asambleas o corporaciones públicas, ya sea para actuar en ellas o para presenciarlas. (Artículo 48 de la Constitución de 1886).

El artículo 15 de la Constitución de 1863 cometió el error de consagrar: “la libertad de tener armas y municiones, y de hacer el comercio de ellas en tiempo de paz”. Esta libertad estaba también consagrada en las Constituciones de 1853 y 1858, y fué tomada de la Constitución de los Estados Unidos.

Fué ella uno de los factores de las continuas guerras civiles y conmociones internas que asolaron la República durante la Federación, y del incremento de la criminalidad, y de allí la restricción establecida por el inciso 1º.

En cuanto al 2º, su materia es propia del Código de Policía, y sólo hay que agregar que el artículo 9º de la Ley 69 de 1928 faculta al Gobierno para limitar a su prudente arbitrio la introducción y expendio de revólveres, pistolas y otras armas de fue-

go, a pesar de que no se trata propiamente de armas de guerra, pero como medida preventiva de homicidios y heridas.

ARTICULO ⁵¹~~47~~ — Las leyes determinarán la responsabilidad a que quedan sometidos los funcionarios públicos de todas clases, que atenten contra los derechos garantizados en este Título. (Artículo 51 de la Constitución de 1886).

Este artículo, como el anterior, sobra también en la Constitución. Era claro que a la ley penal le correspondía señalar la responsabilidad de los funcionarios que atentan contra los derechos garantizados en este título, y efectivamente el Código Penal lo ha hecho en el Título XI, Libro 2º, que trata de los delitos contra la libertad individual y otras garantías.

ARTICULO ⁴⁹~~48~~ — Queda prohibida en absoluto toda nueva emisión de papel moneda de curso forzoso. (Artículo 7º del Acto legislativo número 3 de 1910).

No teniendo cabida en ninguna otra parte, esta disposición fué incorporada en el Título III, "De los derechos civiles y garantías sociales". Más lógico habría sido incorporarla en el Título XIX, "De la Hacienda".

Este artículo es inaceptable: la emisión de papel moneda de curso forzoso es cuestión que depende de circunstancias económicas y fiscales superiores a la voluntad del legislador.

ARTICULO ⁵²~~49~~ — Las disposiciones del presente Título se incorporarán en el Código Civil como Título preliminar, y no podrán ser alteradas sino por acto reformativo de la Constitución. (Artículo 52 de la Constitución de 1886).

Este artículo es sencillamente absurdo. No hay el antecedente de ningún Código Civil del mundo que traiga como título preliminar el relativo a las declaraciones de derechos, que constituyen la parte llamada dogmática de la Constitución y que son, por consiguiente, materia propia del derecho público y no del derecho privado.

Samper, sin justificar la disposición, la explica diciendo que para evitar conflictos entre la Constitución y el Código Civil, se resolvió incorporar en éste el Título III de aquélla. Hoy tiene menos cabida esta explicación, porque el artículo 40 del Acto legislativo número 3 de 1910 ha establecido que "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales".

El artículo 7º de la Ley 153 de 1887, dijo:

El Título III de la Constitución sobre "derechos civiles y garantías sociales", tiene también fuerza legal, y, dentro de las leyes posteriores a la Constitución, la prioridad que le corresponde como parte integrante y primordial del Código Civil.

El Consejo de Estado ha dicho que nó por el hecho de haberse incorporado el Título III de la Constitución en el Código Civil, puede entenderse que esa corporación tenga competencia para decidir sobre la exequibilidad de decretos ejecutivos acusados ante ella por motivos de ilegalidad consistentes en la violación de las disposiciones de tal Título, y que en consecuencia, sólo la Corte Suprema es competente para conocer de la demanda de nulidad fundada en la violación de las garantías allí consagradas, ya que la incorporación en el Código Civil no les quita su carácter superlegal. Esta misma doctrina la ha sentado la Corte en auto de fecha 2 de septiembre de 1943.



TITULO IV

De las relaciones entre la Iglesia y el Estado

SUMARIO — Libertad de conciencia y de cultos. Autorización al Gobierno para celebrar convenios con la Santa Sede. Incompatibilidad de funciones eclesiásticas y civiles.

El hecho de haber la Constitución de 1886 consagrado la religión católica como religión de la Nación, hizo necesario dedicar un título especial a regular las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Es claro que si se hubiera establecido la separación entre los dos poderes civil y eclesiástico, no habría habido necesidad de este título, así como no la ha habido para tratar de las relaciones entre el Estado y las iglesias protestantes.

Consagrado como fué el catolicismo como religión de la Nación, era preciso garantizar la independencia de la Iglesia respecto del Estado, puesto que toda religión oficial supone la dependencia de la Iglesia, respecto del Estado, ya que no podría significar la dependencia del Estado respecto de la Iglesia, pues en los tiempos modernos no existen Estados teocráticos.

En las naciones en donde predominan religiones que tienen un clero influyente (bien sea católico, protestante, ortodoxo, etc.), la cuestión de las relaciones entre la Iglesia y el Estado es una de las más difíciles y delicadas.

Esta cuestión ha sido definida de distinta manera por las Constituciones de Colombia.

La de 1921 no dispuso nada respecto de la religión. Prevalecía entonces la idea de que este asunto era extraño al derecho público. Bolívar en el mensaje con que presentó su proyecto de Constitución al Congreso constituyente de Bolivia, concretó en los siguientes términos la idea predominante:

En una Constitución política no debe prescribirse una profesión religiosa; porque según las mejores doctrinas sobre las leyes fundamentales éstas son las garantías de los derechos políticos y civiles; y como la religión no toca a ninguno de estos derechos, es de naturaleza indefinible en el orden social y pertenece a la moral intelectual. La religión gobierna al

hombre en la casa, en el gabinete, dentro de sí mismo: sólo ella tiene el derecho de examinar su conciencia íntima. Las leyes, por el contrario, miran la superficie de las cosas: no gobiernan sino fuera de la casa del ciudadano. Aplicando estas consideraciones ¿podrá un Estado regir la conciencia de los súbditos, velar sobre el cumplimiento de las leyes religiosas, y dar el premio o el castigo cuando los tribunales están en el cielo y cuando Dios es el juez? La Inquisición solamente sería capaz de reemplazarlos en este mundo. ¿Volverá la Inquisición con sus teas incendiarias? La religión es la ley de la conciencia. Toda ley sobre ella la anula, porque imponiendo la necesidad al deber, quita el mérito a la fe, que es la base de la religión. Los preceptos y los dogmas sagrados son útiles, luminosos, y de evidencia metafísica; todos debemos profesarlos, mas este deber es moral, no político. Por otro lado, ¿cuáles son los derechos del hombre hacia la religión? Estos están en el cielo; allá el tribunal recompensa el mérito y hace justicia según el código que ha dictado el Legislador. Siendo todo esto de jurisdicción divina, me parece a primera vista sacrilego y profano mezclar nuestras ordenanzas con los mandamientos del Señor. Prescribir, pues, la religión, no toca al legislador; porque éste debe señalar penas a las infracciones de las leyes, para que no sean meros consejos. No habiendo castigos temporales, ni jueces que los apliquen, la ley deja de ser ley.... Dios y sus ministros son las autoridades de la religión que obra por medios y órganos exclusivamente espirituales; pero de ningún modo el Cuerpo Nacional, que dirige el poder público a objetos puramente temporales.

La Constitución de 1830, que sirvió de modelo a la de 1886, dijo en su artículo 6º:

La religión católica, apostólica romana, es la religión de la República.

La de 1832, como la de 1821, guardó silencio sobre este punto.

La de 1843, en su artículo 16, dijo:

La religión católica, apostólica, romana es la única cuyo culto sostiene y mantiene la República.

Las de 1853, 1858 y 1863 nada dispusieron sobre el particular y se limitaron a garantizar la libertad religiosa.

En la exposición sobre la reforma constitucional, que el Presidente Núñez dirigió el Consejo de Delegatarios, le decía:

La tolerancia religiosa no excluye el reconocimiento evidente del predominio de las creencias católicas en el pueblo colombiano. Toda acción del Gobierno que pretenda contradecir ese hecho elemental, encallará necesariamente, como ha encallado, en efecto, entre nosotros, y en todos los países de condiciones semejantes.

53

ARTICULO 50. — El Estado garantiza la libertad de conciencia.

Nadie será molestado por razón de sus opiniones religiosas, ni compelido a profesar creencias ni a observar prácticas contrarias a su conciencia.

Se garantiza la libertad de todos los cultos que no sean contrarios a

la moral cristiana ni a las leyes. Los actos contrarios a la moral cristiana o subversivos del orden público, que se ejecuten con ocasión o pretexto del ejercicio de un culto, quedan sometidos al derecho común.

El Gobierno podrá celebrar con la Santa Sede convenios sujetos a la posterior aprobación del Congreso para regular, sobre bases de recíproca deferencia y mutuo respeto, las relaciones entre el Estado y la Iglesia Católica. (Artículo 13 del Acto legislativo número 1º de 1936).

Estudiemos separadamente cada uno de los incisos de este artículo, por versar él sobre materias distintas.

Inciso 1º Este inciso habría tenido cabida más lógica en el título III, por referirse a las garantías sociales.

Refiriéndose a la libertad de conciencia, dice muy bien M. Duguít:

Todo individuo tiene, incontestablemente, el derecho de creer interiormente, íntimamente, lo que quiera en materia religiosa. En esto consiste propiamente la libertad de conciencia, que no es solamente la libertad de no creer, sino también la libertad de creer lo que uno quiera. La libertad de conciencia, entendida así, escapa forzosa y naturalmente a todos los designios y propósitos del legislador, lo mismo que la libertad de pensar propiamente dicha. Ni en derecho ni de hecho puede el legislador penetrar en lo íntimo de la conciencia individual e imponerle una obligación o una prohibición cualquiera. De la misma manera que la libertad de pensar, la libertad de conciencia propiamente dicha no tiene necesidad de ser afirmada en derecho. Por desgracia, este axioma ha sido frecuentemente olvidado por legisladores y gobiernos. La cuestión de la intervención del Estado no se plantea sino cuando las creencias religiosas se manifiestan exteriormente, ya por manifestación o exposición verbal o escrita, ya mediante la práctica del culto correspondiente a estas creencias.

Para que la libertad religiosa exista, es preciso que cada uno sea enteramente libre de practicar un culto religioso cualquiera, que nadie pueda ser molestado por ello ni impedido, directa o indirectamente, de practicar el culto correspondiente a sus creencias religiosas, y, a la inversa, que nadie, asimismo, pueda ser obligado, directa ni indirectamente, a practicar un culto cualquiera.

Inciso 2º Este inciso no es sino desarrollo del anterior, y era el artículo 39 de la Constitución de 1886.

El artículo 12 de la Ley 35 de 1888, aprobatoria del Concordato con la Santa Sede, es contrario a la libertad de conciencia que este artículo garantiza, en cuanto hace obligatoria en los centros de enseñanza la observancia de las prácticas piadosas de la religión católica, e igualmente, el artículo 17 de la misma ley y demás disposiciones concordatarias, en cuanto obligan a las personas que han sido bautizadas y que quieren contraer matrimonio, a celebrarlo conforme a los ritos del Concilio de Trento.

Inciso 3º Este inciso era el artículo 40 de la Constitución

de 1886, sin otra diferencia que la de garantizar la libertad de cultos, en vez de permitirlos.

El artículo 10 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano dijo que ninguno debía ser inquietado por sus opiniones, aun religiosas, con tal que su manifestación no turbara el orden público establecido por la ley.

Las constituciones de 1811 y 1812 estatuyeron que no se permitiría más culto, público o privado, que el católico. Lo mismo la de 1830. Las de 1821 y 1832 guardaron silencio a este respecto; pero la de 1853, por primera vez, consagró para todos los granadinos la libertad de profesar pública o privadamente la religión que a bien tuvieran, con tal que no turbaran la paz pública, no ofendieran la moral ni impidieran a los otros el ejercicio de su culto; garantía que la de 1863 expresó así:

La profesión libre, pública o privada, de cualquiera religión; con tal que no se ejecuten hechos incompatibles con la soberanía nacional o que tengan por objeto turbar la paz.

La de 1886 permitía el ejercicio de los cultos que no fueran contrarios a la moral cristiana ni a las leyes. Estableció la tolerancia de cultos, pero nó la libertad de cultos; por eso garantizó el ejercicio de ellos como un *permiso*, y nó como un *derecho propio*.

Siendo la moral cristiana la norma ética del pueblo colombiano, se explica que no se permitan cultos contrarios a esa moral, verbigracia, los que realizan sacrificios humanos u observan prácticas fetichistas.

Samper opinaba que el artículo facultaba al legislador para impedir el ejercicio de un culto cualquiera cuando su antagonismo con el católico amenazare perturbar la paz pública, y agregaba que el legislador podría también impedir el culto público de otras religiones que no sean la católica. No vemos de dónde sacar semejante conclusión, que habría conducido a acabar con la tolerancia de cultos que la Constitución consagraba.

El inciso 3º contiene una garantía para la libertad de conciencia y para la seguridad de los cultos, y consiste en que todo acto contrario a la moral y al orden, ejecutado con pretexto del ejercicio de un culto cualquiera, quede sometido al derecho común, así en la aplicación de la ley penal como en la procesal o jurisdiccional, con exclusión de disposiciones excepcionales sobre régimen de los cultos.

Inciso 4º El artículo 56 de la Constitución de 1886 decía:

El Gobierno podrá celebrar convenios con la Santa Sede Apostólica a

fin de arreglar las cuestiones pendientes, y definir y establecer las relaciones entre la potestad civil y la eclesiástica.

El inciso 4º ha debido ser un artículo aparte, como lo estaba en la Constitución de 1886.

La situación de la Iglesia con relación al Estado puede presentar una de estas formas: 1ª El Estado sometido a la Iglesia; 2ª La Iglesia sometida al Estado; 3ª Separación entre la Iglesia y el Estado, y 4ª Concordato entre ellos.

La primera forma fué la de la antigüedad: el jefe de la religión era jefe de la familia, de la tribu, de la ciudad. Era el Estado teocrático, como lo ha demostrado Fustel de Coulanges en *La Cité Antique*.

La segunda, es la predominante en los Estados no católicos, principalmente en los protestantes, y fué la nuestra, hasta 1853, durante el régimen del patronato.

La tercera, impera en los Estados Unidos, Alemania, Rusia, Méjico, etc., y fué la nuestra de 1853 hasta 1886.

La cuarta, es la vigente en Colombia.

La Santa Sede concedió a los Reyes de España el patronato eclesiástico, y al verificarse la emancipación de nuestro país, el Congreso de 1824 expidió la ley de 28 de julio, "que declara que la República de Colombia debe continuar en el ejercicio del derecho del patronato eclesiástico, y determina el modo de ejercerlo por su Gobierno". Esta ley aún rige en Venezuela.

Por ella se reservó el Congreso el derecho de erigir nuevos Arzobispados y Obispados, señalarles prebendas, arreglar los límites de las Diócesis, permitir y aun indicar la celebración de concilios nacionales y aprobar los sinodales, permitir o nó la fundación de nuevos monasterios y suprimir los existentes; formar los aranceles de los derechos parroquiales; arreglar la administración e inversión de los diezmos y demás rentas eclesiásticas; dar el pase a las bulas y breves pontificios, e indicar los nombres para la designación de los Obispos y Arzobispos, etc., y al Poder Ejecutivo entre otras, la facultad de designar los canónigos, vicarios y curas, etc.

Esta ley fué derogada por la de 15 de junio de 1853, que devolvió a la Iglesia su plena independencia.

El 31 de diciembre de 1887 se firmó en Roma entre el Cardenal Mariano Rampolla del Tíndaro, en representación del Papa León XIII, y don Joaquín F. Vélez, en representación del Gobierno de Colombia, un convenio para regular las relaciones entre la Iglesia y el Estado, y que fué aprobado por la Ley 35 de 1888. Este convenio fué copia casi textual del concordato Or-

dóñez-Antonelli, de 10 de mayo de 1862, celebrado entre la Santa Sede y el Gobierno ecuatoriano que presidió García Moreno.

Como cláusulas de este Concordato se incluyeron los artículos 38, 41, 53 y 55 de la Constitución de 1886, sin duda por estimar que la materia sobre que versan es más propia del Concordato que de la carta constitucional, valiosas concesiones y excepciones en favor de la Iglesia.

Las disposiciones constitucionales citadas fueron derogadas por el Acto legislativo número 1º de 1936, pero continúan rigiendo por estar consignadas en el Concordato vigente y son del tenor siguiente:

Artículo 1º La religión católica, apostólica, romana, es la de Colombia: los poderes públicos la reconocen como elemento esencial del orden social, y se obligan a protegerla y hacerla respetar, lo mismo que a sus ministros, conservándola a la vez en el pleno goce de sus derechos y prerrogativas.

Artículo 2º La Iglesia católica conservará su plena libertad e independencia de la potestad civil, y por consiguiente sin ninguna intervención de ésta, podrá ejercer libremente toda su autoridad espiritual y su jurisdicción eclesiástica, conformándose en su gobierno y administración con sus propias leyes.

Artículo 3º La legislación canónica es independiente de la civil, y no forma parte de ésta; pero será solemnemente respetada por las autoridades de la República.

Artículo 4º En la Iglesia, representada por su legítima autoridad jerárquica, reconoce el Estado verdadera y propia personería jurídica y capacidad de gozar y ejercer los derechos que le corresponden.

Artículo 5º La Iglesia tiene facultad de adquirir por justos títulos, de poseer y administrar libremente bienes muebles e inmuebles en la forma establecida por el derecho común, y sus propiedades y fundaciones serán no menos inviolables que las de los ciudadanos de la República.

Artículo 6º Las propiedades eclesiásticas podrán ser gravadas en la misma forma y extensión que las demás propiedades particulares; se exceptúan, sin embargo, los edificios destinados al culto, los seminarios conciliares y las casas episcopales y curales, que no podrán nunca gravarse con contribuciones, ni ocuparse o destinarse a usos diversos.

Artículo 12. En las universidades y en los colegios, en las escuelas y en los demás centros de enseñanza, la educación e instrucción pública se organizará y dirigirá en conformidad con los dogmas y la moral de la religión católica. La enseñanza religiosa será obligatoria en tales centros, y se observarán en ellos las prácticas piadosas de la religión católica.

La ley 34 de 1892 aprobó una convención adicional al Concordato por la cual las causas civiles de los eclesiásticos y las que se refieren a la propiedad y derechos temporales de las iglesias, de los beneficios y de otras fundaciones eclesiásticas se defirieron a los tribunales civiles, y las causas criminales contra los eclesiásticos por delitos extraños a la religión, se defirieron también a los tribunales laicos.

La Ley 50 de 1942 aprobó otra modificación al Concordato, consistente en dejar a la Santa Sede la libre elección de Arzobispos y Obispos, sin otra facultad para el Presidente de la República que la de formular objeciones de carácter político al nombramiento, y con la exigencia de que los Arzobispos y Obispos sean ciudadanos colombianos, sin expresar que de nacimiento; en requerir el previo acuerdo con el Gobierno para la erección de nuevas Diócesis y la modificación de los límites de las existentes; en deferir a los jueces del Estado las causas de separación de cuerpos de los cónyuges; y en traspasar a las autoridades civiles la administración de los cementerios.

Los concordatos no son tratados públicos, celebrados entre dos potencias extranjeras, sino convenios celebrados entre las dos potestades, civil y eclesiástica, de un mismo Estado, para regular sus relaciones políticas y jurídicas y no diplomáticas. El hecho de que la personería de la Iglesia colombiana la ejerza para este efecto el Romano Pontífice, como Jefe que es de esa Iglesia, no le da al Concordato el carácter de tratado público entre potencias extrañas o personas de derecho internacional. Con el Papa pueden, sí, celebrarse tratados públicos, nó para regular las relaciones entre la iglesia colombiana y el Estado colombiano, sino para regular las relaciones diplomáticas entre Colombia y el Estado extranjero denominado Ciudad del Vaticano, del que el Papa es soberano y jefe temporal, con derecho de constituir Enviados diplomáticos.

54

ARTICULO 51. — El ministerio sacerdotal es incompatible con el desempeño de cargos públicos. Podrán, sin embargo, los sacerdotes católicos ser empleados en la instrucción o beneficencia públicas. (Artículo 54 de la Constitución de 1886).

El artículo 33 de la Constitución de 1863 estatuyó que los ministros de cualquiera religión no eran elegibles para ningún puesto público.

La Constitución de 1886 consagró el mismo principio, pero hizo excepción para los empleos de la instrucción y la beneficencia públicas, por estimar que éstos no son incompatibles con el ministerio sacerdotal.

Al excluir a los sacerdotes católicos de los demás cargos públicos, incluso los de elección popular, el artículo no los priva del derecho de sufragio.

La disposición se refiere únicamente a los ministros del culto católico, ya que los de los demás cultos no son *sacerdotes*, y pueden, por tanto, elegir y ser elegidos.

Sabemos que la incompatibilidad fué consagrada por indicación del Arzobispo Paúl, por el temor de que el clero aban-

donara la cura de las almas para solicitar empleos públicos, más lucrativos, según nos lo refirió el delegatario doctor Carlos Calderón.

No vemos razón jurídica que justifique el que los sacerdotes católicos no puedan ser elegidos para cargos públicos. En otros tiempos, aquéllos gozaban de este derecho: la Constitución de 1821 fué sancionada por el Obispo de Mérida como Vicepresidente del Congreso, y la de 1831 por el Obispo de Santa Marta, como Presidente de la Convención Granadina.

Como reacción contra este artículo, alguna vez se propuso una reforma constitucional que le daba a los Arzobispos el derecho de ocupar asiento en el Senado, a imitación de la Constitución inglesa, en donde los Arzobispos y Obispos de la Iglesia anglicana son miembros natos de la Cámara de los Lores, y llamados lores espirituales. Semejante reforma sería incompatible con el régimen democrático que ha adoptado la República.

En relación con este artículo, dispone el Concordato lo siguiente:

Los individuos del clero secular y regular no podrán ser obligados a desempeñar cargos públicos incompatibles con su ministerio y profesión, y estarán además siempre exentos del servicio militar.

De las Ramas del Poder Público y del Servicio público

TITULO V

De los órganos nacionales y del servicio público

SUMARIO — Organos del Poder Público. Organos Legislativo. Ejecutivo. Judicial. Reglas generales sobre servicio público.

La rúbrica de este título no responde a su contenido, pues en verdad no se reglamenta por él el servicio público, entendiéndose por éste lo que debe entenderse.

El ordinal 7º del artículo 69 aclara que en este título se entienden por *servicio público* “los puntos de que trata el artículo 56”; pero éstos no son el servicio público, ni aun en el sentido que le da el artículo 197 del Código Fiscal (mencionado en el artículo 200).

La Constitución de 1886 traía el título “De los poderes nacionales y del servicio público”. La codificación cambió la palabra *poderes* por *órganos*, de acuerdo con el artículo 21 del Acto legislativo número 1º de 1936, que mandó que los “poderes públicos” —legislativo, ejecutivo, y judicial— se denominaran “Organos del Poder Público”. *hay ramas*.

La innovación fué tomada de la obra de Duguit, quien advierte que llama “Organos del Estado” a los “poderes públicos” por ser una expresión cómoda, aunque reconoce que no es científica.

Pero si Duguit llamó órganos del Estado a los poderes públicos, jamás pensó que pudiera llamárseles Organos del Poder Público, pues no siendo éste otra cosa que el conjunto de los tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, hablar de órganos del poder público resulta pleonástico, porque es como decir “órganos del órgano”.

El constituyente mismo comprendió el error de esta terminología y ya en el artículo 3º del Acto legislativo número 1º de 1938 habla de “los órganos ejecutivo y legislativo *del Estado*”, no del Poder Público.

Todos los tratadistas del Derecho público y todas las Constituciones de los Estados, sin una sola excepción, llaman pode-

res públicos a los órganos por medio de los cuales el Estado ejerce sus funciones jurídicas. En este tratado los denominaremos indistintamente *órganos* o *poderes*, porque si el primero es el nombre adoptado por nuestra legislación positiva, el segundo es el clásico.

La nueva terminología es inadecuada, como se comprobará con la cita de algunos textos constitucionales:

El artículo 2º dice que los poderes públicos emanan de la Nación, entendida como el pueblo. Este postulado, sobre el cual se basa el gobierno democrático, queda sin significación histórica y política, al decir que los órganos emanan de la nación, frase que es hasta impropia.

El artículo 52 dice que los poderes públicos son limitados. Este postulado, sobre el cual se basa el régimen de la legalidad, pierde también su significación al decir que los órganos son limitados, entre otras razones, porque no hay órganos ilimitados.

El artículo 32 del Acto legislativo número 3 de 1936, olvidándose de su nueva terminología, habla de "agentes del Poder Ejecutivo", sin duda porque los órganos no tienen agentes.

El artículo 124 creó los Designados para ejercer el Poder Ejecutivo. No puede hablarse de Designados para ejercer el Órgano Ejecutivo, porque no son los órganos los que se ejercen sino las funciones. Y así de los demás.

El doctor Gnecco Mozo, encuentra una explicación a la reforma, en la circunstancia de que la técnica constitucional moderna no reconoce la coexistencia de varios poderes, sino la de uno solo, con sus diversos órganos. La explicación no es convincente, porque el cambio de palabras no introduce innovación alguna al principio de la separación de funciones y colaboración armónica de los distintos órganos. La explicación sería procedente si se hubiera dicho que no habría sino un órgano del Estado, llamado Poder Público o Gobierno; pero la técnica no rechaza la coexistencia de varios poderes sino su separación, y la sustituye por la colaboración o funcionamiento armónico, que es lo que se observa en todos los organismos.

55 *Ramón* *la* *a* *la*
ARTICULO 52. — Son *órganos* del Poder Público: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. *la Jurisdiccional.*

Los *Órganos* del Poder Público son limitados, tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado. (Artículo 21 del Acto legislativo número 1º de 1936).

El artículo 57 de la Constitución de 1886, decía:

Todos los poderes públicos son limitados, y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones.

→ *Al congreso, el Gobierno y los Jueces tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado (Art. 6º de la L. 1º de 1936).*

Al establecer la Constitución que todos los poderes públicos son limitados, nos enseña que ninguno de ellos es soberano; que antes bien, se limitan y se ponderan recíprocamente.

Por consiguiente, hay que desechar el error, en que tan comúnmente se incurre entre nosotros, de creer que el Poder legislativo es soberano: no estamos en la Gran Bretaña, en donde la Cámara de los Comunes ejerce la soberanía.

En Colombia la soberanía del Estado, entendiendo por tal la potestad de realizar el derecho, es ejercida por todos los poderes públicos, pero cada uno en la esfera de sus respectivas atribuciones, de una manera limitada, es decir, sin que ninguno sea soberano, en el sentido que le da a esta palabra la doctrina francesa, esto es, de poder incondicionado y absoluto.

La no limitación de los poderes públicos conduciría al absolutismo, contrario al régimen constitucional, republicano y democrático que ha adoptado Colombia.

Establecía también el artículo 57 que todos los poderes públicos ejercían separadamente sus respectivas atribuciones.

Se trataba de un rezago de la antigua doctrina constitucional; el derecho público moderno no admite la separación de los poderes públicos; hay separación de funciones, pero no separación de órganos, los cuales, lejos de funcionar separadamente, colaboran armónicamente en el desempeño de las funciones del Estado.

Fué Montesquieu quien en *El Espíritu de las leyes* formuló el principio de la separación de los poderes públicos, después de haber ido a Inglaterra a estudiar su constitución política. El veía en esta separación la garantía más efectiva para la defensa de las libertades públicas.

Inspirándose en la teoría de Montesquieu, la Constitución de los Estados Unidos fué la primera en formular la separación rígida de los poderes, calcada sobre la de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial.

La Asamblea francesa de 1789 fué hasta declarar que donde los poderes no estaban separados, no había Constitución; entendía ésta como un régimen de garantías, del cual aquella separación era consecuencia.

Toda sociedad —dijo— en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene Constitución (artículo 16).

Pero la verdadera teoría de Montesquieu ha sido revisada o revaluada por la crítica, en el sentido de admitir que el autor del *Esprit des lois* (1748) lo que quiso fue “una separación suave con participación de los poderes en las mismas funciones,

es decir, un sistema ligado y equilibrado de poderes, cuyo juego constituye, para el Gobierno del Estado, una vida interior continua y seguida, al mismo tiempo que una garantía de la libertad", según palabras de Maurice Hauriou.

Hoy, dice Duguit, con el nombre de separación de poderes se entiende una colaboración de órganos de representación y una repartición de funciones.

Basta analizar las funciones de los poderes públicos para demostrar que hay separación de funciones, pero no de órganos. El órgano legislativo, además de dictar leyes, que es su función propia, ejerce funciones judiciales, cuando juzga a los más altos funcionarios, y funciones administrativas, como cuando elige a ciertos empleados, verbigracia, Consejeros de Estado, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y Contralor General de la República. El órgano ejecutivo realiza actos de administración, que es su función propia, pero, además, hace leyes en sentido material, cuando ejerce la potestad reglamentaria o hace uso de las facultades extraordinarias, y ejerce funciones jurisdiccionales cuando instruye sumarios o falla querellas de policía. El órgano judicial, además de pronunciar sentencias en juicios civiles o criminales, que es su función propia, ejerce funciones administrativas, cuando nombra los jueces inferiores o funcionarios subalternos, y, en cierta manera, legislativas, cuando interpreta las leyes por vía de doctrina, sentando jurisprudencia. Lejos, pues, de estar aislados, los diversos órganos se encuentran compenetrados íntimamente, en acción recíproca de uno sobre otro.

Así también vemos que en la función legislativa colabora el órgano ejecutivo presentando proyectos de ley, recomendándolos, coadyuvándolos u objetándolos y dándoles su sanción, e interviene el órgano judicial, decidiendo sobre su exequibilidad cuando fueren objetados por inconstitucionales y las Cámaras insistieren.

56

ARTICULO 53. — ~~El Órgano Legislativo es el Congreso.~~ ^{El} lo forman el Senado y la Cámara de Representantes.

El Órgano Ejecutivo lo constituyen el Presidente de la República y los Ministros del Despacho.

El Presidente y los Ministros y en cada negocio particular, el Presidente con el Ministro del respectivo ramo, constituyen el Gobierno.

El Órgano Judicial, lo constituyen la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito, y los demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley.

El Senado ejerce determinadas funciones judiciales. (Artículo 22 del Acto legislativo número 1º de 1936).

El órgano legislativo es en Colombia el Congreso, compues-

Art. 57.- El Presidente de la República y los Ministros del Despacho o los Jefes de Departamentos administrativos, y en cada negocio particular, el Presidente y el Ministro o el Jefe del Departamento administrativo correspondiente, constituyen el Gobierno.

Unido del ramo respectivo o por el Jefe de Departamento administrativo correspondiente. (Art. 30, 1º y 2º de 1936).

to de dos Cámaras, de cuya formación hablaremos más adelante. Aquí nos basta hacer constar que la cuestión de las dos Cámaras —bicamarismo— o de una Cámara —unicamarismo— ha sido largamente controvertida.

Los parlamentos, en la mayor parte de los países, están compuestos de dos Cámaras; ambas electivas generalmente, con excepción de los países monárquicos en donde una de ellas representa el elemento aristocrático; en unos, con poderes iguales, y en otros, como en Inglaterra, con poderes diferentes.

El reproche habitual, dice B. Mirkine-Guetzévitch, hecho a las cámaras altas (cuando ellas no son elegidas por sufragio universal), es el de causar menoscabo al principio democrático; si, por otra parte, la cámara alta es elegida por sufragio universal, crea un doble empleo en el dominio legislativo. El proceso de racionalización había ya acabado, antes de la guerra, por reducir el papel de las cámaras altas. El uso ha consagrado la responsabilidad ministerial ante la cámara baja únicamente. En varios países, leyes especiales han limitado sensiblemente la competencia legislativa de la cámara alta y no le han dejado a menudo sino el derecho de veto suspensivo, etc. Ciertas constituciones nuevas, yendo más lejos, han suprimido completamente estas cámaras (Alemania, Austria, Estonia, Lituania, Letonia, Turquía, Finlandia, Yugoslavia).

Debemos agregar también a España, en donde (en 1931), se votó la Cámara única después de un vehemente discurso del Ministro de Hacienda, don Indalecio Prieto, quien sostuvo que un senado, cualquiera que fuese su estructura “no serviría sino para dificultar, para entorpecer, y, a veces, para traicionar los designios de la democracia española, plasmada en el sufragio universal y representada en la única cámara que tiene plena legitimidad en una democracia, honda, seria y honradamente sentida”. Argumento este que carece de valor en los Estados en donde el Senado tiene también origen popular.

El ex-Presidente de España don Niceto Alcalá Zamora halla en el establecimiento de una sola Cámara una de las causas del fracaso de la República española.

Como razones en favor de las dos cámaras, se aducen: que la dualidad es un obstáculo al despotismo parlamentario; que asegura la madurez en la elaboración de las leyes, y que puede amortiguar los conflictos entre el ejecutivo y el legislativo.

Entre las constituciones dictadas con posterioridad a la primera guerra mundial, conservaron el sistema bicamarista: Checoslovaquia, Grecia, Hungría, Irlanda, Polonia y Rumania. Desde 1931 Yugoslavia restableció las dos Cámaras.

Después de haber expresado en el inciso primero quién ejerce la función legislativa, viene el inciso segundo a decirnos quién ejerce el Poder Ejecutivo, aunque sin expresar en qué consiste

la función ejecutiva, que es aquella por la cual el Estado realiza actos administrativos, esto es, actos jurídicos individuales y concretos, que implican “la creación o la condición de una situación de derecho”.

El Poder Ejecutivo es ejercido en Colombia por el Presidente de la República, con la indispensable cooperación de los Ministros. Los demás empleados administrativos no son sino agentes del Poder Ejecutivo.

El Presidente y el Ministro del respectivo ramo constituyen el Gobierno. La palabra *Gobierno* se aplica aquí por antonomasia, pues en su sentido lato, el Gobierno comprende todos los órganos del Estado, los tres poderes públicos.

No hay sino un acto que el Presidente puede ejecutar sin la firma de ningún Ministro, y es el de nombrar y remover a los Ministros del Despacho, por excepción que a este artículo introduce el 30 del Acto legislativo número 3 de 1910.

Y no hay sino dos casos en que los decretos del Poder Ejecutivo necesitan llevar la firma de todos los Ministros, y son los de que trata el artículo 33 del mismo Acto legislativo número 3: para declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella, y para expedir, durante ese estado, decretos con carácter extraordinario.

art. 58 Expresa el inciso ~~4º~~ qué órganos constituyen el Poder Judicial, cuya función no es definida por la Constitución, pero que, para Duguit, es aquella por la cual el Estado “comprueba la existencia y la extensión de una regla de derecho o de una situación de derecho, en el caso de una violación o de una controversia, y ordena las medidas necesarias para asegurar su respeto”.

Como la realización específica de esta función del Estado entraña generalmente, en sus principales manifestaciones, un proceso particular, en forma de juicio, se la denomina *función judicial*, dice don Adolfo Posada, quien no acepta la denominación de *jurisdiccional* que le dan Duguit, Jéze y otros autores, porque no se trata de “determinar la función por el órgano sino por la función misma”.

El inciso se refiere a los demás tribunales y juzgados que establezca la ley. Esta, en el Código de Organización Judicial (Ley 105 de 1931), ha establecido los siguientes: Corte Suprema de Justicia, Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Juzgados Superiores y de Circuito, Jueces Municipales y de menores.

El Consejo de Estado y los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo participan de la naturaleza del Poder Judicial y del Ejecutivo o Administrativo: del primero, en cuan-

to son tribunales jurisdiccionales, y del segundo, en cuanto son cuerpos consultivos en asuntos de administración.

El artículo 1º del Código de Organización Judicial dice que en casos especiales la administración de justicia se ejerce por el Senado, el Consejo de Estado, los Tribunales militares, las autoridades administrativas, y aun por personas particulares, en calidad de jurados, árbitros, etc., que participen en las funciones judiciales, sin que el ejercicio transitorio de esas funciones ni la participación ocasional de ellas incluya a tales entidades, ni a los empleados que las componen, ni a los citados particulares, en la jerarquía llamada por la Constitución Órgano Judicial. Era por lo mismo innecesaria la declaración del inciso final del artículo 53.

ARTÍCULO 54. — La potestad de hacer leyes reside en el Congreso. (Artículo 58, inciso 1º, de la Constitución de 1886).

La palabra *ley* está tomada aquí en el sentido formal, pues en el sentido material puede también el Poder Ejecutivo hacer leyes, en los casos que adelante expresaremos.

Es ley, en sentido formal, toda decisión emanada del Congreso, que reúne los requisitos señalados en el artículo 74 de la Constitución.

En sentido material, es ley todo acto que posee en sí mismo el carácter intrínseco de ley, esto es, una regla de derecho formulada por el Estado, de carácter imperativo, general o abstracto, y sin consideración al individuo o corporación que realiza el acto.

A este respecto dice Gaston Jéze, en "Los Principios Generales del Derecho Administrativo", lo siguiente:

El acto legislativo o reglamentario se caracteriza porque organiza, crea, una situación jurídica general, impersonal, objetiva; crea, organiza un poder jurídico, impersonal, objetivo; contiene esencialmente una regla de derecho, una norma jurídica.

Toda manifestación de voluntad que en el ejercicio de un poder legal crea u organiza una situación jurídica general, impersonal, objetiva, es una ley, un acto legislativo. Poco importa la calidad del autor, ni las formas del acto, ni el procedimiento seguido para realizarlo.

De lo expuesto se desprende por qué no existe diferencia de naturaleza jurídica entre: 1º La ley propiamente dicha, esto es, la regla de derecho general e impersonal formulada por las dos Cámaras y sancionada por el Presidente de la República; 2º El decreto-ley, es decir, la regla de derecho general, impersonal, formulada en periodos de dictadura, por los dictadores; 3º El decreto-ley colonial o lo que es lo mismo, la regla de derecho general dada por el Presidente de la República para ciertas colonias; 4º El reglamento de administración pública, o sea la regla de derecho general e impersonal dictada por el Presidente de la República con audiencia del Consejo de Estado y por invitación de las Cámaras; 5º El simple re-

glamento, es decir, la regla de derecho general e impersonal formulada por el Presidente de la República o por cualquier otro agente público investido del poder reglamentario; 6º La orden, instrucción y circular ministeriales en tanto contengan una regla de derecho general e impersonal, formulada por un Ministro en el uso de su poder reglamentario.

En todos estos casos, sea cual fuere el autor del acto, las formas seguidas y el nombre dado al acto jurídico encontramos como efecto jurídico querido la creación de una situación jurídica general, impersonal, objetiva. Esto es necesario para que exista acto legislativo en el sentido material; pero esto no basta.

Refiriendo estos conceptos a nuestro derecho constitucional, hemos de expresar que el caso 2º tiene cierta similitud entre nosotros con los decretos que expide el Gobierno en uso de facultades extraordinarias o durante el estado de sitio; que el caso 3º guarda paridad con los decretos que el Gobierno dicta sobre administración de las Intendencias nacionales y Comisaría especiales, y el caso 4º ocurre cuando el Presidente de la República interpreta, llena los vacíos y desata las contradicciones que se noten en el Código de Elecciones, con la facultad que le da el artículo 307 de la Ley 85 de 1916, previo dictamen del Consejo de Estado.

⁶¹
ARTICULO 55. — Ninguna persona o Corporación podrá ejercer simultáneamente, en tiempo de paz, la autoridad política o civil y la judicial o la militar. (Artículo 61 de la Constitución de 1886).

La separación de funciones, que se inspira en el propósito de que los poderes públicos se limiten y ponderen recíprocamente, sufriría grave quebranto desde que una persona o corporación pudiera simultáneamente ejercer la autoridad política o civil y la judicial o militar.

La independencia del Poder Judicial, que es una de las más efectivas garantías de las libertades públicas, desaparecería desde que la función de administrar justicia pudiera confiarse a una autoridad política o militar. Así se vió entre nosotros cuando las autoridades administrativas fueron autorizadas para castigar los delitos contra la propiedad o contra el orden público.

En tiempo de guerra, las necesidades de ésta pueden aconsejar que la autoridad civil o la militar ejerza determinadas funciones judiciales y que la autoridad civil sea al mismo tiempo militar.

El señor Samper dice que este artículo, en cuanto hace incompatible la autoridad militar con la judicial, está en oposición con el 170, que atribuye a las cortes marciales o tribunales de guerra el juzgar a los militares por delitos cometidos en servicio activo y en relación con el mismo servicio. En primer lu-

gar, se trata de una excepción, impuesta por motivos muy justificados y obvios, y en segundo lugar, como ya lo vimos al comentar el artículo 53, el ejercicio de esta función especial no convierte a los militares en jueces permanentes: así lo expresa el artículo 1º del Código de Organización Judicial.

62
ARTICULO 56. — La ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva; las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución; las condiciones de ascenso y de jubilación; y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del Tesoro Público. (Artículo 62 de la Constitución de 1886).

Sólo la ley puede, pues, ocuparse en las materias a que se refiere esta disposición, que por otra parte, figura entre las atribuciones del Congreso, como ordinal 7º del inciso 2º del artículo 69.

El Consejo de Estado ha anulado las ordenanzas y acuerdos por medio de los cuales las asambleas y concejos han señalado calidades para el desempeño de empleos que son de libre nombramiento y remoción de los Gobernadores o de los Alcaldes. Por iguales razones serían nulos los actos de aquellas corporaciones que determinaran casos de incompatibilidades y responsabilidades.

Como por *Tesoro Público* se entiende el de la Nación, los Departamentos y los Municipios, según el artículo 58, síguese que a la ley le corresponde determinar las condiciones en que las asambleas y concejos pueden crear pensiones, y así, para los empleados departamentales de carrera administrativa, los artículos 11 y 12 de la Ley 165 de 1938 señalaron las mismas condiciones que para los nacionales.

63
ARTICULO 57. — No habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en ley o ~~en~~ reglamento. (Artículo 63 de la Constitución de 1886).

Esta disposición es consecuencia del régimen de legalidad establecido por la Constitución y opuesto al de arbitrariedad que entrañaría el dejar a la voluntad del empleado o funcionario el ejercer o no las funciones que le plazca y como a bien lo tenga. El régimen de derecho, se ha dicho, constituye la condición esencial de toda libertad. Ni sería posible permitir que se crearan empleados sin funciones determinadas, únicamente para que devengaran sueldo del Tesoro público. Fuera de eso, no se podría exigir jamás a los empleados responsabilidad por

extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de ellas.

Con invocación de este precepto, ha dicho el Consejo de Estado que si la ley suprime un empleo, no puede el funcionario que lo desempeñaba, por más que estuviera inscrito en la carrera administrativa, seguir devengando la correspondiente asignación.

64
ARTICULO 58. — Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por Tesoro Público el de la Nación, los Departamentos y los Municipios. (Artículo 23 del Acto legislativo número 1º de 1936).

El artículo 64 de la Constitución de 1886 estatúa:

Nadie podrá recibir dos sueldos del Tesoro Público, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes.

Tiene esta disposición por objeto impedir la acumulación de empleos y de sueldos.

Como en la práctica se venía violando la prohibición bajo el pretexto de que los sueldos provenían de distintos tesoros —nacional, departamental y municipal—, para poner fin a esta corruptela la Ley 78 de 1931 dijo que se entendía por *Tesoro Público* el dinero que a cualquier título, ingresara a las oficinas públicas, fueran nacionales, departamentales o municipales, y que, en consecuencia, la prohibición de que trataba el artículo 64 de la Constitución comprendía a los individuos que devengarán simultáneamente sueldos de la Nación, del Departamento o del Municipio, exceptuándose los casos de los numerales 1º a 6º y 8º del artículo 307 de la Ley 4ª de 1913 sobre régimen político y municipal (el numeral 7º fué derogado); disposición que dice:

Artículo 307. Por regla general una misma persona no puede desempeñar a un tiempo dos o más destinos remunerados. Se exceptúan los casos siguientes:

1º Los empleados políticos y administrativos de cualquier clase o categoría podrán ser nombrados profesores en los establecimientos de instrucción pública; (1).

2º Pueden también ser nombrados miembros de juntas de beneficencia o caridad;

3º Pueden confiarse a una misma persona los destinos de recaudador de rentas nacionales, colector de rentas del Departamento y tesorero municipal;

(1) Igual excepción establece el artículo 2º del Código Judicial, pero, dada la actual abundancia de profesores, no se justifica ya este enchufismo.

4º Pueden confiarse a una misma persona una oficina telegráfica y una o más de recaudación de cualquiera clase de rentas;

5º Puede un individuo ser a la vez personero municipal y telegrafista;

6º Puede un individuo servir a la vez los destinos de Secretario del alcalde, del juez y del concejo municipal, cuando la autoridad competente refunda esos destinos;

7º (derogado); y

8º Los individuos que sean miembros de corporaciones formadas por elección podrán desempeñar otros destinos mientras éstas no estén reunidas, sin dejar vacante su puesto, salvo lo dispuesto para casos especiales en la Constitución.

El cargo de concejero municipal es compatible con cualquier empleo, a excepción de aquellos empleos remunerados en que la provisión del puesto incumbe al mismo concejo.

Si bien la Constitución dejó a la ley el permitir para casos especiales de acumulación de empleos, ésta no podrá permitirse cuando expresamente lo prohíbe la Constitución, como sucede en los casos de los artículos 143 y 159, relativos a los magistrados y jueces.

La reforma de 1936 tiende a evitar los subterfugios con los cuales venía burlándose la prohibición constitucional, y extendió ésta a las asignaciones provenientes de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado.

El doctor Gnecco Mozo apunta que la redacción del artículo 58 es defectuosa, pues hay quiénes interpretan que se puede recibir una asignación del Tesoro público y otra de las empresas en que el Estado tenga parte, por haberse empleado la conjunción disyuntiva *o*, en vez de la copulativa *y*, fuera de que entienden que la palabra *Estado* se refiere sólo a la Nación y no cobija a los Departamentos y Municipios. Mas una interpretación que dejaría la disposición sin efecto, debe rechazarse.

65

ARTICULO 59. — Ningún funcionario entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de sostener y defender la Constitución, y de cumplir con los deberes que le incumben. (Artículo 65 de la Constitución de 1886).

Esta disposición, por ser enteramente reglamentaria, no debe figurar en la Constitución sino en la ley, y efectivamente es el artículo 251 de la Ley 4ª de 1913, sobre régimen político y municipal.

66

ARTICULO 60. — Ningún colombiano que esté al servicio de Colombia podrá, sin permiso de su Gobierno, admitir de Gobierno extranjero cargo o merced alguna, so pena de perder el empleo que ejerce. (Artículo 66 de la Constitución de 1886).

Los colombianos que no sean empleados públicos, pueden libremente admitir cargos o mercedes de gobiernos extranje-

ros; pero los que sean empleados públicos —que esto significa estar al servicio de Colombia— no pueden hacerlo sin permiso del Gobierno Nacional, so pena de perder el empleo que ejerzan.

El señor Samper dice que la prohibición se limita a los empleados nacionales, y nos parece que tiene razón.

La Constitución de 1863 exageraba la prohibición hasta imponer como sanción la pérdida de la nacionalidad, como lo vimos al comentar el artículo 8º.

La razón para exigirse aquel permiso, se funda en la necesidad de premunir la independencia de los empleados públicos contra las tentaciones que puedan ocasionarles los favores de gobiernos extranjeros.

El conocimiento de las solicitudes sobre concesión de estos permisos está adscrito al Ministerio de Relaciones Exteriores.

⁶⁷
ARTICULO 61. — Ningún colombiano podrá admitir de Gobierno extranjero empleo o comisión cerca del de Colombia, sin haber obtenido previamente del último la necesaria autorización. (Artículo 67 de la Constitución de 1886).
=

Cualquier colombiano puede admitir libremente empleos o comisiones de gobiernos extranjeros para desempeñarlos ante otro gobierno extranjero; pero para admitirlos ante el de Colombia, necesita ser por éste previamente autorizado.

La disposición se justifica, porque puede suceder que no convenga a los intereses nacionales que un colombiano ejerza funciones, verbigracia, de cónsul de un país extranjero en Colombia, por circunstancias de carácter político o personal que puedan comprometer las buenas relaciones de los dos Estados o los intereses nacionales.

Conceptuamos que este artículo y el anterior no debieran figurar en la Constitución sino remitirse a la ley.

TITULO VI

De la reunión y atribuciones del Congreso

SUMARIO — I. Epoca, lugar y duración de las sesiones ordinarias. Formalidades necesarias para su apertura, funcionamiento y clausura. Sesiones extraordinarias. Traslación del Congreso. Reunión del Congreso en un solo cuerpo. Reuniones ilegales. — II. Atribuciones del Congreso. Limitaciones del Organó Legislativo.

⁶⁸
ARTICULO ~~62~~ — Las Cámaras Legislativas se reunirán ordinariamente por derecho propio, ~~el 1º de febrero y el 20 de julio de cada año, en la capital de la República.~~

La primera reunión ordinaria durará noventa días y la segunda ciento veinte días.

Podrá también reunirse el Congreso, por convocatoria del Gobierno, durante el tiempo que éste señale, en este caso no podrá ocuparse sino en los negocios que el Gobierno someta a su consideración. Hacerlo

Si por cualquier causa no pudiere reunirse el Congreso, en las fechas indicadas, se reunirán tan pronto como fuere posible, dentro del año. (Artículo 24 del Acto legislativo número 1º de 1936).

Las sesiones ordinarias del Congreso durarán ciento cincuenta días

Este artículo fue sustituido por los artículos 1º y 2º del Acto legislativo número 1º de 1938, que principió a regir el 1º de enero de 1939.

Los incisos 1º, 2º y 4º, fueron sustituidos en los siguientes términos:

Artículo 1º Las Cámaras legislativas se reunirán ordinariamente por derecho propio el 20 de julio de cada año, en la capital de la República.

Si por cualquier causa no pudieren hacerlo en la fecha indicada, se reunirán tan pronto como fuere posible dentro del año.

Las sesiones ordinarias del Congreso durarán ciento cincuenta días.

Este artículo reprodujo lo que disponían los incisos primero y segundo del artículo 8º del Acto legislativo número 3 de 1910, sin otra variación que la de fijar en ciento cincuenta días el período de las sesiones ordinarias, que la reforma de 1910 fijaba en noventa días, pero que podía prorrogarse hasta por treinta días más, si así lo acordaban los dos tercios de los vo-

tos de una y otra Cámara, o sea, una duración de ciento veinte días, que era el período fijado por el artículo 68 de la Constitución de 1886.

La reforma de 1936, con muy buen acuerdo, suprimió la prórroga por voluntad de las mismas Cámaras, y la de 1938 aumenta a ciento cincuenta días el período de las sesiones ordinarias, lo que es excesivo.

Como se ve, la reforma de 1936, que estableció las dos reuniones anuales, para un período total de siete meses, no alcanzó a regir sino durante una legislatura, pues desde su implantamiento dió los más desastrosos resultados, conduciendo a la desorganización de las labores y a la desmoralización del parlamento, de manera que el mismo gobierno del Presidente López, que había aconsejado la reforma, insinuó la vuelta al sistema anterior.

La Constitución no ha definido lo que se entiende por *legislatura*. Para Raveau “es la serie de sesiones no interrumpidas por un receso”, y agrega que la legislatura es de dos clases: ordinaria y extraordinaria. Entre nosotros se ha entendido que es el lapso transcurrido entre el 20 de julio de un año y el 19 de julio del año siguiente. ■

En Francia, según Joseph Barthélemy, “se llama legislatura la asamblea salida de una elección general hecha en cierta fecha, tal cual ella funciona hasta la próxima elección general” (1).

Se ha sugerido por la prensa, que la reforma debiera complementarse en el sentido de permitir que las Cámaras puedan clausurarse cuando no haya materia para ocupar útilmente todo el tiempo que constitucionalmente se les señala para sus deliberaciones. Efectivamente, el derecho del parlamento para anticipar la fecha de su clausura, en ningún país le es negado.

La Constitución de 1886 estableció la reunión bienal del Congreso, y la reforma de 1910, la reunión anual.

Todas las Constituciones de nuestro país, desde la de 1821 hasta la de 1863, dispusieron que el Congreso se reuniera todos los años, lo que, por otra parte, es lo usual en los demás países.

El constituyente de 1886 rompió esta tradición de nuestro derecho público, y aquella práctica universal, exponiendo como razón que las legislaturas anuales eran origen de agitaciones políticas, y que la Nación estaba necesitada de tranquilidad.

Mas esta alegación era inaceptable, porque precisamente, por habérsele conferido al Poder Ejecutivo facultades tan amplias como en ninguna otra Constitución, so pretexto de robus-

(1) Précis de Droit Constitutionnel, página 113.

tecer la autoridad para la conservación del orden, era menester la reunión del Congreso cada año, para vigilar y fiscalizar la acción del Gobierno.

La responsabilidad de los funcionarios se hace nugatoria cuando se la investiga tardíamente, y si bien es cierto que el Congreso suele ocasionar agitaciones públicas, lo es también que sirve de "válvula de escape de muchas pasiones y de enconadas prevenciones".

Por otra parte, una de las principales funciones del Congreso es la expedición de la ley de presupuestos, y no pueden éstos ajustarse a las rentas y gastos efectivos al calculárselos con dos años de anticipación, cuando es sabido que la situación fiscal cambia sensiblemente de un año a otro.

Ni vale alegar que el gasto que causa la reunión anual del Congreso es muy gravoso, porque la experiencia demostró que los perjuicios producidos a la Nación por contratos ruinosos, celebrados lejos de la mirada escudriñadora de las Cámaras, valían mucho más que los gastos de varias legislaturas, aun suponiéndolas permanentes.

El inciso 1º dispone que las Cámaras legislativas se reúnan por derecho propio el día 20 de julio, aniversario de la independencia nacional. Bajo las Constituciones de 1858 y 1863 se reunía el día 1º de febrero; bajo la de 1843, el 1º de marzo, y bajo la de 1853, el 1º de abril.

Las Cámaras pueden reunirse, o por derecho propio, esto es, sin necesidad de convocación por el Gobierno, en sesiones ordinarias, el 20 de julio de cada año; o por convocación del Gobierno a sesiones extraordinarias, en la fecha que señale el decreto de convocación.

Si el 20 de julio no pudieren reunirse o por falta de quórum o número, o porque estuviere turbado el orden público, o por cualquier otra causa, pueden reunirse tan pronto como fuere posible dentro del año. Así por ejemplo, si el 20 de julio está turbado el orden público en la Nación por motivo de guerra civil, y el 1º de septiembre se restablece aquel orden, pueden las Cámaras reunirse en esta fecha, y tener sesiones por los ciento cincuenta días.

Como bajo el imperio de la Constitución de 1886, la legislatura era bienal, se fijaron ciento veinte días de duración para las sesiones ordinarias, como ya lo dijimos. Al hacerse la reunión anual, en 1910, se estimó que podían ser suficientes noventa días, pero se autorizó a las Cámaras para prorrogar sus sesiones hasta por treinta días más, siempre que así lo dispusieran los dos tercios de los votos de una y otra Cámara, número que se exigió para evitar que el interés particular de mu-

chos miembros del Congreso los moviera a decretar prórrogas, con perjuicio del Tesoro nacional.

El inciso 3º del artículo 62 de la Codificación fué subrogado por el mismo Acto legislativo de 1938, así:

Artículo 2º También se reunirá el Congreso por convocatoria del Gobierno y durante el tiempo que éste señale, en sesiones extraordinarias. En este caso no podrá ocuparse sino en los negocios que el Gobierno someta a su consideración.

Fué el regreso a lo que estaba dispuesto en el artículo 72 de la Constitución de 1886.

El artículo 8º del Acto legislativo número 3 de 1910 permitió que durante las sesiones extraordinarias, las Cámaras pudieran ocuparse en toda clase de negocios de su competencia, sin más restricción que la de dar preferencia a los que el Gobierno sometiera a su consideración.

Como razones para ello se expusieron: que la limitación establecida por el artículo 72 de la Constitución de 1886, era contraria a la independencia que debía tener el parlamento, y que el artículo lo sometía a una subordinación inaceptable, impidiéndole en ciertos casos ejercer su misión fiscalizadora.

Las razones eran fundadas; pero en la práctica se observó que las Cámaras en las sesiones extraordinarias no le daban a los negocios recomendados por el Gobierno la preferencia que la Constitución ordenaba, con el fin de que el Gobierno se viera obligado a prorrogar las sesiones para que tuvieran curso los proyectos en que estaba interesado.

No obstante la clausura de las sesiones, pueden continuar funcionando comisiones legislativas permanentes para la elaboración de ciertos proyectos de ley.

Así lo dispone el mismo Acto legislativo número 1º de 1938:

Artículo 3º El legislador podrá organizar comisiones permanentes del seno del Congreso que estudien, durante el receso de éste los negocios pendientes en la legislatura anterior y elaboren los proyectos de reforma que les recomienden los órganos Ejecutivo y Legislativo del Estado.

Como atrás lo anotamos, el constituyente habla en este artículo de "órganos del Estado" y no ya de "órganos del Poder Público".

^{6º}
ARTICULO 63. — Las Cámaras se abrirán y clausurarán pública y simultáneamente. (Artículo 69 de la Constitución de 1886).

La exigencia de que las Cámaras se abrieran y clausurasen simultáneamente se basó en que, componiéndose el Congre-

so de dos Cámaras y necesitándose el voto de ambas para legislar, no era admisible que pudiera una funcionar sin la otra. Mas la razón no es convincente: en otros países, como los Estados Unidos, puede el Gobierno convocar una sola Cámara a sesiones extraordinarias, cuando el objeto de la convocación es atribución exclusiva de una sola de ellas, y esto nos parece conveniente, porque si de lo que se trata es, por ejemplo, de considerar la renuncia del Presidente de la República o de concederle permiso para separarse del ejercicio del Poder Ejecutivo, como estas atribuciones son exclusivas del Senado, ¿qué objeto tiene convocar también la Cámara de Representantes, si en el asunto carece de toda intervención?

La exigencia de que las Cámaras se abran y clausuren públicamente, tiene por objeto evitar procedimientos subrepticios, y, sobre todo, se funda en que las Cámaras deben obrar bajo la mirada de la Nación, ya que siendo sus miembros legalmente irresponsables por los votos y las opiniones que emitan, no tienen otra sanción que la moral de la opinión pública, que los vigila, aplaude, censura o constriñe.

La disposición se refiere únicamente a los actos de apertura y clausura, pues respecto de las sesiones, el artículo 98 reglamenta el punto.

70

ARTICULO 64. — Las Cámaras no podrán abrir sus sesiones ni deliberar, con menos de una tercera parte de sus miembros.

El Presidente de la República en persona, o por medio de los Ministros, abrirá y cerrará las Cámaras.

Esta ceremonia no es esencial para que el Congreso ejerza legítimamente sus funciones. (Artículo 70 de la Constitución de 1886).

Las Constituciones anteriores exigían la mayoría absoluta para abrir las sesiones, lo que algunas veces fue causa de graves dificultades para instalar el parlamento, como nos lo enseña la historia patria.

Este artículo permite abrir las sesiones y deliberar con sólo una tercera parte de los miembros de cada Cámara. Hay que advertir que se entiende por mayoría absoluta todo número o fracción de número superior a la mitad. Así, como la Cámara de Representantes se compone actualmente de ciento treinta y un miembros, la mayoría absoluta son sesenta y seis, y como el Senado se compone de cincuenta y seis Senadores, la mayoría absoluta la forman veintinueve. La tercera parte de la Cámara serán 44 representantes, y del Senado 19 miembros.

El artículo 75 determina los casos en que la voluntad de las Cámaras sólo puede manifestarse con asistencia de la mayoría absoluta de sus miembros.

En Chile la Cámara puede deliberar con la asistencia de la quinta parte de los Diputados, y el Senado con la cuarta parte de sus miembros.

En Francia se vió el caso de que el presupuesto de rentas fuera votado con la asistencia de sólo 22 Diputados en una Cámara de 500 miembros.

Llegado el día en que las Cámaras deben abrir sus sesiones, se reúnen sus miembros en junta preparatoria y dan de ello aviso al Presidente de la República por medio de comisiones de su seno, para que éste, si lo tiene a bien, por sí o por medio de sus Ministros concurre a instalarlas; si el Presidente resolviere no concurrir, las Cámaras se instalan por derecho propio; y de la misma manera se procede para el caso de la clausura.

La concurrencia del Presidente de la República es una práctica de las monarquías constitucionales, en donde los parlamentos se abren con el discurso llamado del trono; práctica que se ha introducido en algunas Repúblicas como una demostración de la buena armonía existente entre los poderes públicos.

Este acto no es administrativo sino político.

ARTICULO 65. — Cuando llegado el día en que ha de reunirse el Congreso, no pudiere verificarse el acto por falta del número de miembros necesario, los individuos concurrentes, en junta preparatoria o provisional, apremiarán a los ausentes con las penas que los respectivos reglamentos establezcan; y se abrirán las sesiones luégo que esté completo el número requerido. (Artículo 71 de la Constitución de 1886).

No existiendo la tercera parte de los miembros, no puede instalarse la respectiva Cámara, pero sí pueden los miembros presentes constituirse en junta preparatoria para apremiar a los ausentes a que concurren; este apremio se hace, en primer lugar, a los principales que no se hayan excusado ante el Ministerio de Gobierno, y en segundo lugar, a los suplentes que puedan ser hallados y que tampoco se hayan excusado en legal forma.

La disposición no debía figurar en la Constitución sino en los reglamentos de las Cámaras.

ARTICULO 66. — Por acuerdo mutuo las dos Cámaras podrán trasladarse a otro lugar, y en caso de perturbación del orden público podrán reunirse en el punto que designe el Presidente del Senado. (Artículo 73 de la Constitución de 1866).

Si el orden público está turbado en la capital, porque ésta se encuentre en poder de una revolución, puede el Presidente del Senado convocar las Cámaras para otro lugar que él desig-

ne. Tal sucedió en 1854: hallándose la capital en poder de la rebelión militar que acaudillaba el general Melo, el Congreso hubo de reunirse en Ibagué.

Reunidas las Cámaras en el lugar designado por el Presidente del Senado, pueden ellas después, por mutuo acuerdo, escoger otro para ejercer sus funciones.

Una vez instaladas las Cámaras en la capital, pueden, por acuerdo mutuo y nó por decisión de una sola de ellas, trasladarse a otro lugar, como sucedería en el caso de que las Cámaras no se consideraran en la capital con seguridad o libertad para ejercer sus funciones.

Respecto de las Asambleas departamentales, el artículo 87 del Código de Régimen Político y Municipal las autoriza para que después de instaladas, se trasladen por graves motivos a un lugar distinto de la capital del departamento. Antes de la instalación sólo pueden reunirse en el lugar que designe el Gobernador cuando por un inconveniente insuperable no puedan hacerlo en la capital.

⁷⁴
ARTICULO 67. — El Congreso se reunirá en un solo cuerpo únicamente para dar posesión al Presidente de la República y para elegir Designados. (s)

En tales casos, el Presidente del Senado y el de la Cámara serán respectivamente Presidente y Vicepresidente del Congreso. (Artículo 9º del Acto legislativo número 3 de 1910).

Por reminiscencia de las antiguas monarquías, en que se reconocía como Cámara alta al Senado, por tener la representación de la aristocracia, dispone este artículo que el Presidente del Congreso lo sea el del Senado.

En las nuevas Constituciones de los Estados democráticos, la presidencia del Congreso pleno le corresponde al Presidente de la Cámara de Representantes, por darse a ésta la primacía como representante que es del pueblo, de quien emanan los poderes públicos.

⁷⁵
ARTICULO 68. — Toda reunión de miembros del Congreso que, con la mira de ejercer el Poder Legislativo, se efectúe fuera de las condiciones constitucionales, será ilegal; los actos que expida, nulos; y los individuos que en las deliberaciones tomen parte, serán castigados conforme a las leyes. (Artículo 75 de la Constitución de 1886).

Si la Constitución garantiza la libertad de las Cámaras para que ejerzan sus funciones, y la inmunidad de sus miembros para el desempeño de su cargo, dispone como sanción la nulidad de los actos y el castigo de quienes se reúnan fuera de las condiciones constitucionales, con la mira de ejercer el Poder

legislativo; responsabilidad de que conoce la Corte Suprema de Justicia (artículo 33 del Código de Organización Judicial).

^{76°} ARTÍCULO 69. — Corresponde al Congreso hacer las leyes.

Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

- 1° Interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes.
- 5° ~~2°~~ Modificar la división general del territorio con arreglo al artículo 5° y establecer y reformar, cuando convenga, las otras divisiones territoriales de que trata el artículo 6°; *fijar las bases y condiciones para la creación de M.*
- 6° Conferir atribuciones especiales a las Asambleas Departamentales.
- 8° Variar, en circunstancias extraordinarias y por graves motivos de conveniencia pública, la actual residencia de los altos Poderes nacionales.
- 5° ~~5°~~ Fijar para cada bienio, en sesiones ordinarias, el pie de fuerza.
- 9° ~~6°~~ Crear todos los empleos que demande el servicio público, y fijar sus respectivas dotaciones.
- 10° Regular el servicio público, determinando los puntos de que trata el artículo 58. *62 y 132 y lo demás prescripciones constitucionales*
- 11° Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales, y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional.
- 12° Revestir, "pro tempore", al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen.
- 13° Establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración.

no En cada legislatura se votará el presupuesto general de unas y otros. En el presupuesto no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un gasto decretado por ley anterior o a un crédito judicialmente reconocido.

- 14° Reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio.
- 15° Decretar impuestos extraordinarios cuando la necesidad lo exija.
- 16° Aprobar o desaprobare los contratos o convenios que celebre el Presidente de la República con particulares, compañías o entidades políticas, en los cuales tenga interés el ~~Fisco~~ *Nación*, si no hubieren sido previamente autorizados o si no se hubieren llenado en ellos las formalidades prescritas por el Congreso, o si algunas estipulaciones que tengan no estuvieren ajustadas a la respectiva ley de autorizaciones.
- 17° Fijar la ley, peso, tipo y denominación de la moneda, y arreglar el sistema de pesas y medidas.
- 18° Organizar el crédito público.
- 19° Decretar las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse, *y monumentos que deban erigirse con arreglo a los planes y programas*.
- 20° Fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo.
- 21° Decretar honores públicos a los ciudadanos que hayan prestado grandes servicios a la Patria. *y señalar los monumentos que deban erigirse*
- 22° Aprobar o desaprobare los tratados, *y convenios* que el Gobierno celebre con potencias extranjeras.
- 23° Conceder, por mayoría de dos tercios de los votos en cada Cámara, y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En el caso de que los favorecidos queden eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Gobierno estará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar. *estable*
- 24° Limitar o regular la apropiación o adjudicación de tierras baldías. (Artículo 76 de la Constitución de 1886).

2° Expedir Códigos en todo lo ramo de la legislación
reforma sus disposiciones

3° Dictar las disposiciones para la formación del Presupuesto

establecimiento o los planes y programas correspondientes

El inciso 1º es repetición de lo dicho en el artículo 54.

La enumeración de atribuciones del Congreso, hecha en este artículo no es taxativa, esto es, que fuera de ellas no pueda el Congreso legislar sobre otras materias: ya veremos que entre aquéllas no se enumera la de expedir los Códigos nacionales. La Corte Suprema ha dicho que el Congreso tiene la potestad implícita de legislar sobre todas las materias que las necesidades y conveniencias de la Nación exijan. Aparte de atribuir al Congreso expresamente las facultades que se enumeran, tiene otro objeto la disposición y es expresar que las atribuciones a que se refiere no pueden ejercerse sino por medio de leyes, y de ninguna manera por medio de otros actos, como decretos, resoluciones, proposiciones, etc. Estudiaremos atribución por atribución:

1ª Eleva a canon constitucional un aforismo formulado por los jurisconsultos romanos: *Ejus est interpretari cujus est legem condere*, corresponde interpretar la ley a quien la dicta.

Por tanto, si se trata de interpretar la Constitución, debe serlo por el Poder constituyente; si la ley, por el Poder legislativo.

Refiérese a la interpretación con autoridad, de la cual habla el artículo 25 del Código Civil, cuando dice:

La interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, sólo corresponde al legislador.

Porque hay otra interpretación, por vía de doctrina, de que nos habla el artículo 26 del mismo Código:

Los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses peculiares.

Fuera de las interpretaciones *legislativa* y *judicial* hay una interpretación *administrativa*: la de que trata el artículo 68 del Código de Régimen Político y Municipal, que atribuye al Presidente de la República el resolver las consultas que se le hagan sobre la manera de aplicar las leyes en los ramos administrativo, fiscal y militar, y la del artículo 307 del Código de Elecciones, para resolver las consultas que se le hagan en el ramo electoral.

Conforme a los artículos 14 del Código Civil y 58 del de Régimen Político y Municipal, las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras leyes, se consideran incorporadas en és-

tas, pero no alterarán lo que se haya dispuesto en decisiones ejecutoriadas antes de que entren a regir.

De modo que la interpretación de las leyes tiene efectos retroactivos, salvo en los casos de sentencias o decisiones ejecutoriadas, y la razón consiste en que la interpretación dada a una ley no significa la formulación de una nueva regla de derecho, sino la fijación del sentido de la primera, debiendo la interpretación dada considerarse incorporada en la ley oscura, y vigente desde la fecha de la ley interpretada.

Por supuesto que si una ley que se dice interpretativa, no lo es en realidad, habría que considerarla como una nueva norma de derecho.

La atribución 1ª habla sólo de reformar y derogar las leyes preexistentes, es decir, vigentes con anterioridad a la reformatoria o derogatoria. Se omitió aquí la atribución más importante, cual es la de legislar sobre materia civil, comercial, penal, procesal, etc. Sólo el artículo H), Título XXI, Disposiciones transitorias, ordenó que el Consejo nacional constituyente, una vez que asumiera el carácter de cuerpo legislativo, se ocupara preferentemente en expedir una ley sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional, y como así lo hizo por la Ley 57 de 1887, síguese que toda ley sobre las materias mencionadas es reformatoria (y las reformas pueden ser modificativas, sustitutivas o aditivas) o derogatoria de los códigos pre-existentes.

5ª La modificación de la división general del territorio se hace hoy con arreglo al artículo 5º que reemplaza a los artículos 5º y 6º de la Constitución de 1886, que eran los mencionados en el artículo 76 de ella, y no ha debido el compilador citar el 5º de la codificación porque él no estaba autorizado para introducir estos cambios.

La división general puede sufrir modificaciones: 1º Porque se formen nuevos departamentos, mediante la desmembración de los existentes; 2º Porque las intendencias o comisarías nacionales se erijan en departamentos; 3º Porque se supriman departamentos para incorporarlos en otros departamentos o convertirlos en intendencias nacionales; 4º Porque se separen territorios de los departamentos para formar intendencias; 5º Porque las intendencias o comisarías nacionales se incorporen a los departamentos, y 6º Porque se varíen los límites de los departamentos, segregando territorios de unos para agregarlos a otros.

De estas modificaciones sólo las de que tratan los números 1º, 2º y 6º están sujetas a las condiciones especiales que exige el artículo 5º de la codificación.

Pueden hacerse otras divisiones para efectos fiscales, militares o de instrucción pública, sin necesidad de coincidir con la división general; y para otros servicios públicos, como el de la justicia, puede haber otras divisiones territoriales, pero dentro de los límites de cada departamento.

El artículo 49 del Acto legislativo número 3 de 1910 dice que para el mejor servicio administrativo, la ley puede establecer divisiones provinciales u otras, y la Ley 90 de 1914 facultó a las Asambleas departamentales para crear o suprimir provincias.

§^a Por distintas leyes ha conferido el Congreso atribuciones especiales a las Asambleas departamentales, como la de establecer la división provincial de que acabamos de hablar; muchas contenidas en la Ley 4^a de 1913, sobre régimen político y municipal, y, además, las siguientes, que les han sido otorgadas posteriormente: el artículo 7^o de la Ley 97 de 1913 facultó a las Asambleas para que autorizaran a los municipios para imponer las contribuciones a que la misma ley se refiere; los artículos 1^o y 5^o de la Ley 71 de 1916, para que a su vez autorizaran en cada caso especial a los Concejos para condonar deudas a favor de los tesoros municipales por graves motivos de justicia, y para imponer a los que infrinjan sus ordenanzas penas de multas que no excedan de \$ 500, y de arresto, prisión y trabajos en obras públicas, hasta por un año, y en caso de violación grave de las ordenanzas de policía, la pena de reclusión y de confinamiento, también hasta por un año; el artículo 1^o de la Ley 6^a de 1928, para que autorizaran a los gobernadores para la contratación de empréstitos para obras de interés público, con ciertas formalidades; el artículo 9^o de la Ley 83 de 1925, para decretar pensiones a favor de los deudos de los funcionarios de policía que recibieren muerte violenta a consecuencia del ejercicio de sus funciones, etc.

La Corte Suprema de Justicia ha dicho que el Congreso no sólo está autorizado para conferir atribuciones especiales a las Asambleas departamentales, sino a los Concejos Municipales, como así lo hizo respecto de los Concejos de las capitales de departamentos y municipios cuyo presupuesto actual exceda de trescientos mil pesos, por las Leyes 72 de 1926 y 89 de 1936.

El compilador varió la numeración de los ordinales del 4^o en adelante, por haber suprimido el 4^o del artículo 76 de la Constitución de 1886, que autorizaba al Congreso para “disponer lo conveniente para la administración de Panamá”, ordinal derogado por acto reformativo de la Constitución en 1894.

§⁶ La Constitución de 1863 atribuyó al Congreso la designación de la capital de la República. La de 1886 no permite a

la ley variar la residencia que tienen los altos poderes nacionales, o sea la ciudad de Bogotá. Por tanto, para trasladar definitivamente la capital a otra parte, sería menester un Acto reformativo de la Constitución. El ordinal que comentamos solamente faculta al legislador para variar en circunstancias extraordinarias y por graves motivos de conveniencia pública, la actual residencia de los altos poderes, lo que quiere decir que esa variación debe ser transitoria, y terminar cuando cesen aquellas circunstancias. Por altos poderes se entienden el Congreso, el Presidente de la República y sus Ministros, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Sin embargo, el Presidente puede actuar fuera de Bogotá, como en otro lugar lo decimos.

5ª La atribución dada al Congreso para fijar el pie de fuerza, se funda en el peligro que entrañaría para el orden constitucional el dejar al arbitrio del Poder Ejecutivo el aumento inconsiderado de la fuerza armada, con lo cual podría hacerse omnipotente y atentar contra las libertades públicas, entronizando en el país un régimen pretoriano. Pero hay otra razón, y es la necesidad de limitar el gasto que implicaría el sostenimiento de un ejército innecesario. Este ordinal mandaba fijar para cada bienio el pie de fuerza, porque el Congreso no se reunía sino cada dos años y el presupuesto era bienal. Reuniéndose ahora cada año y siendo anuales las vigencias fiscales, hay que entender que la disposición está implícitamente modificada. El profesor Pareja no comparte este concepto.

9ª La atribución de crear empleados para el servicio público y de fijarles sus respectivas dotaciones, se justifica no sólo porque toda erogación del Tesoro nacional debe ser decretada por el Congreso, sino porque siendo el Estado una cooperación de servicios públicos, debe el legislador señalar la manera como aquéllos han de ser administrados, así como el número de sus gestores y las funciones que les adscribe. Por supuesto que la ley no puede crear servicios administrativos independientes, con funciones que son privativas del Presidente de la República.

10ª Determinar los puntos de que trata el artículo 62-13², no es, ciertamente, regular el servicio público: dicho artículo se refiere a incompatibilidades, responsabilidades, calidades, ascensos y jubilaciones o pensiones de los empleados públicos. Se ve que el constituyente al hablar aquí de *servicio público* quiso referirse a los *servidores públicos*, nombre con que suele designarse a los administradores de los servicios públicos.

11ª Corresponde al Congreso autorizar al Gobierno para celebrar contratos. Por regla general, el Gobierno no puede cele-

brar ninguna clase de contratos para los cuales no ha sido autorizado por el Congreso.

Los contratos pueden referirse:

a) A la prestación de servicios y ejecución de obras públicas. En este caso el Gobierno puede celebrarlos con arreglo a las leyes fiscales y con la obligación de dar cuenta al Congreso, conforme a lo dispuesto en el artículo 115, ordinal 14.

El Código fiscal dispone que los contratos celebrados en nombre del Estado en virtud de autorizaciones legales, requieren la aprobación del Presidente de la República con la firma del Ministro respectivo, cuando el valor del contrato sea mayor de mil pesos. Para los menores de mil pesos o los celebrados en licitación pública, basta la firma del Ministro.

Si el valor del contrato excede de tres mil pesos, la aprobación no se puede impartir sin dictamen favorable del Consejo de Ministros y si es o excede de cinco mil pesos, necesita, además, la revisión del Consejo de Estado, para que éste decida si se ajusta o nó, a las autorizaciones legales (1).

