



FABIO MORÓN DÍAZ

30 DE NOVIEMBRE DE 1931 – 17 DE JUNIO DE 2011

**FABIO MORÓN DÍAZ,
UN JURISTA DE EXCELENCIA**

Compilador: Darío Morón Díaz

**FABIO MORÓN DÍAZ,
UN JURISTA DE EXCELENCIA**

Compilador: Darío Morón Díaz
Primera edición, primer semestre 2014
ISBN: 978-958-8736-67-9

Rector: Edgar Parra Chacón
Vicerrector Académico: Federico Gallego Vásquez
Vicerrector de Investigación: Jesús Olivero Verbel
Vicerrector Administrativo: Orlando Alvear Tristancho
Secretaria General: Marly Mardini Llamas

340.92 / F113

Fabio Morón Díaz. Un jurista de excelencia / Darío Morón Díaz compilador; Freddy Badran Padaui, Editor -- Cartagena de Indias: Editorial Universitaria, c2014 392p.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 978-958-8736-67-9

1. Morón Díaz, Fabio – 1931 - 2011 – Crítica e interpretación
2. Juristas colombianos 3. Abogados colombianos I. Morón Díaz, Darío, Comp. II. Badran Padaui, Freddy, Ed.

CEP: Universidad de Cartagena. Centro de Información y Documentación José Fernández de Madrid.

Editor: Freddy Badrán Padaui
Jefe de Sección de Publicaciones
Universidad de Cartagena
Diseño fotográfico: Mario de Jesús Lorduy Benedetti
Diseño de Portada: Jorge Barrios Alcalá
Diagramación: Alicia Mora Restrepo
Derechos

©

Editorial Universitaria, Centro, Calle de la Universidad,
Cra. 6, N° 36 -100, Claustro de San Agustín, primer piso
Cartagena de Indias, 2014

Hecho en Colombia /Made in Colombia

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	9
INTRODUCCIÓN	13
PRÓLOGO	17
EL PERIODISTA	25
EL DOCENTE EN LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA Y LA FACULTAD DE ECONOMÍA DE LA UNIVERSIDAD DE CARTAGENA	35
EL MAGISTRADO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y LA CORTE CONSTITUCIONAL	71
EL CONFERENCISTA Y EL PROLOGUISTA	227
HOMENAJES	307
TESIS DE GRADO. DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD	353
LUIS CARLOS LÓPEZ Y LA POESÍA MODERNA. Testimonio personal	481
HOMENAJE PÓSTUMO	499

PRESENTACIÓN

Publicar un libro como homenaje póstumo al Magistrado Fabio Augusto Morón Díaz es un imperativo de conciencia. Creo, sin embargo, que con la edición de este libro violamos una de las normas de conducta que él siempre practicó: la discreción en todos los actos de su vida; como Magistrado en las Cortes, habló por medio de sus sentencias.

En Fabio Morón Díaz, un jurista de excelencia, se consigna, en un recorrido cronológico la labor intelectual, jurídica y humanística del ciudadano, el profesor universitario, el periodista, el Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional.

En los meses previos a su infausto deceso decidí, que la tesis que escribió para graduarse de abogado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional: “Del principio de la autonomía de la voluntad”, que permanecía inédita, fuese editada a fin de hacerla llegar a las Universidades, Escuelas de Derecho y bibliotecas del país.

Es menester señalar que dicha tesis fue laureada en la Universidad Nacional; por ello el joven abogado recibió su grado en la Aula Máxima de la Universidad Nacional, ceremonia presidida por el Rector Mario Laserna, el Decano de Derecho Ignacio Reyes

Posada, los examinadores doctores José Joaquín Rodríguez, Justo Díaz Rodríguez, Rodrigo Jiménez Mejía, así mismo los Presidentes de tesis doctores Hernando Morales Molina y Bernardo Gaitán Mahecha. En el auditorio, entre otros asistentes, estaba mi hermana mayor Dora Morón Díaz, el Senador Domingo López Escauriaza.

EL PERIODISTA

Después del grado en la Universidad Nacional regresó Cartagena, el doctor Domingo López Escauriaza lo nombró Subdirector del periódico *El Universal* y editorialista político. Más tarde al ser elegido el doctor López Escauriaza Senador de la República Fabio Morón Díaz fue nombrado Director del mismo, cargo que ocupó todos esos años de lucha de sobrevivencia del diario en la sede de la Calle San Juan de Dios. Cuando fue Representante a la Cámara se apartó de la dirección, así mismo al ocupar la Decanatura de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena periodos en los cuales fungieron como directores encargados los doctores Senén González Guerra y Ciro Castillo Cabarcas.

“Fabio Morón Díaz fue, además, un notable periodista, formado al lado de Domingo López Escauriaza, fundador y dueño de *El Universal*. Fabio dirigió el periódico, escribía los editoriales, siempre en defensa de los grandes postulados liberales y de la democracia. Su juventud serena, tranquila y equilibrada a base de cultura, nunca se desvió de esos parámetros y nadie recuerda de su pluma un agravio porque lo que escribía estaba siempre compuesto de la exquisita ponderación que daba su anticipada madurez. Morón Díaz fue eso: el espacio humano de alguien cuyo talento le permitió ser prematuramente un hombre serio y orientador a pesar de la visible juventud de su existencia”(1).

EL PROFESOR

Otra faceta fue la de Decano de Derecho y profesor de la Facultad de Economía de la Universidad de Cartagena. “Al lado de ello, y no como pasión secundaria, empezó una fecunda carrera como docente en la Universidad de Cartagena. La profundidad de sus

lecciones, la actualidad de su información y la exposición diáfana y amable pronto le hicieron rodear del aprecio de sus estudiantes y del respeto de sus compañeros de docencia. Tales virtudes lo condujeron a su exaltación a la decanatura de la Escuela de Derecho, ejercida con singular lucimiento hasta el momento en que fue llamado a servir en la Sala Constitucional de la Corte Suprema, invitación que aceptó con resolución y coraje tras los momentos aciagos del asalto al Palacio de Justicia cuando ese desempeño era misión de alto riesgo”(2).

EL MAGISTRADO

En la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia intervino con trascendentales ponencias que cambiaron la institucionalidad del país; la sentencia de Constitucionalidad del Decreto 927(Séptima papeleta) y la de la Exequibilidad del Decreto 138 de 1990 que dio paso a la convocatoria de la Asamblea Constituyente de 1991, ambos fallos permitieron el reemplazo, tantas veces represado, de la Constitución de 1886.

Como Magistrado de la Corte Constitucional a partir de 1991 desarrollo una labor significativa con las sentencias atinentes a los derechos fundamentales del ciudadano. En esta misión se percibe su talante ideológico y su profundo conocimiento de la juricidad.

Otro capítulo consta de los textos publicados en “La Justicia nunca más debe ser abandonada”, durante el período de permanencia en la Corte Suprema de Justicia, así como las conferencias editadas en los libros de la Fundación Konrad Adenauer.

HOMENAJE PÓSTUMO

Se publican las resoluciones de las Altas Cortes, del Senado de la República, de las universidades, las autoridades civiles y lo artículos publicados en la prensa. Documentos en los cuales se describe con fidelidad el perfil del ciudadano y humanista que siempre antepuso la cultura y los valores éticos por encima de las pasiones subalternas.

AGRADECIMIENTOS

Como responsable de esta misión debo agradecer al Rector de la Universidad de Cartagena doctor Germán Arturo Sierra Anaya, que acogió con entusiasmo el proyecto del libro. Al expresidente de la Corte Constitucional magistrado Humberto Sierra Porto, autor del prólogo, al expresidente de la Corte Suprema de Justicia Humberto Murcia Ballén, al expresidente del Consejo Superior de la Judicatura Julio Cesar Ortiz, al Senador Lidio García Turbay, a los magistrados Eduardo Camacho Piñeres, Jorge Tirado Hernández, a los doctores Jaime Angulo Bossa(+), Héctor Hernández Ayazo(+), Pantaleón Narváez, Jorge Tirado Navarro, Ruderico Trujillo Prins, Judith Pinedo Flórez, Emma Hernández, Roberto Yances Pinedo, Jorge Pérez Villa, Freddy Badrán Padauí, Guillermo Guerrero Figueroa, Arturo Matson Figueroa(+), Ernesto McCausland(+), Roberto Burgos Cantor, Gustavo Tatis Guerra, Santiago Colorado por sus contribuciones, para que este libro salga a la luz pública; como los quiso Fabio Morón Díaz; a enriquecer las bibliotecas y universidades del país.

- (1) Jaime Angulo Bossa
- (2) Héctor Hernández Ayazo

DARÍO MORÓN DÍAZ M.D.

INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de Fabio Morón Díaz, se alude a un ser humano excepcional. De alguien que sumó, a sus cualidades personales, una vocación de servicio, una inmensa capacidad intelectual y una gran formación jurídica y académica. Por ello, la figura de Fabio Morón Díaz palpita en varios ámbitos de la vida local, regional y nacional. Siempre con altos desempeños e invaluable aportes.

Se graduó como abogado en la Universidad Nacional, en 1956, es decir, en uno de los períodos más convulsionados y determinantes en la historia patria. Formarse como abogado en aquella época, en aquella institución y –aún más- obtener una tesis laureada (que por lo general escasean en La Nacional) significaba recibir una carta de idoneidad y de comprensión profunda del derecho.

El recorrido posterior de Fabio Morón ratificó que estábamos ante un jurista estupendo. Fue profesor y decano de la Facultad de Derecho y miembro del Consejo Superior de la Universidad de Cartagena. Se desempeñó como presidente de la Corte Suprema de Justicia y Magistrado de la Sala Constitucional de este tribunal. Una ponencia suya, avalando los resultados y los efectos jurídicos de la llamada “séptima papeleta”, permitió que en Colombia se convocase

a una asamblea constituyente, cuyo resultado fue la promulgación de la Constitución de 1991.

Después de abrir la puerta a la Carta Magna, se convirtió –como miembro de la primera Corte Constitucional- en su guardián. Allí, defendió con ahínco lo que predicaba su espíritu liberal: los derechos humanos, las libertades individuales, el libre desarrollo de la personalidad, entre otras posturas jurídicas. En 1997, una ponencia suya –escrita con profundo conocimiento de las leyes y con claridad filosófica- sentó la base jurisprudencial de la autonomía universitaria. Ese ha sido, sin duda, un aporte central para que las universidades del país ejerzan sus funciones al amparo de la independencia y la dignidad que inspiraron su origen en plena Edad Media.

Como periodista, Fabio Morón ejerció, durante doce años, la dirección del diario cartagenero El Universal. Su espíritu crítico y reposado, valiente y erudito se evidenció en los editoriales del periódico, los cuales se convirtieron en lectura obligada de los cartageneros. Una especie de palabra sabia que orientaba los caminos y ayudaba a construir una mejor sociedad.

Un hombre como él, de ideas avanzadas y alma combativa, no podía ser ajeno a la política, Fue diputado de Bolívar en representación de su siempre amado Partido Liberal; Congresista en ambas cámaras por el Movimiento Autónomo Liberal y suplente al Senado. Y en el ámbito de la administración pública ocupó la Dirección Departamental de Aduana.

Una hoja de vida como la suya, con tantos aportes y servicios, merece –sin dudas- un homenaje que siempre será insuficiente. Fabio Morón Díaz es un nombre de muchos resonancias y palabras; dejarlas sueltas implica desaprovechar una de las mentes más lúcidas de nuestros tiempos. Por ello, la Universidad de Cartagena ha editado esta obra Fabio Morón Díaz, un jurista de excelencia. Un texto que recoge el pensamiento y los aportes de este inmenso ciudadano en cada uno de los caminos que recorrió durante su pródiga labor.

La lectura será, por supuesto, una luz en el camino; una manera de comprender parte de nuestra historia y sus protagonistas. En ellos, en los libros de la historia nacional, la figura de Fabio Morón Díaz aparece (y aparecerá) como alguien que comprendió, y nos hizo comprender, que el derecho está presente en cada uno de los actos de nuestras vidas.

GERMÁN ARTURO SIERRA ANAYA

Exrector

Universidad de Cartagena

PRÓLOGO

Fabio Morón Díaz fue un cartagenero ejemplar; se desempeñó como profesor universitario, como abogado, fue diputado, representante liberal, periodista, Magistrado de la Corte Suprema, de la Corte Constitucional y presidente de ambas corporaciones. Su trabajo, su legado lo sentimos y vivimos todos los colombianos, se palpa en la manera como gozamos de nuestros derechos, en la manera como vivimos nuestras actuales instituciones. La historia mostrará que Fabio Morón Díaz, es después de Rafael Núñez, el cartagenero más trascendente, con los aportes más importantes para la historia constitucional de nuestro país.

El presente libro es esencialmente un homenaje al doctor Fabio Morón Díaz, abogado, profesor, periodista, político, magistrado y presidente de la Corte Suprema y de la Corte Constitucional. Está plagado de datos biográficos, escritos selectos, que esencialmente tienen como propósito dejar un testimonio de cariño, respeto y admiración por quien fue un gran cartagenero, un ciudadano ejemplar y a quien le correspondió ser protagonista en unas etapas históricas que hoy determinan la forma de ser de nuestro estado y de nuestra sociedad. Esta obra es esencialmente un tributo de gratitud y reconocimiento de quienes acompañamos al doctor Fabio en distintos momentos de su vida, y tuvimos la suerte de aprender

y aprehender no solo conocimientos y experiencias profesionales y personales con el jurista, sino también la de compartir con el ser humano excepcional.

Aunque en esta obra se destacarán algunas de sus facetas como persona, y principalmente como jurista. Los escritos que aquí se incluyen siempre se quedaron cortos para expresar la riqueza y la plena dimensión de Fabio Morón Díaz como profesional y como persona, a quienes no tuvieron el privilegio de conocerlo en vida, es por esto que he considerado más adecuado recurrir a mis recuerdos personales y hacer un prólogo con algunos de mis sentimientos e impresiones.

Conocí al doctor Fabio Morón Díaz, en la sede transitoria de la Corte, luego de la destrucción del Palacio de justicia. Me lo presentó Julio César Ortiz, quien entonces era mi profesor de Derecho constitucional y se desempeñaba como su magistrado auxiliar. El magistrado que conocí era un hombre sencillo, amable, sonriente. Fue un encuentro breve, pero en cuanto supo que éramos paisanos me preguntó por mi familia y mis aspiraciones de futuro. Además de la satisfacción personal como cartagenero de saludar a una persona tan importante, me impresionó el contraste de su tranquilidad y bonhomía con la difícil situación que vivía. La admiración y sobre todo el profundo respeto que generaba el doctor Morón en ese entonces solo pueden comprenderse si se recuerda las difíciles circunstancias por las que transcurría nuestro país.

El tiempo en el que adelanté mis estudios de Derecho en el Externado coincidió con la llegada del doctor Morón a la Corte Suprema, y con una de las épocas más trágicas y convulsas de nuestra historia reciente. Estaba en el salón de clases, en el último día lectivo cuando se produjo la toma del Palacio de Justicia. Desde nuestro salón de clases se escuchaban los disparos y aún hoy recuerdo la angustia de una de nuestras compañeras cuya madre se desempeñaba como secretaria en la Corte, y quien al final resultó asesinada. Igualmente me impresiona todavía hoy la escena de la velación de los cadáveres de nuestros profesores en el auditorio

principal. Lo que quiero expresar es que siendo un estudiante de segundo o tercer año de Derecho, era plenamente consciente no solo del Honor, sino de la responsabilidad y los riesgos de quien como el doctor Fabio Morón se desempeñaba como magistrado de la Corte Suprema. La guerra del Estado contra el narcotráfico, las discusiones sobre la extradición, la constante amenaza de bombas en los centros comerciales, la destrucción del edificio del DAS, la muerte de Pardo Leal, de Pizarro, los asesinatos de líderes de la UP, la dolorosa muerte de Luis Carlos Galán, los jueces que salían con expresión de temor vestidos con chalecos antibalas del edificio de juzgados de la décima. Estos hechos, en esas circunstancias fue que al doctor Fabio le correspondió desarrollar su labor de magistrado de la Corte Suprema.

Cuando el doctor Fabio fue designado en la Corte Suprema de Justicia, yo estaba iniciando mis estudios de Derecho en el Externado. Desde ese entonces supe de él. El magistrado Cartagenero encargado de administrar justicia en el peor de los momentos de la Historia, luego de la toma del Palacio de justicia, y con un ambiente tenso, lleno de amenazas y de atentados por parte del narcotráfico. En esa época 1986, murió nuestro profesor de Derecho penal, el doctor Aldana Rozo, quien era magistrado de la Sala penal y por entonces compañero del doctor Morón. Los niveles de seguridad, el numeroso grupo de escoltas y las discusiones sobre la extradición generaban discusiones y reflexiones entre mis compañeros. El valor y la entrega de los magistrados de la Corte era un constante tema de conversación.

Volví a verlo en febrero o marzo de 1992, cuando me llamó para ofrecermelo el cargo de auxiliar judicial en la Corte Constitucional. Me comentó que mi padre, Hernando Sierra, le habló de mí en alguno de sus frecuentes viajes a Cartagena y le comentó, que yo era un joven profesor de Derecho constitucional. Luego de preguntar por mis antecedentes a sus magistrados auxiliares (quienes habían sido mis profesores) Julio Cesar Ortiz y Camilo Velásquez me vinculé a la entonces recién constituida Corte Constitucional. Con el doctor Fabio trabajábamos dos magistrados auxiliares, y dos auxiliares

judiciales, Abraham Sanchez y yo. Junto con dos secretarias Gladys que era su persona de confianza y Beatriz quien nos ayudaba en la logística de nuestro trabajo. Yo siempre tuve la convicción que estaba en el lugar apropiado, con el mejor equipo de la Corte de ese entonces. El día a día de la Corte, la complejidad y el interés de los casos que teníamos que decidir, la camaradería de todos los que trabajábamos en ese entonces y sobre todo la mística y el entusiasmo que nos trasmitió el doctor Fabio me reafirmaron en mi interés y vocación por el Derecho constitucional y por la labor judicial.

La experiencia de trabajar con el doctor Morón en el primer año de la Corte Constitucional fue una de las épocas más entrañables. Reinaba un ambiente de esperanza, de ilusión por un país mejor, teníamos la sensación y más aún, la convicción de que la Constitución de 1991 y la Corte eran capaces de cambiar positivamente nuestra sociedad. El proceso de fortalecimiento de la legitimidad de la Corte era progresivo, la justicia de las decisiones que garantizaban los derechos fundamentales hacia que todos los que trabajábamos en la Corte sintiéramos que estábamos en el lugar correcto y trabajando en plena sintonía con el proceso de transformaciones que pretendía el constituyente. El optimismo que generaba la aplicación de los derechos fundamentales, el alcance de la tutela, la convicción de la capacidad transformadora del Derecho, todo eso generaba una mística de trabajo liderada por los magistrados, y dentro de ellos con brillo propio Fabio Morón Díaz.

Las conversaciones y discusiones sobre el alcance de la tutela. ¿Qué se podía hacer?, ¿qué se debía hacer?, las convicciones y la toma de partido por la justicia, por los grupos marginados, eran reflexiones diarias que debíamos discutir con el doctor Fabio Morón. Su inteligencia y amplitud de espíritu, o dicho de manera más clara, su talante liberal, abierto, pluralista estaba en plena armonía con el ideario constitucional y por supuesto, con nuestros deseos de cambio e innovación. Las certidumbres que acompañaban las argumentaciones de las sentencias del despacho, en ocasiones, contrastaban con el impacto social y mediático que causaban, lo que nos recordaba que no obstante la buena voluntad de nuestra

Constitución y de nuestras instituciones, el país aún se resistía a ser transformado.

El doctor Fabio escribía directamente “a mano” muchas de las sentencias o providencias del despacho. Corregía y reelaboraba los proyectos que le presentábamos. Le encantaba sentarse con nosotros para discutir temas jurídicos, tanto los que se generaban con ocasión de los casos a cargo nuestro, como los debates de la Sala plena. Nos contaba los detalles de las discusiones y condimentaba sus posiciones jurídicas con comentarios ingeniosos acerca de sus compañeros. Siempre dejaba traslucir que su cometido, su norte era el bien de la sociedad, la vigencia de los derechos, la actuación democrática, la justicia. Siempre admiré y aprecié los intereses altruistas en la orientación de sus decisiones, la ausencia de mezquindad en su lógica de decisión y la lealtad en el comportamiento con sus colegas.