La Corte Suprema de Justicia, en sentencias de 4 de abril y 5 de junio de 1914, dijo que si un contrato celebrado por el Gobierno y que debe ser sometido a la aprobación del Congreso es llevado a efecto, en todo o en parte, tanto el contrato ad referendum como los actos realizados en razón de él, no están en firme y quedarán sin valor alguno y sin que haya lugar a indemnización de perjuicios, si el Congreso le niega su aprobación al contrato. Agregó la Corte que está vigente la Ley 68 de 1870, cuyos artículos 3º y 5º atienden al estado de hecho que surge del intempestivo cumplimiento de un contrato celebrado con el Gobierno antes de habersele sometido a la aprobación del Congreso, estando sujeto a tal aprobación.

b) A la enajenación de bienes. Conforme al artículo 12 del Código Fiscal, el Gobierno puede vender los bienes muebles del Estado que a su juicio no sean necesarios para el servicio público; para los demás actos dispositivos de bienes fiscales se requiere autorización dada en ley especial. La venta de bienes nacionales se hace en subasta pública, a menos que la ley autorice para hacerla en otra forma.

La Corte Suprema de Justicia ha dicho que la disposición del ordinal 8º según el cual corresponde al Congreso conceder autorizaciones al Gobierno para enajenar bienes nacionales, no

(1) Estas cuantías fueron fijadas por la Ley 13 de 1935, reformatoria del Código Fiscal y hoy sustituida por la Ley 167 de 1941.. La Ley 202 de 1936 faculta al Presidente de la República para delegar en los Ministros la celebración de contratos por valor hasta de tres mil pesos.

se opone a que el Congreso pueda hacer directamente la cesión o traspaso de esta clase de bienes por medio de ley. La autorización al Gobierno se refiere a aquellos casos en que el Estado tiene que proceder como sujeto de derecho privado, esto es, como persona jurídica capaz de contratar y de obligarse, y nó a los casos en que obra como entidad de derecho público y con acto de soberano dispone de algunos de esos bienes.

c) A la negociación de empréstitos. La ley señalará las condiciones del préstamo, respecto de su cuantía, descuento, tasa de interés, fondo de amortización, plazo, garantía, etc.

Al tratar de la atribución 13ª nos ocuparemos en los contratos que no hayan sido previamente autorizados o no se ajusten a las autorizaciones legales.

Las autorizaciones especiales u ordinarias de que habla el ordinal 8º son cosa muy distinta de las facultades extraordinarias de que habla el ordinal 9º. El Consejo de Estado, separándose del parecer de la Corte Suprema, ha dicho que los Decretos del Órgano Ejecutivo dictados en uso de autorizaciones especiales no pueden modificar ni derogar las leyes, pues para este efecto se requieren facultades extraordinarias. Tales autorizaciones deben contraerse a la ejecución de actos administrativos (jamás legislativos) que, dentro de la órbita constitucional que determina las funciones propias de la administración, pueden serle concedidas a ésta: se limitan a actos que constitucionalmente la Administración no puede ejecutar sin la previa o posterior aprobación del Congreso; los ejemplos puestos por el ordinal 8º aclaran el pensamiento del Constituyente: celebración de contratos, negociación de empréstitos y enajenación de bienes, a los cuales podría agregarse: la ejecución de obras nacionales o el establecimiento de ciertos servicios públicos, es decir, actos todos ellos de carácter meramente administrativo.

12ª Puede la Nación encontrarse en difíciles o críticas circunstancias, de orden fiscal o económico, social o político, o de cualquiera otra índole, en que no sea posible mantener el orden constitucional sin peligro de la seguridad interior o de la defensa exterior, o sin detrimento del progreso del país o del bienestar de sus habitantes. Para estos casos excepcionales la Constitución autoriza al legislador para que revista al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias; pero con estas condiciones:

1ª Que las facultades se concedan por tiempo limitado, y nó indefinidamente;

2ª Que la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen; necesidad y conveniencias cuya apreciación se deja al buen criterio del legislador, y

3ª Que las facultades sean precisas, es decir que determinen la materia sobre que versan. Así, no podría concederse facultades al Presidente de la República para que haga cuanto juzgue conveniente a los intereses del país o para que en general ejerza las atribuciones que corresponden al Congreso, etc. Mas la precisión exigida no debe entenderse que llegue hasta determinar la autorización especial que se confiere, como sería exigir, por ejemplo, que se dijera que para que celebre tal o cual contrato o dicte tal o cual medida, como algunos lo han pretendido, pues ya éstas serían autorizaciones especiales, que el Congreso puede conferir al Poder Ejecutivo ordinariamente y para las cuales no son menester facultades extraordinarias.

Múltiples leyes han investido en Colombia al Presidente de la República de facultades extraordinarias. De ellas se abusó hasta el punto de que hicieron escribir al doctor José Vicente Concha que la Constitución "era un rey de burlas".

La Ley 126 de 1914 (para referirnos a las otorgadas con posterioridad a la reforma de 1910) invistió al Gobierno de facultades extraordinarias para gravar el consumo de algunos artículos y la exportación de otros, para contratar empréstitos, reducir sueldos, suprimir empleos, reorganizar las oficinas públicas, organizar la administración de los impuestos a que la misma ley se refería, crear los empleados respectivos y decretar sus asignaciones.

La Ley 99 de 1931 invistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para restringir la importación de mercancías, y tomar las medidas financieras y económicas que fueran precisamente indispensables para conjurar la crisis por que atravesaba el país.

La Ley 23 de 1932 lo invistió también de las mismas facultades para hacer en el personal, funciones y asignaciones del tren administrativo nacional, las modificaciones que estimara necesarias para mantener el equilibrio entre los ingresos y los gastos del Tesoro; para suprimir o disminuir los impuestos indirectos establecidos o aumentados de 1930 en adelante; para celebrar con el Banco de la República las operaciones financieras que la situación económica y fiscal hiciera necesarias y para otras medidas de igual naturaleza.

Igualmente confirieron facultades extraordinarias al Presidente de la República la Ley 20 de 1933, para modificar el régimen penitenciario, la 31 de 1935, para dictar medidas sobre control de cambios y comercio exterior, y las Leyes 6ª, 39, 52 y 102 de 1936, para reorganizar los distintos Ministerios.

Sería largo enumerar las leyes que, a partir de 1936, se han expedido sobre facultades extraordinarias para reglamentar

toda clase de materias, hasta el punto de que el Órgano Legislativo ha venido a ser, prácticamente, sustituido por el Ejecutivo. Bástenos consignar aquí que el Presidente Santos, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le otorgaron las Leyes 54 de 1939 y 128 de 1941 para dictar medidas de carácter económico, expidió 440 Decretos de carácter extraordinario!

El señor Samper dice que el Congreso, a título de conceder al Poder Ejecutivo facultades extraordinarias, no puede delegarle sus propias atribuciones. Quizá no sea aventurado aseverar que dentro de las veintiún atribuciones del Congreso, vigentes, no hay una de que alguna vez no haya sido investido el Presidente de la República por leyes sobre concesión de facultades extraordinarias, y sea ésta la ocasión de decir que cuando la Constitución se refiere al Presidente de la República, debe entenderse el Gobierno, pues ya vimos que el Presidente no puede hacer otro acto sin la firma del Ministro respectivo, que el nombramiento y remoción de los Ministros del Despacho.

El artículo 49 de la Constitución de 1863, que es el correspondiente al 69 de la Constitución vigente, tenía el siguiente encabezamiento:

Son atribuciones exclusivas del Congreso:

No satisfecho el constituyente de 1863 con el adjetivo *exclusivas* agregó en el artículo 50:

Ni el Congreso ni las Cámaras legislativas por separado podrán delegar ninguna de sus atribuciones.

La no inclusión de esta disposición en el Estatuto de 1886 y la supresión del adjetivo *exclusivas*, parecerían indicar que en el espíritu del Consejo de Delegatarios estuvo que el Congreso si pudiera delegar en el Poder Ejecutivo cualquiera de las atribuciones que enumera el artículo 69.

Sin embargo, la verdad es que cuando el Presidente de la República está investido de facultades extraordinarias, no obra por delegación del Congreso sino por derecho propio, en virtud de las facultades extraordinarias de que entonces viene a hacer uso por ministerio de la Constitución y no por delegación del Congreso.

Hauriou enseña que en estos casos no hay delegación de poderes sino delegación de materias. Los decretos extraordinarios son actos administrativos expedidos por el Órgano Ejecutivo en virtud de leyes de facultades extraordinarias en que el Órgano Legislativo, sin delegar sus indelegables funciones constitucionales, ensancha la potestad reglamentaria del Presiden-

te de la República sobre materias que ordinariamente son propias de la Ley; el legislador sustrae, por así decirlo, estas materias de la esfera legislativa para pasarlas a la esfera reglamentaria. Esto quiere decir que los decretos expedidos en tales condiciones, sólo tienen fuerza material de ley en tanto que se ciñan a la ley que confiere las facultades extraordinarias, exactamente como sucede con los decretos reglamentarios, que también tienen fuerza legal, que son en el fondo leyes, pues su contenido es legislativo, en tanto que no excedan la ley reglamentada, pero nó por eso pierden su naturaleza de actos administrativos, ya que todos los tratadistas están acordes en admitir que, "actos de la Administración son todos los que no emanan del Órgano Legislativo o del jurisdiccional".

No debemos cerrar el comentario de este numeral sin hacer constar que las facultades extraordinarias de que en él se habla, son distintas de las que el artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910 (que subrogó al 121 de la Constitución) le otorga al Gobierno durante el estado de sitio.

13 ~~12~~ Decretar los impuestos que deben pagarse y la inversión que haya de darse a las rentas, fue, históricamente, el origen de la formación de los parlamentos.

Por eso la expedición del presupuesto nacional de rentas y gastos es una de las atribuciones primordiales del Congreso.

El presupuesto no es una ley en sentido material sino un acto-condición, como lo veremos al comentar el artículo 204.

La Constitución no permite que en el presupuesto se incluya ninguna partida que no corresponda a un gasto decretado por ley anterior (a la de presupuestos) o a un crédito a cargo de la Nación reconocido por sentencia del Poder Judicial o Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

Esto quiere decir que por la ley de presupuestos no pueden crearse empleos, ni aumentarse o disminuirse sueldos, ni reconocerse créditos a favor de particulares. Los sueldos deberán fijarse en la ley de asignaciones civiles.

14 ~~13~~ Esta atribución la comentaremos al tratar del artículo 200.

15 ~~14~~ Si es atribución del Congreso decretar los impuestos ordinarios que deben pagar los contribuyentes, debe serlo también decretar los extraordinarios que puedan exigir las necesidades públicas. Por ejemplo, si en un momento dado, la seguridad exterior de la República se ve amenazada y es preciso adquirir elementos bélicos, puede el Congreso decretar un impuesto extraordinario de defensa nacional, que se cobre de una vez o durante determinado lapso.

Esta atribución debe entenderse para el tiempo de paz,

pues en tiempo de guerra puede el Gobierno decretar impuestos extraordinarios, conforme al artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910. No obstante, el señor Samper opina que ni aun en tiempo de guerra puede el Gobierno decretar impuestos extraordinarios, sino hacer expropiaciones o empréstitos forzosos. La duda fue desatada por el artículo 6º del Acto legislativo citado. Este artículo sólo prohíbe al Gobierno imponer contribuciones en tiempo de paz.

¹⁶~~13~~ Al tratar de la atribución 8ª vimos que correspondía al Congreso conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar toda clase de contratos. Esta atribución contempla el caso de que el Gobierno contrate sin estar previamente autorizado. El Congreso debe aprobar o desaprobar los contratos que el Gobierno celebre en los siguientes casos: 1º Si no hubieren sido previamente autorizados; 2º Si aunque autorizados, no se hubieren llenado en ellos las formalidades prescritas por el Congreso, y 3º Si algunas de las estipulaciones que contengan no estuvieren ajustadas a la respectiva ley de autorizaciones. Los casos 2º y 3º pueden reducirse a uno solo.

Como al Consejo de Estado le corresponde decidir si los contratos cuyo valor sea o exceda de \$ 5.000, están o no ajustados a las autorizaciones legales (artículo 242 del Código de lo Contencioso-administrativo) en el caso de que el Consejo decida que no lo están, toca al Gobierno o modificarlos para ceñirlos a la ley en la forma indicada por el Consejo, o someterlos a la aprobación de las Cámaras.

El artículo 252 del Código de lo Contencioso-administrativo expresa que el dictamen del Consejo de Estado que declara autorizado al Gobierno para celebrar un contrato no es susceptible de controversia jurisdiccional, y que, por consiguiente, no podrá alegarse falta de autorización, si el Consejo ha declarado que existe, en juicio en que se impugne la validez o efectos del contrato.

¹⁶~~13~~ La redacción de la atribución ~~13ª~~ es defectuosa, pues dice que el Congreso por medio de leyes ejerce la atribución de "aprobar o desaprobar los contratos o convenios", lo que no es exacto, pues si bien el Congreso aprueba los contratos por medio de leyes, no los desaprueba de la misma manera: la desaprobación se verifica con sólo negar en cualquier debate el proyecto de ley que aprueba el contrato. No hay sino el antecedente de dos o tres contratos que hayan sido improbados por medio de leyes, pero debido a que se trataba de contratos que se estaban ya ejecutando sin haber sido sometidos a la aprobación del Congreso, cuando en concepto de éste debían haberlo sido.

¹⁷~~14~~ La moneda es considerada hoy en todos los países como

los Diputados, a lo menos, para adoptar una moción de confianza o desconfianza.

En Polonia bastaba la mayoría ordinaria de la Dieta, y en cambio, en España se requería la mayoría absoluta de los Diputados que constituían el Congreso.

4º El artículo 34 del Acto legislativo número 3 de 1910 (artículo 116 de orden) reservó al Presidente de la República la dirección de las relaciones diplomáticas. Por tanto, exigirle al Gobierno comunicación de las instrucciones dadas a los agentes diplomáticos sería inmiscuirse la Cámara en negocios que no son de su incumbencia y que requieren una reserva que cuerpos numerosos e irresponsables no pueden guardar. Una vez concluidas las negociaciones, podrán ya las Cámaras aprobarlas o desaprobarlas y pedir para ello toda clase de explicaciones.

5º Las Cámaras no pueden decretar a favor de ninguna persona o entidad gratificaciones, indemnizaciones, pensiones ni otra erogación que no esté destinada a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a ley preexistente, salvo el apoyo que puedan dar a empresas útiles o benéficas que convenga fomentar.

Cuando las Cámaras quieren otorgar gratificaciones, indemnizaciones, pensiones, etc., deben hacerlo por medio de una ley de carácter general, y remitir a tribunales competentes el decidir en cada caso particular si el reclamante tiene el derecho que le concede la ley para gozar de la pensión u obtener la indemnización, recompensa o gratificación solicitada.

No obstante esta prohibición, la Ley 70 de 1888 dijo que el Congreso en casos extraordinarios podría conceder, por el voto de las cuatro quintas partes de los miembros presentes, recompensas distintas y mayores que las que permiten leyes anteriores vigentes. Esta ley inconstitucional fue derogada por la 149 de 1896 (1).

(1) La Ley 50 de 1886 fijó reglas generales sobre concesión de pensiones y jubilaciones y derogó la Ley 14 de 1882 sobre la misma materia; la 91 de 1887 adicionó y reformó la 50 citada; la 153 del mismo año adicionó y reformó éstas y la 35 de 1881 (Código Militar); la 84 de 1890 determinó por qué causas se concedían pensiones y recompensas y su cuantía; la 149 de 1896 derogó y sustituyó la anterior así como las 44 y 70 de 1888, 50 de 1886 y 153 de 1887.

La Ley 29 de 1905 concede pensiones a los funcionarios del orden administrativo; la 114 de 1913, a los maestros de escuelas primarias oficiales; la 42 del mismo año, a los profesores de enseñanza secundaria; la 153 de 1938, a los ex-Presidentes de la República y a sus viudas e hijas solteras; las Leyes 29 de 1939 y 24 de 1941, a los músicos de las Bandas Nacionales;

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 10 de diciembre de 1915, sentó la doctrina de que las disposiciones referentes a pensiones hacen parte del derecho administrativo o del ramo militar, según los casos; que esta materia no pertenece al ramo civil propiamente dicho, en el sentido restringido que le dan la Constitución y la ley; que las pensiones concedidas conforme a la legislación colombiana han tenido y tienen el carácter de gracias o recompensas gratuitas que la Nación concede a ciertas personas a quienes se considera que se han hecho acreedoras a ellas por servicios importantes; que nunca se ha creído que esas gracias se obtengan como derechos civiles que la República tenga obligación estricta de reconocer y pagar como deuda civil, y que si en algún tiempo se han dictado leyes que autoricen a determinada entidad para su reconocimiento y han señalado el procedimiento y los comprobantes para otorgarlas en algunos casos, ha sido únicamente con el fin de buscar la equidad y asignarlas con relativo acierto; mas eso no quiere decir que el acto del otorgamiento constituya un derecho adquirido con justo título conforme a las leyes civiles del país, y que en tal virtud, las pensiones reconocidas de conformidad con la ley, pueden ser modificadas por el legislador como a bien lo tenga; que él puede rebajarlas o disminuirlas en la proporción que le plazca, sin contrariar por ello el artículo 26 de la Constitución; pues tales pensiones no son asignadas en leyes civiles sino por la Nación como entidad de derecho público, y por tanto no están comprendidas en la garantía constitucional de los derechos civiles de que trata el referido artículo 26.

Sin embargo, en sentencias posteriores, ha vacilado en sustentar esta doctrina, que persistentemente ha sido sostenida por el Consejo de Estado.

Se creyó que prohibiéndole al Congreso decretar pensiones con nombre propio se pondría coto a los abusos que en esta materia se venían cometiendo; pero los resultados han sido con-

la 43 de 1942 reglamenta las pensiones y recompensas para los miembros del Ejército, etcétera.

La Ley 22 de 1942 creó la Caja de Previsión para los funcionarios del Órgano Judicial, de lo Contencioso Administrativo y del Ministerio Público, la cual sufraga las pensiones de los empleados de estos ramos. Varias leyes han creado también Cajas especiales para los Oficiales, Suboficiales y miembros de la Armada Nacional, para los empleados de la Policía, para los de Correos y Telégrafos, para los de la Imprenta Nacional, etc.

La Ley 165 de 1938 concedió el derecho a pensión a todos los funcionarios públicos comprendidos en la Carrera Administrativa que dicha ley creó.

trarios, porque para dar visos de constitucionalidad a una pensión, gracia o recompensa determinada, se ha ocurrido al expediente de otorgarla con carácter general para todas las personas que se encuentren en casos análogos, y han venido a suceder que la erogación para el Tesoro Público resulta enorme.

La Corte Suprema ha dicho que son exequibles las leyes por las cuales se condonan a un individuo o a sus herederos alcances deducidos contra los responsables del Erario.

6º Aunque esta prohibición puede considerarse comprendida en la 2ª, se quiso con ella evitar que el Congreso pudiera con cualquier pretexto decretar la expulsión de comunidades religiosas o el destierro de prelados, como había acontecido en otras épocas.

pero no sean llevadas a la discusión de la Cámara segunda sino después de ser consideradas y aprobadas en primer debate en la correspondiente comisión permanente (art. 9 del Act. L. nº 1/45)



TITULO VII

De la formación de las leyes

SUMARIO: I. Iniciativa para la formación de las leyes. Limitaciones del derecho de iniciativa. Requisitos para que un acto del Congreso sea ley. — II. Participación del Gobierno en los debates. Participación de la Corte Suprema. Derechos y deberes del Gobierno en lo tocante a la sanción de las leyes. Trámites que han de observarse para resolver sobre objeciones del Gobierno. Intervención de la Corte Suprema. — III. Fórmula inicial de las leyes.

⁷⁹
ARTICULO 72. — Las leyes pueden tener origen en cualquiera de las dos Cámaras, a propuesta de sus respectivos miembros o de los Ministros del Despacho. (Artículo 79 de la Constitución de 1886).

Las Cámaras colombianas, como cuerpos colegisladores, tienen igual autoridad y, por tanto, en cualquiera de ellas pueden tener origen las leyes, sin más excepciones que las del ordinal 1º del artículo 73. ⁸⁰

La iniciativa de las leyes, esto es, el derecho de presentar proyectos de ley, lo tienen:

1º Los miembros de la respectiva Cámara, sin otra excepción que la del ordinal 2º del artículo 73.

2º Las comisiones permanentes especiales de una y otra Cámara, para los proyectos de ley sobre materia civil y procedimiento judicial, y.

3º Los Ministros del Despacho.

En Colombia lo más común es que los proyectos de ley sean presentados por los Senadores o los Representantes (naturalmente en la Cámara de que son miembros); pero no acontece lo mismo en otros países: "De hecho, dice M. Duguít, el derecho de iniciativa del Gobierno se ejercita de manera más amplia y frecuente que el derecho de iniciativa parlamentaria".

No se hace distinción entre las especies de ley, ni aun entre las que implican gastos o apertura de créditos, las cuales en otros países sólo pueden ser propuestas por el Gobierno.

Por un *Standing order* de 1713, en Inglaterra toda apertura de créditos exige el consentimiento de la Corona; esto para

evitar el derroche de los dineros públicos por leyes de subasta electoral.

Además, el reglamento de la Cámara de los Comunes sólo permite que en ciertos días se discutan proyectos de ley que sean de origen parlamentario, correspondiendo el 83 % de las sesiones a los proyectos de iniciativa gubernamental.

“Estas prácticas inglesas, dice Maurice Hauriou, son de gran sabiduría. Sin duda, el principio de la iniciativa parlamentaria debe ser respetado, y sería una aberración ensayar el retorno a las disposiciones autoritarias que, bajo el primero y el segundo imperio o bajo la restauración, reservaban al Gobierno la iniciativa de las leyes. El Gobierno mismo tiene necesidad de no echarse a dormir por la posibilidad de la iniciativa parlamentaria. Pero es claro que ésta no debe desempeñar sino un papel de estimulante y que, si no es cuidadosamente canalizada, engendra un flujo de legislación de la más baja calidad. Los medios de procedimiento inventados por la práctica parlamentaria inglesa tienen el mérito de respetar el principio y de suprimir sus abusos; muchos *bills* de iniciativa parlamentaria son propuestos todavía y muy pocos tienen éxito”.

En los Estados Unidos los Secretarios de Estado no tienen iniciativa en la formación de las leyes, ni en Colombia la tuvieron bajo la Constitución de 1863. La de 1886 les devolvió esa iniciativa, sin distinguir si pueden tenerla para presentar toda clase de leyes o las relativas únicamente a su respectivo ramo. El señor Samper opina que la tienen en todo caso, puesto que la Constitución no hace distinciones, y tal ha sido la práctica parlamentaria. Pudiera argüirse que la iniciativa de los Ministros convendría limitarla a las leyes relativas a los negocios adscritos a su ramo; pero si se tiene en cuenta que el artículo 113 (ordinal 7º) atribuye al Presidente de la República la presentación de proyectos de ley por medio de sus Ministros, debe tener el derecho de escoger el Ministro o los Ministros por cuyo conducto desea concurrir a la formación de la ley.

En cuanto al Consejo de Estado, el artículo 6º del Acto legislativo de 1914, que lo restableció, le da atribución de “preparar los proyectos de ley y de códigos que deban presentarse a las Cámaras legislativas y proponer las reformas convenientes en todos los ramos de la legislación”; pero esta atribución no envuelve el derecho de iniciativa, y conforme el artículo 29 del Código de lo Contencioso Administrativo, los proyectos que el Consejo prepare debe enviarlos al Senado o a la Cámara para que les den el trámite prescrito en sus reglamentos.

Las Constituciones europeas de la postguerra, del Reich y de los Laender alemanes, de Austria, Estonia, Grecia, Irlanda,

Letonia, Lituania y Checoslovaquia daban al pueblo iniciativa para la expedición, modificación o abrogación de las leyes, inclusive las leyes constitucionales, siempre que la proposición llevara un número de firmas que variaba desde 50.000 hasta 200.000 electores (número este exigido en Austria).

Es notable lo que dispone la Constitución chilena respecto del origen de las leyes. Dice que pueden tener principio en cualquiera de las Cámaras, por mensaje que dirija el Presidente de la República o por moción de cualquiera de sus miembros, pero que los proyectos no pueden ser firmados por más de diez Diputados, ni por más de cinco Senadores, sin duda con el propósito de que los proyectos no se presenten desde luego con mayoría constituida; que las partidas de la Ley General de Presupuestos sólo podrán proponerse por el Presidente de la República; que las leyes sobre contribuciones y sobre presupuestos de la administración sólo puedan tener principio en la Cámara, y que las leyes sobre amnistía o indultos generales, sólo puedan tener origen en el Senado, esto último con el objeto de restringir la iniciativa de esta clase de leyes.

80

ARTICULO 45. — Exceptúanse de lo dispuesto en el artículo anterior:

1º Aquellas leyes que deben tener origen únicamente en la Cámara de Representantes (artículo 96, atribución 2ª);

2º Las leyes sobre materia civil y procedimiento judicial, que no podrán ser modificadas sino en virtud de proyectos presentados por las Comisiones permanentes especiales de una y otra Cámara o por los Ministros del Despacho. (Artículo 80 de la Constitución de 1886).

La Constitución atribuye exclusivamente a la Cámara de Representantes la iniciativa en la formación de las leyes que establezcan contribuciones.

Esta disposición tuvo su origen en el derecho constitucional de Inglaterra, en donde se estableció que las leyes financieras debían ser propuestas en la Cámara de los Comunes, porque, siendo ella la única de elección popular, era la que a este título representaba al pueblo, a quien competía decidir si estaba dispuesto a pagar el nuevo impuesto o a autorizar un gasto. De Inglaterra la disposición pasó a Francia, y de allí a Colombia; pero, como muy bien lo anota Duguit, hoy esta restricción al derecho de iniciativa carece de razón de ser, porque el Senado es electivo como la Cámara de Representantes, y aun cuando elegido por sufragio indirecto, siempre es producto del voto popular.

En Francia el Senado no puede proponer el establecimiento de contribuciones, y si de la Cámara de Representantes va un proyecto en este sentido, el Senado no puede aumentar el

impuesto, a menos que sea a iniciativa del Gobierno; pero sí puede disminuirlo. La razón es que todo aumento del impuesto equivale al establecimiento de un nuevo gravamen sobre los contribuyentes.

También las Constituciones de la post-guerra dictadas para Polonia, Grecia y Checoslovaquia reservaron a la Cámara de Diputados la iniciativa en la discusión de la Ley de Presupuesto.

La iniciativa reservada a la Cámara de Representantes para incoar la formación de las leyes que organicen el Ministerio Público, se fundó en que la Cámara ejerce funciones fiscales cuando acusa ante el Senado al Presidente de la República, a los Ministros del Despacho, a los Consejeros de Estado, al Procurador General de la Nación y a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. No hay razón para que se le dé a la Cámara la iniciativa exclusiva de las leyes mencionadas, porque el ejercicio de aquellas funciones fiscales no constituye a la Cámara en Agente del Ministerio Público, no obstante que el Código de Organización Judicial considera a la Cámara de Representantes como cabeza del Ministerio Público.

Esta doctrina es tanto más injurídica cuanto que, siendo el Ministerio Público una rama del Poder Ejecutivo, no podría incluirse en éste a la Cámara de Representantes, que es uno de los órganos del Poder Legislativo.

Sobre este particular tenemos el concepto autorizado del delegatario Caro, quien dijo en el Consejo de Delegatarios al discutirse esta cuestión:

“El honorable señor Samper sostiene que la Cámara de Representantes es cabeza del Ministerio Público por cuanto ejerce las más altas funciones fiscales, como acusadora de los Ministros y otros altos empleados, y que por lo mismo corresponde a esa Cámara el nombramiento de los funcionarios del Ministerio Público.

“¿Por qué ejerce la Cámara de Representantes las más altas funciones fiscales? Porque acusa a determinados funcionarios. ¿Y ante quién los acusa, quién es el que ha de juzgarlos? El Senado. Según esto, y discuriendo de un modo análogo y congruente respecto del Senado, debemos decidir que el Senado ejerce las más altas funciones judiciales, que es cabeza del Poder Judicial, y le corresponde el nombramiento de los Magistrados de los Tribunales.

“De todas suertes —y esto es importante en el caso— las funciones de una y otra Cámara, ya fiscales, ya judiciales, son de carácter excepcional y no implican superioridad jerárquica en los respectivos departamentos fiscal y judicial”.

En cuanto a las leyes sobre materia civil y procesal, se ha limitado la iniciativa a las comisiones permanentes y a los Ministros del Despacho, por el temor muy justificado de que con artículos sueltos o volanderos destinados a resolver casos en que el proponente tiene interés, se menoscaben sorpresivamente derechos civiles y, sobre todo, que se establezca una legislación casuística, injurídica y anticientífica, cosa que se puede evitar reservando la iniciación de esta clase de leyes a comisiones permanentes, que hay que suponer compuestas de técnicos o especialistas en estos ramos de la legislación. Por lo mismo, creemos que una vez propuesta la ley, no debiera permitirse la libre proposición de modificaciones que no se introdujeran por conducto de dicha comisión.

Habría sido conveniente disponer igual restricción para las leyes que versen sobre materia penal.

ARTICULO ⁸¹ ~~74~~ — Ningún ^{proyecto} ~~acto legislativo~~ será ley sin los requisitos siguientes:

1º Haber sido aprobado en cada Cámara en tres debates, en distintos días, por ^{la comisión correspondiente etc} ~~mayoría absoluta~~ de votos;

2º Haber obtenido la sanción del Gobierno. (Artículo 81 de la Constitución de 1886).

Este artículo contiene la definición de la ley en sentido formal.

En congruencia con esta definición, dice el artículo 2º del Código de Régimen Político y Municipal que “los actos del Congreso de carácter general se denominan *leyes*”.

La Constitución de 1863 no decía: “Ningún *acto legislativo* será ley, etc.”, sino: “Ningún *proyecto* será ley, etc.”. Es claro que en este artículo como en el 79, 113 (ordinal 7º) y 149, las palabras “acto legislativo” significan “Proyecto de ley aprobado por las Cámaras”.

La aprobación tiene que impartirse en cada Cámara en tres debates, habidos en días distintos en cada una de ellas, lo que quiere decir que un proyecto de ley no puede ser aprobado por las Cámaras en un lapso menor de cinco días, ya que el tercer debate en la una y el primero en la otra puede recibirlo el proyecto en un mismo día.

El ordinal 1º dice que esta aprobación debe ser por mayoría absoluta de votos, y el artículo 75 expresa cómo se computa esa mayoría.

Por excepción que hace el numeral 20 del artículo 69 se requieren los dos tercios de los votos en cada Cámara para las leyes de amnistía o de indultos generales.

La sanción del Gobierno no es otra cosa que la orden de

“Publíquese y ejecútese”, que dan el Presidente y el Ministro del respectivo ramo o ramos.

⁸²
ARTICULO 75. — No podrá cerrarse en segundo debate ni ser votada una ley en tercero, sin la asistencia de la mayoría absoluta de los individuos que componen la Cámara. (Artículo 82 de la Constitución de 1886).

Al comentar el artículo 70 vimos que las Cámaras podían deliberar con sólo la tercera parte de sus miembros. Conforme a la disposición preinserta, un proyecto puede ser aprobado en primer debate con los votos de la mayoría absoluta de esa tercera parte; de modo que si el Senado está compuesto de 56 Senadores, puede deliberar con la presencia de no menos de 19 Senadores, y pasar un proyecto en primer debate con sólo 10 votos de los 19 presentes.

Pero para cerrar el segundo debate y para votar la ley en tercero, se requiere la presencia de la mayoría absoluta de los individuos que componen cada Cámara, y el voto afirmativo de la mayoría absoluta de los presentes en la respectiva sesión; por tanto, para cerrar el segundo debate y votar la ley en tercero, siendo 56 los Senadores, se requiere la presencia de no menos de 29 Senadores y el voto afirmativo de 15 de los 29 presentes.

El artículo dice que no podrá cerrarse el segundo debate sin la asistencia de la mayoría absoluta de los individuos que componen la Cámara, porque el segundo debate sí puede abrirse y en él discutirse todo el proyecto con sólo la asistencia de una tercera parte de los miembros, por tratarse de mera deliberación.

Para decretar las expropiaciones sin indemnización o la intervención del Estado en las industrias o empresas en los casos de los artículos 26 y 28, se requiere el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámaras y no ya sólo de los presentes en la respectiva sesión. Es decir, el voto afirmativo de 29 Senadores y 66 Representantes.

⁸²
ARTICULO 76. — El Gobierno puede tomar parte en la discusión de las leyes por medio de los Ministros. (Artículo 83 de la Constitución de 1886).

Era natural que facultándose a los Ministros para presentar proyectos de ley, se les reconociera el derecho de tomar parte en la discusión de ellos, pues no sería lógico que se les permitiera presentarlos para dejarlos expuestos a ser combatidos sin quién los defendiera, bien porque el ataque provenga de mala inteligencia de sus disposiciones, bien porque se haga con argumentos sin fundamento sólido.

Fuera de eso, hay otra razón para que intervengan los Ministros en el debate, y es que así pueden hacer conocer el pensamiento del Gobierno sobre la constitucionalidad o conveniencia del proyecto, a fin de evitar el tener que objetarlo después de aprobado.

En Francia el Gobierno interviene en la discusión de todas las leyes, sea por medio de los Ministros, sea por comisionados del Gobierno nombrados por decreto, quienes ayudan al Ministro para la discusión de un proyecto de ley.

En los Estados Unidos los Secretarios de Estado no tienen voz en las Cámaras ni entrada al recinto de ellas. En las salas en donde funcionan el Senado y la Cámara de Representantes, hay, fuera de los bancos de los miembros del Congreso, una galería en donde los Secretarios pueden entrar, pero con el mismo título que el público, como asistentes mudos. Es el Presidente de la República quien personalmente lee sus mensajes en la tribuna del Congreso.

84
ARTÍCULO 77. — Los Magistrados de la Corte Suprema tienen voz en el debate de las leyes sobre materia civil y procedimiento judicial. (Artículo 84 de la Constitución de 1886). *consejo de Arzob. Contador y procurador en las causas en con de ley.*

Se concede a los Magistrados de la Corte voz y no voto en los debates sobre materia civil y sobre procedimiento judicial (civil y criminal), porque sus conocimientos y experiencia pueden contribuir a llevar luz a la discusión. Ellos pueden tomar parte por derecho propio, sin necesidad de citación de las Cámaras y sin que la Corte lo acuerde, para emitir sus opiniones individuales, bien que la Corte puede también comisionarlos para exponer las de la corporación sobre un punto dado.

Igual derecho debiera concedérseles para intervenir en los debates de las leyes sobre materia penal.

El artículo 30 del Código de lo Contencioso-Administrativo concede voz en las Cámaras a los Consejeros de Estado para la discusión de los proyectos que presente la Corporación.

85
ARTÍCULO 78. — Aprobado un proyecto de ley por ambas Cámaras, pasará al Gobierno, y si éste lo aprobare también, dispondrá que se promulgue como ley.

Si no lo aprobare, lo devolverá con objeciones a la Cámara en que tuvo su origen. (Artículo 85 de la Constitución de 1886).

El artículo 56 de la Constitución de 1863, decía:

Todo proyecto legislativo necesita, además de la aprobación de las Cámaras, la sanción del Presidente de la Unión, quien tiene el derecho de devolver el proyecto a la Cámara de su origen para que sea reconsiderado, acompañando las observaciones que motiven la devolución.

Este artículo estaba mejor redactado que el 85 que comentamos; en primer lugar, porque el proyecto, una vez aprobado, se pasa al Gobierno para que, si éste no lo encuentra constitucional o conveniente, lo devuelva con objeciones a la Cámara en que tuvo origen.

Hay, pues, impropiedad en las expresiones “si éste lo aprobare también” y “si no lo aprobare”, como lo anota el señor Samper, pues el Gobierno no tiene el derecho de aprobar o desaprobar los proyectos de ley, sino el de objetarlos, y tanto es así que, rechazadas las objeciones por las Cámaras, tiene el Gobierno que sancionar la ley aun cuando ésta no merezca su aprobación sino que, por el contrario, tenga toda su improbación.

86

ARTÍCULO 79. — El Presidente de la República dispone del término de seis días para devolver con objeciones cualquier proyecto, cuando éste no conste de más de cincuenta artículos; de diez días, cuando el proyecto contenga de cincuenta y uno a doscientos artículos, y hasta de quince días, cuando los artículos sean más de doscientos.

Si el Presidente, una vez transcurridos los indicados términos, según el caso, no hubiere devuelto el acto legislativo con objeciones, no podrá dejar de sancionarlo y promulgarlo. Pero si las Cámaras se pusieren en receso dentro de dichos términos, el Presidente tendrá el deber de publicar el proyecto sancionado u objetado, dentro de los diez días siguientes a aquel en que el Congreso haya cerrado sus sesiones. (Artículo 86 de la Constitución de 1886).

El Presidente puede objetar el proyecto total o parcialmente, por motivos de inconstitucionalidad o inconveniencia. Los términos de que habla el artículo se cuentan a partir de la fecha en que el proyecto haya sido recibido por el Presidente y se ha entendido que se trata de días hábiles.

Vencidos los términos señalados, no puede el Presidente dejar de sancionar el proyecto por inconveniente o inconstitucional que sea. Mas si las Cámaras se pusieren en receso dentro de dichos términos, el Presidente deberá, dentro de los diez días siguientes a la clausura del Congreso, publicar en el *Diario Oficial* el proyecto de ley con el mensaje de objeciones.

En este caso, corresponde al Congreso en sus próximas sesiones decidir sobre las objeciones hechas.

La facultad concedida al Presidente para objetar los proyectos de ley tiene su origen en el derecho que antes tenían los monarcas para vetar las leyes, lo que quería decir que bastaba la oposición del rey para que el proyecto de ley fracasara. Este *veto absoluto* sólo ha sido conservado en la Constitución de Rumania.

El derecho de formular objeciones, denominado *veto suspensivo*, obliga a las Cámaras a una nueva discusión del proyecto en vista de las observaciones formuladas.

Las Constituciones de la post-guerra suprimieron el veto en Alemania, Austria, Grecia, Polonia, Turquía y Yugoslavia.

⁸⁷ **ARTICULO 80.** — El proyecto de ley objetado en su conjunto por el Presidente, volverá en las Cámaras a ^{2º} ~~tercer~~ debate. El que fuere objetado sólo en parte, será reconsiderado en ^{2º} ~~segundo~~ debate con el único objeto de tomar en cuenta las observaciones del Gobierno. (Artículo 87 de la Constitución de 1886).

^{2º} Como en ~~tercer~~ debate manifiestan las Cámaras su voluntad de que el proyecto sea ley tal cual ha quedado en su conjunto, es lógico que cuando las objeciones versan sobre la totalidad del proyecto, vuelva éste a ^{1º} ~~tercer~~ debate en cada Cámara. ^{2º}

Cuando las objeciones son parciales, debe el proyecto volver a ^{1º} ~~segundo~~ debate, porque es en este debate cuando las Cámaras pueden discutir los artículos cuya supresión, adición o modificación estima necesaria o conveniente el Gobierno. En este caso, en el segundo debate no se discute nuevamente todo el proyecto, sino las disposiciones objetadas, pero el proyecto sí necesita recibir de nuevo segundo y ~~tercer~~ debate en cada Cámara. ⁸⁸

ARTICULO 81. — El Presidente de la República sancionará, sin poder presentar nuevas objeciones, todo proyecto que, reconsiderado, fuere adoptado por la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. (Artículo 28 del Acto legislativo número 1º de 1936).

Conforme a las Constituciones de 1821, 1830 y 1832 se necesitaban las dos terceras partes de los miembros presentes en una y otra Cámara para declarar infundadas las objeciones; conforme a la de 1843, las dos terceras partes de los votos de los individuos que componían las Cámaras, y conforme a las de 1853, 1858 y 1863, bastaba la mayoría absoluta de los miembros presentes.

La de 1886 exigía los dos tercios de los votos en una y otra Cámara.

Se fijó este número como garantía de acierto, dice el señor Samper, porque mediando discrepancia entre el Gobierno y el Congreso sobre la conveniencia del proyecto hay que tener en cuenta que el Gobierno conoce mejor que los miembros del Congreso las necesidades de la administración pública y las dificultades que convenga prevenir.

en la comisión asustada

ambargo cuando las objeciones se refieren al art. 80, lo que es la Cámara legislativa decidida a adoptar el proyecto por las 2/3 partes de los miembros, y compare uno, etc.

La reforma de 1936 exige la mayoría absoluta de los miembros que componen cada Cámara, en vez de los votos de los dos tercios, porque se estimó que este número era excesivo, por haberse interpretado que los dos tercios eran de los miembros de cada Cámara y no de los presentes en la votación.

⁸⁹
ARTICULO 82. — Si el Gobierno no cumpliera el deber que se le impone de sancionar las leyes en los términos y según las condiciones que este Título establece, las sancionará y promulgará el Presidente del Congreso. (Artículo 89 de la Constitución de 1886).

La Constitución tenía que prever el caso de que el Presidente de la República no sancionara las leyes por cualquier motivo; como no podría dejarse la vigencia de la ley a la voluntad del Gobierno, autorizó al Presidente del Congreso para sancionarla en tal evento. Sólo hay cuatro leyes sancionadas por el Presidente del Senado: la 65 de 1911 y las 77, 78 y 79 de 1926, que no lo fueron por el Gobierno, por estimar que las objeciones no habían sido rechazadas en la forma debida, o por otras irregularidades.

Igual cosa se ha dispuesto respecto de las ordenanzas que no sancione el Gobernador: podrá sancionarlas el Presidente de la Asamblea departamental (artículo 5º de la Ley 111 de 1913); y respecto de los alcaldes para los Acuerdos municipales: podrá sancionarlos el Presidente del Concejo (artículo 3º de la Ley 89 de 1936).

Sólo que ni la Constitución ni la ley han fijado el término que deba transcurrir para que se entienda que hay renuencia del Presidente de la República, del Gobernador o del Alcalde a verificar la sanción.

⁹⁰
ARTICULO 83. — Exceptúase de lo dispuesto en el artículo ⁸⁸81 el caso en que el proyecto fuere objetado por inconstitucional. En este caso, si las Cámaras insistieren, el proyecto pasará a la Corte Suprema, para que ella, dentro de seis días, decida sobre su exequibilidad. El fallo afirmativo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si fuere negativo, se archivará el proyecto. (Artículo 90 de la Constitución de 1886).

Si bien el voto de la mayoría absoluta de cada Cámara hace presumir que el Gobierno no tiene razón para considerar inconveniente un proyecto de ley objetado, no sucede lo mismo cuando las objeciones versan sobre la inconstitucionalidad del proyecto: en este caso es menester que un tercer poder venga a dirimir la discordia sobre una cuestión que es de derecho, y ese tercer poder no puede ser sino el judicial. La Constitución de 1886 adscribió a la Corte Suprema de Justicia esta función, lo que hoy es tanto más fundado cuanto que el artículo 41 del

Acto legislativo número 3 de 1910 le ha dado la atribución de decidir sobre la exequibilidad de las leyes acusadas de inconstitucionales.

El artículo 21 de la Ley 61 de 1886 le señaló seis días de término al Ministro del ramo respectivo para que pase el proyecto a la Corte.

Esta, en acuerdo de 1º de octubre de 1914, resolvió que antes de decidir sobre la exequibilidad de tales proyectos, el Magistrado sustanciador debía correr traslado al Procurador General de la Nación y señalarle término para que emita concepto, y que los seis días que tiene la Corte para fallar, se cuentan desde el día siguiente al en que el proyecto se ponga al despacho del Magistrado sustanciador, después de que el Procurador haya evacuado el traslado.

La misma Corte, en acuerdo de 9 de mayo de 1916, resolvió que cuando ella declaraba exequible un proyecto de ley objetado por el Presidente de la República como lesivo de derechos adquiridos por particulares, éstos no tenían derecho para demandar luego la inexequibilidad de la ley por los mismos motivos.

ARTICULO 84. — Los proyectos de ley que queden pendientes en cualquiera de las reuniones del Congreso y que hubieren recibido por lo menos segundo debate en alguna de las Cámaras, continuarán su curso en la subsiguiente reunión, en el estado en que se encuentren. (Artículo 29 del Acto legislativo número 1º de 1936).

El artículo 91 de la Constitución de 1886, decía:

Los proyectos de ley que queden pendientes en las sesiones de un año, no podrán ser considerados sino como proyectos nuevos, en otra legislatura.

Igual disposición existía en las Constituciones de 1858 y 1863, y se fundaba en que, si los proyectos que quedaban pendientes al ponerse en receso una legislatura, hubieran de continuar su curso en el estado en que se hallaban, una de las Cámaras podría quedar privada del derecho de intervenir en la expedición de la ley, no obstante que ésta se dicta en nombre de ambas.

Mas a esto objetamos: en primer lugar, que en el poder legislativo no debe haber solución de continuidad, porque cambien los miembros que lo ejercen, así como no la hay en los demás poderes, cualesquiera que sean los cambios ocurridos; y en segundo lugar, que este corte definitivo de labores, hace perder mucho tiempo a las Cámaras y, lo que es peor, casi imposible la elaboración de leyes de alguna extensión, pues cuando

*art. 91. 30 días de plazo cuando hay urgencia
en el despacho de un proyecto. Si se insiste
también se aplicará solo todo otro asunto.*

una de ellas ha dedicado las sesiones de una legislatura a estudiar un código, tiene que volver en la siguiente a los mismos trámites y formalidades ya surtidos.

Había una excepción a este artículo, y era cuando se trataba de proyectos objetados después de ponerse en receso las Cámaras: correspondía a la legislatura siguiente decidir sobre las objeciones, como lo vimos al tratar del artículo 79.

El doctor Navarro explica de otro modo la disposición constitucional. “La verdadera razón —dice— es que si se suman cada año los proyectos presentados al anterior que quedaron pendientes, se amontonaría una tan enorme cantidad de iniciativas, sólo en un lustro, que haría imposible hasta su simple lectura. Por eso el constituyente de 1936 limitó la continuidad legislativa a los proyectos que hubieren recibido por lo menos segundo debate en alguna de las Cámaras, respecto de los cuales se dispone que “continuarán su curso en la subsiguiente reunión, en el estado en que se encuentren”. Se tuvo en cuenta para hacer la reforma, que todo proyecto que es aprobado en segundo debate por alguna de las Cámaras, merece la consideración del Congreso en la reunión subsiguiente, es decir, en la que sigue inmediatamente. De modo que, aun en el caso de renovación del personal del Congreso, la Cámara en que ya un proyecto sufrió en la legislatura anterior segundo debate, puede negarlo en tercero si lo encontró inconveniente”.

⁹²
ARTICULO 85. — Al texto de las leyes precederá esta fórmula:

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(Artículo 92 de la Constitución de 1886).

Esta es la única fórmula que trae la Constitución para la redacción de las leyes. El Código de Régimen Político y Municipal dispone que las leyes se dividan en artículos y que los apartes de un mismo artículo se llamarán incisos, menos los que estén numerados, los cuales se distinguirán por su número y harán parte del inciso que les precede.

Los incisos numerados del 1º al 9º se denominan *ordinales*, y del 10 en adelante, *numerales*.

La Constitución de 1863 mandaba usar esta fórmula: “El Congreso de los Estados Unidos de Colombia, DECRETA”. La de 1821, esta otra: “El Senado y la Cámara de Representantes de la República de Colombia, reunidos en Congreso, etc., DECRETAN”. Esta fórmula fue la misma que usaron los Congresos de la Nueva Granada. Es claro que la de 1886 es más sencilla y elegante.

TITULO VIII

Del Senado.

SUMARIO: Composición del Senado. Calidades para ser Senador. Duración y renovación de los Senadores. Atribuciones judiciales del Senado. Otras atribuciones del Senado.

93 *190.000*
ARTICULO 88. — El Senado se compondrá de tantos miembros cuantos correspondan a la población de la República, a razón de uno por cada ciento veinte mil habitantes (~~420.000~~), y uno más por toda fracción no menor ~~de la mitad de dicha cifra~~. Cada vez que se apruebe un nuevo censo general de la República, y el aumento de la población exceda de quinientos mil habitantes (500.000), automáticamente se elevará en ~~veinte mil~~ *40.000* habitantes (~~30.000~~) la base de población para la elección de cada Senador. ~~Por cada senador se elegirán dos suplentes.~~ *suplentes numeren. C. de pto. no. 3. en caso de 5 q' hay (40) elige.* (Artículo 1º del Acto legislativo número 1º de 1930).

El artículo 93 de la Constitución de 1886 decía:

El Senado se compondrá de tantos miembros cuantos Senadores correspondan a los Departamentos, a razón de tres por cada Departamento. Por cada Senador se elegirán dos suplentes.

Este artículo fue derogado por el Acto legislativo número 1º de 1908. Posteriormente fue subrogado por los artículos 11 a 15 del Acto legislativo número 3 de 1910, y éstos a su vez, fueron sustituidos por los artículos 1º a 4º del Acto legislativo número 1º de 1930.

Como es sabido, el parlamento tuvo su origen en Inglaterra, en donde en el siglo XIV se dividió en las dos Cámaras que aún existen: la de los Lores, de origen feudal, representativa del elemento aristocrático y religioso, y la de los Comunes, representativa del elemento democrático (1). Los Estados Uni-

(1) La Cámara de los Lores se compone de los Lores espirituales (que son los Arzobispos de Cantorbery y de York y 24 Obispos de la Iglesia Anglicana) y de los Lores temporales, que son los Príncipes de la familia real, los Lores por derecho hereditario, los Lores creados por el Rey, 16 Lores escoceses, 28 Lores irlandeses y 4 Lords of Appeal in ordinary, designados por la Corona.

La Cámara de los Comunes se compone de Diputados elegidos en los Condados, Burgos y Universidades del Reino Unido y 9 miembros de representación corporativa.

dos, al emanciparse de Inglaterra, conservaron el sistema de las dos Cámaras, sólo que la alta —el Senado— no vino ya a representar la nobleza sino los Estados federados. De los Estados Unidos la institución pasó Francia y a las demás naciones que, como Colombia, se dieron constituciones a imitación suya.

Diversos sistemas se han ensayado en Colombia para la formación del Senado. Las Constituciones de 1821 a 1843 establecieron la elección indirecta de los Senadores por medio de Asambleas electorales; las de 1853 y 1858, la elección directa; la de 1863 dejó a los Estados el determinar la manera de hacer su nombramiento; la de 1886 estableció la elección por las Asambleas Departamentales; la reforma de 1910, por medio de Consejos electorales elegidos por las Asambleas Departamentales, y la reforma de 1930 volvió al sistema de la elección por las Asambleas departamentales.

Las Constituciones de 1821, 1830, 1853, 1858, 1863 y 1886 no tuvieron en cuenta la población para fijar el número de Senadores, sino el Departamento, la Provincia o el Estado así: la de 1821, cuatro Senadores por Departamento; las de 1830 y 1853, uno por cada Provincia; las de 1863 y 1886, tres por cada Estado o Departamento. La de 1832 fijó un Senador por cada 60.000 habitantes, y la de 1843, uno por cada 70.000, agregando ambas que ninguna Provincia podría tener menos de un Senador.

Este recuento nos sirve para comprobar que, a través del derecho constitucional colombiano, el Senado ha representado siempre a las entidades políticas o administrativas en que ha estado dividida la República.

Este principio fue roto por la reforma de 1910, que al establecer que el Senado se compondría de tantos miembros cuantos correspondieran a la población de la República, a razón de uno por cada 120.000 habitantes, dejó sin significación política al Senado, puesto que, al igual de la Cámara, vino a representar la población, sin otras diferencias que la elección en tercer grado, mayor base de población y periodo más largo.

Para restablecer la significación política e histórica del Senado, la reforma de 1930 devolvió a las Asambleas departamentales la atribución de elegir los Senadores, los cuales vinieron de nuevo a representar a los Departamentos, sin que ningún Departamento pueda elegir menos de tres ni más de nueve en proporción a su población (artículo 175).

Esto significa que la Constitución toma en cuenta dos elementos para la elección de Senadores: la población y la división del territorio en Departamentos.

El artículo 17 de la Ley 2ª de 1943 dispone:

Mientras la elección de Senadores corresponda a las Asambleas Departamentales, la población de las Intendencias y Comisarías queda agregada a la de los Departamentos para formar las respectivas circunscripciones senatoriales, así: a la de Antioquia, la de la Intendencia del Chocó; a la de Bolívar, la de la Intendencia de San Andrés y Providencia; a la del Magdalena, la de la Comisaría de La Guajira; a la de Nariño, la de la Comisaría del Putumayo; a la de Boyacá, la de la Comisaría de Arauca; a la del Huila, la de las Comisarias del Amazonas y Caquetá; y a la de Cundinamarca, la de la Intendencia del Meta y las Comisarias del Vichada y Vaupés.

En nuestro concepto, esta disposición es inconstitucional, porque el Acto Legislativo número 1º de 1930 no autorizó al Legislador para agregar las Intendencias y Comisarias a las circunscripciones senatoriales formadas por los Departamentos, como sí lo ordenó para las circunscripciones electorales formadas para la elección de Representantes, y porque, no teniendo los habitantes de las Intendencias intervención ninguna en la elección de los Diputados que eligen los Senadores, no hay ningún vínculo de representación entre el elector y el elegido, con violación de los principios básicos de la democracia, en forma que, prácticamente, lo que se hace es aumentar el número de Senadores de los Departamentos favorecidos con la agregación, los cuales vienen así a elegir mayor número de Senadores de aquel a que tienen derecho conforme a la Constitución.

La reforma consistente en aumentar automáticamente la base de población para la elección de Senadores tiene por objeto impedir que la corporación llegue a tener un personal excesivamente numeroso y evitarse la reforma de la Constitución para elevar la cifra cada vez que el censo arroje un aumento considerable de habitantes.

Igual aumento automático había establecido para la Cámara el Acto Legislativo número 1º de 1930, pero fue suprimido por el Acto Legislativo número 2 de 1940, sin razón para ello.

Entre las dos Cámaras median las siguientes diferencias: el período de los Senadores es de cuatro años, y el de los Representantes de dos; la elección del Senado es indirecta, y la de la Cámara de Representantes directa; para ser Senador se requiere ser colombiano de nacimiento y ser mayor de treinta años, y para ser Representante basta ser ciudadano y tener veinticinco años de edad, y para ser Senador se requiere tener renta no menor de mil doscientos pesos anuales, requisito que no se exige para ser Representante.

Ha habido publicistas que preconicen el cambio de la significación política del Senado colombiano. El general Rafael Uribe Uribe deseaba que se formara por elección profesional emanada de los sindicatos o corporaciones que representarían

los gremios organizados y las entidades que ya existían en el país, como las Universidades, las Academias y la Iglesia.

El fascismo italiano ensayó el Estado Corporativo, que, según declaración del dictador Mussolini, era una organización sindical basada en grandes confederaciones profesionales obreras, patronales o libres, controladas por un Ministro de Corporaciones, sin tener en la práctica libertad de elección.

La Carta del Trabajo promulgada por el Gran Consejo Fascista organizó una Asamblea del Reino con 400 Diputados, repartidos entre las confederaciones de agricultores, industriales, empleados y obreros agrícolas e industriales, comerciantes, empresarios de transporte, empleados y obreros del comercio y de los transportes, bancos y empleados de bancos, profesiones y artistas y asociaciones de cultura, de educación y asistencia pública.

En la Alta Cámara de la Dieta Húngara tienen representación las Cámaras de agricultura, de comercio e industrias, de abogados colegiados e ingenieros, la institución militar, las Universidades Reales, la bolsa de comercio y escuelas superiores y academias científicas.

La Constitución ecuatoriana quiso darle al Senado una representación funcional, dándoles el derecho de elegir senadores a las Universidades, al profesorado primario, secundario y normal, a la agricultura, el comercio, la industria, el obrerismo, la institución militar, el periodismo y las academias sociales y científicas, a razón de uno o dos senadores por cada una de estas funciones.

94

ARTICULO 87. — Para ser Senador se requiere ser colombiano de nacimiento y ciudadano no suspenso, tener más de treinta años de edad y disfrutar de mil doscientos pesos, por lo menos, de renta anual, como rendimiento de propiedades o fruto de honrada ocupación. (Artículo 94 de la Constitución de 1886). *haber sido pto. ministro. Cantón*

Son las mismas calidades que para ser Presidente de la República. Las Constituciones anteriores, desde 1853, habían exigido calidades iguales para ser Senador y Representante. La Constitución de 1886, inspirada en el pensamiento de hacer del Senado un cuerpo conservador y ponderador, exigió la edad de treinta años por estimar que a esa edad el hombre principia a abandonar el espíritu revolucionario y renovador de la juventud, y también para que el Senado correspondiera a su nombre, que etimológicamente quiere decir consejo de ancianos.

Si esta exigencia es aceptable, no nos parece lo mismo respecto de la de tener renta, pues aunque se afirma que este requisito garantiza la independencia personal, no es una presun-

ción muy fundada, y es contraria al espíritu democrático. Además, dice el doctor José Vicente Concha, "no siempre es verdad que el dinero dé a quien lo tiene espíritu genuinamente conservador en política, cosa que se ha creído obtener con ese sistema. Por el contrario, se observa frecuentemente que el dinero es causa de timidez, de miedo a las reformas, de apego a la rutina, y, como se ha dicho acertadamente, no es un espíritu conservador de ese género el que conviene a los pueblos. No se conserva sino mejorando y con el noble empeño de realizar cuantas reformas hacen necesarias las mudanzas de los tiempos y de las circunstancias para el progreso de la nación. El dinero, por lo general, no está del lado de las reformas, y no conviene, por tanto, hacerlo preponderar en la constitución de un Senado". El requisito de la renta no se ha exigido en la práctica. ¿Cuántos Senadores no figuran en las listas de impuesto sobre la renta?

La Constitución de los Estados Unidos exige para ser Senador haber cumplido 30 años, haber sido durante 9 años ciudadano de los Estados Unidos, pues no requiere serlo de nacimiento, y residir, en la época de la elección, en el Estado que habrá de elegirlo.

ARTICULO 88. — Los Senadores durarán cuatro años en el ejercicio de sus funciones, y son reelegibles indefinidamente. (Artículo 16 del Acto legislativo número 3 de 1910).

Como bajo el imperio de la Constitución de 1886 el Congreso se reunía cada dos años, resultaba que los Senadores asistían a tres legislaturas. Hecha anual la reunión del Congreso por la reforma de 1910, resulta que ahora asisten a cuatro legislaturas.

El período de seis años señalado por el artículo 95 de la Constitución de 1886 era demasiado largo, pues si las Cámaras deben representar auténticamente la opinión nacional, ésta no podía manifestarse debidamente, porque en seis años son muchas las transformaciones que sufren el pensamiento y el sentimiento de un pueblo, sin que la renovación por terceras partes subsanara el inconveniente apuntado, sino que, antes bien, impedía que en ningún momento el Senado fuera reflejo fiel de la opinión pública.

En Colombia el Senado se renovó por mitad o por terceras partes de 1821 hasta 1853. Bajo las Constituciones de 1853, 1858 y 1863 se renovó íntegramente cada dos años. Las constituciones de 1821 y 1830 fijaron en ocho años el período de los Senadores, y las de 1832 y 1843, en cuatro años.

En los Estados Unidos el Senado se compone de 96 miembros, a razón de dos Senadores por cada Estado, elegidos por

sufragio popular y por seis años y renovados por terceras partes cada dos años. En Francia se compone de 314 miembros, elegidos por los departamentos y colonias por medio de Colegios Electorales de cada departamento, Colegios que se componen de los Diputados (o Representantes) del mismo, los Consejeros Generales y de Distrito y Delegados de los Concejos Municipales; para períodos de nueve años y renovándose el Senado por terceras partes.

La reelegibilidad de los Senadores como la de los Representantes, se funda en que ellos no tienen medios de ejercer coacción sobre la opinión pública para hacerse reelegir, y en que el mayor ejercicio del cargo es una garantía de acierto para el ejercicio de la función legislativa.

⁹⁰
ARTICULO ~~89~~ 90. — Corresponde al Senado conocer de las acusaciones que intente la Cámara de Representantes contra los funcionarios de que trata el artículo ~~90~~ ⁹⁶, atribución ~~45~~ ⁵² (Artículo 96 de la Constitución de 1886).
¹⁰²

La Constitución de 1886 citaba el ordinal 4º del artículo 102, subrogado por el ordinal también 4º del artículo 20 del Acto Legislativo número 3 de 1910 (96 de la codificación), que dice que corresponde a la Cámara de Representantes:

Acusar ante el Senado, cuando hubiere justas causas, al Presidente de la República, a los Ministros del Despacho, al Procurador General de la Nación y a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

La reforma de 1910 suprimió la acusación al Vicepresidente de la República y a los Consejeros de Estado, porque estos cargos habían sido eliminados. Restablecido el Consejo de Estado en 1914, el artículo 20 del Código de Organización Judicial atribuyó al Senado conocer de las causas de responsabilidad contra los Consejeros de Estado, entre los cuales se cuenta el Designado que lo preside.

Aun cuando la atribución dada al Senado para conocer de las acusaciones de que habla el artículo 89 pudiera considerarse contraria a la separación de funciones de los poderes públicos, hubo necesidad de darle al Senado tal atribución por no existir un poder más encumbrado que juzgara a los más altos funcionarios de los órganos ejecutivo y judicial. Pero como lo expusimos al comentar el artículo 53, el ejercicio de esta función no incluye al Senado en el Poder Judicial.

En los Estados en donde no existe sino una sola Cámara, corresponde a ésta acusar a los altos funcionarios, los cuales son juzgados por la Corte Suprema de Justicia aun en juicios de responsabilidad.

ARTICULO 90. — En los juicios que se sigan ante el Senado, se observarán estas reglas:

1^a Siempre que una acusación sea públicamente admitida, el acusado queda de hecho suspenso de su empleo.

2^a Si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones, o a indignidad por mala conducta, el Senado no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos; pero se le seguirá juicio criminal al reo ante la Corte Suprema, si los hechos le constituyen responsable de infracción que merezca otra pena.

3^a Si la acusación se refiere a delitos comunes, el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa, y en caso afirmativo pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema.

4^a El Senado podrá cometer la instrucción de los procesos a una diputación de su seno, reservándose el juicio y sentencia definitiva, que será pronunciada en sesión pública, por los dos tercios, a lo menos, de los votos de los Senadores que concurran al acto. (Artículo 97 de la Constitución de 1886).

Desde que el Senado admite la acusación, el acusado queda ipso facto suspendido de su empleo, y si continúa ejerciéndolo, se hace penalmente responsable por usurpación de funciones públicas (artículo 183 del Código Penal).

Los artículos 19 y 20 del Código de Organización Judicial se refieren a las atribuciones del Senado como tribunal judicial, y los artículos 579 a 613 del Código de Procedimiento Penal reglamentan el modo de proceder en los juicios que se sigan ante el Senado.

Si se trata de delitos comunes cometidos por los funcionarios acusables ante el Senado, éste ejerce la atribución de funcionario de instrucción hasta decidir del mérito del sumario, y si decreta el enjuiciamiento, pasa la causa a la Corte Suprema para el seguimiento del juicio.

Si se trata de causas de responsabilidad contra el Presidente de la República, los Ministros del Despacho, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejeros de Estado y Procurador General de la Nación, conoce el Senado, el cual puede imponer sólo la pena de destitución del empleo, inhabilitación para ejercerlo, o privación temporal o pérdida de los derechos políticos, pues si las faltas cometidas hacen a los responsables acreedores de otras penas, debe poner a dichos empleados a disposición de la Corte para el seguimiento del correspondiente juicio criminal.

El Senado nombrará una comisión de su seno para la instrucción del proceso; pero el auto de proceder, o de sobreseimiento, y la sentencia definitiva debe pronunciarlas en sesión pública. El artículo exige que la sentencia sea pronunciada por los dos tercios, a lo menos, de los votos de los Senadores que

concurran al acto, mas esto hay que entenderlo dicho con relación a las sentencias condenatorias, de manera que si sólo la mayoría absoluta está por la condenación, el procesado es absuelto. No cabe decir lo mismo respecto de las sentencias absolutorias, pues si sólo la mayoría absoluta está por la absolución, no podrá entenderse que el procesado tiene que ser condenado, porque para esto se requieren dos tercios de votos, o habría que aceptar el absurdo de que el fallo quedará indeciso.

El artículo 611 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto dispone que la sentencia que dicte el Senado, condenando o absolviendo al acusado, será aprobada por mayoría absoluta de votos, resulta en desacuerdo con el ordinal 4º de la disposición constitucional que comentamos.

Sobre el particular, la Constitución de los Estados Unidos (Artículo 1º, Sección 3ª) dispone:

Sólo el Senado podrá juzgar los casos de acusación por responsabilidad oficial. Cuando se reuna para este fin, los senadores prestarán juramento o afirmación. Si se enjuiciare al Presidente de los Estados Unidos, presidirá la sesión el Juez Presidente del Tribunal Supremo, y ninguna persona podrá ser declarada culpable sino por los votos de dos terceras partes de los senadores presentes.

La sentencia en casos de responsabilidad oficial no podrá extenderse más allá de la destitución del empleo y la privación del derecho a obtener y ejercer cargo de honor, de confianza o de provecho en el gobierno de los Estados Unidos; pero la persona declarada culpable quedará, no obstante, sujeta a acusación, enjuiciamiento, condena y castigo, conforme a las leyes.

ARTICULO 91. — Son también atribuciones del Senado:

1ª Rehabilitar a los que hubieren perdido la ciudadanía. Esta gracia, según el caso y circunstancias del que la solicite, podrá referirse únicamente al derecho electoral, o también a la capacidad para desempeñar determinados puestos públicos, o conjuntamente al ejercicio de todos los derechos políticos;

2ª Nombrar dos (2) miembros del Consejo de Estado;

3ª Admitir o nó las renunciaciones que hagan de sus empleos el Presidente y Vicepresidente de la República y el Designado;

4ª Aprobar o desaprobare los grados militares que confiera el Gobierno desde Teniente Coronel hasta el más alto grado del Ejército o Armada;

5ª Conceder licencias al Presidente de la República para separarse temporalmente, no siendo caso de enfermedad, o para ejercer el poder fuera de la capital;

6ª Permitir el tránsito de tropas extranjeras por el territorio de la República;

7ª Nombrar las Comisiones Demarcadoras de que trata el artículo 5º

8ª Autorizar al Gobierno para declarar la guerra a otra nación. (Artículo 92 de la Constitución de 1886).

Estudiemos cada una de estas atribuciones por separado:

1ª Tratamos de esta atribución al comentar el artículo 13, y a lo escrito allí nos remitimos.

Conforme al artículo 45 del Código Penal, la pena de interdicción de derechos o funciones públicas (que priva de la facultad de elegir y ser elegido y del ejercicio de cualquier otro derecho político) tiene una duración de uno a diez años, cuando no se establezca como perpetua, y cuando se impone como accesoria dura por un período igual al de la pena principal de presidio y prisión (Artículo 58 *ibidem*).

La Ley 10 de 1933 reglamenta la manera de obtener rehabilitación del Senado: el reo deberá solicitarla por medio de memorial, al que acompañará copia de la sentencia condenatoria y de las boletas de encarcelación y excarcelación, y tres declaraciones de testigos sobre la buena conducta observada por el peticionario después de que cumplió la pena.

2ª El Consejo de Estado fue suprimido por el Acto Legislativo número 10 de 1905 y restablecido por el Acto reformativo de 1914, que dijo que la ley determinaría la manera de hacer el nombramiento de los Consejeros. La Ley 60 de 1914, hoy sustituida por la 167 de 1941, dispuso que tres de los Consejeros y sus respectivos suplentes, primeros y segundos, fueran nombrados por el Senado.

3ª Esta atribución está implícitamente modificada por el Acto Legislativo número 5 de 1905, que suprimió la Vicepresidencia de la República, y por el artículo 10 del Acto legislativo número 3 de 1910, que creó dos Designados; de modo que hoy corresponde al Senado admitir, o nó, la renuncia que hagan el primero y segundo Designados.

Conforme al artículo 299 de la Ley 4ª de 1913, todo el que sirve un destino de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente; si el empleado que oye la renuncia creyere que hay motivos notorios de conveniencia pública en no admitir la renuncia, podrá negarla, pero si insistiere en ella, la aceptará.

Esta disposición es aplicable al Presidente de la República y a los Designados.

El artículo 303 de la misma ley dice que el Presidente de la República debe solicitar la licencia o presentar la excusa o la renuncia ante el Senado, y en receso de esta corporación, ante la Corte Suprema. Dicho artículo está en oposición con lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución en cuanto se refiere a la renuncia, de la cual sólo puede conocer el Senado. Respecto de las excusas, como la Constitución no previó el caso, podía la ley llenar el vacío.

Este artículo 303 se refiere sólo al Presidente de la República, pero lo dispuesto en él debe por analogía, hacerse extensivo a los Designados.

No sería posible atribuir al Congreso pleno la admisión o

nó de las licencias, renunciaciones o excusas del Presidente y de los Designados, pues bastaría con que una de las Cámaras no aceptara la invitación a reunirse en un solo cuerpo, para que no hubiera modo de resolver sobre la licencia, renuncia o excusa presentada, con lo cual la Cámara renuente impondría su voluntad sobre la otra.

4ª La razón para que se atribuyera al Senado la aprobación de los grados militares, desde teniente coronel para arriba, estriba en que no se trata de la provisión de destinos sino de asuntos de categoría en la jerarquía militar, que impone a la Nación obligaciones durante la vida del militar o jefe ascendido, pues es sabido que los militares tienen derecho a ascensos por tiempo de servicio y a pensiones de retiro según su grado, las cuales implican una erogación permanente del tesoro público; fuera de que es menester que una entidad distinta del Gobierno aprecie la legalidad y justicia del ascenso.

5ª De lo relativo a la licencia acabamos de hablar al tratar de la atribución 3ª y habremos de insistir al comentar el artículo 123.

Ahora queremos solamente ocuparnos en la licencia para ejercer el poder fuera de la capital.

El artículo 75 de la Ley 149 de 1888, sobre régimen político y municipal, autorizaba al Presidente de la República para ejercer libremente sus funciones dentro de los límites del Departamento de Cundinamarca, por derecho propio. La Ley 4ª de 1913, que sustituyó a aquélla, suprimió esa limitación, después de que fue declarada fundada la objeción hecha por el Gobierno al artículo 63 del proyecto, que prohibía al Presidente de la República ejercer el Poder Ejecutivo fuera de Bogotá, objeción fundada en que el Presidente debía tener la facultad de ejercer en cualquier punto del territorio nacional.

“Semejante disposición (reza el mensaje de objeciones), a más de pugnar con ideas fundamentales sobre el ejercicio de la Magistratura que lleva anexa autoridad o jurisdicción en el territorio a donde se extiende, no se compadece con el texto del artículo 32 del Acto legislativo número 3 de 1910, que tácita o virtualmente reconoce al Jefe de la administración pública el derecho al ejercicio del Poder en cualquier lugar de la República, desde luego que al considerar como abandono del puesto únicamente la salida del territorio de la Nación, necesariamente se presupone la base fundamental de la legitimidad del ejercicio del poder dentro de los límites de la República, en cualquier parte de ella. No de otro modo se explica la facultad contenida en el ordinal 9º del artículo 120 de la Constitución”.

6ª Esta atribución carece hoy de importancia, pues con-

templaba principalmente el caso de tránsito de tropas por el Istmo de Panamá cuando éste pertenecía a Colombia; sin embargo puede presentarse el caso de que una nación vecina tenga necesidad de pasar por nuestro territorio tropas de un punto a otro del suyo para restablecer el orden. Como este hecho puede tener consecuencias internacionales, la Constitución exige permiso del Senado. En receso de éste, corresponde al Presidente de la República conceder el permiso, conforme al numeral 10 del artículo 115. Este artículo exigía para la concesión del permiso, el previo dictamen del Consejo de Estado. Suprimida esta corporación en 1905, al ser restablecida no se le dió tal atribución, que le fue devuelta por el artículo 5º de la Ley 60 de 1914, hoy sustituido por el 24 del Código de lo Contencioso Administrativo.

7ª Esta atribución se adscribió al Senado, teniendo en consideración que esta corporación es elegida por las Asambleas departamentales.

Bajo la Constitución de 1863, cuando el Senado se componía de plenipotenciarios de los Estados, esta corporación no tenía la atribución de nombrar las comisiones demarcadoras de las líneas dudosas: la atribución de decidir las cuestiones que se suscitaban entre los Estados sobre límites, estaba adscrita a la Corte Suprema Federal.

En desarrollo de este ordinal y del artículo 5º de la Constitución, dispone la Ley 101 de 1919 que cuando entre dos o más Departamentos, o entre uno de éstos y una Intendencia o Comisaría ocurrieren diferencias respecto de sus líneas divisorias, los respectivos Gobernadores, Intendentes o Comisarios ocurrirán al Ministerio de Gobierno, haciendo una exposición de los hechos motivo de la duda que haya en los límites y acompañando los documentos en que crean fundar derecho al reclamo de la zona disputada o a la fijación de la línea divisoria por determinados puntos; que el Ministerio de Gobierno pasará la documentación al Senado con una exposición que contenga el concepto que haya formado acerca de los puntos materia de la disputa; que la comisión de división territorial del Senado estudiará la documentación y propondrá lo que estime conveniente; que decidido por el Senado que son dudosas las líneas divisorias, nombrará una comisión demarcadora, compuesta de tres ingenieros, así: uno nombrado de entre la terna que presentará la diputación senatorial de cada uno de los Departamentos interesados, y un tercero elegido directamente por el Senado para dirimir la discordia que pueda ocurrir entre los dos principales; que cuando uno de los interesados sea una Intendencia o Comisaría, la respectiva terna para escogencia del

JAMES TOBON VILLEGAS
DONACION

perito demarcador, la presentará al Senado el Ministro de Gobierno, que la comisión demarcadora fijará las líneas divisorias y presentará su trabajo al Gobierno, y si ninguna de las partes interesadas reclamare contra la fijación hecha, el Gobierno pasará el trabajo al Senado para que le imparta su aprobación definitiva, y que si hubiere reclamación y el Senado la declare fundada, procederá a hacer nueva elección de miembros de la comisión demarcadora.

8ª Este ordinal debe concordarse con el noveno del artículo 115, que expresa que la declaración de guerra requiere permiso del Senado cuando se trata de guerras ofensivas, pues si se trata de guerras defensivas, puede el Presidente repeler la agresión extranjera sin mediar permiso, en cumplimiento del deber que la Constitución le impone, de defender la independencia de la República y la inviolabilidad de su territorio. No sería posible, que tratándose de una invasión extranjera, se exigiera al Presidente que para repelerla, tuviera que convocar primero el Congreso, pues mientras tanto el enemigo exterior continuaría su avance o consumaría la agresión.

ARTICULO 92. — Es atribución del Senado, además de las que le señala el artículo 91 de la Constitución, elegir cuatro Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y sus suplentes, de ternas presentadas por el Presidente de la República. (Artículo 17 del Acto legislativo número 3 de 1910).

Este artículo subrogó al ordinal 4º del artículo 98 de la Constitución de 1886, que atribuía al Senado el aprobar o desaprobar los nombramientos que hiciera el Presidente de la República para Magistrados de la Corte Suprema.

A su vez, este artículo está reformado por el Acto legislativo número 1º de 1924, que dejó a la ley la determinación del número de Magistrados de que se compondrá la Corte Suprema, la mitad de ellos elegida por el Senado, de ternas presentadas por el Presidente de la República. La Ley 67 de 1943 ha fijado en dieciséis el número de Magistrados, por manera que el Senado actualmente elige ocho. Volveremos sobre este asunto al comentar el artículo 142.

TITULO IX

De la Cámara de Representantes

SUMARIO — Composición de la Cámara. Calidades para ser Representante, y duración del cargo. Atribuciones de esta Cámara.

99. ~~770~~ 45.000 90.000.
ARTICULO 93. — La Cámara de Representantes se compondrá de tantos miembros cuantos correspondan a la población de la República, a razón de uno por cada cincuenta mil habitantes (~~50.000~~) y uno más por cada fracción no menor de la mitad de dicha cifra. Cada vez que se apruebe un censo general de la República, y el aumento de la población exceda de quinientos mil habitantes (500.000), automáticamente se elevará en diez mil (20.000) habitantes la base de población para la elección de cada Representante.

falta por suplentes - ninguno.
~~Por cada Representante se elegirán dos suplentes.~~

Parágrafo. Cada Departamento constituirá una Circunscripción para la elección de Representantes. (Artículo 5º del Acto legislativo número 1º de 1930).

Este artículo fue sustituido por el Acto Legislativo número 2 de 1940, que dice:

Artículo único. — La Cámara de Representantes se compondrá de tantos miembros cuantos correspondan a la población de la República, a razón de uno por cada setenta mil (70.000) habitantes, y uno más por cada fracción no menor de la mitad de dicha cifra.

En ningún caso los Departamentos elegirán un número menor de Representantes de los que hoy eligen.

Por cada Representante se elegirán dos suplentes.

Parágrafo. — Cada Departamento constituirá una circunscripción para la elección de Representantes.

La reforma consiste: 1º En elevar de 50.000 a 70.000 habitantes la base de población para la elección de Representantes; 2º En suprimir el aumento automático de esta base en el caso de aumento del censo de población, y 3º En disponer que en ningún caso los Departamentos elegirán un número menor de Representantes de los que elegían en 1940.

Esto quiere decir que los Departamentos no podrán elegir un número menor de los siguientes representantes : Antioquia 17; Atlántico 4; Bolívar 11; Boyacá 13; Caldas 11; Cauca 5; Cundinamarca 18; Huila 5; Magdalena 6; Nariño 8; Norte de Santander 5; Santander 9; Tolima 10; y Valle del Cauca 9. No se

consagró igual disposición para circunscripciones electorales formadas por las Intendencias.

No hubo lógica en el constituyente al suprimir el aumento automático de la base de población para la elección de Representantes, y dejarlo vigente para la elección de Senadores, como ya lo vimos al comentar el artículo 86.

Ninguna razón de orden jurídico justifica el que el número de Representantes que cada Departamento deba elegir no pueda ser menor del que elegía en 1940. Sobre este particular véase el comentario al artículo 175.

Cabe observar que el compilador omitió incluir el artículo 4º del Acto Legislativo número 1º de 1930, que es del tenor siguiente:

Artículo 4º — La ley agregará a las circunscripciones electorales el territorio de las Intendencias y Comisarias.

Este artículo no ha sido derogado, sino simplemente modificado, como así expresamente lo dice el artículo 34 del Acto Legislativo número 1º de 1936. La modificación consiste en no hacer obligatoria para el legislador la agregación de las Intendencias y Comisarias a las Circunscripciones electorales formadas por los Departamentos, sino en facultarlo, conforme al artículo 5º de este último Acto Legislativo, para hacer circunscripciones electorales de las Intendencias y Comisarias, y así, la Ley 2ª de 1943 dispuso:

Artículo 18. — Para la elección de Representantes, cada Intendencia o Comisaría que tenga más de 70.000 habitantes, formará una Circunscripción Electoral independiente, con los organismos electorales adecuados. Facúltase al Presidente de la República, hasta el 19 de julio de 1944, para que, si lo estima conveniente, forme con otras Intendencias y Comisarias una o varias Circunscripciones Electorales independientes, siempre que a cada una de éstas corresponda una población no inferior a 70.000 habitantes. Cada una de las Circunscripciones Electorales a que se refiere el presente artículo, elegirá el número de Representantes a que haya derecho, de acuerdo con la respectiva base de población.

La base de población para la elección de Representantes ha cambiado en las diversas Constituciones, y así, la de 1821 fijaba un Representante por cada 30.000 habitantes; la de 1830, 40.000; la de 1832, 25.000; la de 1843, 30.000; la de 1853, 40.000; la de 1858, 60.000, y la de 1863, 50.000 (1), cifra que se conservó hasta que fue elevada a 70.000 por la reforma de 1940.

(1) El artículo 99 de la Constitución de 1886 que fijaba la base de población para la elección de Representantes fue derogado por el Acto legislativo número 10 de 1908; fue subrogado posteriormente por el artículo 18 del Acto legislativo número 3 de 1910, el que a su vez quedó sustituido por el artículo 5º del Acto legislativo número 1º de 1930.

En Inglaterra la Cámara de los Comunes se compone de 615 diputados, elegidos a razón de uno por cada 70.000 habitantes; en los Estados Unidos, la Cámara de Representantes se compone de 435 miembros, elegidos en proporción de uno por cada 210.000 habitantes.

Antes de 1886, nuestras Constituciones habían hecho de cada Provincia, Departamento o Estado una circunscripción electoral. Esta práctica fue restablecida por el Acto Legislativo de 1930, para poner fin a las circunscripciones ad hoc, formadas por la ley o el Gobierno, de distritos pertenecientes a distintos Departamentos, con la mira de obtener determinados resultados electorales. La reforma tuvo por objeto no sólo volver por la pureza del sufragio sino interpretar el precepto contenido en el artículo 6º de la Codificación, según el cual las divisiones electorales tenían que coincidir con la división general del territorio de la República en Departamentos.

¹⁰⁰
ARTICULO 84. — Para ser elegido Representante se requiere ser ciudadano en ejercicio, no haber sido condenado por delito que merezca pena corporal, y tener más de veinticinco años de edad. (Artículo 100 de la Constitución de 1886).

Si para ser Senador se requiere ser colombiano de nacimiento, para ser Representante basta ser ciudadano en ejercicio, y por tanto, un extranjero nacionalizado en Colombia puede ser elegido Representante.

La edad de veinticinco años se exigió en busca de una mayor madurez de criterio y experiencia. Es la misma edad exigida en las Constituciones de 1832 y 1843; las de 1821, 1853, 1858 y 1863 sólo exigieron veintiún años, y la de 1830 exigió treinta años.

En Inglaterra bastan veintiún años; en España veintitrés, y en Francia y Estados Unidos veinticinco.

El artículo exige, además de ser ciudadano en ejercicio, “no haber sido condenado por delito que merezca pena corporal”. ¿Qué se quiso decir con esto? El señor Samper dice: “que jamás haya sido condenado”; pero si es que se estima que la pena corporal acarrea indignidad de por vida, ¿por qué no se consagró igual incapacidad para los Senadores, a quienes la Constitución atribuye funciones preeminentes? ¿O también para el Presidente de la República?

La Constitución de Chile establece sobre este particular:

Artículo 27. — Para ser elegido Diputado o Senador es necesario tener los requisitos de ciudadano, con derecho a sufragio y no haber sido condenado jamás por delito que merezca pena aflictiva.

Los Senadores deben, además, tener 35 años cumplidos.

El comentador Rafael Raveau emite el siguiente concepto:

Si el Senado, en uso de la atribución que le otorga el numeral 2º del Artículo 9º de la Constitución, rehabilita en la ciudadanía a una persona que la perdió como consecuencia de haber sido condenada a pena aflictiva, esta rehabilitación es sólo en cuanto al *jus suffragii* o calidad de elector, pero nó en cuanto al *jus honorum* o calidad para ser elegido, pues el texto del artículo 27 de la Constitución se refiere a no haber sido condenado jamás por delito que merezca pena aflictiva.

La Constitución de los Estados Unidos exige para ser elegido Representante haber sido durante 7 años ciudadano de ese país y residir, al tiempo de la elección, en el Estado que habrá de elegirlo.

101
ARTICULO 95. — Los Representantes durarán en el ejercicio de sus funciones dos años, y serán reelegibles indefinidamente. (Artículo 19 del Acto legislativo número 3 de 1910).

Bajo la Constitución de 1886 el período de los Representantes era de cuatro años, pero como las legislaturas eran bienales, los Representantes asistían a dos legislaturas; establecidas las legislaturas anuales por la reforma de 1910, los Representantes asisten también a dos legislaturas.

El período de dos años fue el fijado por las Constituciones colombianas desde 1832 hasta 1886. Las de 1821, 1830 y 1886 fijaron el de cuatro años.

En nuestras primeras Constituciones se había adoptado el sistema de la renovación parcial de la Cámara, pero hubo de abandonarse ante la consideración de que siendo ésta la Cámara popular, convenía su renovación total para conocer de manera auténtica la opinión nacional cada dos años.

102
ARTICULO 96. — Son atribuciones de la Cámara de Representantes:
1ª Examinar y fenecer definitivamente la cuenta general del Tesoro y organizar el Ministerio Público;

3ª Elegir cinco Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y sus suplentes, de ternas que presente el Presidente de la República;

4ª Acusar ante el Senado, cuando hubiere justas causas, al Presidente de la República, a los Ministros del Despacho, al Procurador General de la Nación y a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y

5ª Conocer de los denuncios y quejas que ante ella se presenten por el Procurador General de la Nación o por particulares, contra los expresados funcionarios, y si prestan mérito, fundar en ellos acusación ante el Senado. (Artículo 20 del Acto legislativo número 3 de 1910).

Analicemos cada atribución por separado:

1ª Puesto que la Cámara de Representantes tiene la iniciativa en la formación de las leyes que establecen contribucio-

nes, es lógico que a la misma Cámara se le dé la atribución de examinar y fenecer la cuenta general del tesoro, pues el pueblo que paga los impuestos tiene el derecho de fiscalizar la inversión de sus productos y fenecer la cuenta general del tesoro, si la halla correcta, o glosarla en caso contrario, por medio de sus representantes.

2ª De esta atribución tratamos al comentar el artículo 73, y sólo nos resta agregar que el artículo 47 de la Ley 4ª de 1913 dice que tampoco pueden tener origen sino en la Cámara de Representantes el proyecto de ley sobre presupuesto de rentas y gastos, y los que abren créditos adicionales al mismo, y los que establezcan o supriman impuestos.

3ª El Acto Legislativo número 3 atribuyó a la Cámara la elección de cinco Magistrados de la Corte, cuando se componía de nueve Magistrados. Como el Acto Legislativo número 1º de 1924 dejó a la ley la determinación del número de Magistrados, y éstos son hoy dieciséis, conforme a la ley 67 de 1943, la Cámara elige ocho Magistrados, de ternas presentadas por el Presidente de la República.

4ª Además de los funcionarios mencionados en este ordinal, tiene la Cámara la atribución de acusar ante el Senado a los Consejeros de Estado, por disposición especial del Código de Organización Judicial (artículo 174).

Estas funciones fiscales diéronsele a la Cámara por no existir un agente del Ministerio Público más alto que el Procurador General, quien debe su nombramiento al Gobierno. Empero, el ejercicio de esas funciones especiales y transitorias no constituye a la Cámara en agente del Ministerio Público, así como el juzgamiento de los funcionarios por ella acusados, no constituye al Senado en corporación del Poder Judicial. Así lo expresamos al comentar el artículo 73.

5ª La Constitución de 1886 exceptuaba de las denuncias y quejas, al Presidente de la República, y dice el señor Samper que con esta excepción se quiso premunirle contra antojadizos ataques de particulares, obra de la pasión política, dejando la iniciativa únicamente a la Cámara. La reforma de 1910 devolvió a los particulares el derecho de presentar denuncias y quejas contra el Presidente de la República, indudablemente porque, no por el abuso que pudiera cometerse, debía privarse a los ciudadanos de reclamar contra los actos u omisiones del Presidente que impliquen violación de la Constitución o de las leyes.

A las anteriores atribuciones de la Cámara hay que agregar otras que le han dado disposiciones de carácter legal, a saber: la Ley 60 de 1914 le atribuyó la elección de tres de los Consejeros de Estado; la 102 de 1922, la elección de tres de los cin-

co miembros de la Junta Nacional de Empréstitos, y el Decreto 911 de 1932, reformativo de la Ley 42 de 1903, le atribuyó la elección del Contralor General de la República, funcionario que no fue de creación constitucional, pero que debió haberlo sido (1).

(1) En la Constitución china el control es un órgano del Estado, distinto del legislativo, ejecutivo y judicial.

TITULO X

Disposiciones comunes a ambas Cámaras y a los miembros de ellas.

SUMARIO — I. Atribuciones comunes a ambas Cámaras. Publicidad de las sesiones. — II. Carácter representativo de los miembros del Congreso. Inviolabilidad por razón de sus votos. Inmunidad personal. Incompatibilidad de funciones. Remuneración pecuniaria. Disposiciones sobre vacantes.

103
ARTICULO 97. — Son facultades de cada Cámara:

1ª Dictar su propio reglamento y establecer los medios preventivos y coercitivos necesarios para asegurar la concurrencia de los miembros de la corporación; *on Ley.*

~~2ª Crear y proveer los empleos necesarios para el despacho de sus trabajos~~ *que su*
creado la Ley

~~3ª Organizar, en caso necesario, la policía interior del edificio en que celebra sus sesiones;~~

~~4ª Examinar si las credenciales que cada miembro ha de presentar al tomar posesión del puesto, están en la forma prescrita por la ley;~~

~~5ª Contestar, o abstenerse de hacerlo, a los mensajes del Gobierno;~~

~~6ª Pedir a los Ministros los informes escritos o verbales que necesite para el mejor desempeño de sus trabajos o para conocer los actos de la administración, salvo lo dispuesto en el artículo 78 (inciso 4º);~~

7ª Nombrar comisiones que la representen en actos oficiales;

8ª Designar oradores ante la otra Cámara en caso de desacuerdo de opiniones en la formación de una ley;

9ª Aprobar todas las resoluciones que estime convenientes dentro de los límites señalados en el artículo 71. (Artículo 103 de la Constitución de 1886).

La cita a minuta debe ser clara, no se debate sobre lo pautado.

Comentemos cada una de estas atribuciones separadamente.

1ª A las Cámaras, como a toda corporación, se les concede la facultad de dictar su propio reglamento, para determinar el orden y método de sus trabajos. *on Ley.*

Los reglamentos de las Cámaras no son leyes formales sino meras resoluciones, de donde se desprende que ellos no pueden contener ninguna disposición contraria a la Constitución ni a las leyes; las Cámaras únicamente reglamentan lo que la ley no ha hecho en relación con su funcionamiento interno. *L. Fa*

Como resoluciones que son, obligan sólo a la Cámara y a sus miembros en calidad de tales, y por tanto, no pueden realizar ni como corporación ni individualmente acto alguno contrario a dichos reglamentos, porque eso sería como realizar actos contrarios a la ley.

El ordinal omite hablar del reglamento del Congreso cuando se reúne en un solo cuerpo. Este existe, dictado por ambas Cámaras, y consiste en un "Reglamento para la correspondencia recíproca de las Cámaras legislativas", y en un "Reglamento para el Congreso", dictados ambos con fecha 18 de marzo de 1859. El reglamento de la Cámara de Representantes fue dictado el 6 de septiembre de 1888, y el del Senado, el 4 de agosto de 1917.

La Ley 6ª de 1916 suplió la omisión de que hablamos, diciendo:

Artículo 1º El reglamento del Congreso y el de la correspondencia recíproca de las Cámaras legislativas se expiden, adicionan o reforman por medio de decretos aprobados por ambas Cámaras en dos debates, en distintos días, por la mayoría absoluta de los individuos que componen la respectiva Cámara.

El ordinal comentado faculta a la Cámara para establecer los medios preventivos o coercitivos necesarios para asegurar la concurrencia de los miembros de la corporación; razón más para que nosotros hubiéramos considerado innecesario el artículo 65.

19- La Ley 51 de 1923 interpretó esta atribución en la siguiente forma:

Artículo 3º La autonomía que a cada una de las Cámaras legislativas otorga el numeral 2º del artículo 103 de la Constitución para crear los empleados necesarios para el despacho de sus trabajos, se ejerce en la forma que lo juzgue conveniente la respectiva corporación. Adoptada una determinación de esta clase por cualquiera de las Cámaras o por ambas, deberá incluirse en la ley adicional a la de apropiaciones la partida necesaria para atender al gasto correspondiente.

El Art. 1º de la misma ley (que ha sufrido posteriores modificaciones) fijó las asignaciones de los empleados de las Cámaras, de manera que el legislador ha interpretado que cada Cámara puede crear y proveer sus empleados, pero que a la ley le corresponde asignar los sueldos. De paso anotamos que esta interpretación no es la con autoridad de que hablamos en el artículo 69, pues tal interpretación sólo corresponde al poder constituyente.

Consideramos conveniente que se modifique la atribución 2ª en el sentido de disponer que corresponde a la ley la creación

de los empleados de las Cámaras, para poner coto a los abusos que con esta facultad se cometen con perjuicio del tesoro público.

2^a ~~3^a~~ Cada Cámara está autorizada para organizar su policía interior, es decir, para adoptar las medidas que crea convenientes para la seguridad de sus miembros y la libertad de sus deliberaciones, y por tanto, ninguna autoridad civil o militar puede penetrar en el recinto de las sesiones sin el consentimiento del Presidente de la corporación.

La Cámara puede requerir el auxilio de la fuerza militar o del cuerpo de policía nacional para hacer guardar el orden en las sesiones, y para este efecto, tales fuerzas quedan colocadas bajo las órdenes del Presidente de la respectiva Cámara.

Consecuencia de la misma atribución es que las Cámaras, por medio de sus comisiones permanentes de justicia interior, pueden prevenir, reprimir o castigar a quienes incurran en faltas durante las sesiones, aunque sean personas extrañas.

3^a ~~4^a~~ Esta ha sido una de las cuestiones más discutidas en nuestros Congresos. Bajo las Constituciones anteriores, las Cámaras tenían la facultad de calificar las credenciales de sus miembros, entendiendo por tales los poderes para desempeñar la representación. La Constitución de 1886 quiso que la calificación de las credenciales se redujera a examinar si estaban en la forma prescrita por la ley, y ésta ha dicho en el Código de régimen político y municipal (Ley 4^a de 1913), lo siguiente:

Artículo 20. La credencial que deben exhibir los miembros de las Cámaras al tiempo de entrar a funcionar consistirá en el oficio en que se participó la elección.

Cuando no haya motivo alguno de duda, la Cámara puede aceptar el respectivo miembro, aunque la credencial tenga algún defecto, y aun faltando los documentos que la constituyen, siempre que tenga constancia oficial del nombramiento y conocimiento de la identidad.

El sistema colombiano es distinto del de otros países. En Francia, por ejemplo, las leyes constitucionales dicen que “cada Cámara es juez de la elegibilidad de sus miembros y de la regularidad de su elección”, y los decretos orgánicos agregan que “las operaciones electorales son examinadas por el cuerpo legislativo que es el solo juez de su validez y legalidad”.

En Francia la Cámara puede invalidar las credenciales por estas causas: 1º Porque el que se considera elegido no sea elegible; 2º Porque no haya obtenido el número de votos requeridos por la ley; 3º Porque las operaciones electorales hayan sido mal hechas, y 4º Porque un hecho exterior, como violencia o corrupción, haya viciado la elección.

La Constitución de los Estados Unidos establece que “cada Cámara será tribunal competente para juzgar las elecciones, los resultados de las mismas, y las calificaciones de sus propios miembros”.

Igual cosa enseñan las Constituciones de España, Irlanda, Polonia, Rumania y Yugoslavia. En estos casos la Cámara respectiva viene a ejercer una verdadera función jurisdiccional.

Otras Constituciones prefieren el sistema de atribuir la calificación de las credenciales a un Tribunal especial, como es el caso de Alemania, Austria, Checoslovaquia y Grecia. En Chile tal calificación corresponde a un Tribunal especial, compuesto de cinco miembros designados así: uno por sorteo entre los individuos que hayan desempeñado la presidencia de la Cámara de Diputados; otro, entre los que hayan desempeñado la presidencia del Senado; dos, entre los Magistrados de la Corte Suprema, y uno, entre los Magistrados del Tribunal de Apelaciones de la ciudad donde celebre sus sesiones el Congreso.

En Colombia el Consejo de Estado es Tribunal Supremo de lo contencioso electoral: él conoce privativamente y en una sola instancia de los juicios relativos a las elecciones de Presidente de la República, Senadores y Representantes, y en segunda, de los juicios referentes a las elecciones de Diputados a las Asambleas Departamentales y Concejales de los Municipios de primera categoría, de las cuales conocen en primera instancia los Tribunales Administrativos seccionales.

Si el Gobierno tiene derecho de dirigir mensajes a las Cámaras, no se impone a éstas la obligación de contestarlos, pues puede ser más aconsejado no hacerlo, principalmente cuando por la tirantez de relaciones entre el Gobierno y el Congreso, las respuestas pudieran ser de tono desabrido o que contribuyera a agriar el estado de ánimo entre los funcionarios de los dos poderes.

El ordinal 5º del artículo 113 dice que corresponde al Presidente de la República en relación con el Poder legislativo, entre otras cosas, “dar a las Cámaras legislativas los informes que soliciten sobre los negocios que no demanden reserva”, y como el artículo 130 expresa que “los Ministros son órgano de comunicación del Gobierno con el Congreso”, de ahí que por esta atribución se faculte a las Cámaras para pedir a los ~~Ministros~~ los informes que necesiten, bien para ejercer la función fiscalizadora de los actos de la administración, bien para el mejor conocimiento de los negocios para la expedición de las leyes que provean a las necesidades de la misma administración, de que los Ministros están más impuestos por su diario contacto con los asuntos del Estado y el manejo de ellos. La excepción que se

hace la explicaremos al tratar del ordinal 4º del artículo 71 y volveremos sobre ella al comentar el artículo 116.

7ª Como no sería posible que las Cámaras asistieran en corporación a toda clase de actos oficiales, dado su numeroso personal, se les permite hacerse representar por medio de comisiones, naturalmente en actos en que no necesiten funcionar con la mayoría reglamentaria de sus miembros. Se trata, más que todo, de actos de cortesía social, sin significación política propiamente dicha. Aun suelen las Cámaras designar para estas comisiones a personas extrañas a la corporación cuando los actos oficiales o festividades públicas de carácter patriótico han de tener lugar fuera de la capital.

9ª Es claro que estas resoluciones tienen que ser dentro de las facultades propias de las Cámaras, sin pretender por medio de ellas contrariar la Constitución o las leyes y sin que ellas obliguen más que a la Cámara misma. De esta clase de resoluciones, son, por ejemplo, las mociones de duelo por la desaparición de un servidor público o de un ciudadano eminente; las proposiciones de saludos a funcionarios o corporaciones; las de congratulación por sucesos faustos para el país; las de homenaje a la memoria de colombianos ilustres, o de conmemoración de hechos gloriosos de nuestra historia, etc.

104
ARTICULO 98. — Las sesiones de las Cámaras serán públicas, con las limitaciones a que haya lugar conforme a sus reglamentos. (Artículo 104 de la Constitución de 1886). *sesión pública 3 veces por semana la comisión "*

Las razones para que las sesiones de las Cámaras sean públicas, las expusimos al comentar el artículo 63, y sólo tenemos que agregar que la excepción se funda en la necesidad de que los tratados o convenios internacionales, las leyes sobre defensa nacional y aun ciertas medidas de carácter económico, o las actuaciones en la instrucción de sumarios, se discutan en sesiones privadas para no divulgar los secretos de Estado, o no perjudicar las investigaciones judiciales, o no hacer nugatorias las medidas propuestas. Pero la reserva en los debates no significa que la ley o la sentencia dictada no deba ser luego publicada.

105
ARTICULO 99. — Los individuos de una y otra Cámara representan a la Nación entera, y deberán votar consultando únicamente la justicia y el bien común. (Artículo 105 de la Constitución de 1886).

La primera parte de este artículo enseña que los individuos de una y otra Cámara representan a la Nación entera, lo que quiere decir que no son Senadores o Representantes sólo

del Departamento que los ha elegido, y es porque la formación de circunscripciones departamentales no responde a otro objeto que facilitar la comodidad de la elección, pues la Constitución muy bien habría podido hacer de toda la República una sola circunscripción electoral.

La segunda parte manda que los Senadores y Representantes voten consultando únicamente la justicia y el bien común, de manera que entre nosotros hay mandato representativo, pero nó mandato imperativo. Todos los compromisos adquiridos por los candidatos o las instrucciones recibidas del Departamento o del partido que los ha elegido, serían nulos y sin valor alguno, por ser contrarios a una prohibición constitucional.

No quiere esto decir que los Representantes en el ejercicio de sus funciones, no deban conformarse en cuanto sea posible, a la tendencia del elemento representado por ellos, pues como dice Duguit, "la identidad de tendencias es consecuencia lógica del hecho de reposar la representación sobre la solidaridad por similitud, que une a los dos grupos de tal suerte que, rompiéndose la solidaridad, desaparecería todo nexo y dejaría de haber hasta la menor correspondencia entre el grupo de representantes y el grupo de representados. Así aparece patente la falsedad de las doctrinas que, como la de M. Esmein, pretenden que no debe existir dependencia alguna del diputado respecto a sus electores".

La prohibición del mandato imperativo se ha fundado en la imposibilidad de los electores que han nombrado un representante para revocarlo antes de la expiración de sus funciones; pero, como dice M. Hauriou, esa imposibilidad ha desaparecido en ciertos países que han admitido la institución del *recall*; ella consiste en que, a petición de cierto número de electores, un personaje elegido es sometido a la reelección antes de la expiración normal de sus funciones, como en ciertos cantones de Suiza y ciertos Estados de la Unión Americana.

Principio exactamente igual al de la Constitución colombiana consagraron las Constituciones de la post-guerra, como puede verse por las siguientes transcripciones:

Alemania: Artículo 21. — Los Diputados representan al pueblo entero. No están sujetos más que a su conciencia y no están ligados por ningún mandato.

Austria: Artículo 56. — Los miembros del Consejo Nacional y del Consejo Federal no están ligados por mandato alguno en el desempeño de su cargo.

Grecia: Artículo 37. — Los Diputados no representan solamente a la circunscripción que los nombra, sino a toda la Nación.

Polonia: Artículo 20. — Los Diputados son los representantes de la Nación entera y no están ligados por ningún mandato imperativo.

Yugoeslavia: Artículo 74. — Cada Diputado representa a la Nación entera y no solamente a sus electores. Los electores no pueden dar, ni los Diputados aceptar ningún mandato imperativo.

ARTICULO 100⁶. — Los Senadores y los Representantes son inviolables por sus opiniones y votos en el ejercicio de su cargo. En el uso de la palabra sólo serán responsables ante la Cámara a que pertenezcan; podrán ser llamados al orden por el que presida la sesión y penados conforme al Reglamento por las faltas que cometan. (Artículo 106 de la Constitución de 1886).

Este artículo garantiza la inviolabilidad de los Senadores y Representantes, y el que le sigue, la inmunidad de los mismos, cosas que no deben confundirse.

“La inviolabilidad es una condición para que el Representante pueda obrar como tal, en función de órgano de la soberanía. La inmunidad tiene por objeto y fundamento impedir que se perturbe indebidamente la acción política y parlamentaria del Representante, con el pretexto o utilizando un procedimiento judicial. En Inglaterra, ni el privilegio de inviolabilidad —libertad de opinión en la Cámara— ni el de inmunidad —seguridad personal— se regulan expresamente. Se han interpretado y se aplican según las circunstancias del caso y en atención a los precedentes. En los Estados Unidos se afirman ambos privilegios; lo mismo pasa en Francia, en Alemania y en España. Según la Constitución alemana, ningún miembro del Reichstag o de un Landtag, podrá en ningún tiempo ser perseguido judicial ni disciplinariamente, ni de ningún otro modo, salvo por la Cámara, a causa de los votos que emita u opiniones que sustente en el ejercicio de su mandato. Además, ningún miembro del Reichstag o de un Landtag, podrá, sin consentimiento de su Cámara, ser perseguido ni detenido, durante el período de sesiones, con motivo de un hecho penalmente castigado, a menos que sea detenido *in fraganti*, o, a lo sumo, en el día siguiente. Igual consentimiento será necesario para cualquier otra restricción de la libertad personal que entorpezca el ejercicio del mandato parlamentario. El procedimiento criminal o cualquier otra restricción contra miembros del Reichstag o de un Landtag quedará en suspenso durante el período de sesiones a requerimiento de la Cámara respectiva” (1).

La inviolabilidad de los miembros de las Cámaras se basa, principalmente, en que no hay en el Estado un poder superior ante el cual pueda deducírseles responsabilidades. El pueblo viene a ser el único juez de los Senadores y Representantes,

(1) Posada, obra citada, tomo II, página 495.

pero aun en Estados como Alemania, en donde el pueblo ha sido organizado "en poder público", la única sanción que puede imponérseles a los miembros del parlamento es la no renovación del mandato representativo. En otros Estados puede apelarse al *recall* de que hablamos en el artículo anterior.

En Colombia, al mandar la Constitución que los miembros de las Cámaras voten consultando únicamente la justicia y el bien común, tales cuales se los dicta su conciencia, es claro que no pueden ser responsables ante nadie.

La Constitución checoeslovaca estatuye:

Los miembros de la Asamblea Nacional no pueden en ningún caso ser perseguidos por sus votos en la Cámara y en las Comisiones. Por lo que se refiere a opiniones emitidas en el ejercicio de sus funciones, están solamente sometidos a las medidas disciplinarias de la Cámara respectiva. (Artículo 23).

Y la yugoeslava:

En ningún caso y por nadie puede hacerse responsable a un Diputado de votos emitidos como miembro de la Asamblea Nacional. Los Diputados no son responsables más que ante la Asamblea Nacional y conforme a las prescripciones de su reglamento, de cualesquiera declaraciones y actos que hayan realizado, ya en las sesiones de la Asamblea Nacional o en sus comisiones, o bien, en una delegación o misión especial de que hubiesen sido encargados por la Asamblea. (Artículo 87).

El artículo 38 de la Ley 51 de 1898, sobre prensa, dispone que no podrá entablarse acción por delitos de prensa con motivo de la publicación de discursos pronunciados en las Cámaras legislativas, o de informes presentados a ellas por sus miembros. Se trata de evitar a los miembros del Congreso las acusaciones por difamación, que les cohibirían para hacer revelaciones en interés general del país.

La inviolabilidad no cobija sino las opiniones y votos emitidos en el ejercicio del cargo, esto es, al tomar parte en las sesiones o en los trabajos de las comisiones, con informes o discursos, pues fuera de lo que es estrictamente función parlamentaria, los Senadores y Representantes caen bajo el derecho común, como sería el caso de que aquéllos hablaran en una reunión pública o escribieran en un diario, aunque el discurso fuera pronunciado y el escrito publicado en su carácter de Senadores o Representantes.

En cuanto a las penas que conforme a los reglamentos, pueden imponerse a los Senadores o Representantes que falten al respeto debido a las Cámaras, o que ultrajen a alguno de sus miembros, ellas no son sino la declaración de haber faltado al orden o la reprensión oral.

En otros países, como en la Gran Bretaña, puede imponerse a los miembros del parlamento penas más severas, como son la privación del uso de la palabra por determinado tiempo o la expulsión temporal o definitiva de las Cámaras.

ARTICULO 101. — Ningún miembro del Congreso podrá ser aprehendido ni llamado a juicio criminal sin permiso de la Cámara a que pertenezca, durante el período de las sesiones, cuarenta días antes y veinte días después de éstas. En caso de flagrante delito, podrá ser detenido el delincuente y será puesto inmediatamente a disposición de la Cámara respectiva. (Artículo 26 del Acto legislativo número 1º de 1936).

La reforma introducida en 1936 consiste únicamente en suprimir el *juicio civil* y dejar la inmunidad sólo para el llamamiento a *juicio criminal*. Se expusieron como razones para hacer esta reforma, los graves abusos a que la inmunidad en materia civil se había prestado por parte de individuos inescrupulosos en el cumplimiento de sus obligaciones civiles, con mengua de la dignidad del cargo de miembros del Congreso, y que el nuevo Código de procedimiento civil había abolido el arraigo judicial, —una razón más para que dicho arraigo hubiera sido suprimido de la Constitución, como lo expusimos al comentar el artículo 19.

Esta disposición consagra la inmunidad de los miembros de las Cámaras de que hablamos en el artículo anterior.

La inmunidad no está establecida en el interés particular de los Senadores y Representantes sino en el del Estado y por consiguiente, no es lícito a los miembros de las Cámaras renunciarla, pues su objeto es garantizarles la seguridad personal a fin de que puedan concurrir al parlamento y ejercer libremente sus funciones.

Puede sí, ocurrir que un Senador o Representante cometa un delito común. Como la Constitución no debe amparar la impunidad, faculta a la Cámara respectiva para que permita la aprehensión o llamamiento a juicio del responsable. Si éste es sorprendido en flagrante delito, puede ser detenido e inmediatamente puesto a disposición de la Cámara. Mas si ésta ha entrado en receso, no puede cumplirse la última condición, y creemos que el responsable deberá continuar detenido.

Para subsanar este inconveniente se ha pensado que podría introducirse una reforma que dispusiera que el responsable fuera puesto a disposición de la Comisión de la mesa, para lo cual se le darían a ésta funciones permanentes.

La Constitución de los Estados Unidos dispone que los Senadores y Representantes, excepto en los casos de traición, delito grave y atentado contra la paz, gozarán del privilegio de no

ser arrestados durante el período de las sesiones a que asistieren, o en su viaje de ida o vuelta (artículo 1º, sección 6ª).

La inmunidad principia cuarenta días antes del período de las sesiones, tiempo que se fijó por las dificultades que existían para la locomoción; obviadas éstas, es ese ya un tiempo excesivo. En otros países no existe inmunidad para un tiempo anterior o posterior a las sesiones. La inmunidad por veinte días después de las sesiones no existía bajo la Constitución de 1886, y la reforma tuvo por objeto el evitar que se les impidiera a los Senadores o Representantes regresar a sus domicilios.

La inmunidad cobija a los principales desde cuarenta días antes de las sesiones, aunque no se hayan posesionado del cargo, y a los suplentes sólo desde que el principal se excusa y son llamados a ocupar el puesto; en caso de excusa, cesa la inmunidad del principal, y hay que entender también que los suplentes gozan de inmunidad cuando están ocupando el puesto por no haberse presentado el principal a ocuparlo.

Esta tesis nuestra fue acogida por el Ministro de Gobierno en resolución de 4 de septiembre de 1936, a la cual pertenece el siguiente concepto:

“La simple elección no es suficiente para que el elegido se considere inmune; no es posible interpretar en tal forma un mandato que claramente habla de “miembros del Congreso”, porque ello equivaldría a aceptar que desde el momento mismo de la elección gozarían de la inmunidad tanto el principal como los respectivos suplentes que también fueron elegidos. No se puede olvidar que la inmunidad parlamentaria, como una excepción que es al principio de la igualdad ante la ley, no puede aplicarse extensivamente, transgrediendo los linderos precisos y estrictos del mandato constitucional”.

Pretender que los principales que se han excusado y que los suplentes que no tienen derecho a ocupar el cargo por estar actuando el principal, se encuentran cobijados por la inmunidad, es excesivo. Con el número actual de miembros del Congreso, la inmunidad vendría a favorecer a quinientos sesenta y un individuos, por un lapso de doscientos diez días en cada año, sin que la independencia del Órgano Legislativo —que es la razón de ser de la inmunidad— gane en lo más mínimo, sino que antes bien, se comprometa la respetabilidad del Congreso, haciendo que, so capa de miembros de él, actúen fuera de la capital individuos sustraídos a la acción de la justicia.

El doctor Gnecco Mozo pregunta si es el caso de decretar la libertad y suspender el juzgamiento de un individuo que es-

tando en prisión es elegido Senador o Representante. Creemos que si se trata de una mera detención preventiva, o de un arresto, o de la retención a que se refiere el artículo 24 de la Codificación, el Senador o Representante electo debe ser puesto en libertad y su causa criminal suspendida.

En relación con la inmunidad de los miembros del Congreso, el nuevo Código de Procedimiento Penal trae las siguientes disposiciones:

Artículo 18. — En los procesos en que fuere sindicado algún miembro del Congreso, mientras subsista la inmunidad reconocida por la Constitución Nacional, el funcionario de instrucción o el juez de la causa pedirá a la Cámara correspondiente que se suspenda la inmunidad para detenerlo o llamarlo a juicio.

En el caso de flagrante delito, podrá ser detenido el delincuente, será puesto inmediatamente a disposición de la Cámara respectiva y, en la misma providencia, se pedirá la suspensión de la inmunidad de que trata el inciso anterior.

Artículo 19. — Si la Cámara de Representantes o el Senado se niega a levantar la inmunidad, el funcionario de instrucción o el juez de la causa continuará la investigación, y ordenará poner en libertad al sindicado mientras aquélla subsista.

108
ARTICULO 102. — El Presidente de la República, los Ministros del Despacho, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el Procurador General de la Nación y los Gobernadores no podrán ser elegidos miembros del Congreso sino tres meses después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones.

*Consejeros de
Cautela
del. el pto. de
Sindicado*

Tampoco podrá ser Senador o Representante ningún individuo por Departamento o Circunscripción electoral donde tres meses antes de las elecciones haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar. (Artículo 22 del Acto legislativo número 3 de 1910).

La reforma de 1910 consistió en reducir a tres meses el lapso de seis señalado en la Constitución de 1886 para la inelegibilidad de los funcionarios que menciona el inciso 1º y suprimir los Consejeros de Estado, porque a la sazón esta entidad había sido eliminada. Mas como después fue restablecida, la ley orgánica del Consejo, o sea la 60 de 1914, en su artículo 16 dispuso que los Consejeros no podían ser elegidos miembros del Congreso sino tres meses después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones. La reducción a tres meses se basó en la consideración de que, después de este lapso, es de suponer que hayan desaparecido los motivos de la prohibición que no son otros que el temor de que los empleados que ejercen jurisdicción o autoridad, pongan las influencias oficiales o las fuerzas morales o materiales del poder al servicio de sus candidaturas, ejerciendo así cierta presión o aun coacción sobre el cuerpo

electoral. Creemos que la inelegibilidad comprende al Designado que presida el Consejo.

Estos motivos no obran respecto de los Gobernadores cuando se trata de un Departamento en donde no ejercen autoridad; pero se hizo extensiva a ellos la inelegibilidad para impedir que se hicieran elegir en unos Departamentos los Gobernadores de otros, mediante canjes de candidaturas.

M. Hauriou expone otra razón para la inelegibilidad, y es la de que conviene que el personal del servicio civil permanezca alejado de la política, la que está necesariamente mezclada a las funciones electorales, y que, tratándose de los militares, tiene por objeto descartar la política del ejército.

¿Cuáles son los funcionarios que no son elegibles por ejercer jurisdicción o autoridad? Los artículos 214 a 220 del Código de Elecciones (Ley 85 de 1916) determinan quiénes no pueden ser elegidos Senadores o Representantes al Congreso o Diputados a las Asambleas Departamentales.

Conforme a dichos artículos, no pueden ser elegidos senadores, Representantes o Diputados a las Asambleas por ningún Departamento, los individuos que el día de las votaciones desempeñen, o hubieren desempeñado en los tres meses anteriores a éstas, los empleos de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Magistrado de la Corte Suprema, Consejero de Estado, Gobernador, Procurador General de la Nación o Jefe de Ejército con mando militar en toda la República. Tampoco pueden ser elegidos Senadores, Representantes o Diputados por circunscripción electoral en cuyo territorio ejerzan o hayan ejercido sus funciones, los individuos que el día de las votaciones desempeñen, o hubieren desempeñado en los tres meses anteriores a éstas, los empleos de Secretario de la Gobernación, Magistrado o Fiscal de Tribunal Superior de Distrito Judicial, Magistrado de Tribunal Administrativo, Juez o Fiscal de Juzgado Superior o Jefe de Ejército con mando en dicha circunscripción, sea que las funciones de tales empleados se extiendan a toda ella o a una parte solamente.

No pueden ser elegidos Diputados los individuos que, el día de las votaciones o en los tres meses anteriores a ellas, ejercieren las funciones de Juez de Circuito o cualquier otro empleo nacional o departamental con jurisdicción ordinaria, militar o coactiva.

El Ministro de Gobierno por Resolución número 10 de 1935 consideró que los jueces municipales están comprendidos en esta prohibición.

El Consejo de Estado ha establecido que la enumeración hecha en el Código de Elecciones no es taxativa, pues de serlo,

sería inconstitucional, ya que el artículo 102 comprende cualquier empleo con jurisdicción, y así ha anulado elecciones para miembros del Congreso hechas en Alcaldes, Directores de Higiene, Tesoreros, etc.

Se ha discutido qué se entiende por *jurisdicción* para los efectos de la inelegibilidad de que tratan las disposiciones referidas. El artículo 139 del antiguo Código de Organización Judicial decía que por jurisdicción se entendía la facultad de administrar justicia, que correspondía únicamente al órgano judicial. Según el Diccionario de la Real Academia Española, *jurisdicción* es "poder o autoridad que tiene uno para gobernar y poner en ejecución las leyes".

La más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado ha aceptado la palabra jurisdicción en el sentido amplio que le da el diccionario.

11
ARTICULO 103. — No pueden ser elegidos miembros del Congreso los ciudadanos que a tiempo de la elección, o dentro de los seis meses anteriores a ella, estén interviniendo o hayan intervenido en la gestión de negocios con el Gobierno, en su propio interés o en interés de terceros distintos de las entidades o instituciones oficiales.

La ley determinará la clase de negocios a que sea aplicable esta disposición y la prueba especial para demostrar el hecho. (Artículo 30 del Acto legislativo número 1º de 1936).

Este artículo es una novedad en nuestro Derecho Público. Tiene su origen histórico en el debate que en la legislatura de 1936 se provocó con motivo de la negociaciones con la fábrica de armamentos Skoda, en que había intervenido algún Senador.

La reforma constitucional colombiana ha sido reproducida en Chile al establecer que no pueden ser elegidos Senadores ni Diputados los individuos que tienen contratos con el Estado o son fiadores de estos contratos, ni los Gerentes o Administradores de Sociedades que hayan celebrado contratos con el Estado o afianzado los mismos (artículo 28).

Se dejó a la ley señalar la clase de negocios a que la disposición fuera aplicable, por cuanto en el debate se había sugerido que la prohibición se limitara a la gestión de negocios que interesaran a empresas o personas extranjeras.

Hace el artículo una excepción en favor de los que gestionan en interés de las entidades o instituciones oficiales.

El doctor Gnecco Mozo encuentra muy bien esta excepción para que los Representantes y Senadores puedan hacer gestiones en favor de los Departamentos que los han elegido. En lo cual hay un grave error: la prohibición impuesta a los miem-

bros del Congreso para gestionar negocios ante el Gobierno, establecida por el artículo 105 de la Codificación, no ha sido modificada, ni podía serlo. El artículo 103 se refiere únicamente a gestiones en favor de las entidades oficiales hechas *dentro de los seis meses anteriores a la elección*, lo que lejos de implicar modificación de lo dispuesto en el artículo 105, viene a ratificarlo. Y la razón es que se restaría libertad a los Ministros para resolver los asuntos de su competencia desde el momento mismo en que la influencia decisiva y obligante de los Senadores y Representantes interviniera en la decisión de los negocios a cargo de aquéllos.

ARTICULO 104⁹ — El Presidente de la República no puede conferir empleo a los Senadores y Representantes durante el período de las funciones de éstos, cuando hubieren ejercido el cargo, con excepción de los de Ministro del Despacho, Gobernador, Agente Diplomático y Jefe Militar en tiempo de guerra.

La infracción de este precepto vicia de nulidad el nombramiento.

La aceptación de cualquiera de aquellos empleos por un miembro del Congreso, produce vacante transitoria por el tiempo en que desempeñe el cargo (Artículo 31 del Acto legislativo número 1º de 1936).

La incompatibilidad que esta disposición establece, tiene por objeto asegurar la independencia de los miembros del Congreso respecto del Gobierno. El Senador o Representante que es al mismo tiempo empleado nacional, se halla en situación embarazosa para ejercer sus funciones legislativas con independencia; fuera de que el Poder Ejecutivo tendría en sus manos un medio de conquistar votos en las Cámaras con la oferta de empleos a sus miembros.

El artículo prohíbe al Presidente de la República conferirle empleos a los Senadores o Representantes. En otros países se prohíbe que aquéllos puedan ejercer empleos retribuidos con fondos del Estado. Como en Colombia la prohibición sólo se refiere a empleos provistos por el Presidente de la República, resulta que los Senadores o Representantes pueden desempeñar empleos nacionales cuando no son provistos por aquél, sino por agentes suyos, lo que no deja de ser una irregularidad.

La Constitución de 1886 prohibía al Presidente conferirle empleo a los Senadores o Representantes durante el período de las funciones para que habían sido elegidos; la reforma limita la prohibición a los que hayan ejercido el cargo durante el período de sus funciones; de manera que, mientras el Senador o Representante no haya tomado posesión, puede el Gobierno conferirle cualquier empleo, cosa muy inconveniente, porque es otro medio de coartar la libertad de las Cámaras, impidiendo que determinados miembros suyos ocupen sus curules mediante

la concesión de empleos remunerados; y, aunque el artículo no lo expresa, hay que entender que la prohibición no comprende los empleos honoríficos.

La sanción para la infracción es la de nulidad del nombramiento, pues si fuera la de vacancia del puesto, sería un incentivo más para que el Gobierno violara la prohibición cuando tuviera interés en deshacerse de un posible elemento hostil en las Cámaras.

Hace la Constitución, sin embargo, algunas excepciones: 1º El Gobierno puede nombrar Ministros del Despacho a los Senadores o Representantes sin que se produzca vacancia absoluta sino transitoria, durante el tiempo en que estén desempeñando el empleo. Esta excepción se funda no sólo en la presunción de que en las Cámaras suelen encontrarse los hombres públicos más capaces de desempeñar un Ministerio, sino en la conveniencia de nombrar Ministros del seno del Congreso para estrechar más la armonía entre los dos poderes. En Inglaterra no se acostumbra nombrar Ministros sino del seno del parlamento. 2º Por la misma presunción de capacidad y por no tener la Nación abundancia de buenos administradores, permite la Constitución que los miembros de las Cámaras puedan ser nombrados agentes diplomáticos, Gobernadores y Jefes militares en tiempo de guerra; pero en estos tres casos la aceptación del empleo produce vacancia transitoria en la respectiva Cámara.

La prohibición comprende a los suplentes de los Senadores y Representantes que hayan ejercido el cargo. La Corte Suprema de Justicia por sentencia de 7 de noviembre de 1914, declaró inexecutable el artículo 22 de la Ley 71 de 1916 que disponía que no comprendía a los suplentes que hubieran ejercido transitoriamente el cargo, a menos que por la separación definitiva de los principales entraran a llenar la vacante.

El artículo 17 de la Ley 88 de 1925, dice:

La prohibición de que habla el artículo 23 del Acto legislativo número 3 de 1910, se extiende también al Contralor General en cuanto a los nombramientos que a este funcionario corresponde hacer. (Dicho artículo 23 fue sustituido por el 104 comentado).

La Ley 41 de 1892 dice que la representación nacional que ejercen los Senadores y Representantes, no es un empleo, sino un derecho que se rige por las disposiciones especiales que a él expresamente se refieren, y que no se extingue sino por muerte, por pérdida de los derechos políticos o por renunciación expresa; que el Senador o Representante puede tomar posesión de su puesto en la respectiva Cámara en cualquier tiempo, y mientras no la haya tomado no le comprenden las incompatibi-

lidades a que están sujetos los ya posesionados, y que el que haya sino elegido miembro del Congreso simultáneamente por más de una circunscripción o departamento, tomará puesto en cada una de las legislaturas a que tenga derecho de concurrir, presentando la credencial que le convenga; pero que en una misma legislatura no podrá funcionar sino con un solo carácter, como Senador o Representante por determinada circunscripción (prohibición que ha sido frecuentemente violada).

ARTICULO 105. — Los Senadores y Representantes no pueden hacer por sí, ni por interpuesta persona, contrato alguno con la Administración, ni admitir de nadie poder para gestionar negocios que tengan relación con el Gobierno de Colombia. (Artículo 110 de la Constitución de 1886).

Representando los miembros del Congreso a la Nación, es natural que se les prohíba celebrar contratos con la Nación misma, no sólo porque esto sería incorrecto sino porque los contratos serían medio de que podría servirse el Gobierno para menoscabar la independencia de los Senadores o Representantes y atraerlos a su causa.

En cuanto a la prohibición de aceptar poderes para gestionar negocios que tengan relación con el Gobierno, se funda en que sería inmoral que los Senadores o Representantes pusieran sus influencias oficiales al servicio de los intereses particulares de sus poderdantes, con perjuicio muchas veces de los intereses nacionales, aparte de que coartarían la libertad del Gobierno para resolver la correspondiente gestión administrativa por el temor de que una decisión desfavorable le atrajera la mala voluntad del Senador o Representante apoderado de la parte contraria a la Nación, y de que sería desde todo punto de vista inaceptable que un Representante de la Nación gestionara negocios administrativos contra ella.

No obstante, se ha introducido la corruptela de que los Senadores y Representantes hagan gestiones en nombre de los Departamentos que los han elegido o aún de particulares, ante los Ministerios, sin poderes en legal forma, pero como agentes oficiosos, poniendo al servicio de estos intereses la investidura que la Nación les ha dado para representar los suyos. La ley debería poner remedio a los perjuicios que de allí resultan.

La Constitución chilena dispone que cesará en el cargo de Diputado o Senador "el que actuare como abogado o mandatario en cualquier clase de juicios pendientes contra el Fisco, o como procurador o agente en gestiones particulares de carácter administrativo" (artículo 31).

¹¹²
ARTICULO 106. — Ningún aumento de dietas ni de viáticos decretado por el Congreso, se hará efectivo sino después que hayan cesado en sus funciones los miembros de la legislatura en que hubiere sido votado. (Artículo 112 de la Constitución de 1886).

Esta prohibición tiene por objeto impedir que los miembros del Congreso se aumenten sus propios emolumentos con detrimento del Tesoro público, y si invocan que la justicia exige mayores dotaciones por ser insuficientes las establecidas, la Constitución les permite decretar el aumento, pero no para sí mismos sino para quienes hayan de sucederles. Esto quiere decir que la ley que decreta un aumento de dietas o de viáticos, rige respecto de los Representantes al terminar su período de dos años, y respecto de los Senadores, al terminar el suyo de cuatro, de modo que habrá uno o dos años en que las dietas y viáticos de los Senadores y Representantes serán distintos.

La Corte Suprema declaró inexecutable la Ley 3ª de 1933 que votó gastos de representación para los miembros de las Cámaras, por cuanto aquéllos implicaban un aumento de dietas.

Hace falta en el Código de Régimen Político y Municipal una prohibición análoga a la del artículo 106 comentado, en relación con el aumento de las dietas de los Diputados a las Asambleas departamentales.

Se han discutido las ventajas y los inconvenientes de la llamada indemnización parlamentaria, pero en la mayor parte de los países se ha optado por fijarles remuneración a los miembros del parlamento. A medida que los regímenes políticos se han hecho más democráticos y que las sesiones se han hecho más largas y más recargadas de trabajo, ha venido a ser más notoria la necesidad de subvenir a los gastos de los miembros de las Cámaras so pena de que a ellas sólo puedan concurrir los hombres de dinero o de que aquéllos trafiquen con sus influencias o no cumplan con sus deberes parlamentarios por atender a sus negocios particulares. Sin embargo los enemigos de la indemnización parlamentaria replican que, suprimida ésta, quedarán descartados los políticos profesionales, que hacen de la política un verdadero oficio, y los intrigantes y demagogos, y que así se obtendrá una mejor selección de personal.

ARTICULO 107. — En caso de falta de un miembro del Congreso, sea temporal o absoluta, le subrogará el respectivo suplente. (Artículo 24 del Acto legislativo número 3 de 1910).

Munier

Este artículo subrogó al 113 de la Constitución de 1886, y la reforma consistió en cambiar el adjetivo *accidental* por *temporal*, porque no sería admisible que en el momento en que no

estuviera presente un principal por cualquier motivo, pudiera entrar el suplente a reemplazarlo. Esto se prestaría a verdaderos asaltos para formar mayoría *ad hoc* en un momento dado.

Las faltas absolutas provienen o de muerte, o de renuncia aceptada o de pérdida de los derechos políticos, o inhabilitación para ejercer empleo o cargo público.

Si faltan el principal y los suplentes, aunque la falta sea absoluta, no se procede a nueva elección, sino que el puesto queda vacante por el resto del período, cosa que no sucede en otros países, en donde, no existiendo la institución de los suplentes, cuando falta un principal se procede a elegir al individuo que deba reemplazarlo.

La enmienda XVII de la Constitución de los Estados Unidos prevé que cuando en el Senado ocurriere vacantes, la autoridad ejecutiva del respectivo Estado convocará a elecciones para llenar dichas vacantes, y que la legislatura de cualquier Estado podrá autorizar al Ejecutivo del mismo para nombrar senadores interinos hasta que por elección popular se llenen las vacantes.

Conforme al artículo 89 del Código de Elecciones, cuando por sentencia ejecutoriada se declare nula la elección de la mitad o más de los representantes correspondientes a una circunscripción electoral, y en el caso de que, por faltas absolutas de principales y suplentes los representantes por las mismas queden reducidos a la mitad o menos del número correspondiente, el Gobierno llamará a elección en la respectiva circunscripción, para llenar la plaza o plazas vacantes.

El artículo 66 del mismo Código establece que en caso de falta absoluta de uno o más senadores principales y de todos sus suplentes, el Poder Ejecutivo convocará a los respectivos Consejos Electorales para que hagan la elección de los senadores principales y suplentes que deban reemplazar a los que faltaren; pero que no habrá lugar a esta elección cuando hayan principiado las sesiones del Congreso en el último año del período de los senadores. No consideramos que por haberse atribuido posteriormente a las Asambleas Departamentales la elección de los senadores, en lugar de los Consejos Electorales, pueda considerarse que esta disposición está tácitamente derogada.

ARTICULO 108. — La remuneración de los ¹¹³ *miembros del Congreso* ~~Congresistas~~ será ~~anual~~ fijada y reglamentada por la ley. (Artículo 27 del Acto legislativo número 1º de 1936).

El Ministro de Gobierno en la exposición de motivos de este proyecto decía:

“El sueldo anual es más justo, porque la función del parla-

mento no es un contrato de trabajo entre la Nación y unos ciudadanos para que vengan a expedir leyes y ejerciten determinado esfuerzo para hacerlas, sino una compensación que se les ofrece como *indemnización* —y así se llama en otros países— por todo el género de negocios que dejan de desarrollar (y que se suponen muy importantes en quienes merecen el honor de ser designados como padres de la patria), ya por disposición legal, o por incompatibilidad. Es lógico y natural que tengan sueldo anual que los libre de muchas contingencias. Ya que tienen la inmunidad legal, hay que inmunizarlos económicamente para que tengan verdaderas independencia y libertad. Indudablemente se irá creando una casta política más especializada, más técnica, más capaz; ya no tendrán que ser los que vengan aquí, parlamentarios improvisados, sino que podrán dedicarse a determinados estudios durante el tiempo de vacaciones, tiempo que en otra forma tendrían que dedicar a ganarse la vida”.

El Congreso de 1936 fijó en \$ 6.000 la remuneración anual de los *congresistas* (palabra que por primera vez apareció en nuestra legislación), pagaderos por mensualidades de \$ 500, lo que significa que Colombia es uno de los Estados en donde el parlamento está mejor remunerado.

Repetidas veces se han presentado a las Cámaras proyectos de Actos legislativos encaminados a derogar el artículo 108 de la Codificación, exponiendo como motivos: que la remuneración anual ha convertido la representación parlamentaria en una casta burocrática y que el aliciente del alto sueldo ha hecho que los más competentes hombres de Estado sean desalojados por sujetos sin preparación, que sólo buscan el puesto por la cuantiosa remuneración asignada, es decir, que los resultados han sido enteramente contrarios a los que supuso el Ministro de Gobierno en los párrafos preinsertos. Otra razón hay para justificar la derogación del artículo, y es que él fue dictado cuando existían las dos reuniones ordinarias en el año, por un lapso de siete meses, entre los cuales mediaba un espacio tan corto de tiempo que no era posible que ningún miembro del Congreso pudiera dedicarse a trabajos particulares con qué atender a su congrua subsistencia.

Las Constituciones de otros países, en relación con la remuneración de los miembros del Congreso traen disposiciones que conviene consignar aquí:

Cuba: Artículo 52. — Los Senadores y Representantes recibirán del Estado una dotación igual para ambos cargos, y cuya cuantía podrá ser alterada en todo tiempo, pero no surtirá efecto la alteración hasta que sean renovados los cuerpos colegisladores.

Chile: Artículo 44. — Sólo en virtud de una Ley se puede:

6º Fijar la remuneración de que gozarán los Diputados y Senadores. Durante un período legislativo no podrá modificarse la remuneración sino para que produzca efectos en el período siguiente;

8º (transitorio). Fijase en dos mil pesos mensuales la dieta de que gozarán los Diputados y Senadores mientras se dicta la Ley respectiva. De esta suma se deducirá mensualmente la cantidad de cincuenta pesos por cada sesión de Cámara o de Comisión que no se celebre o que se levantara por inasistencia del Diputado o Senador, salvo el caso en que funcionaren dos o más comisiones al mismo tiempo y que hubiere concurrido a una de ellas.

(Las sumas expresadas son en papel moneda).

México: Artículo 64. Los Diputados y Senadores que no concurran a una sesión sin causa justificada o sin permiso de la Cámara respectiva, no tendrán derecho a la dieta correspondiente al día en que falten.

En Francia, la Ley de 23 de noviembre de 1906 fijó en 15.000 francos la remuneración de los Senadores y Diputados, por año, y la legislación establece que ellos no pueden renunciar a la indemnización parlamentaria.

En la Gran Bretaña, sólo los miembros de la Cámara de los Comunes tienen derecho a indemnización, pero no los de la Cámara de los Lores. En los Estados monárquicos, donde el Senado es hereditario, los Senadores no devengan remuneración ninguna. Tampoco la devengaban los Diputados a las Cortes Españolas hasta la promulgación de la Constitución republicana de 1931.

TITULO XI

Del Presidente de la República y de los Designados

SUMARIO — I. Elección del Presidente. — II. Condiciones para ser Presidente de la República. Juramento de posesión. — III. Atribuciones del Presidente: a) en relación con el Organo Legislativo; b) con el judicial; c) como autoridad suprema administrativa. Sus facultades en tiempo de guerra. — IV. Responsabilidad del Presidente. — V. Modo de llenar sus faltas. — VI. De los Designados.

¹¹⁴
ARTICULO ~~109~~. — El Presidente de la República será elegido en un mismo día por el voto directo de los ciudadanos ~~que tienen derecho a sufragar para Representantes~~, y para un periodo de cuatro años, en la forma que determine la ley. (Artículo 25 del Acto legislativo número 3 de 1910).

El artículo 114 de la Constitución de 1886 estatúa:

El Presidente de la República será elegido por las Asambleas Electorales, en un mismo día, y en la forma que determine la ley, para un periodo de seis años.

Este artículo fue derogado por el Acto legislativo número 8 de 1905 y subrogado por el 25 del Acto legislativo número 3 de 1910.

La reforma de 1905 había dejado a la ley la determinación de la forma en que debía ser elegido el Presidente de la República. La reforma de 1910 dispuso que la elección se hiciera por el voto directo, cuando antes era indirecto, y que el periodo fuera de cuatro años en vez de seis. La elección en esta forma tiene carácter plebiscitario.

Se ha discutido si la elección del Presidente de la República debe hacerse por el Congreso o por el pueblo.

Las Constituciones de 1821 a 1843 establecían que el Presidente de la República sería elegido por voto indirecto, mediante Asambleas electorales, como lo disponía la Constitución de 1886; las de 1853 y 1858, que por el voto directo, y la de 1863, por el voto de los Estados Soberanos, teniendo un voto cada Estado.

La elección por el Congreso adolece, entre otros defectos, de que convierte al Presidente de la República en simple agente del Congreso, como ha sucedido en Francia, y de que se presta a elegir para ese cargo a individuos que no representan la opinión de la Nación, mediante combinaciones parlamentarias, no siempre escrupulosas.

En Francia, como hemos dicho, es elegido por los votos de los miembros de las dos Cámaras, reunidas en Asamblea nacional, en el Palacio de Versalles.

En la República española se adoptó un sistema mixto: el Presidente era elegido conjuntamente por las Cortes y por un número de compromisarios igual al de diputados, elegidos por sufragio universal.

En Alemania, conforme a la Constitución de Weimar, el Presidente era elegido por el voto directo como en Colombia. En los Estados Unidos, lo es por el voto indirecto, pero con la circunstancia de que los electores tienen forzosamente que votar por el candidato del partido que los ha elegido.

El sistema de la elección directa nos parece el más acertado, porque en la indirecta o los electores han de votar conforme al candidato impuesto por quienes los han elegido, y en este caso la elección de electores carece de objeto, o votan sin sujeción a ello, y en este caso no interpretan la opinión que los ha elegido y violan los principios de la democracia.

En cuanto al período del Presidente, se redujo a cuatro años, porque la experiencia demostró que el de seis era excesivo en Colombia (1).

En Alemania, Checoeslovaquia, Francia y Polonia, el Presidente era elegido para períodos de siete años. En España, el período era de seis años. En los Estados Unidos, Austria y Turquía, de cuatro años. También de cuatro años es el período en México y demás Estados hispanoamericanos, con excepción de la Argentina y Chile, en donde el período se ha fijado en seis años.

En Colombia el período de cuatro años ha sido el más común: fue el que rigió bajo las Constituciones de 1821, 1832, 1843, 1853 y 1858; la Constitución de 1830 lo fijó en ocho años; la de 1863, en dos, y la de 1886, en seis; la reforma de 1910, en cuatro, que nos parece el período más aconsejable.

Ninguna de nuestras Constituciones ha permitido la reelección para el período inmediato, si bien el artículo 127 de la de

(1) Durante la vigencia del artículo 114 de la Constitución de 1886, sólo el gobierno de don Miguel Antonio Caro duró seis años, pero ocurriendo en mitad del período la guerra civil de 1895.

1886 daba campo a la reelección, mediante la separación del Presidente con dieciocho meses de anticipación.

¹¹⁵
ARTICULO 110. — Para ser Presidente de la República se requieren las mismas calidades que para ser Senador. (Artículo 115 de la Constitución de 1886).

Creemos que estas calidades deben llenarlas también los Designados. Ya al tratar del artículo 87 expusimos el concepto que nos merecen los requisitos exigidos para ser Senador.

La Constitución de 1821 exigió para ser Presidente la edad de treinta años; las de 1832 y 1843, exigieron treinta y cinco años; la de 1830, cuarenta años; las de 1853, 1858 y 1863, exigieron veintiún años, y la de 1886, treinta años; todas han exigido ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía.

La Constitución de la República española exigía ser ciudadano español, mayor de cuarenta años y en pleno goce de los derechos civiles y políticos; la francesa no exigía condiciones especiales para ser Presidente de la República; la de los Estados Unidos, exige haber cumplido treinta y cinco años de edad y haber residido en el país durante 14 años por lo menos.

¹¹⁶
ARTICULO 111. — El Presidente de la República electo toma posesión de su destino ante el Presidente del Congreso, y prestará juramento en estos términos: "Juro a Dios cumplir fielmente la Constitución y leyes de Colombia". (Artículo 116 de la Constitución de 1886).

El artículo está mal redactado, pues no es verdad que el Presidente de la República tome posesión ante el Presidente del Congreso, sino ante el Congreso, como así lo dice expresamente el artículo 9º del Acto legislativo número 3 de 1910, que sustituyó al artículo 74 de la Constitución. Lo que la disposición quiso decir fue que el Presidente del Congreso recibiría al Presidente de la República electo el juramento según la fórmula allí consagrada.

En el Congreso de 1936 se propuso, aunque sin éxito, derogar este artículo para dejar a la ley la fórmula de la posesión, mas prevaleció el temor de que con la derogación se hiriera el sentimiento religioso de la nación.

¹¹⁷
ARTICULO 112. — Si por cualquier motivo el Presidente no pudiese tomar posesión ante el Presidente del Congreso, lo verificará ante el Presidente de la Corte Suprema y, en defecto de ésta, ante dos testigos. (Artículo 117 de la Constitución de 1886).

Cabe respecto de este artículo la misma observación hecha al anterior: si el Presidente de la República no puede, por cualquier causa, tomar posesión ante el Congreso reunido en un

solo cuerpo (el Presidente del Congreso no podría individualmente darle tal posesión), lo verificará ante la Corte Suprema, reunida en acuerdo (y nó ante su Presidente solo), y en defecto de ésta (no dice el artículo que en defecto de éste), ante dos testigos.

El individuo que ha de encargarse del Poder Ejecutivo, debe tomar posesión ante el Congreso, pero puede suceder que esto no sea posible, o porque el Congreso se niegue a reunirse en un solo cuerpo para darle posesión (como le sucedió en 1898 al Presidente Sanclemente), o porque no esté reunido, como podría ser el caso cuando el Presidente se separa por enfermedad o cuando ocurre la muerte de éste y debe encargarse el Designado, o cuando en cualquiera de estos dos eventos el Designado hubiere de posesionarse y se hallare ausente de la capital.

Si el Presidente no puede posesionarse ante el Congreso, debe hacerlo ante la Corte Suprema. Pero puede suceder que tampoco pueda posesionarse ante ésta, o porque la corporación se halle en vacaciones o porque el Designado esté fuéra de la capital, en estos casos puede tomar posesión ante dos testigos.

ARTICULO ¹¹⁸ ~~113~~. — Corresponde al Presidente de la República en relación con el ~~Poder Legislativo~~: **Empresario**:

- 1º Abrir y cerrar las sesiones ordinarias del Congreso.
- 2º Convocarlo a sesiones extraordinarias ~~por graves motivos de conveniencia pública y previo dictamen del Consejo de Estado.~~
- 3º Presentar al Congreso al principio de cada legislatura un mensaje sobre los actos de la administración.
- 4º Enviar por el mismo tiempo a la Cámara de Representantes el Presupuesto de rentas y gastos, ~~y la cuenta general del Presupuesto y del Tesoro.~~
- 5º Dar a las Cámaras legislativas los informes que soliciten sobre negocios que no demanden reserva.
- 6º Prestar eficaz apoyo a las Cámaras cuando ellas lo soliciten, poniendo a su disposición, si fuere necesario, la fuerza pública.
- 7º Concurrir a la formación de las leyes, presentando proyectos por medio de los Ministros, ejerciendo el derecho de objetar ~~los actos legislativos~~, y cumpliendo el deber de sancionarlos, con arreglo a esta Constitución.
- 8º Dictar en los casos y con las formalidades prescritas en el artículo ~~117~~, decretos que tengan fuerza legislativa. (Artículo 118 de la Constitución de 1886).

¹²¹ ~~restablecerse el orden público~~

¹²¹ ~~dejaron de regir el~~

La Constitución enumera por separado las atribuciones del Presidente de la República en relación con los Organos legislativo y judicial y como suprema autoridad administrativa.

A las primeras les hacemos las siguientes acotaciones:

1º Lo comentamos al tratar del artículo 64 y sólo falta la observación de que el ordinal habla de abrir y cerrar las sesiones *ordinarias*, cuando igual facultad tiene respecto de las

extraordinarias, y si se quiere, éstas con mayor motivo, puesto que no se abren y cierran por derecho propio de las Cámaras sino por voluntad del Gobierno.

2º Lo comentamos también al hablar del artículo 62 y ahora agregamos que este ordinal está modificado por el artículo 2º del Acto legislativo número 1º de 1938, que autoriza al Gobierno para convocar el Congreso a sesiones extraordinarias cuando a bien lo tenga, sin necesidad de invocar los graves motivos de conveniencia pública, y de oír el dictamen del Consejo de Estado, entidad a la que no se le dio esta atribución al restablecérsela en 1914.

3º Este ordinal impone al Presidente el deber de presentar al principio de cada legislatura un mensaje escrito en que dé cuenta al Congreso de todos los actos de la administración, con excepción de los diplomáticos que tengan carácter reservado, los que se rigen por el ordinal 4º del artículo 71. La práctica ha sido que este mensaje lleve la firma sola del Presidente de la República, no obstante lo dispuesto en el artículo 120.

4º El proyecto de ley de presupuestos es el único cuya presentación obliga al Gobierno. Aunque el ordinal impone al Presidente de la República el deber de presentar el presupuesto de rentas y gastos y la cuenta general del presupuesto y del Tesoro, en realidad esta obligación incumbe es al Ministro de Hacienda. El artículo 25 del Acto legislativo número 1º de 1936 (203 de orden) dice que es el Poder Ejecutivo el que tiene esta obligación, como lo veremos al comentar el artículo 203.

5º Lo comentamos al tratar del artículo 97 (ordinal 6º). A lo dicho entonces, hay que agregar que no es al Presidente de la República a quien le corresponde dar esos informes, sino a los Ministros de los respectivos ramos.

6º Aun cuando el ordinal 3º del artículo 97 autoriza a las Cámaras para organizar su policía particular, ellas pueden necesitar el auxilio de la fuerza pública, y, cuando lo solicitan, el Gobierno debe ponerla a su disposición para hacer guardar el orden en las sesiones y garantizar la seguridad personal de sus miembros y la libertad de las deliberaciones. Lo mismo sucede cuando las Cámaras no crean necesario establecer cuerpos de policía para su especial servicio.

7º La concurrencia del Órgano Ejecutivo a la formación de las leyes puede ser: presentando proyectos de ley e interviniendo en los debates, bien para sustentar aquéllos o impugnarlos o proponer modificaciones; objetando los proyectos aprobados, total o parcialmente; sancionándolos y promulgándolos. Esto no quiere decir que el Órgano Ejecutivo tenga el carácter de colegislador, como se ha creído vulgarmente.

8º El artículo de la Constitución de 1886 citaba el 121, que fue subrogado por el 33 del Acto legislativo número 3 y nos ocuparemos en esta atribución al comentar el artículo 117 de orden.

119
ARTICULO ~~119~~ — Corresponde al Presidente de la República en relación con el Poder Judicial: *la administración de Justicia.*

1º Nombrar y remover los funcionarios del Ministerio Público.

2º Velar por que en toda la República se administre pronta y cumplida justicia, prestando a los funcionarios judiciales, con arreglo a las leyes, los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias.

3º Mandar acusar ante el Tribunal competente por medio del respectivo Agente del Ministerio Público, o de un abogado fiscal nombrado al efecto, a los Gobernadores de Departamento y a cualesquiera otros funcionarios nacionales o municipales del orden administrativo o judicial, por infracción de la Constitución o las leyes, o por otros delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones.

4º Conceder indultos por delitos políticos y rebajas de pena por los comunes, con arreglo a la ley que regule el ejercicio de esta facultad. En ningún caso los indultos ni las rebajas de pena podrán comprender la responsabilidad que tengan los favorecidos respecto de los particulares, según las leyes.

No podrá ejercer esta última atribución respecto de los Ministros del Despacho, sino mediante petición de una de las Cámaras Legislativas. (Artículo 119 de la Constitución de 1886).

Respecto de este artículo como del precedente y del siguiente, cabe la observación de que estas atribuciones no corresponden propiamente al Presidente de la República sino al Gobierno. Acotemos los ordinales uno a uno:

1º Este ordinal está modificado por los artículos 54 (ordinal 3º) y 62 del Acto legislativo número 3 de 1910 (186 y 195 de orden), que disponen que el Gobierno nombrará los Fiscales de los Tribunales y Juzgados Superiores, de ternas formadas por las Asambleas Departamentales, y que los Concejos nombrarán los Personeros Municipales, y en cuanto a la remoción de ellos, el Presidente de la República carece ya de facultad para removerlos.

2º El auxilio a la administración de justicia puede consistir en poner a disposición de los jueces los cuerpos de policía y militares para el cumplimiento de sus providencias, en suministrar los establecimientos de detención y castigo, etc., en hacer practicar las visitas a las oficinas judiciales para anotar las demoras, etc.

3º Si el Gobierno tiene el deber de investigar los delitos cometidos por los particulares, con mayor razón debe tenerlo para acusar a sus propios agentes por infracción de la Constitución o las leyes o por otros delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones; mas como puede suceder que el Gobierno no estime

conveniente que el respectivo agente del Ministerio público adelante la acusación, el ordinal lo faculta para nombrar un abogado que sirva de Fiscal *ad hoc*, en quien vea mayor interés o más imparcialidad.

4º En relación con este ordinal hicimos el correspondiente comentario al tratar del numeral 20 del artículo 69. Sólo tenemos que agregar que el inciso final del artículo se explica porque siendo los Ministros del Despacho verdaderos Secretarios del Presidente, son o pueden ser con éste solidariamente responsables, en todo o en parte, de los actos que han sido materia de la condenación.

120

ARTICULO 115. — Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa:

1º Nombrar y separar libremente los Ministros del Despacho. *los Jefe de Depto Administrativo*
2º Promulgar las leyes sancionadas, obedecerlas y velar por su exacto cumplimiento.

3º Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes.

4º Nombrar y separar libremente los Gobernadores.

5º Nombrar las personas que deban desempeñar cualesquiera empleos nacionales cuya provisión no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según esta Constitución o leyes posteriores.

En todo caso el Presidente tiene facultad de nombrar y remover libremente sus agentes.

6º Disponer de la fuerza pública, y conferir grados militares con las restricciones estatuidas en el inciso 1º del artículo 98 y con las formalidades de la ley que regule el ejercicio de esta facultad.

7º Conservar en todo el territorio el orden público, y restablecerlo donde fuere turbado.

8º Dirigir cuando lo estime conveniente, las operaciones de la guerra como Jefe de los Ejércitos de la República. Si ejerciere el mando militar fuera de la capital, quedará el *Vicepresidente Designado* encargado de los otros ramos de administración.

9º Proveer a la seguridad exterior de la República, defendiendo la independencia y la honra de la Nación y la inviolabilidad del territorio; declarar la guerra con permiso del Senado o hacerla sin tal autorización cuando urgiere repeler una agresión extranjera; y ajustar y ratificar el tratado de paz, habiendo de dar después cuenta documentada a la próxima legislatura.

10. Permitir, en receso del Senado, y previo dictamen del Consejo de Estado, el tránsito de tropas extranjeras por el territorio de la República.

11. Permitir, con el dictamen del Consejo de Estado, la estación de buques extranjeros de guerra en aguas de la Nación.

12. Cuidar de la exacta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos y decretar su inversión con arreglo a las leyes.

13. Reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional.

14. Celebrar contratos administrativos para la prestación de servicios y ejecución de obras públicas, con arreglo a las leyes fiscales y con la obligación de dar cuenta al Congreso en sus sesiones ordinarias.

15. Ejercer la inspección necesaria sobre los bancos de emisión y demás establecimientos de crédito, conforme a las leyes.

y sobre las sociedades anónimas,

Naturalización
16. Dar permiso a los empleados nacionales que lo soliciten para admitir cargos o mercedes de Gobiernos extranjeros.

17. Expedir cartas de ~~cidadanía~~ conforme a las leyes.

18. Conceder patentes de privilegio temporal a los autores de invenciones o perfeccionamientos útiles, con arreglo a las leyes.

19. Ejercer derecho de inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas, y que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores. (Artículo 120 de la Constitución de 1886).

20 = ?
Los ordinales de este artículo merecen los siguientes comentarios:

1º La facultad concedida al Presidente de nombrar y separar libremente los Ministros del Despacho, es corolario del Gobierno presidencial que ha adoptado la República. El Presidente puede nombrar sus Ministros sin necesidad de consultar previamente con las mayorías de las Cámaras, y no está obligado a separarlos cuando lleguen a ser personas no gratas a las mismas Cámaras, como lo expusimos al glosar el ordinal 3º del artículo 71.

2º El Presidente de la República tiene la obligación de promulgar las leyes sancionadas. El artículo 52 del Código de Régimen Político y Municipal enseña que la promulgación consiste en insertar la ley en el periódico oficial (*Diario Oficial*) y se entiende consumada en la fecha del número en que termine la inserción. La ley no obliga sino en virtud de su promulgación, y su observancia principia dos meses después de promulgada, a menos que la ley fije el día en que deba principiar a regir, o autorice al Gobierno para fijarla, en cuyo caso principiará a regir el día señalado; o cuando estén interrumpidas las comunicaciones de la capital con algunos Municipios y suspendido el curso ordinario de los correos, en cuyo caso los dos meses se cuentan desde que cese la incomunicación y se restablezcan los correos.

Respecto de la obligación impuesta al Gobierno de velar por el cumplimiento de las leyes, se refiere ella a la atribución que le ha dado nombre a esta rama del poder público: se ha considerado que la función propia del Gobierno es *ejecutar* las leyes y de allí el nombre de órgano ejecutivo.

3º Como el legislador no puede prever todas las dificultades de orden material que presenta la ejecución de la ley, ni determinar todas las medidas que deban tomarse para el exacto cumplimiento de ella, suele autorizar expresamente al Gobierno para dictar los decretos reglamentarios que estime necesarios para el desarrollo y ejecución de las leyes.

Pero, en caso de que no lo haga, la Constitución da al Presi-

dente de la República facultad para regular los pormenores de la ejecución de la misma: en esto consiste la potestad reglamentaria.