Otro aspecto que me llamó la atención en su momento, y que hoy luego de mi paso por la Corte Constitucional valoro y admiro, era su preocupación por la institucionalidad. Por el papel y la imagen que debía ofrecer la Corte Constitucional. El doctor Morón consideraba que su función de magistrado debía dirigirse a lograr consensos, puntos de encuentro, de armonizar las posiciones encontradas de los distintos colegas. Le disgustaba las actitudes de quienes daban prelación a posiciones personales y no a soluciones de consenso. Es en este aspecto en donde se expresaba de manera más explícita su grandeza. Lo esencial era que las sentencias fueran expresión de una voluntad sólida y no el escenario para expresar diferencias en aspectos de poca monta que debilitaran las decisiones.

Me despedí de la Corte Constitucional, luego de que mi Universidad me becara para realizar un doctorado en derecho constitucional en España. Aún conservo la carta en la que el doctor Morón me aceptaba la renuncia, me deseaba éxitos y expresaba su convicción de que regresaría a la Corte a seguir trabajando por la defensa de la Constitución.

Tuve la suerte y el honor de acompañar al doctor Fabio en el primer año de vida de la Corte. Durante ese tiempo y bajo su magisterio

tuve, además de un aprendizaje en temas jurídicos, otro sobre el arte y las habilidades necesarias para ser juez. En ese momento no tuve plena conciencia, de la trascendencia y la importancia de estar al lado de una persona como el doctor Fabio Morón, solo muchos años después cuando tuve la oportunidad de ser elegido magistrado de la Corte Constitucional me percaté de la suerte y el privilegio que tuve.

Luego de más de cinco años volví a saludarlo en su despacho y con gran emoción y gratitud recuerdo cuando me ofreció incorporarme nuevamente, en esta ocasión como magistrado auxiliar. Por mis compromisos académicos no pude, como hubiera sido mi deseo, acompañarlo en la etapa final de su magistratura. Posteriormente, ya fuera de su actividad como magistrado tuve el honor de sostener una provechosa relación de amistad hasta el acaecimiento de su muerte.

El doctor Fabio me enseñó que no es posible ser un buen magistrado, si antes uno no es una buena persona, y como buen maestro las lecciones más importantes las impartió con su ejemplo, con su conducta de vida. Fabio Morón Díaz fue sin duda, un jurista de excelencia, pero antes que jurista fue un hombre de excelencia.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Bogotá, 3 de marzo de 2014

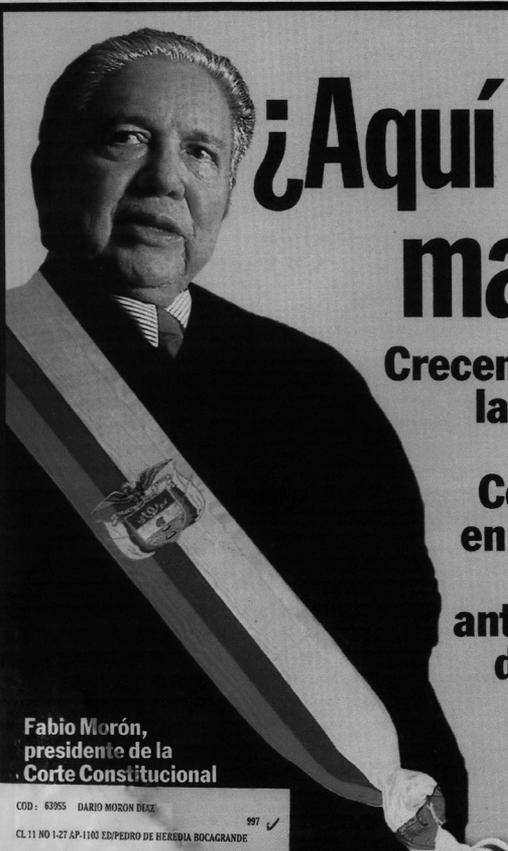


El presidente Carlos Lleras Restrepo y el director de El Universal Fabio Morón Díaz.
Noviembre de 1966

ELECCIONES: Plebiscito por la nueva política

Semana

INFORMACION DE COLOMBIA Y DEL MUNDO OCTUBRE 30 A NOVIEMBRE 6 DE 2000 EDICION No. 965 www.semana.com



¿Aquí quién manda?

Crecen temores por la intervención de la Corte Constitucional en la economía. ¿Estamos ante el gobierno de los jueces?

Fabio Morón, presidente de la Corte Constitucional

PAQUETE POSTAL LIBERACION No. 144 / VENEZUELA / 1998 DIBUJO: JORGE PORTY / FOTOS: P. L.

PARAGUAY: 1.000 PESOS / VENEZUELA: 1.000 BS. / ECUADOR: US\$ 4.50 / BRASIL: US\$ 4.50 / PANAMA: 4.50 BALBOAS

COD: 63955 DARIO MORON DIEZ 597 ✓
CL: 11 NO 1-27 AP-1103 ED: PEDRO DE HEREDIA BOCAGRANDE
CARTAGENA BOLIVAR REP: 2

EL PERIODISTA

Fabio Morón Díaz desde la época de estudiante se vinculó al diario El Universal su fundador Domingo López Escauriaza lo recibió con beneplácito. Para más veras a su regreso de su grado como abogado en la Universidad Nacional aceptó el llamado del doctor Domingo López Escauriaza para ocupar el cargo de Subdirector y editorialista político. Desde esa época permaneció vinculado al periódico. Domingo López Escauriaza fue elegido senador de la República por lo cual designó a Fabio Morón Díaz Director en propiedad. Fabio Morón Díaz en algunos periodos se ausentó de la Dirección para ocupar la curul de Representante a la Cámara. En ese interregno los doctores Senén González Guerra y Ciro Castillo Cabarcas estuvieron como Directores encargados; hasta su regreso nuevamente a la Dirección cuando se retiró del Congreso. Vinculado como profesor a la Universidad de Cartagena siguió en sus funciones hasta cuando al ser elegido Decano de la Facultad de Derecho dejó la dirección.

El 11 de diciembre de 1957 en El Independiente, periódico que en un breve tiempo reemplazó a El espectador, el estudiante de Derecho Fabio Morón Díaz publicó este artículo.

EL JEFE, EL PERIODISTA Y SU PERIÓDICO

El homenaje que se rendirá en Sincelejo al doctor Domingo López Escauriaza es un elemental acto de justicia, con el cual quiere testimoniar el pueblo bolivarense su fervorosa admiración al jefe auténtico de una difícil jornada política, al periodista ejemplar y al ciudadano que enaltece las virtudes tradicionales del liberalismo costeño. Y más entera significación adquiere el reconocimiento público, en estos momentos en el que el país vive en una nueva vida democrática, al nacimiento de la cual el doctor López contribuyó con tesonero esfuerzo, impertinencia clarísima y fe inquebrantable en los destinos de la República.

Así por encima de otros méritos personales, innumerables en una larga vida destinada al servicio del pueblo, ya en la dirección de asuntos políticos o en el ejercicio casi permanente de su profesión de periodista, en el doctor López Escauriaza se destaca ahora singularmente, el formidable episodio biográfico que es su valerosa actitud ante la dictadura padecida por la nación en el inmediato pasado. En esa dura y dolorosa etapa, cuando los jefes de los días de bonanza daban vergonzosamente la espalda a la situación o se precipitaban a adular al poderoso de turno, demostrando con ello que únicamente les importaba el botín del presupuesto público, cuando solamente podía recogerse en la lucha amargas, vejaciones y derrotas, el doctor López se constituyó en campeón de la libertad y el derecho, defensor y combatiente de la única imagen de la república valedera y aceptable para la conciencia de un demócrata auténtico. Por eso surgió en su nobilísima tribuna de El Universal para pelear una batalla diaria en pro de los derechos humanos y de las instituciones jurídicas que se habían dado los colombianos en su breve pero esforzada vida política. Y se comprometió en esa batalla con rabiosa confianza en sus ideales, aún en momentos en que para el criterio oportunista, conformista o resignado de ciertas gentes, su prédica independiente aparecía como imprudente o indiscreta. Por eso su lección, la lección del ejercicio sencillo y cotidiano pero orgulloso de un carácter invulnerable a todo temor a todo halago, no es la del político que calcula su conducta en función de

las oportunidades sino la del repúblico que lucha ante todo por el predominio de sus ideales, que guarda incommovible fidelidad a los principios doctrinarios, a pesar de que en determinados momentos o circunstancia la mala fortuna pueda abatirse sobre ellos.

El Universal es el mejor periódico de Cartagena y, por sus particulares características, es uno de los primeros de la Costa Atlántica. Aunque pobre de recursos mantienen una información elegante, en su dignidad que no ha conocido debilidades ni claudicaciones, en donde reside el fundamento de su altísima categoría espiritual. En El Universal nunca se ha insultado a nadie. Allí no se ha usado el garrote de jayán sino la fina espada del caballero andante. Allí todo se matiza de un modelo de discreción y buenas maneras que es el natural estado de alma que le ha impreso la personalidad de su director.

El doctor López Escauriaza es, por sus años, por su temperamento y sus ideas, un miembro de la generación del Centenario. De él puede decirse que es un ser centenarista de pura cepa por “edad y dignidad”. Todo en él se califica como un rasgo típico de los hombres de esa promoción notabilísima. Abogado ante quien se abrían anchos horizontes, prefirió destinar sus magníficas energías a la vida pública, y para ello fundó periódicos desde su juventud. Y ha ejercido el oficio desde entonces no como manera romántica: para luchar por sus amadas ideas liberales. No por capricho, sino con una influencia psicológica explicable, una de sus devociones íntimas es don Juan Montalvo. Devoción fervorosa por la obra y por el hombre. Por eso del maestro ecuatoriano siempre ha practicado el doctor López sus ideales de fiero liberalismo, su conducta de coraje civil y, aún, su estilo brotado de puras esencias clásicas. El estilo del doctor López merece figurar al lado de los mejores que escriben en la prensa nacional. Es verdaderamente honroso que se pueda exhibir en la literatura periodística de suyo apresurada y descuidada—estilo de tanta gracia y distinción, que no sólo consulta todas las reglas de la gramática, sino, también la del buen gusto literario.

Como todo hombre de verdadero carácter, el doctor López tiene sus buenas aversiones. Él siempre ha sentido, por ejemplo una repugnancia invencible por los tibios, los oportunistas y por esos habilidosos titiriteros de la política que en todo tiempo andan calculando al próximo movimiento para asegurar fortuna y posiciones en la vida pública. Él, en cambio, únicamente compromete su ánimo con la pasión de la libertad el declara su fervor su beligerancia por razones ideológicas, exclusivamente. Es un hombre que no se nutre de motivos físicos sino metafísicos.

Un varón de estas calidades se impone al unánime respeto ciudadano. Se explica, también, como la cosa más natural que sea el indiscutible jefe del liberalismo bolivarense por virtud de algo así como un derecho propio.

A los jóvenes, muy dados a desconocer, por imperativos biológicos el mérito de los mayores, debe impresionar hondamente -y seguramente nos impresiona- el caso de un hombre que no ha vivido para hacerse a riquezas materiales, ni siquiera para realizar una fulgurante carrera de posiciones políticas, sino por amor a unas ideas, por defenderlas, divulgarlas y sacrificarse por ellas. Por eso para ellos constituye un magnífico ejemplo la vida de este periodista: vida combatiente y combatida, pero siempre referida a la realización de grandes ideales.

El Universal hace parte de la mejor historia contemporánea de Cartagena. La casa familiar y cordial ha sido el asilo generoso de todo afán de cultura y de todas las inteligencias, las consagradas y las jóvenes, sin odiosas discriminaciones. El Universal realizará ciertamente, ambiciosos progresos al amparo de la tierra prometida de la Nueva República que ayudó a crear con sus ardientes luchas y su mística inextinguible. Y grandes triunfos alcanzará también en ella, el doctor Domingo López Escauriaza, el viejo noble y leal que prolonga en Cartagena en nuestros días la estirpe patricia de Fidel Cano, Juan de Dios Uribe y Luis Eduardo Nieto Caballero.

INSERTAMOS TRES EDITORIALES DE LA ÉPOCA EN QUE FUE DIRECTOR DEL PERIÓDICO DURANTE 12 AÑOS.

EL UNIVERSAL 9 DE ABRIL DE 1960.

GAITÁN

Se cumple este día un nuevo aniversario de la trágica muerte del doctor Jorge Eliécer Gaitán, uno de los más prestigiosos jefes del partido en los últimos tiempos y un auténtico caudillo cuya palabra tempestuosa conmovió hasta la propia raíz el sentimiento democrático del pueblo. Gaitán es ya un símbolo en la historia del liberalismo colombiano. Su figura de brioso conductor de palabra elocuente y gestos rampantes, aparece incorporada al mejor acervo del partido y su pensamiento político constituye un patrimonio común de las masas liberales, que en el caudillo desaparecido encontraron un feliz intérprete de sus sentimientos e ideas, y un defensor insomne de sus derechos y reivindicaciones.

El planteamiento político de Gaitán, desasido de circunstancias anecdóticas, representa ahora una contribución inapreciable y muy racional a la doctrina del liberalismo colombiano. No es que haya valores inéditos originales en sus ideas, sino que él tuvo la virtud de polarizar con su prédica contante y fervorosa esos repertorios de temas que constituyen hoy un compromiso democrático para el partido. El valor civil de que hizo gala para sostener sus ideas, y para consagrarlas en la conciencia del pueblo, pertenece ya a la mejor memoria de nuestras luchas políticas. Ya nadie discute la importancia y alcance del pensamiento de Gaitán para combatirlo. Ahora el problema pendiente es como se lleva a la realidad, y cual son los desarrollos políticos de un programa progresista que se confunde con la más auténtica savia del liberalismo.

Naturalmente, las ideas de Gaitán no son en manera alguna, un bien mostrenco; en verdad ellas pertenecen al Partido, que como tal las ha incorporado en sus sucesivos programas políticos, y las mantiene como compromiso para las masas populares.

Actualmente bajo el gobierno del Frente Nacional, las concepciones del gran caudillo desaparecido pueden hallar una buena justificación en la ambiciosa política social, que tiene por objetivo primero y último mejorar las condiciones de vida de las grandes mayorías del pueblo colombiano.

Es claro que en un mensaje tan importante como el de Gaitán mantuvo una vigencia perdurable, especialmente por su significación progresista, por su fervoroso aliento popular. Seguramente a la sombra del nobilísimo entendimiento entre los partidos, las grandes masas liberales que en él encontraron un conductor admirable, podrán desarrollarse plenamente, para asegurar la naturaleza democrática del ambicioso experimento institucional.

EL UNIVERSAL 20 DE MAYO DE 1960

LA CASA LIBERAL

Aunque apenas está en etapa de definiciones, nos parece muy oportuno expresar que el proyecto de darle personería jurídica y vida económica propia a la Casa Liberal merece ser tenido en cuenta y apoyarse con todo fervor porque la iniciativa puede prestarle grandes servicios al partido, especialmente desde el punto de vista de la adecuada organización.

Dotar a los liberales de una Casa, cuya dirección y administración esté desvinculada de jerarquías y grupos, para asegurar que ella nunca va a ser negada para un acto político o de adoctrinamiento, constituye sin duda un propósito plausible y ambicioso, que convocará al entusiasmo de todas las gentes de nuestro partido. Y ello se explica a la luz de un criterio realista y de la experiencia de nuestra vida política, porque sucede que en muchas ocasiones, se pierde de vista la significación de los auténticos principios doctrinarios y el conflicto de intereses secundarios sustituye a las preocupaciones por contribuir a vitalizar la mística del partido.

Aunque los duros trabajos y procedimientos de un pasado más o menos remoto, es bueno que se haga memoria de ellos con el objeto de prevenir que se repitan en la nueva época de la reconstrucción

democrática. La idea de darle personería jurídica y de lograr un patrimonio propio para la Casa Liberal persigue, precisamente que ésta sea un hogar de todos los miembros del partido, sin diferencias de orientación o de matices políticos o doctrinarios. En ella, además, podrá adelantarse una intensa y extensa tarea de agitación de los principios del partido; allí puede constituirse una especie de gran central de la actividad de liberal en la ciudad y en el departamento, no sólo para las épocas preelectorales, sino de modo permanente a fin de mantener la mística del pueblo en la virtud de muchas fórmulas para solucionar los problemas de la nación, y, además, en sus oficinas podrán establecerse comisiones permanentes de abogados que asumieran la misión de servir de asesores a los sindicatos y a los trabajadores individuales en la discusión y solución de sus conflictos laborales.

Muchos de estos proyectos podrían llevarse a la plena realidad, si cristaliza la iniciativa de la Casa Liberal en estas o parecidas condiciones. Se requiere para ello, sin embargo, que se trabaje por la generosa iniciativa con ánimo limpio de toda prevención, susceptibilidad o sutileza, con la mira puesta exclusivamente en el servicio de los mejores intereses del liberalismo.

EL UNIVERSAL 15 DE MAYO DE 1977.

ALFONSO ROMERO AGUIRRE

En la capital de la República murió ayer este destacado jefe liberal de Bolívar, cuya influencia política se proyectó por muchos años en la vida del partido y del departamento. Jefe liberal cuyo nombre se encuentra desdibujado en la memoria de las nuevas generaciones. En efecto el nombre de Alfonso Romero Aguirre dice muy poco a la juventud que se levanta, no así a quienes compartieron con él grandes luchas por ideales comunes o tuvieron que enfrentársele en el campo de la controversia política.

Con todas sus virtudes y defectos Romero Aguirre desempeñó un papel protagónico en la vida política del Bolívar. Al escudriñar un poco en las páginas de la historia o en la anécdota de sus amigos

y contemporáneos, emerge el líder con vocación política, desde las propias aulas universitarias. Por ahí hay un libro suyo plagado de anécdotas que cuenta las peripecias que vivió en Bogotá en el simple papel de estudiante universitario. Desde entonces podía adivinarse en la actitud de este provinciano, ante la ciudad enclaustrada y ante sus elites dominantes, que el campo de sus actuaciones sería el de la lucha política, que en él efectivamente, fue pasión casi exclusiva. Por eso la llegada del liberalismo al poder fue un factor afortunado para abrirle todos los caminos de la vida pública. Representante a la Cámara y Senador de la República, en cada una de estas posiciones enalteció con su inteligencia y personalidad el ejercicio de las funciones públicas. Fue tanta su influencia en el momento cenital de su carrera pública que llegó a pensar, anticipándose varios años, a otros ensayos en este sentido, en una candidatura costeña a la Presidencia de la República.

En el liberalismo de Bolívar Romero Aguirre en determinado momento llegó a encabezar uno de los grupos personalistas dominantes, como ha sido lo usual en esta suerte de feudalización en que demora todavía el ejercicio de la actividad política en nuestro departamento. Es una política que, como se sabe; está ayuna de contenido ideológico apenas corresponde a la organización de los apetitos de poder que garantiza el jefe del grupo. Es una política de “ismos” en cuanto identifica su proyección de corto vuelo en el propio apellido de quienes acaudillan al movimiento. Es un dato histórico hace ya varios decenios, pero todavía vamos por el mismo rumbo. Ayer fue el “romerismo”, el “varguismo”, el “bossismo”; hoy es el “vergarismo”; el “faciolincismo”, y así por el estilo.

Pero este es un tema muy fecundo que exige de seguro muchas ampliaciones. Ahora queremos registrar la desaparición de este eminente jefe liberal, notable por sus capacidades intelectuales y políticas, y asimismo por ese bronco y caprichoso estilo que quiso imponer en sus actuaciones públicas.

Cuando cayó el liberalismo, en hora infortunada para la República, se eclipsó asimismo su estrella política, y su conducta

de esa hora lamentablemente no estuvo tampoco a la altura de sus elevadas responsabilidades. No obstante, a esas sombras en su vida de combatiente, hay que deplorar, como lo deploramos sinceramente, la muerte de este notable bolivarenses, liberal y masón, como era de usanza entonces, luchó con convicción y coraje por las doctrinas del partido, y en la historia parlamentaria del país quedan muchas de sus actuaciones como ejemplo de renovación y camino de instituciones y leyes civiles. Asimismo Cartagena y el departamento de Bolívar deben muchas de sus obras de progreso a la inquieta dinámica inteligencia del gran jefe liberal, que se anticipó varios años a señalar el actual desarrollo económico y social de la urbe.

A los distinguidos miembros de su familia, y especialmente al Licenciado Lisandro Romero Aguirre, así como a los partidarios supérstites, que todavía le eran fieles en el grato recuerdo, a sus amigos y compañeros en el liberalismo y demás afiliaciones ideológicas y doctrinarias, EL UNIVERSAL les envía su voz de condolencia con motivo de la desaparición de esta brillante figura de la inteligencia y de la política de Bolívar y de la Nación.



Homenaje Nacional en el Centro de Convenciones de Cartagena. El Presidente de la Corte Suprema de Justicia Fabio Morón Díaz, el Expresidente de la Corte Suprema Exmagistrado Humberto Murcia Ballén, la doctora Amira Román de Pombo y el Capitán de Navío Gonzalo Parra.



Simposio para Actualización Jurídica para el Caribe. Noviembre 29 de 2000.

EL DOCENTE EN LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS Y FACULTAD DE ECONOMÍA DE LA UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena tiene una larga y meritoria existencia, que se ha proyectado no sólo en los aspectos académicos y científicos sino en una efectiva y duradera influencia en la vida política, económica y social de la ciudad, del departamento y de la Costa Atlántica, que es sin duda su región de influencia.

Pero ha sido tan trascendente la tradición académica y científica de esta institución que se puede afirmar fundadamente, que esa influencia se ha proyectado asimismo en la vida institucional, política y social de la República.

La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas nació en la misma Universidad de Cartagena, que celebró hace seis años el Sesquicentenario de su fundación en compañía de la Facultad de Medicina y por la iniciativa creadora del General Francisco de Paula Santander. Dentro de la tradición liberal y humanística, que fue desarrollándose al mismo tiempo que la propia nación

en un proceso de influencias recíprocas, fue depositaria del saber de la época y de las libertades científicas y académicas. Por eso, finalmente, y como ocurrió en todas las Facultades de Derecho del país, como consecuencia de la tradición latinoamericana, fue y ha sido esta institución, el vivero de la clase dirigente. Es un fenómeno que ha apuntado José Medina Echavarría cuando señala que “gracias a cierto número de disciplinas difícilmente eliminables del estudio del Derecho-Historia, Filosofía, Economía y Hacienda, Psicología y Antropología-no sólo se formaban juristas en estricto sentido sino las disposiciones generales en esas fechas necesarias a la clase social dirigente: políticos, administradores y empresarios y lo cierto es que ninguna otra escuela profesional-sea dicho de paso-ha podido sustituir desde entonces ese papel a la Escuela de Derecho” (José Medina Echavarría”, *Filosofía, Educación y Desarrollo*”, Siglo XXI, editores s.a.p.159 y 160).

Bastaría mencionar, en relación con la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena, dos nombres formados en su seno y que, en una u otra forma, en distintas épocas, cumplieron en Colombia un papel principalísimo en la esfera de la política, la vida institucional y jurídica y los procesos de avanzada social: don Rafael Núñez y don Simón Bossa, entre tantos hijos ilustres de esta Universidad.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Los primeros estudios de Derecho se hicieron en Cartagena en el Real Colegio Seminario de San Carlos centro docente creado por S.M. el rey don Carlos III, según la Real Cédula de 1774.

Muchos años después, el vicepresidente de la República, don Francisco de Paula Santander, firmó un decreto del 6 octubre de 1827, por el cual se creó la Universidad de Magdalena, la que fue solamente instalada el 11 Noviembre 1828.

Con la creación de la Universidad de Magdalena, los estudios de Derecho que se venían haciendo en el Seminario de San Carlos quedaron incorporados a la nueva Universidad, naciendo de esta

manera la Facultad de Derecho con el nombre de Escuela de Jurisprudencia. Los bienes que constituían el patrimonio del Real Colegio Seminario de San Carlos se dividieron entre la Universidad del Magdalena y el Seminario.

Al iniciarse la Escuela de Jurisprudencia como dependencias de la Universidad del Magdalena, se principió con los cursos de Jurisprudencia Civil, Canónica Internacional y Economía Política. En el siglo pasado en el régimen federal, bajo la presidencia de don Manuel Amador Fierro, se dictó el decreto de 21 diciembre 1869, por medio del cual se introdujo la reorganización de la Universidad, y en relación con estudios de Derecho se dividieron en una Escuela de Jurisprudencia, con cuatro años de estudio, y una Escuela Política, con tres años de estudio. El nombre de Escuela de Jurisprudencia subsistió hasta la mitad del siglo pasado.

Como una curiosidad histórica, vale la pena recordar el plan de estudios de cuatro años de la Escuela de Jurisprudencia:

Primer año: Derecho Civil Romano, Derecho de Gentes y Trabajos Públicos. Prolegómenos del Derecho Eclesiástico Universal. Segundo año: Derecho Civil y Penal Patrios. Historia del Derecho Público Eclesiástico. Tercer año Código de Comercio y Leyes de Aduana. Legislación Militar. Instituciones Canónicas. Cuarto año: Procedimientos Judiciales y Práctica Forense. Pruebas Judiciales, Historia de los Concilios ecuménicos.

Según investigación histórica adelantada por el profesor Mario León Echeverría tal reorganización se hizo bajo la presidencia de Amador Fierro y con la asesoría del Rector José Manuel Royo. Posteriormente, al ser refundidas las dos escuelas citadas (la Escuela de Jurisprudencia y la Escuela Política), mediante sucesivas reorganizaciones, la nueva entidad tomó nombre de Escuela de Derecho y Ciencias Políticas, con nuevas materias de estudio, que se conservaron con ligeras modificaciones, para el resto del siglo pasado y principios del presente, según lo señala el destacado historiador de cuyos estudios hemos tomados estos datos.

En el año de 1958 bajo la dirección del Rector de la Universidad doctor Juan Ignacio Gómez Naar y del Decano de la Facultad de Derecho Mario Alario Difilipo se produjo una reorganización total en su régimen de estudio, creándose los departamentos de Estudios de Preespecialización de Ciencias Económicas y Financieras; de Ciencias Administrativas, de Derecho Mercantil y Laboral; Derecho Civil y de Ciencias Criminales.

En tal año iniciaron labores los Departamentos de Derecho Civil a cargo del profesor Ismael A. Guete, de Ciencias Criminales a cargo del doctor Pedro Pacheco Osorio y de Ciencias Económicas y Financieras a cargo del doctor Alberto Ruiz Vélez. Precisamente este último Departamento fue la base inicial para la fundación y la organización de la Facultad de Economía y Administración de la Universidad de Cartagena. En tal año también, los cinco años reglamentarios para optar al título de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas se dividieron en diez semestres.

Al igual que otras Facultades de la Universidad, la derecho ha dado figuras notables que se han destacado en el foro en la magistratura y en la política del país. Entre sus profesores más antiguos es preciso recordar a los doctores Antonio del Real, Rafael Muñoz, Vicente A. de García José Manuel Royo, Manuel N. Jiménez, Dionisio H. Araujo, Antonio González, Benjamín Baena, Manuel C. Bello, Manuel M. Casas, Joaquín F. Vélez, Juan B. Aycardi, Avelino Manotas, Julián Moré, Manuel Castro Viola, Manuel Z de la Espriella, Eloy Pareja, Simón Bossa, Juan Gómez Recuero, Miguel Gómez Fernández, Ramón P. de Hoyos, Sebastián R. Castell, Juan Pupo Villa, Raúl H. Barrios Néstor Pineda Pineda, Clodomiro Herrera Meñaca, Guillermo Gómez León, Manuel Benito Rebollo, Roberto Burgos Ojeda, Rafael H. de la Lavalle, Antonio De la Vega, Rodrigo Caballero González, Antonio Ostau de Lafont, Augusto Tinoco Pérez, Alcides Angulo Passos, Ismael A Guete, Abel Brieva Hidalgo, Ramón Mercado, Rogelio Méndez, Gabriel Bustamante, Martín J. Esquivel, Álvaro Barrio Angulo, monseñor Domingo Gándara, Francisco Haydar Ordage, Alvaro Angulo B., Arturo Matson Figueroa, Héctor Hernández Ayazo,

Carlos Villalba Bustillo, Rafael Ballestas Morales y tantos otros que le han dado prestigio la Facultad y al país.

Actualmente la Facultad tiene en los siguientes Departamentos internos, dirigidos por los profesores que se mencionan: Derecho Civil y Comercial doctor Aníbal Pérez Chain, Derecho Penal doctor Álvaro Salgado González. Derecho Laboral doctor Guillermo Guerrero Figueroa. Derecho Procesal y Procedimientos doctor Guillermo Sánchez Pernet. Derecho Político doctor Álvaro Angulo Bossa. Estudios Sociales doctor Carlos Guete Burgos Consultorio Jurídico doctor Antenor Barbosa Avendaño. Además el Consejo de la Facultad está conformado de acuerdo con lo dispuesto por el decreto 080 de 1980 (Reforma Universitaria) así: Decano doctor Fabio Morón Díaz Jefe del Departamento Postgrado y Educación continuada doctor Víctor León Mendoza. Jefe del Dpto. de Derecho Procesal y Procedimientos doctor Guillermo Sánchez Pernet. Representantes de los Profesores doctor Alcides Angulo Passos. Representante de los egresados doctor Alfredo Bertín Vergara. Representante de los estudiantes Ricardo Echevarría. Secretario de la Facultad y de Consejo doctor Pedro Macia Hernández.

Por último es bueno recordar quiénes han sido los Decanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, desde los años 1920 hasta el presente: Sebastián R. Castell, Simón Bossa, Juan C de la Espriella, Francisco de P. Vargas Vélez, Néstor Pineda Pineda, Miguel Ángel Royo, Diógenes Arrieta Arrieta, José María Lozano, Juan Ignacio Gómez Naar, Mario Alario Difilipo, Roque Pupo Villa, Efraín Aldana, Senén González Guerra, Carlos Facio Lince, Pedro Pacheco Osorio, Eduardo Hernández Malo, Carlos Villalba Bustillo, Jaime Gómez O'Byrne, Fabio Morón Díaz.

LA REFORMA

En los últimos cuatro años bajo mi administración como Decano y con el valioso respaldo del Rector doctor Luis H. Arraut, la Facultad de Derecho ha sido objeto de una amplia reforma que no sólo se ha proyectado en el currículo sino en todo el ámbito académico y administrativo.

Por medio del Acuerdo No5 de 4 junio de 1982 se creó el Departamento de Postgrado y Educación Continua para cuya dirección se designó al Profesor y exmagistrado del Honorable Tribunal de Justicia de Cartagena y de la Honorable Corte Suprema de Justicia doctor Víctor León Mendoza. Este departamento se encuentra en pleno funcionamiento y ya realizó el primer Curso de Derecho Penal con la asistencia de 70 profesionales del derecho entre magistrados jueces y abogados litigantes.

Por medio del acuerdo Número 6 de 4 junio 1982 se creó el Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales, que como su nombre lo indica es un excelente instrumento de modernización y progreso en la Facultad, y cuya Dirección se le ha asignado al doctor Guillermo Baena Pianeta, profesor de Derecho Laboral con especialización en el área jurídica. Asimismo, se ha propiciado la refundación de la Sociedad Jurídica que tuvo una primera etapa en la década de 1960, y que ha desempeñado una brillante y dinámica gestión de apoyo a las actividades académicas. Dentro de un reconstruido marco locativo la Facultad cuenta hoy con un Aula Máxima, debidamente acondicionada, donde se cumplen sus numerosas y permanentes actividades académica y científica. También se ha reanudado la publicación de la Revista Jurídica como órgano con junto de la Facultad y de la Sociedad Jurídica, para divulgar sus actividades y publicar los ensayos y artículos en que expresa el fecundo espíritu de investigación jurídica de sus profesores y estudiantes.

1 de Junio de 1983.



Primera Corte Constitucional. De pie de izquierda a derecha Alejandro Martínez Caballero, Carlos Gaviria Díaz, José Hernández, Fabio Morón Díaz, sentados, Eduardo Cifuentes M, Vladimiro Naranjo M, Hernando Herrera V y Antonio Barrera Carbonell.



Corte Constitucional. de pie Carlos Gaviria Díaz, Vladimiro Naranjo, José Hernández, Eduardo Cifuentes, sentados Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz, Hernando Herera Vergara y Antonio Barera Carbonell. Revista Semana.

Fabio Morón Díaz fue profesor de Derecho Público en la Facultad de Economía de la Universidad de Cartagena. en ese período como docente escribió en la revista “Nueva Idea” No 6, el siguiente ensayo:

UNA NUEVA RAMA JURÍDICA: EL DERECHO ECONÓMICO

I- Concepto y definición del Derecho Económico.

El presente ensayo tiene un carácter esquemático, por razón de la naturaleza del tema y de las limitaciones necesarias de su exposición. Se trata de resumir, con criterio sistemático, una materia en cuya investigación viene trabajando el autor, con el propósito de desarrollarla oportunamente y en la forma cabal que exigen la trascendencia, las dificultades y el interés de estas cuestiones vinculadas a conceptos tan unidos relacionados como la Economía y el Derecho.

En primer término, se trata de conceptos relativamente nuevos y muy controvertidos. Se discute aún el concepto de Derecho Económico, su naturaleza, su contenido y su autonomía. Su propia denominación es objeto de amplias discusiones doctrinarias.

Pero, indudablemente, la expresión Derecho Económico ya adquiere una especie de ciudadanía en la doctrina jurídica europea y aún en la latinoamericana. La doctrina ha señalado como el origen de esta idea de sistematizar un Derecho Económico surgió en Alemania, al finalizar la Primera Guerra Mundial, por iniciativa del jurista Wilhelm Justus Hedemann quien en el año de 1918 fundó en la Universidad de Jena el Instituto de Derecho Económico. En efecto, la legislación de emergencia de la Primera Guerra Mundial concebía toda la economía como un servicio público integral, dirigido y controlado directamente por el Estado. Dentro de este contexto político del llamado totalitarismo, sobre la base de los fenómenos de la guerra o la dictadura, la incipiente rama de la enciclopedia jurídica venía a ser, más que todo el derecho público de la economía.

Hay que admitir, por otra parte, que las nuevas realidades económico-sociales del presente siglo se han reflejado en una profunda transformación en el orden político y en el de los fines y funciones del Estado. El tipo del llamado Estado Gendarme, que se identifica con las clásicas expresiones del “laissez-faire y “laissez-passer”, ya es algo que pertenecen definitivamente a los museos de la historia. Hoy el Estado cumple una intervención en el proceso económico y social, en grado diferente, ya se trate de las naciones con un régimen socialista o en las que predominan los esquemas de la democracia liberal. Por eso si el aforismo ejemplar de los individualistas clásicos fue el de que el mejor gobierno era el que menos gobernaba, hoy es preciso volver al revés el concepto para afirmar, que en uno y otro campo de los sistemas políticos, el mejor gobierno es el que gobierna más.

Es, pues, un dato objetivo el de que no hay un Estado que no aspire en nuestro tiempo a manejar la economía, a controlarla, a dirigirla. El sistema de la economía dirigida tiene hoy su más alta expresión en la técnica de la Planeación Económica, en virtud de la cual el Estado somete a la economía a un tratamiento sistemático, con regulaciones que constituyen normas de Derecho Público.

En este aspecto radica precisamente la necesidad del Derecho Económico, o Derecho Social Económico, como lo llaman algunos juristas europeos y aún algunos latinoamericanos, como el argentino Enrique R. Aftalión, quien lo define diciendo que “es el instrumento a que recurren los legisladores para concretar en los hechos la política del intervencionismo en lo económico y social. Es, en otros términos, la expresión jurídica de esa política”. (1). En el mismo sentido el profesor chileno Jorge I. Hubner Gallo afirma que el “Derecho Económico” (2) es aquella parte del sistema jurídico nacional que reglamenta la intervención del Estado en la vida económica de la colectividad”. Este último autor, en su excelente manual “Introducción al Derecho” recoge estas ilustrativas definiciones: una de los profesores Mouchet y Zarroquin Becú quienes lo señalan como “el derecho de la economía tanto pública como privada, dirigida y organizada por el Estado”; otra, la del profesor Rubén

Oyarzun Gallegos, quien lo concibe como un “sistema jurídico destinado fundamentalmente a regir la programación del desarrollo económico”, y finalmente, la del profesor Daniel Moore Marino, quien lo caracteriza, como “el conjunto de principios jurídicos que informan y de disposiciones generalmente de Derecho Público, que rigen la política económica estatal orientada a promover un más acelerado desarrollo económico”(3).

LA AUTONOMÍA DEL DERECHO ECONÓMICO

Para delimitar lo que es el Derecho Económico es preciso señalar si este concepto constituye una rama autónoma dentro de la Enciclopedia Jurídica. A este respecto, el profesor Enrique Aftalión, afirma que la pretensión de mirar como autónomas las zonas rama del saber en Enciclopedia Jurídica, no corresponde a una posición rigurosamente científica.

Teniendo como objetivo el propio Derecho Económico, Aftalión observa que las instituciones de este Derecho, sus principios fundamentales, están afincados en las viejas ramas del derecho: El Civil, el Comercial, el Administrativo, el Penal, el del Trabajo, etcétera. Inclusive dice Aftalión que no se puede afirmar que el método de esta disciplina es peculiar y original, pues reitera su pensamiento en el sentido de que no es sino un solo método jurídico, cualquiera que sea la rama del derecho de que se trate. Pero ello no quiere decir que Aftalión desestime el económico, siempre que se tenga en cuenta, que nunca podrá ser insertada esta rama en una clasificación al lado de las fundamentales, derecho civil, penal y administrativo, por la sencilla razón de que responde a otro principio de división. El Derecho Económico no puede ser contrapuesto a esas mentadas ramas, sino en todo caso un derecho no económico. En esta forma resulta clara la razón de la tesis de Aftalión, como él mismo se encarga de establecerlo: El Derecho Económico no puede ser parangonado con las ramas tradicionales de la Enciclopedia Jurídica, porque sólo puede tener autonomía en un plano transversal a ellas o como una especialización de las mismas.

Concluye Aftalión, que el intento de sistematizar una serie de instituciones jurídicas bajo el nombre de Derecho Social Económico, que es el que él prefiere, no es nada más que un recurso técnico perfectamente legítimo, de que echa mano la ciencia jurídica contemporánea para sus tareas sistemáticas, expositivas y didácticas.(4)

En este mismo sentido, los profesores Alex Jacquemin y Guy Schhrans, concluyen que la noción misma de rama autónoma del Derecho ha sido cuestionada, y a este respecto cita al profesor C. Champaud quien afirma:

“El error es el de querer definir el Derecho Económico como una disciplina jurídica, es decir como un cuerpo de reglas particulares y homogéneas cuyo estudio y enseñanza constituiría una especialidad. En realidad, más que una disciplina el Derecho Económico es un orden jurídico que responde a normas y necesidades de una civilización aún en vías de formación.

Si se adopta este punto de vista, se debe admitir que el Derecho Económico no es una nueva rama del Derecho, sino un Derecho nuevo que coexiste con el cuerpo de reglas jurídicas tradicionales”(5).

Por otra parte los profesores, J.A. Manzanedo, J. Hernando y E. Gómez Reino de la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas de la Universidad de Madrid, introducen en la nomenclatura jurídica de esta disciplina un nuevo nombre: el Derecho Administrativo de la Economía. Ellos consideran que este Derecho no es sino un resultado del ensanchamiento, el crecimiento y el formidable desarrollo que el Estado moderno ha tenido el Derecho Administrativo.

En este sentido estos profesores vienen a mostrar cómo puede eventualmente sistematizarse la función del Derecho Administrativo en Economía. La elaboración de una política económica coherente y sistemática corresponde fundamentalmente al gobierno en cuanto define su programa político sujeto a la aprobación de las corporaciones políticas que encarnan la soberanía nacional. Sobre

este elemento primario que determina las directrices económicas, el Derecho Administrativo aporta una técnica compleja que permite la organización completa y la consecución efectiva de tales finalidades. La Economía pasa hacer alusión encarnándose en el Derecho, pues las directrices económicas, mientras no se formule ilegalmente y no se apliquen mediante actos jurídicos, se encuentran faltas de consistencia externa y carente de viabilidad social y práctica. En consecuencia Derecho y Economía marchan absolutamente unidos siendo una grave inconsecuencia el “menosprecio del Derecho” y caracteriza a algunas mentes de economistas, para los cuales lo jurídico se agota en un puro formalismo rituario carente de sentido moderno y de dinamismo.

El Derecho Administrativo asume la relevante función de proporcionar las técnicas jurídicas que permiten en un Estado de derecho, ordenar mediante frenos y estímulos la actividad económica de los particulares, e incluso organizar la prestación de “servicios públicos económicos” por la propia administración. (6).