El Consejo de Estado en sentencias de 31 de enero y 28 de marzo de 1939, acogiendo sobre el particular las enseñanzas de Duguit, ha dicho que un decreto reglamentario debe limitarse a dar vida práctica a ley que tiende a desarrollar; que la razón de ser del decreto es la necesidad de hacer eficaz la norma de derecho, facilitando su inteligencia y cumplimiento de parte de la misma Administración y de los particulares, ya que la ley no puede descender a ciertos detalles de simple aplicación y que el parlamento no dispondría del tiempo material de discutirlos, siendo el Gobierno, por su mayor contacto con la realidad, más competente que él para preverlos y fijarlos; que todo aquello que está contenido en la ley puede desenvolverlo de manera pormenorizada y comprensiva el decreto reglamentario; pero nada más que eso, porque la potestad reglamentaria está limitada por la misma Constitución a expedir los decretos necesarios "para la cumplida ejecución de las leyes" y no puede, por tanto, el Jefe del Estado, bajo pretexto de reglamentación, dictar normas nuevas, y así, no puede establecer ni una pena ni un impuesto que no estén previstos en la ley, ni dictar ninguna disposición que viole una ley cualquiera, ni ampliar o restringir el alcance de la ley, tanto en lo que se refiere a las personas como a las cosas, ni exigir formalidades distintas de las establecidas por la ley, pues el reglamento no tiene más objeto ni razón de ser que asegurar la aplicación de la ley que él completa, y en rigor debe hallarse contenido en la ley a que se refiere. (*Anales del Consejo de Estado*, números 275 a 277).

Los actos que el Presidente ejecuta al expedir los decretos reglamentarios, llamados también reglamentos, no son actos administrativos, si se tiene en cuenta su contenido y nó el carácter del órgano o agente que lo realiza.

"Nos parece fuera de duda, dice Duguit, el hecho de que el contenido de semejantes reglamentos es esencialmente legislativo, toda vez que las disposiciones que encierran hubieran podido perfectamente tener lugar adecuado en la ley misma; que es asimismo indudable que, en este caso, se les habría, de seguro, atribuido el carácter legislativo material, y que no pueden perder este carácter sólo por la circunstancia de hallarse insertas en un reglamento".

Si, pues, los decretos reglamentarios son leyes en sentido material y si, por consiguiente, la ley y los decretos que la reglamentan forman un solo bloque de contenido legislativo, síguese que las ordenanzas departamentales no pueden ser vio-

ladoras de los decretos reglamentarios de las leyes, porque ir contra ellos es como ir contra la ley misma, de la cual son necesario complemento.

El artículo 12 de la Ley 153 de 1887 dice:

Las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a la doctrina legal más probable (el sistema de la "doctrina legal" está abolido).

La potestad reglamentaria no se refiere a la cumplida *aplicación* de las leyes, por lo cual el Gobierno no puede reglamentar los Códigos Civil, Judicial, Penal, etc. Ella se refiere a las leyes administrativas, que son las que requieren la *ejecución* por parte del Gobierno.

4º Consecuencia del régimen unitario adoptado en la República, que restableció la centralización política, es la facultad conferida al Presidente de la República para nombrar y separar libremente los Gobernadores, aunque estén dentro del período de dos años que les señala la Ley 4ª de 1913 (artículo 125).

Bajo la Constitución de 1863, como el régimen era federal, cada Estado Soberano tenía la facultad de elegir su Presidente o Gobernador, si bien el Gobierno federal muchas veces derrocó con las armas a los Gobiernos seccionales, y algunos de éstos también se rebelaron en 1876 y 1885 contra el Gobierno general.

No han faltado quiénes propongan que los Gobernadores sean nombrados por el Presidente de la República, de ternas que le presenten las Asambleas departamentales. Semejante sistema sería anticientífico, pues no respondería ni a los principios del régimen federal ni al del unitario.

Aceptar este sistema sería desnaturalizar la índole de las Asambleas, que son o deben ser cuerpos meramente administrativos, convirtiéndolas en cuerpos políticos o electorales, y sería ocasionado a poner en manos de la oposición algunas Gobernaciones, con peligro del orden público.

5º La facultad conferida al Presidente para nombrar y remover libremente sus agentes y proveer cualesquiera empleos nacionales, es consecuencia del régimen rigidamente presidencial adoptado por la Constitución.

La ciencia constitucional distingue entre los representantes de la Nación y los agentes. Representantes son el Presidente de la República y el Congreso. Los agentes están colocados bajo la autoridad de los órganos de representación del Estado; carecen de carácter representativo y pueden realizar actos ju-

rídicos y, en general, actos de ejecución material, “a condición de que su actividad se ejercite dentro de los límites de la competencia que les atribuye la ley y en vista del objeto que la ley ha previsto al concederles dicha competencia”, dice Duguít.

Esta facultad del Presidente para nombrar sus agentes, no impide que puedan descentralizarse algunos servicios públicos. El mismo profesor bordelés emite el siguiente concepto:

“Decir que un servicio se convierte o debe convertirse en público, quiere expresar que este servicio habrá de ser organizado por los gobernantes y que funcionará bajo su control. Pero esto no quiere decir necesariamente que los agentes encargados de este servicio y los fondos que a su cumplimiento se destinan, quedarán bajo la dependencia directa e inmediata de los gobernantes. Por el contrario, el aumento del número de servicios públicos, implica una descentralización cada vez mayor de estos servicios”.

¿Qué pensar respecto de la carrera administrativa en vista de este ordinal? Creemos que ella puede ser establecida dentro de los términos y con las limitaciones a que se refiere el artículo 56.

En efecto, conforme a este artículo, corresponde al legislador determinar “las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, las condiciones de ascenso y de jubilación” y “la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del Tesoro público”. Siendo esto así, es claro que el Presidente al proveer los empleos tiene que hacerlo con sujeción a la reglamentación que establezca la ley.

La Corte Suprema declaró exequible la Ley 165 de 1938, que creó la carrera administrativa.

6º Lo comentamos al tratar del artículo 91, ordinal 4º.

7º La Constitución de 1886 dio al Presidente de la República la facultad de conservar y restablecer el orden público en todo el territorio, corrigiendo de esta manera uno de los más graves errores de la Constitución de 1863, que no le permitía al Presidente intervenir en las contiendas domésticas de los Estados Soberanos.

8º Establece este ordinal que el Presidente es el Jefe de los Ejércitos de la República, como consecuencia de la obligación que se le impone de conservar y restablecer el orden público en todo el territorio y de defender la independencia de la Nación y la inviolabilidad de su territorio. Creemos que la última parte del ordinal está tácitamente derogada, por cuanto que hoy el Presidente puede ejercer el poder fuera de la capital. Este problema planteóse en 1864, cuando el Presidente Mosquera fué a dirigir la guerra internacional que terminó en la batalla de

Cuaspud: el Procurador General se encargó de los otros ramos de la administración, por llamamiento que la Constitución le hacía en defecto de los Designados.

El correspondiente ordinal de la Constitución de Chile dice:

Mandar personalmente las fuerzas de mar y tierra con acuerdo del Senado. En este caso, el Presidente de la República podrá residir en cualquier lugar ocupado por armas chilenas.

9º Al comentar el artículo 91 (ordinal 8º) dijimos lo concerniente a la declaración de guerra. Ahora agregamos que la última parte, que impone al Presidente la obligación de "dar después cuenta documentada a la próxima legislatura", está implícitamente modificada por el inciso final del artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910, que dispone que en caso de guerra exterior, el Gobierno convocará el Congreso en el decreto en que se declare turbado el orden público y en estado de sitio la República, para que se reúna dentro de los sesenta días siguientes, y que, si no lo convocare podrá el Congreso reunirse por derecho propio.

Todas las Constituciones de la post-guerra hacían depender la declaración de guerra de una decisión del parlamento, lo cual es una garantía contra los gobiernos que pretendan provocar conflictos internacionales con fines de política interna.

Así, en Alemania la declaración de guerra y la conclusión de la paz eran decididas por una ley del Reich; en Austria para pronunciarse sobre una declaración de guerra había que reunir el Consejo Nacional y el Consejo Federal en Asamblea Federal, en sesión pública; en Checoslovaquia el voto de una declaración de guerra requería una mayoría de las tres quintas partes de los miembros de una y otra Cámara; en Polonia el Presidente no podía declarar la guerra sin el previo consentimiento de la Dieta; disposiciones análogas fueron establecidas en Grecia, Irlanda, Estonia y Finlandia.

En Colombia, convendría establecer que el Senado necesita para autorizar la declaración de guerra, no menos de los dos tercios de los votos de los Senadores presentes.

10º Fue comentado al tratar del ordinal 6º del artículo 91.

11º Aunque el Consejo de Estado fue suprimido por el Acto legislativo número 10 de 1905, y al ser restablecido en 1914, no se le dio la atribución constitucional de que habla ese ordinal, la Ley 60 de 1914 en su artículo 5º dijo:

"El Gobierno oirá, además, al Consejo, y para ello se reunirá en pleno, en los siguientes casos:

"1º Para permitir, en receso del Senado, el tránsito de tropas extranjeras por el territorio de la República, y

“2º Para permitir la estación de buques extranjeros de guerra en aguas de la Nación”.

Este artículo ha sido reproducido en el nuevo Código de lo Contencioso Administrativo (artículo 24).

En nuestro concepto, esta disposición es inconstitucional: desde el momento mismo en que en 1905 fue suprimido el Consejo de Estado, el Presidente de la República quedó facultado para ejercer las atribuciones 10ª y 11ª del artículo 115, sin necesidad de oír al Consejo, y una disposición legal no puede revivir una disposición constitucional que había sido implícitamente abrogada.

12º Conforme a las disposiciones del Código Fiscal, la conservación y mejora de los bienes nacionales corresponde a los Ministerios, de acuerdo con la distribución que haga el Gobierno, y según la naturaleza de cada clase de bienes, y en cuanto a la recaudación de los productos que forman el Tesoro Nacional, ella corresponde al Gobierno, el cual la ejerce por medio de empleados subalternos que genéricamente se denominan recaudadores, y la liquidación, reconocimiento, ordenación y pago de los créditos a cargo del Tesoro, la ejerce el Gobierno por medio del Ministro ordenador y de empleados que genéricamente se denominan liquidadores y pagadores.

13º El señor Samper dice a este propósito:

“Respecto de la instrucción pública en general, sea de la clase que fuere, pues toda es nacional, el Presidente tiene la facultad reglamentaria, con relación a las leyes sobre la materia, y tiene la facultad de inspeccionar el servicio en toda la República; y asimismo tiene la dirección suprema respecto de aquellos establecimientos de instrucción pública que dependen del Gobierno, por cuanto él los sostiene”.

“Respecto de la instrucción primaria que los Departamentos establezcan, su dirección corresponde a las Asambleas Departamentales, y sólo puede intervenir el Presidente con sus reglamentos generales, por el interés nacional de dar unidad a la enseñanza pública, o inspeccionando las escuelas, por cuanto son establecimientos de carácter público, o cuando las leyes nacionales las fomentan con alguna protección directa”.

El artículo 54 del Acto legislativo número 3 de 1910 (186 de orden), dice que corresponde a las Asambleas:

Reglamentar por medio de ordenanzas y de acuerdos con los preceptos constitucionales, los establecimientos de instrucción primaria y secundaria y los de beneficencia cuando fueren costeados con fondos del Departamento.

Mas la Corte ha dicho que esta facultad “debe entenderse

sin detrimento de la que corresponde por la Constitución al Presidente de la República”.

La reglamentación de la educación pública, por ser una cuestión técnica, debe ser exclusiva del Gobierno; sería inadmisibles que las leyes prescribieran los métodos pedagógicos, los textos de enseñanza, el pénsum de estudios, etc.

No creemos con el señor Samper que por instrucción pública nacional deba entenderse toda la que se da en la Nación, sino la que es costeada con fondos nacionales. Esto surge más claramente de la consideración de que la reforma de 1910 atribuye a las Asambleas la reglamentación de la instrucción primaria y secundaria costeada con fondos departamentales.

14º Lo comentamos al tratar del ordinal 8º del artículo 69.

15º La Ley 45 de 1923 creó una sección bancaria, dependiente del Ministerio de Hacienda, encargada de la supervigilancia del Banco de la República, de los Bancos hipotecarios y comerciales y demás establecimientos de crédito que hagan negocios bancarios. El Jefe de dicha sección se denomina Superintendente Bancario, empleado de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República. En cuanto a Bancos de Emisión, el artículo 14 de la Ley 25 de 1923 concedió al Banco de la República el derecho exclusivo de emitir billetes de banco por el término de veinte años, prorrogados luego por diez años más.

16º Lo comentamos al tratar de los artículos 8º y 60.

17º También lo comentamos al tratar del artículo 7º.

18º Al comentario que de este artículo hicimos al tratar del artículo 27, sólo tenemos que agregar que la Ley 31 de 1925, sobre protección de la propiedad industrial, reglamenta todo lo referente a patentes de invención y privilegios para los nuevos descubrimientos, mejoras o perfeccionamientos en todos los ramos de la industria.

19º La inspección y vigilancia de que habla este ordinal, se refiere a los establecimientos de instrucción y beneficencia públicos, como colegios, hospitales, orfanatos o asilos, de fundación particular. Esta intervención como atrás lo expresamos, no significa ningún derecho para inmiscuirse en la administración de estos establecimientos, la cual deberá regirse por los estatutos que les hayan dado los fundadores y, en defecto de éstos, por los que les dé el Presidente de la República conforme al artículo 650 del Código Civil, que dice:

Las fundaciones de beneficencia que hayan de administrarse por una colección de individuos, se regirán por los estatutos que el fundador les hubiere dictado; y si el fundador no hubiere manifestado su voluntad a este

respecto, o sólo la hubiere manifestado incompletamente, será suplido este defecto por el Presidente de la República.

A estas atribuciones del Presidente de la República, la Ley 4ª de 1913 ha agregado la de resolver las consultas que se le hagan sobre la manera de aplicar las leyes en los ramos administrativo, fiscal y militar; conceder licencias a los empleados nacionales para separarse de sus destinos; dar instrucciones a los Agentes del Ministerio Público para la mejor defensa de los intereses de la Nación; distribuir entre los Ministros del Despacho los asuntos, según sus afinidades, y otras que enumera el artículo 68 de la misma ley.

ARTICULO ~~116~~ *original 20) del art. 120.* — Corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con las demás potencias o Soberanos; nombrar los Agentes Diplomáticos, recibir los Agentes respectivos y celebrar con potencias extranjeras tratados y convenios, que se someterán a la aprobación del Congreso. (Artículo 34 del Acto legislativo número 3 de 1910).

La reforma de 1910 consiste en disponer que tanto los tratados como los convenios deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso, cuando la Constitución de 1886 sólo exigía la aprobación legislativa de los *tratados* y no de los *convenios*. La razón es que la distinción entre tratados y convenios es caprichosa y prestábase a los más graves abusos: bajo el pretexto de que no eran tratados, se celebraron con el Perú los funestos convenios de *modus vivendi*, que le permitieron a esta nación ocupar las hoyas del Amazonas y del Putumayo, y aún después, se han celebrado, sin la aprobación del Congreso, convenios como el sobre misiones, firmado en Bogotá entre el Ministro de Relaciones Exteriores señor Carlos Uribe y el Nuncio Apostólico Monseñor Paolo Giobbe, el 5 de marzo de 1928, por el cual la República se obligó a oír previamente al Nuncio Apostólico para el nombramiento de Jefes civiles en los territorios de ciertas misiones, y a remover los empleados públicos por queja del jefe de la misión.

Decíase que por tratados se entendían los de carácter general y permanente, y por convenios, los de carácter transitorio y relativo a asuntos particulares.

El artículo comentado faculta al Presidente para nombrar los agentes diplomáticos, atribución que está hoy reglada por la Ley 114 de 1937, que creó la carrera diplomática y consular.

La Constitución de 1863 exigía la aprobación del Senado para el nombramiento que el Presidente de la República hicie-

ra de agentes diplomáticos, tal cual está establecido por la Constitución de los Estados Unidos. (Artículo 2º, sección 2ª).

Corresponde al Presidente de la República la dirección de las relaciones exteriores, sin que en ella tengan las Cámaras otra intervención que aprobar o desaprobar los tratados y convenios celebrados con los demás Estados sobre relaciones diplomáticas y comerciales, como lo expusimos al tratar del ordinal 4º del artículo 71.

Esta atribución, reservada al Presidente de la República, existe en todos los países.

En Francia, dice M. Hauriou, "la conducción de las relaciones diplomáticas es del resorte del Poder Ejecutivo tanto como la dirección de la guerra; el parlamento no puede ejercer en ello sino un control discreto por razón del secreto que exige la mayor parte de las negociaciones; este control es ejercido de una manera continua por las comisiones de negocios extranjeros del Senado y de la Cámara de Diputados y da lugar, de tiempo en tiempo, a interpelaciones en sesiones plenas que permiten al Gobierno explicarse sobre los hechos cumplidos. Las democracias no menos que las monarquías, no pueden prescindir absolutamente del secreto de la diplomacia. Ellas no pueden en manera alguna prescindir de la continuidad de la política extranjera. Una de las fuerzas de Inglaterra es la solidez de la organización de su *Foreign office*, que hace que a pesar de los cambios de los Ministros de negocios extranjeros, las directivas esenciales de su política permanezcan inflexibles.

"Bien entendido, que en el hecho, las negociaciones son conducidas por el Ministerio de Negocios Extranjeros, pero el Presidente de la República, que es más permanente que los Ministros y que es depositario de los secretos diplomáticos, tiene el derecho de imponer aquí particularmente su colaboración".

Las Constituciones de la post-guerra que establecieron el *referendum* popular, descartan de él las leyes aprobatorias de los tratados públicos, porque los electores carecen de competencia suficiente para juzgar los problemas de política exterior sobre todo si se trata de convenios económicos o técnicos.

Refiriéndose a la ratificación de los tratados internacionales por el Poder legislativo, dice B. Mirkine-Guetzévitch (1):

"En las nuevas Constituciones, encontramos cuatro tipos de disposiciones constitucionales relativas a la ratificación de los tratados internacionales:

"a) Todos los tratados internacionales deben ser ratifica-

(1) Les nouvelles tendances du Droit Constitutionnel.

dos por el parlamento. Este es, por ejemplo, el caso de la República de Estonia:

“El Gobierno de la República.... concluye, en nombre de la República estoniana, tratados con los Estados extranjeros y los somete a la ratificación de la Asamblea Nacional”.

b) Muy poco diferente de este primer tipo, encontramos un segundo tipo en que la ratificación de la mayor parte de los tratados pertenece al Poder legislativo. El artículo 5º de la Constitución austriaca dispone:

“Todos los tratados políticos y aquellos otros tratados que modifican una ley no son válidos sino después de la ratificación por el Consejo Nacional”.

c) La ratificación del Poder legislativo no es necesaria sino para ciertos tratados. Así, por ejemplo, el artículo 49 de la Constitución polaca, inciso 2º, dispone:

“Los tratados de comercio, las convenciones aduaneras, los acuerdos que entrañan cargas financieras permanentes para el Estado u obligaciones para los ciudadanos o también los que entrañan una modificación de las fronteras del Estado, en fin, los tratados de alianza no pueden ser concluidos sino con el asentimiento de la Dieta”.

d) La ratificación por el Poder legislativo no es requerida sino para los tratados internacionales cuyo tenor sea de la competencia legislativa. Así, por ejemplo, el artículo 45, inciso 3º, de la Constitución alemana dispone:

“Las convenciones y tratados internacionales, sobre objetos de la competencia legislativa del Reich, deben ser aprobados por el Reichstag”.

La tendencia internacional en el derecho constitucional se manifiesta por la competencia exclusiva del Poder legislativo para la ratificación de los tratados internacionales”.

Se ha discutido entre nosotros si las Cámaras pueden introducir modificaciones a los tratados sometidos a su aprobación. Nada dispone sobre el particular la Constitución, pero sería extraño que, siendo los tratados públicos el resultado de un acuerdo de voluntades entre dos partes contratantes, pudiera una sola de ellas introducirles modificaciones. El reglamento de la Cámara francesa dispone sobre el particular lo siguiente:

Cuando se presenta a la Cámara un proyecto de Ley por el cual solicita el Gobierno, conforme al artículo 8º de la Constitución de 16 de julio de 1875, la aprobación de un tratado concluido con una potencia extranjera, no puede votarse sobre los artículos del tratado, ni puede presentarse enmienda alguna a su texto. Si la Cámara estima que debe oponerse a una determinada cláusula del tratado debe hacerlo en los siguientes términos:

“La Cámara, llamando de nuevo la atención del Gobierno sobre esta o aquella cláusula del Tratado, se abstiene de dar la autorización de ratificar (1).

Nuestra Constitución no aborda el problema de las relaciones entre el derecho público interno y el derecho público externo y, por tanto, no determina la primacía del uno o del otro derecho. Como es sabido, a este respecto hay tres teorías: 1ª El dualismo o reconocimiento de la existencia simultánea de dos sistemas jurídicos independientes —internacional e interno—; 2ª El internacionalismo o reconocimiento de la primacía del derecho internacional, y 3ª El nacionalismo constitucional o reconocimiento de la primacía del derecho interno.

Joseph Barthélemy escribe a este respecto:

La soberanía, como libertad absoluta del Estado, fue tesis puesta en circulación por Vattel y ampliada por los filósofos del pangermanismo, especialmente por Hegel. A esta doctrina peligrosa se opone la tesis de la limitación de la libertad del Estado por el Derecho Internacional, de la cual los primeros lineamientos fueron trazados por los canonistas, el dominicano Francisco de Vittoria, el jesuita Suárez, y que ha sido laicizada en nuestros días, especialmente por la Escuela Vienesa, cuyo Jefe indiscutible es el profesor Kelsen. Hay una comunidad de naciones; esta comunidad tiene un derecho como las comunidades de individuos; los Estados están sometidos a este derecho como los individuos lo están en el interior de los Estados. Es, dice Kelsen, la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno. En todos los casos, admite que la libertad de los Estados está limitada por los tratados: *pacta sunt servanda*.

Creemos que desde el momento en que Colombia se incorporó en la Sociedad de las Naciones, quedó descartada la última teoría, según la cual la obligación misma de las normas del derecho internacional se determina por el derecho constitucional, lo que vale decir que el Estado no admite el derecho internacional sino en la medida en que las reglas de éste están conformes con el derecho interno.

Así se vio en 1933 en el caso del conflicto de Colombia con el Perú por el dominio del puerto de Leticia: la Sociedad de las Naciones tomó a su cargo la administración del trapecio amazónico y por una comisión designada por ella ejerció allí jurisdicción en nombre de Colombia, evidentemente contra la Constitución, pero de acuerdo con el derecho internacional derivado de un tratado público (2).

(1) León Duguít, *Manual de Derecho Constitucional*, página 499.

(2) Esta tesis nuestra fue impugnada por algunos escritores cuando la expusimos en 1933. Sin embargo, Barthélemy en su *Précis de Droit Constitutionnel* (1838) enseña que “el hecho de adherir a la Sociedad de las Naciones, de aceptar la competencia obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, limita la soberanía” (página 55).

Otro caso de primacía del internacionalismo se presentó con la Ley 53 de 1924, aprobatoria del tratado que reconoció la independencia de Panamá y fijó los límites con esta República, no obstante que la Constitución incluía el Istmo dentro de los límites de Colombia.

El profesor William Marion Gibson escribe que, desde el momento mismo en que la Corte Suprema de Justicia de Colombia se negó a conocer de las demandas sobre inexecutable de las leyes aprobatorias de tratados públicos, adhirió a la doctrina *monista* —internacionalista— y que de esta manera la jurisprudencia colombiana se adelantó a la escuela de Viena, cuyos principios fueron formulados por H. Kelsen y J. L. Kunz.

121

ARTICULO ~~117~~. — En caso de guerra exterior o de conmoción interior podrá el Presidente, con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que, conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes, rigen para la guerra entre naciones.

Los decretos que dentro de estos límites dicte el Presidente tendrán carácter obligatorio, siempre que lleven la firma de todos los Ministros.

El Gobierno no puede derogar las leyes por medio de los expresados decretos. Sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio.

El Gobierno declarará restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento; y dejarán de regir los decretos de carácter extraordinario que haya dictado.

Serán responsables el Presidente y los Ministros cuando declaren turbado el orden público sin haber ocurrido el caso de guerra exterior o de conmoción interior; y lo serán también lo mismo que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades concedidas en el presente artículo.

Restablecido el orden público, el Gobierno convocará el Congreso y le pasará una exposición motivada de sus providencias.

En el caso de guerra exterior, el Gobierno convocará el Congreso en el decreto en que declare turbado el orden público y en estado de sitio la República, para que se reúna dentro de los sesenta días siguientes, y si no lo convocare, podrá el Congreso reunirse por derecho propio. (Artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910).

El artículo 121 de la Constitución de 1886 decía:

En los casos de guerra exterior, o de conmoción interior, podrá el Presidente, previa audiencia del Consejo de Estado y con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público, y en estado de sitio toda la República o parte de ella.

Mediante tal declaración quedará el Presidente investido de las facultades que le confieren las leyes, y en su defecto, de las que le da el Derecho de gentes para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento. Las medidas extraordinarias o decretos de carácter provisional

legislativo que, dentro de dichos límites, dicte el Presidente, serán obligatorios siempre que lleven la firma de todos los Ministros.

El Gobierno declarará restablecido el orden público luego que haya cesado la perturbación o el peligro exterior; y pasará al Congreso una exposición motivada de sus providencias. Serán responsables cualesquiera autoridades por los abusos que hubieren cometido en el ejercicio de facultades extraordinarias.

El artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910 fue adicionado por el 7º del Acto Reformatorio de la Constitución, de 1914, en estos términos:

Artículo 7º En los casos de que tratan el artículo 28 de la Constitución y el 33 del Acto legislativo número 3 de 1910 (24 y 117 de orden), el Gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado para dictar las providencias de que tratan dichos artículos.

Puede la República encontrarse en un peligro inminente de guerra exterior o de insurrección interior a mano armada, y para estas circunstancias especiales, la Constitución autoriza al Presidente para declarar toda la República o parte de ella en estado de sitio, y asumir las facultades extraordinarias que esta declaración trae consigo.

El estado de sitio tiene un origen histórico: en la antigüedad, cuando las ciudades amuralladas o plazas fuertes eran asediadas por el enemigo, las autoridades militares quedaban investidas de todos los poderes. Hoy, por extensión, se establece un estado de sitio *ficticio* para ciudades abiertas o territorios en donde la paz está amenazada o turbada, para prevenir el desorden, o restablecer la paz si hubiere sido perturbada.

No todas las Constituciones admiten esta institución previsiva, pues las hay que, como la de Inglaterra, adoptan el sistema de leyes de emergencia (*emergency power*), votadas cuando las circunstancias lo imponen.

No pudiendo quedar a la voluntad discrecional del Gobierno la declaración del estado de sitio, la Constitución exige que se llenen los siguientes requisitos:

1º Que el decreto que declara turbado el orden público y en estado de sitio toda la República, o parte de ella, lleve la firma del Presidente y de todos los Ministros, y

2º Que para dictar el decreto, se oiga previamente al Consejo de Estado; pero sin que sea menester su dictamen favorable porque, conforme al artículo 6º del Acto legislativo de 1914, "los dictámenes del Consejo no son obligatorios para el Gobierno", y porque es éste, y no aquél, quien tiene el deber de conservar y restablecer el orden en el territorio nacional y de proveer a la seguridad exterior de la República.

¿Qué consecuencias produce la declaración del estado de sitio? En primer lugar, no cesa el imperio de la Constitución ni de las leyes: éstas siguen rigiendo mientras no sean suspendidas por decretos de carácter extraordinario, que el Presidente podrá dictar siempre que reúnan estas condiciones: que lleven la firma de todos los Ministros y que la suspensión de las leyes se limite a las que sean incompatibles con el estado de sitio, incompatibilidad que queda a juicio del Presidente y de los Ministros; y en segundo lugar, el Presidente, además de las facultades legales, queda investido de las que, conforme al Derecho de Gentes, rigen para la guerra entre las naciones.

Las facultades que la Constitución da al Gobierno en tiempo de guerra son: puede el Gobierno imponer contribuciones (artículo 29); puede haber expropiación de bienes muebles o semovientes sin previa indemnización y decretada por autoridades que no sean del orden judicial, y ocuparse la propiedad inmueble (artículo 30); cesa la libertad de prensa (artículo 36); puede prohibirse la circulación de impresos por los correos (artículo 37); puede ejercerse simultáneamente la autoridad política o civil y la judicial o militar (artículo 55); puede el Presidente dirigir las operaciones de la guerra como Jefe de los Ejércitos (artículo 115); pueden ser aprehendidas las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra el orden público y ser registrados sus domicilios (artículo 24); cesan la libertad de reunión y de locomoción, etc.

El artículo 11 de la Ley 153 de 1887. decía:

Los decretos de carácter legislativo expedidos por el Gobierno a virtud de autorización constitucional, tienen fuerza completa de leyes.

Restablecido el orden público, cesan de regir los decretos de carácter extraordinario que hayan sido dictados durante el estado de sitio, disposición que tuvo por objeto corregir el abuso que se había cometido durante la vigencia del artículo 121 de la Constitución de 1886, consistente en que el Gobierno derogaba o modificaba las leyes por medio de decretos de carácter legislativo que, después de restablecido el orden público, continuaban rigiendo con fuerza de ley.

Al restablecerse el orden público, recobran su vigor las leyes que habían sido suspendidas por los decretos de carácter extraordinario, y el Gobierno debe convocar el Congreso a sesiones extraordinarias y pasarle una exposición motivada de sus providencias, cosa que no sucede cuando se trata de guerra internacional, porque entonces el Congreso debe estar reunido. Si de la exposición resultare que el estado de sitio fue de-

clarado sin existir el caso de conmoción interior, o que se han cometido abusos en el ejercicio de las facultades extraordinarias, el Presidente y los Ministros serán política y civilmente responsables.

Conforme al artículo, el Gobierno convoca al Congreso o éste se reúne por derecho propio cuando sea el caso de guerra exterior; no sucede lo mismo cuando sea el caso de conmoción interior, porque entonces el Congreso puede ser un obstáculo para las medidas que se tomen para el restablecimiento del orden, o aun fomentar la revuelta, cuando los miembros de las Cámaras sean enemigos del Gobierno.

En la guerra de 1914, en la mayor parte de los Estados europeos leyes de emergencia concedieron al Poder Ejecutivo plenos poderes.

La Corte Suprema, en sentencia de 2 de abril de 1935, citada por Pareja, dice que, declarado el estado de sitio en sólo una parte de la República, no puede el Gobierno ejercer facultades extraordinarias en el resto del país no declarado en estado de sitio, ni tampoco puede, en ejercicio de esas facultades, suspender las leyes preexistentes de carácter general, ni menos establecer tributos para el resto de la población.

La legislación francesa enseña que el decreto que declara turbado el orden público no es susceptible de ningún recurso contencioso. Tampoco lo sería en Colombia. Pero la Corte Suprema ha dicho que los decretos que el Presidente dicta en los casos del artículo 117 de la Constitución, caen bajo la jurisdicción de ese alto Tribunal, como los dictados en época normal, porque el artículo 149 de la Constitución no distingue, y la competencia de la Corte es genérica.

Los decretos que el Presidente de la República puede dictar con carácter extraordinario son de dos clases: 1º Cuando el Congreso lo inviste *pro tempore* de facultades extraordinarias y 2º Cuando se declara turbado el orden público por causa de guerra exterior o conmoción interior. En ninguno de estos dos casos el Gobierno obra por delegación del Congreso, sino por ministerio de la Constitución.

Hagamos un paralelo entre los decretos de una y otra clase:

a) El Gobierno para expedir los decretos dictados en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas *pro tempore*, necesita que una ley le haya conferido tales facultades; en tanto que en el caso de turbación del orden público, el Gobierno no necesita de autorización legal para ello, pues obra por derecho propio. Esto en Colombia; porque en otros países la declara-

ción del estado de sitio corresponde al Organo Legislativo. Así, la Constitución chilena dispone:

En caso de conmoción interior, la declaración de hallarse uno o varios puntos en estado de sitio, corresponde al Congreso, pero si éste no se hallare reunido, puede el Presidente hacerlo por un determinado tiempo. Si a la reunión del Congreso no hubiere expirado el término señalado, la declaración que ha hecho el Presidente de la República, se entenderá como una proposición de ley.

b) Los decretos dictados en uso de facultades conferidas *pro tempore*, sólo pueden versar sobre las precisas materias a que la ley de facultades extraordinarias se refiere; los dictados en caso de turbación del orden público pueden versar sobre todas las medidas que el Gobierno considere conveniente tomar para el restablecimiento del orden.

c) Por la primera de las dos clases de decretos mencionados el Gobierno puede reformar y derogar las leyes referentes a las precisas materias a que las facultades se contraen; por la segunda de estas dos clases de decretos no puede el Gobierno reformar ni derogar las leyes sino únicamente suspender de manera transitoria aquellas que sean incompatibles con el estado de sitio.

d) Los decretos dictados por causa de perturbación del orden deben ser firmados por el Presidente de la República y todos los Ministros; los expedidos en ejercicio de facultades extraordinarias *pro tempore*, solamente requieren la firma del Presidente y del Ministro del respectivo ramo.

e) Expiradas las facultades extraordinarias, los decretos que en uso de ellas hubiere expedido el Gobierno, conservan fuerza completa de leyes; pero ya el Gobierno no puede ni reformarlos ni derogarlos, porque tales reformas o derogaciones implicarían la continuación en el ejercicio de aquellas facultades; en cambio, si se trata de decretos dictados durante el estado de sitio, ellos cesan de regir por virtud del decreto que declara restablecido el orden público, y desde ese mismo momento recuperan su pleno vigor las disposiciones que habían sido suspendidas.

122
ARTICULO 118. — En los casos de que tratan ~~los~~ ^{el} artículos 24 y ~~117~~ ^{28 de la Constitución} ~~de la Constitución~~ el Gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado para dictar las providencias de que tratan dichos artículos. (Artículo 70 del Acto reformativo de la Constitución de 1914).
el 33 del A. d.
7:3/1910 C.

Lo comentamos al tratar de los artículos 24 y 117, y sólo tenemos que agregar que debido a la gravedad de las medidas que estos artículos autorizan, se creyó prudente que el Gobier-

c) art. 21 de la C.

no oyerá el dictamen del Consejo de Estado, como una garantía contra esa facultad discrecional.

ARTÍCULO 118. — El Presidente de la República, o quien haga sus veces, será responsable por sus actos u omisiones que violen la Constitución o las leyes (Artículo 29 del Acto legislativo número 3 de 1910).

El artículo 122 de la Constitución de 1886 estatuyó:

El Presidente de la República o el que en su lugar ejerza el Poder Ejecutivo, es responsable únicamente en los casos siguientes, que definirá la ley:

- 1º Por actos de violencia o coacción en elecciones;
- 2º Por actos que impidan la reunión constitucional de las Cámaras Legislativas, o estorben a éstas o a las demás corporaciones o autoridades públicas que establece esta Constitución, el ejercicio de sus funciones; y
- 3º Por delitos de alta traición.

En los dos primeros casos la pena no podrá ser otra que la de destitución, y, si hubiere cesado en su ejercicio el Presidente, la de inhabilitación para ejercer nuevamente la Presidencia.

Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento o remoción de Ministros, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea refrendado y comunicado por el Ministro del ramo respectivo, quien por el mismo hecho se constituye responsable.

La irresponsabilidad del Jefe del Estado es una supervivencia histórica del antiguo derecho monárquico inglés, según el cual el rey no puede obrar mal (*The King can do no wrong*) y las responsabilidades en que incurra el Gobierno sólo pueden ser deducidas al Gabinete por la Cámara de los Comunes para ante la de los Lores, mediante el procedimiento especial de *impeachment* (que es el mismo establecido en Colombia por el artículo 90 de la Codificación).

El Gobierno parlamentario, herencia de los regímenes monárquicos, explica que en algunos Estados republicanos, como Francia, el Presidente sea irresponsable.

La Constitución francesa de 1875 decía: "Le Président de la République n'est responsable que dans le cas de haute trahison".

Pero para que esta irresponsabilidad no se comprometa, dice M. Hauriou que es preciso que no intervenga activamente en el Gobierno. Así, en Francia el Presidente de la República ha asumido el papel puramente representativo de Jefe del Estado, absteniéndose de inmiscuirse en el Gobierno cotidiano y no interviniendo en el Gobierno sino en el momento de la constitución de un Ministerio, para la escogencia del Presidente del Consejo (Premier).

La Constitución de los Estados Unidos (artículo 2º, sección

4ª), dice: "El Presidente, el Vicepresidente y todos los demás funcionarios civiles de los Estados Unidos serán destituidos de sus cargos si se les acusare y se les hallare culpables de traición, cohecho u otros delitos y faltas graves".

La Constitución de 1886 consagró el principio de la irresponsabilidad presidencial, con las tres excepciones que hacía el artículo 122 preinserto.

Pero la experiencia demostró el absurdo de este sistema, y la reforma de 1910 restableció la responsabilidad del Presidente por todos sus actos u omisiones que violen la Constitución o las leyes. En efecto, la irresponsabilidad es inaceptable, en un país de régimen estrictamente presidencial: a mayor amplitud de facultades debe corresponder igual magnitud de responsabilidades. Alegar que los Ministros deben ser los responsables, es inadmisibile, porque bajo nuestra Constitución los Ministros son Secretarios del Presidente, de su libre nombramiento y remoción, y pueden ser separados del cargo cuando no comparten los puntos de vista de aquél, de manera que carecen de la libertad de acción que justifique la exclusiva responsabilidad que se les hacía recaer. Hoy el Presidente y los Ministros son responsables de los actos u omisiones del Gobierno.

Esta responsabilidad puede ser política, o civil por un perjuicio pecuniario causado en la gestión de los negocios públicos, bien sea a particulares o bien al Estado. La responsabilidad política puede presentarse o bajo forma *parlamentaria*, cuando se trata de imponer penas de destitución del empleo o privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos (imponibles por el Senado), o bajo forma *criminal*, cuando la infracción acarrea otra clase de penas (de competencia de la Corte Suprema).

Todas las Constituciones de Colombia, anteriores a la de 1886 establecían la responsabilidad del Presidente de la República. La de 1821 lo hacía responsable en todos los casos de mala conducta manifiestamente contraria al bien de la República y a los deberes de su empleo, o de delitos graves contra el orden social; la de 1830, por alta traición, reputándose como tal el entrar en concierto contra la libertad e independencia de Colombia, o en maquinaciones para destruir la Constitución o la forma de Gobierno establecida en ella, y el no dar su sanción a las leyes aprobadas por el Congreso; la de 1832, por mala conducta en el ejercicio de sus funciones o por cualquier delito merecedor de pena corporal; la de 1843, por favorecer los intereses u operaciones de una nación extraña contra la independencia o los intereses de la República, por impedir que se verificaran las votaciones prevenidas por la Constitución o por coartar la libertad

del sufragio, por impedir la reunión o coartar la libertad de las Cámaras legislativas, por no sancionar las leyes o impedir a los jueces o tribunales el ejercicio de sus funciones, o por un acto u omisión a sabiendas que violara alguna ley expresa; las de 1853 y 1858, por mal desempeño de sus funciones, y la de 1863, por delitos cometidos en el desempeño de sus funciones.

El proyecto de Constitución presentado al Consejo de Delegatarios de 1886 decía que el Presidente de la República no era justiciable por sus actos oficiales, y que eran responsables los Ministros.

En el debate de este artículo el Delegatario Caro sostuvo la irresponsabilidad del Presidente de la República, fundándose principalmente en la dificultad de determinar los trámites y modo práctico de hacer efectiva la responsabilidad presidencial.

“No es razonable —decía— no es justa, no es prudente, no es honrada la adopción de un medio que nunca ha podido ejercitarse sino por una serie y encadenamiento de crímenes. La historia de los pueblos europeos demuestra que siempre que se hizo comparecer a un rey ante un tribunal popular ocurrieron decapitaciones y derrumbamientos que engendraron revoluciones cruentísimas, y luego atroces dictaduras. Con el revolver de los tiempos, ha venido a admitirse como máxima de derecho público que la responsabilidad del Gobierno no puede hacerse efectiva sin honda perturbación, sino contrapesándola con la irresponsabilidad del Jefe de la Nación. Y no se diga que no cabe comparación entre los países republicanos y los monárquicos. La República y la Monarquía difieren como formas del Gobierno, pero todas las formas de Gobierno concuerdan en sus principios fundamentales en todo aquello que es elemento esencialísimo de la autoridad. La irresponsabilidad del Jefe de la Nación, principio que fue admitido por el derecho romano en virtud del falso principio de que las leyes no obligan al supremo Magistrado, y desechado por el derecho germánico, ha renacido y afiánzase hoy en naciones de todo origen, no como teoría, sino como hecho, impuesto por las necesidades sociales, y de eficacia benéfica comprobada por la experiencia secular, como condición necesaria para el equilibrio de los poderes públicos y para el mantenimiento de la paz”.

Y don Marco Fidel Suárez escribió sobre este mismo tema:

“De acuerdo con la Constitución de 1886, en los años transcurridos de entonces a 1910, los Ministros eran responsables, ellos solos, en todo caso por los actos que firmaran; pero el Presidente no respondía sino en tres casos, es decir, por actos que implicaran violación de derechos electorales, estorbo de cier-

tas funciones públicas y traición a la patria. De 1886 a 1910 el Presidente podía autorizar cualquier decreto, resolución o contrato, sin quedar responsable, menos en los tres casos preceptuados; mientras que los Ministros respondían en toda ocasión, sin excepciones ni distingos.

“Esto se fundaba en un principio muy sano, muy justo y muy verídico, que el doctor José Ignacio de Márquez y el doctor Mariano Ospina habían expuesto por medio de esta fórmula: “El Presidente no debe responder de todo, porque el Presidente no puede estudiarlo todo”.

“Tal principio puede considerarse evidente porque señorea el entendimiento después de breve meditación. Imaginémonos a un jefe de Gobierno rodeado de tantos negocios como son los que pueden despachar cuatro, seis, ocho colaboradores, llámen-se Ministros o Secretarios. Esos asuntos unas veces le serán consultados por turno en los varios días de la semana, o extraordinariamente cuando la urgencia lo pida; otras veces irán al Consejo de acuerdo con la ley, o cuando se quiera resolverlos con más probabilidad de acierto.

“Pero está claro que ni el tiempo, ni la salud, ni los conocimientos especiales podrían equiparar la acción del Jefe con la suma de todas las acciones de los Ministros. Por lo cual es justo reducir la responsabilidad de aquél, sólo a los casos de más entidad; excepto los cuales, al Presidente debe bastarle, en conciencia y ante la ley, colaborar ahincadamente, ayudar con sus luces y atizar la cooperación de sus compañeros”.

En el Título XII de la Constitución, que trata “De los Ministros del Despacho”, no se incluyó ninguna disposición referente a la responsabilidad de éstos, y aunque en el curso de los debates se aprobó un artículo que decía que los Ministros son responsables por lo que hagan o dejen de hacer en daño de la República o faltando a las leyes, posteriormente el artículo fue reconsiderado y negado.

No hay, pues, en la Constitución otra disposición que hable de la responsabilidad de los Ministros que la del último inciso del artículo 122, hoy subrogado por el artículo 30 del Acto legislativo número 3 de 1910 (120 de orden), que dispone que ningún acto del Presidente excepto el nombramiento y remoción de Ministros, tenga valor mientras no sea refrendado por el Ministro del ramo, quien por el mismo hecho se constituye responsable; artículo que tiene por objeto no tanto estatuir la responsabilidad penal de los Ministros, cuanto prescribir una formalidad como indispensable para la validez de los actos del Presidente.

A falta de una disposición que consagre especialmente la

responsabilidad de los Ministros por infracción de la Constitución o de las leyes y por extralimitación de funciones u omisión en el ejercicio de éstas, existe la disposición de carácter general para todos los funcionarios públicos consagrada en el artículo 16 de la Codificación.

La dificultad de procedimiento que anotaba el señor Caro, ha sido obviada por la Constitución (artículo 90), al disponer que al ser públicamente admitida la acusación por el Senado, el Presidente queda de hecho suspendido de su empleo: el artículo 183 del Código Penal castiga al funcionario público que, notificado en la forma regular de que ha sido suspendido legalmente del ejercicio de sus funciones, continuare ejerciéndolas. ▼

En cuanto a las objeciones del señor Suárez, hay que observar que la Constitución no hace al Presidente responsable sino por aquellas omisiones que impliquen violación de la Constitución o las leyes, verbigracia, por omitir la promulgación de las leyes, por no proveer a la seguridad exterior de la República ni defender la independencia de la Nación y la inviolabilidad del territorio, etc.

En el proceso seguido contra el Presidente Obando, el Senado lo destituyó del cargo, y pasado el negocio a la Corte Suprema de Justicia, ésta, por sentencia de 19 de mayo de 1855 lo condenó por no haber tomado las medidas convenientes para prevenir la revolución del 17 de abril de 1854, es decir, por omisiones en el ejercicio de sus funciones.

ARTICULO 120. — Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea refrendado y comunicado por el Ministro del ramo respectivo, quien por el mismo hecho se constituye responsable. (Artículo 30 del Acto legislativo número 3 de 1910).

Lo comentamos al tratar de los artículo 53 y 119.

ARTICULO 121. — El Presidente de la República, durante el período para que sea elegido, y el que se halle encargado del Poder Ejecutivo, mientras lo ejerza, no podrán ser perseguidos ni juzgados por delitos sino en virtud de acusación de la Cámara de Representantes y cuando el Senado haya declarado que hay lugar a formación de causa. (Artículo 31 del Acto legislativo número 3 de 1910).

Hay que concordar este artículo con el ordinal 5º del artículo 20 del Acto legislativo número 3, del cual tratamos en el comentario del artículo 96. Los particulares pueden presentar denuncias y quejas contra el Presidente ante la Cámara de Representantes, y si prestan mérito, puede ella promover acusa-

ción ante el Senado, pero sin que medie esta acusación y la aceptación de ella por el Senado, no puede el Presidente, o quien en su lugar ejerza el Poder Ejecutivo, ser perseguido ni juzgado por delitos por ninguna otra autoridad pública.

ARTICULO 122. — El Presidente de la República o quien haga sus veces no podrá salir del territorio de la nación durante el ejercicio de su cargo y un año después, sin permiso del Senado. La infracción de esta disposición, estando alguno de aquéllos en el ejercicio del cargo, implica abandono del puesto. (Artículo 32 del Acto legislativo número 3 de 1910).

La prohibición al Presidente, o a quien haga sus veces, de salir del territorio nacional sin permiso del Senado, durante cierto lapso, tiene por objeto evitar que dicho funcionario se sustraiga al juicio de responsabilidad, saliendo de la República, con la circunstancia de que para esta clase de infracciones no existe la extradición. La violación de esta disposición se castiga como abandono del puesto.

Es una disposición que tiene como antecedente histórico la fuga del Presidente Reyes en 1909; disposición inútil porque un Presidente que tema un juicio de responsabilidad, saldrá del país, sin que le arredre la sanción del abandono del puesto. Es pues, sólo una traba para los gobernantes respetuosos de la Constitución y de las leyes.

No se justifica que, habiendo sido abolido el arraigo por obligaciones civiles, se establezca esta especie de arraigo por responsabilidades penales que no han sido deducidas y solamente por la probabilidad de que puedan deducirse.

Como lo vimos al comentar el artículo 91, la disposición se ha intepretado también como una modificación al ordinal 5º de dicho artículo, para permitir al Presidente, sin necesidad de licencia del Senado, salir de la capital a cualquier punto situado dentro del territorio de la Nación durante el ejercicio de su cargo.

ARTICULO 123. — El Senado concede licencia temporal al Presidente para dejar de ejercer el Poder Ejecutivo.

Por motivo de enfermedad el Presidente puede, por el tiempo necesario, dejar de ejercer el Poder Ejecutivo, dando previo aviso al Senado, o, en receso de éste, a la Corte Suprema. (Artículo 123 de la Constitución de 1886).

Ya habíamos comentado este artículo al tratar de los ordinales 3º y 5º del artículo 91. Digamos ahora que es muy puesto en razón que, en caso de enfermedad, el Presidente pueda dejar de ejercer el Poder Ejecutivo, sin necesidad de permiso alguno, bastando darle previo aviso al Senado o, en receso de éste, a la

Corte. La disposición tuvo también por objeto evitar la posibilidad de que el Senado se negara a darle licencia al Presidente para dejar de ejercer el Poder Ejecutivo en caso de enfermedad, con la mira de obligarlo a renunciar.

ARTICULO 124. — En caso de falta temporal del Presidente de la República, y en caso de falta absoluta mientras se verifica nueva elección, ejercerá el Poder Ejecutivo, por su orden, el primero o el segundo Designado que el Congreso elegirá cada año.

Cuando por cualquier causa no hubiere hecho el Congreso elección de Designados, conservarán el carácter de tales los anteriormente elegidos. A falta de Designados entrarán a ejercer el Poder Ejecutivo los Ministros, en el orden que establezca la ley, y en su defecto, los Gobernadores, siguiendo éstos el orden de proximidad de sus residencia a la capital de la República.

Son faltas absolutas del Presidente:

Su muerte, su renuncia aceptada, la destitución decretada por sentencia, la incapacidad física permanente, y el abandono del puesto, declarados éstos dos últimos por el Senado. (Artículo 26 del Acto legislativo número 3 de 1910).

Al tratar del artículo 70 expusimos las razones por las cuales fue suprimida la Vicepresidencia de la República.

El artículo preinserto determina quiénes deben ejercer el Poder Ejecutivo a falta del Presidente. Si la falta es temporal, lo que sucede o por licencia concedida por el Senado, o separación por enfermedad o suspensión por causa de acusación, se encargan, en su orden, los individuos que indica el artículo 124.

El artículo 124 de la Constitución de 1886 no definía como faltas absolutas sino la muerte o la renuncia aceptada; la reforma agrega la destitución decretada por sentencia, la incapacidad física permanente y el abandono del puesto, pero exige que estos dos últimos sean declarados por el Senado, para evitar que se suplante arbitrariamente al Presidente pretextando su incapacidad física o el abandono del puesto, como lo hizo el Vicepresidente Marroquín para despojar del poder al Presidente Sanclemente.

La Constitución prevé el caso de que el Congreso, por cualquier causa no haga elección de Designados y dispone que en este caso conservarán el carácter de tales los anteriormente elegidos.

Para evitar el peligro de una acefalía del Gobierno, se dispone que, a falta de Designados, entren a ejercer el Poder Ejecutivo los Ministros en el orden que establezca la ley y que expresaremos al comentar el artículo 128, y en su defecto, los Gobernadores por el orden de proximidad a la capital, lo que quiere decir que el primero sería el Gobernador de Cundinamarca; el segundo, el de Boyacá; el tercero, el del Tolima, etc.

inhabilitado
125
Designados
Art. 8º H. L. 1º/45

El cargo de vicepresidente existe en los Estados Unidos, Argentina, Cuba, Chile, Perú y algunas Repúblicas de la América Central.

En otras naciones, en caso de falta temporal del Presidente de la República, es reemplazado así: por el Presidente del Congreso en España, Polonia y Turquía, y por el Presidente del Consejo de Ministros en Alemania y Austria. La institución de Designados elegidos por el Congreso existe también en Panamá, cuya Constitución sigue los lineamientos generales de la de Colombia.

art. 127. para dentro del término siguiente. Este art. debe durar el período.
ARTICULO 125. — En caso de falta absoluta del Presidente de la República, el encargado del Poder Ejecutivo convocará a elecciones para dentro de los sesenta días siguientes.

Presidencia
 El encargado del Poder Ejecutivo continuará ejerciéndolo cuando faltare *del* año o menos para terminar el período, sin convocar a nuevas elecciones. (Artículo 27 del Acto legislativo número 3 de 1910).

21 " " " " 12/45.
 Como razón para elegir Presidente titular cuando faltaba más de un año para terminar el período presidencial, se alegó que el período del Designado expiraba al año y, por consiguiente, se produciría la acefalía del cargo. *2 años término del designado.*

126
ARTICULO 126 — El encargado del Poder Ejecutivo tendrá la misma preeminencia y ejercerá las mismas atribuciones que el Presidente, cuyas veces desempeña. (Artículo 126 de la Constitución de 1886).

El encargado del Poder Ejecutivo es efectivamente el Presidente de la República, sin más diferencia que no lleva el título de Presidente de la República, sino de Designado, Ministro, Gobernador, en su caso, "encargado de la Presidencia de la República".

129
ARTICULO 129 — El Presidente de la República no es reelegible en ningún caso para el período inmediato.

No podrá tampoco ser elegido Presidente de la República ni Designado el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido *del Poder Ejecutivo* dentro del año inmediatamente anterior a la elección. (Artículo 28 del Acto legislativo número 3 de 1910). *Presidencia*

La irreelegibilidad del Presidente de la República ha sido canon constitucional de nuestro país desde 1821. La Constitución de 1886 permitió la reelección del Presidente, siempre que se separara del ejercicio del Poder dieciocho meses antes de la nueva elección, y del que a otro título hubiera sido llamado a ejercer la Presidencia, si cesaba en su ejercicio seis meses antes de la fecha de la elección del nuevo Presidente. Como de este modo se dejaba la puerta abierta para la reelección, la reforma

*art. 32 A.L. n.º 1/45. tampoco puede 6 años - 12 años
 haya ejercido: M. del Despacho, Mg. de la C. S. de J. Consejeros de Estado, Procurador Gnal de la N. Central Gnal de la R.*

de 1910 prohibió en todo caso la reelección del Presidente para el período inmediato. El Designado o ciudadano que a cualquier título haya ejercido el Poder Ejecutivo dentro del año inmediatamente anterior a la elección, no podrá tampoco ser elegido Presidente de la República, ni Designado. De manera que el que ha sido Presidente sólo puede ser elegido Designado en el año subsiguiente a la expiración del período de los cuatro años para que fue elegido.

La razón para prohibir la reelección es que el Presidente tiene en sus manos un vasto tren de empleados, la fuerza pública, los fondos del tesoro nacional y otros medios que le permitirían ejercer presión y aun soborno para obtener la reelección, de lo cual tenemos tristes ejemplos en la América española.

En cuanto a la prohibición de que el Presidente sea elegido Designado al año siguiente, tiene por objeto impedir que aquél continúe en el poder haciendo elegir un sucesor que no pueda o no quiera encargarse del Poder Ejecutivo.

Las Constituciones de Alemania y Francia admitían la reelección indefinida. La de los Estados Unidos guarda silencio sobre el particular, pero la reelección para un segundo período ha sido frecuente; sólo el Presidente Franklin D. Roosevelt ha sido reelegido por más de dos veces. Admiten la reelección, debiendo mediar un período, las Constituciones de España, Perú, Checoslovaquia y algunas Repúblicas de la América Central. La Constitución cubana de 1942 exige que hayan mediado dos períodos; y prohíbe la reelección en todo caso la de los Estados Unidos Mexicanos.



TITULO XII

De los Ministros del Despacho

SUMARIO — Departamentos administrativos. Calidades para ser Ministro. Funciones que ejercen. Facultades delegadas que tienen.

ARTICULO 132. — El número, nomenclatura y precedencia de los distintos Ministerios o Departamentos Administrativos, serán determinados por la ley.

La distribución de los negocios, según sus afinidades, corresponde al Presidente de la República. (Artículo 132 de la Constitución de 1886).

*directos de los
Ministerios y
depto. Adm.*

(1) Todas las Constituciones nacionales, con excepción de la de 1830, llamaron Secretarios de Estado a los del Despacho del Presidente de la República. La de 1886 los denominó Ministros de Estado, no obstante que esta denominación suele reservarse a los miembros del Gabinete en los Gobiernos parlamentarios, y aquélla a los de Gobiernos presidenciales. *

Como motivo para denominarlos Ministros, expusieron que la Constitución les daba el derecho de presentar proyectos de ley y de intervenir en los debates de las Cámaras, derecho de que carecían los Secretarios de Estado bajo la Constitución de 1863 y de que carecen en los Estados Unidos, y que la Constitución de 1886 hacía irresponsable al Presidente y descargaba sobre los Ministros toda la responsabilidad de los actos de la administración, hechos que los diferenciaban de los simples Secretarios del Despacho y los asimilaban a los Ministros de Estado de los Gobiernos de Gabinete.

Ya vimos al tratar del artículo 120, que todo acto del Presidente, excepto el nombramiento de Ministros, tiene que ser refrendado por un Ministro del Despacho. Hay así una colaboración obligada del Presidente y el Ministro en el respectivo ramo: el Presidente no puede hacer nada sin la firma de uno de sus Ministros, y éstos, a su turno, tampoco pueden hacer nada sin el concurso del Presidente, en las materias que exigen su firma. Los Ministros pueden rehusar refrendar los actos del Presidente, y éste abstenerse de firmar proyectos de decretos o de resoluciones ejecutivas que le presenten los Ministros.

(1) La Ley creará y organizará los departamentos administrativos que requiera el servicio público, con un jefe responsable, y señalará sus funciones. (Art. 33 A.L.N. 1/45).

Los actos del Presidente que necesitan la refrendación del Ministro, son los que tienen un valor jurídico, como decretos, resoluciones y mensajes; él puede tener entrevistas con los agentes diplomáticos extranjeros, sin la asistencia del Ministro de Relaciones Exteriores, pronunciar libremente discursos en las ceremonias oficiales, etc.

El origen histórico de esta formalidad de la refrendación ministerial, se encuentra, dice Hauriou, en una costumbre de cancillería que remonta a las monarquías asiáticas y que, por intermedio del imperio romano, se ha perpetuado en las monarquías modernas, y consiste en la firma de un canciller puesta debajo de la firma del monarca. En este sentido, la refrendación no ha dejado de ser practicada en todos los Estados modernos, aun en aquellos que no admiten el régimen parlamentario.

El Congreso debe determinar el número, nomenclatura y precedencia de los Ministerios, y lo ha hecho por las Leyes 31 de 1923, 56 de 1927, 100 de 1931 y 96 de 1938 y el Decreto extraordinario número 968 de 1940, que disponen que para el despacho de los negocios administrativos de la República, habrá diez Ministerios, cuya nomenclatura y precedencia es ésta: 1º Gobierno; 2º Relaciones Exteriores; 3º Hacienda y Crédito Público; 4º Guerra; 5º Trabajo, Higiene y Previsión Social; 6º Economía Nacional; 7º Minas y Petróleos; 8º Educación Nacional; 9º Correos y Telégrafos, y 10º Obras Públicas.

Por medio del Decreto número 1704 de 1923, que ha sufrido varias modificaciones, el Presidente de la República hizo la distribución de los negocios entre los Ministerios y los Departamentos administrativos (hoy no existe otro Departamento que el de la Contraloría, creado por la Ley 42 de 1923).

Según esta distribución, al Ministerio de Gobierno le corresponden: el personal y material de la Presidencia de la República, del Ministerio de Gobierno, del Congreso Nacional y de las Intendencias nacionales y Comisarías especiales; la policía y gendarmería nacionales; el orden público; las penitenciarías, cárceles, colonias penales y agrícolas, casas de corrección y todo lo que con este ramo se relacione; la medicina legal; el reconocimiento de personería jurídica a las corporaciones e instituciones de utilidad común, y vigilancia de las mismas; los nombramientos y renunciaciones de los Ministros, Gobernadores, Intendentes y Comisarios; el personal y material del Poder Judicial, del Ministerio Público, del Consejo de Estado y Tribunales Administrativos; las elecciones; el notariado y registro; el cambio de radicación de asuntos criminales; la división territorial; la legalización de firmas y autenticación de documentos; la Imprenta Nacional y la publicación del *Diario Oficial* y de

las leyes y decretos; el censo de población; los resguardos y protección de indígenas; los archivos nacionales; la internación y expulsión de extranjeros, y la extradición.

Los decretos números 1808 y 1809 de 1933 (*Diario Oficial* número 22.551) distribuyeron los negocios de este Ministerio en departamentos y secciones de Justicia, Prisiones, Elecciones, Intendencias y Comisarias, Policía Nacional, Negocios generales, Contabilidad y Publicaciones; pero la Ley 83 de 1936 pasó el departamento de justicia a la Procuraduría General de la Nación.

Al de Relaciones Exteriores: el personal y material del Ministerio; la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores; los asuntos relacionados con el Concordato; el servicio diplomático: instrucciones y correspondencia con los empleados diplomáticos y la ejecución de los tratados, límites con los países extranjeros; los servicios de claves y traducción de documentos oficiales; los pasaportes para el exterior; el servicio consular: instrucciones y correspondencia de los empleados consulares; las cartas de naturaleza; certificaciones y autenticaciones; comercio internacional; repatriación de colombianos; condecoraciones; permisos para aceptar cargos o mercedes de Gobiernos extranjeros; la oficina de longitudes, y el archivo y biblioteca de los servicios diplomático y consular.

Al ministerio de Hacienda y Crédito Público: el personal y material del Ministerio; aduanas; puertos; impuestos nacionales; administraciones de hacienda; recaudación de rentas y devolución de las indebidamente cobradas y exención de derechos fiscales; Instituto Geográfico, Militar y Catastral; Juzgados de rentas; Tesorería General, Casas de Moneda; salinas y resguardos de las mismas; pesca de perlas; minas de esmeraldas y demás de propiedad nacional; resguardos de las minas de petróleo; crédito público; Juzgados de ejecuciones fiscales; empréstitos departamentales y municipales; almacenes generales de depósito; bancos; guardacostas; asignaciones civiles; presupuestos nacionales; sección de provisiones y control de exportaciones; Fondo de Fomento Municipal.

Al de Guerra: personal y material del Ministerio, ejército, marina y aviación nacionales; escuelas e institutos militares; armamento, vestuario y equipo del ejército; maniobras e instrucción; hospitales militares y sanidad del ejército; justicia militar; fortalezas, fortificaciones, prisiones militares, cuarteles y arsenales; pensiones militares; remonta; permiso para la estación de buques extranjeros de guerra en aguas de la Nación; fabricación de municiones; introducción de armas y municio-

nes por los particulares; edificaciones y obras relacionadas con el ramo de guerra.

Al de Trabajo, Higiene y Previsión Social: personal y material del Ministerio; convenciones internacionales sobre trabajo, puertos, enfermedades comunicables, etc.; policía sanitaria; control del ejercicio de la medicina, farmacia, enfermería, odontología y veterinaria; control de drogas heroicas, bebidas y alimentos; departamento nacional del trabajo, encargado de cumplir las leyes de carácter social; supervigilancia de los sindicatos, conflictos del trabajo, etc., departamentos de cooperativas y previsión social, higiene, unidades sanitarias, sanidad rural, portuaria y veterinaria, lucha antituberculosa, antivenérea, antileprosa y anticancerosa; Instituto Nacional de Rádium; Laboratorio Nacional de Higiene; protección infantil y materna; departamento de asistencia social; ingeniería sanitaria y comisión de especialidades farmacéuticas; departamento de ingeniería sanitaria, incluso la sección de acueductos y alcantarillados.

Al de la Economía Nacional: personal y material del Ministerio; régimen de tierras; baldíos en general; colonización; bosques nacionales; islas y playones; aguas de uso público; meteorología; agricultura general; caza y pesca; ganadería; granjas agrícolas; comercio e industrias; propiedad industrial: marcas y patentes; inspección de empresas de servicios públicos; turismo; exposiciones nacionales; legalización de compañías extranjeras para trabajar en Colombia, y Cámaras de Comercio.

Al de Minas y Petróleos: personal y material del Ministerio, petróleos, minas, salinas terrestres y marítimas, Laboratorio Nacional de Análisis e Investigación, incluso el Laboratorio de Merceología, y negocios sobre bienes ocultos del Estado.

Al de Educación Nacional: personal y material del Ministerio; universidad nacional; instrucción primaria, secundaria, artística, comercial y profesional; establecimientos pedagógicos; inspección de las universidades, colegios y escuelas particulares; inspección y vigilancia de las profesiones; becas; territorios escolares y misiones católicas; pensiones y jubilaciones de maestros; biblioteca y museo nacionales; observatorio astronómico nacional; banda y teatros nacionales; conservatorio nacional de música; auxilios a los establecimientos de instrucción: textos y útiles para las escuelas; creación, administración y conservación de academias, bibliotecas, archivos históricos, museos, observatorios y demás centros científicos, literarios y artísticos de la Nación; edificios para la instrucción pública; registro de la propiedad literaria y artística, y estadística escolar.

Al de Correos y Telégrafos: personal y material del Minis-

terio; correos, telégrafos, teléfonos, inalámbricos, radiodifusión, cables, aviación postal, convenciones postales y telegráficas, internacionales, Banco Postal y giros postales y telegráficos.

Al de Obras Públicas: personal y material del Ministerio; navegación fluvial; construcción y conservación de parques y jardines nacionales; construcción, conservación y manejo de edificios nacionales; construcción y conservación de monumentos nacionales; construcción y conservación de vías nacionales y puentes, ferrocarriles y cables aéreos; vigilancia e intervención en los ferrocarriles particulares; trazados para vías de comunicación; muelles, faros y boyas; vigilancia sobre construcción de oleoductos y auxilios a obras públicas departamentales y municipales.

El artículo 75 del Código de Régimen Político y Municipal señala atribuciones comunes de los Ministros en relación con sus respectivos ramos.

Debemos advertir que la precedencia en los distintos Ministerios es únicamente para cuestiones de protocolo, pues no existe primacía de un Ministro sobre otro.

El Consejo de Ministros no es un órgano de creación constitucional sino legal: sólo el artículo 207 de la Constitución habla de él, al establecer que los créditos suplementales o extraordinarios se abrirán por el Consejo de Ministros.

La Ley 63 de 1923 organizó dicho Consejo y dijo que se componía del Presidente de la República y de los Ministros del Despacho. Es Presidente del Consejo de Ministros el Jefe del Poder Ejecutivo, y, en los casos de excusa de éste o de cualquier motivo que accidentalmente le impida presidir, lo sustituirá en la Presidencia del Consejo uno de los Ministros en el orden de precedencia fijado en la ley. El Presidente de la República nombra el Secretario del Consejo de Ministros.

En los países de Gobierno parlamentario, el Consejo de Ministros se distingue del Consejo de Gabinete: el primero es presidido por el Jefe de Estado; el segundo, por el primer Ministro (Premier) como Jefe del Poder Ejecutivo, y a él no asiste el Jefe del Estado.

Corresponde al Consejo de Ministros, conforme al artículo 3º de la Ley 63 citada, resolver sobre los asuntos que le están atribuidos por la Constitución, el Código Fiscal, la Ley 14 de 1923 y demás leyes.

Cuando el Consejo de Ministros obra como cuerpo consultivo del Presidente o de cualquiera de los Ministros, sus dictámenes no son obligatorios; pero cuando obra como cuerpo deliberativo en los casos del artículo 3º mencionado, los miembros que concurran con sus votos a la resolución de un asunto

dado, son solidariamente responsables penal y civilmente por la violación de la Constitución o de la ley y por los perjuicios que se causen a la Nación.

¹³³
ARTICULO ~~129~~ — Para ser Ministro se requieren las mismas calidades que para ser Representante. (Artículo 133 de la Constitución de 1886).

Estas calidades fueron analizadas el comentar el artículo 94.

¹³⁴
ARTICULO ~~130~~ — Los Ministros son órgano de comunicación del Gobierno con el Congreso; presentan a las Cámaras proyectos de ley, toman parte en los debates y aconsejan al Presidente la sanción u objeción de los actos legislativos. *En jefe de la Depto. Administrativo.*

inciso 0
Cada Ministro presentará al Congreso, dentro de los primeros quince días de cada legislatura, un informe sobre el Estado de los negocios adscritos a su Departamento, y sobre las reformas que la experiencia aconseje que se introduzcan.

Las Cámaras pueden requerir la asistencia de los Ministros. (Artículo ^{y Encargados} 134 de la Constitución de 1886). *se requirirá de los Camareros de la Presidencia de la Asistencia de la Jefe de Depto. Administrativo. (Art. 34. A. L. 1/45)*

Las materias de que trata el inciso 1º fueron ya estudiadas en los artículos 71 (ordinal 3º), 72, 76 y 113 (ordinal 7º).

En cuanto a las memorias de que habla el inciso 2º, las leyes 4ª de 1913 (Art. 74) y 19 de 1919 (Art. 5º) imponen la obligación de acompañarlas de los datos estadísticos correspondientes y de los proyectos de ley relacionados con las reformas que habrán de indicar en el informe anual que deben presentar al Congreso. Al final de dichos informes, deberán hacer una recapitulación de las leyes vigentes en relación con el respectivo ramo administrativo, con anotación de las que se consideran insubsistentes, reformadas o subrogadas por otras, disposición que no se cumple y que es extravagante.

Del inciso 3º tratamos en el artículo 97 (ordinal 6º).

¹³⁵
ARTICULO ~~131~~ — Los Ministros, como Jefes superiores de la Administración, y los Gobernadores, como agentes del Poder Ejecutivo, pueden ejercer, bajo su propia responsabilidad, determinadas funciones de las que corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, según lo disponga el Presidente. *Jefe de Depto. Administrativo. Gafuero*

Las funciones que pueden ser delegadas serán señaladas por la ley.

La delegación exime al Presidente de responsabilidad, la que corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar el Presidente, reasumiendo la responsabilidad consiguiente. (Artículo 32 del Acto legislativo número 1º de 1936).

35 A. L. N.º 1/45.

El artículo 134 subrogó al artículo 135 de la Constitución de 1886, y las modificaciones consisten en permitir al Presidente delegar sus funciones no sólo a los Ministros sino a los Gobernadores; en reservar a la ley el señalamiento de las funciones

que pueden ser delegadas, y en eximir de responsabilidad al Presidente por los actos o resoluciones del delegatario.

Antes de esta reforma, regía la Ley 63 de 1923, que reglamentaba la delegación y establecía la responsabilidad solidaria del Presidente con el Ministro delegatario en caso de que por un acto de éste se violare la Constitución o la ley.

La Ley 202 de 1936 señaló como funciones que el Presidente podía delegar: a) La de expedir las órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes y decretos reglamentarios; b) La de nombrar y separar los empleados nacionales, con excepción de los Gobernadores, Intendentes y Comisarios, Procurador General de la Nación, Agentes Diplomáticos y consulares, Jefes y Oficiales del Ejército, Secretarios de los Ministerios y Jefes de los departamentos o secciones de éstos; c) La de velar por la recaudación y administración de las rentas y caudales públicos; d) La de inspección de la instrucción pública nacional; e) La de celebrar contratos hasta por tres mil pesos; f) Las indicadas en los ordinales 9º, 17, 19, 20 y 21 del artículo 120 de la Constitución de 1886 (1); y g) Las determinadas en los numerales 1º, 3º, 4º, 6º, 8º, 10 y 14 del artículo 68 del Código de Régimen Político y Municipal.

El Presidente, por Decreto número 500 de 1937, delegó a los Ministros del Despacho Ejecutivo la facultad de nombrar y remover a los empleados de sus dependencias, con las siguientes excepciones: los que lleven anexa autoridad o jurisdicción; los indicados en el aparte b) atrás mencionado; aquellos cuya asignación sea mayor de \$ 1.800 anuales; los de técnicos y profesores extranjeros; los de los ramos diplomático y consular; en el ramo de guerra aquellos cuya asignación anual sea mayor de \$ 1.200; los Directores y Subdirectores de establecimientos de educación; los Administradores de correos y Jefes de las oficinas telegráficas de las capitales de los Departamentos, Intendencias y Comisaría, de los puertos marítimos y de las fronteras en que funcionen aduanas; los de Capitanes de barcos oficiales; los de Directores de las bandas nacionales de música, y los de reciente creación, respecto del primer nombramiento.

La disposición constitucional habla de los Ministros, diciendo que son "Jefes superiores de la administración". En efecto, como dice el doctor Carlos H. Pareja, "los ministros son los verdaderos directores de los servicios públicos que están a su cuidado; como tales, tienen mayor ingerencia y mayor responsa-

(1) Hoy corresponden a los números 8º, 15, 17, 18 y 19 del artículo 115 de orden.

bilidad en los negocios públicos, que el propio Presidente. Cada Ministro es cabeza de los servicios que se le han encomendado, de modo que las resoluciones que dictan en cada uno de sus ramos son inapelables, porque son las últimas en la jerarquía del servicio. Contra ellas no hay otros recursos que los contencioso-administrativos y los judiciales, según los casos" (1).

La transferencia a los agentes del Gobierno de cierto número de atribuciones del mismo Gobierno, es lo que J. Charles-Brun llamó *desconcentración*.

(1) Obra citada, página 89.

TITULO XIII

Del Consejo de Estado

SUMARIO. — Composición del Consejo de Estado. Suplentes. Atribuciones del Consejo.

Fue bajo las Constituciones de 1830 y 1832 cuando por primera vez se creó el Consejo de Estado, que funcionó hasta 1843 (1).

La Constitución de 1886 lo restableció como cuerpo consultivo del Gobierno, como entidad encargada de preparar proyectos de ley y Códigos que debían presentarse a las Cámaras y como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo para el caso de que la ley estableciera esta jurisdicción — lo que jamás hizo.

El Acto legislativo número 10 de 1905 suprimió el Consejo de Estado, el que fue restablecido por Acto legislativo de 1914.

Como motivos para restablecerlo expuso la comisión que informó en el Senado sobre el proyecto:

“Se han creado, abolido y vuelto a fundar (desde que se suprimió el Consejo de Estado), no sabemos cuántas entidades y cuántos empleos de abogados consultores y de abogados de los Ministerios; y hasta se ha apelado, cosa sorprendente, al sistema de contratos para encontrar individuos de reconocida competencia técnica en asuntos jurídicos, que asesoren a los Ministros en materias de trascendencia para el país, y preparen proyectos de leyes que faciliten al Gobierno la iniciativa parlamentaria. De suerte que por estos medios se busca la manera de llenar una apremiante necesidad que el Gobierno ejecutivo es el primero en sentir. Tiempo es, por lo mismo, de suprimir todos esos empleos y cancelar todos esos contratos, y de crear una sola entidad grande y duradera, visible ante el país,

(1) Aunque por Decreto orgánico de 28 de agosto de 1830, Bolívar instituyó un cuerpo consultivo denominado Consejo de Estado, esta entidad era propiamente un Consejo de Gobierno, por razón de sus funciones y del personal que lo componía y nó un tribunal administrativo independiente. *

en la cual se forme una conciencia colectiva que responda del acierto de sus deliberaciones y que establezca tradiciones y jurisprudencia administrativa permanente, como sucede en todas las naciones bien organizadas, donde los proyectos de leyes son obras largas y serenamente preparadas, y donde los Consejos de Estado normalizan la jurisprudencia administrativa y suavizan y hacen fecunda la acción de los Gobiernos, prestándoles luces y compartiendo con ellos responsabilidades”.

Art. 136 - A.I. 14/w

ARTICULO 132. — Habrá un Consejo de Estado compuesto de siete individuos, a saber: el Primer Designado para ejercer el Poder Ejecutivo, que lo preside, y seis Vocales nombrados como lo determine la ley.

Los Ministros del Despacho tienen voz y no voto en el Consejo. (Artículo 1º del Acto reformativo de la Constitución de 1914).

Conforme a la Ley 60 de 1914, hoy sustituida por la Ley 167 de 1941 (Código de lo Contencioso Administrativo), el Consejo de Estado se compone del Primer Designado, que lo preside, o en su defecto, del Segundo Designado, y de seis Consejeros, elegidos, tres por el Senado, y tres por la Cámara de Representantes. La Corte Suprema de Justicia declaró exequible la disposición de que el Segundo Designado suplira las faltas del Primero:

Se ha dado voz a los Ministros en las deliberaciones del Consejo para que expliquen o defiendan los asuntos de su resorte; pero no solamente carecen de voto, sino que la ley manda que la votación se haga después de que los Ministros se hayan retirado.

Debiera dejarse a la ley la fijación del número de Consejeros, tal cual tratándose de la Corte Suprema de Justicia dispuso el Acto legislativo número 1º de 1924 que ésta se compusiera del número de Magistrados que determinara la ley, pues iguales razones militan para reservar al legislador la fijación del número de Consejeros, ya que el aumento creciente de los negocios que entran al Consejo obligará, a la larga, a dividirlo en Salas, para facilitar el trabajo e impedir la demora en el despacho por el recargo de negocios. Con el número actual de Consejeros es materialmente imposible llenar la atribución de preparar proyectos de ley y de Códigos, por lo cual el Gobierno ha tenido necesidad de crear comisiones especiales de abogados encargados de redactar las reformas de los Códigos Penal, Civil, Mercantil, etc.

No se ve la razón de conveniencia o de técnica por la cual el Designado deba ser Presidente del Consejo de Estado. Solamente se explica que el constituyente de 1914 al restablecer la institución, le hubiera asignado la Presidencia de ella al Pri-

mer Designado, por la circunstancia de que el Congreso de ese año copió literalmente en el Acto reformativo lo que la Constitución de 1886 disponía en el título XIII, que había sido derogado por el Acto legislativo número 10 de 1905.

Como la Constitución de 1886 asignaba la Presidencia del Consejo de Estado al Vicepresidente de la República, y este cargo había sido eliminado, el Acto legislativo de 1914 la asignó al Primer Designado que, bajo las instituciones a la sazón vigentes, venía a reemplazar las faltas temporales del Presidente de la República.