El profesor Julio H.G. Olivera en su obra Derecho Económico, hace un magnífico resumen de las diferentes teorías expuestas sobre la naturaleza y autonomía del Derecho Económico y aquí una síntesis muy breve de tal exposición:

En primer término, la concepción del profesor Hedemann quien piensa que el Derecho Económico es el ordenamiento jurídico total en cuanto ésta prevalentemente fundado sobre consideraciones económicas. El Derecho Económico nace así de la posición central que la economía ocupa en el espíritu de nuestros tiempos. Éste enfoque de Hedemann es el que le asigna mayor radio de acción al Derecho Económico y presenta una serie de problemas de orden doctrinario y jurídico que nacen del propio diseño ambicioso de la teoría.

Otros autores más bien consideran el Derecho Económico como una especialidad jurídica pero basada en diferentes conceptos. Uno de ellos, el jurista J. B. Siburn, también hace un enfoque demasiado amplio de lo que es el Derecho Económico en estas palabras: “Los

hechos sociales están sometidos al Derecho; son por tanto hechos jurídicos. Perteneciendo muchos de ellos, simultáneamente, a la clase de hechos económicos, revisten el doble carácter de económico jurídico. Esta propiedad requiere una legislación diferenciada, que se adecue plenamente a la naturaleza especial de aquellos hechos. Pues no “respondería la realidad objetiva de las cosas una legislación que sólo atendiera a su aspecto jurídico, desatendiendo el aspecto económico”, según ocurre en la legislación común.

La regulación especial de los hechos sociales económico jurídicos es la “legislación del derecho económico” sus divisiones se amoldan a la partición corriente de la Economía Política. Hay, en consecuencia un derecho de la producción, derecho de la distribución, derecho de la circulación y derecho del consumo.

Desde otro punto de vista el jurista suizo Hug, incluye en el Derecho Económico todas las normas del Derecho Público y Privado que rigen la existencia y actividad de las empresas económicas. Con lo cual se coloca en una posición subjetiva, para caracterizar lo que es el Derecho Económico a través del concepto de la Empresa.

Algunos autores buscan la diferenciación del Derecho Económico, en el sentido de sus propias normas. Existen algunas teorías a este respecto que también resume el profesor Olivera así: el jurista alemán doctor Otto Moenkmeir parte de las relaciones entre política económica y derecho económico y credo económico. La articulación de la economía para el servicio del pueblo y del estado es un principio político de primer orden. La política toma sobre sí la dirección de la economía, del modo que resulte necesario en interés de la situación política del pueblo. Pero aunque la política económica tiene la conducción activa en todas las zonas de la vida económica, otros impulsos vitales y fuerzas de conformación en alianza con la política económica, crean con ella la forma de la economía nacional, sin ser únicamente una función de la política económica.

Una de estas fuerzas de conformación es el Derecho Económico. A él le incumbe la tarea especial de asegurar la esfera del Derecho

en el campo de la Economía y eliminar de él la violencia y la arbitrariedad.

En obra del profesor suizo Julios Lautner tiene su más elaborada expresión, dice el profesor Olivera, el Derecho Económico, como Derecho de la dirección económica. Si bien no define el Derecho Económico, el amplio análisis que realiza de sus principios e institutos se base sobre la idea de la dirección económica. En toda norma del económico, distingue Lautner, efectivamente, varios elementos de dirección.

Por otro lado existen las teorías que encuentra en el Derecho Económico el reflejo de las estructuras históricas e institucionales o de los procesos políticos. A este orden de ideas pertenecen las concepciones de Hans y Roberto Goldschmidt quienes refieren el Derecho Económico a una especial relación entre el Estado y la Economía, propia de una etapa en la historia occidental.

Hans Goldschmidt a una de que el de económico es el de “la nueva era de la economía organizada”. Este derecho está en función de una nueva faz del estado social, es el derecho de la economía organizada. En su ámbito han de incluirse la organización que resulta de la intervención del estado, o de otras corporaciones públicas, como la emergente de asociaciones particulares.

El profesor italiano L. Mossa afirma que la intervención reguladora del Estado en la economía puede adoptar reformas diversas. Una de ellas consiste en la aplicación de “moldes típicos y abstractos” a que deben ajustar los particulares sus acciones económicas”. La segunda forma de intervención se manifiesta por el control efectivo y concreto de la organización económica, en defensa contra los abusos de la economía. La tercera, en fin, adviene cuando el Estado se transforma en organizador soberano de la economía. El Derecho Económico trasunta “la específica organización económica querida y permitida por el Estado”.

Por último el profesor Olivera, expone la concesión de Hans Buwert, jurista alemán que coloca el concepto de comunidad en

el foco del Derecho de la Economía. La concepción de Buwert es un trasunto de las ideas políticas y sociales que tuvieron su mejor encarnación en las doctrinas del nazismo y del fascismo y que indudablemente tuvieron alguna conexión con las primeras épocas del Derecho Económico, cuando se presentó esta rama de la enciclopedia jurídica como un resultado de la situación de emergencia económica ocasionada por la Primera Guerra Mundial y por el mundo de la postguerra. Así habla Buwert de que la voluntad total de la comunidad se expresa a través del conductor y se funda en la unidad de fin. Sobre estos principios, se edifica el nuevo orden económico. El Derecho Económico obra la articulación de la economía en comunidad. De la economía privada surge la economía común. El Estado reclama sólo la conducción de la economía, no opera por sí mismo, ni pretende sustituir con una burocracia económica las fuerzas creadoras activas de los individuos. La conducción de la economía por el Estado realiza el principio de “la utilidad común prevalece sobre la utilidad individual (7).

CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO ECONÓMICO

En cuanto a las características del Derecho Económico, la doctrina más autorizada le atribuye un sentido instrumental. Esto quiere decir que la regla del derecho se presenta como un instrumento destinado a ejercer lo más eficazmente posible ciertas funciones frente a la economía; ella se dirige a asegurar las condiciones de existencia y del libre funcionamiento de la economía de mercado, o al contrario a que la regla jurídica sea destinada a ejecutar las políticas económicas del Estado, y en esta forma el Derecho es concebido como un instrumento al servicio de la Economía.

Además, el Derecho Económico, es un derecho en formación por cuanto que su dominio no está delimitado, como otras ramas del derecho por un conjunto de normas y principios precisos. Por el contrario el Derecho Económico tiene que recurrir indudablemente a principios constitucionales y a elaboraciones jurisprudenciales para poder sistematizar sus instituciones y conceptos. Esto hace que su campo conceptual sea muy controvertido, y fácil a las

contradicciones. Además por ser tan flexible, tan variable y tan dinámico, se presta a ser en todo momento objeto de debates y conflictos vinculados a los episodios o a los conceptos políticos que estén en un momento dado predominando en las altas esferas del Estado. Desde este punto de vista el Derecho Económico participa de las características del moderno Derecho Administrativo.

CONTENIDO DEL DERECHO ECONÓMICO

Para Alex Jacquemin y Guy Scharans los temas principales del Derecho Económico que ellos han encontrado en los diversos órdenes jurídicos estudiados, pueden ser clasificados en torno de las relaciones que se forman entre tres categorías de agentes económicos: El Estado, la empresa, los particulares. Y seguidamente sugieren la siguiente clasificación como contenido del Derecho Económico:

1. El Estado y la empresa:

A) Relaciones internas de la empresa:

a) Reglamentación de las relaciones entre los miembros de la empresa (trabajadores, directores, inversionistas o prestamistas de capitales).

b) Reglamentación de la afectación patrimonial (contabilidad, gestión y control).

B) Relaciones entre las empresas:

a) Reglamentación de las relaciones contractuales: reglamentación profesional contratos específicos de las relaciones industriales, y comerciales (mercados, ventas especiales, alquileres especiales, acuerdos de concentración, fusión, aportes parciales, grupos de sociedades, holding, sociedad de sociedades o filiales comunes, contratos de integración (concesiones, etc.)

b) Reglamentación de las relaciones de competencia desleal y propiedad industrial; prácticas restrictivas (acuerdos, precios impuestos, discriminación dumping); monopolios y abuso de poder económicos.

c) Relaciones entre las empresas y los poderes públicos. Subvenciones, ayuda y reorganizaciones sectoriales, reglamentación de las empresas en razón de su objeto (fabricaciones prohibidas, controladas o reglamentadas) control sanitario o antifraude, sectores claves; empresas de economía mixta; empresas públicas: nacionalización.

2) El Estado y la colectividad:

A) Régimen de precios y de cambios.

B. Política financiera y monetaria.

C) Política fiscal.

D) Política de ingresos.

E) Reglamentación de los cambios internacionales. (cambio, aduana, contingencia). Ser

F) Acuerdo entre los grupos sociales y los poderes públicos.

G) Planificación nacional y regional (consumo, ahorro e inversiones).

H) Administración económica (Ministerios económicos, administración del plan).

Después de este completo esquema, que nosotros hemos simplificado en aquella parte que se refiere a figuras jurídicas que son extrañas a nuestro Derecho nacional, los profesores Jacquemin y Scharans no dejan de anotar que si el examen fuera más amplio habría que incluir un tercer título, “el Estado y el resto del mundo”, bajo la cual se comprenderían las reglas del Derecho Económico Internacional. (8)

V. Las bases constitucionales del Derecho Económico en Colombia:

En primer término, es preciso exponer algunas ideas sobre la planificación y sus bases constitucionales. Ante todo, nadie discute hoy en el mundo si hay o no que planificar: el único problema es determinar cómo se planifica. Hay que recordar que el ordenamiento

jurídico, reposa en la Constitución, que es la ley fundamental del Estado y no se debe olvidar tampoco que el Estado es una forma de poder y que el poder es elemento esencial del derecho. Por eso el artículo 32 de la Constitución Nacional que consagra la planificación es una norma fundamental, para enfocar todo lo que se relaciona con el Derecho Económico en Colombia.

Simplificando hasta el máximo sobre la materia se puede clasificar la planificación en dos clases: la planificación imperativa y la planificación indicativa. El plan imperativo, es aquel que jurídicamente es obligatorio de tal modo que legalmente las empresas carecen de toda acción que les permita sustraerse a sus normas y el plan indicativo es el que no constriñe u obliga sino que únicamente pretende ser un instrumento de orientación de la expansión económica y del progreso social un marco de los programas de inversión. Así la planificación indicativa o flexible deja a los particulares y a las empresas la libertad de acomodarse o no a los objetivos del plan. El plan incita a las empresas privadas a adherirse a él; en contrapartida se les otorga una serie de beneficios. En cambio en la planificación imperativa, los responsables de la producción y de las inversiones, deben acogerse obligatoriamente a las indicaciones del plan. Los planes indicativos implican una previsión para el futuro pero también cierta orientación de la economía. La calificación de flexible que se le atribuye, pone de manifiesto la posibilidad de modificaciones de adaptaciones del plan a lo largo de su ejecución, si ello lo indica la experiencia o la ejecución del plan. los planes imperativos de tipo soviético, admiten estas modificaciones, ya que la economía corresponde a una economía de estado en la cual todos sus elementos son solidarios. De este modo los planes soviéticos exigen un trabajo de ajuste continuo.

¿Cuáles son las bases constitucionales de la planeación, vale decir, las bases constitucionales del derecho económico? Y aún más, ¿cuáles son las bases constitucionales del Derecho Económico en Colombia? Por las razones anotadas anteriormente, apenas se hace una enumeración del texto de las normas constitucionales, cuya profunda significación política, jurídica y económica aparece a

prima facie como la institucionalización del Derecho Económico en Colombia. Estos aspectos fundamentales son: Artículo 32: “se garantiza de la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía estará a cargo del estado. Este intervendrá por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y los servicios públicos y privados para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral.

Intervendrá también el Estado por mandato de la ley, para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales, dentro de una política de ingreso y salarios, conforme a la cual el desarrollo económico tenga como objetivo principal la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad y de las clases proletarias en particular (Artículo 6 del Acto Legislativo número 1 de 1968)”.

Art. 76. “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: Ord. 4 Fijar los planes y programas de desarrollo económico y social al que debe someterse la economía nacional, y los de la obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de los recursos a inversiones que se autoricen para su ejecución y de las medidas necesarias impulsan el cumplimiento de los mismos”.

Ord. 15. “Fijar la ley, peso, tipo y denominación de la moneda y arreglar el sistema de pesas y medidas”

Ord. 21. “Dictar las normas sobre apropiación o adjudicación y recuperación de tierras baldías”

Ord. 22. “Adoptar las normas generales a las cuales deba sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: organizar el crédito público; reconocer la deuda nacional y arreglar sus servicios; regular en cambio internacional y el comercio exterior; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduana”

Art. 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. (Art. 9 de Acto Legislativo número 1 de 1936).

Art. 17. “El trabajo es una obligación social y gozará de la especial al protección del Estado. Acto Legislativo número 1 de 1936)

Art. 30. “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título con arreglo de las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerado por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o de interés social resultan 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 por haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa. Con todo, el legislador, por razón del de equidad, podrá determinar en 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. (Art.10 del Acto Legislativo número 1 de 1936)

Art 31 “Ninguna ley que establezca un monopolio por aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizado los individuos en virtud de ellas deban quedar privados del ejercicio de una industria lícita. Ningún monopolio por restablecerse sino como arbitrio rentístico y en virtud de la ley. Solamente podrá concederse privilegios que se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación. (Art 4 del Acto Legislativo número 3 de 1910)

Art. 80 “Habrà una comisión especial permanente encargada de dar primer debate a los proyectos a que se refiere el ordinal 4 del artículo 76 y de vigilar la ejecución de los planes y programas de desarrollo económico-social, lo mismo que la evolución del gasto público. Durante el receso del Congreso esta Comisión

podrá sesionar, por iniciativa propia o convocatoria del gobierno, y rendirá los informes que determine la ley o las cámaras le soliciten. Esta comisión estará formada por un senador y un representante de cada departamento y dos representantes más de las Intendencias y Comisarías, todos elegidos por dichas corporaciones en la proporción en que están representados los partidos en las cámaras. En el primer debate de los proyectos de ley sobre la materia del ordinal 4 del artículo 76 cualquier miembro de las cámaras podrá presentar ante la Comisión Especial Permanente, la propuesta de que una determinada inversión o la creación de un servicio nuevo sean incluidos en los planes de programas. Si la inversión o el servicio ha sido ya objeto de estudios de factibilidad que muestran su costo, su beneficio con relación a las posibles alternativas y su utilidad social y económica, y la Comisión previo estudio de su organismo asesor, las acogiere por el voto de las dos terceras partes de sus miembros pasarán al Gobierno para que se incluya en planes y programas o en sus reajustes si los hubiere. Si un proyecto no contare aún con los estudios arriba mencionados, la Comisión podrá incluir la realización de los mismos dentro del plan, con el lleno de las formalidades que contempla el inciso anterior. Con todo, si el gobierno juzga inaceptable la iniciativa, informará a la Comisión en un término de 10 días sobre las razones que motivaron su rechazo. Si con la misma votación la Comisión insistiera, el Gobierno procederá a efectuar los reajustes pertinentes. La Comisión Especial Permanente tendrá cinco meses para decidir sobre los proyectos de planes y programas de desarrollo económico y social de las obras públicas, a partir de la fecha en que le sean presentados por el Gobierno, a cuyo vencimiento perderá la competencia, la cual automáticamente corresponderá a la Cámara de Representantes hasta por tres meses de sesiones, para decidir en un solo debate. Aprobado por la Cámara o transcurrido el término señalado sino que hubiera decidido, pasará ipso facto al conocimiento del Senado con un plazo igual, a cuyo vencimiento, si no hubiere decisión en el gobierno podrá poner en vigencia el proyecto mediante decreto con fuerza de ley. La Comisión designará tres senadores y tres representantes para que concurran, con carácter

informativo, ante los organismos nacionales encargados de preparar planes y programas. (Art 14 del Acto Legislativo número 1 de 1968).

Art 122 “Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en el artículo 121, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico-social del país o que constituyan también grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos sus ministros declarar el estado de emergencia por períodos que sumados no podrán exceder de noventa días al año. Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente con la firma de todos los Ministros dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Tales decretos solamente por referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que determina el estado de emergencia. El Gobierno en el decreto en que declare el estado de emergencia señalará el permiso dentro del cual va a (buscar) hacer uso de sus facultades extraordinarias a las que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término. El Congreso examinará hasta por el lapso de 30 días, prorrogables por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que represente el gobierno sobre las causas que determinaron el estado de emergencia y las medidas adoptadas. El Congreso podrá en todo tiempo y a iniciativa propia, derogar, modificar o adicionar las materias específicas de los decretos a que se refiere este artículo, el Congreso se reunirá por derecho propio, si no fuere convocado. Serán responsables del Presidente y los Ministros cuando declaren el estado de emergencia sin haber ocurrido los hechos a que se refiere el inciso primero lo serán también por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refieren el presente artículo.

Durante el estado de guerra económica el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores consagrados en leyes anteriores.

Parágrafo: el gobierno enviará a la Corte Suprema de Justicia el día siguiente o a su expedición, los decretos legislativos que evite el uso de las facultades a que se refiere este artículo para que aquélla decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el gobierno no cumple con el deber de enviarlos, la Corte Suprema de Justicia aprehenderá inmediately de oficio su conocimiento. Los términos señalados en el artículo 214 se reducirán a una tercera parte, y su incumplimiento dará lugar a la destitución de los magistrados responsables la cual será decretada por el tribunal disciplinario (Artículo 43 del acto legislativo número uno de 1968).

Pero sí es conveniente insistir en las proyecciones doctrinarias del artículo 32 de la Constitución. Y recordar que, cuando se dice que el Estado asume el papel de director de la economía, ello quiere decir que la maneje y controla a través; de las leyes intervencionistas, por medio de la planeación, con las reglamentaciones que aseguran la función social de la propiedad, unos estímulos financieros son fiscales con las sanciones de esta misma categoría para determinadas actividades, o con la administración de la política monetaria, tan esencial en el orden económico.

El doctor Alfonso López Michelsen, al participar en el debate constitucional sobre el artículo 32 señaló los conceptos nuevos aportados por esta norma fundamental así: el de la planificación, cuando se afirma que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. El de la economía “concertada”, término propio de la planeación francesa, cuando, en la planeación para el sector público, se reafirma en el inciso primero que garantiza la libertad de empresa y la iniciativa privada. El de “desarrollo económico” dentro de un mejoramiento armónico de las condiciones de vida de los trabajadores para consagrar en la Constitución el papel activo del Estado como motor del desarrollo y simultáneamente la función social de procurar que dicho desarrollo no se adelante con menoscabo de la justicia social. El de “pleno empleo” de los recursos humanos y naturales es el concepto keynesiano, ya adoptado casi universalmente, de que para que subsista y tengan vigencia de las libertades formales, la primera obligación del Estado en cualquier

país, pero principalmente en aquellos que estén en vía de desarrollo, cuya característica principal es el subempleo consiste en crear un número mayor de oportunidades de trabajo, para que exista la libertad material. ¿Qué es la “reforma agraria”? El pleno empleo de los predios rurales, ¿Qué es la reforma urbana? El pleno empleo de los lotes, edificaciones y servicios públicos de las ciudades. ¿Cuál es la finalidad de la planeación? Hacerle frente al crecimiento de la población con el mejor aprovechamiento de los brazos y los recursos de todos dentro del territorio. Se introduce el concepto de una política de “ingresos y salarios”, que es, dentro de la ideología socialista contemporánea, particularmente los países de Europa occidental, la forma de buscar el equilibrio y la justicia social, no a través del reparto mecánico de los bienes, sino de la proporcionalidad en el ingreso de los habitantes, como un propósito de Estado (9).

FUENTES DEL DERECHO ECONÓMICO

Como fuentes del Derecho Económico se pueden citar las mismas de todo derecho: la ley, la doctrina, la jurisprudencia, y la costumbre. La fuente ley se emplea en sentido genérico para señalar no solamente a la ley de leyes, es decir la Constitución sino la ley que emana del Congreso y aquellas normas o decretos del Presidente de la República que tienen fuerza de ley, o que no teniéndola constituyen sin embargo fuentes de normatividad del Derecho Económico.