No se paró mientes en que las razones que tuvo el Consejo de Delegatarios de 1886 para darle al Vicepresidente de la República la Presidencia del Consejo de Estado, no tenían cabida tratándose de los Designados. Expone el comentador Samper que la razón que hubo para darle al Vicepresidente de la República la Presidencia del Consejo, era la conveniencia de vincularlo a la Administración y darle algún cargo efectivo; cosa que en otros países, como en los Estados Unidos, se ha hecho, dándole la Presidencia del Senado.

Pero estas razones, que serían de peso tratándose de un Vicepresidente de la República —elegido como en la Constitución de 1886, popularmente, con el Presidente de la República, para un largo período—, no tienen fuerza alguna en relación con los Designados creados por el Acto legislativo número 3 de 1910: ellos son elegidos para un período corto, no mediante votaciones populares, sino por el Congreso, y no llenan las faltas absolutas del Presidente sino mientras se procede a nueva elección.

Antes bien, múltiples consideraciones contraindican al Designado para presidir el Consejo de Estado. En primer lugar, en una corporación de esta índole, por la naturaleza misma de las funciones que le están adscritas, los Consejeros deben tener un período relativamente largo, como es el de cuatro años que les señala el artículo 135 de la Constitución, y en cambio, el Designado tiene el período corto de un año, lo que no garantiza la uniformidad y continuidad en la doctrina, que el constituyente se propuso al no permitir la renovación del Consejo sino por mitad.

En segundo lugar, si el Presidente del Consejo es un Consejero como cualquiera otro, como así lo han establecido la ley y la jurisprudencia, se llega al absurdo de que pueda presidir el Consejo un individuo que no reúna ninguno de los requisitos exigidos por la Constitución para ser Consejero. Es sabido que ella exige para el desempeño de este cargo las mismas condiciones que para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justi-

cia, esto es, haber cumplido treinta y cinco años de edad y haber sido Magistrado de alguno de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, o haber ejercido con buen crédito, por cinco años a lo menos, la profesión de abogado o el profesorado en jurisprudencia en algún establecimiento público. Como la Constitución no fija la edad requerida para ser Designado, pero debe entenderse que es la misma que para ser Presidente de la República, o sea la de treinta años, y no exige tampoco que el Designado sea versado en la ciencia del Derecho, bien puede suceder que llegue el caso de que el Consejo de Estado sea presidido por un individuo que no reúna ninguno de los requisitos constitucionales para ser Consejero. Admitir la tesis de que es necesario reunirlos para desempeñar la Presidencia del Consejo, es llegar a la conclusión —también inconstitucional— de que no pueden ser elegidos Designados sino abogados que reúnan los requisitos necesarios para ser Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, lo que equivaldría a establecer un privilegio odioso en favor de un gremio profesional, con perjuicio en algunos casos de los intereses generales del Estado, que pueden aconsejar en un momento dado, por razones de orden político, la elección de Designado en un estadista que no sea abogado. Si bajo la Constitución de 1886 no se presentó este inconveniente fue porque entonces el Consejo de Estado no desempeñaba las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, y era ante todo un Cuerpo consultivo del Gobierno en asuntos de administración.

En tercer lugar, casi siempre los Designados se eligen con un criterio político, que es el menos indicado para la escogencia del Presidente de una corporación que, como el Consejo de Estado, ejerce la jurisdicción contencioso-electoral y contencioso-administrativa, ambas estrechamente vinculadas a los intereses de los partidos políticos, que no deben influir en las decisiones de un Tribunal Supremo de esta índole.

Por todas estas consideraciones sería de desearse que al igual de otros países en donde existe la institución del Consejo de Estado, no se diera la Presidencia de él ni al Primero ni al Segundo Designado para ejercer el Poder Ejecutivo.

La Corte Suprema de Justicia negó la demanda de nulidad de la elección de Segundo Designado recaída en un ciudadano que no reunía los requisitos para ser Consejero de Estado.

ARTICULO 139. — Para ser Consejero de Estado se requieren las mismas condiciones que para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia. (Artículo 2º del Acto reformativo de la Constitución de 1914).

Estas calidades serán analizadas al tratar del artículo 147.

ARTICULO 134. — El cargo de Consejero es incompatible con cualquier otro empleo público efectivo y con el ejercicio de la abogacía. (Artículo 3º del Acto reformativo de la Constitución de 1914).

El cargo de Consejero, que tiene adscritas las funciones de Magistrado del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, debe desde luego ser incompatible con el ejercicio de la abogacía y con todo otro empleo, por las mismas razones de incompatibilidad que existen respecto de los cargos del Poder Judicial.

El señor Samper dice que por empleo *efectivo* debe entenderse aquí el que se está ejerciendo en propiedad y nó con el carácter de interino o de suplente. "De modo que si un ciudadano tiene el título de suplente para servir, llegado el caso, en la Corte Suprema o en el Congreso, mientras no lo ejerza efectivamente no tiene impedimento para servir el empleo de Consejero de Estado, puesto que sólo uno de los dos servicios es efectivo o está produciendo sus efectos".

Si esto es así, el adjetivo *efectivo* está de sobra, porque un Consejero de Estado que ocupa puesto en el Congreso (por estar elegido Senador o Representante antes de ser elegido Consejero) o en la Corte Suprema de Justicia como suplente, etc., pierde su puesto desde que entra a desempeñar el cargo. Mejor habría sido decir como dice el artículo 159, que el cargo de Consejero es incompatible con el ejercicio de cualquier otro cargo retribuido y con toda participación en el ejercicio de la abogacía.

Inciso tercero del art. 136.

ARTICULO 136. — Los Consejeros de Estado durarán cuatro años, y se renovarán ~~por mitad~~ cada dos. (Artículo 4º del Acto reformativo de la Constitución de 1914).

parcialmente.

La elección de Consejeros se hace por las Cámaras mediante el sistema del cuociente electoral, establecido por la Ley 67 de 1937, y por turnos cada dos años, de modo que el Consejo se renueva por mitad. Para este efecto se acordó que los Consejeros elegidos por la Cámara de Representantes en el primer período sólo durarían dos años, y los del Senado cuatro.

Inciso tercero del art. 136.

ARTICULO 136. — La ley determinará el número de suplentes que deben tener los Consejeros, y las reglas relativas a su nombramiento servicio y responsabilidad. (Artículo 5º del Acto reformativo de la Constitución de 1914).

El artículo 1º de la Ley 60 de 1914 (hoy sustituido por el 7º de la Ley 167 de 1941), dispuso que las faltas temporales y las

Cada miembro del Consejo tendría un suplente, elegido por las Cámaras en la misma forma q' los principales. Los suplentes reemplazarán a los principales en la caso de falta absoluta o temporal.

absolutas del Primer Designado fueran llenadas en el Consejo por el Segundo Designado, al cual correspondería en este caso la Presidencia de la Corporación, como ya lo dijimos. Demandada la inexequibilidad de tal disposición, la Corte Suprema la declaró exequible por sentencia de 7 de noviembre de 1932, con fundamento en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, del citado artículo 1º del Acto Reformatorio de la Constitución, de 1914, según sus voces, no puede concluirse que esté excluido el Segundo Designado para ejercer la Presidencia del Consejo de Estado, cuando falta el Primer Designado, porque según el artículo 126 de la Constitución, si el encargado del Poder Ejecutivo tiene la misma preeminencia y ejerce las mismas atribuciones que el Presidente, cuyas veces desempeña, consecencialmente el Designado, en su condición de tal, bien se trate del primero o del segundo, ejerce las mismas atribuciones, y si es atribución del Primer Designado ejercer la Presidencia del Consejo de Estado, según el estatuto dicho, esa misma atribución desde el punto de vista constitucional, debe corresponder al Segundo Designado, a falta del Primero.

Por tanto, el artículo 1º de la Ley 60 de 1914 no ha hecho aplicación del artículo 5º del Acto Legislativo del mismo año, como lo considera el demandante, sino que ha interpretado las disposiciones constitucionales que crearon dos Designados con el fin obvio y natural de que el Segundo llenara las faltas del Primero, en sus funciones constitucionales y legales. (Gaceta Judicial, número 1880).

El artículo 8º de la Ley 167 de 1941 dispone que los Consejeros tendrán dos suplentes cada uno, designados en la misma forma y por la misma entidad que hace los nombramientos de los principales; que estos suplentes reemplazarán a aquéllos en las faltas temporales que ocurran dentro del período legal; y también en las absolutas mientras se llena la vacante, y que a falta de suplentes que ocupen el cargo, el Presidente de la República nombrará un interino.

El artículo 7º de la misma ley dispone que cada 4 años el Senado elegirá un Consejero segundo suplente llamado a llenar las faltas temporales o absolutas del Segundo Designado, y que cuando dicho suplente entre a ejercer su cargo, tendrá las funciones propias de un Consejero de Estado, y la Corporación será entonces presidida por el Vicepresidente, que el Consejo elige el 1º de diciembre de cada año.

Este artículo fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia.

En cuanto a la responsabilidad, la Ley 105 de 1931 (Art. 20) dispone que de las causas contra los Consejeros de Estado conozca el Senado, a virtud de acusación de la Cámara de Representantes.

141

ARTICULO 137. — Son atribuciones del Consejo de Estado:

1ª Actuar como Cuerpo Supremo consultivo del Gobierno, en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos que la Constitución y la leyes determinen.

Los dictámenes del Consejo no son obligatorios para el Gobierno,

2ª Preparar los proyectos de ley y de códigos que deban presentarse a las Cámaras Legislativas, y proponer las reformas convenientes en todos los ramos de la legislación.

3ª Desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso administrativo conforme a las reglas que señale la ley.

4ª Darse su propio reglamento, ~~con la obligación de celebrar por lo menos tres sesiones en cada semana, y las demás que le señalen las leyes~~ (Artículo 6º del Acto reformativo de la Constitución de 1914).

Salvo ya el caso de art. 217 de la Const. e. y ejercer la misma función q' la ley determina. (art. 40 A.L. 1º/45)

El Consejo deberá ser necesariamente oído en los casos de que tratan los artículos 28 de la Constitución y 33 del Acto legislativo número 3 de 1910 (28 y 117 de orden), y también para ejercer las atribuciones 10 y 11 del artículo 115 (por mandato del artículo 24 de la Ley 167 de 1941), sin que en ninguno de estos casos el dictamen del Consejo sea obligatorio para el Gobierno.

Deberá también oírse al Consejo en los demás asuntos que las leyes determinen, como son, por ejemplo, los contratos cuyo valor sea o exceda de \$ 5.000, para decidir si están o no ajustados a las autorizaciones legales, o en los contratos que celebre el Gobierno mediante declaración de urgencia, para decidir si efectivamente existe la urgencia, casos en los cuales los dictámenes del Consejo son obligatorios.

En los demás asuntos es facultativo del Gobierno consultarle al Consejo, siempre que la consulta verse sobre cuestiones de administración.

El Decreto número 1047 de 1927 dispuso que los Ministros del Despacho ejercieran, por delegación, llegado el caso, la facultad de consultar al Consejo de Estado.

La atribución dada a éste de servir de Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno en asuntos de Administración, en la práctica ha ofrecido muchos inconvenientes, porque el Gobierno consulta al Consejo sobre materias administrativas en que considera dudosa la interpretación de los textos legales, y si de acuerdo con el dictamen de esta corporación resuelve cuestiones concretas, y las resoluciones ministeriales recaídas en la respectiva actuación son llevadas al Consejo en demanda de nulidad por estimar los interesados que aquéllas son violadoras de la Constitución o de las leyes o lesivas de sus derechos civiles, acontece entonces que el Consejo tiene ya prejuzgadas las cuestiones.

Para evitar tamaños inconvenientes, el Consejo ha optado

por abstenerse de resolver las consultas que le hacen los Ministros cuando versan sobre casos concretos o asuntos que luégo puedan ser materia de un juicio contencioso. La facultad apuntada no se obviaría sino, o quitándole al Consejo el carácter de supremo cuerpo consultivo, o dividiéndolo en Salas —previo aumento de su personal— para atribuir a la de negocios generales la resolución de las consultas sobre asuntos administrativos, en que, al surgir controversia, no vendría esta sala sino la de lo contencioso a fallar sobre la constitucionalidad o legalidad de los actos ministeriales acusados ante el Consejo.

El señor Samper critica la redacción del ordinal 2º, porque dice que, a primera vista, parece que quisiera expresar que todos los proyectos de ley que déban presentarse a las Cámaras serán preparados por el Consejo de Estado, y todas las reformas en la legislación, propuestas por aquél, lo que no es exacto, porque los Senadores y Representantes y los Ministros tienen la iniciativa parlamentaria con las limitaciones que la Constitución establece. En esta virtud propone que el ordinal se modifique así: "Preparar los proyectos de ley y de Códigos que el Gobierno resuelva presentar o proponer a las Cámaras, etc.".

Atento a esta observación, el artículo 28 del nuevo Código de lo Contencioso Administrativo reza:

Corresponde al Consejo de Estado preparar proyectos de ley y de Códigos y proponer las reformas convenientes en todos los ramos de la legislación.

Conforme al artículo 144 del Reglamento del Senado, los proyectos de ley que el Consejo resolviera proponer, serán firmados por los miembros del mismo y dirigidos con nota remisoría al Presidente del Senado, el que los pasará a la Comisión permanente respectiva para que ella, si lo tiene a bien, los presente en la forma que estime conveniente.

El Consejo conoce, privativamente y en una sola instancia, de las contenciones sobre suministros, empréstitos y expropiaciones en tiempo de guerra; de las causas o negocios contenciosos sobre presas marítimas; de las competencias suscitadas entre la Nación y los Departamentos o Municipios sobre facultades administrativas, o de competencias entre dos o más Departamentos sobre las mismas facultades; de las cuestiones relacionadas con la condición de ocultos que tengan los bienes denunciados como tales; de los recursos contencioso-administrativos contra las resoluciones u otros actos del Gobierno, o de los Ministros, o de cualquier funcionario o persona administrativa del orden nacional que pongan fin a una actuación administrativa, con excepción de las que se originen en contra-

tos celebrados en nombre del Estado, pues las acciones contra estas últimas providencias sólo pueden ejercitarse ante la justicia ordinaria; de las indemnizaciones a cargo del Estado por causa de trabajos públicos nacionales; de las acusaciones contra las resoluciones del Contralor General de la República; de la revisión de las cartas de naturaleza conforme a la Ley 22 de 1936, y de la declaración de extinción de la condición resolutoria en la adjudicación de tierras baldías, cuando el Gobierno no resolviera sobre la solicitud del adjudicatario en los términos señalados en la Ley 52 de 1931.

El nuevo Código de lo Contencioso Administrativo, al consignar la cláusula general de competencia del Consejo para revisar todas las providencias de las autoridades administrativas del orden nacional cuando quiera que sean acusadas de violadoras del orden jurídico o de lesivas de derechos privados y no susceptibles ya de otros recursos, ha realizado el ideal en esta materia, y uno de los mayores avances en nuestras instituciones políticas.

En segunda instancia, conoce el Consejo de las apelaciones contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos departamentales, sobre validez o nulidad de las ordenanzas u otros actos de las Asambleas que hayan sido acusados como violadores de la Constitución o de las leyes, o lesivos de derechos civiles; sobre elecciones de los Diputados y de Concejales de las capitales de Departamento; sobre nulidad de los decretos y resoluciones de los Gobernadores, Intendentes, Comisarios y demás funcionarios del orden departamental, intendencia o comisarial; sobre el monto, distribución o asignación de los impuestos nacionales cuando la cuantía sea de \$ 500 o más; sobre asuntos municipales de las capitales de Departamento, y sobre imposición de multas por los mismos Tribunales Administrativos, y de las apelaciones contra las providencias de la Contraloría General de la República en los juicios de cuentas seguidos a los empleados de manejo, cuando el monto de las glosas sea de \$ 500, o más.

El Consejo de Estado conoce de los actos del Gobierno o de los Ministros, que no sean de la clase de los sometidos a la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia por el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, cuando sean contrarios a la Constitución o a la ley, o lesivos de derechos civiles. La jurisprudencia tanto de la Corte Suprema como del Consejo, tiene sentada la doctrina de que a la primera corresponde decidir sobre la exequibilidad de todas las leyes o decretos (bien sean éstos legislativos o ejecutivos) acusados como inconstitucionales, y al segundo, decidir acerca de la validez de los decretos

ejecutivos acusados por ilegalidad, o de las resoluciones ministeriales acusadas como inconstitucionales o ilegales.

Lo científico sería reservar a la Corte Suprema el control jurisdiccional de las leyes y proyectos de ley, y al Consejo de Estado el control jurisdiccional de todos los actos administrativos (decretos y resoluciones), porque ésta es materia propia de la naturaleza de esta institución.

Una importante innovación introducida por la Ley 167 de 1941 fue la de atribuir a los Ministerios el conocimiento de las solicitudes sobre pensiones, recompensas militares, sueldos de retiro, etc., con recurso de apelación ante el Consejo de Estado, con el cual deberán consultarse las Resoluciones que dicten los Ministerios en estos asuntos, siempre que impongan una obligación a cargo del Estado o de una persona administrativa de carácter nacional.

No hay duda que la reforma más trascendental contenida en la Ley 167 de 1941 era la del artículo 62, según el cual podían ser acusados ante el Consejo de Estado los decretos del Gobierno por motivos de inconstitucionalidad, artículo que en este punto fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia.

Aquella reforma entrañaba un notable progreso en nuestros estatutos jurídicos, pues permitía la suspensión provisional del acto acusado, con la cual se lograba que los efectos de éste no causaran perjuicio al particular o al orden jurídico nacional, daba lugar al restablecimiento del derecho por el mismo fallo que decidía de la acción de nulidad, y hacía que la declaratoria de inexecutable del decreto inconstitucional produjera o pudiera producir efectos retroactivos, o mejor, retrospectivos, nada de lo cual puede tener lugar cuando es la Corte Suprema de Justicia la que conoce de las demandas sobre inexecutable de los decretos acusados ante ella por motivos de inconstitucionalidad.

Es, en efecto, absurdo que cuando un decreto se acusa por ilegal pueda ser suspendido por la jurisdicción contencioso-administrativa, y, en cambio, cuando se le acusa por inconstitucional no exista tan eficaz garantía, no obstante que se trata de la violación de una norma superior, nada menos que del quebrantamiento del orden superlegal de la República; absurdo también que la lesión de los derechos de los particulares causada por la violación de disposiciones legales, dé lugar al restablecimiento del derecho por el mismo fallo que anula el acto ilegal, y no lo dé cuando la lesión proviene de violación de disposiciones constitucionales, y, por último, es sabido que la jurisprudencia de la Corte Suprema tiene sentada la doctrina de

que las sentencias que declaran la inexequibilidad de los decretos del Gobierno por motivos de inconstitucionalidad, no obran sino para lo futuro, de modo que los hechos ya consumados por virtud de esos decretos no son afectados por la declaración de inexequibilidad, lo que significa que el particular que ocurre a la justicia ordinaria, en muchos casos no obtendrá sino un triunfo teórico, en interés del restablecimiento del orden constitucional quebrantado, pero no en amparo de sus derechos vulnerados durante la vigencia del acto inconstitucional.

En la exposición de motivos del proyecto de Código, preparado por el Consejero doctor Miranda, se expresaron ampliamente las razones por las cuales el Consejo de Estado propuso atribuir a esta corporación el conocimiento de las demandas sobre inconstitucionalidad de los decretos del Gobierno, aduciendo los inconvenientes, que presentaba el sistema legal anterior, de colocar bajo distintas jurisdicciones un mismo acto, según que se formulara contra él el cargo de violar la Constitución o la ley, pudiendo dar lugar a decisiones contrarias, y conduciendo a la tesis anticientífica de que la Corte decida sobre la exequibilidad de actos del Gobierno que, orgánicamente son por su naturaleza administrativos.

Si está bien que a la Corte Suprema de Justicia se confíe el control jurisdiccional de los actos del Órgano Legislativo —por no haber en Colombia dentro de este Poder otro tribunal más alto, como sí lo había en Austria, en Checoslovaquia y en España bajo la denominación de Tribunal de Justicia Constitucional o de garantías constitucionales—, no lo está que se le confíe el recurso jurisdiccional contra los actos del Órgano Ejecutivo, porque entonces vendría la Corte a convertirse en tribunal supremo de lo contencioso-administrativo, jurisdicción que el artículo 137 de la Codificación Constitucional (6º del Acto reformativo de 1914) atribuye privativamente al Consejo de Estado. H. Berthelemy enseña que los tribunales judiciales no pueden conocer de los litigios que se suscitan sobre los actos de la Administración, porque es anormal y contrario a las nociones que tenemos de la Administración y de la Justicia, admitir que la autoridad judicial resuelva los conflictos que surjan de los mandatos o disposiciones de la autoridad administrativa, ya que ello violaría el principio fundamental de la separación de funciones de los distintos Órganos del Estado.

Estaba bien que en 1910, cuando el Consejo de Estado no había sido restablecido, el constituyente hubiera atribuido a la Corte Suprema el control jurisdiccional sobre la constitucionalidad de los decretos del Gobierno, por falta de otro tribunal al cual atribuirlo; pero, desde el momento en que en 1914 fue res-

tablecido el Consejo de Estado con funciones de tribunal supremo de lo contencioso-administrativo, a éste debe corresponderle privativamente, por la naturaleza misma del negocio, la competencia para fallar sobre la exequibilidad de un acto de la Administración.

Se hace necesaria la expedición de un Acto Legislativo por el cual se cree el Tribunal de Conflictos, para que decida las competencias, positivas o negativas, que puedan suscitarse entre la Corte Suprema y el Consejo de Estado, pues conforme al sistema legal actual, de que en caso de insistencia prevalezca el parecer de la Corte, se coloca al Consejo en un estado de subordinación inaceptable, que sólo se explica por la razón histórica de ser la justicia ordinaria, cronológicamente, anterior a la contencioso-administrativa.

El Consejo tiene, además, las atribuciones de nombrar los peritos evaluadores a que haya lugar en los casos de venta de bienes nacionales o arrendamiento de los mismos, y de adquisición de bienes por el Estado cuando no sea para la construcción de obras públicas; nombrar los Magistrados de los Tribunales seccionales de lo Contencioso Administrativo y los Conjuces del mismo Consejo y decidir si los contratos celebrados por el Gobierno se ajustan o nó a las autorizaciones legales en los casos que ya vimos.

Conforme a la Ley 67 de 1943, el conocimiento de las apelaciones y de los incidentes de excepciones y tercerías que se susciten en los juicios por jurisdicción coactiva en asuntos nacionales, corresponde al Consejo de Estado cuando la cuantía del negocio, en su acción principal, sea de quinientos pesos o más.

La Ley 80 de 1935 primero, y luego la 167 de 1941, establecieron el llamado recurso contencioso de plena jurisdicción, al atribuirle al Consejo la determinación del modo de restablecer el derecho lesionado, a solicitud de parte interesada.

El Consejo conoce en pleno de todos los asuntos, pues la Ley 70 de 1930 eliminó las salas en que estaba dividido.

Las funciones del Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo se hallan reguladas por la Ley 167 de 1941, que sustituyó a la 130 de 1913, orgánica de esta institución (1).

(1) Consúltese la obra **Derecho Contencioso Administrativo Colombiano**, Comentarios al nuevo Código de la materia, por Tulio Enrique Tascón.

TITULO XIV

Del Ministerio Público

SUMARIO. — Atribuciones del Ministerio Público. Del Procurador General. Su duración. Sus funciones.

142
ARTICULO 138. — El Ministerio Público será ejercido, bajo la suprema dirección del Gobierno, por un Procurador General de la Nación, por los Fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito y por los demás funcionarios que designe la ley.

La Cámara de Representantes ^{tiene} ~~ejerce~~ determinadas funciones fiscales. ^{Fiscales}
(Artículo 142 de la Constitución de 1886). *En funciones del Sr. P. Tardieu de nueva categoría, remuneración, sueldo y prestaciones q' los juzga y quita ante quien ejerce su cargo. Art. 44 p. 6. 12/48*

“Entiéndese por ministerio fiscal, que también se llama Ministerio público las funciones de una magistratura particular, dice Escriche, que tiene por objeto velar por el interés del Estado y de la sociedad en cada tribunal; o que bajo las órdenes del Gobierno tiene cuidado de promover la represión de los delitos, la defensa judicial de los intereses del Estado, y la observancia de las leyes que determinan la competencia de los tribunales”.

A los agentes del Ministerio público se les dió el nombre de procuradores fiscales, o de fiscales simplemente, porque eran nombrados por el rey para defender los intereses del fisco.

La institución del Ministerio Público nació en Francia, en 1302, cuando a los Procuradores del Rey se atribuyéron las funciones de representantes de la sociedad, y fue organizada desde sus orígenes con el carácter de ramo del poder ejecutivo.

Anota Garsonet que la Asamblea Constituyente, si bien quiso al principio suprimir el Ministerio Público para castigar los servicios que le había prestado al poder real, al darse cuenta de “las ventajas que esta institución presenta desde el punto de vista de la correcta administración de la justicia civil y de la seguridad de la represión, la Asamblea decidió conservar cerca de los Tribunales, oficiales del Ministerio Público llamados Comisarios del Rey y nombrados por éste. La Asamblea los clasificó como agentes del Poder Ejecutivo y, por una singular in-

consecuencia, los hizo inamovibles y, por tanto, independientes del poder del cual la Asamblea era órgano”.

“Entre nosotros, el nombramiento del Procurador y de los demás agentes del Ministerio Público correspondió al Presidente de la República, previa consulta del Consejo de Estado, en la Constitución de 1830. En la de 1853 el Procurador fue de elección popular. En la de 1863, lo designaba la Cámara. A partir de la de 1886 hasta hoy, se asignó al Jefe del Ejecutivo el nombramiento de todos los agentes del Ministerio Público, primero directamente y luego, desde 1910, de ternas formadas por las Asambleas Departamentales.

“De estos modos de elección el que más ha perdurado sin dar lugar a reparo alguno fundado, es el de origen ejecutivo, lo cual por sí solo aconsejaría su conservación. La elección popular de los Fiscales no consiguió arraigo en las costumbres nacionales y, en general, es inadecuada para la provisión de empleos que requieren conocimientos técnicos. El nombramiento por la Cámara no se justifica si se acepta la tesis de que los Fiscales son agentes del Ejecutivo. La designación por entidades judiciales nunca ha tenido uso en Colombia, y sería inaplicable, porque el ministerio público no hace parte del Poder u Organo Judicial” (1).

El Ministerio público es una rama del Poder administrativo o ejecutivo, y nó del Poder judicial como comúnmente se cree, pues a él no le corresponde la función de juzgar. Por tanto, el Título XIV ha debido colocarse después del XII, entre los títulos referentes al Poder Ejecutivo, y antes del XIII, que trata del Consejo de Estado.

El Consejo de Estado, en concepto emitido el 13 de abril de 1896, dijo:

“Nuestro derecho positivo no deja duda en el particular, y conforme a él es evidente que el Ministerio Público no forma parte del poder judicial. La duda no ha podido surgir sino de reminiscencias de la legislación española, conforme a la cual los Fiscales de las Audiencias formaban parte de ellas y entraban a llenar las plazas de los vocales en ciertos casos y causas”.

El Código de Organización Judicial (Ley 105 de 1931, artículos 159 y siguientes) determina los funcionarios que ejercen el Ministerio Público y sus respectivas atribuciones.

Estos funcionarios son: el Procurador General de la Nación, los Fiscales de los Tribunales y de los Juzgados Superiores de Distrito Judicial, los Fiscales de los Juzgados del Circuito y los Personeros municipales.

(1) Informe del Fiscal del Consejo de Estado, 1939.

A éstos tenemos que agregar el Fiscal del Consejo de Estado y los Fiscales de los Tribunales seccionales de lo contencioso administrativo; pero de éstos hoy sólo funcionan los de Bogotá y Cúcuta.

La Ley 83 de 1936 creó Procuradores Delegados en lo Civil y en lo Penal, que actúan bajo la dirección del Procurador General y que son designados por el Presidente de la República.

De las funciones fiscales de la Cámara de Representantes tratamos al hablar del artículo 102 (ordinal 4º).

El señor Samper es de parecer que el Procurador General sea elegido por la Cámara de Representantes, como lo era bajo la Constitución de 1863; pero nos permitimos disentir, en primer lugar, porque no aceptamos el concepto de que la Cámara sea parte del Ministerio público, y en segundo lugar, porque si el Gobierno tiene la suprema dirección del Ministerio público, lo natural es que el Procurador General, verdadera cabeza de ese Ministerio, sea de libre nombramiento por parte del Gobierno, para que obre bajo sus órdenes tanto en la defensa de los intereses materiales del Estado como en la defensa de los intereses sociales.

Se explica que las Constituciones anteriores a la de 1886 dieran a la Cámara la atribución de elegir el Procurador General porque éste era llamado a ejercer la presidencia de la República a falta de los designados.

La Constitución rusa establece que el Fiscal de la U.R.S.S. será nombrado por el Soviet supremo y que dicho Fiscal designará los Fiscales de las Repúblicas Socialistas Soviéticas, los cuales a su turno nombran los Fiscales de Departamento y de Distrito, con la aprobación del Fiscal de la U.R.S.S. También entre nosotros se ha propuesto en varias legislaturas una reforma constitucional encaminada a que el Procurador General de la Nación sea elegido por la Cámara de Representantes y que él nombre los Fiscales de los Tribunales Superiores y de los Juzgados Superiores y de Circuito.

143.

ARTICULO 139. — Corresponde a los funcionarios del Ministerio Público defender los intereses de la Nación; promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas; supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos, y perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social. (Artículo 143 de la Constitución de 1886).

A este artículo hay que observarle que los agentes del Ministerio público no defienden únicamente los intereses de la Nación sino también los de los Departamentos y Municipios.

El Código de Organización Judicial atribuye a los Fiscales de los Tribunales: llevar la voz del Ministerio público en to-

dos los asuntos en que éste deba intervenir, que se ventilen ante los Tribunales Superiores; promover la averiguación de los delitos cuando deba procederse de oficio; oír las quejas por demora o denegación de justicia en los tribunales y procurar que se exija la responsabilidad al culpado, y representar y defender los intereses del Estado, del Departamento y de los Municipios en asuntos de la competencia de los tribunales.

Los Fiscales de los Juzgados Superiores llevan la voz del Ministerio público en los negocios que cursan en dichos Juzgados. Los Fiscales del Circuito, aunque creados por la ley, no han principiado a funcionar.

ver art. 145
ARTICULO 144. — El período de duración del Procurador General de la Nación será de tres años. (Artículo 144 de la Constitución de 1886).

45 Art. 145
La Constitución de 1886, que consagró el principio general de que los agentes del ministerio público eran de libre remoción por parte del Gobierno, hizo una excepción tratándose del Procurador General, sin duda por la consideración de que él tiene la atribución de presentarle a la Cámara de Representantes denuncias y quejas contra el Presidente de la República y demás funcionarios a que se refiere el ordinal 5º del artículo 96 de la Codificación.

145
ARTICULO 145. — Son funciones especiales del Procurador General de la Nación:

1ª Cuidar de que todos los funcionarios públicos al servicio de la Nación desempeñen cumplidamente sus deberes;

2ª Acusar ante la Corte Suprema a los funcionarios cuyo juzgamiento corresponda a esta Corporación;

3ª Cuidar de que los demás funcionarios del Ministerio Público desempeñen fielmente su cargo, y promover que se les exija la responsabilidad por las faltas que cometan;

4ª Nombrar y remover libremente a los empleados de su inmediata dependencia.

Y las demás que le atribuya la ley. (Artículo 145 de la Constitución de 1886).

El artículo 175 del Código de Organización Judicial (Ley 105 citada), en desarrollo de este artículo, dice que son funciones del Procurador General de la Nación:

1º Dar a la Cámara de Representantes denuncias y quejas contra los Ministros del Despacho Ejecutivo, los Magistrados de la Corte Suprema y los Consejeros de Estado.

2º Llevar la voz del Ministerio público en todos los asuntos en que él debe intervenir y se ventilen en la Corte Suprema.

3º Promover, por sí o por medio de sus agentes, la instrucción del sumario para la averiguación y castigo de los delitos

de que tenga noticia que se hayan cometido y que den lugar a procedimiento de oficio.

4º Promover y sostener los juicios para la defensa de los bienes o intereses del Estado, observando las instrucciones que en el particular reciba del Gobierno, y representar a aquél en los juicios que contra él se dirijan.

5º Defender ante la Corte Suprema los intereses de los Departamentos y de los Municipios, cuando el Estado no tenga interés en el asunto y la respectiva entidad no tenga representante constituido ante la Corte.

6º Solicitar la práctica de las diligencias judiciales que puedan convenir a los intereses nacionales.

7º Oír las quejas que se le den por demora o denegación de justicia contra los Magistrados de la Corte Suprema, examinar los respectivos asuntos, y si encuentra fundada la queja procurar que se subsane la falta, ocurriendo en caso necesario, a la Cámara de Representantes.

8º Imponer multas hasta de \$ 50.00 a los empleados de su dependencia que no cumplan las órdenes e instrucciones que les comunique; y

9º Tratar del ramo judicial, con particular esmero, en los informes anuales al Gobierno, indicando la marcha de la administración de justicia, los inconvenientes que se hayan presentado y las reformas que convenga hacer, acompañados de las respectivas relaciones de estadística judicial.

Es de advertir en relación con el ordinal 4º que el procurador no puede promeover o desistir de los juicios sino con expresa autorización del Gobierno, el cual se la imparte por medio de resoluciones ejecutivas.

art. 146. V. art. 46 A.L. 1º/45.



TITULO XV

De la administración de justicia

SUMARIO. — I. Corte Suprema de Justicia. Calidades para ser Magistrado de ella, y duración de los Magistrados. Atribuciones de la Corte Suprema. — II. Tribunales Superiores de Distrito. Calidades y duración de sus miembros. — III. Juzgados inferiores. Calidades para ser Juez. — IV. Disposiciones varias acerca de los Jueces y Magistrados. — V. Reglas generales. — VI. Autorización para establecer el Jurado para causas criminales; tribunales de comercio; contencioso-administrativos.

147.
ARTICULO ~~147~~. — La Corte Suprema de Justicia se compondrá del número de Magistrados que determine la ley, ~~pero ese número no podrá ser menor de nueve~~. La misma ley dividirá la Corte en Salas, ~~una de las cuales será para la casación en materia civil, otra para la casación en asuntos criminales, y otra de Negocios Generales~~, señalará a cada una de ellas los asuntos que debe conocer separadamente, y determinará aquellos en que deba intervenir toda la Corte. (Artículo único del Acto legislativo número 1º de 1924).

" 48 17.1.12/25

La Constitución de 1886 fijó en siete el número de Magistrados; la reforma de 1910 lo elevó a nueve, por estimar que el aumento creciente de trabajo requería mayor número, y luego, la reforma de 1924 facultó a la ley para fijarlo, pero sin que ese número pueda ser menor de nueve. El aumento dependerá del recargo de trabajo; la disminución se prohíbe para que no se perjudique el buen servicio de la justicia.

La reforma manda también dividir la Corte en salas, y al efecto, la Ley 105 de 1931 fijó en doce el número de Magistrados, el cual fué elevado a dieciséis por la Ley 67 de 1943, que creó las tres salas de casación civil, de casación en lo criminal y de negocios generales, y dijo que la reunión de todas las salas constituye la Corte plena.

Esta conoce en pleno de las causas de responsabilidad contra el Presidente de la República o el encargado del Poder Ejecutivo, los Ministros del Despacho, los Magistrados de la misma Corte Suprema, los Consejeros de Estado y el Procurador General de la Nación, por el tanto de culpa que corresponda conforme a los artículos 90 y 119 de la Codificación; de las cau-

sas por delitos comunes contra los mismos funcionarios; de los proyectos de ley objetados por el Gobierno como inconstitucionales y de las demandas sobre inexecuibilidad de las leyes y decretos acusados de inconstitucionales. También en pleno nombra los Magistrados de los Tribunales Superiores, y, en receso de las Cámaras, da posesión a quien deba encargarse del Poder Ejecutivo.

ARTICULO 143. — El empleo de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia será vitalicio, a menos que ocurra el caso de destitución por mala conducta. La ley definirá los casos de mala conducta, y los trámites y formalidades que deben observarse para declararlos por sentencia judicial.

El Magistrado que aceptare empleo del Gobierno dejará vacante su puesto. (Artículo 147 de la Constitución de 1886).

Este artículo fue modificado por el 1º del Acto legislativo número 1º de 1905, que a su turno, fue subrogado por el artículo 36 del Acto legislativo número 3 de 1910, que sigue:

ARTICULO 144. — El período de los Magistrados de la Corte Suprema será de cinco años, ~~y de cuatro el de los Magistrados de los Tribunales Superiores. Unos y otros~~ podrán ser reelegidos indefinidamente. (Artículo 36 del Acto legislativo número 3 de 1910). *La Pte de la C. elegida cada año.*
Cont. 49 A. 2. 1º/45.

Los partidarios de las Magistraturas vitalicias arguyen que garantizan la independencia del juez; que contribuyen a formar un personal que sea una garantía por su sabiduría y experiencia; que le permiten al Magistrado consagrarse en absoluto al estudio de las leyes, despreocupándose del cuidado de sus negocios, por tener una posición asegurada, y que alejan al Poder Judicial de las pasiones políticas y de las intrigas electorales.

Mas la experiencia del lapso de 1886 a 1905, en que hubo en Colombia Magistrados vitalicios, demostró que estas razones son inconsistentes. Seguros los Magistrados de su empleo, carecen de estímulo para el estudio; la inamovilidad de por vida hace que el cargo sea desempeñado hasta edad avanzada, cuando ya el trabajo de los Magistrados no puede dar rendimiento; y el error que se comete con un mal nombramiento, se hace irreparable, en tanto que el actual sistema permite reelegir a los buenos Magistrados y prescindir de los otros.

Las censuras que se hacen a la actual constitución de la Corte, no se refieren propiamente al carácter de temporales, sino a la manera como son nombrados los Magistrados. Es sabido que todo nombramiento hecho por cuerpos colegiados es siempre inadecuado; las intrigas de pasillos y otras consideraciones extrañas al mejor servicio, son las que deciden de la

elección, naturalmente en contra de los más dignos y de los más capaces, que por propio respeto y personal decoro no han de ir a mover ciertos resortes de eficacia en los parlamentos. Inspirándose en este pensamiento, el Gobierno propuso en la legislatura de 1930 que no pudiera ser Magistrado de la Corte quien no hubiera sido antes Magistrado de los Tribunales Superiores, ni de éstos quien no hubiera sido Juez Superior o de Circuito.

En el Congreso de 1932 cursó un proyecto de reforma constitucional que hacía vitalicios los Magistrados, y en la correspondiente exposición de motivos, se decía:

“Nos parece innecesario encarecer lo pernicioso de la inmixción del espíritu de partido en las entidades judiciales. Pero mientras no se adopte un sistema de organización judicial que coloque a los Magistrados y Jueces fuera de la acción de las mayorías políticas y de la influencia de partido, no podrá evitarse el que el espíritu de secta haga sentir sus desastrosos efectos en la administración de justicia. Esta independencia no se logrará sino dando al funcionario judicial la seguridad completa de que su permanencia en el empleo y su ascensión en la jerarquía judicial no dependen del favor, ni de la intriga, ni de la simpatía política, sino solamente de su aptitud y de su ecuanimidad. Para ello es necesario hacer del Poder Judicial un organismo completamente separado de los demás poderes, de manera que el nombramiento de su personal dependa exclusivamente de sí mismo. Esto supone el carácter de vitalicio para los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de manera que una vez nombrados sepan que su permanencia en el cargo no depende de ninguna otra entidad, y la derivación de todos los demás órganos del Poder Judicial directamente de la Corte sin intervención del Gobierno, ni de ninguna corporación política. Por esto al restablecer el precepto constitucional de 1886 sobre inamovilidad de los Magistrados de la Corte proponemos que las vacantes se vayan llenando por el sistema de cooptación, como medio de realizar la perfecta independencia de aquella entidad.

“Pero la parte más justamente criticada de la reforma de 1910 es la intervención que se dio en ella a las Asambleas Departamentales en el nombramiento de Magistrados de los Tribunales de Distrito Judicial. Muchas veces, en la práctica, resulta que la Asamblea impone a la Corte el nombramiento de Magistrados colocando al candidato que quiere favorecer con otros dos que no acepten el cargo o de condiciones tales que la Corte no tenga libertad para escoger. Y como estas Asambleas son corporaciones evidentemente ineptas para escoger los Magis-

trados con criterio imparcial y consciente, como reciben influencias de la política local y el personal que las integra generalmente desconoce las actuaciones de los funcionarios judiciales, resulta que los Tribunales así formados vienen a ser confeccionados por los jefes políticos con criterio de oportunidad o de simpatía o con el ánimo de pagar servicios de partido y casi nunca con el de conseguir una recta administración de justicia. Este vicio se corrige si una Corte libre de la influencia de los políticos activos nombra libremente a los Magistrados de los Tribunales Distritales.

“Consideraciones análogas pueden hacerse respecto del sistema actual de elegir los Jueces municipales. Estos funcionarios son Jueces de primera instancia, parte integrante del Poder Judicial y no hay razón alguna para que su nombramiento dependa de los Concejos Municipales, entidades que muy raras veces están en capacidad de apreciar imparcialmente las condiciones, que debe reunir un ciudadano para ser un buen administrador de justicia. Lo natural es que estos Jueces, lo mismo que los Superiores y los de Circuito, sean elegidos por los Tribunales.

“Con lo anterior dejamos bosquejado el sistema que en nuestro concepto debe reemplazar el actual para constituir el Poder Judicial de manera de darle independencia. Pero esto sólo no basta para asegurar la buena administración de justicia. Se requiere además una inspección permanente sobre los funcionarios judiciales y una sanción severa para la morosidad, la incompetencia o la prevaricación. Es necesario también el establecimiento de la carrera judicial y la determinación rigurosa de las condiciones que se requieran para optar los cargos de Magistrados y de Jueces y las reglas que aseguren a los funcionarios inferiores el ascenso en la jerarquía judicial por sus propios méritos. No hemos creído que esta sea materia de precepto constitucional sino de reglamentación legal; en el proyecto se dispone que la ley organice la carrera judicial y la del Ministerio público íntimamente ligada a aquélla. Pero debemos anticipar el concepto de que los efectos que se buscan con esta reforma no se producirán sino mediante la legislación adecuada que la desarrolle, ya en lo relativo a las sanciones, ya en cuanto al establecimiento de la carrera judicial.

“El principio de la inamovilidad de los Magistrados se halla consagrado en las Constituciones de Alemania (artículo 104), Argentina (artículo 96), Austria (artículo 88), Bélgica (artículo 100), Brasil (artículos 57 y 62), Canadá (artículo 99), Checoslovaquia (artículo 99, Chile (artículo 85), Dinamarca (artículo 71), Estados Unidos (artículo III, Sección 1ª), Estonia (ar-

título 71), Finlandia (artículo 91), Grecia (artículos 94, 95 y 96), Holanda (artículo 167), Panamá (artículo 94), Polonia (artículos 78, 79 y 80), Portugal (artículo 57), Rumania (artículo 104), Turquía (artículo 155), Yugoslavia (artículo 112). En otros países como Francia e Inglaterra, aunque existe la carrera judicial y el principio de la inamovilidad de los Magistrados, la materia es tratada en las leyes y no en la Constitución Nacional".

El artículo 70 de la Ley 100 de 1892 definió los casos de mala conducta. Dijo:

Definense como casos de mala conducta para los efectos de los artículos 147, 155 y 160 de la Constitución, los detallados en el título 10º (1), libro 2º del Código Penal, y la demora por más de seis meses en el pronunciamiento de cualquier auto o sentencia en negocio civil o criminal, después de transcurrido el término legal correspondiente.

Para la imposición de la pena se seguirá el respectivo juicio de responsabilidad por los trámites ordinarios, bien sea de oficio o a virtud de denuncia del respectivo agente del Ministerio público, o de cualquier particular, empleado nacional, departamental o municipal.

Para la imposición de la pena se seguirá el respectivo juicio de responsabilidad por los trámites ordinarios, bien sea de oficio o a virtud de denuncia del respectivo agente del Ministerio público, o de cualquier particular, empleado nacional, departamental o municipal.

El Magistrado que acepta empleo del Gobierno deja vacante su puesto, disposición que tiene por objeto asegurar la independencia del Poder Judicial, y que está en congruencia con el artículo 159, que declara que los cargos de orden judicial son incompatibles con el ejercicio de cualquier otro cargo retribuido.

fuero del art. 148.
ARTICULO 148. El Presidente de la Corte Suprema será elegido cada año por la misma Corte. (Artículo 37 del Acto legislativo número 3 de 1910).

La Constitución de 1886 fijaba un período de cuatro años, lo que se justificaba porque los Magistrados eran vitalicios; reducido ahora a cinco años el período de los Magistrados, era natural que se redujera a un año el del Presidente de la Corte, pues no sería justo que el honor que este cargo implica hubiera de corresponderle a uno solo. Por otra parte, el período anual tiene la ventaja de que facilita el cambio en el caso de que la corporación no esté satisfecha con la dirección que le imprime su Presidente, y, si lo está, puede reelegirlo cuantas veces quiera.

(1) En el Código Penal de 1936 es el título III del libro 2º

iniciado al art. 149.
ARTICULO 146. — El Gobierno nombrará los Magistrados interinos de la Corte Suprema de ~~Justicia~~, y los Gobernadores respectivos nombrarán los de los Tribunales Superiores, cuando las faltas de los principales no puedan ser llenadas por los suplentes. (Artículo 39 del Acto legislativo número 3 de 1910).

El compilador omitió incluir el artículo 149 de la Constitución de 1886, que no ha sido derogado sino modificado y que dice:

Artículo 149. Habrá siete suplentes que llenarán las faltas temporales de los Magistrados principales de la Corte. Cuando ocurra falta absoluta de alguno, por muerte, renuncia aceptada, vacante constitucional o destitución judicial, se procederá a nuevo nombramiento.

Este artículo está implícitamente modificado por el Acto legislativo número 1º de 1924, en el sentido de disponer que el número de suplentes de la Corte será el que determine la ley. Hoy son dieciséis, elegidos ocho por el Senado y ocho por la Cámara de Representantes, de ternas que les presenta el Presidente de la República (artículos 17 y 20, ordinal 3º, del Acto legislativo número 3 de 1910).

Los suplentes llenan las faltas temporales de los principales, esto es, cuando están separados en uso de licencia, o las absolutas mientras se hace la elección de nuevo principal.

El Consejo de Estado por sentencia del 7 de diciembre de 1943 falló que era válida la elección hecha por el Senado; de un Magistrado principal para reemplazar por el resto del período a un titular que había renunciado. La elección había sido demandada por considerarse que en este caso correspondía al suplente ocupar la plaza por el resto del período; pero el Consejo conceptuó que está vigente el artículo 149 de la Constitución de 1886.

Cuando faltan el principal y los suplentes (éstos son llamados por orden de numeración), el Gobierno nombra un Magistrado interino, que ejercerá mientras no se presente un suplente (artículo 27 del Código Judicial), si se trata de Magistrados de la Corte, y los Gobernadores si se trata de Magistrados de los Tribunales Superiores.

El reemplazo de los principales se hace por los suplentes de la respectiva lista, de modo de garantizar la representación proporcional de los partidos.

Tratándose de los Tribunales Administrativos, no tienen los Gobernadores, sino el Consejo de Estado, la facultad de nombrar los Magistrados interinos.

Sin la inclusión del artículo 149 omitido, quedaría sin sentido el artículo 146 de la Codificación, que habla del nombra-

miento de interinos cuando las faltas no puedan ser llenadas por los suplentes.

abogado titulado de justicia de la C. S. A.
ARTICULO 147. — Para ser Magistrado de la Corte Suprema se requiere ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía, haber cumplido treinta y cinco años de edad y haber sido Magistrado de alguno de los Tribunales Superiores de Distrito o de los antiguos Estados, o haber ejercido con buen crédito, por cinco años a lo menos, la profesión de abogado o el profesorado en jurisprudencia en algún establecimiento público. (Artículo 150 de la Constitución de 1886).

además Ver art. 150. (art. 51 A. 1.)
 Para ser Magistrado de la Corte, como para ser Presidente de la República, Senador y Consejero de Estado, se requiere ser colombiano de nacimiento (artículo 8º); se requiere también ser mayor de treinta y cinco años, que es la misma edad exigida para los Consejeros de Estado, y como se ve, mayor de la requerida para ser Presidente de la República y Senador; estar en ejercicio de la ciudadanía y haber sido Magistrado de los Tribunales (no habla de duración), o haber ejercido con buen crédito, a lo menos por cinco años, la profesión de abogado o el profesorado en derecho en algún establecimiento público (público no significa aquí oficial). Los suplentes, así como los interinos y los Conjucees, deben reunir los mismos requisitos exigidos para los principales.

ARTICULO 148. — Son atribuciones de la Corte Suprema:

- 1ª Conocer de los recursos de casación, conforme a las leyes;
 - 2ª Dirimir las competencias que se susciten entre dos o más Tribunales de Distrito;
 - 3ª Conocer de los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación o que constituyan litigio entre dos o más Departamentos;
 - 4ª Juzgar a los altos funcionarios nacionales que hubieren sido acusados ante el Senado, por el tanto de culpa que corresponda, cuando haya lugar conforme al artículo 90;
 - 5ª Conocer de las causas que por motivos de responsabilidad, por infracción de la Constitución o leyes, o por mal desempeño de sus funciones, se promuevan contra los Agentes Diplomáticos y consulares de la República, los Gobernadores, los Magistrados de los Tribunales de Justicia, los Comandantes o Generales en Jefe de las fuerzas nacionales, y los Jefes Superiores de las oficinas principales de Hacienda de la Nación.
 - 6ª Conocer de todos los negocios contenciosos de los Agentes Diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la Nación, en los casos previstos por el Derecho Internacional;
 - 7ª Conocer de las causas relativas a navegación marítima o de ríos navegables que bañen el territorio de la Nación;
- Y las demás que le señalen las leyes. (Artículo 151 de la Constitución de 1886).

Estudiemos estas atribuciones una a una:

- 1ª La Ley 105 de 1931, sobre organización judicial y pro-

V. art. 151 C. art. 52 A. 1. 15/45.

cedimiento civil, en sus artículos 519 y siguientes, ha reglamentado los recursos de casación y de revisión en lo civil; y las Leyes 33 de 1909 y 78 de 1923, los recursos de revisión y casación, respectivamente, en materia criminal.

2ª Corresponde a la Sala de negocios generales de la Corte decidir las competencias que en asuntos civiles se susciten entre los Tribunales de dos a más Distritos Judiciales; entre un Tribunal de Distrito Judicial y uno Seccional administrativo; entre un Tribunal y un Juzgado de otro Distrito Judicial, y entre dos Juzgados de distintos Distritos Judiciales; y a la Sala de casación en lo criminal, decidir las competencias en asuntos criminales que se susciten entre los Tribunales de dos o más Distritos Judiciales; entre un Tribunal y un Juzgado de otros Distritos Judiciales, y entre la jurisdicción militar y la ordinaria.

3ª Conforme al artículo 2º de la Ley 67 de 1943, la misma Sala de negocios generales conoce privativamente y en una sola instancia, de todas las controversias provenientes de contratos celebrados por la Nación con cualquier entidad o persona, aunque la Nación haya transferido, en todo o en parte, sus derechos. Cuando no se trata de controversias provenientes de contratos, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, conocen en primera instancia, y la Corte en segunda, de los demás asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado (artículo 76 ibídem).

Es obvio que tratándose de litigios entre dos o más Departamentos, no sería admisible que el Tribunal de uno de ellos conociera, pues aunque se le supusiera imparcialidad, no habría razón para darle competencia al uno con preferencia al otro, y es necesario acudir a un Tribunal imparcial y que tenga jurisdicción sobre toda la República, que no puede ser sino la Corte Suprema.

El Consejo de Estado ha abogado por una reforma en el sentido de adscribir a los Tribunales contencioso-administrativos las controversias sobre cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos celebrados por la Administración para obras y servicios públicos de toda especie. Es notoria la necesidad de que en los conflictos que surjan sobre el particular, se apliquen los principios del derecho público que suelen informar esta clase de negociaciones, por organismos especializados como el Consejo de Estado, y por los Tribunales administrativos cuando se trate de contratos celebrados por la administración departamental o municipal, puesto que por la naturaleza de las funciones de tales organismos, resulta más adecuado conferir-

les la decisión de aquéllos y nó a jueces cuyo criterio se inspira únicamente en las normas del derecho privado.

4ª La comentamos al tratar del artículo 90.

5ª No sólo las causas de responsabilidad contra los empleados que menciona este ordinal son del conocimiento de la Corte, sino las que le atribuye el ordinal 5º del artículo 33 de la Ley 105 citada, a saber:

“De las causas de responsabilidad por faltas o delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas, por los Senadores o Representantes, en el caso del artículo 75 de la Constitución, y por los empleados siguientes: los Secretarios de las Cámaras legislativas; los Agentes diplomáticos y consulares; los Gobernadores de Departamento, Intendentes o Comisarios de territorio nacional y sus Secretarios; los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de los Tribunales seccionales administrativos; los Secretarios y Oficiales mayores de los Ministerios del Despacho ejecutivo; el Fiscal, los Secretarios y Oficiales mayores del Consejo de Estado; los Secretarios y Oficiales mayores de la Corte Suprema de Justicia; los Fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito; los Comandantes en jefe de las fuerzas de la República; los agentes o comisionados que celebren contratos sobre consecución de empréstitos en el extranjero; los Administradores principales de Hacienda Nacional en los Departamentos; el Tesorero general de la República; los Administradores de las aduanas, salinas, y casas de moneda; el Contralor y el Auditor general de la Contraloría; los Intendentes generales de guerra y marina; el Auditor general de guerra; los Tesoreros generales de guerra; los Comandantes generales del ejército; el Director general de la Policía nacional; el Superintendente bancario, y el Jefe de la sección de Provisiones”.

No solamente por razón de la alta categoría de estos empleados, sino porque sus funciones se extienden a varios departamentos, hubo necesidad de atribuirle a la Corte las causas de responsabilidad por faltas o delitos cometidos en el ejercicio de aquellas funciones o con pretexto de ejercerlas. “En cuanto a los Agentes diplomáticos y consulares, dice el señor Samper, como no tienen domicilio en el país, sino en el exterior, es claro que no puede corresponder la jurisdicción a ningún Tribunal de Departamento, sino al que abarca con su autoridad a toda la Nación. Por lo tocante a los Gobernadores, que mandan en el Departamento, sería impropio someterles a juicio de responsabilidad ante el Tribunal del mismo Departamento que es su igual en distinta jerarquía; y por lo que respecta a los Magistrados de los Tribunales Superiores, lo natural es que sea su

juez, en causas de responsabilidad, el inmediato superior, que es la Corte Suprema”.

En sentencia de 28 de mayo de 1926 dijo la Corte Suprema de Justicia que a la Corte plena corresponde el juzgamiento de los altos empleados que han sido acusados por la Cámara ante el Senado, y cuyo conocimiento ha venido a ella por orden del Senado, de acuerdo con los preceptos constitucionales (artículos 90 y 148). A la Corte plena compete privativamente, y en una sola instancia conocer de esos negocios en todo lo que diga relación con lo interlocutorio o que pueda tener fuerza de definitivo; pero la sustanciación de ellos corresponde al respectivo Magistrado de la Sala de lo criminal, según acuerdos de la Corte.

6ª Los Agentes diplomáticos no pueden ser juzgados por los Tribunales del país ante el cual están acreditados, sino por los de la nación a la cual representan, de conformidad con los principios del derecho internacional.

El Decreto número 615 de 1935, “por el cual se determinan los privilegios y prerrogativas de los Agentes Diplomáticos extranjeros”, dispone lo siguiente:

Artículo 2º Los Agentes Diplomáticos gozarán en Colombia de las siguientes prerrogativas esenciales:

- a) Inviolabilidad personal.
- b) Inviolabilidad de domicilio y de la correspondencia.
- c) Exención de ciertos impuestos, en la forma que se establece en artículos posteriores.
- d) Inmunidad de jurisdicción penal, y
- e) Inmunidad de jurisdicción civil con las excepciones de que más adelante se habla.

Artículo 3º Las prerrogativas enumeradas en el artículo anterior, con excepción de lo referente a impuestos, para lo cual regirán las disposiciones especiales del presente Decreto, amparan a las siguientes personas:

- a) A todas las clases de funcionarios diplomáticos;
- b) A todo el personal oficial de la misión diplomática, y
- c) A todos los miembros de la respectiva familia que viven bajo el mismo techo.

Artículo 4º La inmunidad de jurisdicción civil se reconoce en Colombia a los funcionarios diplomáticos extranjeros, con las siguientes excepciones:

1ª Cuando el funcionario diplomático renuncia a la inmunidad presentándose como demandante.

2ª Cuando es natural colombiano.

3ª Cuando se trata de acciones reales, inclusive acciones posesorias, relativas a una cosa mueble o inmueble que se halle dentro del territorio nacional; y

4ª Cuando se trate de actos relativos a una actividad profesional ajena a las funciones del diplomático.

Artículo 5º En los casos previstos en el artículo anterior tiene competencia para conocer del correspondiente negocio contencioso la Corte Su-

prema de Justicia, Sala de Negocios Generales (Artículo 36 del Código Judicial).

7ª La Corte conoce de las causas relativas a la navegación marítima o fluvial en que no se ventilen cuestiones de mero derecho administrativo, ni provengan de actos reglamentados por el Código de Comercio (Art. 36, Ley 105 citada). La razón para atribuirle a la Corte el conocimiento de estos negocios, consiste en que, conforme al derecho internacional, los buques de guerra se consideran pedazos flotantes del país cuya bandera los cubre, y en que el mar, en la zona no territorial, no está bajo la jurisdicción de ninguna nación, y no hay, por tanto, Tribunal que sea competente para conocer de hechos originados a bordo de los buques mercantes que en él navegan. Respecto de la navegación fluvial, el señor Samper dice que se dio esta atribución a la Corte, por cuanto en los ríos que sirven de límite a dos Departamentos, o a la República con las naciones vecinas (agregamos nosotros), no se podría determinar si el buque navegaba por la ribera de uno solo de los Departamentos o de una sola de las naciones ribereñas, y de allí concluye que no tiene razón de ser la disposición cuando ambas márgenes pertenecen a un mismo Departamento; pero es porque olvida que iguales motivos dificultan precisar la jurisdicción de los Distritos judiciales, Circuitos o Municipios de un mismo Departamento para determinar la jurisdicción de los jueces.

Entre las atribuciones constitucionales de la Corte, falta enumerar la que le señala el artículo 38 del Acto legislativo número 3 citado, o sea, la de elegir los Magistrados principales y suplentes de los Tribunales Superiores, de ternas que le presenten las Asambleas departamentales.

El inciso último faculta a la ley para dar otras atribuciones a la Corte, y al efecto se le han dado por los artículos 29 a 41 de la Ley 105 tantas veces citada, que, además de las atribuciones señaladas en la Constitución, enumera otras que le han sido dadas por leyes.

ARTÍCULO 149. — A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente:

Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación. (Artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910).

Bajo la Constitución de 1886 regía la presunción de la cons-

titucionalidad de las leyes, principio que el artículo 6º de la Ley 153 de 1887 formuló así:

Una disposición expresa de ley posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución.

Esta presunción hacía inútil la Constitución, —que dejó de ser la superley— y así se vio que el legislador, principalmente el de 1888, expidió varias leyes que hicieron nugatorias las garantías constitucionales: basta a nuestro propósito citar la Ley 61 de ese año, entre cuyas disposiciones se cuentan las siguientes:

Artículo 1º Facúltase al Presidente de la República:

1º Para prevenir y reprimir administrativamente los delitos y culpas contra el Estado que afecten el orden público, pudiendo imponer, según el caso, las penas de confinamiento, expulsión del territorio, prisión o pérdida de derechos políticos por el tiempo que crea necesario.

2º Para prevenir y reprimir con iguales penas las conspiraciones contra el orden público y los atentados contra la propiedad pública o privada que envuelvan, a su juicio, amenaza de perturbación del orden o mira de infundir terror entre los ciudadanos; y

3º Para borrar del Escalafón a los militares que, por su conducta, se hagan indignos de la confianza del Gobierno a juicio de aquel Magistrado.

Artículo 2º El Presidente de la República ejercerá el derecho de inspección y vigilancia sobre las asociaciones científicas e institutos docentes; y queda autorizado para suspender por el tiempo que juzgue conveniente, toda Sociedad o Establecimiento que bajo pretexto científico o doctrinal sea foco de propaganda revolucionaria o de enseñanzas subversivas.

Al estudiar el artículo 83, comentámos la atribución relativa a la decisión sobre exequibilidad de los actos legislativos, esto es, de los proyectos de ley que han sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales y cuyas objeciones ha declarado infundadas el Congreso. Ahora estudiaremos solamente la inexequibilidad de las leyes y decretos acusados como inconstitucionales.

La disposición transcrita confía a la Corte la guarda de la integridad de la Constitución. Fue Colombia la primera nación del mundo que dio a un Tribunal la facultad de decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de las leyes.

La cuestión del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, dice B. Mirkine-Guetzévitch, ha sido abundantemente estudiada. La idea misma del poder constituyente, la idea de la supremacía de la Constitución ha dado por resultado la superlegalidad constitucional de las leyes constitucionales por comparación con la legislación ordinaria.

Varias Constituciones nuevas han reconocido el control de la constitucionalidad de las leyes. En Irlanda (artículo 16), en Rumania (artículo

103), en Grecia (artículo 5º), se ha adoptado el sistema americano (1). En Austria, en Checoslovaquia, al contrario, se ha creado un órgano especial de control constitucional, y éste funciona no por iniciativa de las personas sino a solicitud de las instituciones del Estado; la ley reconocida como no constitucional para un caso dado, pierde su fuerza por este mismo hecho y es abrogada (2). Si la iniciativa para suscitar la cuestión del carácter no constitucional de las leyes en Checoslovaquia está limitada con relación a la competencia de los jueces de la América del Norte, el sistema checoslovaco ofrece la ventaja de que en lugar de una rehusación individual a aplicar una ley inconstitucional, la dicha ley es formalmente abrogada para todo el país. La iniciativa para someter un caso al Tribunal constitucional pertenece a la Cámara, al Senado, a la Alta Corte, al Tribunal administrativo supremo, a la Dieta de la Rusia subcárpatha.

Aun más interesante es la organización de la justicia constitucional de Austria. Nos falta espacio para estudiar en detalle el mecanismo perfeccionado de Austria. Digamos solamente que el artículo 140 de la Constitución prevé la verificación de la constitucionalidad de las leyes de las provincias a solicitud del Gobierno federal, de las leyes federales a solicitud de uno de los Gobiernos provinciales, y cuando una ley sirve de base a una de sus propias sentencias, de oficio. El reconocimiento del carácter no constitucional de una ley entraña la publicación de la anulación.

Esta institución del control constitucional es uno de los fenómenos de la racionalización del poder. La primacía del poder constituyente, que los pueblos modernos han heredado de la Revolución Francesa, tiene su expresión concreta en el control de la constitucionalidad de las leyes.

La Constitución española (Art. 122) establecía un Tribunal de Garantías Constitucionales, que tenía competencia, entre otros asuntos, para conocer del recurso de inconstitucionalidad de las leyes, y que se componía: de un Presidente, designado por el parlamento, del Presidente del alto cuerpo consultivo de la República, del Presidente del Tribunal de cuentas, de dos Diputados elegidos por el parlamento y de un Representante elegido por cada una de las regiones españolas, de cuatro profesores de Derecho y de dos miembros de los Colegios de Abogados.

La Constitución de Finlandia, de 17 de julio de 1919, va más allá, pues establece un control judicial de la legalidad, que permite la intervención del Canciller de justicia en los actos del Presidente de la República, del Consejo de Ministros y de

(1) Podemos agregar a Alemania (artículo 19), Argentina (artículo 100). Bolivia (artículo 111), Brasil (artículo 60), Chile (artículo 86), Guatemala (artículo 111), Honduras (artículo 135), México (artículo 103). Nicaragua (artículo 38), República Dominicana (artículo 126), El Salvador (artículo 37) y Turquía (artículo 103).

(2) La Constitución checoslovaca disponía que el Tribunal Constitucional constaba de siete miembros, así: Dos de ellos Jueces del Tribunal Supremo Administrativo, y dos Jueces del Tribunal de Casación, elegidos por los mismos Tribunales, y un Presidente y otros dos miembros, nombrados por el Presidente de la República.

cada uno de los Ministros, y de esta manera puede detener inmediatamente estos actos.

El sistema colombiano fue adoptado en Haití desde 1928 (artículo 99), en Venezuela desde 1931 (artículo 120) y en Cuba desde 1934 (artículo 78). Atribuyen al Órgano Legislativo el conocimiento de la inconstitucionalidad de las leyes, las Constituciones del Ecuador de 1929 (artículo 163) y del Uruguay de 1917 (artículo 176).

En Francia y en Suiza ningún Tribunal tiene el control jurisdiccional de las leyes.

Joseph Barthélemy escribe en su *Précis de Droit Constitutionnel*:

Textos de la época revolucionaria, que no han sido jamás abrogados, ni expresa ni tácitamente, que pueden, pues, ser considerados como la expresión del derecho positivo actual, prohíben a los jueces el examen de la ley. La Ley de 1790 establece: "Los Tribunales no podrán ni directa ni indirectamente tomar parte en el ejercicio del poder legislativo, ni impedir o suspender la ejecución de las leyes". Hé aquí un texto formal, claro, y no abrogado. Es la condenación de los antiguos *arrets* de reglamento. Es también la condenación del sistema de la inconstitucionalidad. La Constitución del 3 de septiembre de 1791, artículo 3º, repite: "Los Tribunales no pueden ni inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo ni suspender la ejecución de las leyes". En fin, existe el artículo 127 del Código Penal: "Serán culpables de abuso, y castigados con la degradación cívica, los jueces que se hayan inmiscuído en el ejercicio del poder legislativo, sea por reglamentos que contengan disposiciones legislativas, sea suspendiendo la ejecución de una o de varias leyes, sea deliberando sobre la cuestión de saber si las leyes han de ser aplicadas o ejecutadas". Otros han ensayado considerar estos textos como caídos en desuso por el simple hecho de su antigüedad.

Lo que no podría despreciarse es la continuidad absolutamente ininterrumpida de la jurisprudencia francesa, desde la época revolucionaria y en el mismo sentido. *Arrets* que rehusan a los jueces la facultad de apreciar la constitucionalidad de la ley forman una cadena sin ruptura desde los tiempos revolucionarios hasta la época más reciente..... El 23 de mayo de 1901, el Consejo de Estado rechazó con desdén una invitación a examinar la constitucionalidad de una ley. En fin, el 27 de octubre de 1929, el Tribunal correccional del Sena rehusó admitir la tesis de inconstitucionalidad. Este es el derecho público francés. Aun se puede decir que es el derecho público europeo (con excepción de Irlanda, de Rumania y de Grecia).

La doctrina fue durante largo tiempo unánime en el mismo sentido. En el curso de estos últimos años, ha habido divergencias notorias: Duguit, Berthelémy, Hauriou, Mestre, Rolland. Sus argumentos no nos han convencido. En el derecho francés, es el parlamento quien juzga la conformidad de su obra con la Constitución. Es él quien dice la última palabra.

Erróneamente se ha creído que la Constitución de los Estados Unidos fue la primera en consagrar la jurisdicción de la

Corte Federal para fallar sobre la constitucionalidad de las leyes. En realidad, la Constitución de Filadelfia (1787) sólo expresa que “el poder judicial se extenderá a todos los casos de ley y equidad que dimanen de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos, así como de los tratados celebrados o que se celebraren bajo su autoridad. . . .” Ha tenido, pues, sobrada razón el mismo Barthelémy para decir: “El sistema de control de la inconstitucionalidad de las leyes no estaba formalmente inscrito en las constituciones americanas: es la jurisprudencia, especialmente bajo la influencia del *chief justice* John Marshall, quien la ha hecho derivar como una consecuencia de la superioridad de las leyes constitucionales sobre las leyes ordinarias”. El mismo autor explica así el origen de esta práctica: “Las colonias inglesas de América, antes de reivindicar su completa independencia, habían obtenido Cartas de la metrópoli. Cuando una autoridad de la colonia daba una orden, los interesados confrontaban esta orden con la Carta y, en caso de disconformidad, se quejaban a la metrópoli. El uso fue guardado”.

El artículo 41 dice que “cualquier ciudadano” puede acusar las leyes o decretos inexecutable, y la Corte ha sentado la doctrina de que cualquier persona, natural o jurídica, aunque no sea ciudadano y aún un extranjero que esté domiciliado, pueden ejercitar este derecho.

Los decretos que pueden ser acusados ante la Corte por inconstitucionales, son los dictados por el Gobierno Nacional. Los decretos ilegales deben ser acusados ante el Consejo de Estado, e igualmente corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa conocer de la acusación contra los decretos dictados por los Gobernadores o por otros funcionarios cuando sean inconstitucionales o ilegales.

Conforme al texto constitucional, la decisión de la Corte es definitiva, lo que significa que sólo el constituyente, mediante una reforma constitucional, podrá hacer revivir una disposición declarada inexecutable.

El artículo 2º de la Ley 96 de 1936 permite a la Corte declarar la inconstitucionalidad por motivos distintos de los invocados en la demanda, de modo que la Ley acusada viene así a quedar sujeta a un proceso total de constitucionalidad. Dicha disposición enseña:

El memorial o escrito en que se pida a la Corte Suprema de Justicia la declaración de inexecutable de leyes o decretos deberá contener: 1º La transcripción literal de la disposición o disposiciones violadas como inconstitucionales; 2º El señalamiento o designación de los textos constituciona-

JAIME TOBÓN VILLEGAS
DONACION

les que se consideran infringidos; y 3º Las razones por las cuales dichos textos se consideran violados.

Pero si la Corte al fallar el negocio encontrare que han sido violados otros textos o principios constitucionales distintos de los invocados en la demanda o que éstos lo han sido por causa o razón distinta de la alegada por el demandante, dicha entidad estará siempre obligada a hacer la correspondiente declaración de inconstitucionalidad.

La misma Corte ha sentado la doctrina de que no le corresponde decidir sobre la inexecutableidad de las leyes aprobatorias de tratados públicos o de contratos, fundándose en que no debe confundirse el contrato aprobado por medio de ley con la ley misma, pues si el contrato fuera la ley misma, sucedería que aquél quedaría anulado al invalidarse la ley, lo cual podría ocurrir sin anuencia de las partes contratantes, y ello iría contra obvios principios de derecho y de disposición expresa del Código Civil, y que en cuanto a los tratados, ellos no se rigen por el derecho público interno sino por el externo, y siendo un acuerdo de voluntades, no sería dable que una sola de ellas desatase el vínculo jurídico.

Los consejeros de Estado doctores Carlos Lozano y Lozano y Ramón Miranda han desarrollado la tesis así:

La ley que aprueba un contrato produce efecto sobre un acto determinado, y no obliga sino al Gobierno y a la parte que con éste contrata. Tan pronto como dicha ley produce sus efectos, es decir tan pronto como el contrato ha quedado perfeccionado, por medio de la aprobación legal, el concepto de la ley desaparece y queda únicamente subsistiendo el contrato con todas las modalidades y, con todas las características que le son propias, y en su ejecución y desarrollo tan sólo puede regirse por las normas legales y jurídicas que reglan las convenciones. La ley que lo aprueba no ha tenido otra finalidad u otro alcance que los de concurrir a dar vida jurídica al acuerdo de voluntades sobre las varias prestaciones en él consignadas, a fin de hacer establecer los derechos y las obligaciones civiles que de tal acto surgen para los contratantes". (*Anales del Consejo de Estado*, números 198 a 202).

Tampoco ha querido la Corte fallar sobre la inexecutableidad de las leyes, por defectos en los trámites seguidos para su expedición (1). Se ha criticado esta doctrina diciendo que con ella la Corte no cumple su misión de guardar la integridad de la Constitución, pues da campo para que se violen los preceptos constitucionales sobre formación de las leyes, y de esta manera podría expedirse una ley con sólo dos debates o sin el número de votos necesarios y no habría Tribunal ante el cual ocurrir para hacer guardar las disposiciones constitucionales que

(1) Sentencias de 20 de abril de 1912, 20 de octubre de 1913, 15 de febrero de 1915 y 7 de diciembre de 1925.

exigen tres debates y mayoría absoluta de votos en el segundo y tercer debates en cada Cámara u otras por el estilo; mas la Corte ha contestado que su atribución se limita a declarar la inexequibilidad de la ley, pero no se extiende a fallar sobre la inconstitucionalidad del procedimiento empleado para dictarla, pues sería llevar la investigación a una época anterior a la existencia de la ley acusada.

Un ejemplo bastará para comprobar lo inaceptable de tal jurisprudencia: supongamos que una ley que decreta la intervención del Estado en la industria siderúrgica, ha sido aprobada sin el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara, como lo requiere el artículo 28 del Código Constitucional: la Corte no admitiría la demanda de inexequibilidad de tal ley por violación del precepto constitucional citado; de modo que una de las garantías consagradas en el Título III de la Carta quedaría desamparada.

Aun en países en que no existe el control jurisdiccional de las leyes, autores como Jéze y Laferrière opinan que el juez llamado a aplicar la ley, tendría el derecho de declarar su inexistencia, por haberse expedido sin el cumplimiento de los requisitos legales.

Cuando un decreto se acusa por inconstitucional y ha sido expedido fundándose en una ley, ha dicho la Corte que no hay lugar a fallar la demanda de inexequibilidad que contra el primero se formule en tanto que no se haya acusado también la ley en que se apoye, por cuanto no es dable decidir en tales circunstancias acerca de la inexequibilidad del acto gubernativo, sin juzgar el punto relativo a la constitucionalidad de la ley que lo sustenta. En esta jurisprudencia ha sido inconsistente.

También ha sentado la Corte la doctrina de que las sentencias sobre inexequibilidad de las leyes sólo pueden obrar para lo futuro, porque si tuvieran efecto retroactivo y alcanzaran a anular las leyes desde su origen, ningún derecho habría firme, y la inseguridad social y la zozobra serían permanentes y mayores cada día.

Concluimos en consecuencia, dice el doctor Fernando Garavito, relator de la Corte Suprema, que un fallo de inexequibilidad no afecta las ventajas adquiridas por particulares, de conformidad con la ley o decreto que se declara inexequible, ni los hechos jurídicos perfectos (o consumados), ni las sentencias ejecutoriadas proferidas en litigios en que se aplicó la disposición inexequible.

En tal virtud, creemos que si el legislador expide una ley inconstitucional y con ella causa perjuicios a los particulares, el Estado está obligado a indemnizarlos conforme a los prin-

cipios que establecen la responsabilidad del Estado legislador.

Una reforma de la Constitución austriaca prevé el caso de que sea declarada inexecutable una ley derogatoria de otra, disponiendo que en este caso recupere su vigor la ley derogada. Aunque entre nosotros ninguna disposición contempla este caso, debe adoptarse igual solución, por ser lógica. Dice así la reforma mencionada:

Cuando una ley o una parte de la ley es anulada como inconstitucional por una sentencia de Tribunal de Justicia Constitucional, las disposiciones legislativas que habían sido abrogadas por la ley cuya inconstitucionalidad declaró el Tribunal de Justicia Constitucional entran en vigor el día en que la anulación produce efecto, a menos que la sentencia no disponga otra cosa. El acta que publica la anulación de la ley debe indicar qué disposiciones legislativas entran en vigor.

ARTICULO 150. — En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales. (Artículo 40 del Acto legislativo número 3 de 1910).

También el artículo 240 del Código del Régimen Político y Municipal enseña que el orden de preferencia de disposiciones contradictorias será el siguiente: las leyes, las ordenanzas departamentales y los acuerdos municipales.

Los artículos 57 y 63 del Acto legislativo número 3 dicen que las ordenanzas de las Asambleas y los acuerdos de los Concejos son obligatorios mientras no sean anulados por la autoridad competente.

¿Cómo armonizar disposiciones al parecer tan contradictorias?

En nuestro concepto, los acuerdos municipales, por más contrarios que sean a las ordenanzas, a las leyes y a la Constitución, son de obligatorio cumplimiento para los particulares mientras no sean suspendidos o anulados por el Tribunal seccional de lo Contencioso Administrativo, que es hoy la autoridad competente; igualmente, las ordenanzas departamentales son de obligatorio cumplimiento para los particulares por más contrarias que sean a la Constitución y a las leyes, mientras no sean anuladas por el mismo Tribunal, y las leyes por más contrarias que sean a la Constitución, obligan a los particulares mientras no sean declaradas inexecutables por la Corte Suprema.

Y es que, si no fuera así, los particulares se convertirían en Corte Suprema de Justicia y en Tribunales de lo Contencioso Administrativo para decidir, por sí y ante sí, sobre la exequibilidad de las leyes, ordenanzas y acuerdos, y entonces estaría de más que a estos tribunales se les hubiera dado jurisdicción

exclusiva para decidir sobre dicha exequibilidad, y la obediencia de la ley, que es uno de los elementos positivos que entran en la construcción jurídica del Estado, quedaría a merced de los gobernados, quienes podrían desobedecerlas a pretexto de que, a su soberano juicio, eran inconstitucionales.

Lo que el artículo 40 enseña es que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales; pero el verbo *aplicar* da la clave para la interpretación del artículo, pues nos indica que son los Tribunales los que tienen (como en los Estados Unidos) la facultad de dejar de aplicar la ley cuando ella es inconstitucional, y la de aplicar preferentemente, en un caso dado, las disposiciones constitucionales: sólo las autoridades públicas *aplican* las leyes; los particulares no las aplican sino que *las obedecen y cumplen* (obligatoriamente, dicen los artículos 57 y 63 del Acto legislativo número 3).

Hay quiénes sostengan que sólo al órgano judicial le es lícito dejar de aplicar la ley por motivos de inconstitucionalidad. Semejante interpretación menoscabaría el espíritu del texto constitucional, que quiere que en todo caso la Constitución prevalezca sobre la Ley. Desde este punto de vista, sería inadmisibles que si un Acuerdo sanciona con multas convertibles en arresto la demora en el pago de los impuestos municipales, el Alcalde tuviera que darle cumplimiento al Acuerdo, encarcelando a los deudores morosos, por más que la Constitución prohíba la prisión por deudas. O que si una Ordenanza, con violación de la Constitución, prohíbe a los extranjeros el ejercicio del comercio, tuviera el Gobernador que darle cumplimiento, mandando sellar los almacenes de sirios o judíos. La historia fidedigna del establecimiento de la disposición confirma nuestra tesis, pues cuando se discutía en la Asamblea Nacional el artículo 40 comentado, los Diputados Hernando Holguín y Caro y Clemente Salazar propusieron que se le modificara en la siguiente forma:

En las controversias judiciales y en caso de incompatibilidad manifiesta entre la Constitución y una disposición legal, se aplicará lo dispuesto en la Constitución.....

La negativa de la modificación era razonable, porque no sólo en las controversias judiciales debía prevalecer la Constitución, sino en toda otra aplicación que hicieran las autoridades públicas. Además, la prelación de la Constitución no tenía por qué limitarse al caso de incompatibilidad manifiesta, sino abarcar todo caso.

Los particulares que estimen inexecutable las leyes, ordenanzas o acuerdos, tienen el derecho de acusar unas u otros ante el Tribunal competente, para que éste falle sobre su validez o nulidad y en caso de ser inconstitucionales o ilegales, lo declare así y queden abrogados, con carácter general y definitivo, *erga omnes*.

En sus "Apuntamientos de Derecho constitucional", el doctor José Vicente Concha combate la jurisdicción constitucional, diciendo que la presunción de acierto y rectitud debería estar en favor del juicio de los dos órganos legislativo y ejecutivo que intervinieron en la expedición de la ley, y nó en un solo Tribunal judicial. Mas los partidarios del control constitucional arguyen que la formación de la ley no es otra cosa que el funcionamiento de un servicio público, del servicio más importante, el servicio de legislación que, como todo servicio público, para que funcione normalmente es menester que esté sujeto a un control y que éste sea jurisdiccional.

Jéze dice que el control jurisdiccional de la ley puede ejercerse: 1º Impugnándola directamente, o sea pidiendo la nulidad de la ley; 2º Impugnándola indirectamente, o sea pidiendo al Juez que no la aplique, sino que dé preferencia al precepto constitucional que aquélla viola; y 3º Pidiendo al Estado una indemnización por los perjuicios causados por razón de la ley violadora del derecho, lo que supone que el Juez ha comenzado por declarar la inconstitucionalidad de la ley. De manera que el control jurisdiccional de la ley puede ser provocado por vía de acción o de excepción.

J. Barthélemy opta por la vía de excepción ante los Tribunales ordinarios:

En el control por vía de acción, —dice— se ataca la ley ante un tribunal y se pide la anulación. En el control por vía de excepción, no se toma la iniciativa de atacar la ley, se limita a defenderse contra la aplicación de esta ley, se hace observar al Tribunal ante el cual se litiga que esta ley es contraria a la Constitución, que, por consiguiente, no puede aplicarla. Así, en los Estados Unidos, un panadero notificado de haber violado la ley que prohíbe el trabajo de noche, opuso al Tribunal que esta ley es contraria al principio constitucional de la libertad de comercio y de industria y que no podía por tanto ser castigado.

ARTICULO 151. — La Corte nombra y remueve libremente sus empleados subalternos. (Artículo 152 de la Constitución de 1886).

En vez de figurar en artículo aparte, esta facultad ha debido incluirse en el artículo anterior, como una de las atribuciones de la Corte. Es una garantía para la corporación el poder

nombrar y remover libremente sus empleados subalternos. La Corte ha dicho que los empleados subalternos del Poder Judicial no pertenecen al ramo administrativo sino al judicial y dependen nó del Poder Ejecutivo, sino de los respectivos superiores jerárquicos.

ARTICULO 152. — Para facilitar a los pueblos la pronta administración de justicia, se dividirá el territorio nacional en distritos judiciales, y en cada distrito habrá un Tribunal Superior, cuya composición y atribuciones determinará la ley. (Artículo 153 de la Constitución de 1886).

Es, pues, obligación del legislador dividir el territorio en Distritos judiciales, sin que puedan Municipios de un Departamento pertenecer a Distritos judiciales de otros Departamentos. Por tanto, no puede haber Distritos judiciales compuestos de más de un Departamento, pero sí varios Distritos judiciales en un mismo Departamento.

La división del territorio en Distritos judiciales fue hecha por la Ley 23 de 1912 y ha sido adicionada por la 77 de 1914, la 4ª de 1927 y el Decreto extraordinario número 1714 de 1936.

La Corte Suprema de Justicia, en acuerdo de 23 de agosto de 1912 dijo que este artículo 152 contiene una disposición especial referente a la administración de justicia, y su aplicación no está, por consiguiente, sometida a la regla que establece el artículo 6º de la Constitución, pues si así no fuera, el artículo 153 sería inútil en presencia de dicho artículo 6º.

Nos permitimos disentir de esta doctrina, porque los discursos pronunciados en el Consejo Nacional por los Delegatarios Caro y Mendoza Pérez, de que hicimos referencia en el artículo 6º demuestran que el espíritu de la disposición fue muy distinto, y porque el artículo 38 del Acto legislativo número 3 de 1910 dice que los Magistrados de los Tribunales Superiores serán nombrados de ternas que presenten las *respectivas Asambleas departamentales*, lo que da a entender que la división territorial no puede comprender Municipios de distintos Departamentos.

ARTICULO 153. — Para ser Magistrado de los Tribunales Superiores se requiere ser ciudadano en ejercicio, tener treinta años de edad, y haber, durante tres años por lo menos, desempeñado funciones judiciales o ejercido la abogacía con buen crédito o enseñado Derecho en un establecimiento público. (Artículo 154 de la Constitución de 1886).

Si para ser Magistrado de la Corte el artículo 147 exige treinta y cinco años de edad, para serlo de los Tribunales bastan treinta; en el primer caso se exige haber ejercido la abogacía y el profesorado en derecho con buen crédito, por lo me-

nos durante cinco años, y en el segundo, sólo por tres años. El artículo 4º del Código de organización judicial dice que la calidad de ser versado en la ciencia del derecho, sólo puede acreditarse con el título de abogado expedido por una facultad oficial o privada. Para ser Magistrado de la Corte se necesita ser colombiano de nacimiento; para serlo de los Tribunales, sólo ser colombiano, y, por tanto un extranjero nacionalizado puede ser Magistrado de los Tribunales. Aquí, como en el artículo 147, creemos que establecimiento público no significa establecimiento oficial.

Los Magistrados suplentes de los Tribunales deben llenar las mismas calidades de los principales.

Ha prevalecido la tesis de que para ser Magistrado de la Corte Suprema o de los Tribunales Superiores del Distrito judicial y de lo contencioso administrativo y Jueces Superiores y de Circuito no se necesita ser abogado titulado, porque los artículos 147, 153 y 157 no hablan de títulos, pero es porque se olvida que la Constitución de 1886 no exigía títulos de idoneidad para el ejercicio de la abogacía. Exigiéndose hoy esos títulos, las disposiciones de la Constitución deben acomodarse a la reforma introducida, ya que es inaceptable sostener que sólo ejercen la abogacía los que tienen abierto un bufete de abogado. ¿De dónde deducir que el ejercicio de la magistratura y de la judicatura no implican el ejercicio de la profesión de abogado? ¿Ni cómo admitir que para litigar sean necesarios títulos de idoneidad y no lo sean para administrar la justicia demandada?

ARTICULO 154. — Son comunes a los Magistrados de los Tribunales Superiores las disposiciones del artículo 143. Dichos Magistrados serán responsables ante la Corte Suprema, en la forma que determine la ley, por el mal desempeño de sus funciones y por las faltas que comprometan la dignidad de su puesto. (Artículo 155 de la Constitución de 1886).

El artículo 143 que se invoca, fue reformado por el 36 del Acto legislativo número 3 de 1910, como en su lugar lo dijimos. Hoy los Magistrados de los Tribunales no son vitalicios.

ARTICULO 155. — Los Magistrados de los Tribunales Superiores y los suplentes respectivos serán nombrados por la Corte Suprema, de ternas que presenten las respectivas Asambleas Departamentales. (Artículo 38 del Acto legislativo número 3 de 1910).

La intervención concedida a las Asambleas departamentales para el nombramiento de los Magistrados de los Tribunales Superiores, es injustificada e inconveniente: siendo el Órgano Judicial de carácter nacional, no se ve por qué hayan de intervenir en su formación entidades administrativas de carácter de-

partamental; esta intervención ha contribuido a rebajar el nivel moral e intelectual del Organo Judicial, haciendo que los nombramientos de los Magistrados se hagan a base de consideraciones políticas, de combinaciones inconfesables y de intrigas personales, que han alejado de las Magistraturas a los hombres más honorables y más capaces, a quienes repugna entrar en esta clase de competencias.

Creemos que los Magistrados de los Tribunales debieran ser nombrados libremente por la Corte Suprema de Justicia.

Los suplentes de los Magistrados de los Tribunales llenan las faltas temporales de los principales, y las absolutas mientras se llena la vacante y toma posesión el nombrado.

ARTICULO 156. — La ley organizará los Juzgados inferiores y determinará sus atribuciones y la duración de los Jueces. (Artículo 156 de la Constitución de 1886).

La ley que ha cumplido este precepto constitucional, es la 105 de 1931, sobre organización judicial, que ha creado Jueces Superiores, de Circuito, Municipales y de menores.

La Ley 2ª de 1943 dispone:

Artículo 7º Las funciones correspondientes a los Jueces Municipales serán llenadas, en los Corregimientos Intendenciales o Comisariales, por Jueces Territoriales, cuyo número, período, jurisdicción territorial, modo de nombramiento, asignación y personal subalterno determinará el reglamento.

ARTICULO 157. — Para ser Juez se requiere ser ciudadano en ejercicio, estar versado en la ciencia del Derecho y gozar de buena reputación.

La segunda de estas calidades no es indispensable respecto de los Jueces Municipales. (Artículo 157 de la Constitución de 1886).

Si la ley ha exigido título de idoneidad para ejercer la profesión de abogado, con mayor razón debe exigirlo para ejercer el cargo de Juez.

Ya vimos que el artículo 4º del Código de Organización Judicial dispone que la calidad de ser versado en la ciencia del derecho, sólo puede acreditarse con el título de abogado expedido por una facultad oficial o privada.

Se ha hecho, sin embargo, una excepción para los jueces municipales, porque en los Distritos pobres y pequeños (que son la mayoría), no se consiguen abogados inscritos que desempeñen los Juzgados municipales, a causa de lo reducido de las asignaciones. La excepción no se justifica para los Distritos importantes.

El Consejo de Estado, por mayoría de cuatro votos contra tres, decidió que no era nula la elección de Juez de Circuito he-

cha en una mujer, que reunía las demás calidades exigidas por la ley para el desempeño de este cargo (sentencia de 5 de octubre de 1943).

ARTICULO 158. — La responsabilidad de los Jueces inferiores se hará efectiva ante el respectivo Superior. (Artículo 158 de la Constitución de 1886).

Es lo natural que la responsabilidad en que incurran los Jueces (incluso los Magistrados), se haga efectiva ante sus respectivos superiores jerárquicos, que son los llamados a revisar sus providencias, y por tanto, están en condición de juzgarlos con más rectitud y con pleno conocimiento de causa.

Conforme al artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, la Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala Penal, conoce, privativamente, de las causas que, por motivos de responsabilidad por infracción de la Constitución o las leyes o por mal desempeño de sus funciones, se promuevan contra los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial; conforme al artículo 44 de la misma obra, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocen en primera instancia de las causas de responsabilidad que se sigan a los Jueces Superiores y de Circuito, y conforme al artículo 47, *ibidem*, los Jueces de Circuito conocen de las mismas causas seguidas contra los Jueces Municipales.

Aunque toda infracción penal es una violación de la ley, las responsabilidades de que se trata se refieren a las violaciones de la ley que únicamente pueden cometer los empleados públicos, y, por consiguiente, no se hace alusión a los delitos comunes.

ARTICULO 159. — Los cargos del orden judicial no son acumulables; y son incompatibles con el ejercicio de cualquiera otro cargo retribuido, y con toda participación en el ejercicio de la abogacía. (Artículo 159 de la Constitución de 1886).

Si el artículo 58 prohíbe que un individuo pueda recibir dos sueldos del Tesoro Público, para evitar la acumulación de empleos en otros ramos de la administración, con mayor razón había que prohibir que los cargos judiciales se acumularan, no sólo porque esto perjudica el buen servicio de la justicia, sino porque esta acumulación privaría de las garantías que otorga el derecho de recurrir a otros funcionarios por vía de apelación contra las providencias de los de primera instancia.

Se declaran incompatibles los cargos judiciales con otros retribuidos, pero nó con los que se ejerzan *ad honorem* como los de Concejales y miembros de juntas de beneficencia, instruc-

ción pública, etc. El artículo 2º del Código de Organización Judicial permite a los Jueces y Magistrados ser profesores en establecimientos de instrucción pública aunque este cargo sea remunerado, disposición que consideramos inconstitucional.

Conforme a los artículos 17 y 18 del mismo Código, los empleados judiciales o del Ministerio público, cualquiera que sea su categoría, no pueden ser nombrados partidores, curadores *ad litem*, peritos ni depositarios o secuestres; no pueden ser mandatarios de profesión en negocios de ninguna especie, ni abogar en asuntos judiciales ni administrativos, ni ejercer el cargo de albaceas o ejecutores testamentarios, aunque estén en uso de licencia, y cuando tengan que litigar en causa propia, deben constituir apoderado; tampoco pueden hacer parte de directorios políticos ni intervenir en debates públicos de este carácter.

Como las disposiciones contenidas en los artículos 143 y 147 son especiales para los cargos del Organo Judicial, no pueden aplicarse a éstos las de los artículos 56 y 58, que dejan al legislador en libertad para determinar los casos de incompatibilidad de funciones y para autorizar la percepción de dos sueldos. Para los Jueces y Magistrados la aceptación de cualquier otro empleo de Gobierno produce vacancia y no hay acumulación posible, pues todos son incompatibles con cualquier empleo retribuido, aunque sea dado por autoridad distinta del Gobierno Nacional.

ARTICULO 160. — Los Magistrados y los Jueces no podrán ser suspendidos en el ejercicio de sus destinos sino en los casos y con las formalidades que determinen las leyes, ni depuestos sino a virtud de sentencia judicial. Tampoco podrán ser trasladados a otros empleos sin dejar vacante su puesto.

No podrán suprimirse ni disminuirse los sueldos de los Magistrados y Jueces, de manera que la supresión o disminución perjudique a los que estén ejerciendo dichos empleos. (Artículo 160 de la Constitución de 1886).

Una de las más preciosas garantías para la independencia del Juez o Magistrado, es que no pueda ser destituido del cargo sino en virtud de sentencia judicial, por hecho definido y castigado por la ley como delito que dé lugar a la destitución o pérdida del cargo, ni suspendido en el ejercicio de sus funciones sino a virtud de auto del Juez que lo llame a responder en juicio en los casos y con las formalidades que determina la ley procesal.

Pero no sólo con la destitución o suspensión del puesto podría atentarse contra la libertad de los Jueces o Magistrados, sino trasladándolos a otros empleos, aunque fuera en el mismo

ramo judicial. Por eso la Constitución ampara al Juez o Magistrado que no quiera aceptar el nuevo cargo, y previene que si voluntariamente lo acepta dejará vacante el judicial que venía desempeñando.

El inciso 2º, inspirado en el mismo propósito, prohíbe que los sueldos de los Jueces o Magistrados sean suprimidos o disminuídos durante el período para que han sido nombrados. Por manera que la ley no puede suprimir las plazas de jueces y Magistrados que estén ejerciendo, ni disminuirles los sueldos, sino cuando haya expirado el período legal respectivo.

Si así no fuera, sería un medio fácil de salir de un Juez o Magistrado a quien se desea separar del puesto, suprimiéndole o rebajándole el sueldo en forma que se viera obligado a renunciar.

La Corte Suprema de Justicia, en acuerdo de 4 de marzo de 1919, dijo que la disposición del artículo 160 por ser de carácter restrictivo no puede extenderse a otra clase de empleados, cualquiera que sea su naturaleza, y que, por tanto, ella no cobija a los Magistrados de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El señor Samper observa que la Constitución ha debido también establecer que el sueldo del Presidente de la República no podría ser disminuído durante el período para que haya sido elegido. Así está, efectivamente, dispuesto en la Constitución de los Estados Unidos en su artículo 2º, sección 1ª, que dice:

“En compensación de sus servicios, el Presidente recibirá en épocas determinadas una retribución que no podrá ser aumentada ni disminuída durante el período para que haya sido elegido; y no recibirá durante ese período ningún otro emolumento de la Federación ni de ningún Estado en particular”.

ARTICULO 161. — Toda sentencia deberá ser motivada. (Artículo 161 de la Constitución de 1886).

Esta exigencia obedece a la necesidad de evitar la arbitrariedad de los Jueces: ellos en sus fallos deben exponer las disposiciones legales y las razones de justicia o equidad que constituyen los fundamentos de la decisión, así como la apreciación que hacen de las pruebas aducidas y de los alegatos presentados por las partes. Esto mismo dispone el artículo 471 del Código de procedimiento civil, en donde está bien la disposición, pero nó en la Constitución, por ser cuestión reglamentaria.

ARTICULO 162. — La ley podrá instituir Jurados para causas criminales. (Artículo 162 de la Constitución de 1886).

La institución del Jurado fue creada en Colombia por ley de 4 de junio de 1851, para conocer de los delitos de homicidio, robo y hurto de mayor cuantía.

La Constitución de 1853 incluyó entre las garantías que el Estado otorgaba a los individuos, el de ser juzgados por jurados cuando se procediera por delito que mereciera pena corporal de dos o más años.

Esta garantía tuvo su primera consagración en Inglaterra como un derecho de los individuos para no ser juzgados sino por sus pares. La institución del jurado se propone que los individuos no sean juzgados por Jueces de derecho, sujetos a una tarifa legal de prueba, sino por otros hombres, que fallen como jueces de hecho, en conciencia, sin sujeción a tarifa de probanzas.

El jurado tuvo acérrimos enemigos en el seno del Consejo Nacional Constituyente, y al cabo se optó por dejar el asunto a la decisión del legislador como medida más prudente. Es claro que la disposición comentada es más propia del Código de procedimiento penal que de la Constitución; pero se pensó que para que la función judicial pudiera ser ejercida por órganos que no formaban parte del Órgano Judicial, era menester una autorización especial; no se meditó que el jurado había sido establecido en 1851 por una ley ordinaria.

Conforme al artículo 1º del Código de Organización Judicial, las personas particulares que en calidad de jurados participan en las funciones judiciales de manera transitoria y ocasional, no se consideran incluidas en la jerarquía llamada por la Constitución órgano judicial.

El legislador, en uso de la autorización conferida por el artículo 162, conservó la institución del jurado aunque restringida, reglamentándola por medio de la Ley 57 de 1887, que ha sufrido posteriormente algunas modificaciones.

La institución del jurado es incompatible con los principios de la escuela positiva que sigue nuestro actual Código Penal, y debe ser modificada o suprimida.

ARTICULO 163. — Podrán crearse Tribunales de Comercio. (Artículo 163 de la Constitución de 1886).

Cabe a esta disposición una observación análoga a la hecha a la anterior: la materia a que se refiere es propia del Código de Comercio, pero no de la Constitución; y si se incluyó en ésta, fue por la creencia de que se necesitaba autorización constitucional para que la ley pudiera dar a entidades que no eran

parte del Organó Judicial, la facultad de administrar justicia en controversias suscitadas entre comerciantes.

La Ley 111 de 1890 autorizó al Gobierno para crear cámaras de comercio en los centros comerciales que juzgara convenientes, como órganos oficiales del comercio cerca del mismo Gobierno, como cuerpos consultivos en todos los asuntos relacionados con el comercio y la industria y como tribunales de comercio, como árbitros y amigables componedores para resolver las diferencias que pudieran ocurrir entre comerciantes, siempre que las partes quisieran someterse a su decisión y prescindir de los juzgados y tribunales ordinarios.

Posteriormente, la Ley 28 de 1931 organizó las cámaras de comercio y reglamentó sus funciones. Pero la ley no ha creado Tribunales ni Jueces de comercio, y estas funciones hasta ahora les han sido adscritas a los Jueces de Circuito.

ARTICULO 164. — La ley establecerá y organizará la jurisdicción contencioso-administrativa. (Artículo 42 del Acto legislativo número 3 de 1910).

La Constitución de 1886 autorizaba al legislador para establecer la jurisdicción contencioso-administrativa, y la reforma de 1910 le ordenó establecerla, de modo imperativo.

En esta virtud, la Ley 130 de 1913 estableció la jurisdicción contencioso-administrativa creando tribunales seccionales y un tribunal supremo, cuyas funciones fueron adscritas al Consejo de Estado por la Ley 60 de 1914, expedida en desarrollo del Acto legislativo de ese año, que restableció esta entidad.

Según la citada Ley 130 (hoy sustituida por la 167 de 1941), la jurisdicción contencioso-administrativa tiene por objeto la revisión de los actos de las corporaciones o empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas, a petición del Ministerio público, de los ciudadanos en general, o de las personas que se crean vulneradas en sus derechos.

La doctrina de la separación de los poderes públicos, tal cual fue preconizada y divulgada por Mostesquieu, influyó decisivamente en el establecimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa en Francia desde el despuntar del siglo XIX. Se entendió que dicha separación indicaba lógicamente que debían ser Tribunales Administrativos los únicos encargados de anular los actos de la Administración. A mediados del mismo siglo (1845), tal jurisdicción se estableció en España, y, posteriormente, en 1863, en los principales Estados alemanes.

No sólo porque era contrario a la técnica que los Tribunales Judiciales revisaran los actos del Organó Ejecutivo, sino porque ellos no eran los más adecuados para crear una jurispru-

dencia inspirada en el concepto del servicio público que domina esta rama del Derecho, se impuso la necesidad de crear Tribunales especiales que conocieran de la constitucionalidad e ilegalidad de los actos administrativos.

Aunque el artículo 141 de la Constitución de 1886 atribuyó al Consejo de Estado el decidir, sin ulterior recurso, las cuestiones contencioso-administrativas, si el legislador establecía esta jurisdicción, la Ley 23 de 1886 dispuso que el Consejo de Estado no ejerciera funciones de Tribunal Contencioso Administrativo. Fue sólo el artículo 42 del Acto legislativo número 3 de 1910 el que dijo:

La Ley establecerá la jurisdicción contencioso-administrativa.

Las palabras “y organizará” fueron intercaladas por el compilador oficial de la codificación, pues no figuran en el original del Acto legislativo ni en sus antecedentes, como hemos tenido ocasión de comprobarlo personalmente en el Archivo del Congreso.

La Ley 167 de 1941, “sobre organización de la jurisdicción contencioso-administrativa”, preparada por el Consejo de Estado, es hoy el Código de lo Contencioso-Administrativo. El ha creado 14 Tribunales Administrativos, uno para cada Departamento, para el conocimiento de los negocios en primera instancia, de los cuales conoce el Consejo de Estado en segunda, como ya lo vimos al comentar el Título XIII.

JURISDICCION DEL TRABAJO

El Acto legislativo número 1º de 1940, reformativo de la Constitución, dispuso:

ARTICULO UNICO. — La Ley creará la jurisdicción especial del trabajo y determinará su organización.

Esta reforma fue propuesta por el Ministro de Trabajo, Higiene y Previsión Social, y como razones para expedirla se adujeron: que los problemas sociales han pasado a ocupar la primera línea entre los que deben merecer la atención de los gobiernos, y para resolverlos se hace necesario adoptar procedimientos que se hallen de acuerdo con las realidades de la vida contemporánea; que la jurisdicción ordinaria es demorada y costosa, y la lentitud perjudica a los trabajadores que necesitan para su subsistencia del auxilio de enfermedad o de la cesantía, o de la indemnización por accidentes de trabajo, y también al patrono a quien interesa que la controversia sea decidi-

JAIME TOBON VILLEGAS
DONACION

da rápidamente para evitar la posibilidad de conflictos y aclarar su situación cuando se trate de reclamaciones infundadas e injustas, y que se trata de una rama del derecho que requiere vocación y disciplinas especiales y hasta una peculiar sensibilidad social para darles a tales problemas soluciones adecuadas y eficaces.

La ley hasta ahora no ha creado los Jueces y Tribunales del Trabajo que la disposición autorizó para crear.

TITULO XVI

De la fuerza pública

SUMARIO — Servicio militar. Ejército permanente. Pie de fuerza. Obligaciones y derechos de los militares. Tribunales marciales. Milicia nacional.

ARTICULO 165. — Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, para defender la independencia nacional y las instituciones patrias.

La ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar. (Artículo 165 de la Constitución de 1886).

La solidaridad social obliga a todos los asociados a acudir a la defensa de la sociedad, por todos los medios posibles y, en último término, aun por el extremo de la guerra, cuando aquélla se encuentra amenazada.

Tardarán muchísimos siglos, antes de que los principios de fraternidad universal hayan logrado imponerse en las naciones, y de que venga a ser una realidad el ideal de Séneca de que la verdadera patria del hombre es el universo.

Mientras esto no suceda (¿sucederá algún día?), es natural que se obligue a todos los nacionales de un país a tomar las armas cuando haya necesidad de defender la independencia y las instituciones patrias. A esta necesidad obedece el artículo que comentamos.

Se ha discutido largamente en otros países y en otras épocas si el servicio militar debe ser obligatorio o si el ejército debe reclutarse por enganche voluntario. El primer sistema es el que ha prevalecido y el que adopta el inciso 2º de este artículo.

Aun naciones tan reacias al servicio militar obligatorio como la Gran Bretaña (*bill* de 1939), tuvieron que implantarlo en vista de la amenaza de los Estados totalitarios.

ARTICULO 166. — La Nación tendrá para su defensa un Ejército permanente. La ley determinará el sistema de reemplazos del Ejército, así como los ascensos, derechos y obligaciones de los militares. (Artículo 166 de la Constitución de 1886).

El Estado necesita una fuerza material para la realización de sus fines, ya que jamás el hombre llegará a tal grado de educación cívica que baste la fuerza ética para constreñirlo al cumplimiento de sus deberes sociales. Y uno de los medios de exteriorizar esa fuerza material, no sólo para hacer respetar el derecho, sino para defender el Estado contra agresiones extrañas, es el mantenimiento de un ejército en servicio. Esta disposición impone al legislador la obligación de tener un ejército permanente, elevándolo a la categoría de institución constitucional, para evitar que Congresos compuestos de Representantes utopistas, reincidan en el error de suprimir el ejército permanente, como de ello hay antecedentes en nuestra historia patria.

Corresponde al legislador determinar el sistema de reemplazos, cosa que hizo por la Ley 167 de 1896, que dispuso que todo ciudadano colombiano comprendido entre los veintiuno y los cuarenta años de edad, está obligado a prestar el servicio militar en el ejército activo y en las reservas o milicias nacionales. La misma ley determinó quiénes quedan exceptuados del servicio en todo tiempo y quiénes en tiempo de paz (1).

Sería absurdo que la Constitución le impusiera al Presidente de la República la obligación de velar por la independencia, seguridad e integridad de la Nación, si al mismo tiempo no pusiera en sus manos los medios materiales necesarios para cumplir ese deber.

El artículo deja al legislador la determinación de los ascensos, derechos y obligaciones de los militares, los que al efecto han sido determinados por las leyes 71 de 1915 y 75 de 1925, sobre sueldos de retiro para oficiales del ejército y sobre pensiones militares, 23 de 1916 (reformada por la 88 de 1935), sobre nombramientos y ascensos, y 104 de 1927 (reformada por la 3ª de 1937), que determina la jerarquía y condiciones de reclutamiento, ascenso y retiro de los suboficiales del ejército.

Estas leyes fueron modificadas por los Decretos extraordinarios números 1025 y 1123 de 1942, legalizados por la Ley 43 de 1942, sobre prestaciones sociales de carácter militar.

ARTICULO 167. — Cuando no se fijare por ley expresa el pie de fuerza, subsistirá la base acordada por el Congreso para el precedente bienio. (Artículo 167 de la Constitución de 1886).

Ya al tratar del artículo 69 (ordinal 5) dijimos que esta disposición está implícitamente modificada en el sentido de ex-

(1) En desarrollo de esta ley se han dictado los decretos reglamentarios números 2020 de 1927 (Diario Oficial 20672), 2098 de 1928 (Diario Oficial 20947), 230 de 1929 (Diario Oficial 21027), 365 de 1933 (Diario Oficial 22225) y 858 de 1933 (Diario Oficial 22290).

presar que el Congreso debe fijar cada año el pie de fuerza, y nó cada bienio.

La Constitución teniendo en cuenta lo peligroso que sería dejar esa fijación a voluntad del Organó Ejecutivo, en caso de que el Congreso no lo hiciera, bien porque no se reuniera o no pudiera ponerse de acuerdo respecto del número, o por cualquier otra causa, optó previsivamente por disponer que en este evento continuara rigiendo el pie de fuerza señalado para el año anterior, exactamente lo mismo que dispuso para el presupuesto, en caso de que el Congreso no lo expidiera para una vigencia fiscal.

ARTICULO 168. — La fuerza armada no es deliberante. No podrá reunirse sino por orden de la autoridad legítima; ni dirigir peticiones, sino sobre asuntos que se relacionen con el buen servicio y moralidad del Ejército y con arreglo a las leyes de su instituto. (Artículo 168 de la Constitución de 1886).

La obediencia pasiva a que está sujeta la fuerza armada por razones que expusimos en el artículo 17, es incompatible con el derecho de deliberar sobre las órdenes que se le impartan. Pero hay más: si se permitiera deliberar a la fuerza armada sobre cualesquiera cuestiones del Estado, la libertad de los representantes del Estado y de sus agentes desaparecería, porque no podrían resistir a las imposiciones de la fuerza, y el régimen democrático quedaría sustituido por el pretoriano de que nos da tremendas lecciones la historia universal.

Algunas Constituciones, como la de España, expresan que la fuerza armada carece de derecho de petición colectiva. Nuestra Constitución la permite sobre asuntos que se relacionen con el buen servicio y moralidad del ejército, pero con arreglo a las leyes de su instituto.

En desarrollo del artículo 168, el artículo 1º de la Ley 72 de 1930, dijo:

La fuerza armada no es deliberante. En consecuencia, los miembros del ejército, de la policía nacional y de los cuerpos armados de carácter permanente, departamentales y municipales, no podrán ejercer la función del sufragio mientras permanezcan en servicio activo.

Acusada esta ley como inconstitucional, la Corte Suprema de Justicia la declaró exequible, por considerar que el ejercicio del sufragio entraña deliberación, tesis bien peregrina por cierto.

Esta privación del voto de los militares (que no tiene por qué cobijar a los resguardos de rentas) no significa suspensión

temporal ni pérdida de los derechos políticos, sino la exigencia de un requisito para figurar en el censo electoral, cual es el de no estar en servicio militar, requisito nuevo, agregado a otros reglamentarios, como el de estar domiciliado en el Distrito, obtener cédula de ciudadanía, etc.

ARTICULO 169. — Los militares no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones, sino en los casos y del modo que determine la ley. (Artículo 169 de la Constitución de 1886).

Como compensación de la obediencia pasiva y de la prohibición de deliberar, impuestas a los militares, la Constitución les garantiza la seguridad de que no serán privados de sus grados, honores y pensiones sino en los casos y del modo que determine la ley. Ningún militar puede ser degradado sino por pena impuesta por tribunal competente y por motivo previamente definido por las leyes, y en cuanto a las pensiones de los militares, la Corte Suprema de Justicia ha sentado la doctrina de que el legislador no puede decretar de hecho la rebaja de las pensiones de los militares, porque ellos no pueden ser privados de sus pensiones sino en los casos y del modo determinado por la ley, lo que implica designación de causa, de entidad que decreta la privación y de procedimiento para efectuarlo, y ha agregado que la disposición del artículo 169 de la Constitución, relativa a la privación de pensiones de los militares, se aplica también a la rebaja de ellas, puesto que la rebaja puede llegar hasta el aniquilamiento casi total, y que por tanto, es inexecutable la ley que disminuya de hecho las pensiones de los militares, pues la Nación contrae un compromiso solemne con las personas que entran al servicio militar, sobre la base de que se les reconocerá una recompensa o una pensión determinadas si cumplen los deberes que la ley les impone, y satisfacer una pensión es, pues, pagar una deuda (Acuerdo de 6 de junio de 1916).

ARTICULO 170. — De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. (Artículo 170 de la Constitución de 1886).

Comentamos este artículo al tratar del 55. Si la disposición atribuye a tribunales militares el juzgamiento de los delitos cometidos en tiempo de paz por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, la ley o decretos de carácter extraordinario pueden disponer que los delitos comunes cometidos por miembros del ejército en campaña, sean juzgados militarmente cuando las circunstancias no permitan juzgarlos.

por los jueces ordinarios de los tiempos normales, en concepto del señor Samper.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 6 de diciembre de 1923, dijo que del artículo 1365 del Código Militar se desprende, y así lo confirman otras muchas disposiciones legales, que no sólo es delito militar el que se comete con infracción de las leyes militares sino que también lo son: el delito común que comete un militar en asuntos del servicio, y el delito común perpetrado por un militar dentro del cuartel.

ARTICULO 171. — La ley podrá organizar y establecer una milicia nacional. (Artículo 171 de la Constitución de 1886).

Además del ejército permanente, puede la ley establecer y organizar ejércitos de reserva como una milicia nacional dependiente del Gobierno, para el caso de una amenaza exterior.

La ley ha organizado esta milicia, y decretos del Gobierno han prohibido que los partidos políticos organicen milicias cívicas con carácter militar.

TITULO XVII

De las elecciones

SUMARIO — Elección de Concejeros, de Diputados, de Presidente de la República, de Representantes y Senadores. División territorial para la elección de Senadores, Representantes y Diputados. Limitación del derecho electoral. Representación proporcional de los partidos.

ARTICULO 172. — Todos los ciudadanos elijen directamente Concejeros Municipales, Diputados a las Asambleas Departamentales, Representantes al Congreso Nacional y Presidente de la República. (Artículo 33 del Acto legislativo número 1º de 1936).

La Constitución de 1886 establecía que todos los ciudadanos elegían directamente concejales y diputados a las asambleas departamentales, pero que en las elecciones para Presidente de la República y Representantes al Congreso sólo podían votar los ciudadanos que supieran leer y escribir o que tuvieran una renta anual de \$ 500, o propiedad inmueble de \$ 1.500.

La reforma de 1910 redujo la cuantía de la renta exigida a \$ 300, y la de la propiedad raíz a \$ 1.000.

Conforme a la reforma de 1936, todos los ciudadanos pueden sufragar en cualquier clase de elecciones populares, lo que ya se había establecido en Colombia por la Constitución de 1853.

En Colombia son elegidos en votación popular únicamente el Presidente de la República, los Representantes al Congreso, los Diputados a las Asambleas departamentales y los Concejales, por sufragio universal, secreto y en todo caso directo. Los Senadores y los Designados son elegidos en sufragio indirecto, aquéllos por las Asambleas departamentales, y éstos por el Congreso.

Tienen derecho a votar todos los individuos que figuran en el censo general de sufragantes, provistos de la respectiva cédula de ciudadanía, esto es, todos los *ciudadanos*, sin restricción ninguna por concepto de renta, capital o instrucción. Esto es lo que se llama "sufragio universal", aunque el término no sea bien propio, porque de él quedan excluidos los indi-

viduos a quienes la Constitución no considera ciudadanos conforme al artículo 13, por razones de sexo, edad, etc.

La tendencia del derecho político es al establecimiento del sufragio universal, igualitario y directo. Casi todas las naciones practican hoy esta clase de sufragio.

El requisito de saber leer y escribir, que la Constitución de 1886 exigía, sólo está establecido en algunos Estados de la Unión americana y en el Brasil por la ley electoral de 1933.

En Inglaterra se requiere tener una ocupación que produzca un rendimiento de diez libras al año, lo que prácticamente equivale a no exigir renta ni capital alguno.

En Francia, Alemania, Suiza, España, Italia, Suecia, Noruega, Dinamarca, Grecia, etc., existe el sufragio universal, igualitario y secreto.

El sufragio universal tuvo su primera aparición en Francia, en el Decreto de 11 de agosto de 1792, por el cual la Asamblea Nacional convocó la Convención; pero no vino a establecerse definitivamente en ese país sino con fecha 5 de marzo de 1848.

El sufragio igualitario o unitario consiste en que cada ciudadano disponga de un voto, sistema opuesto al voto plural, según el cual el elector dispone de varios votos suplementales, por su calidad de propietario de inmuebles, de padre de familia, de portador de diplomas universitarios etc. Este sistema, que permitía a cada elector emitir hasta tres votos, existió en Bélgica desde 1893 hasta 1920.

El proyecto original de la Constitución de 1886 establecía el llamado sufragio universal, pues decía que "todos los ciudadanos son sufragantes". El delegatario Samper hizo triunfar la tesis del sufragio restringido, no obstante los esfuerzos que el delegatario Caro hizo en favor del sufragio universal.

ARTICULO 173. — En toda elección en que se vote por más de dos individuos, aquélla se hará por el sistema del voto incompleto, o del cuociente electoral, o del voto acumulativo, u otro cualquiera que asegure la representación proporcional de los partidos. La ley determinará la manera de hacer efectivo este derecho. (Artículo 45 del Acto legislativo número 3 de 1910).

El principio de la representación de las minorías fue consagrado por el artículo 4º del Acto legislativo número 8 de 1905, en estos términos:

En toda elección popular que tenga por objeto constituir corporaciones públicas, y en el nombramiento de Senadores, se reconoce el derecho de representación de las minorías, y la ley determinará la manera y términos de llevarlo a efecto.

Este artículo fue sustituido por el 45 preinserto, y la reforma consistió principalmente en cambiar "la representación de las minorías" por "la representación proporcional de los partidos".

Fue Colombia una de las primeras naciones del mundo que consagraron la representación proporcional, adelantándosele sólo algunos cantones suizos (1891) y Bélgica (1899).

La representación proporcional, que consiste en que cada partido tenga en el parlamento y demás cuerpos colegiados un número de representantes que aproximadamente corresponda a la importancia numérica de sus fuerzas en las urnas, aparte de las razones de justicia que entraña, es el único sistema electoral que permite la representación de toda la opinión pública y no de las mayorías únicamente.

Han consagrado la representación proporcional Alemania, Austria, Dinamarca, Hungría, Italia, Polonia, Rumania y Yugoslavia.

En cumplimiento del precepto constitucional, las leyes han establecido entre nosotros, sucesivamente, el sistema del voto incompleto y el del cociente electoral.

Conforme a la Ley 85 de 1916, que reglamentaba el del voto incompleto, se votaba por las dos terceras partes de los candidatos que debían elegirse, y se declaraban elegidos en el escrutinio los que hubieran obtenido más votos, hasta completar el número total de los individuos que se trataba de elegir.

Cuando el número de individuos que se trataba de elegir no era exactamente divisible por tres, tal número se elevaba a la cifra inmediatamente superior que fuera divisible por tres, y las dos terceras partes de esta cifra, menos uno, era el número de candidatos por el cual se votaba.

El voto incompleto sólo tenía cabida cuando se hubiera de votar por más de dos individuos; y no admitía la ley sino la representación de dos partidos.

Este sistema que se practicó en Colombia hasta 1929, tenía el inconveniente de que no aseguraba verdaderamente la representación proporcional, como lo quería la Constitución. Pongamos un ejemplo para demostrarlo. En una elección en que se votaba para elegir seis representantes, resultaban tres listas con los siguientes votos:

Lista A con.	10.002 votos
Lista B con.	10.001 votos
Lista C con.	10.000 votos

En el escrutinio, correspondían cuatro representantes a la

lista A, dos a la lista B, y ninguno a la lista C; de manera que por sólo un voto de diferencia con la lista B, la lista A se llevaba dos representantes más, y por sólo otro voto de diferencia, la lista C se quedaba sin ninguna representación.

Otras veces acontecía que, tratándose de elegir también seis representantes, si había dos listas, una con 10.000 votos y otra con 100 votos, venían a corresponderle cuatro representantes a la primera lista y dos a la segunda, sin que hubiera verdadera proporcionalidad.

La Ley 7ª de 1932 (1) cambió este sistema por el del cuociente electoral (2), que fue modificado por la Ley 67 de 1937, así:

Artículo 1º En toda elección popular, y en las que deban hacer las corporaciones públicas, cuando se trate de elegir más de dos ciudadanos, se empleará el sistema del cuociente electoral en la forma siguiente:

El total de votos válidos obtenidos en la circunscripción electoral o en la corporación pública que hace la elección, se divide por el número de individuos que deban elegirse, y el resultado es el cuociente electoral.

Cada una de las listas cuyos votos válidos no hubieren alcanzado una cantidad por lo menos igual a la mitad de dicho cuociente, será eliminada en el escrutinio.

El total de votos válidos de las listas que hubieren alcanzado una cantidad igual, por lo menos, a la mitad del cuociente electoral, se divide por el número de individuos que deban elegirse, y el resultado será un nuevo cuociente con el cual se hará la adjudicación de los puestos.

Cada una de las listas que hubiere servido de base para hallar el nuevo cuociente tendrá derecho a tantos puestos cuantas veces cupiere dicho factor en el total de sus votos; y si hecha la adjudicación respectiva quedaren uno o más puestos por proveer, éstos se adjudicarán a los residuos resultantes en orden descendente.

En la adjudicación de los puestos que correspondan a cada lista se atiende al orden de colocación de los nombres que en ellas figuren y que cuando se trate de elección popular debe ser el mismo de la lista regularmente inscrita.

Veamos cómo. Supongamos que se van a elegir 5 diputados y que en las votaciones aparecen 6 listas con los siguientes votos:

Lista A...	30.000
Lista B...	16.000
Lista C...	10.000
Lista D...	4.000
Lista E...	3.000
Lista F...	2.000

(1) La ley 31 de 1929 fue la primera que adoptó el sistema del cuociente electoral, estableciendo que un mismo partido no pudiera obtener más de las dos terceras partes de los individuos que debían ser elegidos.

(2) Este sistema fue expuesto por Tomas Hare en 1857.

El Estado necesita una fuerza material para la realización de sus fines, ya que jamás el hombre llegará a tal grado de educación cívica que baste la fuerza ética para constreñirlo al cumplimiento de sus deberes sociales. Y uno de los medios de exteriorizar esa fuerza material, no sólo para hacer respetar el derecho, sino para defender el Estado contra agresiones extrañas, es el mantenimiento de un ejército en servicio. Esta disposición impone al legislador la obligación de tener un ejército permanente, elevándolo a la categoría de institución constitucional, para evitar que Congresos compuestos de Representantes utopistas, reincidan en el error de suprimir el ejército permanente, como de ello hay antecedentes en nuestra historia patria.

Corresponde al legislador determinar el sistema de reemplazos, cosa que hizo por la Ley 167 de 1896, que dispuso que todo ciudadano colombiano comprendido entre los veintiuno y los cuarenta años de edad, está obligado a prestar el servicio militar en el ejército activo y en las reservas o milicias nacionales. La misma ley determinó quiénes quedan exceptuados del servicio en todo tiempo y quiénes en tiempo de paz (1).

Sería absurdo que la Constitución le impusiera al Presidente de la República la obligación de velar por la independencia, seguridad e integridad de la Nación, si al mismo tiempo no pusiera en sus manos los medios materiales necesarios para cumplir ese deber.

El artículo deja al legislador la determinación de los ascensos, derechos y obligaciones de los militares, los que al efecto han sido determinados por las leyes 71 de 1915 y 75 de 1925, sobre sueldos de retiro para oficiales del ejército y sobre pensiones militares, 23 de 1916 (reformada por la 88 de 1935), sobre nombramientos y ascensos, y 104 de 1927 (reformada por la 3ª de 1937), que determina la jerarquía y condiciones de reclutamiento, ascenso y retiro de los suboficiales del ejército.

Estas leyes fueron modificadas por los Decretos extraordinarios números 1025 y 1123 de 1942, legalizados por la Ley 43 de 1942, sobre prestaciones sociales de carácter militar.

ARTICULO 167. — Cuando no se fijare por ley expresa el pie de fuerza, subsistirá la base acordada por el Congreso para el precedente bienio. (Artículo 167 de la Constitución de 1886).

Ya al tratar del artículo 69 (ordinal 5) dijimos que esta disposición está implícitamente modificada en el sentido de ex-

(1) En desarrollo de esta ley se han dictado los decretos reglamentarios números 2020 de 1927 (Diario Oficial 20672), 2098 de 1928 (Diario Oficial 20947), 230 de 1929 (Diario Oficial 21027), 365 de 1933 (Diario Oficial 22225) y 858 de 1933 (Diario Oficial 22290).

Total de sufragantes, 65.000. Dividido este total por 5, que es el número de diputados por elegir, se tiene un cuociente de 13.000. En consecuencia, deberán ser eliminadas las listas D, E y F, porque sus votos no alcanzan a 6.500, que es la mitad del cuociente mencionado, y deberá procederse a sacar un nuevo cuociente de las listas A, B y C únicamente, que tienen:

Lista A.	30.000 votos
Lista B.	16.000 votos
Lista C.	10.000 votos

Total de votos: 56.000, que divididos por 5 (número de diputados por elegir), arrojan el verdadero cuociente electoral, que será 11.500. Cada una de las listas A, B y C tendrá derecho a elegir tantos diputados cuantas veces 11.500, quepa en el total de votos de cada lista, a saber:

Lista A. Elige 2 diputados y le sobran	7.000 votos
Lista B. Elige 1 diputado y le sobran	4.500 votos
Lista C. Elige 0 diputados y le sobran	10.000 votos

Por cuociente solamente han salido elegidos 3 diputados, y quedan 2 puestos por proveer. En tal caso la ley dispone que estos dos puestos se adjudiquen a los dos residuos mayores, que son 10.000 (de la lista C) y 7.000 (de la lista A); de modo que el escrutinio dará: 3 diputados para la lista A; 1 para la lista B y 1 para la lista C.

Este método de elección por residuos disgrega los partidos, y se presta a que las minorías anarquizadas derroten a las mayorías disciplinadas en algunos casos. Veamos cómo:

En una circunscripción en donde se van a elegir 3 diputados, el partido A tiene 30.000 votos y el partido B tan sólo 26.000; el primero vota unido, dándoles a sus candidatos 30.000 votos a cada uno, y el segundo se divide en dos listas de 13.000 votos cada una; el resultado será:

Lista A.	30.000 votos
Lista B directorista.	13.000 votos
Lista B disidente...	13.000 votos

Como el cuociente sería 18.666, se tendría que la lista del partido A obtendría un diputado, y un residuo de 11.334, que sería inferior a los residuos de las dos listas del partido B; de modo que el resultado sería que el partido A, no obstante ser mayoría, sólo tendría un diputado; y que el partido B, a pesar de ser minoría, se llevaría dos diputados.

Total de sufragantes, 65.000. Dividido este total por 5, que es el número de diputados por elegir, se tiene un cuociente de 13.000. En consecuencia, deberán ser eliminadas las listas D, E y F, porque sus votos no alcanzan a 6.500, que es la mitad del cuociente mencionado, y deberá procederse a sacar un nuevo cuociente de las listas A, B y C únicamente, que tienen:

Lista A.	30.000 votos
Lista B.	16.000 votos
Lista C.	10.000 votos

Total de votos: 56.000, que divididos por 5 (número de diputados por elegir), arrojan el verdadero cuociente electoral, que será 11.500. Cada una de las listas A, B y C tendrá derecho a elegir tantos diputados cuantas veces 11.500, quepa en el total de votos de cada lista, a saber:

Lista A. Elige 2 diputados y le sobran	7.000 votos
Lista B. Elige 1 diputado y le sobran	4.500 votos
Lista C. Elige 0 diputados y le sobran	10.000 votos

Por cuociente solamente han salido elegidos 3 diputados, y quedan 2 puestos por proveer. En tal caso la ley dispone que estos dos puestos se adjudiquen a los dos residuos mayores, que son 10.000 (de la lista C) y 7.000 (de la lista A); de modo que el escrutinio dará: 3 diputados para la lista A; 1 para la lista B y 1 para la lista C.

Este método de elección por residuos disgrega los partidos, y se presta a que las minorías anarquizadas derroten a las mayorías disciplinadas en algunos casos. Veamos cómo:

En una circunscripción en donde se van a elegir 3 diputados, el partido A tiene 30.000 votos y el partido B tan sólo 26.000; el primero vota unido, dándoles a sus candidatos 30.000 votos a cada uno, y el segundo se divide en dos listas de 13.000 votos cada una; el resultado será:

Lista A.	30.000 votos
Lista B directorista.	13.000 votos
Lista B disidente.	13.000 votos

Como el cuociente sería 18.666, se tendría que la lista del partido A obtendría un diputado, y un residuo de 11.334, que sería inferior a los residuos de las dos listas del partido B; de modo que el resultado sería que el partido A, no obstante ser mayoría, sólo tendría un diputado; y que el partido B, a pesar de ser minoría, se llevaría dos diputados.

Otra demostración de lo inconveniente de este sistema electoral:

En una circunscripción en donde se van a elegir 3 diputados, el partido liberal cuenta con 20.000 votos y el partido conservador con 4.000. En las votaciones el partido liberal se divide en varias listas, que arrojan los siguientes resultados:

A.	3.999
B.	3.998
C.	3.997
D.	3.996
E.	3.995
F.	15
Total de votos de las listas liberales....	20.000
Lista conservadora....	4.000

Como el cuociente electoral son 8.000, todas las listas liberales tienen que ser eliminadas por no alcanzar a 4.000 que es la mitad del cuociente, y en consecuencia, la lista conservadora de 4.000 votos se llevaría los 3 diputados, no obstante que sólo tiene de mayoría sobre la primera lista liberal A un solo voto; todo lo cual demuestra que el sistema adoptado por la Ley 67 de 1937 no garantiza la representación proporcional.

La disposición menciona el sistema del voto acumulativo. Por él cada sufragante tiene tantos votos cuantos son los individuos por elegir, y puede darlos todos a un solo candidato o distribuirlos a su arbitrio. Este sistema se ha usado en Portugal, Chile y en los estados americanos de Ohio e Illinois.

El exige partidos rígidamente organizados, porque las minorías pueden obtener el mayor número de representantes si las mayorías acumulan los votos con exceso a sólo unos cuantos de sus candidatos.

Hay muchos otros sistemas electorales que el artículo no menciona y que no han sido implantados en ninguna parte. Hay, sí, uno, el del divisor común, usado en Bélgica desde 1899 e ideado por Víctor D'Hondt. Por este sistema, hecha la votación y averiguado el número de votos obtenidos por cada lista, se divide dicho número sucesivamente por uno, dos, tres, etc., tantas veces cuantas sean los diputados que se van a elegir; después se toman los cuocientes más altos en el mismo número de diputados que haya que elegir, y el cuociente menor de éstos forma el divisor electoral común, por manera que cada lista tendrá tantos diputados cuantas veces quepa ese cuociente menor en la cantidad que represente los votos obtenidos por cada lista.

Veámoslo gráficamente: Se van a elegir 5 Diputados y participan en la votación tres listas con los siguientes votos:

Lista A.	30.000 votos
Lista B.	16.000 votos
Lista C.	12.000 votos

Cada una de estas listas se divide por 1, 2, 3, 4 y 5, que son los Diputados por elegir, y los resultados serán:

A.....	30.000	15.000	10.000	7.500	6.000
B.....	16.000	8.000	5.333	4.000	3.200
C.....	12.000	6.000	4.000	3.000	2.400

Los cinco cuocientes más elevados son: 30.000, 16.000, 15.000, 12.000 y 10.000. El divisor común será el último de estos guarismos, o sea, 10.000. Dividiendo los votos de cada lista por este divisor, la lista A obtiene tres Diputados, la lista B uno, y la C uno.

El sistema del divisor común es, según Esmein, inatacable desde el punto de vista de las matemáticas. Tiene la ventaja sobre el del cuociente electoral, de que no hay necesidad de proveer puestos por residuos.

En Francia no existe representación proporcional. El candidato que no haya obtenido la mayoría absoluta de los votos emitidos no puede ser declarado electo en el primer turno de escrutinio; en este caso tiene lugar el *ballottage*, es decir, que hay que proceder a una nueva elección para proveer los puestos de los Diputados que no lograron esa mayoría.

En la Gran Bretaña el proceso electoral comienza por la *nomination* de los candidatos. El ciudadano que aspira a ser elegido para la Cámara de los Comunes debe depositar una declaración apoyada por 10 electores y una caución de \$ 750.00, y si el candidato no tiene la octava parte de los sufragios emitidos, pierde el derecho de hacerse reembolsar dicha suma, esto para impedir la postulación de candidatos sin respaldo en el electorado. Cuando ha pasado la fecha fijada para presentar candidaturas y en una circunscripción no hay sino una lista, no se verifican elecciones y los candidatos inscritos son declarados legalmente electos. Este sistema regía en el antiguo código electoral español, y es muy recomendable, porque las votaciones carecen de objeto, siendo así que no pueden ser elegidos sino los candidatos de la única lista inscrita.

ARTICULO 174. — Corresponde a las Asambleas Departamentales elegir Senadores. Ninguno de los miembros de la Asamblea que hace la elección podrá ser elegido Senador. La contravención a este precepto vicia

de nulidad la elección respectiva. (Artículo 2º del Acto legislativo número 1º de 1930).

Se ha discutido largamente si la prohibición de que los miembros de la Asamblea puedan ser elegidos Senadores, comprende, o nó, a los Diputados que, aunque elegidos, no han tomado posesión del cargo, y no pueden, por tanto, considerarse miembros de la corporación que hace la elección.

El proyecto de reforma presentado al Congreso de 1930 por el Ministro de Gobierno, decía expresamente que la elección no podría recaer "en ningún ciudadano que haya sido elegido miembro de la Asamblea que hace la elección", y en la exposición de motivos se decía que la prohibición tenía por objeto "evitar la corruptela de que haya Diputados que reciban la investidura de tales, y se abstengan de tomar asiento en la respectiva Asamblea mientras ésta hace la elección de Senadores"; sin embargo, el Senado no aceptó estas razones y modificó el artículo original suprimiéndole las palabras "ciudadano que haya sido elegido". En las actas respectivas se hicieron constar por los Senadores interpretaciones contradictorias respecto de la disposición, sosteniendo unos que comprendía a los Diputados elegidos, y otros que nó. Lo mismo sucedió en la Cámara de Representantes.

El mismo año, el Ministerio de Gobierno, respondiendo a una consulta sobre el particular, resolvió que la prohibición no comprendía a los Diputados que, aunque elegidos, no hubieran tomado posesión del cargo; pero esta interpretación es contraria a la dada por el Consejo de Estado, y por consiguiente, es nula la elección de Senador hecha en un Diputado de la respectiva Asamblea, esté posesionado o nó; a menos que renuncie la diputación antes de hacerse la elección y que la renuncia le haya sido aceptada.

ARTICULO 175. — Cada Departamento constituirá una Circunscripción Senatorial. Ninguna Circunscripción Senatorial elegirá menos de tres (3) Senadores ni más de nueve (9), ni un número menor de los que hoy elige. (Artículo 3º del Acto legislativo número 1º de 1930).

Fue también comentado al tratar del artículo 86. La prohibición de que ningún Departamento elija menos de tres Senadores, obedece a la necesidad de garantizar la representación proporcional de los partidos, que sólo tiene cabida cuando se trata de elegir más de dos individuos. De esta manera los Departamentos pequeños han venido a tener mayor número de Senadores del que les corresponde en relación con su población.

No se justifica la prohibición de que ningún Departamen-

to pueda tener más de nueve Senadores; y en cuando a la excepción de que el número de Senadores por cada Departamento no pueda ser menor del que le correspondía en 1930, sólo se explica como una concesión para vencer la resistencia que oponían a la reforma las diputaciones de los Departamentos grandes, que dominaban las Cámaras y que se oponían a la disminución de sus fuerzas en el Congreso.

ARTICULO 176. — A las Asambleas Departamentales corresponde hacer las demarcaciones de los Círculos o Circunscripciones Electorales para la elección de Diputados; pero en esa división ningún Círculo Electoral elegirá menos de tres (3) Diputados. (Artículo 6º del Acto legislativo número 1º de 1930).

La prohibición de formar círculos electorales que eligieran menos de tres Diputados, se debió a la necesidad de garantizar la representación proporcional de los partidos.

Las Asambleas abusaron de esta atribución constitucional formando circunscripciones *ad-hoc*, para obtener determinados resultados electorales. Así se vio que en las elecciones de 1931, el partido liberal tuvo minoría en la Asamblea Departamental de Cundinamarca, no obstante haber puesto en las urnas una mayoría de 30.000 votos.

Cada Departamento debía ser una sola circunscripción para la elección de Diputados, tal cual la Constitución lo ha dispuesto para la elección de Senadores y Representantes.

Fueron éstas las razones que se tuvieron en cuenta para expedir el Acto Legislativo número 1º de 1943, que es del tenor siguiente:

ARTICULO UNICO. Para la elección de Diputados a las Asambleas, cada Departamento formará un círculo único. Queda en estos términos reformado el artículo 176 de la Constitución Nacional (Artículo 6º del Acto legislativo número 1º de 1930).

ARTICULO 177. — El sufragio se ejerce como función constitucional. El que sufraga o elige no impone obligaciones al candidato, ni confiere mandato al funcionario electo. (Artículo 179 de la Constitución de 1886).

Al comentar el artículo 99 tratamos lo referente al mandato imperativo.

El sufragio es una forma de la representación política; el elector o votante es órgano del Estado, con función representativa. El elector es, en definitiva, un funcionario, y el sufragio una función; no puede estimarse como un mero derecho personal, pues no entraña una exigencia del hombre como tal, como sujeto de derecho, dice don Adolfo Posada, quien agrega que

JAIME TOBON VILLEGAS
DONACION

el sufragio, a la vez que *función es derecho*, aunque no sea derecho del hombre sino del ciudadano, pues desde el momento en que, por virtud de una evolución histórica, el sufragio se ha llegado a constituir como órgano del Estado, todos los miembros de éste que, en efecto, reúnan las condiciones que para el ejercicio del sufragio se exigen, tienen derecho a ejercer la función o funciones del sufragio de que en cada caso se trate; y agrega también que si el sufragio es función del Estado, una función constitucionalmente necesaria —o no hay sufragio— como toda función ha de realizarse siempre y cuando sea exigido por la ley del Estado, de ahí que se imponga el ejercicio del sufragio como un deber a quien lo tiene como un *derecho*.

El voto obligatorio está establecido en quince países (Bélgica, Checoslovaquia, Dinamarca, Rumania, España, etc.) De él dice Duguit:

“La consecuencia principal que resulta de que el sufragio es una función, es la de que el elector está obligado a votar, como todo funcionario lo está a desempeñar su función”.

El derecho de sufragio no es un derecho privado, que la Constitución otorga al ciudadano en su interés personal, sino un derecho político, concedido en el interés social.

El voto obligatorio tiene la ventaja de que suaviza las costumbres políticas, obligando a intervenir a los hombres moderados, cuya misma moderación los aleja de las urnas, hoy en poder casi exclusivamente de los elementos extremistas.

En Francia, en donde el voto no es obligatorio, el promedio de las abstenciones sube al 20%, en tanto que en Bélgica, en donde el sufragio obligatorio está establecido, esa proporción está reducida al 5%.

La sanción para quienes no cumplen con el deber de votar, es distinta en cada país. En Bélgica la pena varía según las reincidencias: primero es una pena moral, consistente en una reprensión del Juez de Paz; en seguida, una pena pecuniaria, consistente en una multa hasta de 25 francos, y por último, suspensión durante seis años del derecho de sufragio o de ser nombrado para cargos públicos. En otros países, como en España, la pena contempla cierto aumento proporcional en los impuestos directos hasta que el penado vuelva a ejercer la función electoral.

ARTICULO 178. — La ley determinará lo demás concerniente a elección y escrutinios, asegurando la independencia de una y otras funciones; definirá los delitos que menoscaben la verdad y la libertad del sufragio, y establecerá la competente sanción penal. (Artículo 181 de la Constitución de 1886).

La frase "lo demás" se explica porque el artículo anterior de la Constitución de 1886 (el 180), derogado por el Acto legislativo número 3 de 1910, decía:

Habrán jueces de escrutinio encargados de decidir, con el carácter de jueces de derecho, las cuestiones que se susciten de validez o nulidad de las actas, de las elecciones mismas, o de determinados votos.

Estos jueces son responsables por las decisiones que dicten, y serán nombrados en la forma y por el tiempo que determine la ley.

La reforma de 1910 derogó este artículo, para permitir a la ley crear la jurisdicción contencioso-electoral.

La Carta de 1886 sólo reservaba a la Constitución la creación de los jueces de escrutinio, y *lo demás* concerniente a elecciones, lo dejaba a la ley.

La Ley 47 de 1936 ha cumplido este mandato constitucional, estableciendo en la capital de la República un Gran Consejo Electoral (compuesto de nueve miembros, elegidos cuatro por el Senado y cinco por la Cámara de Representantes), el cual elige un Consejo Electoral en la capital de cada Departamento, compuesto de cinco miembros, y éstos eligen en cada Municipio un Jurado Electoral, compuesto de cinco miembros. Los Jurados Electorales eligen los Jurados de votación, ante los cuales se verifican las votaciones de cada Municipio. Los Jurados de votación practican los escrutinios de cada mesa, y los votos emitidos en cada Municipio son escrutados por el respectivo Jurado Electoral. Corresponde a éste hacer la declaración de elección si se trata de elegir Concejales. Cuando se trata de elegir Representantes al Congreso o Diputados a las Asambleas departamentales, los Consejos Electorales hacen el escrutinio de los votos emitidos en los Municipios del respectivo Departamento, y declaran la elección. Si se trata de la elección del Presidente de la República, el Gran Consejo Electoral escruta los votos emitidos en los Departamentos y declara la elección.

Por el hecho de ser los funcionarios electorales nombrados con independencia del Gobierno, se habla entre nosotros del *poder electoral*, que en realidad no es un órgano del Estado distinto de los otros tres, sino una rama especial de la Administración.

La Ley 85 de 1916, sobre elecciones, señala las penas en que se incurre por los atentados contra la libertad y verdad del sufragio.



TITULO XVIII

De la administración departamental y municipal

SUMARIO — I. División territorial de los Departamentos. — II. Asambleas Departamentales. Su composición. Sus facultades. Bienes de los Departamentos. Presupuestos de rentas y gastos departamentales. Revisión de los actos de las Asambleas. — III. Atribuciones de los Gobernadores. Incompatibilidad. — IV. Cabildos y Alcaldes: sus funciones.

Dentro de la centralización política que estableció la Constitución de 1886, Colombia es un Estado en que los Departamentos y Municipios gozan de autonomía administrativa a partir de la reforma constitucional de 1910.

La descentralización administrativa puede ser de varias clases:

1ª *Regional*, que consiste en que los Departamentos y Municipios puedan administrar los servicios públicos seccionales o locales con completa independencia respecto del Gobierno central.

2ª *Patrimonial*, que consiste en la consignación de un patrimonio autónomo, aplicado a la gestión de un servicio público determinado, como sucede entre nosotros con el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles nacionales (creado por la Ley 29 de 1931), destinado a administrar los Ferrocarriles del Estado con entera autonomía y sobre una base comercial, sin que esto quiera decir que los bienes y fondos que el Consejo administra en nombre del Estado, dejen de ser nacionales, ni que los agentes de este servicio dejen de ser empleados públicos, aunque el manejo de aquéllos y el estatuto de los últimos estén sujetos a reglamentos especiales por razón de la descentralización del servicio.

3ª *Funcionarista*, que consiste en que el Estado transfiera a funcionarios técnicos la dirección de un servicio, como sucede con las universidades cuando la ley les concede autonomía.

4ª *Concesión*, que es la explotación de un servicio público por los particulares, mediante la intervención del Estado, como sucede cuando éste otorga privilegio a un individuo o Compa-

ña para construir y explotar un ferrocarril, o un permiso para construir y explotar un muelle, un eleoducto, un cable, una planta de energía eléctrica, un acueducto, una estación de radio, etc.

Es claro que dentro de la descentralización regional caben las tres últimas formas de descentralización de servicios, lo que quiere decir que los Departamentos y Municipios pueden hacer descentralizaciones patrimoniales y funcionaristas y otorgar concesiones, siempre dentro de los límites que les permite la Constitución y que estudiaremos más adelante.

ARTICULO 179. — El territorio de la República se divide para la Administración Pública en Departamentos. Cada uno de éstos será regido por un Gobernador, que será a un mismo tiempo Agente del Poder Ejecutivo y Jefe de la Administración Seccional. (Artículo 47 del Acto legislativo número 3 de 1910).

La primera parte de este artículo es repetición del inciso 1º del artículo 20 del Acto legislativo número 3 de 1910, hoy subrogado por el artículo 20 del Acto legislativo número 1º de 1936 (5º de la codificación), y está modificado por este último en el sentido de expresar que el territorio nacional no sólo se divide en Departamentos sino en Intendencias y Comisarias, como lo vimos al comentar dicho artículo 5º.

La repetición del inciso 1º tiene una explicación, y es que el artículo 47 del Acto legislativo número 3 subrogó al 182 de la Constitución de 1886, que decía que los Departamentos se dividirían en provincias, y éstas en municipios.

La reforma de 1910 dividió los Departamentos únicamente en distritos municipales y dejó al legislador la facultad de establecer divisiones provinciales, por el artículo 49 del mismo Acto legislativo número 3, como igualmente lo vimos en el comentario del ordinal 2º del artículo 69.

Otro objeto tuvo el artículo 47 del Acto legislativo número 3º comentado, y fue enseñar que cada Departamento será regido por un Gobernador, que será al mismo tiempo agente del Ejecutivo nacional y jefe de la administración seccional. La disposición debe hoy considerarse adicionada en el sentido de establecer que cada Intendencia, o Comisaría, será regida por un Intendente, o Comisario, que será agente del Gobierno central, por no tener las Intendencias y Comisarias la independencia que tienen los Departamentos para la administración de sus asuntos seccionales.

En este orden de ideas, la Ley 2ª de 1943 dispone:

Artículo 9º En cada Intendencia o Comisaría habrá un agente inmediato del Gobierno, de su libre nombramiento y remoción, denominado In-

tendente o Comisario, según el caso; sus funciones serán análogas a las de los Gobernadores, con las restricciones y adiciones que le señale el Gobierno, el cual podrá revisar y revocar todos sus actos.

El Gobernador como agente del Poder Ejecutivo, debe ser nombrado por el Presidente de la República como lo expresamos al comentar el ordinal 4º del artículo 115. Como jefe de la administración seccional, representa al Departamento política y administrativamente —tiene la personería jurídica de él—, nombra y separa libremente los empleados departamentales y da cumplimiento a las ordenanzas expedidas por la respectiva Asamblea, con entera independencia, sin tener que sujetarse para el cumplimiento de estas atribuciones a órdenes o instrucciones del Órgano Ejecutivo, y debiendo únicamente darle cuenta a la Asamblea departamental.

Los Gobernadores tienen, respecto de las Ordenanzas, la facultad de reglamentarlas, así como la tienen los Alcaldes respecto de los Acuerdos municipales.

ARTICULO 180. — Los Departamentos tendrán independencia para la administración de los asuntos seccionales, con las limitaciones que establece la Constitución. (Artículo 48 del Acto legislativo número 3 de 1910).

Esta disposición consagró la autonomía departamental, que había desaparecido bajo la Constitución de 1886.

La independencia de los Departamentos para administrar sus asuntos seccionales no puede ser limitada por la ley sino por la Constitución.

En virtud de ella, Colombia ha venido a quedar, en lo administrativo, clasificada como un *Estado descentralizado*.

ARTICULO 181. — Los Departamentos se dividen en Distritos Municipales. Para el mejor servicio administrativo la ley puede establecer divisiones provinciales u otras. (Artículo 49 del Acto legislativo número 3 de 1910).

No sólo los Departamentos se dividen en Distritos municipales; pueden también dividirse en Distritos las Intendencias y Comisarías, y efectivamente, existe la división en provincias y municipios en la Intendencia del Chocó, y la división en Distritos en las Intendencias de San Andrés y Providencia y el Meta y en algunas Comisarías.

ARTICULO 182. — Los bienes y rentas de los Departamentos, así como los de los Municipios, son propiedad exclusiva, respectivamente, de cada uno de ellos, y gozan de las mismas garantías que las propiedades y rentas de los particulares. No podrán ser ocupadas estas propiedades sino en los mismos términos en que lo sea la propiedad privada. El Gobierno

nacional no podrá conceder exenciones de derechos departamentales ni municipales. (Artículo 50 del Acto legislativo número 3 de 1910).

Esta disposición es consecuencia de la contenida en el artículo 180, pues la independencia de los Departamentos para la administración de los asuntos seccionales, requiere que para ello se les garantice la propiedad de sus bienes y rentas. Estas últimas comprenden los productos de tales bienes y de los impuestos o contribuciones departamentales.

La disposición otorga a los bienes y rentas de los Departamentos y Municipios, las mismas garantías que a los bienes y rentas de los particulares, y en consecuencia, las propiedades departamentales y municipales no pueden ser ocupadas por la Nación sino en los mismos términos en que lo sea la propiedad privada.

Esto quiere decir que son inconstitucionales las leyes que disponen que los Departamentos o Municipios destinen un 10% de sus presupuestos a la instrucción pública o un 15% a la higiene y beneficencia públicas, etc., por la misma razón que lo serían las que les ordenaran a los particulares la manera de distribuir o invertir sus rentas privadas.

La Nación no puede ocupar las propiedades departamentales o municipales sino en los casos en que, conforme al artículo 26 de la codificación, podría ocupar las propiedades particulares. En consecuencia, la Nación puede expropiar, por motivos de utilidad pública o de interés social, los bienes de los Departamentos y de los Municipios, como los de los particulares.

Son también inconstitucionales las leyes que creen empleos para ser remunerados con fondos departamentales o municipales, las que les impongan a los Departamentos o Municipios la obligación de crear determinados empleos, las que les señalen sueldos a éstos y las que les prohíban a los Departamentos o Municipios ponerles un sueldo mayor o menor de determinada cantidad a sus propios empleados, etc., porque todo esto pugna con la independencia que la Constitución les reconoce a los Departamentos para la administración de sus asuntos seccionales, y con la garantía que les otorga a los bienes y rentas de los Departamentos y Municipios.

Igual cosa decimos de las Ordenanzas respecto de los municipios.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de 21 de noviembre de 1911 dijo que la declaración que hace el artículo 50 del Acto legislativo número 3, de que las rentas de los Departamentos y Municipios son propiedad exclusiva de ellos, y que gozan de las mismas garantías que los bienes de los particula-

res, no significa que esas entidades estén por ello en capacidad legal de establecer impuestos para crear rentas a su arbitrio, sin limitación alguna. A este respecto la acción de los Departamentos tiene que atemperarse a los mandatos de la Constitución y de las leyes; de igual modo que, a su turno, y en orden descendente, la de los Municipios ha de ejercerse con arreglo a esos mismos mandatos, y además, a lo que en el particular determinen las ordenanzas departamentales.

La parte final de la disposición prohíbe al Gobierno Nacional conceder exenciones de derechos o impuestos departamentales o municipales. Empero, esta prohibición se limita al Gobierno, y, en consecuencia, puede el Congreso decretarla en uso de la atribución constitucional que tiene de fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, o en contratos sobre concesión de privilegios para la construcción de vías de comunicación o de obras de utilidad pública o destinadas a la prestación de servicios públicos. Se trata de una excepción expresamente hecha a la garantía que el artículo consagra para las rentas departamentales y municipales.

La Constitución de 1863 prohibía a las secciones gravar con impuestos los efectos y propiedades de la Nación. Hace falta esta disposición en la actual así como una que prohíba a la Nación gravar con impuestos los bienes de los Departamentos o Municipios, y a éstos gravar los departamentales y nacionales.

¿Cuáles son los bienes y rentas de los Departamentos cuya propiedad les garantiza el artículo que comentamos?

Esta pregunta la absuelve la Ley VIII de 1909, "sobre descentralización administrativa", que dice en lo pertinente:

"Artículo 1º Serán en lo sucesivo rentas departamentales, además de las que lo eran antes de la expedición de la Ley 1ª de 1908 y que no estén cedidas a los Municipios, las de licores nacionales, degüello de ganado mayor, registro y anotación.

"Artículo 2º Son bienes de los Departamentos los que les pertenecían antes de la vigencia de la ley 1ª de 1908.

"Artículo 12. Del producto de las rentas cedidas por esta ley a los Departamentos se destinará el 10 por 100 de la de licores y degüello para los Municipios".

Además, la Ley 10 del mismo año cedió a los Departamentos la renta sobre consumo de tabaco.

En relación con las Intendencias y Comisarías, la Ley 2ª de 1943 dispone:

Artículo 5º Los bienes y rentas de las Intendencias y Comisarías, así como los de los Municipios respectivos, son propiedad exclusiva de cada uno de ellos, y gozan de las mismas garantías que las propiedades y rentas de los particulares.

Artículo 6º Los Municipios y Corregimientos Intendenciales y Comisariales tienen derecho a una participación en las rentas de carácter seccional, que no podrá ser inferior a un veinte por ciento (20%) sobre las de licores monopolizados, cervezas y consumo de tabaco, ni a un diez por ciento (10%) sobre las demás ordinarias. Pero el Gobierno Nacional podrá disponer que hasta un setenta por ciento (70%) del total de dichas participaciones les sea retenido para la constitución de un fondo especial, que no se confunda con los fondos intendenciales o comisariales ordinarios, y que se destine precisamente a la ejecución, por el Intendente o Comisario, de las obras públicas que el respectivo Concejo Municipal determine o que interesen a los Corregimientos Intendenciales o Comisariales; e igualmente podrá disponer que todas las participaciones que correspondan a estos últimos, se inviertan en los gastos ordinarios que su administración demande, sin perjuicio de que con los fondos de la respectiva Intendencia o Comisaría se supla cualquier faltante por este concepto.

Artículo 8º Las Intendencias y Comisarias gozarán de las mismas participaciones de que disfrutaban los Departamentos y Municipios en algunas rentas nacionales, tales como petróleos, salinas terrestres y marítimas, oro, etc.

ARTICULO 183. — Los bienes, derechos, valores y acciones que por leyes o por decretos del Gobierno Nacional o por cualquiera otro título pertenecieron a los extinguidos Estados Soberanos, continuarán siendo propiedad de los respectivos Departamentos. Exceptúanse los inmuebles que se especifican en el artículo 199 de la Constitución. (Artículo 51 del Acto legislativo número 3 de 1910).

Este artículo es reproducción del 188 de la Constitución de 1886, que había sido derogado, y en cuyo lugar se había expedido la Ley 1ª de 1908, por la cual la Nación recobró el pleno dominio de todos los bienes de los Departamentos, haciéndose cargo de su activo y su pasivo.

El artículo 51 restituyó tales bienes a los Departamentos, expresando que quedaban exceptuados los inmuebles especificados en el artículo 202 (199 de orden).