Ya se ha notado lo que significa la ley, y en primer término, la Constitución como fuente creadora de este derecho. Asimismo los decretos del Presidente de la República, puede llegar a constituir fuente muy valiosa del Derecho Económico. Los más importantes son aquellos que dicta el presidente de la República en uso de sus facultades extraordinarias del artículo 76 coordinándose como, por ejemplo, el decreto 444 de 1967 llamado Estatuto Cambiario, asimismo los que pueda dictar con base en el artículo 122 que reglamenta la llamada emergencia económica, también los que pueda dictar con base en el artículo 80 de la Constitución para expedir por medio del decreto el plan de desarrollo económico

y social cuando el Congreso no le dé la debida aprobación, en desacuerdo con los trámites establecidos en la propia Constitución. Además también puede el Presidente de la República producir otro tipo de decretos muy importante cuando reglamenta o desarrolla las facultades que le confieren las llamadas “Leyes cuadros”, a que se refiere el ordinal 22 del artículo 120. Fuera de la ley como fuente del Derecho Económico, se mencionan la jurisprudencia, la doctrina, y la costumbre.

ENTIDADES ADMINISTRATIVAS DEL DERECHO ECONÓMICO

En el campo político administrativo, como se ha demostrado, el Derecho Económico encuentra amplia consagración en Colombia. No cabe, por el carácter esquemático de este trabajo, hacer una exposición de las funciones e importancia que tienen las instituciones u organismos administrativos vinculados al Derecho Económico. Por eso sólo se hace una mera enunciación de tales entidades cuyo número, jerarquía y atribuciones expresa objetivamente la realidad institucional del concepto de Derecho Económico. Como entidades administrativas de Derecho Económico se pueden enumerar las siguientes:

El Consejo Nacional de Política Económica y Social. El Departamento Nacional de Planeación. El Ministerio de Desarrollo Económico. La Junta Monetaria. El Instituto de Comercio Exterior. La Superintendencia de Control de Cambios. La Superintendencia de Sociedades. La Superintendencia Bancaria. El Instituto Nacional de Transporte. La Sección de Control de Drogas y Productos Biológicos del Ministerio de Salud. La Superintendencia de Industria y Comercio. Las Cámaras de Comercio. La Dirección General de Aduanas. Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. Las Sociedades de Economía Mixta.

CONTROL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Las competencias que atribuye la ley a los diversos órganos de la administración, para regular la actividad de la propia administración o de los administrados pueden dar lugar a que la administración

extralimite tales competencias u omita su ejercicio. Por ello en el estado de derecho se establece un control sobre la actividad de la administración a fin de que esa actividad se conserve dentro de los marcos que fija la ley. Este control es ejercido por los organismos, las autoridades o las entidades que la ley crea y organiza para mantener al administración en los límites de la legalidad y de las normas que regulan a su actividad el tipo de control establecido por la Constitución y las leyes en Colombia sobre la actividad de los organismos administrativos que tienen que ver competencias del Derecho Económico, no es distinto al que se ejerce en general sobre la administración, aunque en algunas ocasiones, como es apenas, natural presenta sus peculiaridades derivadas de las características especiales de este Derecho.

Ese control es triple: Político administrativo y jurisdiccional. En primer término el control político lo ejercen el Congreso, las Asambleas departamentales o los Concejos municipales, de acuerdo a las normas establecidas en el Senado de la República, las Asambleas o los Concejos, se expresa en las citaciones a los debates en tales corporaciones públicas, situaciones que hacen a los funcionarios públicos responsables de las actuaciones que son objeto de control. También puede producirse ese control a través de las investigaciones que ordenan las mismas corporaciones públicas, las cuales pueden llevarse a cabo por miembros de dichas corporaciones. Es un control eminentemente político, pues no pueden los organismos controladores revocar ni mucho menos anular los actos de las autoridades administrativas, pues ello sería una intromisión en las facultades que le corresponden a tales autoridades. El control administrativo se ejerce por medio de la vía llamada gubernativa, que tiene dos recursos por medio de los cuales se pueden impugnar los actos de las autoridades administrativas. Esos recursos son los de reposición y de apelación, cuya finalidad es la misma, es decir, la de que se aclare, se modifique o se revoque el acto administrativo, ya sea por el propio funcionario que lo dictó, caso que corresponde al recurso de reposición ya sea por el superior jerárquico de dicho funcionario, caso que corresponde al recurso de apelación. Fuera de

esta vía gubernativa ordinaria, en Colombia, como en otros sistemas jurídicos, se ha establecido un nuevo procedimiento de revocación directa del acto administrativo por el propio funcionario o por su superior jerárquico en las tasas y con las formalidades establecida por la ley. En este caso, la propia administración, aún de oficio, puede revocar directamente los actos administrativos cuando ellos son contrarios a la ley, cuando atenta contra el interés público social o cuando con ella se causa agravio injustificado a una persona.

Por último el control jurisdiccional en el cual ya un juez dentro de los procedimientos establecidos por la ley juzga y decide con autoridad de cosa juzgada las controversias que se suscitan entre los administrados y la administración con motivo de los actos de esta. Este control jurisdiccional se lleva a cabo en Colombia por una jurisdicción especializada, la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En este control jurisdiccional existe, como en todos los procesos las partes. Por un lado la administración y por otro el administrado. La materia de la litis, el acto, hecho, operación administrativa que ha lesionado un derecho o un interés legítimo del administrado, y por último el orden jurisdiccional independiente de las partes, con facultad para decidir el problema, bien anulando el acto, restableciendo el derecho o modificando la operación administrativa, según sea el caso. Los controles políticos o parlamentarios, como el administrativo y el jurisdiccional, son la expresión de la garantía que tienen los administrados en el estado de derecho y en el régimen democrático para impugnar los actos de la administración cuando no se sujetan a la ley. El principio de la legalidad, está en la base de toda actividad administrativa en nuestro estado de derecho, según lo consagran los artículos 2,16 y 20 de la Constitución Nacional.

EL DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL.

El otro aspecto muy fecundos de la investigación científica de estudiar las reglas jurídicas cuya vigencia se extiende a diversos Estados y que afecta sin duda la estructura de su propia economía, bajo las nuevas formas que asume el Derecho Internacional Público

y las exigencias de la cooperación económica y social entre las naciones. Atrás quedan también las obsoletas teorías de la soberanía nacional, que sucumben en primer término frente al emporio de las leyes económicas internacionales por el contrario, el mundo vive una era del más ambicioso universalismo y por eso aún dentro de los sistemas político y económico más contrario, funciona ahora una serie de instituciones y principios que rigen las relaciones económicas y políticas entre los pueblos, un símbolo pleno de este universalismo es la Organización de las Naciones Unidas, con su numerosa teoría de instituciones en el campo cultural, económico y social, y en América la Organización de Estados Americanos, también con una amplia organización administrativa en estos campos y que otra cosa que Derecho Económico Internacional, y en este caso interamericano constituyen los pactos de la integración económica conocido ampliamente como la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio(ALAC) y el Pacto Andino.

CONCLUSIONES

Las conclusiones de este estudio esquemático se han derivado de la exposición de la materia, al través de los anteriores capítulos. No queda duda de que existe una nueva rama jurídica, el Derecho Económico, que no es ni puede ser autónoma, pues su dominio se enmarca sobre el proceso económico, y tal proceso es objeto de regulación por normas de Derecho Público y de Derecho Privado.

Es claro que se trata de un derecho en formación cuya ubicación más exacta en la Enciclopedia Jurídica habría que situarla en el Derecho Público como resultado de los procesos políticos y sociales de nuestro tiempo, es incontrovertible asimismo, en las instituciones políticas y administrativas de Colombia puede señalarse la consagración de normas y principios característicos de este Derecho Económico, que exigen ensayo de sistematización que requiere determinadas circunstancias de espacio y de tiempo .

Es una tarea científica y académica para ser llevada a cabo con la responsabilidad compartida de los juristas y los economistas. A tal tarea se refiere al eminente jurista francés René Savatier cuando

precisa que “un divorcio entre las disciplinas económicas y jurídicas es inconciliable con el contenido de las unas y las otras. Los equipos de juristas y de economista deben elaborar el Derecho Económico que a nuestro tiempo necesita, pues él trata de establecerlo o de aplicarlo”(10).

BIBLIOGRAFÍA

1. Aftalion E; Derecho Penal Administrativo, Ediciones Arayu. Buenos Aires, 1955, p.p. 34, 35.
2. Hubner G,J; Introducción al Derecho. Editorial jurídica de Chile,1966, p. 414.
3. Aftalion E; Ob. cit. 35, 36
4. Jacquemin A et Schrans, G: Le droit Economique, Press Universitaires de France, 1970 p.p. 89, 90.
5. Manzanedo J.A. Hernando J, Gómez R,: Curso de derecho Administrativo Económico Instituto de Estudios Administrativos, Local Madrid,1970. p.p. 10, 11.
6. Olivera JH: Derecho Económico. Ediciones Arayu, Buenos Aires, 1954, p.p. 2 y siguientes.
7. Jacquemin y Schrans: Ob. cit. p.p. 94, 95.
8. López M.A.: Carta a El Espectador octubre 24 de 1966.
9. Jacquemin y Schrans: Ob. cit. p. 125.

CONFERENCIA PRONUNCIADA EN EL PARANINFO DE LA UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

Regreso a estos ilustres claustros con la singular sensación de no haber estado ausente de ellos. Tanta es la carga de sentimientos y de ideas que me mantienen vinculado a estas piedras memoriosas y a lo que significan en el campo de la educación y de la cultura.

Pero regresar para recibir una condecoración tan honrosa como la que me han discernido sus directivas, colma de mayor satisfacción mi espíritu. Ciertamente al honor de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia se agrega éste no menos valioso por su elevada proyección académica y por ser el trasunto de una vivencia que compartí, día a día, bajo estos arcos historiados con las gentes que avanzaron por el mismo camino de la vida con comunes luchas, angustias y esperanzas.

La Universidad de Cartagena me otorga, pues, una distinción invaluable, por lo que ella representa en la historia de la ciudad, de la región y de la República. Decir cuál ha sido su papel en el devenir histórico de nuestro pueblo sería reiterar el testimonio de reconocimiento y gratitud por un claustro que ha influido decisivamente en la formación de la clase dirigente de la Costa Atlántica, desde cuando el general Francisco de Paula Santander tuvo la genial visión de fundarla como empresa de cultura. Y desde entonces ha venido ella sirviendo a los intereses culturales de nuestro pueblo y de la nación, en tal forma que no es aventurado afirmar que no se comprendería el papel protagónico que ha desempeñado Cartagena en la historia de la República sin la existencia de este claustro universitario. Él ha sido la cuna de una teoría de hombres ilustres que han descollado en las diversas provincias de la cultura. Bastaría citar el nombre de don Rafael Núñez, cuyo liderazgo político lo llevó a encabezar una gran transformación institucional en el país, y quien formó su cerebro en la Facultad de Derecho, para ser luego su Decano y Rector de la Universidad. Y así tantos otros que se destacaron en la política, la medicina, la docencia y la literatura, y que en Cartagena establecieron un núcleo de pensamiento y acción

cultural y política que ha dejado honda huella en la historia de Colombia.

La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena tiene una especial significación en el proceso de mi formación académica. Allí conocí y disfruté de la enseñanza de excelentes maestros, como los doctores Juan Ignacio Gómez Naar, Ignacio Vélez Martínez, Augusto Tinoco Pérez, Ismael Guete y Guillermo Gómez León, entre otros. Allí inicié además, mi carrera de catedrático luego de haber tenido la prueba valiosa de las cátedras jurídicas en la Facultad de Economía que empezaba a dar sus primeros pasos institucionales, cuando regresé de la experiencia fecunda de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional. Y allí, por sus pasos contados, alcancé la insigne investidura de Decano, cuando era muy clara para mí la trascendencia del respeto a los valores de la tradición académica con la necesaria renovación de métodos y programas para ubicar a la Facultad dentro de contextos de las instituciones de su índole en el resto de la nación. Por eso fue posible encabezar, con la colaboración de los profesores y estudiantes, un proceso de transformación que incorporó a los programas las tareas de la investigación jurídica, los seminarios de análisis y profundización de los estudios en las diversas áreas, las actividades de educación continuada, la organización del consultorio jurídico y de los cursos de posgrados. Ese trabajo académico, que fue el resultado de una labor de equipo, ha sido continuado felizmente, por eso la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena goza hoy de un amplio y merecido prestigio.

En el campo de la justicia como en los demás campos de la actividad del Estado se presenta una situación difícil y compleja, producto del desbordamiento de una sociedad que ha crecido aceleradamente en sus estructuras económicas y sociales. Por eso también en este campo se desarrollan los pasos para realizar una reforma judicial, que esté de acuerdo con las necesidades del país. En este sentido, en el interior de la rama jurisdiccional se viene aplicando los mandatos de la ley de carrera judicial, por primera vez en la historia de la República y de seguro el gobierno nacional,

con la colaboración de la Corte Suprema de Justicia, adelantará en el presente año tal reforma para lo cual cuenta con facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 30 de 1987.

Entonces es preciso preparar el abogado que el país necesita, para el presente y para el inmediato futuro. Tiene que ser un abogado con unos fundamentos firmes en la preparación científica y en el dominio de los métodos de aprendizaje para que no vaya a decir ante las reformas que estas le han derogado los conocimientos adquiridos. Tiene que ser, además, un abogado que a su formación académica agregue una ética invulnerable y una conciencia muy lúcida de sus deberes sociales.

Porque, además, el país tiene que enfrentar el problema de la proliferación de las Facultades de Derecho, cuyo nivel académico no garantiza el egreso de abogados calificados, como lo exigen las circunstancias sociales. No se pueden producir abogados como se producen artículos de consumo. Es lamentable que los esfuerzos que se han desarrollado a nivel de las universidades y del ICFES, se hayan perdido en el vacío, pues los programas de estudio que han sido objetos de despaciosos análisis por decanos y expertos juristas y catedráticos se vuelven papeles de archivos en las agencias del gobierno, ante la presión de los más diversos intereses, que no son precisamente los que mejor sirven las conveniencias de la nación, y especialmente de su juventud.

En medio de la crisis que vive el país, es bueno reencontrar el camino del compromiso moral. Crisis quiere decir que hay valores que han desaparecido en el turbión de los hechos, pero que hay otros que sobreviven y pueden sostenernos la esperanza. Sin duda el país necesita hacer una gran rectificación de su conducta. Esa rectificación alcanza el nivel de lo político, lo jurídico y lo moral. Que los vientos que soplan y que prefiguramos en el inmediato porvenir no nos encuentren con las manos vacías, sino con un puñado de soluciones racionales y eficaces para enfrentar las nuevas exigencias de los tiempos. En medio de la tormenta mantengamos la lucidez, la esperanza y la voluntad de lucha. Lucidez para comprender los

problemas, esperanza en la virtud del hombre para solucionarlos, y voluntad de lucha para defender los valores ideológicos y morales a los cuales está vinculado el paso nuestro sobre la faz de la tierra. Aquí y ahora, señora Rectora, cuya inteligencia, ilustración y carácter son una invitación a realizar esta empresa vital para la Universidad y para la nación, renovemos nuestras convicciones sobre lo que significan estas palabras elementales:

Libertad, justicia y paz.

EL ABOGADO, PROFESOR UNIVERSITARIO Y PERIODISTA PANTALEÓN NARVÁEZ ARRIETA, ES EGRESADO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CARTAGENA, CULMINÓ SU ESTUDIOS SIENDO FABIO MORÓN DÍAZ DECANO. ESCRIBIÓ EN EL UNIVERSAL EL SIGUIENTE EDITORIAL:

SIEMPRE FUE EL DECANO

Antes de oír a Fabio Morón Díaz, mis compañeros y yo, estudiantes de Derecho de la Universidad de Cartagena, considerábamos que nuestro futuro dependería de la aparición de una sucesión de un acaudalado o de la renuencia de un patrono a cumplir con las prestaciones de un extrabajador. Pero, luego de asistir a sus clases, descubrimos que el ámbito de nuestra actividad se ampliaría. Él contaba con el conocimiento y la experiencia para acercarnos a las complejidades del funcionamiento del Estado y hacernos entender que las responsabilidades no eran sólo de los particulares, sino también de los entes públicos, a cuyo cargo estaban algunos servicios. Como profesor no sólo persuadió a sus discípulos de la necesidad de consultar a los autores que contaban con reconocimiento en el país, sino que nos permitió discutir con él dentro o fuera del aula, tanto de asuntos de la academia, como de política o de literatura. Recuerdo una velada que ocurrió un sábado de 1980 en una casona de Getsemaní. Le cuestionamos por las deficiencias de la Facultad. Él nos oía con atención y rebatía con convicción, pero sin exaltarse, de modo que aunque no hubiera consenso, uno se sentía el contertulio con el que habitualmente Fabio se reunía.

No obstante, mientras fui estudiante, nunca lo conté entre mis amigos. Tal vez por el prejuicio que surgía de encarnar él la autoridad y haber manifestado yo inconformidad por la incompetencia de algunos docentes y la escasez de textos en la biblioteca que mermaban las posibilidades para conocer o profundizar en temas que se requerían para obtener la seguridad para afrontar, como profesionales en ejercicio, los problemas que se presentarían en las diferentes áreas del derecho.

Luego de recibir de sus manos el diploma, pensé que no lo volvería a ver, sobre todo porque un año después lo escogieron para

ocupar una vacante en la Corte Suprema de Justicia. Pero en 1986, durante un seminario que se desarrolló en la Universidad Santo Tomás de Bogotá, lo vi. Se encontraba en la mesa de los expositores, yo, por supuesto, entre los concurrentes, en un asiento próximo a la pared del fondo, hasta donde llegó un vigilante que me entregó una nota que había firmado él y en la que me pedía que no saliera sin saludarlo. Me sorprendí y me emocioné. Era un honor saber que todavía me recordaba, que me había distinguido entre la multitud. Años después, siendo magistrado de la Corte Constitucional, Fabio Morón Díaz vino a Sincelejo y habló sobre el proceso de formación de las leyes y de la trascendencia de la Constitución del 91, cuyo entramado defendía con el convencimiento de que ella entronizó principios que nos ayudarían a aplicar la concepción que ponía a las constituciones a regir de verdad la vida jurídica de un país. Fue en el auditorio del Hotel Marsella. Aunque oí la conferencia desde el inicio, sólo al finalizar pude acercármele. Él no ocultaba la alegría. Intuí que su estado de ánimo lo provocaba el recuento con sus discípulos.

Enrique Orozco Castellanos, que fue su compañero de aula, me lo ratificó: “Está así no sólo por la cercanía de sus querencias, sino porque hoy lo rodean amigos y compañeros, como en los tiempos en que dirigía la Facultad de Derecho”, me dijo. Yo le creí. Al fin de cuentas Fabio siempre fue el Decano.



Homenaje nacional en el Centro de Convenciones de Cartagena, aparece el homenajeado, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, el Expresidente de la Corte Suprema Exmagistrado Humberto Murcia Ballén, oferente del homenaje, la doctora Amira Román de Pombo y el Capitán de Navio Gonzalo Parra.

EL MAGISTRADO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y LA CORTE CONSTITUCIONAL

LA JUSTICIA NUNCA MÁS DEBE SER ABANDONADA (1)

(1) Edición Corte Suprema de Justicia

El ejercicio por un año de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia constituye no sólo un honor perdurable si no una exigente responsabilidad. La Corte tiene ganada la gama más eminente categoría en el marco de las instituciones nacionales, tanto por su ilustre pasado de servicios en la vida de la República, como por los difíciles y tormentosos episodios en que se ha visto comprometida en los últimos años de su evolución política, en los que su actuación de suprema guardiana de la integridad de la Constitución la ha llevado al extremo límite del sacrificio y de la inmolación de las propias existencias de los Magistrados, como ocurrió en el histórico holocausto del Palacio de Justicia, en noviembre de 1985.

Por eso, el ejercicio de este cargo en 1989 ha reflejado los agudos y graves conflictos que se han suscitado en este año. No ha sido sólo la continuación del proceso de reforma y reorganización interna que

viene cumpliéndose bajo las pautas del Decreto 052 de 1987, sino de todo el contexto de problemas que surgieron del proyecto de la reforma constitucional y que tienen que ver con la aplicación de la justicia, el debate sobre sus carencias y motivaciones, el reclamo por modernizarla y dotarla de los suficientes recursos humanos y materiales, y, además del análisis de sus objetivos, la aspiración de cambiarle sus orientaciones de autonomía para interferir la independencia que el constituyente le garantizó desde el Plebiscito de 1957 -hace 31 años- para ponerla al servicio de esquemas partidistas superados por el consenso de los partidos, y quizás de la propia nación.

¿Y qué decir del papel de víctima que le ha tocado vivir a la justicia en estos tiempos desorbitados y angustiosos, en que ella ha puesto el mayor número de mártires, sin que el Estado hubiera previsto una estrategia para preservar eficazmente sus funciones?