Tenemos que hacer a esta disposición dos acotaciones: la primera, que los bienes, derechos, valores y acciones que se reconocen como de propiedad de los Departamentos son los que les pertenecían antes del 15 de abril de 1886; y segunda, que esta disposición que regula una materia propia del derecho privado, ha debido consignarse en el Código Civil o en el Fiscal de la Nación, pero nó en el estatuto constitucional, en donde es exótica.

ARTICULO 184. — Habrá en cada Departamento una corporación administrativa denominada Asamblea departamental, que se reunirá cada año en la capital del Departamento. (Artículo 52 del Acto legislativo número 3 de 1910).

Las Asambleas departamentales reemplazaron a las antiguas Asambleas legislativas de los Estados soberanos. Habien-

do la Constitución nacionalizado la legislación, aquéllas carecen de la facultad de expedir leyes, y son corporaciones meramente administrativas, nó legislativas.

Las ordenanzas que expiden son actos administrativos, y solamente hay una clase de ellas que tienen la categoría de leyes departamentales en el sentido material, y son las de policía, y esto por virtud de disposición constitucional que expresa y excepcionalmente les atribuyó "lo relativo a la policía local". Sería en vano pretender que los Códigos de policía departamental no son leyes departamentales en sentido material, cuando contienen reglas de conducta o normas de derecho, de carácter imperativo, general y abstracto, y tanto es así que, sin la excepcional autorización dada a las Asambleas para reglamentar lo relativo a la policía local, las disposiciones que tales Códigos contienen podrían y deberían estar consignadas en leyes, y es lógico que aquéllas no pierden su naturaleza intrínseco por sólo el órgano que las dicta. Lo mismo cabe decir de los acuerdos municipales que reglamentan la policía urbana: que son leyes municipales en sentido material.

Para el profesor Carlos H. Pareja, no sólo las ordenanzas de policía son leyes departamentales, sino las que establecen impuestos, las que organizan la administración seccional, las que regulan los servicios públicos, etc. (*Derecho Administrativo*, página 159).

Las ordenanzas y acuerdos que establecen impuestos son actos-condiciones, y los otros mencionados son reglamentos orgánicos—leyes en sentido material.

El artículo 184 de la Constitución de 1886 establecía la reunión de las Asambleas cada dos años, lo mismo que la del Congreso; la reforma hizo anual la reunión de las Asambleas por los mismos motivos por los que hizo también anual la reunión de las Cámaras y que expusimos en el artículo 62.

Respecto de las Intendencias y Comisarías, la Ley 2ª de 1943 dispone:

Artículo 10. Para el ejercicio de las funciones que en los Departamentos corresponden a las Asambleas Departamentales, el Gobierno Nacional estará asesorado, en cada una de las Intendencias, por una corporación denominada **Consejo Intendencial**, integrada por delegados de todos los Municipios y Corregimientos Intendenciales. El Gobierno señalará el número de los delegados o consejeros, para cada Intendencia; el sistema y la oportunidad de su elección; el período fijo, la remuneración y los viáticos de los consejeros; el personal de la Secretaría y las normas reglamentarias del funcionamiento de los Consejos. Y prescribirá, además, con sujeción a la presente Ley, todo lo relativo a derechos, obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades de los Consejeros; facultades y prohibiciones de los Con-

sejos, y clasificación, nombre, tramitación, objeciones, sanción y fuerza obligatoria de los actos de éstos.

Artículo 11. El Gobierno podrá disponer que en las deliberaciones de los Consejos Intendenciales tengan voz y voto los Intendentes, sus Secretarios y otros altos empleados. Los Auditores Fiscales tendrán voz pero no voto.

Artículo 12. El Consejo Intendencial se reunirá, por derecho propio, en la capital de la respectiva Intendencia, cada año, en la fecha y por el tiempo que el reglamento señale para sus sesiones ordinarias. El Intendente, previa consulta con el Gobierno Nacional, puede convocarlo por determinado tiempo a sesiones extraordinarias, durante las cuales se ocupará exclusivamente en los negocios que aquél le proponga o recomiende.

Artículo 13. La iniciativa de gastos corresponde privativamente al Intendente; en consecuencia, no podrá darse segundo debate a ningún proyecto que implique gastos que no hayan sido propuestos o aceptados por el Intendente. Además, todos los auxilios nacionales y otros ingresos extraordinarios de las Intendencias, figurarán en presupuestos especiales, con destino exclusivo a gastos de higiene, asistencia, educación y obras públicas o fomento; y sin previa autorización del Gobierno Nacional no se podrá aplicar, trasladar o invertir ninguna parte de dichos presupuestos especiales en los gastos ordinarios de la administración.

Artículo 14. Los acuerdos intendenciales sobre creación de empleos, asignaciones civiles y presupuesto de rentas y gastos no entrarán a regir sin la aprobación expresa del Gobierno Nacional; si ésta no se hubiere obtenido el último día de la vigencia fiscal, seguirán rigiendo el personal, las asignaciones y el presupuesto anteriores. Los demás acuerdos comenzarán a regir veinte días después de la sanción del Intendente; pero el Gobierno Nacional tendrá, hasta que expiren los primeros treinta días de su vigencia, la facultad de suspenderlos, derogarlos o modificarlos, por medio de decretos. Aprobado un acuerdo intendencial por el Gobierno Nacional, cuando se requiera tal aprobación, o expirado el término señalado para suspenderlo, derogarlo o modificarlo, quedará en firme y no podrá ser suspendido o anulado sino en los mismos términos que las ordenanzas departamentales. Los traslados presupuestales y la apertura de créditos adicionales y suplementales se harán por decretos del Intendente, de inmediata vigencia, siempre que no se trate de gastos nuevos no aprobados por el Gobierno Nacional, y que se haya reunido la documentación y cumplido los demás requisitos que el reglamento prescriba al respecto.

Artículo 15. Para la administración de las Comisarias, en cada una de ellas funcionará una junta especial, cuya denominación, organización y funciones determinará el Gobierno Nacional.

Artículo 16. El Intendente o Comisario tendrá, en relación con los Municipios intendenciales o comisariales, además de las funciones que la ley, el reglamento y el respectivo Código Fiscal Municipal le señalen, las de fiscalizar el manejo, custodia, seguro, contabilización e inversión o disposición de los fondos, bienes y rentas municipales, sin perjuicio del control que corresponda a la Contraloría General de la República, y tomar las medidas necesarias para la seguridad del patrimonio de los Municipios, consultándolas con el Gobierno.

ARTICULO 185. — Las Asambleas Departamentales serán de elección popular y se compondrán de los Diputados que correspondan a la población de los Departamentos, a razón de uno por cada 12.000 habitantes y uno por cada fracción que pase de 6.000. La ley podrá variar esta base de elección

y fijará la época y duración de las sesiones. (Artículo 53 del Acto legislativo número 3 de 1910).

Aunque tanto las Asambleas como los Concejos sean corporaciones administrativas, son y deben ser de elección popular, por la sencilla razón de que unas y otros votan los gastos y decretan los impuestos del respectivo Departamento o Municipio, y es principio esencial de la democracia que sea el pueblo quien, por medio de representantes suyos, decrete los impuestos o contribuciones que debe pagar, acuerde la inversión que deba dárseles y tenga la fiscalización de su recaudo, manejo e inversión. Esto sin tener en cuenta que la Constitución les asigna a las Asambleas algunas funciones electorales como la de elegir Senadores, lo que no podrían hacer si no fuesen corporaciones de elección popular.

La base de 12.000 habitantes fue la misma fijada en el artículo 183 de la Constitución de 1886, y la Ley 14 de 1922 la varió, fijándola a razón de un Diputado por cada 25.000 habitantes y uno más por cada fracción que no baje de 12.000; pero las Asambleas de los Departamentos que no tengan 375.000 habitantes, se compondrán de 15 Diputados.

Le Ley 4ª de 1913 dispuso que las Asambleas se reunieran el 1º de marzo de cada año en sesiones ordinarias, por el término de cuarenta días, prorrogables a su juicio por veinte días más, si así lo acordaren los Diputados por los dos tercios de los votos. La Ley 189 de 1938 fijó el 20 de abril como fecha de reunión de las Asambleas. Pueden también reunirse extraordinariamente cuando sean convocadas por los respectivos Gobernadores, por el tiempo que fije el decreto de convocación, y en tales casos se ocuparán preferentemente en los asuntos sometidos a su consideración por el Gobernador. Debería disponerse como para el Congreso, que en las sesiones extraordinarias no pudieran ocuparse sino en los asuntos que les señale el decreto de convocación.

Los Diputados son elegidos para períodos de dos años y son reelegibles indefinidamente.

ARTICULO 186. — Corresponde a las Asambleas:

1º Reglamentar por medio de ordenanzas y de acuerdo con los preceptos constitucionales los establecimientos de instrucción primaria y secundaria y los de beneficencia, cuando fueren costeados con fondos del Departamento;

2º Dirigir y fomentar por medio de ordenanzas y con los recursos propios del Departamento, las industrias establecidas y la introducción de otras nuevas, la importación de capitales extranjeros, la colonización de tierras pertenecientes al Departamento, la apertura de caminos y de canales navegables, la construcción de vías férreas, la explotación de bosques de pro-

piedad del Departamento, la canalización de ríos, lo relativo a la policía local, la fiscalización de las rentas y gastos de los distritos y cuanto se refiera a los intereses seccionales y al adelantamiento interno;

3º Organizar las Contadurías o Tribunales de Cuentas de los Departamentos, nombrar los Contadores o Magistrados correspondientes y presentar sendas ternas para el nombramiento de los Fiscales de los Tribunales y Juzgados Superiores y de sus respectivos suplentes;

4º Crear y suprimir Municipios con arreglo a la base de población que determine la ley, y segregar términos municipales, consultando los intereses locales. Si de un acto de agregación o segregación se quejare algún vecindario interesado en el asunto, la resolución definitiva corresponderá al Congreso;

5º La fijación del número de empleados departamentales, sus atribuciones y sueldos, y

6º Llenar las demás funciones que les señalen la Constitución y las leyes. (Artículo 54 del Acto legislativo número 3 de 1910).

Comentemos cada uno de éstos ordinales por separado:

1º De la materia en que se ocupa este ordinal, tratámos al comentar el artículo 115 (ordinal 13).

2º La facultad de *dirigir* las obras, trabajos, empresas y servicios públicos, se entiende cuando ellos pertenecen al Departamento; y la de *fomentar* los mismos, cuando pertenecen a otras entidades o personas, pero que son de utilidad pública, en cuyo caso la Asamblea tiene que limitar su intervención a subvencionarlos, eximirlos del pago de ciertos impuestos, garantizarles un interés sobre el capital invertido, etc., con los recursos propios del Departamento, y todo ello sin perjuicio de la atribución que la Constitución confiere al Congreso por el numeral 17 del artículo 69, para "fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo".

Respecto de la importación de capitales extranjeros, precisa advertir que la Ley 6ª de 1928 señaló condiciones para que los Departamentos pudieran contratar empréstitos, una de las cuales es que los respectivos contratos sean aprobados por el Presidente de la República, previo dictamen del Consejo de Ministros.

La colonización de tierras pertenecientes al Departamento y la explotación de bosques de propiedad del mismo, pueden las Asambleas reglamentarlas libremente, por medio de ordenanzas, por tratarse de bienes de la exclusiva propiedad del Departamento, pero no sucede lo mismo respecto de la reglamentación del repartimiento o de la enajenación o destinación de los terrenos baldíos cedidos por la Nación al Departamento: en este caso deberán proceder de conformidad con las leyes sobre la materia.

El ordinal faculta a las Asambleas para dirigir y fomentar la apertura de caminos y de canales navegables y la construc-

ción de vías férreas. El artículo 97 (ordinal 2º) de la Ley 4ª citada atribuye a las Asambleas:

Conceder privilegios cuando se trata de inventos útiles, o de vías públicas; en este último caso se necesita de la aprobación del Gobierno Nacional cuando la obra interesa a más de un Departamento.

El mismo artículo (ordinal 7º) atribuye a las Asambleas el ordenar y fomentar la construcción de vías férreas, se entiende que dentro del territorio del Departamento, pues cuando el ferrocarril traspasa los límites de éste, tiene aplicación el artículo 3º de la Ley 43 de 1919, que dice que en caso de que un ferrocarril departamental tenga que ocupar territorios de otro Departamento, Intendencia o Comisaría, la entidad respectiva puede construir y explotar la obra, previo acuerdo con los Gobernadores correspondientes, si fueren Departamentos, o con el Gobierno Nacional, si fueren Intendencias o Comisarías, en las mismas condiciones en que por las leyes y ordenanzas vigentes puede construir y explotar dentro de los límites del Departamento, y que las determinaciones que en estos casos tomen los Gobernadores deberán ser aprobadas por las Asambleas respectivas.

La Constitución atribuye a las Asambleas lo relativo a la policía local, de manera que la policía general corresponde al Congreso, como son la policía marítima y fluvial, la policía de fronteras y de puertos, la sanitaria y de ferrocarriles, de emigración e inmigración de extranjeros, etc. Se hace sentir en Colombia la necesidad de expedir un Código de policía nacional, que compile las leyes vigentes sobre estos ramos, y aun creemos que es conveniente la expedición de un Código nacional que reglamente los procedimientos en los juicios de policía para uniformar esta importante rama de la legislación.

El ordinal 2º del artículo constitucional que comentamos ha sido modificado por el artículo 5º del Acto legislativo número 1º de 1938, reformatorio de la Constitución, que dice:

Artículo 5º La ley podrá también reglamentar lo relativo a policía, con el fin de unificar los reglamentos de tránsito en todo el territorio de la República.

Esta reforma, muy importante, provee a la necesidad de poner término a la hostilidad que las empresas de algunos Municipios o Departamentos ejercían contra las de los otros.

En lo que se refiere a la fiscalización de las rentas y gastos de los distritos, las Asambleas, en la imposibilidad de practicarla por sí mismas, la han encomendado a las Contralorías departamentales.

3º Este ordinal involucra dos atribuciones distintas: la primera, sobre organización de las Contadurías o Tribunales de Cuentas y nombramiento de los Contadores o Magistrados correspondientes, los que en la mayor parte de los Departamentos, han sido reemplazados por Contralores departamentales, con atribuciones análogas a las del Contralor General de la República; facultad que es consecuencia del derecho de fiscalizar el recaudo, manejo e inversión del producto de los impuestos departamentales y municipales, y la segunda, sobre formación de ternas para que dentro de ellas el Gobierno Nacional nombre los fiscales principales y suplentes de los Tribunales y Juzgados Superiores; designación que debiera corresponder exclusivamente al Gobierno, por los mismos motivos que respecto del Procurador General expusimos en el artículo 138.

4º Este ordinal, al atribuir a las Asambleas la facultad de crear y suprimir municipios, no les ha señalado otro límite que el referente a la base de población: la ley no puede señalarles otros límites como ha venido inconstitucionalmente haciéndolo. En efecto, la 4ª de ley de 1913, en su artículo 147 siguió lo estatuido por la Ley 149 de 1888, que era entonces constitucional por no regir aún el Acto legislativo de 1910; dicho artículo dispuso que para poder crear un Municipio se necesitaban 3.000 habitantes y \$ 1.500 de renta anual; la Ley 71 de 1916 exigió 4.000 habitantes y \$ 3.000 de renta. Sobre la creación de Municipios en las Intendencias y Comisarías, véase el comentario al artículo 5º.

La Ley 49 de 1931 señala condiciones para que una porción de territorio pueda ser erigida en Municipio, y son, entre otras, que tenga por lo menos 8.000 habitantes y que cada uno de los Municipios de los cuales se segrega, quede, cuando menos, con una población no menor de 12.000 habitantes; que en cada uno de los tres años anteriores haya aportado a las rentas municipales una suma no menor de \$ 6.000 y que esté en capacidad de organizar entradas no menores de \$ 14.000; que tenga personal competente y locales adecuados; que la creación sea solicitada por más de la mitad de los ciudadanos residentes dentro de los límites del nuevo Distrito, y que aquel o aquellos que sufren la segregación queden, cuando menos, con las dos terceras partes del territorio. Tales condiciones son excesivas en comparación con las que se señalan en países más adelantados, y manifiestamente inconstitucionales, pues la Constitución no autoriza al legislador sino para señalar la base de población: las Asambleas son las llamadas a apreciar las razones de conveniencia pública que aconsejen la creación de Municipios,

aunque no llenen determinadas condiciones, caprichosamente exigidas (1).

La Ley 71 de 1916 fijó las condiciones que deben cumplir las Asambleas para agregar o segregar términos municipales, consistentes: en petición de los Concejos de los municipios afectados, estudio por una comisión plural de ingenieros nombrados por los Concejos y un tercero por el Gobernador, e informe de este funcionario; y autorizó a las Asambleas para eliminar los Distritos de menos de 3.000 habitantes y cuyo presupuesto en los dos años anteriores sea inferior a la mitad de los gastos forzosos del municipio.

El Consejo de Estado ha dicho que la Ley 71 de 1916 es inconstitucional en cuanto señala a las Asambleas condiciones para agregar o segregar términos municipales, pues la Constitución no pone otra condición para el ejercicio de esta atribución que la de consultar los intereses locales, consulta que queda a la apreciación de la Asamblea.

Los intereses locales no son otros que los de la mejor administración de los servicios públicos de la respectiva localidad.

Si la resolución definitiva, en caso de queja de un vecindario interesado, corresponde al Congreso, ¿qué objeto tiene el recurso contencioso-administrativo contra la ordenanza que decreta la agregación o segregación? El recurso legislativo podría venir a anular el fallo contencioso-administrativo. Todo esto se explica porque cuando se dictó la disposición constitucional no se había creado la jurisdicción contencioso-administrativa; creada como está, la intervención del Congreso en el asunto resulta contraria a la técnica jurídica.

5ª Las Asambleas tienen la atribución de crear los empleados departamentales y, consiguientemente, la de fijarles sus atribuciones y sueldos; pero no la de nombrar tales empleados.

La atribución 5ª comentada, significa que la ley no puede crear empleados departamentales ni fijarles atribuciones y sueldos; porque éstas son atribuciones por la Constitución otorgadas a la Asambleas, y en esta virtud serán nulas, por inconstitucionales, las disposiciones legales que les impongan a las Asambleas la obligación de crear cualesquiera empleados para los servicios de educación pública, de estadística, de higiene, de medicina legal, etc. Si el Congreso estima que estos servicios son indispensables, lo indicado es que los cree, organice y costee como servicios nacionales.

(1) El Consejo de Estado en sentencia de 11 de agosto de 1943 consideró inconstitucional la Ley 49 de 1931 en cuanto señala para la creación de Municipios, requisitos distintos de la base de población.

El Consejo de Estado ha dicho que la atribución que tienen las Asambleas para crear los empleados necesarios para el servicio del Departamento, no les impide autorizar a los Gobernadores para suprimir o refundir empleos o para disminuir proporcionalmente los sueldos con el fin de mantener el equilibrio del presupuesto.

6º Las otras funciones que la Constitución señala a las Asambleas son las de que tratan el artículo 38 del Acto legislativo número 3 de 1910 (155 de orden), o sea la presentación de ternas para la elección de Magistrados de los Tribunales Superiores y el artículo 55 del mismo Acto legislativo (188 de orden), sobre expedición de los presupuestos departamentales.

La ley 4ª de 1913, sobre régimen político y municipal, dio otras facultades a las Asambleas, como son las de crear pensiones de jubilación para los maestros de escuela; arreglar la estadística del Departamento, sin contravenir a las disposiciones generales sobre la materia; fundar y sostener becas en los establecimientos públicos de educación, y auxiliar los colegios privados; condonar deudas a favor del tesoro departamental; arreglar el servicio de la deuda pública del Departamento; monopolizar en beneficio de su tesoro y de conformidad con la ley, la producción, introducción y venta de licores; reglamentar el impuesto sobre propiedad raíz, según las ordenanzas, sin exceder la tasa fijada por la ley, y otras de menor importancia.

La facultad otorgada a las Asambleas para reglamentar el impuesto sobre la propiedad raíz, es inconstitucional, y se explica su inclusión en el Código de Régimen Político y Municipal porque fue reproducida del anterior (Ley 149 de 1888).

Cuando la Asamblea Nacional de 1910 se ocupaba en discutir un código sobre la misma materia, al tratar de esta atribución dijo el Diputado Joaquín A. Collazos:

¿No es verdad que si nosotros disponemos que las Asambleas departamentales reglamenten las rentas del Distrito, ponemos en abierta contradicción, la ley con las reformas constitucionales? Y las ponemos en abierta contradicción, porque las reformas constitucionales reconocen que los Municipios son dueños exclusivos, absolutos, de sus bienes y rentas, y la ley —si se sanciona como está en el proyecto— queda demostrando que los Distritos no son tales dueños exclusivos de sus bienes y rentas, desde que autoriza a las Asambleas departamentales para que intervengan en su reglamentación. Y el legislador, a sabiendas del error, no debe expedir leyes inconstitucionales.

La primitiva Constitución de 1886 no decía nada categórico a este respecto; de suerte que ante su silencio bien podía la ley dar reglas para que las Asambleas departamentales se ingiriesen en la fiscalización de las rentas municipales; pero en presencia de las reformas que se acaban de expedir, el problema cambia de aspecto, y en el desarrollo de estas reformas debemos ser lógicos y congruentes.

La ley debe ser una fiel emanación de la Carta Fundamental, y por esta razón el legislador debe cuidarse mucho de expedir leyes refiadas con la Constitución.

Aun suponiendo que hubiera algún fundamento de conveniencia que hiciese necesaria la aprobación del inciso 38 que combato, todavía así no sería admisible, por venir a constituir una ley de excepción. Y digo de excepción, porque ¿por qué no se dispone lo mismo respecto de las otras rentas? ¿Acaso los Municipios no tienen más renta que la que derivan del impuesto sobre la propiedad raíz? Uno de los artículos de la Ley 20 de 1908, dice así:

“Son rentas municipales: el producto de sus propios bienes y rentas, el 10 por 100 del producto bruto de la renta de licores; la renta de degüello de ganado menor; el impuesto sobre la propiedad raíz, y el producto de las rentas y contribuciones que a la expedición de la misma ley estuvieran establecidas”.

¿Por qué sobre la reglamentación de las otras no damos una disposición igual?

Razonando, pues, dentro del radio de la Constitución y haciendo ver las consecuencias absurdas que habría que admitir si el derecho de propiedad no fuera lo que es, se viene en conocimiento de que las Asambleas departamentales no pueden intervenir en la reglamentación de los bienes y rentas de los Municipios.

La misma ley 4ª hace extensivas a las Asambleas las prohibiciones que a las Cámaras les hace el artículo 78 de la Constitución (71 de orden) y agrega otra prohibición: la de imponer gravámenes sobre efectos o industrias gravados por la ley.

Leyes posteriores a la 4ª citadas, les han dado otras facultades a las Asambleas y las mencionamos al tratar del ordinal 3º del artículo 69.

ARTICULO 187. — Compete a la ley la creación y supresión de Circuitos de Notaría y de Registro y la organización y reglamentación del servicio público que prestan los Notarios y Registradores. (Artículo 1º del Acto legislativo número 1º de 1931).

El ordinal 5º del artículo 54 del Acto legislativo número 3 atribuía a las Asambleas departamentales “la creación y supresión” de Circuitos de Notaría y Registro.

La reforma del año 1931 se estimó indispensable para expedir la Ley 40 de 1932, sobre registro y matrícula de la propiedad, que reglamentó esta institución de acuerdo con los principios de las modernas legislaciones. Los notarios y registradores de instrumentos públicos son nombrados por los Gobernadores de ternas que les presentan los Tribunales Superiores de los respectivos Distritos Judiciales.

ARTICULO 188. — Las Asambleas votarán anualmente el presupuesto de rentas y gastos del respectivo Departamento. (Artículo 55 del Acto legislativo número 3 de 1910).

Este proyecto es el único que tiene obligación de presentar la Gobernación, la que lo presenta por conducto del Secretario del ramo.

Respecto de la ordenanza de apropiaciones departamentales, cabe decir lo mismo que respecto de la ley de apropiaciones de la Nación: que la iniciativa para la inclusión de gastos en la ordenanza presupuestal debería corresponder a la Gobernación, para evitar el despilfarro de los dineros públicos en obras de interés exclusivamente parroquial o de interés personalísimo.

Este artículo ha debido incluirse entre las atribuciones de las Asambleas que enumera el artículo anterior. Corresponde a los Gobernadores formar el proyecto de presupuestos y presentarlo a la Asamblea en los primeros diez días de sus sesiones anuales.

ARTICULO 189. — Las Asambleas Departamentales, para cubrir los gastos de administración que les correspondan, podrán establecer contribuciones con las condiciones y dentro de los límites que fije la ley. (Artículo 56 del Acto legislativo número 3 de 1910).

Las Asambleas tienen facultad para establecer y organizar los impuestos que necesiten para atender a los gastos de la administración departamental, con arreglo al sistema tributario nacional, pero sin gravar artículos que sean materias de impuestos de la Nación a menos que para hacerlo se les dé facultad expresa por la ley; así lo dice el ordinal 3º del artículo 97 de la Ley 4ª en desarrollo de la disposición constitucional que comentamos. Algunas otras leyes han prohibido a los Departamentos el cobro de ciertos impuestos, como los de peaje, pontazgo y pisadura en las vías nacionales y los de aduanillas y alcabalas u otros similares que graven el transporte de artículos alimenticios (Leyes 71 de 1916 y 49 de 1927).

El Consejo de Estado, en sentencias de 15 de mayo de 1935 y 25 de agosto de 1939, ha dicho que las Asambleas no pueden crear impuestos o contribuciones sin que para ello estén autorizadas por la ley, y que cuando ésta ha facultado a los Concejos para establecer determinados gravámenes, implícitamente ha prohibido a los Departamentos crearlos para sí, ya que no es permitido gravar doblemente cualquier objeto, industria o actividad humana.

ARTICULO 190. — Las ordenanzas de las Asambleas son obligatorias mientras no sean anuladas por la autoridad judicial en la forma que prescriba la ley. (Artículo 57 del Acto legislativo número 3 de 1910).

El artículo 110 de la Ley 4ª de 1913 dice que es nula toda

ordenanza que sea contraria a la constitución o las leyes o violadora de derechos de particulares legalmente adquiridos.

El artículo 63 de la Ley 167 de 1941 agrega que las ordenanzas y demás actos de las Asambleas son nulos por las mismas causas y por violación de los reglamentos del órgano ejecutivo. Esta nulidad puede demandarse en cualquier tiempo.

El Acto legislativo número 3 habla de la anulación de las ordenanzas por la autoridad judicial, porque aun no se había establecido la jurisdicción contencioso-administrativa. Hoy conforme a la Ley 167 de 1941, corresponde a los Tribunales Administrativos el conocimiento en primera instancia de las demandas sobre la nulidad de las ordenanzas departamentales, y en segunda, al Consejo de Estado.

ARTICULO 191. — Los particulares agraviados por actos de las Asambleas pueden recurrir al Tribunal competente, y éste, por pronta providencia, cuando se trate de un grave perjuicio, podrá suspender el acto denunciado. (Artículo 58 del Acto legislativo número 3 de 1910).

El Tribunal competente, que lo es el administrativo, como acabamos de verlo, puede por pronta providencia, suspender a solicitud de parte, una ordenanza o un acuerdo municipal o cualesquiera otros actos de las Asambleas o de los Concejos, cuando pueden causar grave perjuicio a los particulares agraviados por el acto de la Asamblea o del Concejo. Esta facultad es tanto más preciosa cuanto que habría muchas ordenanzas o acuerdos que, una vez cumplidos, podrían causar perjuicios irreparables por la sentencia que los anule, y tanto más cuanto que la Ley 4ª (artículo 122) dispone que las denuncias sobre nulidad de las ordenanzas no afectan los derechos constituidos conforme a ellas y durante su vigencia. Es de anotarse que esta facultad para suspender provisionalmente las ordenanzas y acuerdos, no existe respecto de las leyes.

ARTICULO 192. — Son atribuciones del Gobernador:

1ª Cumplir y hacer que se cumplan en el Departamento las órdenes del Gobierno;

2ª Dirigir la acción administrativa en el Departamento, nombrando y separando sus agentes, reformando o revocando los actos de éstos, y dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la administración;

3ª Llevar la voz del Departamento y representarlo en asuntos políticos y administrativos;

4ª Auxiliar la justicia como lo determine la ley;

5ª Ejercer el derecho de vigilancia y protección sobre las corporaciones oficiales y establecimientos públicos;

6ª Sancionar en la forma legal las ordenanzas que expidan las Asambleas Departamentales;

7ª Revisar los actos de las Municipalidades y los de los Alcaldes por

motivos de inconstitucionalidad o de ilegalidad, revocar los últimos y pasar los primeros a la autoridad judicial, para que ésta decida sobre su exequibilidad, y

8ª Las demás atribuciones que por la ley le competan. (Artículo 59 del Acto legislativo número 3 de 1910).

La atribución primera es corolario del artículo 179 que dice que el Gobernador es agente del Poder Ejecutivo; y la segunda, del mismo artículo, que dice que, al propio tiempo, es jefe de la administración seccional.

El Gobernador dirige la acción administrativa del Departamento: 1º Nombrando y separando libremente sus agentes, y en consecuencia, son inconstitucionales las leyes u ordenanzas que priven a los Gobernadores de la libertad de nombrar y separar sus agentes, que lo son todos los empleados departamentales: la Ley 85 de 1915 al permitir a la Asamblea reservarse ciertos nombramientos de que hablamos al comentar el ordinal 3º del artículo 69, dijo que esta reserva se refería a los empleados que no tuvieran el carácter de agentes del Gobernador e hizo otras excepciones; pero en ciencia constitucional *agentes* del Departamento son todos los que no sean *representantes* del mismo, es decir, cuantos no sean Diputados a las Asambleas. 2º Revocando o reformando y también confirmando, los actos de sus agentes, a menos que dichos actos tengan carácter de definitivos, o corresponda su revisión a otra autoridad. 3º Dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la administración, como son las relativas al cumplimiento de las ordenanzas, expidiendo para ello los decretos y resoluciones necesarios y celebrando los contratos para la prestación de servicios y ejecución de obras, etc.

La atribución 2ª del artículo comentado ha sido reproducida como ordinal 2º del artículo 127 del Código de Régimen Político y Municipal, el cual fue reglamentado (1) por el decreto número 604 de 1933, que dijo:

Artículo 1º A los Gobernadores de los Departamentos, como Jefes de las administraciones seccionales y agentes del Poder Ejecutivo, corresponde dirigir la acción administrativa de aquéllas, y pueden nombrar y remover libremente sus agentes.

Artículo 2º Los Gobernadores nombrarán, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo precedente, Prefectos, Alcaldes, Tesoreros y Recaudadores de rentas o impuestos departamentales, funcionarios o Jefes de Policía departamental, Directores y Administradores de obras, empresas y servicios públicos de los Departamentos, cualquiera que sea la denominación que se dé a estos empleados, y todo el personal subalterno de los servicios públi-

(1) En realidad, este decreto no es reglamentario, pues su contenido es interpretativo de la ley.

cos departamentales como de policía, de construcción de obras públicas, de administración de las empresas, bienes y servicios públicos y de recaudación de las rentas.

Artículo 3º Para la ejecución de los actos administrativos los Gobernadores pueden ser auxiliados con el concurso de juntas o comisiones patrióticas, en ramos especiales, de conformidad con el artículo 331 de la Ley 4ª de 1913, sin que tales juntas ejerzan funciones que corresponden a las facultades administrativas del Gobierno.

3º Así como el Presidente de la República representa al Estado, el Gobernador representa al Departamento, en asuntos políticos y administrativos, — ejerce la personería jurídica del Departamento; en asuntos judiciales los Fiscales de los Tribunales Superiores y el Procurador general representan a los Departamentos y a la Nación, ante los Tribunales, los primeros, y ante la Corte Suprema de Justicia, el segundo.

4º Este ordinal ha podido suprimirse y dejarse comprendido entre las atribuciones que por ley se adscribieran a los Gobernadores y a que se refiere el inciso final del artículo. La ley no da al Gobernador otra intervención como auxiliar de la justicia, que la de suministrar locales para cárceles, velar por la custodia y seguridad de los presos, perseguir los reos prófugos y prestar apoyo a los jueces para el cumplimiento de las providencias judiciales.

5º Respecto de esta atribución, cabe la misma observación hecha a la anterior. Esta vigilancia y protección se entienden sin perjuicio de las que al Presidente de la República le atribuye el numeral 19 del artículo 115.

6º Aprobado un proyecto de ordenanza por la Asamblea, el Gobernador no puede objetarlo sino por motivo de inconstitucionalidad o ilegalidad, y la Asamblea necesita la mayoría absoluta de los Diputados para declarar infundadas las objeciones (Ley 111 de 1913, artículos 3º y 4º). No se ve la razón para que los Gobernadores no puedan objetar las ordenanzas por inconvenientes, ya que ellos, mejor que los Diputados, conocen las necesidades de la administración pública. De esta facultad gozaron hasta el año de 1913, en que fueron privados de ella por consideraciones de carácter político.

Una vez declaradas infundadas las objeciones, el Gobernador debe forzosamente sancionar la ordenanza, quedándole expedito el recurso de acusarla por inconstitucional o ilegal ante el respectivo tribunal de lo contencioso-administrativo. En el caso de que el Gobernador se abstenga de sancionar las ordenanzas en que se hayan surtido los requisitos legales, corresponde al Presidente de la Asamblea sancionarlas. (Ley 111 citada, artículo 5º).

7º Este ordinal introdujo una trascendental innovación respecto del correspondiente del artículo 195 de la Constitución de 1886 que decía:

Revisar los actos de las Municipalidades y los de los Alcaldes, suspender los primeros y revocar los segundos por medio de resoluciones razonadas y únicamente por motivos de incompetencia o ilegalidad.

La reforma le quitó al Gobernador la facultad de suspender los actos de los Concejos. Hoy el Gobernador los revisa para ver si son inconstitucionales o ilegales, y si de la revisión hecha, llega a la conclusión de que son contrarios a la Constitución o a las leyes (y hay que entender también cuando sean contrarios a las ordenanzas departamentales y a los reglamentos ejecutivos o gubernamentales), lo único que puede hacer es pasarlos al tribunal administrativo para que éste decida si son o nó exequibles.

Por tanto, es absolutamente inconstitucional el procedimiento de algunos Gobernadores de declarar por medio de resoluciones que los acuerdos municipales revisados son *inexequibles*, y de devolverlos a los Concejos con la correspondiente resolución. Sancionado un acuerdo por el Alcalde, es obligatorio, aun para el Gobernador, mientras no sea anulado por la autoridad competente (que es el Tribunal administrativo), y el Gobernador usurpa jurisdicción al declarar una inexecutable que sólo compete al respectivo tribunal. La resolución del Gobernador por la cual dispone pasar un acuerdo al tribunal mencionado, por estimarlo inconstitucional o ilegal, no suspende la vigencia del acuerdo ni le resta su fuerza obligatoria, y por tanto es injurídico hablar de *aprobación* de los acuerdos por parte de los Gobernadores.

Esto quiere decir también que es inconstitucional toda ordenanza que exija que los acuerdos sobre presupuestos municipales u otros requieran la aprobación de los inspectores de educación pública o de otros funcionarios.

Cuando el Gobernador hallare irregularidades en los acuerdos municipales, podrá devolverlos a los Concejos con las observaciones del caso para que sean corregidos, siempre que esas irregularidades se refieran a la *forma*, de su expedición; mas esta devolución no implica la suspensión del acuerdo. Existe la práctica de que los Gobernadores devuelvan los acuerdos con observaciones respecto de la constitucionalidad o ilegalidad de ellos, para que si los Concejos las atienden, evitarse la acusación ante el Tribunal.

El Consejo de Estado anuló un decreto del Gobernador de

Cundinamarca que disponía que los Acuerdos no rigieran mientras no hubieran sido devueltos por el Gobernador sin observaciones o mientras el Tribunal competente no los hubiera declarado exequibles en caso de haber sido acusados por motivos de inconstitucionalidad o de ilegalidad. Dijo el Consejo que, conforme al artículo 178 del Código de Régimen Político y Municipal, la observancia de los Acuerdos principia desde que, sancionados por el Alcalde, sean publicados por bando o en el periódico oficial del Municipio, si lo hubiere, sin que las observaciones de la Gobernación puedan suspender su vigencia.

La revisión de los actos de los Alcaldes sí envuelve la facultad de revocarlos o reformarlos por motivos de inconstitucionalidad o de ilegalidad, comprendida en ellos la violación de las ordenanzas o reglamentos.

8º De conformidad con este ordinal, el artículo 127 de la Ley 4ª les ha señalado a los Gobernadores otras atribuciones, fuera de las anteriormente estudiadas.

A las atribuciones constitucionales de los Gobernadores, enumeradas en el artículo 59, hay que agregar la que les dió el artículo 39 del mismo Acto legislativo (146 de orden), sobre nombramiento de Magistrados interinos de los Tribunales Superiores, y también la de que trata el artículo siguiente.

ARTICULO 193. — El Gobernador podrá requerir el auxilio de la fuerza armada, y el Jefe Militar obedecerá sus instrucciones, salvo las disposiciones especiales que dicte el Gobierno. (Artículo 60 del Acto legislativo número 3 de 1910).

Esta disposición ha debido incluirse como un ordinal del artículo precedente. Encargado el Gobernador de velar por la conservación del orden en el Departamento como agente del Poder Ejecutivo, es natural que pueda llamar en su auxilio la fuerza armada, salvo disposiciones especiales que dicte el Gobierno, verbigracia, cuando le ordena al Jefe militar que mantenga acuartelada la tropa hasta nueva orden del Comando Superior.

ARTICULO 194. — En cada Distrito Municipal habrá una corporación de elección popular, que se designará con el nombre de Concejo Municipal. (Artículo 61 del Acto legislativo número 3 de 1910).

Los Concejos son corporaciones meramente administrativas y no políticas.

La razón para que sean elegidos popularmente estriba en que ellos votan los impuestos que deben pagar los vecinos, decretan la destinación que a sus productos debe dárseles, y fiscalizan su manejo e inversión, actos en que el pueblo debe in-

tervenir por medio de representantes de su elección, según los principios del régimen representativo y democrático.

Conforme al artículo 5º de la Ley 89 de 1936, los Distritos que no alcanzan a 5.000 habitantes, eligen cinco Concejales: los que tienen de 5.000 hasta 10.000, eligen siete; los de más de 10.000 a 20.000 habitantes, nueve; los de más de 20.000 a 50.000, once, y los de más de 50.000, quince. Los suplentes de los Concejales no son personales, sino que entran en el orden numérico, determinado por el orden descendente de votos.

Según estas cifras, hay 226 Municipios que eligen cinco concejales; 304 que eligen siete; 211 que eligen nueve; 58 que eligen once, y 13 que eligen quince.

Los Concejos tienen un Presidente, un Vicepresidente y un Secretario, y se reúnen ordinariamente por derecho propio en los días que el mismo Concejo señale. A sesiones extraordinarias puede ser convocado por el Presidente y por el Alcalde. El Concejo de Bogotá y demás capitales de departamento se reúne cuatro veces en el año por derecho propio y las sesiones duran cada vez treinta días, pudiéndose prorrogar por diez días más, a juicio del Concejo.

ARTICULO 195. — Corresponde a los Concejos Municipales ordenar lo conveniente por medio de acuerdos o reglamentos interiores para la administración del Distrito; votar, en conformidad con la Constitución, la ley y las ordenanzas expedidas por las Asambleas, las contribuciones y gastos locales; llevar el movimiento anual de la población; formar el censo civil cuando lo determine la ley; nombrar Jueces, Personeros y Tesoreros Municipales, y ejercer las demás funciones que les sean señaladas. (Artículo 62 del Acto legislativo número 3 de 1910).

Corresponde a los Concejos la administración del Distrito, la que organizan por medio de *acuerdos*. Los acuerdos son actos administrativos y sólo los que versan sobre reglamentos de policía local u orgánicos de los servicios públicos pueden considerarse leyes municipales en sentido material, como lo expresamos en otro lugar.

La más importante atribución del Concejo es, sin duda alguna, la de votar el presupuesto municipal de rentas y gastos. La Ley 5ª de 1918 señala las reglas para la formación de los presupuestos municipales.

Los Concejos votan los impuestos o contribuciones para el servicio municipal, dentro de los límites señalados por la ley y las ordenanzas sobre arbitrios municipales; pero tratándose de Bogotá y demás capitales de Departamento y municipios cuyo presupuesto anual no sea inferior a \$ 300.000, los Concejos pueden crear los impuestos y contribuciones que estimen necesari-

rios, dentro de la Constitución y las leyes, sin intervención de las Asambleas (Leyes 72 de 1926, artículo 6º, y 89 de 1936, artículos 1º y 2º).

Los Concejos deben formar el censo civil cuando lo determine la ley, y llevar el movimiento anual de la población. Estos datos demográficos son la base de la estadística, como es sabido.

Corresponde a los Concejos la creación de Juzgados municipales, el nombramiento de los Jueces de Distrito y la fijación de sus asignaciones, desde luego sin poder suprimir Juzgados ni remover los Jueces, ni disminuirles los sueldos durante el período para que han sido nombrados los que están en ejercicio.

Parece lógico que, siendo el Personero el representante del Municipio, sea nombrado por el Concejo. Conforme a la Constitución de 1886 era nombrado por el Presidente de la República.

El artículo atribuye a los Concejos el ejercicio de las demás funciones que les sean señaladas por las leyes u ordenanzas. El artículo 169 de la Ley 4ª citada, fija las atribuciones de los Concejos y, fuera de las constitucionales mencionadas, enumera otras, como las de crear empleados para el servicio municipal y señalarles atribuciones y remuneración; arreglar la policía en sus diferentes ramos, sin contravenir a las leyes, ordenanzas y decretos ejecutivos; reglamentar el uso, repartimiento y entrega de los terrenos comunales o ejidos y de los baldíos cedidos al Municipio, y contratar empréstitos con aprobación del Gobierno, previo dictamen del Consejo de Ministros y sujetándose a la Ley 6ª de 1928.

ARTICULO 196. — Los acuerdos de los Concejos Municipales son obligatorios mientras no sean anulados por la autoridad judicial. (Artículo 63 del Acto legislativo número 3 de 1910).

Por las razones que expusimos al comentar el artículo 190, hoy conocen los Tribunales Administrativos de las demandas sobre nulidad de los acuerdos municipales, las que fallan en única instancia, a menos que los acuerdos sean de los Concejos de Bogotá y demás capitales de Departamento, o municipios cuyo presupuesto anual no sea inferior a \$ 300.000, caso en el cual hay segunda instancia ante el Consejo de Estado.

Digamos ahora que los proyectos de acuerdos pueden ser presentados por los Concejales, el Alcalde, el Tesoro y el Personero municipales, los Inspectores de instrucción pública, los

JAIME TOBON VILLEGAS
DONACION

médicos oficiales, ingenieros municipales y presidentes de juntas de beneficencia. (Ley 4ª citada, artículo 167).

El Alcalde puede objetar los proyectos de acuerdos por motivos de inconstitucionalidad, ilegalidad o inconveniencia y declaradas infundadas las objeciones, tiene el Alcalde que sancionar el acuerdo, incurriendo en responsabilidad por omisión en el cumplimiento de sus funciones si no lo sanciona y promulga; pero tratándose de los Municipios de primera categoría, a que acabamos de referirnos, no hay lugar a objeción por motivos de inconveniencia.

La Ley 72 de 1926 autoriza a los Gobernadores para objetar los acuerdos, declararlos inexecutable y negarles el pase. Dicha ley es manifiestamente inconstitucional, como lo demostramos al comentar el ordinal 7º del artículo 192.

Por las mismas razones es flagrantemente inconstitucional la Ley 29 de 1933 en cuanto ordena a los Gobernadores objetar los presupuestos municipales que no incluyan la partida necesaria para colocar lápidas conmemorativas que lleven inscritos los nombres de los hijos del Distrito que asistieron a las acciones de armas de ese año en el Amazonas.

Semejantes leyes no sólo son contrarias al texto constitucional sino a la ciencia del derecho público, puesto que, según los principios del régimen representativo y democrático, es el pueblo de cada Distrito el único llamado a decretar los impuestos que deben pagar los vecinos de él y los gastos que deben hacerse; y las leyes mencionadas le dan intervención a funcionarios extraños a la administración municipal. En el camino de atentar contra la autonomía municipal, éste era el término de la jornada que emprendió el legislador, el que ha sido incapaz de interpretar el espíritu descentralizador que inspiró la reforma de 1910.

ARTICULO 197. — Los particulares agraviados por actos de los Concejales Municipales podrán ocurrir al Juez, y éste, por pronta providencia, suspenderá el acto denunciado por causas de inconstitucionalidad o ilegalidad. (Artículo 64 del Acto legislativo número 3 de 1910).

Esta disposición fue ya comentada al tratar del artículo 191 y sólo aclaramos que el juez que allí se menciona es hoy el tribunal administrativo (artículo 54 de la Ley 167 de 1941).

ARTICULO 198. — En todo Municipio habrá un Alcalde que ejercerá las funciones de agente del Gobernador y que será Jefe de la Administración Municipal. (Artículo 65 del Acto legislativo número 3 de 1910).

Como agente del Gobernador, el Alcalde tiene que ser nombrado por éste. Dentro del régimen centralista adoptado por la

Constitución, no sería posible que el Alcalde fuera elegido por el Concejo o por el pueblo: este sistema tendría graves inconvenientes desde el punto de vista de la conservación del orden público y de la mejor administración, principalmente en los pueblos pequeños azotados por el caciquismo. Como jefe de la administración municipal, el Alcalde es ejecutor de los acuerdos del Concejo, y es, además, jefe superior de policía en el territorio de su jurisdicción.

El artículo 184 de la Ley 4ª señala las atribuciones de los Alcaldes, entre las cuales la más importante es la de nombrar los Corregidores de las fracciones y los empleados municipales, cuando la designación no está especialmente atribuida a otra autoridad.

No queremos cerrar este título sin expresar algunos conceptos generales sobre la legislación municipal.

Dos sistemas completamente distintos siguen los Estados contemporáneos en materia de legislación municipal: unos adoptan un régimen adecuado a las realidades locales, y otros, un régimen centralizado, uniforme y simétrico.

El primer sistema es el practicado en Inglaterra, Estados Unidos y Alemania, y el segundo, el implantado en Francia y que, a imitación suya, han adoptado España y las repúblicas iberoamericanas.

Es sabido que la naturaleza jurídica y la estructura constitucional de los Estados de raza sajona son resultado de una larga elaboración histórica, producto natural y espontáneo de la costumbre, guiada por un criterio orgánico de especificación de funciones, según las necesidades sociales; a diferencia de las Constituciones de los pueblos de raza latina, que son resultado de actos imperativos de los poderes públicos, y de formación reflexiva, sistemática y artificial, obra de una concepción teórica y mecánica de las funciones del Estado.

Esta diferencia que se observa en la realización jurídica de las Constituciones nacionales, se observa también en la legislación relativa al régimen municipal.

En Inglaterra por ejemplo, no existe propiamente la entidad legal que nosotros denominamos Municipio, como división territorial. Existen los llamados Distritos rurales, los Distritos urbanos, los Burgos y los Condados. Los primeros tienen funciones que sólo se refieren a la higiene, los caminos y las habitaciones; los segundos tienen funciones más extensas que los rurales; los terceros gozan de cierta autonomía (*selfgovernment*), y los últimos son el grado más alto en la escala del régimen municipal. Lo que equivale a decir que ciudades, aldeas y caseríos forman la división territorial del Reino, y que las

corporaciones que los administran tienen atribuciones y prerrogativas conformes con su naturaleza y condiciones locales.

Tampoco hay en los Estados Unidos un tipo uniforme de régimen municipal. Como era natural, en un principio se tomó allí como modelo el sistema inglés de organización municipal; luego, la forma federal de la República hizo de la competencia de los Estados la organización del régimen municipal. Así, cada municipio tiene en los Estados Unidos la facultad de dictar su propia carta constitucional. En virtud de esta facultad de los municipios para darse el gobierno que a bien tengan, se han adoptado distintos tipos de régimen municipal, a saber: gobierno de comisión, gobierno de gerente y gobierno mixto, de comisión y de gerencia.

En el primer sistema la administración está a cargo de una comisión compuesta de varios miembros, que se distribuyen las funciones municipales como jefes de cada uno de los departamentos administrativos, por ejemplo: de negocios públicos, de cuentas, de hacienda, de seguridad pública, de calles y parques, de mejoras y ornato urbanos, de propiedad pública, etc.

En el segundo sistema la administración se confía a un funcionario único, profesional, un *manager*: se concentran en él todo el poder y la responsabilidad de la administración local. Es una imitación del régimen rígidamente presidencial que impera en el gobierno federal.

También en Alemania la legislación municipal es materia propia de las regiones (*Laender*) o países del Reich, que han adoptado el régimen del Magistrat, como sucede en Prusia, o el del Burgomaestre, como en Rhenania, o uno mixto, como sucede en Baviera.

No ocurre lo mismo en Francia. Allí existe una administración pública rígidamente centralizada, como herencia del absolutismo borbónico. Luego, la revolución de 1789 conservó el sistema unitario e igualitario, sentando el principio de que entre los Municipios no habría más diferencia que en el diverso número de miembros del Concejo, tal cual acontecía entre nosotros durante la vigencia de la Ley 4ª de 1913.

No existe en Francia la autonomía municipal, aun cuando los textos legales afirman consagrarla, si por tal ha de entenderse la facultad de administrar lo propio, sin dependencia respecto del gobierno central. En ese país la vida municipal está supeditada por la autoridad del Prefecto, como en Colombia por la autoridad de las Asambleas departamentales y Gobernadores bajo el imperio de la Constitución de 1886.

En Francia, a diferencia de Inglaterra, el municipio es una creación legal, que sirve de base a la organización política y ad-

ministrativa del Estado, y todos los municipios están sujetos a una misma organización, que no se dan ellos, sino que se las da la legislación nacional. A este régimen, centralizado, uniforme y simétrico, se sujetan los 36.000 municipios que hay en Francia, y de los cuales 19.000 tienen menos de 500 habitantes.

Sin embargo, se nota una marcada tendencia a conceder, cada día más, a las autoridades locales la facultad de regir los asuntos del municipio con menor intervención de los poderes centrales. Pero el Municipio, enseña M. Hauriou, no es completamente libre de organizar el servicio sino cuando puede sostenerlo con sus recursos ordinarios, una vez cubiertos los gastos obligatorios. Y esto que se dice de Francia podríamos hacerlo extensivo a todos los países latinos, inclusive el nuestro.

La administración del municipio francés está a cargo de un Concejo, de un Alcalde y de varios adjuntos, con excepción de París, en donde las funciones del Alcalde las desempeña el Prefecto del Sena. Se trata de una organización muy semejante a la nuestra y que es también la que rige en España, Italia, Bélgica y las repúblicas hispanoamericanas.

Pero, a pesar de ser Francia el Estado que sirvió de modelo al régimen uniforme, la legislación municipal general no se aplica a París y, en cierta parte, tampoco a las grandes ciudades como Marsella, Lyon y Burdeos.

En Colombia, la Ley 4ª de 1913, que no hizo más que reproducir leyes anteriormente vigentes, estableció un régimen municipal centralizado, uniforme y simétrico para todos los Distritos en que la Constitución mandó dividir el territorio de los Departamentos.

Mas, aunque tarde, se empezó a comprender que esta organización era absurda. Imposible que ciudades de más de 300.000 almas, como Bogotá, se sujetaran a las mismas disposiciones de tantas aldeas de menos de 1.000 habitantes, como las que hay en Boyacá; imposible que municipios ricos y de personal idóneo pudieran organizar sus servicios públicos con sujeción al mismo patrón legal de otros atrasados, misérrimos y faltos de gestores competentes (1).

Esto determinó una reacción, que principió con la Ley 97 de 1913, que dió especiales autorizaciones al Municipio de Bogotá, y después la Ley 72 de 1926 aumentó esas facultades y estableció una organización especial para la capital.

La Ley 89 de 1936 extendió las facultades concedidas al

(1) Según exposición del Ministro de Hacienda y Crédito Público, entre 747 municipios respecto de los cuales se pudieron recoger datos en 1937, sólo 69 tuvieron más de \$ 50.000 de presupuesto; 575 menos de \$ 10.000, y 68 menos de \$ 2.500 en el año.

Municipio de Bogotá a las demás capitales de Departamento y a los Municipios cuyo presupuesto anual no sea inferior a \$ 300.000, y la Ley 195 del mismo año les concedió nuevas facultades en cuanto a reglamentación de la policía local y a establecimiento de ciertos impuestos.

De esta manera se comenzó a reaccionar contra el sistema uniforme de organización municipal. Pero lo hecho no es bastante, es menester llegar hasta consagrar en el estatuto constitucional la autonomía municipal, a lo menos para las ciudades que verdaderamente merezcan y puedan gozar de ella según el pensamiento de M. Hauriou. Las que por carencia de recursos o de personal, necesiten de la intervención tutelar de otros poderes, continuarán sujetas a aquélla, de conformidad con las realidades locales de que hemos hablado, cosa que será fácil de establecer mediante un régimen municipal que no siga el tipo uniforme y simétrico de la legislación francesa.

Como resumen de estas ideas, creemos que debiera introducirse a la Constitución un artículo similar al 180 de la Codificación, que dijera:

“Los Municipios tendrán autonomía para la administración de los asuntos locales, con las limitaciones que establece la Constitución”.



TITULO XIX

De la Hacienda

SUMARIO — Bienes y cargas de la Nación. Reglas generales sobre contribuciones. Otras sobre presupuestos y gastos.

ARTICULO 199. — Pertenecen a la República de Colombia:

1º Los bienes, rentas, fincas, valores, derechos y acciones que pertenecían a la Unión Colombiana en 15 de abril de 1886.

2º Los baldíos, minas y salinas que pertenecían a los Estados, cuyo dominio recobra la Nación, sin perjuicio de los derechos constituídos a favor de terceros por dichos Estados, o a favor de éstos por la Nación a título de indemnización.

3º Las minas de oro, de plata, de platino y piedras preciosas que existan en el territorio nacional, sin perjuicio de los derechos que por leyes anteriores hayan adquirido los descubridores y explotadores sobre algunas de ellas. (Artículo 202 de la Constitución de 1886).

Desde luego hay que anotar que este artículo versa sobre una materia propia del derecho privado y nó del derecho público. Su inclusión en la Constitución se explica por el hecho de que en la de 1863 existía el artículo 30 que decía que pertenecían a la Nación los bienes, derechos y acciones, las rentas y contribuciones que por cualquier título pertenecían a la extinguida Confederación Granadina. Empero, si bajo un régimen federal era explicable esta adjudicación constitucional de bienes fiscales, no lo es bajo un régimen unitario.

El señor Samper dice que, al reasumir el Estado nacional la soberanía, volvió a él el pleno dominio de todos los bienes fiscales, y que por este artículo *recobró y se reservó* para sí los bienes que en él se enumeran, y por el 188 (subrogado hoy por el 51 del Acto legislativo número 3 de 1910) *adjudicó* a los Departamentos los que en éste se mencionan, y agrega: "Consideróse conveniente fijar una fecha para la transformación fiscal, y por razones de conveniencia se señaló el 15 de abril de 1886, época en que el Gobierno había determinado cierta separación muy importante entre los bienes y rentas de la Nación y los de los nueve Estados que han quedado extinguidos".

Hay que armonizar el ordinal 1º del artículo 199 con el artículo 51 citado (183 de orden) pues al paso que éste dice que pertenecen a los Departamentos todos los bienes muebles (bienes, derechos, valores y acciones) que pertenecieron a los Estados soberanos, el 199 expresa que son los que les pertenecían en 15 de abril de 1886, como lo dijimos al comentar dicho artículo 51. En cuanto a los inmuebles, el artículo 188 como el 51 citados, exceptuaron los especificados en el artículo 199.

Por el ordinal 2º la Nación recobró el dominio de los terrenos baldíos, minas y salinas que pertenecían a los Estados, y por el 3º conservó el dominio de las minas de oro, de plata, platino y piedras preciosas que siempre han pertenecido a la República y que ésta o explota por su cuenta o adjudica a los particulares para que ellos las exploten según lo dispuesto en la Ley 38 de 1887.

La República explota como bienes de su dominio fiscal: las minas de esmeraldas de Muzo, Coscuez y Somondoco, las de oro de Supía y Marmato, las de plata de Santa Ana y La Manta, y las de sal gema de Nemocón, Zipaquirá, etc.

Las minas de petróleo, estaño, hierro, cobre, azufre, asfalto, carbón, mercurio, mica, etc., que existan en terrenos baldíos o en los que con tal carácter fueron adjudicados después del 28 de octubre de 1873, fecha en que entró a regir el Código Fiscal de la Unión Colombiana, pertenecen a la Nación y no son adjudicables sino explotables mediante contrato con el Estado.

Con relación al ordinal 3º, cabe anotar que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 12 de junio de 1913, dijo que la Constitución de 1886 no respetó los derechos adquiridos por los dueños de terrenos sobre las minas existentes en ellos de conformidad con las leyes de algunos de los extinguidos Estados soberanos, como era el caso de la ley caucana de minas de 1879; y que no respetó otros derechos que los adquiridos por los descubridores y explotadores de ciertas minas.

Hay que agregar a esta disposición que, conforme a la Ley 37 de 1931, el Estado se ha reservado también la propiedad del helio y otros gases raros e hidrocarburos que se encuentren en yacimientos de su propiedad.

La Ley 13 de 1937 reservó para la Nación la propiedad de las minas de aluvión de metales preciosos ubicadas en los lechos y riberas de los ríos navegables, en una extensión de un kilómetro a cada lado del cauce normal del respectivo río.

Las minas de carbón, de cal, de cemento, de azufre, de mármol, de yeso, etc., son del dueño del suelo y no son denunciabiles por terceros en terrenos de propiedad particular.

ARTÍCULO 200. — Son de cargo de la República las deudas exterior e interior, reconocidas ya, o que en lo sucesivo se reconozcan, y los gastos del servicio público nacional. La ley determinará el orden y modo de satisfacer estas obligaciones. (Artículo 203 de la Constitución de 1886).

El constituyente, al hacer por este Título la distribución de patrimonios entre la Nación y los Departamentos, hizo de cargo de la primera las deudas exterior e interior de la República, reconocidas con anterioridad a la expedición de la Constitución, y las que con posterioridad se reconocieran como tales. Es claro que nó porque el Estado reforme su estatuto orgánico, puede desconocer las obligaciones por él contraídas: en su nueva organización política se subroga en todos los derechos y se sustituye en todas las obligaciones por él adquiridos respecto de terceros, sin que haya solución de continuidad alguna.

Quiso expresar también esta disposición que tales deudas no se adjudicaban a los Departamentos en porción alguna, novación que, por otra parte, tampoco habría podido hacerse sin el previo consentimiento de los acreedores de la Nación.

Hácese igualmente de cargo de la Nación los gastos del servicio público nacional, que según el Código Fiscal (Art. 197) comprende: Congreso, Presidencia de la República y Ministerios del Despacho, Organo Judicial y Ministerio Público, excepto el municipal, servicio diplomático y consular, ejército, marina y defensa de costas, policía nacional, higiene pública y policía de puertos, recaudación y manejo de la hacienda nacional, Contraloría general de la República, estadística nacional, instrucción pública profesional, fomento de la instrucción secundaria, misiones católicas, deuda pública nacional, correos y telégrafos, obras nacionales, lazaretos, agricultura e inmigración, Intendencias nacionales y Comisarias; Colonias penales, Consejo de Estado y Tribunales administrativos, presidios y casas de prisión y de corrección y gastos electorales nacionales.

ARTÍCULO 201. — Ninguna contribución indirecta ni aumento de impuesto de esta clase empezará a cobrarse sino seis meses después de promulgada la ley que establezca la contribución o el aumento. (Artículo 69 del Acto Legislativo número 3 de 1910).

Este artículo era el 204 de la Constitución de 1886, que había sido derogado por el Acto legislativo número 4 de 1905.

Según algunos autores, dice el doctor Esteban Jaramillo en su *Tratado de Ciencia de la Hacienda Pública*, los impuestos directos son los que se pagan por la misma persona a quien se grava con ellos, y los indirectos aquellos que son cubiertos por otra u otras personas distintas en virtud del traspaso de la carga tributaria, hecho por el individuo gravado. En concepto de otros expositores, se entiende por impuesto directo el que se es-

tablece en virtud de hechos fijos y constantes, como la persona, la propiedad, la renta, etc., y se recauda sobre catastro o listas nominativas; impuesto indirecto el que se establece por medio de tarifas impersonales sobre ciertos hechos intermitentes. Según estas definiciones son impuestos directos la capitación o gravamen personal y las imposiciones sobre la propiedad raíz o mueble y sobre la renta, e indirectos los de aduanas, de consumo y sobre las operaciones comerciales e industriales.

La disposición que comentamos se propone evitar los perjuicios que al comercio se le causan con el establecimiento de nuevos gravámenes: éstos encareciendo el precio del artículo, disminuyen su consumo, y afectan, por tanto, los cálculos de los comerciantes. Había conveniencia de darles un plazo prudencial para que acomodaran sus pedidos o despachos y sujetaran sus existencias a los nuevos precios, determinados por el recargo del gravamen fiscal.

Pero si estas razones militan respecto de los derechos de aduana, y en escala menor respecto de los de consumo, tonelaje, etc., no militan con igual peso respecto de otros impuestos indirectos, como son los de registro, patentes, papel sellado y timbre nacional; en estos últimos no se ve por qué razón el impuesto no se deba entrar a cobrar inmediatamente después de decretado o aumentado.

Creemos que la Asamblea Nacional de 1905 estaba en lo justo al derogar el artículo 204 de la Constitución de 1886 y que fue un error de la de 1910 el haberlo restablecido por el artículo 69 del Acto legislativo número 3, tanto más cuanto que respecto de derechos de aduana existe la disposición especial del artículo 202 que pasamos a estudiar.

ARTICULO 202. — Toda variación en la Tarifa de Aduanas que tenga por objeto disminuir los derechos de importación, comenzará a ser ejecutada noventa días después de sancionada la ley que la establezca, y la rebaja se hará por décimas partes en los diez meses subsiguientes.

Si la variación tiene por objeto el alza de los derechos, ésta se verificará por terceras partes en los tres meses siguientes a la sanción de la ley.

Esta disposición y la del artículo 201 de la Constitución, no limitan las facultades extraordinarias del Gobierno, cuando de ellas esté investido. (Artículo 1º del Acto legislativo del Congreso, Ley 24 de 1898).

Se explicaba el artículo 204 de la Constitución de 1886 (hoy el 201 de orden) porque en el proyecto original de la Constitución no existía el 205 (hoy subrogado por el 202 de orden), pero las dos disposiciones son contradictorias: si el impuesto de aduana es una contribución indirecta y como tal sólo puede cobrarse seis meses después de establecida o aumentada sobre un artículo de importación o exportación, ¿cómo viene a decir el artículo siguiente que la variación en la tarifa que tenga por

objeto disminuir los derechos comenzará a ejecutarse noventa días después, haciéndose las rebajas por décimas partes en los diez meses subsiguientes, y la que tenga por objeto el alza de los derechos, por terceras partes en los tres meses siguientes?

La reforma de 1898 contiene una disposición especial, que como tal, prevalece sobre la de 1910, que es general, aunque posterior. Por eso, la Corte Suprema de Justicia dijo en sentencia de 10 de marzo de 1933, que la primera estaba vigente. Veamos cómo:

En 1905 fue expresamente derogado el artículo 204 de la Constitución, por el Acto legislativo número 4 del mismo año, quedando así en vigor tanto para las contribuciones indirectas como para la materia especial de las variaciones en la Tarifa de Aduanas, el precepto consignado en todo el artículo único del Acto legislativo de 1898, porque en lo tocante a las contribuciones indirectas en general no se estableció principio distinto del que consagraba el expresado artículo 204 de la Constitución.

En 1910 el Acto legislativo número 3, y en su artículo 69, restableció el principio consagrado en el artículo 204 de la Constitución para las contribuciones indirectas, pero no derogó el Acto legislativo de 1898, lo que se comprueba leyendo el artículo E) de las disposiciones transitorias de aquel Acto legislativo que dice:

"Quedan derogadas las disposiciones de la Constitución Nacional de cinco de agosto de mil ochocientos ochenta y seis, que sean contrarias al presente Acto legislativo, y todos los Actos legislativos expedidos por la Asamblea Nacional, anteriores al presente".

No menciona esta disposición transitoria entre las que deroga el Acto legislativo de 1898, que por otra parte no fue expedido por la Asamblea Nacional sino por el Congreso de ese año; luego tal Acto legislativo está vigente, y así lo ha declarado la Corte en varios fallos, entre otros en el que figura publicado en los números 1189 y 1190 de la Gaceta Judicial (año XXIII).

El Gobierno puede cobrar en tiempo de paz, antes del plazo fijado por el artículo 69 del Acto legislativo número 3 de 1910 y por el artículo 1º de la superley 24 citada, las nuevas contribuciones o impuestos que establezca la ley cuando está investido de facultades extraordinarias por el Congreso, pues el inciso 2º del artículo 1º de dicha superley 24 no ha sido derogado, y el artículo 204 de la Constitución (201 de orden) a que él alude, aunque derogado posteriormente, recobró su imperio al ser reproducido por el 69 del Acto legislativo número 3 de 1910, dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 25 de marzo de 1915.

La misma Corte ha sentado la doctrina de que, al decir la superley 24 de 1898 que sus disposiciones no limitan las facultades extraordinarias del Gobierno cuando de ellas esté investido, se refiere tanto a las que puede otorgarle el Congreso en

tiempo de paz como a las de que lo inviste la declaración del estado de sitio en caso de guerra.

ARTICULO 203. — El Ejecutivo formará anualmente el Presupuesto de rentas y junto con el proyecto de Ley de Apropiações lo presentará al Congreso en los primeros diez días de las sesiones ordinarias de julio. (Artículo 25 del Acto legislativo número 1º de 1936).

Este artículo modificó, pero *no derogó* el artículo 206 de la Constitución de 1886, que dice:

Cada Ministerio formará cada dos años el presupuesto de gastos de su servicio, y lo pasará al del Tesoro, por el cual será redactado el general de la Nación, y sometido a la aprobación del Congreso, junto con el de rentas, en que se propondrán los medios necesarios para cumplir las obligaciones.

Cuando el Congreso no vote ley de presupuesto para el correspondiente bienio económico, continuará vigente el presupuesto del bienio anterior.

No se explica por qué el compilador omitió el inciso primero de la disposición preinserta, que no ha sido modificado sino únicamente en establecer que el presupuesto sea anual.

El artículo 14 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el ciudadano había dicho:

Todos los ciudadanos tienen derecho de hacer constar o pedir razón por sí mismos o por sus representantes de la necesidad de la contribución pública, de consentirla libremente, de saber su empleo, y de determinar la cuota, el lugar, el cobro y la duración.

Consagración de este principio son la presente disposición y las que le siguen.

En desarrollo del artículo 206 de la Constitución de 1886 (subrogado por el 203 de orden) se expidió la ley 64 de 1931, orgánica del presupuesto. Dispone ella que el Poder Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, presentará a la Cámara de Representantes (no puede ser presentado al Senado), dentro de los diez primeros días de las sesiones ordinarias de cada año, el proyecto de presupuesto de rentas y gastos, correspondiente al año siguiente.

El presupuesto se divide en tres partes: la primera, denominada presupuesto de rentas, contiene la relación de las entradas que se estima habrán de recaudarse y de necesitarse para el año fiscal; la segunda, denominada presupuesto de gastos, contiene la relación de las apropiaciones requeridas para el mismo período, y la tercera, denominada "Disposiciones Generales", contiene normas relacionadas con las rentas y gastos computados que se estimen oportunas para la ejecución del presupuesto.

El Presupuesto de gastos tiene como base el de rentas, y el total del primero no puede exceder al total del segundo.

Cada Ministerio y departamento administrativo del Estado envía al Ministro de Hacienda y Crédito Público el cálculo de los gastos requeridos para su servicio en el año fiscal siguiente, y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (en el cual se refundió el del Tesoro) prepara el proyecto de presupuestos nacionales, teniendo en cuenta para el de rentas el informe financiero que debe presentar al Gobierno el Contralor General de la República.

Como bajo la Constitución de 1886 el Congreso no se reunía sino cada dos años, el presupuesto tenía que expedirse para un bienio; pero al restablecerse las legislaturas cada año, la vigencia económica volvió a ser anual.

ARTICULO 204. — Cuando el Congreso no vote Ley de Presupuesto para el correspondiente bienio económico, continuará vigente el Presupuesto del bienio anterior. (Inciso 2º del artículo 206 de la Constitución de 1886).

La disposición, previsivamente, establece que cuando el Congreso no vote en un año la ley de presupuestos, continuará vigente el del año anterior, esto con el objeto de evitar la dictadura fiscal. En este caso el Poder Ejecutivo verifica la liquidación del presupuesto sobre el del año anterior, excluyendo, naturalmente, los gastos que sólo deben hacerse por una sola vez y que ya hayan sido hechos.

Esta disposición ha sido censurada por estimarse que es anticientífica y en su lugar se ha propuesto que se disponga que cuando el Congreso se clausure sin haber expedido el presupuesto, se entenderá aprobado el proyecto presentado por el Gobierno: así las Cámaras se verán obligadas a expedirlo y, si no lo hacen, es tanto más natural que se entienda que no tienen modificaciones que introducirle cuanto que en el proyecto de presupuestos no pueden figurar partidas que no hayan sido votadas por ley preexistente.

Hay otros países, como Francia, Gran Bretaña y Bélgica, en que el sistema adoptado es el de las doceavas provisionales, consistente en que el Gobierno liquide presupuestos mensuales.

En nuestro sistema, cuando el producto de las rentas es inferior al cómputo del presupuesto anterior, la Ley 64 de 1931 autoriza al Gobierno para reducir los gastos hasta obtener el equilibrio fiscal; cuando por el contrario, el producto de las rentas es superior, el Gobierno viene a quedar en libertad para disponer del superávit, mediante la apertura de créditos adicionales con sujeción a los requisitos de la misma ley.

ARTICULO 205. — En tiempo de paz no se podrá establecer contribución o impuesto que no figure en el Presupuesto de rentas, ni hacer erogación del Tesoro que no se halle incluida en el de gastos. (Artículo 67 del Acto legislativo número 3 de 1910).

Este artículo consagra lo que se llama “la fuerza restrictiva del presupuesto”, que consiste en que el Poder Ejecutivo no pueda recaudar contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas ni hacer erogación alguna que no se halle incluida en el de gastos.

Sin excepción alguna, el Gobierno no puede cobrar impuestos que no estén incluidos en el presupuesto; pero en materia de gastos, pueden tener lugar los créditos adicionales de que trata el artículo 208.

El 205 transcrito, al establecer que no podrán recaudarse contribuciones o impuestos que no figuren en el presupuesto de rentas del año fiscal en curso, adopta el sistema llamado de “la anualidad del presupuesto”, a diferencia de otros Estados en donde no se exige la renovación anual de los ingresos obligatorios para que puedan cobrarse.

En el primer caso, que es el nuestro, dice el mismo doctor Jaramillo, “el presupuesto de rentas no es una ley, porque los impuestos y contribuciones no se establecen por dicho presupuesto, sino por leyes preexistentes que organizan el sistema tributario. El presupuesto no es en este caso sino una *condición* para que puedan recibirse tales ingresos, y por eso lo califican aquellos expositores de *acto-condición*. En el segundo caso, debe concluirse a *fortiori* que no es ley el presupuesto de rentas, porque ni siquiera se le tiene como condición indispensable para que puedan recaudarse aquéllas”.

Y Gastón Jéze dice a este propósito:

El principal acto-condición que realiza el parlamento es la aprobación del presupuesto de ingresos y gastos. En Francia (y lo mismo cabe decir en Colombia) la existencia de un crédito es la condición para que pueda ejercitarse de un modo regular el poder legal de los Ministros de celebrar los actos jurídicos de que resultan las deudas a cargo del tesoro: suministros, contratos, etc. (En Colombia la existencia de este crédito se comprueba con la certificación de la Contraloría General de la República sobre la existencia de una partida reservada para el respectivo gasto). El presupuesto de ingresos es condición para que se pueda ejercitar regularmente el poder legal de los agentes del Fisco, de cumplir los actos jurídicos creadores de obligaciones para los contribuyentes. (Véase Jéze, *Traité de Science des finances*).

En el lenguaje corriente se habla de la ley declaratoria de utilidad pública, de la ley de presupuesto. Mas éstas son expresiones inexactas, que sólo consideran un elemento secundario: la forma del acto, siendo así que

por su contenido dichos actos no tienen carácter legislativo, sino que son actos-condiciones.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 8 de mayo de 1912, dijo que la disposición del artículo 67 del Acto legislativo número 3, según la cual "en tiempo de paz no se podrá establecer contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación del Tesoro que no se halle en el de gastos", se refiere a los encargados de disponer la recaudación de los impuestos o su inversión, como el Gobierno, los Gobernadores y los Alcaldes; pero nó al Congreso, a las Asambleas Departamentales ni a los Concejos.

ARTICULO 206. — No podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las Asambleas Departamentales, o las Municipalidades; ni transferirse ningún crédito a un objeto no previsto en el respectivo Presupuesto. (Artículo 207 de la Constitución de 1886).

Este artículo establece la fuerza restrictiva del presupuesto, de que hablamos en el anterior, y es consecuencia del principio estatuido por el artículo 14 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, atrás transcrito.

El Gobierno nacional no puede hacer gasto alguno que no haya sido votado por el Congreso; pero no satisfecho el constituyente con establecer esta garantía respecto de la legislación nacional, dispuso que tampoco los gobiernos departamentales pudieran hacer gasto que no hubiera sido votado por las Asambleas; ni los gobiernos municipales, gasto que no hubiera sido acordado por los Concejos respectivos.

No sólo no pueden hacerse erogaciones que no hayan sido votadas en los presupuestos, sino que no pueden excederse los límites de las partidas incluidas o apropiaciones hechas. Se permite, sí, transferir un crédito destinado para un objeto a otro objeto distinto pero previsto en el respectivo presupuesto.

Esto es lo que se llama transferencia o traslación de créditos, la cual, enseña el artículo 68 del Acto legislativo número 3 1910, no puede hacerse sino en las condiciones y por los trámites que la ley establezca. La ley que los ha establecido es la 64 de 1931, que en su artículo 32 dice que pueden trasladarse las partidas votadas, en todo o en parte, de un artículo a otro del presupuesto del respectivo departamento, siempre que ambas partidas figuren en el mismo capítulo; mas para esto, la ley exige la aprobación del Poder Ejecutivo y del Consejo de Ministros, y dice que ninguna solicitud de esos traslados se aceptará sin la certificación del Contralor General de la República sobre la existencia de un saldo no comprometido y sin la de-

claración escrita del Ministro o Jefe del Departamento administrativo en que conste que la partida existente es innecesaria y que puede utilizarse para completar otra apropiación.

ARTICULO 207. — Cuando haya necesidad de hacer un gasto imprescindible, a juicio del Gobierno, estando en receso las Cámaras, y no habiendo partida votada o siendo ésta insuficiente, podrá abrirse al respectivo Ministerio un crédito suplemental o extraordinario.

Estos créditos se abrirán por el Consejo de Ministros, instruyendo para ello expediente y previo dictamen del Consejo de Estado.

Corresponde al Congreso legalizar estos créditos.

El Gobierno puede solicitar del Congreso créditos adicionales al Presupuesto de gastos. (Artículo 208 de la Constitución de 1886).

Este artículo fue modificado por el 68 del Acto legislativo número 3, en estos términos:

ARTICULO 208. — El Poder Ejecutivo no podrá abrir los créditos suplementales y extraordinarios de que trata el artículo 207 de la Constitución, ni hacer traslaciones dentro del Presupuesto, sino en las condiciones y por los trámites que la ley establezca. (Artículo 68 del Acto legislativo número 3 de 1910).

La ley dictada en cumplimiento de este artículo es la 64 de 1931 citada. Dispone esta ley que los créditos adicionales necesarios para el servicio público sólo pueden abrirse por el Congreso, y que si éste no estuviere reunido, pueden abrirse con la aprobación del Consejo de Ministros y previo dictamen del Consejo de Estado, y una relación de tales créditos se someterá al Congreso, para su aprobación en las siguientes sesiones ordinarias.

Los créditos adicionales pueden ser o suplementales o extraordinarios.

Los créditos suplementales son los que se autorizan para aumentar las apropiaciones existentes en la ley cuando tales apropiaciones han resultado insuficientes para el servicio a que se destinan, y sólo están autorizadas bajo las siguientes condiciones, o alguna de ellas:

a) Que exista un saldo crédito no comprometido e innecesario en alguna partida de la ley de apropiaciones en vigencia, que, de acuerdo con la ley, pueda ser trasladado a otra partida que necesite un crédito suplemental;

b) Que exista un superávit no apropiado en el presupuesto de rentas;

c) Que cualquiera nueva renta propuesta para ser utilizada no haya sido incluída en el presupuesto de rentas, sin que pueda servir de base para créditos suplementales un exceso en

el producto actual del recaudo de una renta sobre el cómputo del presupuesto;

d) Que se provea un nuevo ingreso para cubrir el crédito suplemental;

e) Que el Contralor haya expedido un certificado favorable con relación a los hechos de los puntos *a)*, *b)* y *c)*, según el caso, o sobre la disponibilidad de la nueva fuente de ingresos a que se refiere el punto *d)*.

Los créditos extraordinarios se autorizan cuando ocurren disturbios interiores, guerra internacional, plagas u otras calamidades públicas, y para proveer a nuevos gastos que sean de interés público, y estos créditos se abren con sujeción a las mismas formalidades de los suplementales.



TITULO XX

De la reforma de esta Constitución

ARTICULO 209. — La Constitución sólo podrá ser reformada por un Acto legislativo discutido primeramente y aprobado por el Congreso en la forma ordinaria; y de igual modo considerado en la reunión anual subsiguiente, y aprobado en ésta, por ambas Cámaras, en segundo y tercer debates, por la mayoría absoluta de los individuos que componen cada una de ellas. (Artículo 70 del Acto legislativo número 3 de 1910).—

El artículo 209 de la Constitución de 1886 decía:

Esta Constitución podrá ser reformada por un acto legislativo, discutido primeramente y aprobado en tres debates por el Congreso en la forma ordinaria, transmitido por el Gobierno, para su examen definitivo, a la legislatura subsiguiente, y por ésta nuevamente debatido, y últimamente aprobado por dos tercios de los votos en ambas Cámaras.

Las diferencias entre la disposición original y su reforma consisten: 1º Aquélla exigía que el Acto legislativo aprobado en la primera legislatura, fuera transmitido a la legislatura subsiguiente por el Gobierno, para su examen definitivo; y la reforma suprime esta parte, de modo que aunque el Gobierno no someta el Acto legislativo al Congreso en la segunda legislatura, las Cámaras pueden por su propia iniciativa darle curso, y 2º El artículo 209 de la Constitución exigía que en la última legislatura el proyecto fuera aprobado en todos tres debates por los dos tercios de los votos de ambas Cámaras; y la reforma de 1910 sólo exige que en segundo y tercer debates sea aprobado por la mayoría absoluta de los individuos que componen cada una de ellas.

La Constitución francesa de 1791 dijo: “La Asamblea Nacional declara que la Nación tiene el derecho imprescriptible de cambiar su Constitución. . . .” Y la de 1793: “Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede sujetar a sus leyes a las generaciones futuras”.

Gastón Jéze funda en las siguientes consideraciones el derecho a la revisión de las leyes, constitucionales o nó:

Políticamente es absurdo, quimérico y hasta criminal pretender encadenar las generaciones futuras al cuadro actual de instituciones políticas, administrativas, sociales, etc., que podrían, quizás, estar en contradicción absoluta con el ideal de momento, con la moral a la moda, con el concepto de justicia dominante, con las necesidades políticas, económicas, etc. Esto equivaldría a incitar a una generación a la revolución y a la violencia. Si una generación cualquiera emitiera por el órgano de su parlamento la pretensión insólita de regular *ne varietur* el destino y la conducta de generaciones venideras sobre tal o cual materia, su voluntad no tendría ninguna eficacia política ni jurídica: habría ejercido un poder que ni política ni jurídicamente le pertenece ni puede pertenecerle. Es preciso, pues, considerar sin ningún valor jurídico las prohibiciones formuladas, sea cual fuere la autoridad que las formule, de modificar la regla jurídica hasta un cierto momento.

Si, ni política ni jurídicamente es posible prohibir las modificaciones por tiempo indeterminado, o plazo fijo, políticamente es de desear que ciertas instituciones tengan estabilidad y no puedan ser fácilmente alteradas. Para lograr este resultado, el medio jurídico perfectamente lícito consiste en organizar un sistema de derogación o de modificación de la regla, de tal naturaleza, que se pueda garantizar que la modificación o derogación corresponderá a una necesidad verdadera. Tal es la idea que informa el sistema jurídico de las Constituciones rígidas, es decir, Constituciones que sólo pueden ser modificadas mediante un procedimiento más complicado que el procedimiento legislativo ordinario.

Si esto se dice de las Constituciones de países que no tienen un estatuto demasiado reglamentario, ¿qué no decir de la de Colombia que, como hemos tenido ocasión de comprobarlo, contiene numerosísimas disposiciones que no han debido consagrarse en la Constitución sino reservarse a la ley? Mr. Nicholas Murray Butler ha hecho la observación de que si los Estados Unidos no han tenido sino un estatuto constitucional, es debido a que éste no es reglamentario.

Si la Constitución, dice, hubiera entrado en materia de detalles, hubiera pasado con la generación que la produjo. Confinándose ella misma en su mayor parte a principios fundamentales, simple y claramente estatuidos, ofreció un contorno dentro del cual se han resuelto y se seguirán resolviendo muchas y muy diferentes y cambiantes circunstancias y condiciones. Los escépticos en materia de principios como resultado de la penetración humana y de la experiencia no hallan distinción entre una Constitución y un estatuto ordinario. La Constitución es para ellos una mera formulación pasajera de una expresión de la voluntad popular o del anhelo público en relación con algún interés transitorio. Aquellos que creen, por otra parte, que la raza humana progresa, que avanza por medio de la experiencia, que por reflexión y análisis aprende de la experiencia ciertos sabios y buenos principios guías y reglas de conducta y de pública administración, ven en una Constitución escrita que se limita estrictamente a este asunto, un *record* de grande y útil experiencia y un poste que señala la senda del progreso. Cuando los redactores de una Constitución escrita caen en la tentación de incluir entre su preceptos lo que debe ser objeto de la legislación ordinaria, tienden ellos mismos a confundir los principios que

distinguen las Constituciones de la mera legislación, provocando así su descrédito.

La Constitución de 1821 dispuso que después de diez años de práctica de ese estatuto, se convocaría una Gran Convención para que lo revisara o reformara en su totalidad, y que en cualquier tiempo podrían ser reformados algunos artículos de la Constitución por los dos tercios de los votos de cada una de las Cámaras en dos legislaturas en que se hubiera renovado por lo menos la mitad de los miembros de las Cámaras.

Como es sabido, el Congreso de 1827 anticipó el plazo de los diez años y convocó la Gran Convención que se reunió en Ocaña y que se disolvió sin haber expedido la nueva Carta Constitucional. La dictadura de Bolívar, que siguió a esta disolución, puso fin al imperio de la Constitución de 1821.

La de 1830, expedida por el Congreso Admirable, exigía para su reforma la discusión en dos legislaturas sucesivas, y la aprobación en la última por los dos tercios de los miembros presentes. Este estatuto cesó de regir por la disolución de la Gran Colombia, para la cual había sido dictado.

La de 1832, expedida por la Convención que organizó la Nueva Granada, exigió para la reforma los mismos requisitos de la anterior, y con el cumplimiento de ellos, los Congresos de 1842 y 1843 expidieron la Constitución de este último año, la cual requería para su reforma análogas formalidades; pero por Acto legislativo de 25 de abril de 1851 se dispuso que la Constitución podía ser reformada por un Acto legislativo aprobado en dos legislaturas por mayoría absoluta de votos en los tres debates, y en virtud de esta reforma, el Congreso de 1853 expidió la constitución de este año.

El nuevo estatuto estableció tres sistemas para ser reformado: 1º Por una ley aprobada en una sola legislatura con los votos de las cuatro quintas partes de los miembros de ambas Cámaras; 2º Por una Asamblea Constituyente, y 3º Por una ley ordinaria aprobada en dos legislaturas sucesivas. A pesar de estas facilidades para la reforma, un Acto legislativo de fecha 10 de febrero de 1858 dispuso que la Constitución pudiera ser reformada por una simple ley o por el Congreso pleno, y en esta virtud fue expedida la Constitución de 1858, la cual previno que podría ella ser reformada a solicitud de la mayoría de las legislaturas de los Estados, por una ley ordinaria. Este estatuto dejó de regir a causa del triunfo de la revolución de 1860.

La Constitución de 1863, surgida de este movimiento, exigió que la reforma fuera solicitada por la mayoría de las legislaturas de los Estados; que fuera aprobada en ambas Cámaras

como una ley ordinaria, y ratificada por el voto unánime del Senado, teniendo un voto cada Estado, lo que la hizo prácticamente irreformable.

Esta Constitución fue abrogada de hecho por el Presidente Núñez quien declaró que había cesado de regir, y quien convocó un Consejo de Delegatarios que expidió la Constitución de 1886, que hemos comentado.

Como la necesidad de la reforma de este estatuto se intensificara cada día, el Presidente Reyes, en uso de facultades extraordinarias, convocó una Asamblea Nacional que reformó la Constitución y que dispuso, por Acto legislativo número 9 de 1905, que aquélla podría ser reformada por una Asamblea Nacional convocada expresamente para este objeto por el Congreso, o por el Gobierno, previa solicitud de la mayoría de las municipalidades.

A solicitud de éstas, el Gobierno convocó la Asamblea Nacional que expidió el Acto legislativo número 3 de 1910, reformatorio de la Constitución y que hemos también comentado.

La reforma de 1936 la hizo el Congreso con sujeción a los trámites constitucionales.

Tal ha sido el proceso de la técnica de la reforma constitucional en Colombia.

En los demás países, ella se verifica en forma distinta, según que se trate de Constituciones flexibles, o rígidas.

En los Estados de Constituciones flexibles, como Inglaterra, la reforma constitucional se verifica por leyes ordinarias, puesto que no existen leyes constitucionales o superleyes.

En las Constituciones rígidas se siguen distintos procedimientos.

En unas partes, la revisión puede ser total o parcial, y en otras, sólo parcial. Así la Constitución de Grecia de 1864 disponía que ella no podría revisarse totalmente. Igual cosa sucede en Bélgica y en España, y esto nos parece lo más conveniente y racional, porque no es de admitirse que en un momento dado pueda ser necesario reformar todas las disposiciones de un estatuto constitucional. La revisión total sólo se explica cuando el Estado cambia su forma de Gobierno, como sucedió en Francia, Alemania, Austria, España, etc., al abandonar la forma monárquica para erigirse en república. Pero los Estados sólidamente organizados, como los Estados Unidos, sólo han tenido desde su origen una carta constitucional que ha sufrido enmiendas con las mudanzas de los tiempos. La revisión total de los estatutos constitucionales revela falta de seriedad y de estabilidad en las instituciones políticas y hace de aquéllos sim-

ples documentos, para valernos de una frase de Mirkine Guet-zévitch. En Colombia, en el lapso de sesenta y cinco años, transcurrido de 1821 a 1886, tuvimos ocho Constituciones.

La Constitución de Polonia de 1921 manda que aquélla sea revisada cada veinticinco años, por mayoría absoluta de votos de las dos Cámaras, reunidas en Asamblea Nacional.

En los Estados Unidos, la Constitución puede sufrir enmiendas (ha sufrido sólo diecinueve), siempre que el Congreso lo estime necesario por las dos terceras partes de los miembros de ambas Cámaras o que los votos de las dos terceras partes de los poderes legislativos de los Estados pidan al Congreso que convoque una Convención que proponga las reformas, las que necesitan ser ratificadas por los poderes legislativos de las tres cuartas partes de los Estados.

En Francia, por acuerdo separado de cada una de las Cámaras, tomado por mayoría absoluta de votos, se puede declarar que hay lugar a revisar las leyes constitucionales, y una vez tomada esta resolución por las Cámaras, se reúnen éstas en Asamblea nacional para proceder a la revisión, la que se acuerda por la mayoría absoluta de los votos de los miembros de la Asamblea nacional.

En Suiza la reforma necesita ser aceptada por la mayoría de los ciudadanos suizos, en votación por sí o por nó, y por la de los Estados, para lo cual el resultado de la votación popular de cada Cantón se considera como el voto del mismo.

En la Alemania, la Constitución puede ser reformada por el Reichstag, por vía legislativa, con la presencia por lo menos de los dos tercios de sus miembros y con el voto de los dos tercios de los presentes en favor de la medida. Cuando el Reichstag vota una reforma contra el veto del Reichrat, el Presidente del Reich no promulga la ley si el Reichrat solicita el referéndum dentro de dos semanas. Este referéndum puede tener lugar también por iniciativa popular, y en este caso se necesita que apruebe la reforma la mayoría de los electores.

En España, la Constitución podía ser reformada a propuesta del Gobierno o de la cuarta parte de los miembros del parlamento, concretando los artículos que habían de reformarse; la propuesta se tramitaba como una ley que necesitaba aprobarse por las dos terceras partes de los Diputados, y aprobada, quedaba disuelto el Congreso y se convocaba una nueva Cámara que ejercería funciones de Asamblea constituyente y, luego, de legislativa.

En Chile, el Presidente de la República puede devolver con observaciones un proyecto reformativo de la Constitución, bien

por considerarlo inconveniente, bien para proponerle modificaciones, y si las Cámaras las declaran infundadas, puede someterlas al referéndum popular, mediante plebiscito.

Las anteriores Constituciones colombianas advertían que un proyecto de Acto legislativo reformatorio de la Constitución no podía ser objetado por el Poder Ejecutivo. La reforma de 1910 nada dispone sobre el particular, y creemos que el Gobierno tiene derecho de objetar un Acto legislativo de esta clase, en primer lugar, porque el hecho de haberse suprimido aquella prohibición, parece indicar que estuvo en la mente del constituyente permitírsele; en segundo lugar, porque el Acto legislativo reviste la forma de un proyecto de ley y el Gobierno puede objetar todo proyecto de esta clase, y en tercer lugar, porque si la Constitución da derecho al Gobierno para objetar las leyes comunes que estime inconvenientes para la Nación, con igual, si no con mayor motivo debe reconocérsele ese derecho para las leyes constitucionales, que afectan la organización misma del Estado y el régimen de garantías jurídicas. Esto en cuanto a las objeciones por inconveniencia; que en lo relativo a inconstitucionalidad, el proyecto puede ser objetado porque en su expedición no se hayan llenado los requisitos que para la reforma exige el artículo 209, o sea la aprobación en dos legislaturas sucesivas y por el número de votos necesarios.

La tesis contraria conduciría al absurdo de admitir que el Gobierno estaba obligado a sancionar Actos legislativos en que se hubieran pretermitido las formalidades constitucionales exigidas para su expedición. Otra fue, sin embargo, la opinión de la Asamblea Nacional, pues habiendo el Poder Ejecutivo objetado el Acto legislativo número 3 de 1910, la Asamblea resolvió lo siguiente por dieciséis votos afirmativos contra trece negativos:

“La Asamblea resuelve no entrar a examinar las observaciones del Poder Ejecutivo, porque considera que ni la Constitución, ni los Actos reformatorios de la misma, ni las leyes lo facultan para hacer observaciones a los proyectos de reformas constitucionales”.

Entre los Diputados que votaron negativamente se contaban los doctores Carmelo Arango, Hernando Holguín y Caro, Gabriel Rosas, Gonzalo Pérez y Clemente Salazar.

No queremos concluir este comentario sin advertir que el Acto legislativo número 9 de 1905 fue derogado por el número 3 de 1919, y que, por consiguiente, hoy no es posible reformar la Constitución por medio de Asambleas constituyentes convo-

cadass a instancia de los Concejos Municipales, como antes sucedía.

DISPOSICIONES OMITIDAS EN LA COMPILACION

El compilador omitió incluir en la Constitución el artículo 34 y el 35 (transitorio) del Acto Legislativo número 1º de 1936, así como las disposiciones transitorias del Acto Legislativo número 3 de 1910, de las cuales hay tres que en realidad no puede decirse que han caducado, pues seguirán surtiendo sus efectos.

Por eso las incorporamos en este tratado y hacemos a ellas los correspondientes comentarios.

TITULO XXI

Disposiciones transitorias

ACTO LEGISLATIVO N° 3 DE 1910. — Artículo A). Las fechas iniciales de los próximos períodos de las corporaciones y funcionarios de que tratan la Constitución y el presente Acto reformativo de ella serán las siguientes:

La del Congreso Nacional, el 20 de julio de 1911.

La del Presidente de la República, el 7 de agosto de 1914.

La de las Asambleas Departamentales, el 1° de marzo de 1911.

La de la Corte Suprema de Justicia, el 1° de mayo de 1915. La presente Asamblea elegirá los dos Magistrados que completan el número de nueve, señalado por este Acto, y el período de todos terminará el 30 de abril de 1915.

La de los Tribunales Superiores, el 1° de mayo de 1911.

De estas fechas la única que ha sido cambiada es la de las Asambleas departamentales que es ahora el 20 de abril. Faltó expresar la fecha inicial del período de los Designados, como lo dijimos al comentar el artículo 70.

Artículo E) Quedan derogadas las disposiciones de la Constitución Nacional de 5 de agosto de 1886, que sean contrarias al presente Acto legislativo, y todos los Actos legislativos expedidos por la Asamblea Nacional anteriores al presente.

Fue un grave error de la Asamblea Nacional de 1910 no haber determinado qué artículos quedaban expresamente derogados, pues en materias de tanta entidad como son las constitucionales, no ha debido dejarse esto a la interpretación.

El proyecto del Acto legislativo reformativo de la Constitución Nacional, aprobado por el Congreso de 1909 y que sirvió de base para la redacción del que fue después Acto legislativo número 3 de 1910, decía:

Quedan derogados los artículos 5, 6, 21, 26, 29, 32, 68, 72, 77, incisos 1° y 3° del artículo 78, artículo 88, inciso 3° del artículo 102, artículos 107, 108, 109, 114, inciso 2° del artículo 119, artículos 121, 122, 124, 125, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 135, 136 a 141, 146, 148, 164, 172, 174, 175, 208, 209, y el título XIII de la Constitución, y las demás disposiciones

constitucionales y legales contrarias a las reformas del presente Acto legislativo.

Quedan igualmente derogados todos los Actos legislativos adicionales o reformatorios de la Constitución expedidos por la Asamblea Nacional Constituyente y legislativa en los años de 1905, 1907, 1908 y 1909, con excepción del número 1º de 1908.

El proyecto presentado a la Asamblea Nacional por el Diputado Nicolás Esguerra y que, modificado, fue luego el Acto legislativo número 3, traía este artículo:

Artículo 40. Decláranse derogadas las siguientes disposiciones constitucionales: Artículos 3º, 5º, 6º, 29, 30, 32, 68, 72, 74, 77, 93, 95, ordinal 2º del artículo 98, 99, 101, 107, 108, 109, 114, ordinales 1º y 2º del artículo 119, 121, 122, 124, 125, 127, 128, 129, 130, 131, 136 a 141, 146, 147, 149, 172 a 178, 182, 184 y 209 de la Constitución.

Deróganse todos los Actos legislativos reformatorios de la Constitución, anteriores al presente.

Quedan reformadas las siguientes disposiciones constitucionales: Artículo 4º, ordinales 4º y 5º del artículo 102, ordinal 2º del artículo 118, ordinales 3º y 6º del artículo 119, ordinales 5º, 9º, 10, 12 y 13 del artículo 120, 115 y 164 de la Constitución.

Y el proyecto elaborado por el Diputado Pedro María Carreño, decía:

Artículo. Quedan derogados los artículos 5º, 6º, 21, 26, 29, 32, 68, 72, 77, incisos 1º y 2º del artículo 78, artículo 88, inciso 3º del artículo 102, artículos 107, 108, 109, inciso 2º del artículo 119, artículos 121, 122, 124, 125, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 135, 136 a 141, 146, 148, 164 y el título XII de la Constitución y las demás disposiciones constitucionales y legales contrarias a las reformas del presente Acto legislativo.

En el informe de la comisión de abogados auxiliares, suscrito por los doctores José María González Valencia, Luis Rubio Sáiz y Eduardo Rodríguez Piñeres, que sirve de introducción a la edición oficial de la Constitución, se lee:

Juzgamos conveniente indicar que en nuestro concepto están tácitamente derogadas las siguientes disposiciones de la Constitución: los artículos 3º, 5º, 6º, 29, 30, 32, 68, 72, 74, 102, 107, 108, 109, 113, 121, 122, 127, 146, 148, 172 y 209, las atribuciones 2ª y 4ª del artículo 98; los ordinales 1º y 2º del artículo 119; los ordinales 5º y 10 del artículo 120, y el ordinal 4º del artículo 151.

Es sensible que en el Acto legislativo número 3 de 1910 no se hiciera, de acuerdo con la práctica tradicional, declaración expresa respecto de las disposiciones que, en fuerza de la última reforma constitucional, quedaron insubsistentes. Omisión es ésta que, en nuestro sentir, debe subsanarse por medio de un Acto legislativo aclaratorio.

Artículo G). El presente Acto legislativo regirá desde su sanción para los altos poderes nacionales, y para la Nación después de treinta días de publicado en el "Diario Oficial".

El Acto legislativo número 3 fue sancionado por el Poder Ejecutivo el 31 de octubre de 1910, y publicado ese mismo día en el *Diario Oficial* números 14.131 y 14.132.

ACTO LEGISLATIVO N.º 1.º DE 1936

Artículo 34. Quedan expresamente derogados los artículos 4.º (en sus tres últimos incisos), 8.º, 9.º, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 31, 32, 36, 38, 39, 40, 41, 43, 49, 50, 53, 55, 56, 57, 58 (inciso 2.º), 59, 60, 64, 91, 111, 135 y 172 de la Constitución Nacional; 1.º, 2.º, 5.º, 8.º, 23, 43 y 44 del Acto legislativo número 3 de 1910 y el Acto legislativo número 1.º de 1932; y modificados los artículos 37, 47 (incisos 1.º y 3.º), 88 y 90 (en lo relativo al 88) de la Constitución, 21 del Acto legislativo número 3 de 1910 y 4.º del Acto legislativo número 1.º de 1930.

Artículo 35 (Transitorio). Autorízase al Gobierno para que, previo dictamen del Consejo de Estado, haga la Codificación de las disposiciones constitucionales vigentes. La nueva numeración comenzará por la unidad y los títulos se ordenarán sujetándose a la distribución de materias.

Como muy bien lo anota el doctor Gnecco Mozo, este sistema de compilar es lo más anticientífico posible: "Cambiarle los números a las disposiciones de manera que hoy queda con el bautismo del número 3 la que antes era 9ª o 10ª, trae una enorme confusión cuando se trata de hacer consultas retrospectivas; hace que se pierdan la historia y la tradición de las disposiciones y resulta a la postre mucho más contraproducente que las compilaciones ordenadas en que aparece cada disposición con su fecha, y el cuerpo de ley a que corresponda, colocada en el sitio en donde para el buen manejo de los códigos debe ser intercalada. Esta disposición es, pues, inconveniente en orden a la consulta e historia de los textos constitucionales que por otra parte, generalmente no la hace el pueblo ignorante, sino abogados, o por lo menos gentes más o menos letradas, que no necesitan un simple cambio de numeración. Mas como el constituyente así lo quiso, en esa forma hubo de realizarse. El Ministro de Gobierno encomendó la tarea a las dependencias de su Despacho, que realizaron el trabajo y luego se pasó en prueba de imprenta al Consejo de Estado. Este parece que no hizo un estudio detenido de la compilación, sino que se limitó a enviar las tiras de imprenta con algunas correcciones. No parece que hubiera habido el *previo dictamen* del Consejo, que exigió el artículo transitorio".

Y agrega el mismo comentador:

Una compilación mal hecha nada altera ni nada modifica. Simplemente puede inducir a error a los menos avisados. Y sirve de demostración de lo deficientes que son las compilaciones oficiales cuando no se encomiendan a verdaderos eruditos, responsables de su obra y temerosos del más leve error, por el respeto que deben a sus nombres ilustres.

Lo racional y lo científico habría sido conservar la misma numeración de la Constitución de 1886, en forma que la mayoría de las disposiciones de este estatuto que aún quedan vigentes, conservaran su número original, sustituyendo las disposiciones reformadas por las que han venido a reemplazarlas, con tanto mayor razón cuanto que la Constitución de 1886 tenía 210 artículos y la nueva compilación consta de 209. Más absurdo todavía es cambiar la numeración de los artículos que se citan en los textos de la Constitución, pues borran la historia de cada disposición e inducen a errores cuando se trata de estudiar las leyes y la jurisprudencia que hacen referencias a la antigua numeración.

La Constitución de 1886 y el Acto Legislativo número 3 de 1910 señalaron las fechas desde las cuales principiaban a regir. Como el Acto legislativo número 1º de 1936 no dijo nada al respecto, el Ministerio resolvió que la fecha de la vigencia era la de la promulgación, doctrina que acogieron tanto el Senado como la Cámara de Representantes.

NOCIONES GENERALES DE DERECHO CONSTITUCIONAL

(Lecciones preliminares dictadas en la clase de Derecho
Constitucional en el Externado)

I

CONCEPTO DEL DERECHO

Si para definir el *derecho* vamos a analizar la idea que de él tenemos, encontraremos que se compone de varios elementos. De un lado, el derecho se nos revela como una *exigencia*: es un poder de exigir algo o una facultad de obrar. Si yo digo: tengo derecho de que mi padre me suministre alimentos, significo que puedo exigirlos: aquí la idea de exigencia es clara; pero si yo digo: tengo derecho de cultivar mi predio, acá la idea de exigencia no es tan clara, aunque sin duda existe: significa que puedo exigir que nadie me perturbe en tal cultivo; hay la exigencia de no hacer nada contrario a la facultad que tengo.

Empero, de nada me serviría exigirle alimentos a mi padre si él no estuviera obligado a dármelos. El que tiene hambre no puede exigirle alimentos a cualquiera: es menester que la persona a quien exige alimentos sea su padre, o su hermano u otra persona vinculada a él por lazos de consanguinidad o de otra índole, para que esté obligada a dárselos. De todo lo cual deducimos que el derecho se resuelve, del otro lado, en una *obligación*; que el derecho y la obligación son *correlativos*, lo que quiere decir que en toda *relación* jurídica no hay obligación de una parte sin derecho de la otra, ni derecho de una parte sin obligación de otra; mejor dicho, para que haya un sujeto de derecho se necesita que haya otro sujeto de obligación.

¿Obligación de qué? Obligación de satisfacer tal o cual necesidad, prestando un servicio, que es en esto en lo que consiste la *prestación* de la obligación. Las obligaciones son de dar, hacer o no hacer alguna cosa. Ejemplos: Yo tengo obligación de pagar la suma que me han prestado: obligación de *dar*. Tengo obligación de terminar la casa que me comprometí a construir:

obligación de *hacer*. Tengo obligación de no privar de luz a la casa de mi vecino: obligación de *no hacer*.

Por último, observamos que el derecho se concreta en relaciones de medio a fin; porque el derecho no es un *fin* sino un *medio*. La prestación de la obligación es un medio que *sirve* para que un fin se cumpla o una necesidad se satisfaga. De ahí la significación de la palabra *servicio* en el sentido jurídico.

El derecho es exigible porque responde a una finalidad conforme con las condiciones generales de la vida: es una relación establecida entre esa finalidad y la actividad de los seres capaces de resolver los problemas de la vida con criterio ético, como dice don Adolfo Posada. O como dice Giner: El derecho se produce como una relación que se establece entre la actividad libre de los seres racionales y los fines buenos de la vida.

Tenemos derecho de hacer todo lo que es bueno, y entendemos por *bueno* todo lo que responde a una finalidad racional de la vida; este ideal de vida es lo que entendemos por *norma ética*.

Tiene, pues, el derecho, un fundamento *psíquico y ético*.

Siendo el ideal de vida lo que entendemos por norma ética, como aquel ideal cambia con el correr de los tiempos, este cambio explica las transformaciones que va sufriendo el derecho.

Por cuanto el derecho es orden establecido en la vida o en la actividad de los seres racionales, solamente los hombres son *sujetos* de derechos y de obligaciones, los animales no tienen derechos ni obligaciones: no tienen derechos por lo mismo que no pueden tener obligaciones correlativas, y no tienen obligaciones porque no se podría imponerles sanciones por lo mismo que no se ha demostrado que tengan una inteligencia capaz de formar juicio ni una voluntad que se determine por el raciocinio.

M. Duguit trata de buscar el fundamento del derecho en la *solidaridad o interdependencia social*. Partiendo del hecho incontestable de que el hombre vive en sociedad, ha vivido siempre en sociedad y no puede menos de vivir en sociedad con sus semejantes; que la sociedad humana es un hecho primario y natural y nó producto del querer humano, que la sociedad no subsiste más que en virtud de la solidaridad que une entre sí a los individuos que la componen, y que, por tanto, se impone una regla de conducta por la misma fuerza de las cosas, regla que puede formularse así: no hacer nada que atente contra la solidaridad social bajo cualquiera de sus formas, y hacer todo lo que sirva para realizar y para desarrollar la solidaridad me-

cánica y orgánica, concluye que la solidaridad o interdependencia social es el fundamento del derecho.

Posada replica que con esto no desaparece el supuesto de la *exigencia ética*; que la solidaridad social no es una simple imposición de fuerza sino expresión de la coincidencia íntima de las reacciones psíquicas individuales en la elaboración de una vida y de un ideal comunes; que el hecho de la solidaridad, tan natural como la gravitación, determina las normas o regla de conducta, pero que no es menos natural la reacción *psíquica*, en virtud de la cual se da fuerza *moral* a dichas normas.

El mismo Duguit, que quiere hallar el fundamento del derecho únicamente en la solidaridad social, admite, no obstante, en diversos pasajes de sus obras, que “el derecho es una creación de la conciencia humana”, “que es ante todo una creación psicológica” y que “mírese como se quiera el derecho es una creación de la conciencia individual”.

Y es que la solidaridad social, en que los partidarios de la escuela realista jurídica, como Duguit, pretenden basar exclusivamente el fundamento del derecho, no tiene, ella misma, otro fundamento que el ético y psíquico que nosotros le damos al derecho. En efecto, las obligaciones sociales, en que Duguit basa todo el derecho, sólo para seres dotados de razón y de voluntad pueden existir, y esas obligaciones tienen una norma ética.

Materia propia del curso de Filosofía del Derecho es definir, técnicamente, lo que se entiende por *derecho*. Al propósito de esta obra bastará decir que con este mismo vocablo se designan dos cosas que, si bien diferentes, están indisolublemente ligadas: el *derecho objetivo* y el *derecho subjetivo*.

Aquí sólo necesitamos hacer constar que el *derecho objetivo* o sea la *regla de derecho*, es la norma de conducta que se impone a los individuos que viven en sociedad, y que el *derecho subjetivo* es la facultad que tiene el individuo de obrar conforme a esa norma de conducta social (1).

Bonniecse da una regla práctica para distinguir uno y otro derecho. Según él, el *derecho* (en singular) es el objetivo; los *derechos* (en plural) son los subjetivos.

Aunque la clasificación del derecho en objetivo y subjetivo fue primeramente empleada por los jurisconsultos alemanes, desde los tiempos del Derecho Romano se llamaba *Derecho Civil* al conjunto de reglas de derecho relativas al estado de las

(1) En los Estados que tienen una legislación positiva o escrita, esa regla de derecho está consignada en la ley; en los que impera el derecho consuetudinario, en la *costumbre*.

personas, a los bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles, y asimismo hablamos de Derecho mercantil, Derecho penal, Derecho administrativo, Derecho procesal, etc., refiriéndonos a estas distintas ramas del derecho objetivo.

Con posterioridad a su última edición del *Manual de Derecho Constitucional*, M. Duguit en su obra titulada *Leçons de droit public général*, lecciones dictadas en 1926 en la Universidad Egipcia, rectificó sus puntos de vista y afirmó que era menester “rechazar la noción de derecho subjetivo, noción puramente metafísica, cuya realidad no se puede demostrar ni sus elementos determinar...”

“La situación del propietario, dijo entonces, es socialmente protegida; pero vosotros no podéis decir, no debéis decir que detrás de ella hay un derecho subjetivo”.

El fundar el derecho únicamente en la solidaridad social llevó al ilustre profesor de Burdeos a estos extremos, como lógico desarrollo de sus doctrinas, pues encontrando que la regla de derecho era impotente para crear derechos subjetivos, concluyó que no había sino situaciones jurídicas, objetivas o subjetivas, que son socialmente protegidas.

La verdad es que el derecho subjetivo existe y que es anterior y superior al Estado.

Pregunta el Profesor Posada: “¿Crea el Estado el derecho? ¿Es éste anterior al Estado o surge por obra de las necesidades jurídicas? Lógicamente el Estado parece anterior al derecho, o por lo menos coetáneo. ¿Cómo hablar de derecho sin sér que lo viva? El derecho por sí no existe, no es un sér: es obra de seres que lo realizan al vivir y lo realizan en el Estado”.

El derecho es superior al Estado, puesto que las normas éticas en que se funda son superiores al Estado. Posada dice muy bien que no podría explicarse la sumisión del Estado, poder de dominación, a su *propia fuerza*, si ésta expresara la energía material para imponerse; pero que la idea de la sumisión del Estado a una norma ética, obra de una reacción psíquica en el mismo Estado, es idea que la razón comprende y explica.

La fuerza no es el derecho ni la fuerza constituye el derecho, pues concebido éste como un orden de relaciones éticas, la idea de la fuerza material o de la coacción no es esencial en el derecho. Como dice Jellinek, esta coacción no es “una nota esencial al concepto del derecho, sino la garantía de él, de la cual garantía no es sino una forma subordinada”.

La observación diaria nos demuestra que la mayor parte de las obligaciones se cumplen y de los derechos se realizan sin que sea menester la intervención de la coacción material. Son

pocas relativamente las personas a quienes hay necesidad de llevar ante los jueces para que cumplan sus obligaciones civiles, y pocas también las que dejan de cometer delitos por sólo el temor al castigo. La acción de la coacción es más aplicable cuanto más bajo es el nivel moral del sujeto y del medio en que el derecho ha de cumplirse, en forma que en un pueblo que hubiera alcanzado el más alto nivel moral, no habría necesidad de la coacción material para garantizar la efectividad del derecho, porque bastaría la fuerza ética para su cumplimiento.

El derecho tiene, sí, una fuerza. La fuerza del derecho, dice Posada, la constituyen: 1º La atracción del fin —atracción ética sobre la voluntad— generadora de la noción del *deber*: así el padre se siente forzado éticamente a alimentar a sus hijos, el deudor a pagar sus deudas; 2º La voluntad decidida de actuar o moverse en el sentido de la atracción del fin, y así, el padre alimenta a sus hijos, el deudor paga sus deudas. En la coincidencia de estos dos elementos radica la fuerza del derecho, que no es tanto fuerza material como ética.

¿Se funda el derecho objetivo sobre el subjetivo, o por el contrario, el derecho subjetivo sobre el objetivo? Esta pregunta nos pone en frente de las dos escuelas que se han disputado el campo del derecho público: la individualista y la socialista, que Duguit llama del derecho social o solidarista, para que no se la confunda con la escuela política que pretende acabar con el derecho de propiedad.

Enseña la doctrina individualista que el hombre al venir al mundo posee ciertos derechos subjetivos, que son los *derechos individuales naturales*; que el hombre nace libre, esto es, con el derecho de desarrollar libremente su actividad física, intelectual y moral y que todos los hombres tienen naturalmente la obligación de respetar el desenvolvimiento físico, intelectual y moral de cada uno de ellos, y de esta obligación se deriva el fundamento mismo del derecho, la regla social, la cual de una parte impone el respeto a los derechos individuales de cada uno, y de otra, impone a cada uno la limitación de sus derechos individuales para asegurar la protección de los derechos individuales de todos. Así, parte del derecho subjetivo para elevarse al objetivo. En una palabra, funda el derecho objetivo sobre el subjetivo.

Se critica la doctrina individualista diciendo que reposa sobre una hipótesis gratuita, como es la de que hombre en su estado natural (*à l'état de la nature*) se halla investido de ciertos derechos por el solo hecho de ser hombre, cuando la realidad es que el hombre aislado, nacido en condiciones de absolu-

ta independencia respecto de los demás hombres, en una abstracción sin realidad alguna, porque el hombre nace ya miembro de una sociedad y sujeto por este solo hecho a las obligaciones que implica la vida en sociedad.

Las doctrinas socialistas afirman que el hombre es un sér naturalmente social, que nace en sociedad y no puede vivir sino en sociedad; y que por esto mismo, se halla sometido a una regla social, que le impone obligaciones respecto de los demás hombres; que sus derechos son derivados de sus obligaciones y que no son otra cosa que facultades o poderes para cumplir sus deberes sociales. Así, esta escuela deriva el derecho subjetivo del derecho objetivo.

Las doctrinas del derecho social se hallan en plena evolución y tratan de sustituir en dondequiera el concepto individualista.

Como se ve, la doctrina individualista hace derivar de la *naturaleza* los derechos individuales; la doctrina socialista, los hace derivar de la *solidaridad social*. La solidaridad social es ella misma obra de la naturaleza y no vemos por qué razón el derecho individual y el derecho social hayan de ser necesariamente opuestos. El mismo Duguit reconoce que el hombre tiene conciencia tanto de su individualidad como de su sociabilidad. Admitida la solidaridad social como exclusivo fundamento del derecho, puede llevarnos a desconocer los derechos individuales y a no aceptar sino situaciones jurídicas subjetivas socialmente protegidas, como terminó haciéndolo Duguit; pero buscando al derecho un fundamento psíquico y ético, en la finalidad racional de la vida, encontramos que el hombre tiene no sólo necesidades sociales sin individuales y ya sabemos que la satisfacción de esas necesidades es el fin del derecho.

“Llegamos al resultado de que ambas teorías (la de la individualidad y la de la sociabilidad) deben rechazarse; porque entrambas, aun implicando un elemento de verdad, mutilan con su exclusivismo la verdad. No queda, pues, más que una teoría, la cual, sobre las huellas de Romagnosi de Trendelenburg, completándola, atempera las dos exigencias individual y social. Pero no se trata de una teoría ecléctica, sino de una teoría comprensiva e integral, que refleja toda la realidad, recoge elementos inseparables y responde a las condiciones y a las leyes reguladoras de la vida social de un lado, y de otro, a las tendencias de la evolución progresiva. Justamente la teoría de la atemperación resulta de una doble demostración: de una demostración deductiva, deducida de las mismas condiciones y leyes propias de la organización social y de una confirmación inductiva, reco-

gidas de las tendencias de la civilización histórica", dice Icilio Vanni en su "Filosofía del Derecho".

II

CONCEPTO DEL ESTADO

Etimológicamente, *Estado* quiere decir *manera de ser o estar las cosas*. Refiriéndose al Estado político, se alude a la manera de ser o estar constituida una comunidad política. En el Estado hay algo que permanece a través de los diversos cambios. Pero antes de entrar a exponer la teoría del Estado, queremos referirnos a su origen.

¿Cuál es el origen del Estado? Esta cuestión puede considerarse desde el punto de vista *histórico* y desde el punto de vista *racional*, según que se trate de averiguar *cuándo* el Estado se ha producido o *porqué* se ha producido.

Históricamente no podemos decir cuándo el Estado haya aparecido, porque la historia termina donde terminan sus fuentes o sus huellas; pero sí podemos decir cuándo ha aparecido cada uno de los Estados de que nos habla la historia.

Puede asegurarse que desde que el hombre apareció sobre la tierra, apareció como miembro de un grupo social, horda o tribu o familia, que hacía entonces el papel del Estado —que era *un sucedáneo del Estado*, para valernos de una feliz expresión de Ihering —ya que el Estado *es una necesidad natural*.

Pero ¿por qué apareció el Estado? Tres soluciones se han ensayado a esta cuestión: la teológica, la contractual y la histórica; la primera enseña que el Estado es un fenómeno de origen sobrenatural; la segunda, que es obra de la voluntad del hombre y su origen está en el contrato social, y la tercera, que el Estado es un fenómeno histórico, que tiene su proceso real y positivo.

La doctrina teológica es inadmisible por ser extracientífica y porque la experiencia nos demuestra que todos los Estados de que tenemos noticia se han formado a virtud de sucesos históricos de un orden *enteramente natural*.

La doctrina del pacto social supone que el Estado es obra de la expresión de la voluntad de los hombres. Esta doctrina ensaya una explicación racional del origen y fundamento del Estado y de ahí la ineficacia de toda crítica que intente apreciarla como pura explicación histórica, como muy bien lo anota Posada. Rousseau, que fue quien sistematizó esta doctrina, jamás sostuvo que efectivamente los hombres se hubieran reunido en un determinado día y en un lugar dado, para celebrar el pacto

social; se trata de una teoría constructiva, que supone que el Estado descansa sobre un acuerdo de voluntades, acuerdo tácito para sustituir la voluntad del más fuerte, que se impondría en el *estado natural* del hombre, por la *voluntad general*, de la cual será expresión la ley; en otros términos: para sustituir al estado natural por el estado de sociedad.

A la doctrina contractual le objetamos que el Estado es un fenómeno natural y no obra de la voluntad de los hombres.

La doctrina histórica reposa sobre datos que encuentran su apoyo en la sociología y que pueden resumirse así: El hombre no es el único animal social, ya que también lo son las especies llamadas gregarias; las sociedades humanas han comenzado su evolución por el salvajismo y la barbarie, y las fundamentales analogías existentes entre el hombre primitivo y los salvajes actuales permiten reconstruir el estado del hombre primitivo.

Esta reconstrucción nos lleva a asegurar que el estado social primitivo del hombre fue cronológicamente: el de *horda*, en que los hombres vivían en común sin residencia fija, unidos por las necesidades de la defensa y de la subsistencia comunes; la *familia*, en que, atendiendo a necesidades de un orden superior, a la solidaridad nacida de la defensa y de la subsistencia se añaden los lazos de la sangre y de la religión; la *tribu* (fratria, clan, gens), compuesta de familias de común origen; la *ciudad*, agrupación de tribus o familias que poseen un origen, tradiciones y creencias comunes, y, finalmente, la *nación*, forma de las sociedades civilizadas, y que es una unidad moral, producto de la historia.

La horda se formó principalmente por la necesidad de defenderse contra los ataques de otras hordas, muchas de ellas antropófagas; de ahí que en la horda el servicio más apreciado fuera el de la guerra: el más esforzado luchador era por lo regular el jefe de la horda. Las hordas eran en sus orígenes nómades, porque no teniendo el hombre primitivo adecuados instrumentos de trabajo, vivía de la caza, de la pesca, y de los frutos naturales, y cuando éstos se agotaban tenía que emigrar a otros lugares que proveyeran a su subsistencia, desalojando de ellos a otras hordas. Otro lazo que unía entre sí a los miembros de la horda, era el religioso consistente en el culto del *Totem*, que era "cierta clase de objetos materiales que el salvaje mira con supersticioso respeto, creyendo que existe entre él y todo ejemplar de dicha clase de objetos una relación íntima y a la vez social", como dice Frazer.

Dentro de la horda adquirió cuerpo la familia. La consan-

guinidad y la preocupación de la común descendencia impusieron naturalmente la superioridad de los progenitores: el padre de familia fue el jefe político, militar y religioso del *estado doméstico*. Aún más: la religión no fue ya otra cosa que el culto de los muertos; el jefe del hogar era el jefe de la religión, convertida en ritos a la memoria de los antepasados, como lo ha demostrado Fustel de Coulanges en su famosa obra *La ciudad antigua*.

Las distintas familias de común origen formaron las tribus, como nos dice la historia; y las tribus reunidas formaron la ciudad. Teseo reunió las tribus del Atica para formar a Atenas, y Rómulo las de Alva, Etruria, etc., para fundar a Roma.

Durante muchos siglos la ciudad fue el Estado. Por eso a la *ciencia del Estado* la llamamos *política*, que significa ciencia de la ciudad, de *polis*, que en griego quiere decir *ciudad*. Los más célebres Estados de la antigüedad, Atenas, Esparta, Cartago, Roma, no fueron sino meras ciudades.

Comunes necesidades de orden jurídico y económico, aspiraciones idénticas, razones políticas, tradiciones, lengua, raza, y religión comunes, formaron la nación como agregado de distintas ciudades.

Puede, pues, concluirse diciendo que la consanguinidad y la convivencia en un lugar produjeron las primitivas sociedades políticas y que éstas obedecieron en su formación a las condiciones mismas del hombre, que no puede vivir y desarrollarse física, intelectual y moralmente sino en la vida de comunidad, impuesta por la *afinidad* o *similitud* de necesidades y por la *división del trabajo*, resultado de la diferencia de aptitudes.

El somero estudio que acabamos de hacer sobre el origen del Estado, nos demuestra que en su formación no entró el elemento de la fuerza, en la cual algunos pretenden fundar el Estado. El Estado, dicen, es la fuerza. En este camino Duguit fue hasta decir que "el gendarme es el símbolo del Estado, porque es el símbolo de la fuerza pública y que sin ella no hay Estado", y José de Maistre fue más allá, pues dijo que "el verdugo era el símbolo del poder gubernamental".

Es *esencial* en el Estado el poder, pero concebido como una fuerza *nó material* sino *ética*.

Cierto es que el Estado, como todo grupo social, lucha por conservarse, pero no menos cierto es que su poder, más que de *dominación*, lo es de *dirección*, y que el Estado aun considerándolo como instrumento de dominación *no domina por dominar*, sino que responde a justificaciones superiores, como dice Po-

sada, quien agrega que sólo el realismo empírico no ve en el Estado sino hombres dominados por otros hombres.

El Estado no es la fuerza sino un poder que realiza el derecho; el poder o fuerza del Estado al servicio de fines éticos, genera el orden jurídico.

Es, pues, el fin del Estado *realizar el derecho*.

No hay que confundir los conceptos de *sociedad* y de *estado*. La sociedad es la agrupación humana; el Estado es *la sociedad en la función jurídica*. La sociedad se engendra por las necesidades de la vida; el Estado, engendrado por las necesidades del derecho.

El fin jurídico del Estado no significa que no pueda intervenir para que los fines racionales de la vida se cumplan cuandoquiera que la injusticia reina en cualquier orden de las relaciones humanas; antes bien, esa es una obligación que le corresponde por la naturaleza misma de su misión jurídica, y así se explica por qué el Estado tiende hoy a convertirse de *órgano del derecho* en *órgano de la economía*, bajo la influencia de las necesidades de orden económico que imponen la complejidad de la vida moderna y la creciente intensidad de la lucha por la vida.

M. Duguit acomoda la construcción jurídica del Estado sobre seis elementos: 1º Una colectividad social (la nación); 2º Una diferenciación entre gobernantes y gobernados (el gobierno); 3º La obligación impuesta a los gobernantes de realizar el derecho (el fin del Estado); 4º La obediencia debida a la regla de derecho (a la ley); 5º El empleo de la fuerza para sancionar todos los actos conformes al derecho, y 6º Los servicios públicos, considerados como necesarios para la realización del fin del Estado.

Los dos primeros de estos elementos —la nación y el gobierno— constituyen el Estado; el tercero es el fin del Estado, y los otros tres no son sino medios para realizar este fin.

Analicemos estos elementos esenciales del Estado.

¿Qué es la nación? Principiemos por distinguir lo que es *pueblo*, lo que es *nación* y lo que es *Estado*. *Pueblo* es una agrupación humana unida por lazos morales: en este sentido decimos el *pueblo judío*, aunque él no esté vinculado a determinado territorio, ya se halle en Egipto, peregrinando en el Desierto o en la tierra de Canaán. La *nación* es un pueblo radicado en determinado territorio: verbigracia, la nación francesa, la nación española, etc. El Estado es la nación en la función jurídica. Casos hay y son los más comunes, en que el pueblo, la nación y el Estado se identifiquen, como pasa en Colombia.

Puede haber y ha habido casos en que una nación no sea un Estado, por ejemplo, la nación polaca mientras estuvo esclavizada por Rusia, la nación irlandesa, sometida a la Gran Bretaña; las naciones eslavas, la nación árabe y la nación egipcia mientras permanecieron bajo el yugo del imperio otomano.

Puede haberlos también en que un Estado se componga de varias naciones, como sucedía en el caso del imperio otomano de que acabamos de hablar, o como sucedía con el extinguido imperio austro-húngaro, compuesto de las naciones austriaca, húngara, checoslovaca, etc.

La nación es una unidad moral, como dijo Renán, sin que fuera de los vínculos de orden moral de que atrás hablamos, pueda decirse que hay elementos materiales esenciales, porque vemos que no son esenciales la unidad geográfica (verbigracia, Francia y la isla de Córcega), ni la unidad de raza, porque Suiza se compone de Cantones alemanes, franceses e italianos; ni la unidad religiosa, porque Alemania está compuesta de Estados católicos y protestantes, y Rusia de provincias cristianas ortodoxas y mahometanas.

No es de la esencia del Estado la fijeza en determinado territorio, ya vimos el caso del pueblo de Israel cambiando de territorio; pero hoy todas las naciones están fijadas en un territorio, que es lo que llamamos el *país*. El país —dice Bluntschli— es una fracción de la superficie del globo, ocupada por una nación y dominada por el Estado.

Cuando a la nación (compuesta de una población y de un territorio) le agregamos otro elemento: el *gobierno*, tenemos el *Estado*.

En el lenguaje vulgar solemos designar el Estado por el nombre de cualquiera de sus elementos componentes, y así decimos: Esto es de la nación, es del país, es del gobierno, por decir: Es del Estado.

El territorio señala el límite dentro del cual puede el Estado ejercer su dominación o jurisdicción y dentro del cual debe realizar el derecho.

III

CONCEPTO DEL GOBIERNO

Ya vimos que el Gobierno es uno de los elementos constitutivos del Estado. M. Duguit llama *Estado* al poder político o poder del Estado, ejercido por los gobernantes. Esta confusión es inconveniente, porque conduciría al cesarismo: no otra cosa

pensaba Luis XIV cuando decía: *L'Etat c'est moi* (el Estado soy yo).

El fundamento y límite a la vez del poder gubernamental es el servicio público, entendiendo por tal aquellas actividades indispensables para que el Estado cumpla su fin, que es realizar el derecho.

Pero ¿quiénes son los llamados a dirigir o gestionar el servicio público?

Para M. Duguit estos gestores son los gobernantes, entendiendo por tales los individuos que por el hecho de ser los más fuertes imponen su voluntad a los gobernados, que son los más débiles. Esta fuerza puede ser material, moral, intelectual, económica, numérica, etc.

Para Duguit esta imposición de la voluntad individual (él no admite que pueda existir una voluntad colectiva) de los gobernantes sobre los gobernados, no es legítima sino en cuanto sea conforme al derecho, es decir, en cuanto se ejerza para el cumplimiento del fin del Estado — realizar el derecho.

Duguit enseña que el poder político es siempre un *hecho*, porque dice que jamás se podrá demostrar que un hombre pueda poseer legítimamente, en virtud de una cualidad que le es propia y consustancial, el poder de imponer por la fuerza su voluntad a otro hombre. Y así planteado el origen del poder político, es claro que su legitimidad jamás podría demostrarse; pero es porque Duguit incurre en el error de afirmar que es la fuerza la que diferenciando a los individuos entre gobernantes y gobernados, constituye la razón de ser del poder político.

El gobierno ofrece, sin duda, dice Posada, hombres que mandan porque *pueden* mandar a otros que obedecen, porque *no pueden* mandar; pero este *derecho de mandar* y este *deber de obedecer* no son originados por la fuerza.

¿Cuál es el origen del poder político? Dos escuelas tratan de explicarlo: la *teocrática* y la *democrática*.

Enseña la primera que el poder político viene de Dios, y la segunda que del pueblo. La doctrina teocrática se subdivide en dos: Doctrina del *derecho divino sobrenatural* y doctrina del *derecho divino providencial*. La sobrenatural sostiene que no sólo el poder viene de Dios sino que Dios ha designado la persona que debe ejercerlo; fue la doctrina que sostuvieron los reyes de Francia, España, Rusia, etc., cuando se titulaban *Rex dei Gratia*. La providencial enseña que el poder viene de Dios, pero que bajo su invisible dirección los hombres designan los gobernantes: fue la teoría que preconizaron José de Maistre en su obra *Les soirées de Saint-Petersbourg*, y Luis de Bonald en

La législation primitive. Esta doctrina es la de San Pablo y Santo Tomás de Aquino: *Omnis potestas a Deo per populum*. Todo poder viene de Dios por el intermedio del pueblo.

Las doctrinas del origen sobrenatural son inadmisibles por ser extracientíficas, ya que no se ha probado que fuerzas sobrenaturales intervengan en la designación de los poderes públicos.

Las doctrinas democráticas buscan el origen del poder político en la voluntad general de la colectividad.

Duguit intenta combatirlas diciendo que conducen a la omnipotencia del poder público y a la subordinación completa del individuo al Estado. Sin embargo, sabemos que esas doctrinas fundaron la libertad y garantizaron el derecho individual contra el anterior absolutismo del Estado. Para J. Barthélemy el principio democrático es el más justo, más racional, más sabio, más humano, y la democracia el único gobierno posible en un pueblo que ha alcanzado cierto grado de educación cívica, puesto que funda el gobierno sobre el consentimiento del pueblo.

La eficacia de las determinaciones del poder político depende de la *autoridad*, esto es, del respeto y crédito que inspire el poder del Estado; de ahí la denominación de *autoridad política* que suele darse al gobierno.

La tendencia del Derecho Constitucional es hacia lo que M. Mirkine Guetzévitch, Profesor de Derecho público de la Universidad de París, llama la *racionalización del poder*, o sea que éste esté penetrado por el derecho.

En este sentido, los gobernantes no lo son por ser los más fuertes, sino por ser designados conforme al derecho de cada Estado para dirigir o gestinar los negocios de la colectividad, y como cada día el Estado moderno tiende a convertirse en *cooperación de servicios públicos*, en la prestación de éstos no entra para nada la idea de la fuerza.

La soberanía sintetiza los poderes del Estado. ¿Qué es la soberanía?

Giner dice que *soberanía* es el poder supremo del Estado para hacer que el derecho reine en la sociedad, es decir, para realizar el derecho. Esto quiere decir que sólo el Estado puede ser soberano, puesto que es el que tiene el poder de realizar el derecho y, por lo mismo, ni la nación ni el pueblo son soberanos, por lo mismo que su misión no es realizar el derecho.

Duguit niega el concepto de la soberanía, entendiendo por tal un poder absoluto e incondicionado del Estado para hacer todo cuanto ilimitadamente quiera la voluntad popular o na-

cional. En este sentido, es claro que la soberanía es inadmisibles; pero en el sentido que le da Giner, ella no es sino el derecho correlativo de la obligación impuesta a los gobernantes de realizar el derecho, obligación que Duguit enumera entre los elementos constitutivos del Estado.

La soberanía no es un concepto necesario para la construcción jurídica del Estado y puesto que no se está de acuerdo en lo que por tal debe entenderse ni en sus características esenciales, lo mejor es prescindir de tal conceptismo.

La soberanía en el concepto francés, o sea de poder absoluto e incondicionado, fue principio formulado por Juan Bodin, quien tomó como base para desarrollarlo lo que acerca del poder político había expuesto Aristóteles en su obra "La Política".

En este sentido, bajo el antiguo régimen, la soberanía residía en el Rey: él era el soberano por antonomasia. La revolución francesa arrebató la soberanía al Rey; pero, conservando el principio, la traspasó al pueblo, a la nación, entendida como la universalidad de los ciudadanos: en adelante la soberanía residiría en el pueblo y por eso se habló del *pueblo soberano*, que era como decir el *pueblo rey*.

Pero la soberanía en este sentido es inadmisibles, porque el Estado no tiene un poder absoluto, ilimitado o incondicionado para hacer cuanto quiera. Por el contrario, él está limitado por el derecho, es, según una expresión alemana, *un estado de derecho*, y como tal está obligado a hacer ciertas leyes y a no hacer ciertas otras.

Expedida la ley, ella obliga tanto a los gobernantes como a los gobernados, y en esto consiste el régimen de la *legalidad*. Allí en donde la ley obliga a los gobernados y no a los gobernantes, no se vive en un estado de derecho, no se vive en un régimen de legalidad, sino de *arbitrariedad*.

La limitación jurídica del Estado, o sea, la obligación para él de dictar ciertas leyes y de no hacer otras, se explica dentro de nuestra teoría diciendo que como el derecho se funda en normas éticas, que son superiores y anteriores al Estado, ellas obligan tanto al Estado, como a sus nacionales, tanto a los gobernantes como a los gobernados.

Los individualistas explican esta limitación diciendo que como los derechos individuales naturales son anteriores al Estado, éste no puede desconocerlos, porque el fin mismo del Estado es la protección de tales derechos.

Los partidarios de la doctrina solidarista explican tal limitación diciendo que la solidaridad social obliga con tanto rigor a los gobernantes como a los gobernados, y que, por consiguiente

te, el Estado no puede violar derechos que emanan de las obligaciones impuestas a los individuos por solidaridad social.

Prácticamente en los países de régimen constitucional escrito, esa limitación es obra de las declaraciones de derechos contenidas en la parte dogmática de las Constituciones, según las cuales, el Estado no puede hacer ninguna ley que viole los derechos individuales garantizados por la Constitución.

En el sentido que le da Giner a la soberanía, ella reside y no puede residir más que en el Estado, el cual la ejerce por medio de órganos que varían según la forma de gobierno de cada Estado.

Así en los países de régimen autocrático, como Persia, la soberanía reside en el Estado persa, pero la ejerce el Shah o emperador; en los de régimen monárquico constitucional, la ejercen el monarca y el parlamento, a excepción de Inglaterra, en donde la ejerce la Cámara de los Comunes; en los de régimen republicano, la ejercen los distintos órganos del poder público, los cuales ejercen limitadamente sus atribuciones, cada uno dentro de la órbita que la Constitución le señala, y en este sentido no puede decirse que ninguno de tales poderes, ni el legislativo, ni el ejecutivo, ni el judicial sean soberanos. Esto es lo que pasa en Colombia y por eso es tan craso error hablar de que el Congreso es el cuerpo soberano de la Nación.

Hay que advertir, por último, que en los Estados de régimen federal existen *soberanías concurrentes*: la nacional y las seccionales, para realizar el derecho en la esfera que a cada uno de los gobiernos federal y seccionales les señala la Constitución, tal es el caso de los Estados Unidos.

Se habla también de soberanía externa, y en este sentido el derecho internacional habla de los Estados soberanos y de los que no lo son; pero en este caso la palabra soberanía se toma como sinónima de independencia, para referirse a los Estados independientes.

IV

EL DERECHO PUBLICO

Derecho público interno es el conjunto de reglas jurídicas que se aplican al Estado, y según la doctrina de Duguit, a las relaciones de los gobernantes entre sí y con los particulares. Es, en otros términos, el derecho objetivo del Estado.

Como todo derecho, el derecho público es creación de la con-

ciencia humana y se exterioriza por medio de la costumbre social.

Cuando cierta manera de proceder es seguida y conservada durante cierto tiempo, acomodándola a todas las ocasiones en que la misma situación se presenta, entonces se convierte en una regla, pero sin que pueda decirse por eso que la costumbre crea una regla de derecho, sino que la regla de derecho se exterioriza o manifiesta por la costumbre.

En los pueblos primitivos y entre los salvajes la costumbre es la única regla de derecho.

En las sociedades contemporáneas se ha llegado a un período de evolución en que el derecho no se expresa sino por la ley positiva emanada del Estado. En Colombia, por ejemplo, sólo el Código de Comercio se refiere a la costumbre, a falta de ley escrita.

Duguit dice que hoy el derecho público como el privado halla su expresión primordial y completa en la ley positiva escrita y que el derecho objetivo es hoy, sobre todo, la ley escrita.

Hay que anotar que esto es cierto tratándose del derecho público *interno*, pero nó del derecho público *externo*, o derecho internacional, en el cual no se ha entrado aun a un período de derecho legislado, sino que se regula por las convenciones y usos internacionales.

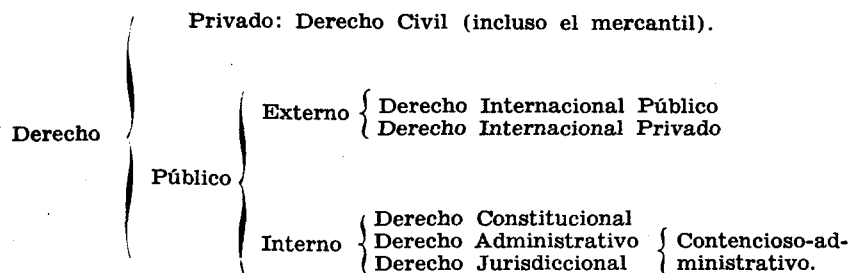
Hay casos en que la costumbre y la ley andan paralelas; pero hay otros en que las costumbres se adelantan a las leyes y otros en que las leyes se adelantan a las costumbres. Por lo general, la costumbre se hace ley, y la ley se hace costumbre.

El derecho público interno recibe su expresión mediante dos categorías de leyes: las leyes constitucionales y las leyes ordinarias. Las primeras las denomina Hauriou *superleyes*, denominación que tiende a generalizarse. Nuestro Derecho Constitucional las denomina por antonomasia *Actos legislativos*.

La distinción entre leyes constitucionales y ordinarias depende de que las primeras requieren formalidades especiales para su expedición y derogación o de que es distinto el órgano que las hace.

Esta distinción rige en todos los Estados que tienen Constituciones rígidas, y nó en Inglaterra, cuya Constitución flexible no distingue entre leyes constitucionales y ordinarias.

CUADRO SINOPTICO DE LAS DIVISIONES DEL DERECHO



V

CONCEPTO DE LA CONSTITUCION

La palabra *Constitución* en su acepción más amplia designa el conjunto de condiciones y de leyes que originan el orden y regulan la acción y la vida de un organismo. En este sentido, todos los seres organizados tienen una constitución, y así puede muy bien hablarse de la constitución de las plantas y de los animales.

En una acepción restringida, entendemos por Constitución política la ley fundamental de un Estado, que determina la forma de su gobierno y los derechos y deberes del mismo con respecto de sus ciudadanos y de éstos con respecto del gobierno.

En su sentido amplio, no hay Estado que no tenga constitución; pero en su sentido restringido sólo la tienen aquellos Estados jurídicamente constituidos, que tienen una ley política fundamental que es como expresión jurídica del régimen del Estado con respecto a la organización de los poderes públicos y a la limitación de la acción de esos poderes en sus relaciones con la personalidad humana.

Las Constituciones escritas tienen una parte dogmática y otra orgánica. Se llama *dogmática* la parte que contiene las garantías de los derechos de la personalidad y que entraña un sistema de limitaciones a la acción del poder público. En nuestra Constitución esta parte está representada por el título tercero que trata de los derechos civiles y garantías sociales. *Orgánica* la que trata de la organización y funcionamiento del Estado, y de sus gobernantes.

Todos los Estados modernos son constitucionales en el sentido restringido del vocablo, si bien no todos tienen una Cons-

JAI ME TOSON VILLEGAS
DONACION

titución predominantemente *escrita*: Inglaterra tiene una Constitución predominantemente *consuetudinaria*.

En las realidades constitucionales, la Constitución se concibe como un régimen de garantías jurídicas o de exigencias que se estiman esenciales para la realización de una vida digna del hombre —de la personalidad humana— y como fórmula viva del Estado sometido al derecho (que es lo que llamamos *Estados de derecho*).

Es bien curioso que habiendo sido Inglaterra el país en donde tuvo su génesis el concepto moderno de la Constitución política, sea el único Estado contemporáneo que no tenga una Constitución predominantemente escrita, y que habiendo sido Francia el país que extendió por Europa la idea del derecho constitucional *codificado*, sea el único Estado que no tenga una Constitución codificada.

Los Estados Unidos fueron los primeros que tuvieron una Constitución escrita y codificada. Siendo los más influyentes colonos que pasaron de Inglaterra a América, puritanos, esto es, del partido que aplicaba en la vida de la Iglesia las ideas democráticas, trataron de trasladar esas ideas a la vida política, y como sus congregaciones se fundaban sobre pactos que llamaban *Convenant*, fueron llevados a señalar en pactos solemnes y expresos los límites de la autoridad y las garantías de los derechos del pueblo; de allí nació la idea de la Constitución codificada y escrita.

Por otra parte, las ideas de Rousseau sobre el *Contrato Social*, que dominaban los espíritus, llevaron lógicamente a pensar que la nueva sociedad que se formaba, debía celebrar su pacto social, que fue lo que originó la constitución de las distintas colonias de Norte América, y luégo de los Estados Unidos.

La libertad americana entusiasmaba a Francia, que había ayudado a los Estados Unidos en su lucha por emanciparse de Inglaterra. Los que como Lafayette habían luchado por la independencia americana, llevaron a Francia el influjo que habían recibido de las ideas de libertad.

Tales ideas cayeron en suelo preparado para recibirlas, por las doctrinas de Rousseau y de Montesquieu, principalmente; de modo que Francia no sólo se dio una Constitución escrita, sino que la Revolución impuso el régimen constitucional a todos los Estados que sojuzgaron los ejércitos franceses.

Influídos por el ejemplo de los Estados Unidos y por las doctrinas de la revolución francesa, los Estados hispanoamericanos al proclamar su independencia procedieron a darse Constituciones escritas, y así vemos que el Colegio Constituyente de

Cundinamarca, en 1811, expidió una Constitución cuya parte dogmática fue tomada de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada por la Asamblea Nacional de Francia en 1789.

Según Bryce, las Constituciones deben comprender: 1º La demarcación del territorio; 2º Los derechos de la personalidad; 3º La organización de los poderes; 4º El procedimiento para la reforma constitucional, y 5º Disposiciones fundamentales acerca de determinados intereses económicos o sociales.

Según Esmein, el derecho constitucional determina: 1º La forma del Estado; 2º La forma y órganos del Gobierno, y 3º Los límites de los derechos del Estado.

Este es efectivamente, el contenido de las Constituciones escritas. Desde el punto de vista *formal*, el derecho constitucional de cada Estado se halla contenido en leyes, codificadas o no, o en costumbres; pero desde el punto de vista *material* la ciencia del derecho constitucional tiene por objeto el estudio del derecho del Estado, dice Orlando.

La costumbre, históricamente, precedió a la ley, porque en la infancia de la humanidad no existía legislación positiva: un pueblo puede vivir sin leyes, pero no sin algún grado de hábitos o costumbres.

El derecho constitucional es o predominantemente consuetudinario (como en Inglaterra) o predominantemente legislado (como en Colombia). A su vez, el legislado puede estar codificado, como sucede en los Estados Unidos, Colombia, etc., o no estar codificado sino contenido en leyes constitucionales diversas, como es el caso de Francia.

Las Constituciones se dividen en flexibles o rígidas según que puedan ser reformadas o no por leyes ordinarias. La inglesa es el tipo de las Constituciones flexibles, porque allí todas las materias constitucionales pueden ser reguladas y modificadas por leyes ordinarias, y las Constituciones de los Estados Unidos, Colombia, etc., son tipos rígidos, porque todas las materias constitucionales están aquí contenidas en leyes llamadas constitucionales que no pueden ser reformadas por leyes ordinarias.

Llamamos leyes constitucionales las expedidas por el poder constituyente, y leyes ordinarias las expedidas por los poderes constituídos, o sea el poder legislativo.

La rigidez de las Constituciones tiene por objeto garantizar el derecho contra la arbitrariedad de los poderes públicos, principalmente del poder legislativo, pues si el poder ejecutivo se limita por la ley, hay necesidad de una superley que limite al legislativo para hacer efectivo el estado de derecho.

INDICES

INDICE DE MATERIAS

(Los números se refieren a las páginas)

- Acuerdos municipales, 354, 355.
- Acumulación de funciones y sueldos, 144.
- Acuerdos intendenciales, 340.
- Administración departamental y municipal, 334.
- Administración intendencial, 337, 339.
- Administración de justicia, 285.
- Agentes, 236, 350.
- Agentes diplomáticos, 241.
- Alcaldes, 356.
- Amnistía, 154.
- Asambleas departamentales, 338, 340, 341, 347.
- Asistencia pública, 112.
- Asociación, 118.
- Autonomía municipal, 356.
- Autorizaciones especiales, 160.

- Bicamarismo, 139.
- Bienes de uso público, 31.
- Bienes y rentas de los departamentos y municipios, 335, 337, 361.
- Bill of rights, 67.

- Cámara de los Lores, 189.
- Cámara de Representantes, 201.
- Carrera administrativa, 237.
- Cartas de naturaleza, 43.
- Ciudadanía, 59, 63.
- Comercio de armas, 123.
- Comisarías, 32, 36, 339.
- Comisiones legislativas, 150.
- Concejos municipales, 353, 354.
- Concordatos, 130.

- Confiscación, 96.
- Congreso nacional, 147.
- Congreso pleno, 153.
- Consejos intendenciales, 339.
- Consejo de Estado, 267.
- Consejo de ministros, 263.
- Constituciones dogmáticas y orgánicas, 65.
- Constituciones rígidas y flexibles,
- Contratos administrativos, 158.
- Contribuciones públicas, 94.
- Control jurisdiccional de las leyes, 149, 277.
- Convenios internacionales, 241.
- Correspondencia, 109.
- Corte Suprema de Justicia, 285, 291.
- Creación de municipios, 344.
- Credenciales, 209.
- Cuociente electoral, 324.

- Declaración de derechos, 65.
- Declaración de guerra, 200, 238.
- Decretos-leyes, 141, 247.
- Decretos legislativos, 247.
- Demanda de leyes y decretos, 295.
- Departamentos, 32, 39.
- Derecho objetivo y subjetivo, 387.
- Derechos de los extranjeros, 51, 57.
- Derechos naturales, 389.
- Derecho público, 399.
- Derechos políticos, 59, 63.
- Descentralización, 323.
- Designados, 256, 257.
- Dietas, 223, 224.
- Divisiones política y administrativa, 32, 36, 38, 334, 335.
- Divisor común, 326.
- Donaciones intervivos, 98.

- Ejército, 315.
- Elecciones, 321.
- Empresas públicas y privadas, 93.
- Enajenabilidad de los bienes raíces, 100.
- Enseñanza gratuita y obligatoria, 103.
- Esclavitud, 71.
- Estado, 23, 391.
- Estado de sitio, 245.

Estado civil de las personas, 122.
Excepción de inconstitucionalidad, 304.
Expropiaciones, 87, 95.
Extranjeros, 51, 57.

Facultades de cada Cámara, 207.
Facultades extraordinarias, 160.
Federación, 40.
Fin del Estado, 394.
Formación de las leyes, 177, 181.
Fuerza pública, 315.
Funciones del Estado, 136.

Gobernadores, 334, 349.
Gobierno, 395.
Gobierno de Gabinete o parlamentario,
Gobierno presidencial, 158, 212, 234.
Grados militares, 198, 318.
Guarda de la Constitución, 149, 277.
Guerra, 245.

Habeas corpus, 72.
Hacienda, 361.
Huelgas, 120.

Iglesias, 127.
Impuestos, 363.
Incompatibilidades, 220.
Incompatibilidad entre la Constitución y la ley, 302.
Inelegibilidad, 214, 219.
Inelegibilidad, 217, 219.
Inexequibilidad de leyes y decretos, 295.
Indultos, 154.
Industrias, intervención en ellas 93.
Iniciativa parlamentaria, 177.
Inspección de institutos docentes, 103.
Inspección de profesiones y oficios, 110.
Instrucción pública,
Intendencias, 32, 36, 339.
Interés social, 87.
Intervención del Estado, 93.
Inviolabilidad de la correspondencia, 109.
Inviolabilidad del domicilio, 72.
Inviolabilidad de los congresistas, 213.

Inmunidad de los congresistas, 215.

Irreelegibilidad del Presidente, 257.

Jurado, 310.

Jurisdicción constitucional, 149, 277.

Jurisdicción contencioso-administrativa, 312.

Jurisdicción del trabajo, 313.

Ley, 141.

Libertad de asociación, 118.

Libertad de conciencia, 128.

Libertad de cultos, 130.

Libertad de industria, 110.

Libertad de enseñanza, 103.

Libertad de prensa, 105.

Libertad de reunión, 115, 116.

Límites de la República, 27.

Licencia al Presidente para separarse del cargo, 197, 256.

Líneas dudosas entre los Departamentos, 199.

Magistrados, 285, 290.

Mandato imperativo y representativo, 211.

Militares, 315.

Ministros del Despacho, 259, 264.

Ministerio Público, 279.

Ministerio sacerdotal, 133.

Moneda, 154.

Monopolios, 91.

Municipios, 356.

Nación, 23.

Nacionales colombianos, 43.

Notarías y Registro, 347.

Objeciones a los proyectos de ley, 184, 185, 186.

Objeciones a las ordenanzas y acuerdos, 351, 356.

Obligaciones irredimibles, 100.

Orden público, 245.

Ordenanzas departamentales, 341, 348.

Organos del Estado, 134.

Organos nacionales, 135.

Organo ejecutivo, 140.

Organo judicial, 140.

Organo legislativo, 138.

- Papel moneda, 124.
Patrimonio familiar, 122.
Patronato eclesiástico, 131.
Pena de muerte, 82.
Pensiones, 169.
Pérdida de la nacionalidad, 48.
Pérdida de la ciudadanía, 59.
Personas jurídicas, 53, 118.
Petición, 114, 317.
Policía interior del Congreso, 209.
Policía local, 343.
Potestad reglamentaria, 234, 335.
Preámbulo de la Constitución, 21.
Prelación de la Constitución, 302.
Presidente de la República, 227.
Presupuestos nacionales, 165.
Privilegios, 91, 240.
Procurador General de la Nación, 282.
Profesiones, 110.
Propiedad literaria, 97.
Propiedad privada, 83.
Protección al trabajo, 113, 313.
- Reelección del Presidente, 257.
Reforma de la Constitución, 373.
Reglamentos de las Cámaras, 205.
Reglamentos del Presidente, 234.
Reglamentación de la instrucción pública, 239.
Relaciones entre la Iglesia y el Estado, 127.
Renuncia del Presidente, 196, 256.
Representación proporcional, 322.
Responsabilidad de los funcionarios, 70, 124, 143, 194, 195.
Responsabilidad presidencial, 250, 254, 255.
Restricción del sufragio, 322.
Reunión, 115, 116.
- Salubridad pública, 110.
Sanción de las leyes, 185, 186.
Seguridad personal, 72, 75, 77, 78, 79, 81.
Senado, 189.
Separación entre la Iglesia y el Estado, 127.
Separación de poderes y de funciones, 135.
Servicio militar, 315.
Servicios públicos, 121.

- Sistemas electorales, 322.
- Sistema de Hondt, 326.
- Soberanía, 24, 397.
- Solidaridad social, 390.
- Sueldos, 144.
- Suplentes de los Magistrados de la Corte, 285.
- Sufragio universal, 321.
- Sufragio obligatorio, 330.
- Supresión de los departamentos, 39.

- Tarifas de aduanas, 363, 364.
- Tarifas de los servicios públicos, 110, 112.
- Territorio nacional, 32.
- Trabajo obligatorio, 113.
- Tratados públicos, 241.

- Unicamarismo, 139.
- Uti possidetis juris, 31.

- Veto de las leyes, 184, 185, 186.
- Voto acumulativo, 326.
- Voto incompleto, 323.
- Voto plural, 322.



INDICE GENERAL

Comentarios a la Constitución de Colombia.

	Páginas
<i>Prólogo de la primera edición</i> ...	5
<i>Proemio de esta edición</i> ...	7
Introducción al estudio del Derecho Constitucional Colombiano...	9
El preámbulo....	21
Título I.— De la Nación y el Territorio.	23
Título II.— De los habitantes: nacionales y extranjeros.	43
Título III.— De los derechos civiles y garantías sociales	65
Título IV.— De las relaciones entre la Iglesia y el Estado	127
Título V.— De los órganos nacionales y del servicio público....	135
Título VI.— De la reunión y atribuciones del Congreso.	147
Título VII.— De la formación de las leyes.	177
Título VIII.— Del Senado.	189
Título IX.— De la Cámara de Representantes.	201
Título X.— Disposiciones comunes a ambas Cámaras y a los miembros de ellas....	207
Título XI.— Del Presidente y de los Designados....	227
Título XII.— De los Ministros del Despacho....	259
Título XIII.— Del Consejo de Estado....	267
Título XIV.— Del Ministerio Público....	279
Título XV.— De la administración de justicia..	285
Título XVI.— De la fuerza pública....	315
Título XVII.— De las elecciones.....	321
Título XVIII.— De la administración departamental y municipal....	333

	Páginas
Título XIX.— De la Hacienda... ..	361
Título XX.— De la reforma de esta Constitución.. .	373
Disposiciones omitidas en la compilación.. . . .	379
Título XXI.— Disposiciones transitorias... ..	381

Nociones generales de Derecho Constitucional.

I.— Concepto del derecho... ..	385
II.— Concepto del Estado.... ..	391
III.— Concepto del Gobierno... ..	395
IV.— El Derecho Público.	399
V.— Concepto de la Constitución.	401
Indice de materias.... ..	407