Si a todo ello se agrega la forma como ha crecido inusitadamente el país, y dentro de él los fenómenos de la moderna delincuencia y del crimen organizado, y cómo frente a las instituciones tradicionales se ha levantado una impugnación subversiva de diferentes tamiz ideológico, que lleva ya muchos años, y que ha obligado al país a vivir crónicamente en el Estado de Sitio previsto por el artículo 121 de la Constitución, es preciso admitir que en estos tiempos de lucha y de graves conflictos económicos políticos y sociales, el oficio del juez ha dejado de ser una pacífica investidura, mucho más cuando se trata de dirigir el máximo tribunal de justicia que tiene la República.

En carta dirigida al Presidente de la República con fecha 31 enero 1989, el Presidente de la Corte señaló:

“... coincido con usted, señor Presidente, en que la magnitud del reto de los violentos impone a la Nación y a sus instituciones la responsabilidad de redoblar esfuerzos para defender el Estado de Derecho. La situación que se proyecta en este crimen y en los demás que deplora la Nación, exige una respuesta que reúna en un solo haz de voluntades a todos los colombianos para enfrentar,

sin vacilaciones ni reservas, un desafío que es primero en el orden de las prioridades nacionales. En este sentido no cabe duda ya porque quizás el país ha hecho conciencia sobre este particular-, que el fortalecimiento de la justicia como institución no debe ser un mero enunciado teórico sino una constante y decidida voluntad de darle a todos los instrumentos y medios adecuados para que ella cumpla eficazmente sus fines, tan esenciales para la seguridad y la convivencia ciudadanas.

Sé muy bien que su gobierno ha adoptado esta conducta de apoyo a los programas de desarrollo y mejoramiento de la Rama Jurisdiccional, pero es preciso hacer un esfuerzo mayor que esté a la altura de sus necesidades y de las que gravitan sobre la Nación. La verdad es que la justicia ha venido padeciendo crónicamente de abandono, por una inexplicable indiferencia que se remonta a muchas décadas y que por ello hay que recuperar el tiempo perdido. Porque en la medida en que el país ha crecido y se ha desarrollado económica y socialmente, así como las demás instituciones del Estado, la justicia siguió con su misma estructura, y, lo que es peor, con una increíble falta de medios administrativos, económicos y financieros para realizar sus supremos cometidos.

Por eso, señor Presidente, esperamos continuar una línea de trabajo y acción que lleve a una necesaria transformación de la justicia, y que impliquen la dotación por parte del Estado de todos los instrumentos y medios adecuados para que ella pueda cumplir los compromisos que le depara esta época difícil y tormentosa”.

De ahí que en esta publicación se hayan recogido diversos conceptos y estudios sobre los problemas básicos que tuvieron que ver con la justicia. Sin duda uno de los principales fue el de la Reforma Constitucional. Se publican así el discurso pronunciado por el Presidente de la Corte en el Foro sobre la Justicia que organizó el Congreso en el Salón Elíptico, y las consecuencias que en el debate subsiguiente produjo tal intervención hasta que por fortuna la iniciativa fue archivada por obra de factores políticos conexos y concurrentes. En este sentido, fue de la mayor importancia la

actitud adoptada por el Presidente Barco Vargas a este respecto, pues expresamente rechazó en intervenciones públicas la “politización de la justicia”.

Además, se alude esquemáticamente al proceso de la emergencia política que se reflejó en el control constitucional que ejerció la Corte Suprema de Justicia sobre los decretos legislativos dictados por el Gobierno, a raíz del trágico magnicidio del doctor Luis Carlos Galán. Esa histórica tarea realizada por la Corporación se vincula a una jurisprudencia constitucional coherente, pero no bien conocida, que trata de consolidar las reglas del sistema democrático dentro del contexto de las nuevas realidades políticas económicas y sociales. Y ello se ha hecho con una reflexión sobre la índole de nuestras propias instituciones nacionales, sin necesidad de recurrir a teorías extremas como la del Derecho de Gentes o las del llamado “estado de necesidad”, a las que frecuentemente se refieren juristas que pretenden estar a la penúltima o a la última moda en estas materias del Derecho Público.

La Carrera Judicial prosiguió su desarrollo en 1989 y tuvo un alcance ciertamente histórico por primera vez en la historia de la República, la Corte Suprema de Justicia eligió a los magistrados de los 27 Distritos Judiciales con aplicación estricta del Decreto 052 de 1987, orgánico de la Carrera Judicial. A tal proceso también se hace referencia, así como a los esfuerzos por alcanzar la autonomía fiscal y la propia ordenación del gasto, programas de ambicioso diseño que tuvieron amplio desarrollo en 1989. Ellos embargaron mucho tiempo de la Corte y de la Presidencia y es justo hacer un pleno reconocimiento al desempeño que el Magistrado doctor Jaime Giraldo Ángel le comunicó al ejercicio de la Dirección de la Carrera Judicial, así como también a su permanente preocupación por introducir los sistemas de información jurídica en la administración de justicia, con la invaluable colaboración de la FES.

Pero también hay que señalar que el año de 1989 por haber culminado la expedición de la Reforma Judicial, con una normatividad fundamental que implicó un trabajo colectivo de eminentes magistrados y juristas y la atención acuciosa para que no fuera a

frustrarse la magnífica oportunidad que otorgaba la Ley 30 de 1987 con sus amplias facultades extraordinarias. Aquí también merecen un pleno reconocimiento miembros de la Comisión Asesora y de la Subcomisiones nombradas por esta última, y especialmente la tarea cumplida por el destacado Magistrado de la Sala Constitucional doctor Jaime Duque Pérez, quien fue representante de la Corte en dicha Comisión a quien se le otorgó una licencia por seis meses para que pudiera dedicarse exclusivamente a tan ponderada tarea.

En la Comisión de Ejecución y Desarrollo de la Reforma Judicial se señalaron sus prioridades para ponerla en marcha, a partir de marzo de 1990, dentro del plan cuatrienal previsto para que ella culmine. Al final se incluye una síntesis como anexo de tales prioridades que visualizan una reforma tan ambiciosa de la estructura y normatividad de la justicia colombiana.

Es adecuado, además, hacer el merecido reconocimiento a los miembros de la Sala de Gobierno por su valiosa colaboración en los empeños de la Presidencia: al señor Vicepresidente doctor Hernando Gómez Otálora y a los doctores Héctor Marín Naranjo, Lisandro Martínez, Jorge Iván Palacios, Jairo Duque Pérez y Jaime Sanín Greiffenstein, Presidentes de la Sala Civil, Penal, Laboral y Constitucional de la Corte, respectivamente.

CON MOTIVO DE SU ELECCIÓN COMO PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA AL MAGISTRADO FABIO MORÓN DÍAZ SE LE OFRECIÓ UN HOMENAJE EN CARTAGENA, EL 17 DE MARZO DE 1.989, EN EL CENTRO DE CONVENCIONES DE CARTAGENA DE INDIAS. EL EXPRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA, EL JURISTA DOCTOR HUMBERTO MURCIA BALLÉN PRONUNCIÓ EL SIGUIENTE DISCURSO:

A Fabio Morón Díaz la naturaleza, con excepcional prodigalidad, lo dotó de ingenio; por eso este hombre eminente es una de las grandes figuras del muy reducido foco de superiores intelectos. Es paradigma de virtudes, portaestandarte del decoro y de la discreción, ejemplo de amistad, defensor de la ley. En él el derecho y la justicia no son sólo su mayor pasión, sino su más alta devoción espiritual.

En su mocedad, la avasalladora ambición de adquirir conocimientos fue el impulso que lo llevó, sin economizar los medios de poner a prueba su inteligencia sagaz, a la gélida Santafé de Bogotá y allí, en su Universidad Nacional, aquilató las fuentes de su inspiración en la apasionante tarea de las lucubraciones jurídicas. No con la celeridad del diletante sino con la calma del taumaturgo, revolvió bibliotecas; aquilató las tesis y las antítesis de los fenómenos sociales; su alma de jurista se detuvo en los libros, analizando sus teorías largamente, los acarició con la demora y la emoción con que el padre acaricia la cabeza de sus hijos, o con la meliflua expectación con que el mancebo contempla su doncella honesta. Así se complacía su genio erudito que lo condujo a pergeñar, sobre temas de derecho público su tesis de grado, que mereció y fue laureada; y así llegó su inteligencia singular a comprender ilímites provincias del saber, a tal punto que a la hora de ahora, en muchas zonas de la actividad suya, se aprecia el encanto de una hermosa confusión en la cual no se sabe si quien está hablando es el periodista, el profesor o el magistrado disertado.

También transitó y no sin éxito como que llegó a la Asamblea de Bolívar y al Congreso Nacional, por los caminos de la política partidista; estuvo allí, sin embargo, al margen de los tremedales que siempre han agitado las pasiones políticas. Y como percató que en ese campo la obsesión de las intrigas de grupos y subgrupos por el mando de los unos y por las procedencias de los otros, relega a rango de cuestión menor la meta suprema que es y tiene que ser el interés social general, repulsó la oportunidad, tan perseguida por otros, de ingresar a la élite de los expertos catadores de elixires burocráticos y clientelistas.

A sabiendas de que se trata de una profesión en algunos casos detestada, pero también en los más muy temida y lisonjeada, practicó al periodismo, actividad en la cual su pluma iluminadas de escritor, si bien pudo ser en ocasiones tolerante porque es lo cierto que no hay periodista absolutamente independiente, cada vez que se sentó detrás de su máquina se mostró intransigente en los principios inmutables, convencido como está de que la justicia y el orden, que

no vienen a resultar en último término sino de la igualdad, o como dijeran los antiguos, de que cada cual tenga lo que le corresponde, para que su esfuerzo lo acerque cada día más al soberano bien de la armonía social. Así defendió el derecho a escribir la verdad, que pudo no ser la verdad de quienes a la sazón mandaban, o una verdad más conveniente para ellos, pero que es algo que pertenece a todos porque es la verdad de los hombres libres.

Por fortuna para la Universidad colombiana, ni la política ni el periodismo sustrajeron a Fabio Morón Díaz de lo que ha sido en realidad la razón de su vida: la enseñanza del derecho, proclamando en sus aulas la necesidad de reafirmar el orden jurídico, como medio único e insustituible de alcanzar la paz social.

Con tal punto de mira ha instruido a sus alumnos que el Estado de derecho parte de los supuestos de que el individuo es titular de atributos innatos: vida, libertad, propiedad, igualdad, dignidad de la persona humana; y de la existencia de una regla impersonal que garantice el goce de estos derechos: la ley. Y les ha ilustrado que si las leyes no son suficientemente conocidas en su contenido y espíritu, ellas resultarán inanes para dirigir con eficacia la conducta de los hombres; que si su recto entendimiento o su no acatamiento total, estas normas se pueden convertir en medio de opresión, que los poderosos suelen emplear contra los débiles, o en trampas que la codicia y el fraude arman para que en éstas caigan los incautos; y les ha enseñado, igualmente, que sin el conocimiento y el respeto a la ley toda garantía constitucional se tornará ilusoria irremisiblemente.

Y ha imbuido a sus discípulos del pensamiento de que la ciencia del derecho no versa simplemente sobre el conocimiento de las normas positivas que rige una sociedad, sino que debe además indagar los hechos, actos o creaciones del hombre que fueron la causa de determinadas instituciones jurídicas; y que sin el respeto a la ley una sociedad, cualquiera sea su organización política, está llamada a perderse definitivamente para la civilización.

De ahí que haya adoctrinado a sus alumnos en el sentido de aceptar que el abogado, en cualquiera o cualesquiera de sus facetas

múltiples, debe actuar siempre como guardián insomne de las normas jurídicas, para tutelar así a la sociedad y evitar los excesos y abusos de los infractores del derecho; que el abogado, como defensor de la ley, no puede ser jamás injusto, ni excesivo, pero mucho menos venal; que el jurista tiene que hacer de su vida un sacerdocio al servicio de sus semejantes, con la denodada convicción de que sólo así contribuye, y en gran medida, a que se realice la dimensión moral de la sociedad y la grandeza del Estado de derecho. Y les ha enseñado, en fin, que el abogado que se halla cabalmente instruido en la ley y la doctrina estará siempre transitando por caminos conocidos, mientras que el ígnaro, el rábula o el picapleitos tendrá que peregrinar muy a menudo por tierra extraña y aun hostil para él; que la nombradía de este profesional solamente se calibra con la medida de su saber, y por sobre todo con la altura y solidez de sus principios éticos.

Impulsado por su vocación de jurista, cuando aún quemaban al país los rescoldos de eso que se llamó Palacio de Justicia, del que sólo han dejado el aire que apenas si permite percibir los olores y el sabor de doctrina sustanciosos, asumió el empleo de Magistrado de la Corte Suprema, cargo que con ruego de aceptar se le ofreció entonces. Y lo aceptó a sabiendas de que ese puesto, depara, diaria y nochemente, una cascada inagotable de desvelos, sacrificios y riesgos, pero jamás y ni por semejas bienestar económico.

En la Magistratura Fabio Morón ha encontrado la oportunidad mayor para rendir culto a la praxis de la equidad y del derecho. En las sentencias de su autoría, no como apóstol curioso de la xenofobia jurídica sino como cultor del derecho nacional, ha vertido el pensamiento suyo de que sin irrespetar las doctrinas que muestran el sello y la autoridad de lo antiguo, es posible ensayar algunos pasos por fuera de los senderos ya trillados, sin que ello implique rebeldía contra la jurisprudencia, sino que, contrariamente es sano para ésta cuando la nueva guarda asonancia con los principios inmutables del derecho, y, por sobre todo, cuando el flamante fallo no tolera en su concepción confusión alguna de la libertad interpretativa de las

normas con la desenfadada e inadmisibles licencia en la aplicación de ellas.

Siempre he creído que la judicatura es uno de los sectores de la actividad jurídica en la que, por el tema y por sus fines, se llega a superar la más exagerada hipérbole; que, ejercida rectamente, como tiene que serlo, colma la aspiración máxima de los integrantes del conglomerado social, como que simboliza al *sancta sanctorum* donde se rinde culto al valor de más singular aprecio; el *ius suum cuique tribuere*, que es la rancia definición que de justicia dio Ulpiano en su “*Digesto*” y que aún se enseña en los bancos de las escuelas de derecho. Oficiar en la judicatura es sublime porque ella depara incomparables satisfacciones y deleites espirituales; en esta nobilísima actividad yo he encontrado semejanza con muchas románticas crónicas de amor platónico, en las que en verdad es todo y vale más lo que el corazón entrega a ella, que lo que de ella recibe. Pero eso es lo lindo y fabuloso, porque es la entrega total al más trascendental de los servicios públicos y al reconocimiento a cada cual de lo que le pertenece.

Fabio Morón Díaz desempeña hoy la presidencia de la Corte Suprema de Justicia, cargo que representa la más alta dignidad que pueda ostentar un profesional del derecho, desde luego que es la cabeza, no del tercer poder como suelen peyorarlo los maquiavelistas de baja escuela, sino de uno de los tres poderes del Estado. Y la vida le ha dispensado tan altísima distinción, no como resultado del azar o por la generosidad de sus colegas, sino por el reconocimiento que ellos tuvieron que hacer de los personales méritos del exornado con el título de Presidente de su corporación augusta.

Por supuesto que pintada aquí sin el colorido intelectual que ha debido tener, pues el ingenio limitado de su autor no pudo magnificarla en toda su dimensión, es esta la semblanza que he hecho de quien es hoy el primer juez de la República. Hombre de vida meritoria y ejemplar, forjada con el martillo de la voluntad en el duro yunque del esfuerzo, que por lo mismo se torna más valiosa. Sí, porque es verdad que quien nace predestinado y alcanza el

triunfo, apenas si tiene el mérito de haber sido digno de su destino; pero quien se dedica una actividad armado solamente de las uñas, sin otros atributos que la vocación y la pasión por ella, ese si alcanza la dimensión de la suprema grandeza. Porque, mi querido Fabio, como se leería en los libros de la mitología griega, aquí cabría decir: recibir el juego de los dioses es fácil; la hazaña está en robárselo.

Honorable Magistrado Morón Díaz: ha llegado usted a la Presidencia de la Corte Suprema en una época en la que desafortunadamente, la profunda descomposición moral que por desgracia se apoderó de Colombia, ha creado tantas causas de descontento que cada día perturban con más rapidez la democracia y que han llevado a las instituciones republicanas a un desquiciamiento casi total. Por lo consiguiente, la Patria reclama hoy de todos sus hijos, pero obviamente en mayor medida de los que tienen injerencia en la administración de la cosa pública, entre quienes se encuentra usted por la preeminencia que le corresponde, un mejor y más efectivo esfuerzo para defender las bases esenciales de la sociedad; para que ésta retorne a la vida civil y logre reivindicar la fe y la esperanza que hoy parecen perdidas.

Yo he pensado, y sin reposo me atrevo a afirmarlo aquí, que si no a partir de la toma del Palacio de Justicia por la fuerza de los irracionales, si con mayor celeridad desde entonces, a las instituciones jurídicas del país se las lanzó por los rumbos de su aniquilamiento. Lo que a la sazón resultó claro, y con más nitidez se palpa cada día, es que en esa guerra brutal inaudita el gobierno, los organismos de seguridad y los mecanismos de la justicia salieron perdidosos.

Y parece natural, casi que es un axioma pensar que ese quebrantamiento del espíritu humano hubiese determinado, por consecuencia, una muy grave crisis en el panorama de las instituciones jurídicas del país, en general, y en la administración de justicia en particular. Necio sería desconocer la crisis que, de antaño, sufre la justicia en Colombia en gran parte debida a que el país viene viviendo, desde épocas pretéritas, la era en que la tendencia de

su política nacional es la de fortalecer al Ejecutivo y al Legislativo, con desmedro de la otra rama del Poder Público: la jurisdiccional, cuando paradójicamente el círculo de las responsabilidades, deberes y cargas propios de su función específica se amplía en cantidad y calidad siempre más de prisa que el ámbito de sus poderes y derechos.

Si bien es cierto que excepcionalmente se encuentran jueces que no ajustan su conducta a los postulados éticos que su misión señera les reclama; o los que por falta de preparación intelectual se apegan ciegamente a doctrinas anquilosadas, para, en una especie de catalepsia incurrir en errores ya cometidos; o los que por miedo de obrar o terror de actuar en el sentido de la ley, no toman decisiones oportunas, ni justas, con lo que crean y fomentan los factores de anormalidad social, ello no obstante es preciso recordarle a la opinión pública, señor Presidente, que antes de considerarse con derecho moral de poner en la picota a nuestros jueces, tiene que reconocer que la justicia colombiana está mal armada para defender a la sociedad contra los ataques del terrorismo y del delito en sus variadas formas; que mientras a la administración de justicia no se le fortalezca institucionalmente, la lucha entre el juez y los profesionales del crimen seguirá siendo desigual; que es menester dotarla de los medios idóneos y suficientes para que pueda cumplir a cabalidad su misión altísima; y, en fin, que es indispensable y sin más dilación adecuar el presupuesto y los recursos financieros a las crecientes necesidades de tan cardinal servicio público.

Usted, señor Magistrado doctor Morón, como representante del más alto Tribunal Jurisdiccional, tiene bien entendido, y así lo ha pregonado a los cuatro vientos que para reivindicar la fe y la confianza en la justicia, precisa consagrar normas rígidas reguladoras de la conducta de los asociados y establecer un poder judicial fuerte que las haga cumplir, desde luego que sin estos dos ingredientes las garantías constitucionales no pasarán de ser ilusorias; la sociedad se acabará de desintegrar; el orden jurídico quedará como quedarán también los bienes y el trabajo de las personas, entregados al puro azar de la violencia anárquica, al abuso de los más fuertes y a la

arbitrariedad de los audaces. Recuérdeles al Ejecutivo y al Congreso Nacional señor Presidente, que el país requiere una reforma radical de su justicia para que ésta funcione; que aún tienen para que en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y legales tomen, a cualquier precio, las medidas indispensables para conjurar una situación que ya amenaza cataclismo en nuestra sociedad; y dígalos que tienen que pensar que en más de una ocasión el sueño es enemigo de la victoria.

RESPUESTA DEL PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA FABIO MORÓN DÍAZ AL EXPRESIDENTE DE LA CORTE MAGISTRADO HUMBERTO MURCIA BALLÉN.

A todas las honrosas distinciones que me han otorgado la Universidad, la ciudad de Cartagena y el Departamento de Bolívar, con motivo de mi elección para la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia, se añade este espléndido homenaje en que se expresa al máximo la generosidad de tantos amigos, sin distingos de partidos y de grupos, en un consenso cuya significación impone las mayores responsabilidades desde el punto de vista intelectual y moral.

Pero además han tenido ustedes el acierto de designar como su vocero a un cartagenero por adopción, el doctor Humberto Murcia Ballén, expresidente de la Corte Suprema de Justicia, y jurista que enaltece con sus ejecutorias científicas y los hechos de su propia vida, uno de los mejores capítulos de la historia de nuestra judicatura. Murcia Ballén, sólido y disertó, con un coraje moral es ejemplo para todas las generaciones, tiene bien ganado el respeto y la admiración de sus compatriotas. Para mí, constituye invaluable distinción que haya llevado la vocería en este acto inolvidable y que lo haya hecho con su reconocida solvencia intelectual y el brillante estilo que él acostumbra en sus documentos públicos.

Me he puesto a reflexionar con motivo de este homenaje, cuál debe ser un adecuado mensaje para mis coterráneos, en momentos tan difíciles para la vida de la República. No encuentro definitivo más urgente que el de la búsqueda de la paz, asentada en una justicia eficaz y respetada, dentro del funcionamiento del Estado de

Derecho que garantice el goce de los derechos y libertades públicas. No hay que olvidar que si se examina el proceso institucional de las últimas décadas, aparece la real Rama Jurisdiccional con sus mismas estructuras tradicionales, en medio de una sociedad que ha crecido en forma inusitada y un Estado sometido a grandes cambios, inclusive a grandes rupturas políticas. Por eso a nadie que examine con óptica objetiva y científica del fenómeno, puede extrañarle en el campo normativo que el país haya vivido tan largo ciclo de perturbación del orden público, y ha insistido el régimen de exención prevista en la Carta Política. Y por eso también, no es extraño que este desorden institucional se proyecte en esa violencia desatada que ha destruido las bases mínimas de la convivencia social.

De ahí que el tema de la justicia se presente en el país como fundamental, dentro de las grandes prioridades nacionales. Aparte de las soluciones políticas que la situación plantea no hay duda de que se necesita una gran Reforma Judicial para dotar a la justicia de los instrumentos y medios indispensables para que cumpla sus altos cometidos. Para qué el Estado cumpla con el deber de dotarla de los recursos humanos y financieros que las necesidades nacionales exigen. Y en este aspecto no solo se recurre a buscar fórmulas y soluciones en el campo de la Reforma a la Constitución, sino que se están dando pasos para obtener las reformas administrativas y legales que reflejen esta principalísima necesidad, aplazada tantas veces en los últimos años.

Sin entrar de lleno a tomar posiciones en cuanto a la reforma constitucional, por razones que no escapa a la buena inteligencia de ustedes, vale la pena señalar que la rama jurisdiccional trabaja actualmente sobre tres programas básicos:

a) La carrera judicial que permitirá la plena vigencia de un sistema de mérito para permanecer y para ingresar en la carrera. En este sentido la Corte Suprema ha cumplido un trabajo serio e intenso que ha incidido la evaluación de las providencias de los magistrados de tribunales expedidas en los últimos tres semestres y entrevistas

personales a los mismo; además se ha organizado concurso para los jueces y para los litigantes que aspiren a ingresar a la carrera;

b) una reforma judicial está previsto en la ley 30 de 1987 de facultades extraordinarias en la cual trabaja una comisión sobre proyectos que incluyen aspectos de estructura judicial y de nueva normatividad en el campo civil, penal y laboral;

c) la propuesta para la rama jurisdiccional, por medio de una estructura administrativa, que pueda manejar sus propios recursos en cuanto a sueldos y prestaciones sociales y en cuanto a los gastos generales.

Precisamente en el discurso pronunciado ante la reunión de presidentes de los tribunales distritales, el señor Presidente Barco, ha dado un pleno respaldo a estos trabajos, al señalar que:

“...la reforma de la justicia ha sido preocupación permanente de los colombianos. Es natural que así sea, porque la administración de justicia es un pilar fundamental para alcanzar la reconciliación.

Una justicia eficaz, confiable y respetada es un requisito indispensable para asegurar la supervivencia del estado de derecho y el normal funcionamiento de la democracia.

Sin duda alguna, el fortalecimiento de la justicia es fundamental para la normalización de la vida política en Colombia. Por ello, esta administración ha hecho todo lo que ha estado a su alcance para asegurar la efectividad de los mecanismos institucionales de solución pacífica de los conflictos sociales.

Es cierto que los violentos no han renunciado a usar la muerte y la intimidación como un instrumento para defender sus tenebrosos intereses. Es cierto también que la lucha va a ser larga y dura, y que tendremos que perseverar a pesar de sus embates. Su reacción en y su velocidad dominado nuestra resolución para seguir luchando con las armas de la ley para derrotarnos...”

Aquí y ahora, como decían los romanos, estamos ante una grave crisis de las instituciones, cuya solución exige la participación de

todos los colombianos. Se necesita que haya una activa solidaridad para enfrentar los desafíos del presente y del inmediato futuro. No hay cabida en este proceso para los indiferentes ni para los escépticos de oficio es preciso asumir posiciones en defensa de los valores políticos, jurídicos y sociales que justifican el esquema de nuestro Estado de Derecho. Que la libertad, la justicia y la paz, fines supremos de la autoridad que es legitimada por la voluntad del pueblo, origen de los poderes públicos en las voces de la Constitución Política, nos permitan rescatar la plena imagen del Estado. Un Estado al servicio del Derecho y del hombre y para asegurar la paz, único ambiente en que pueden afirmarse los derechos y las libertades públicas.

Al agradecerles a todos su presencia, creo que esas palabras tienen el sentido de una convocatoria a reflexionar y a actuar para proteger sin vacilaciones ni fatiga un estilo de vida fundado sobre el respeto a ideales señalados, que han hecho la grandeza de la República.

DISCURSO DE AGRADECIMIENTO EN EL HOMENAJE DE LA ALCALDÍA DE CARTAGENA Y LA GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR POR SU EXALTACIÓN A LA PRESIDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Es difícil encontrar las palabras adecuadas para agradecer en toda su plenitud las distinciones que me han otorgado el señor gobernador del departamento de Bolívar doctor. Guillermo Paniza y el señor Alcalde de Cartagena doctor Manuel Domingo Rojas. Ciertamente en este caso se confunden los funcionarios que han alcanzado los máximos honores públicos, por la fuerza de sus capacidades intelectuales y su vocación de servicio y la rectitud de sus conductas con la calidad de amigos excelentísimos cuyo culto a los mejores sentimientos sociales aviva la estima que se les tiene en la comunidad.

Recorro hacia atrás el río del tiempo y me encuentro en la ciudad murada, henchida de gloriosa historia. Antes fue la experiencia de la provincia nutricia, cuna y solar de los padres y los abuelos. Miguel Morón Guzmán y Cándida Díaz de Morón tienen derecho a participar en este homenaje con la evocación de sus nombres. Como

también Dora Morón, la primogénita, profesora por vocación y oficio quien fue sembradora de ideales y conductas para su familia. Sus sombras tutelares inspiran el esfuerzo, el sueño y la vivencia de quien es hoy enaltecido por razones que justificaron su paso por la tierra.

En Cartagena se aquilata el proceso de los estudios y empieza a aflorar la vocación por el periodismo y la política. Después se produce la fecunda y valiosa experiencia de la Universidad Nacional y de la capital de la República cuyo ambiente intelectual marca una impronta en los cerebros ávidos de nuevos horizontes intelectuales.

Nuevamente en Cartagena se abren hacia el porvenir los caminos de la política, el periodismo y la cátedra universitaria. Cartagena y el Departamento de Bolívar me ofrecieron su generoso respaldo en la Asamblea Departamental y en la Cámara de Representantes. En política no sólo aprendí a amar a Cartagena sino a la provincia olvidada cuyos caminos de tierra y agua recorrí para promover mensajes ideológicos y para servir necesidades colectivas. El oficio más bello del mundo, al decir de Camus, conquistó las fibras más profundas de la personalidad. Al lado de ese periodista ejemplar que se llamó Domingo López Escauriaza hice todos los cursos del oficio hasta llegar a la dirección de “El Universal”. Eran los tiempos heroicos del periódico que orientó el patricio insigne con la colaboración estrecha de Clemente Manuel Zabala, Héctor Rojas Herazo, Antonio J Olier, Gonzalo Zúñiga Torres, Santiago Colorado, Donaldo Bossa Herazo, Gustavo Lemaitre, Roberto Burgos Ojeda y Gabriel García Márquez y tantos otros valores humanos de la inteligencia costeña. En la cátedra universitaria, tanto en la Facultad de Economía como en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, un largo y paciente trabajo en las canteras del Derecho Público dejó una huella perdurable en mi formación académica.

Ahora, con las responsabilidades de Presidente de la Corte Suprema de Justicia, me he puesto a reflexionar cuál debe ser el mensaje para mis coterráneos, en momentos tan difíciles para la vida del país. Encuentro que debo hacer una doble invocación por

la justicia y por la paz. La Costa Atlántica siempre fue remanso de tranquilidad y de paz, y de sana convivencia social. Es urgente que recuperemos la paz, como un estilo de vida, y que ayudemos al país para que supere también esa desbordada violencia que lo agobia sin medida. Pero para eso se necesita unir fuerzas, con una incontrastable solidaridad, para luchar por la paz, sin pausa ni fatiga. Y es preciso también que la justicia haga lo suyo, y cumpla sus deberes indeclinables, y que la comunidad le brinde irrestricto apoyo, a jueces y magistrados. En este sentido, una reforma judicial en marcha, permitirá darle a la Rama Jurisdiccional los instrumentos indispensables y eficaces para que ella pueda cumplir sus altos cometidos, ante la desatada barbarie que debe merecer la gran repulsa colectiva. Sin duda, una justicia respetada y eficaz es la mejor garantía de la paz y de las libertades ciudadanas dentro del marco del Estado de Derecho cuyo esquema debemos defender a todos trance.

Cartagena, la Heroica ciudad de nuestros afectos, patrimonio cultural del mundo, tiene abierto todos los caminos del progreso. Si la patria es la tierra de los padres, como lo postularon los romanos, Cartagena es la patria de todos los colombianos. Y lo es por la auténtica vocación nacional tiene decir de su leyenda que no termina. Y Bolívar, como departamento tendrá que ejercer, como en el pasado, un irrenunciable liderazgo. Que en la memoria de los grandes hombres que aquí pensaron para el país, y contribuyeron a su integración y a su desarrollo, sirva de acicate para emprender las nuevas batallas que exige el difícil pero no menos apasionante periodo histórico en que vivimos, y que no olvidemos que sólo en la paz con la garantía de la justicia podremos superar los problemas económicos y sociales que padece la nación.



Homenaje a los Magistrados Antonio Barrera, Alejandro Martínez y Fabio Morón Díaz. Aparecen el Gobernador Miguel Raad Hernández y el Alcalde Carlos Díaz Redondo.



Homenaje de la Gobernación de Bolívar



Homenaje de la Alcaldía de Cartagena.

LA POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA

Señores

Analizar el problema de la justicia implica un largo y arduo ejercicio intelectual. Pero cuán útil y necesario resulta hacerlo en esta histórica tribuna, y en el recinto responsable por mandato de la Carta, donde pueden surgir soluciones que permitan a la Rama Jurisdiccional del Poder Público enfrentar los graves problemas que padece el país, unas veces por cuenta de su inusitado desarrollo económico y social y otras por razones que tienen que ver con el proceso político que ha discurrido a lo largo del siglo que termina.

Las dificultades de la hora y la dura prueba que los enemigos del orden hacen pasar a nuestras instituciones democráticas, no son obstáculos que impidan la reflexión y el análisis de estos temas que se vinculan a las más fundamentales preocupaciones de todos los colombianos, no importa su edad, condición o cultura.

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL Y LA CRISIS DE LA JUSTICIA

Es un lugar común decir que la justicia está en crisis, y nadie con suficiente lucidez podrá negar el aserto. Pero es bueno señalar objetivamente que tal crisis no es ajena al fenómeno general que afecta a las otras ramas del Poder Público: la Ejecutiva y la Legislativa.

Es, ciertamente, un hecho histórico que se refleja en estructura y funciones del Estado, en tal forma que exige a todos una ineludible reflexión sobre el deber de buscar fórmulas que rescaten los bienes de la convivencia, amenazados, los valores del orden, olvidados, y la garantía de los derechos, controvertida en una tensa situación de inseguridad y violencia.

No se olvide además, que como lo apuntaba un insigne jurista, el Estado contemporáneo actúa más como gobernante, como administrador o como legislador, y por intermedio de sus partidos y directorios políticos, que como juez, lo cual se trae a cuento para destacar la magnitud del problema, y la necesidad de contribuir, todos a una a una reforma general de las instituciones, bien pensada como producto de una experiencia fecunda y difícil y que no sea el resultado de decisiones que se adopten en un momento de apremio.

Nuestro sistema político presidencial es unitario no sólo como expresión de un modo de organización de la forma del Estado en el ámbito territorial, sino como necesidad sociológica y cultural de asegurar la expresión permanente de las regiones, que han generado ricas y arraigadas formaciones locales de una vida muy dinámica, y que a su vez han mantenido a otras en el abandono y en aislamiento, es además producto del ensamble de muchos componentes que encuentran en las instituciones políticas unitarias vehículos de articulación y agregación de demandas y respuestas, y que tienen los partidos políticos y los organismos de administración pública casi que sus exclusivos intermediarios en la gestión de sus necesidades.

No somos, pues, un Estado Federal que a semejanza de los Estados Unidos, encuentre su unidad política por virtud de un

pacto sagrado de unión de intereses y poderes locales liberados, que negocien su continuidad alrededor de una Bill of Rights concertada, donde el presidente de la unión, de origen casi plebiscitario, y el Senado altamente cualificado como representantes de las diversas unidades políticas asociadas, deban mantener la unidad del Estado y asegurar el respeto, incluso en el ámbito judicial supremo, a las reglas de aquel pacto de unión política, ideológica, económica y territorial y las de la Constitución, también aplicables por los jueces con criterios de razonabilidad y equidad.

Este modelo originario del presidencialismo americano se conserva en esencia y por sí mismo explica las competencias del Jefe de Estado y del Senado Federal en la integración de la Suprema Corte de los Estados Unidos, para asegurar aquella unidad pactada por los padres fundadores de la nueva nación, en la Convención de Filadelfia.

No ocurre lo mismo en nuestra nación, mucho menos después del establecimiento de la democrática y civilizada fórmula de control de los actos de los poderes públicos instaurada por el Acto Legislativo número 3 de 1910 y conocida como acción popular o ciudadana de inexecutableidad. El gobierno republicano de la época, producto del concierto transitorio de casi todas las fuerzas políticas nacionales encontró la sabia fórmula que ha marcado de manera definitiva nuestro destino, para garantizar los mecanismos judiciales autónomos, generales, abstractos e independientes, que evitarán la hegemonía por fuera y contra la Constitución y encontró en la Corte Suprema de Justicia aquel instrumento ideal; luego, con el paso de los años, se establece la cooptación como freno preventivo para evitar injerencias partidistas singulares en contra de la unidad nacional del orden jurídico.

No obstante que el sistema político colombiano haya sido analizado muy poco, en comparación con los de muchos países latinoamericanos quizá más atractivos para teóricos y especialistas, y que, de otra parte, además no haya sido fácil en los desarrollos de nuestra cultura adecuar los esquemas teóricos del autoritarismo, del

populismo, del militarismo, o del caudillismo, etc., como ha ocurrido en otras latitudes nuestra sociedad comparte con los pueblos de esta región del planeta las mismas aspiraciones de justicia, paz, orden, bienestar colectivo y democracia, con rasgos propios que le dan una fisonomía peculiar al proceso social. En este sentido debemos observar el comportamiento de nuestro sistema, no siempre en plena armonía con las necesidades colectivas, lo que ha generado sin embargo unas reglas institucionales de notabilísima continuidad, en las cuales una administración de justicia políticamente independiente ha sufrido un importante papel de legitimización.

No podemos olvidar en consecuencia con los principales rasgos característicos de nuestras instituciones republicanas, que en el ámbito de lo jurídico y en el de lo político han delineado fórmulas pacíficas de continuidad democrática y de resolución racional de conflictos, no ajenos éstos al fenómeno de la violencia y de la crisis económicas y sociales.

Nuestra Constitución ha cumplido ya 103 años de tradición democrática, asegurando la continuidad de los presupuestos básicos de este sistema político por virtud de un cesante proceso evolutivo y de adaptación a las cambiantes circunstancias, fundado en los más caros principios de la democracia liberal, a la cual han adherido históricamente los colombianos, con excepcionales soluciones de continuidad.

El respeto al principio de la supremacía de la Constitución, el adintelado apego a las libertades ciudadanas y a las garantías sociales, la fundada creencia en los poderes de la ley, que imponen a su vez la obediencia al principio de legalidad en las actuaciones del gobierno y de la administración, la reconocida tradición electoral, la renovación periódica de los gobernantes y las garantías al sufragio como fundamento de la legitimidad del poder y de la autoridad, han permitido al Ejecutivo y al Legislativo ejercer con cierta regularidad sus funciones constitucionales.

Dentro de este esquema, la independencia orgánica, funcional y principalmente política de los jueces colombianos, ha sido

fundamento de consolidación de un régimen verdaderamente republicano, que ennoblece nuestra cultura democrática, no obstante las asechanzas y el riesgo natural que afecta a estos modelos por causa de enemigos que provienen de diversas tendencias ideológicas, de gran protagonismo a lo largo del presente siglo. A este estadio no se llegó por obra de simples afanes teóricos de los cultores de la filosofía liberal decimonónica; todo lo contrario, después de más de cuarenta años de conflictos sociales y de graves problemas generados por los compromisos desarticulados entre las fuerzas políticas de diverso orden el constituyente colombiano arriba a la fórmula de la cooptación como instrumento capaz de zanjar de una vez por todas los horrores de la politización, parcelación y regionalización de la administración de justicia. Son bien conocidos en este recinto los clamores ciudadanos que en décadas pasadas se elevaron para asegurar una administración de justicia independiente y autónoma de los poderes políticos nacionales y regionales; pues bien, la Nación entera se pronunció con dicho fin y de lo más hondo del sentir colectivo se sintió un respiro de paz y tranquilidad al saber que sus reclamos habrían de ser resueltos con independencia de factores extraños a la controversia y que su juicio sería justo e imparcial.

Resulta conveniente hacer referencia a las transformaciones que ha sufrido el principio de la división de poderes, que no ha perdido su validez en cuanto a su propósito esencial de evitar la concentración del poder público en un órgano o en un sector reducido de la comunidad política.

Es cierto que el antiguo principio de la división tripartita de poderes, tal como fue expuesto por Locke y Montesquieu y que constituyó un dogma del constitucionalismo clásico del siglo XIX, ha sufrido una compleja transformación en las constituciones de nuestra época, por lo que en su concepción original ha sido calificado como obsoleto e inconveniente por algunos.

Sin embargo, lo que se considera superado en su elaboración clásica y la interpretación mecánica del mismo, pero no el principio en cuanto tal ni su significado ideológico, el que todavía tiene

validez, en tanto exige que para que exista libertad, pluralismo ideológico y político, debe asegurarse un equilibrio entre los diversos órganos del poder de tal manera que cada uno de éstos sirva de contrapeso a los demás y se evite la concentración en uno de ellos. Lo cierto es que éste no sólo ha desaparecido, sino que se ha perfeccionado transformándose en un conjunto de instrumentos jurídico constitucionales completos, encontrándose dentro de ellos el del control judicial de las leyes y de los demás actos de los poderes públicos que tengan carácter general, para alcanzar, en la segunda mitad de este siglo, su más refinada expresión en la doctrina de la racionalización del poder y en la figura del Estado democrático constitucional y social de derecho, dentro del cual se enmarca nuestro sistema político.

Sobre este aspecto cabe señalar que los jueces que deben aplicar las normas constitucionales poseen un gran campo de interpretación, ya que en su labor se encuentran vinculados por los fines y valores, principios y normas contenidos en el texto fundamental, generalmente axiológico y programático; esto convierte a los jueces de la constitucionalidad e integradores del amplio campo cuyo contorno, a veces muy preciso, es señalado por la normatividad suprema y objetivado por un largo y decantado recorrido de experiencias acumuladas de interpretación, como en el caso de las decisiones jurisprudenciales en la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia durante más de 78 años.

La doctrina más elevada de nuestro tiempo ha señalado que la específica función judicial de interpretación constitucional requiere una gran sensibilidad, aparte de serenidad, independencia y equilibrio de los jueces encargados de realizarla y, por lo mismo, es necesario que quien interpreta las normas constitucionales en función judicial las vayan adaptando paulatinamente a los cambios cada vez más acelerados que experimentan las sociedades modernas; además, de esta manera los textos constitucionales se ven complementados y aplicados a una realidad cambiante por la actividad científica, paciente y objetiva de la jurisprudencia constitucional, como instrumento capaz de perfeccionar y hacer

practicables los principios políticos y sociales consagrados por el constituyente.

Basta citar a la actividad en materia de derechos humanos que ha ejercido la Corte Suprema de Justicia colombiana, desarrollando con valor e independencia una labor de profundas repercusiones de carácter social, político y económico frente a la dinámica de los poderes públicos, a situaciones de emergencia económica y social, a perturbaciones del orden público y a los desarrollos legales de la descentralización territorial y por servicios y a la intervención del Estado en la economía. Esta labor evidentemente es poco conocida en la gran masa de colombianos olvidados del desarrollo y aún entre los círculos de gentes con capacidad de decisión social; los fallos son analizados por los juristas y por algunos cuantos ciudadanos interesados, empero su influjo es notorio ya que el acatamiento de las decisiones de la Corte es notable y la eficacia de su control es satisfactoria; podemos decir que buena parte de la historia de nuestro derecho está constituida por la historia del interpretación constitucional.

Gracias a la despolitización y a la independencia del órgano judicial respecto de los demás poderes, se garantiza la imparcialidad del juicio y la objetivación del análisis que motiva la decisión del juez de inconstitucionalidad; en Colombia, por fuerza de dolorosas experiencias, supimos avanzar hacia lugares a los que sólo hasta ahora arriban otros sistemas de control constitucional y de organización judicial; nuestra experiencia en materia de integración de los tribunales de justicia es admirada por juristas extranjeros que ven en ella un ideal al que se debe llegar como un desiderátum.

Es muy grave en un Empero, debe tenerse muy en cuenta que una cosa es la independencia de las ramas del poder y fundamentalmente la de la Rama Jurisdiccional, y otra bien distinta es la de su abandono institucional y económico.

Esta ha sido una de las causas materiales que ha generado buena parte de los graves problemas que afectan a la administración de justicia y así debemos reconocerlo con realismo.

Las fuerzas políticas nacionales y los organismos responsables de la administración se olvidaron de la justicia, como función pública primordial del Estado, y permitieron que sus recursos y estructuras permanecieran por décadas enteras en condiciones de mendicante rezago; es pues trascendental para el futuro de nuestra nación que todos reflexionemos sobre estos asuntos con sanos y elevados criterios que actualicen este sector de la sociedad pensando, además en las funciones del Estado democrático de finales del siglo XX, en el derecho al acceso a la justicia, y la solución de nuevos tipos de conflictos, en la protección de los intereses difusos y en la resolución pronta, inmediata y eficaz de controversias ordinarias, que en buena medida, son causa de graves desajustes sociales.

Así las cosas y cómo queda visto, uno de los principios fundamentales del Derecho Público colombiano es el de la separación de funciones del Estado, acompañados moderadamente de la colaboración armónica entre las distintas ramas del Poder Público para la realización de sus fines, tal como lo dispone el artículo 55 de la Carta. Este principio es la columna vertebral de las instituciones republicanas y democráticas y sus desarrollos modernos, son cada vez más explicables, justificables y legítimos.

Pero precisamente la justicia, con todo lo que ella significa como servicio público y como base insustituible del poder del Estado, no tiene la consideración que merece en el contexto de las instituciones nacionales. Y naturalmente este juicio no es ocasional ni hace referencia al actual gobierno, que en este aspecto podría presentar algunos logros e iniciativas de apoyo, sino a todos los gobiernos de las últimas décadas, que no tuvieron en cuenta el desarrollo acelerado del país y mantuvieron las mismas estructuras judiciales, con una recortada visión de las necesidades nacionales y de la prioridad de las soluciones para satisfacerlas.

Por eso no hubo a tiempo una financiación del servicio público de la justicia que permitiera tecnificarla, agilizarla, planificarla y mejorarla en diversos aspectos. Es una realidad que históricamente la justicia se le ha reconocido de un 2% al 3% del presupuesto

nacional, lo que de por sí demuestra la forma subalterna en que las políticas del Estado mantuvieron a esta institución.

Pero la regla de la sabiduría clásica aconseja considerar los problemas de la justicia “aquí y ahora” pese a los graves y dolorosos conflictos y tragedias que la han agobiado a partir del holocausto del Palacio de Justicia, cuya trascendencia se proyecta en un juicio histórico que todavía no ha culminado, la justicia colombiana ha asumido los retos y responsabilidades que exigen los nuevos tiempos. Muchas veces dentro de la incompreensión general que no examina con rigor científico e intelectual sus pronunciamientos, o que los enjuicia sin siquiera conocerlos, y otras por una tendencia a ignorar ejecutorias y obras que se adelantan silenciosamente, sin el soporte de la publicidad o el sensacionalismo. Así, por ejemplo los medios de comunicación apenas registraron la noticia de que los máximos organismos jurisdiccionales, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, dieron aplicación por primera vez en la historia de la República, a la ley de Carrera Judicial en la elección de los Tribunales de Distrito Judicial y de los Tribunales Administrativos. Si se piensa que esta era una frustrada aspiración desde hace tantos años, y que al fin se ha hecho realidad y que se continúa con la implementación de dicha carrera judicial para que se produzca en el inmediato futuro, la elección de jueces, bajo un exclusivo sistema de mérito, entonces se puede valorar lo que significa para el país este avance incuestionable.

Lo cual es de un valor inapreciable si se tiene en cuenta que el país ha hecho una conquista singular, es objeto de muchas luchas y controversias en otras naciones: es la plena independencia de la Rama Jurisdiccional, tan buscada a lo largo de un proceso que no fue pacífico, y respecto de la cual los dos partidos llegaron a un consenso en el Plebiscito de 1957, al establecer la cooptación en la Corte Suprema de Justicia y en el Consejo de Estado. Como también el país vive en la penúltima moda y a veces desmemoriado, se viene atacando la cooptación con argumentos que no tienen respaldo en la realidad, porque como lo demuestran las estadísticas y salvo unas contadas excepciones, el periodo efectivo de los

magistrados a partir de 1957 sólo alcanza un promedio de cinco años. Y los de desmemoriado corre por cuenta de que nada sería más perjudicial para la República y para su futuro introduciría factores de politización a la justicia. La justicia debe ser, como lo ha sido, especialmente a partir del Plebiscito, no sólo independiente sino imparcial, ajena a las componendas e intrigas de los partidos políticos. Esta es una conquista institucional que es la mejor garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos. Y fue ella el resultado de una conciencia lúcida y patriótica de los partidos, que se pusieron de acuerdo para resguardarla de toda intervención política. Por eso no es coherente con estos antecedentes históricos y las conveniencias nacionales, y que se haya puesto la elección de los integrantes del Consejo Superior de la Administración de Justicia bajo la responsabilidad del Senado y de la Cámara de Representantes, cuyo rango constitucional es muy importante y respetable, pero cuyas decisiones tendrán una connotación política, por la propia naturaleza de sus funciones. Y en estas condiciones, la magistratura que tendrá a su cargo tan fundamentales funciones como las que le señala la Reforma Constitucional, tendrá que someterse a cabildeo y gestiones propias del proceso político, con las consecuencias que vivió el país en el pasado, y que llevaron a los partidos a la histórica decisión de garantizar la plena independencia de la Rama Jurisdiccional.

Vale la pena analizar el proceso que ha llegado a esta norma regresiva que coloca a la justicia a través en el vórtice de la politización. En el artículo 129 de la propuesta del gobierno se crea el Consejo Superior de la Administración de Justicia y se deja a la ley la fijación de sus atribuciones, organización y funcionamiento.

Allí mismo se determina la cooptación al disponer que sus miembros serán elegidos por la misma corporación para periodos individuales de ocho años, en la forma que establezca la ley y no podrán ser reelegidos. Esta norma es aceptada en su ponencia por el H. Senador Hernando Durán Dussán, tanto en la Comisión Primera del Senado como en la Plenaria, y fue aceptada asimismo en el trámite realizado en la Cámara de Representantes, en la primera vuelta del

Acto Legislativo. Así mismo, ambas Cámaras en esta primera vuelta aceptaron como artículo transitorio el ordinal c del artículo 88: “El Presidente nombrará por primera vez a los Magistrados del Consejo Superior de la Administración de Justicia”. Luego de este primer nombramiento, los Magistrados podrán cooptarse, cuando haya una vacante, y de todos modos tendrán un periodo de ocho años, sin posibilidad de reelección.

Pero ahora en la segunda vuelta del acto legislativo, en el artículo 63, se determina que el Consejo Superior de la Administración de Justicia integrado por nueve miembros, serán elegidos cinco por la Cámara de Representantes y cuatro por el Senado de la República, para periodos de ocho años, los cuales no serán impredecibles. Esto es un cambio radical que vuelve a tan alto tribunal con una funciones, de enorme trascendencia en el orden administrativo, disciplinario y judicial, época de ingrata recordación en que prevalecieron los intereses políticos y partidistas. Y ello se reflejará en la elección de Magistrado de la Corte y del Consejo de Estado, al enviar en las listas respectivas para la cooptación relativa que podrán ejercer estas Corporaciones, y que por otra parte en solución racional que no constituye motivo de rechazo; pero además, se reflejará en la elección de los Magistrados de los Tribunales de Distrito y de seguro, dados conocidos antecedentes, en el más modesto Juez municipal.

Tómese en cuenta así mismo, este proceso electoral se reproducirá cada ocho años, y que su consagración desvirtúa y contradice no solo el progreso que ha hecho el país en esta materia sino la letra y el espíritu de la normatividad vigente sobre la Carrera Judicial, autorizada por la propia Constitución desde el Acto Legislativo de 1945.

Ojalá en el trámite que parta se miente este procedimiento, es ciertamente no se ajusta a las mejores conveniencias de la República. Y este es un tema que si se consulta abiertamente con los diversos sectores de la opinión ciudadana, de seguro ellos se manifestarán a favor de que se mantengan todos los órganos judiciales, desde los más altos a los más modestos, al margen de las controversias políticas

y de partido, y no deben perturbar la serenidad y la equidad de quienes administran la justicia, para dar a cada quien lo suyo, según fórmula clásica de vigencia perdurable en este sentido, con todo respeto y comedimiento, invocamos el buen juicio de estadistas, políticos y legisladores para que procuren evitar esta vuelta hacia el pasado, en la evolución de las instituciones judiciales.

¿Por qué no adoptar la fórmula de que el Presidente de la República nombre la primera vez como lo preveía el proyecto en la primera vuelta, para seguir después con la cooptación o trasladar a ese Consejo el principios de la autocomposición, con un origen integrador múltiple que admita que los distintos órganos del poder elijan los candidatos a Magistrados por la primera vez y que después se consagre la cooptación, con período de un año, y sin reelección, como se establecía en la normatividad de la primera vuelta del proyecto de Acto Legislativo? Con este mecanismo por lo menos se garantizaría una solución que no sojuzgue ni conculque la independencia de estos jueces supremos, en consonancia con las mejores tradiciones nacionales y con una fecunda experiencia vivida por el país a partir del Plebiscito de 1957.

Hoy cobra más vigor en principio al que se ha hecho referencia, cuando se hace necesario recordar que éste tiene como función principal la de contribuir a la racionalidad del Estado democrático, introduciendo factores de diferenciación y colaboración en el ejercicio del poder político por las fuerzas sociales.

Por eso, como vocero de la Corte Suprema de Justicia, en mi calidad de Presidente, quiero reiterar el concepto de la Corporación a este respecto: ciertamente ha olvidado el Congreso que la autonomía de la Rama Jurisdiccional en el manejo de sus recursos humanos fue una lucha de casi de un siglo, la que logró plasmarse como conquista de la Reforma Constitucional de 1945 y en el Plebiscito de 1957, y que fue apoyada por la clase política de ese entonces en el convencimiento claro de que la independencia de la justicia y su alejamiento absoluto de los avatares de la política, son el soporte fundamental de la democracia. Igualmente olvida que la autonomía

presupuestal ha sido una aspiración legítima de todos los jueces, la que ahora se estaba concretando con la expedición de la nueva Ley Orgánica del Presupuesto Nacional.

La Corte no se opone a la vigilancia sobre sus funcionarios y órganos administrativos, siempre que ella se ejerza mediante los mecanismos que no lesionen su independencia, como el sugerido por el doctor Federico Estrada Vélez en su ponencia para el segundo debate ante la Comisión Primera del Senado, o el que planteó el doctor William Jaramillo Gómez en artículos de prensa, y aun el aprobado en la primera vuelta de la reforma con algunas ligeras modificaciones. Pero si considera que so pretexto del dicho control no se le debe poner a la justicia al servicio de los intereses partidistas, socavando las bases mismas del Estado de Derecho.

Y por lo tanto, la Corte Suprema convoca a la solidaridad de todo el país con este planteamiento que considera vital para la vida de las instituciones democráticas.

La declaración que ha hecho el señor Presidente Barco en relación con este proyecto de politización de la justicia al condenar la integración del Consejo Superior con origen en las Cámaras, enaltece sus convicciones republicanas y define una conveniencia nacional que seguramente comparte el país, para evitarle graves males que ya ha experimentado en un ingrato pasado que no podemos olvidar.

LA LEGISLACIÓN, LA JUSTICIA Y EL ESTADO DE SITIO

La Reforma Constitucional debiera ser el intento serio, reflexivo y responsable para normalizar el funcionamiento de las instituciones políticas y jurídicas. Es claro que sobre este tema no sería discreto hacer una valoración conceptual que comprometa la actitud personal de quien, por mandato de la Carta, ejerce funciones de control constitucional.

Sin embargo, desde un punto de vista general y más bien señalando posiciones que tienen ante todo un sentido académico,

vale la pena anotar que la decisión política para superar el régimen jurídico de excepción corresponde asumirla naturalmente al Congreso de la República. Es a él, ya sea como constituyente o como legislador, a quien le toca señalar la iniciativa para buscar la recuperación del pleno ordenamiento constitucional y democrático. Un analítico y desprevenido examen de la legislación a cargo del Congreso indica que su abstención para afrontar la consideración y solución de fundamentales problemas públicos ha creado la nutrida normatividad de emergencia, como en el caso del estatuto antiterrorista, del narcotráfico y de otras entidades penales.

Es sobre el vacío de la legislación ordinaria del Congreso que surge el poder legiferante del Presidente de la República, amparado también por facultades extraordinarias, reconocidas por la Constitución. Pero el hecho histórico recurrente a lo largo de las últimas décadas: la plétora de legislación extraordinaria, por la vía de las facultades otorgadas expresamente al Gobierno por la vía del Estado de Sitio y del Estado de Emergencia Económica, refleja una evolución política y jurídica que no es de exclusivo origen nacional, pero que representa una realidad indiscutible que debe ser enfrentada con visión crítica por quienes se preocupan de veras por el destino final de nuestras instituciones democráticas. Es decir, para que a la zaga de fenómenos que ya tienen suficiente duración se propongan soluciones y remedios a una profunda crisis del Estado, a la altura de la gravedad del conflicto, y sin pretender éste va a desaparecer con el recurso a fáciles fórmulas que apenas constituyen una distracción para las esperanzas y aspiraciones colectivas.

Pero en fin, es preciso aceptar el consejo de Platón, quien decía que en la ciudad a cada quien le correspondía una función o un trabajo, y que el desorden provenía de que cada quien rebasara su deber para interferir en el de los otros ciudadanos. Baste reiterar entonces el papel cumplido por la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a partir de 1910, para preservar la vigencia de las instituciones republicanas y democráticas y respeto a los derechos humanos. Ese monumento jurídico que el profesor Vedel calificó como ejemplo de sabiduría es el que hace

que el control que establece la Carta para los actos del Congreso y para los decretos del Presidente que tengan fuerza legislativa, se ha considerado en el ámbito del derecho público, como la piedra de toque del Estado de Derecho.



En la Corte Suprema de Justicia con el Presidente Andrés Pastrana Arango, aparecen entre otros, los magistrados Gilberto Orozco, Fabio Morón Díaz, Nilson Pinilla y Pedro Lafont Pianeta

LA JUSTICIA NUNCA MÁS DEBE SER ABANDONADA

Es imposible ser exhaustivo o siquiera suficiente cuando se trata de hablar de la justicia en Colombia. Pero es preciso terminar, y por ello deseo hacerlo con una final invocación, señor Presidente, señores congresistas, señoras y señores: el drama de la justicia en nuestro país es el de su difícil y procelosas vida democrática. Pero ojalá, encima de tanto dolor y tanta angustia que reviven el sacrificio de Magistrados y Jueces, caídos en el cumplimiento de su deber, y en medio de tantas penurias y dificultades, se fortalezca en el ánimo de los colombianos una salida racional para los conflictos que vivimos

y una decisión firme e indeclinable, de ahora en adelante para alcanzar el valor fundamental del orden jurídico y la convivencia ciudadana: La justicia nunca más debe ser abandonada.

POSTERIORMENTE EL PRESIDENTE VIRGILIO BARCO CONDENÓ “LA POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA” EN DECLARACIONES PÚBLICAS. EL PRESIDENTE DE LA CORTE LE DIRIGIÓ LA SIGUIENTE CARTA:

Bogotá, D. E., 23 de noviembre de 1989. 23 noviembre 1989.

Señor doctor

VIRGILIO BARCO VARGAS

Presidente de la República

E.S.D.

Señor Presidente:

Al conocer sus declaraciones que impugnan la politización de la justicia por la forma como se integra el Consejo Superior de la Administración de Justicia en el proyecto de Reforma Constitucional, quiero manifestarle que esta Corporación registra complacida su actitud de decidida estirpe democrática, que interpreta las mejores conveniencias del país.

Hoy en el foro de la justicia organizado por el Congreso de la República tuve la oportunidad de decir: “la declaración que ha hecho el señor Presidente Barco en relación con este proyecto de politización de la justicia al condenar la integración del Consejo Superior de la Administración de Justicia con origen en las Cámaras, enaltece sus convicciones republicanas y dependen una conveniencia nacional que seguramente comparte el país, para evitarle graves males que ya ha experimentado en un ingrato pasado y no podemos olvidar”

Del señor Presidente, con la mayor consideración,

FABIO MORÓN DÍAZ

PRESIDENTE.

EL HERALDO DE BARRANQUILLA EN SU EDICIÓN DEL 27 NOVIEMBRE 1989, SE PRONUNCIÓ EN SU EDITORIAL, ESCRITO POR SU DIRECTOR JUAN B. FERNÁNDEZ RENOWITZKY EN LOS SIGUIENTES TÉRMINOS:

Numerosos males aquejan a la justicia colombiana para que ganen los perturbadores aspectos de la politización. Sería revivir defectos contra los que se pronunció reiteradamente el pueblo colombiano. Y que se creían superados definitivamente o al menos en vías de extinción paulatina pero irreversible.

La reacción de los estamentos nacionales contra las prácticas que le bajaban la administración de justicia al arbitrio de compromisos grupistas o partidistas llevó a buscar fórmulas para preservar la integridad moral de jueces y magistrados. Pero como Colombia es el país de las contradicciones, los congresistas en su afán de manejarlo todo incluyeron en el proyecto de enmiendas constitucionales actualmente en trámite en el Parlamento, la facultad de que en el Senado y en la Cámara de Representantes manipulen a sus anchas las altas corporaciones judiciales a través del Consejo Superior de la Administración de Justicia.

Contra esta tendencia se pronunció el presidente de la Corte Suprema de Justicia, Fabio Morón Díaz, quien advierte sobre el riesgo de que la administración de justicia caiga “en el vórtice de la politización”. Comentó que las funciones de la magistratura tendrán que someterse a “Cabildeos y gestiones propias del proceso político”.

Actitud regresiva se vuelve a una época contra la cual se manifestó abiertamente la opinión pública. Reputados profesionales del Derecho atribuyeron a las influencias politiqueras el auge de la impunidad que ensombrece la justicia.

Los resultados absurdos de numerosas investigaciones sobre acontecimientos importantes, crearon entre la ciudadanía la impresión de que para quedar exonerado del peso de la ley basta con que el inculcado esté vinculado a los círculos políticos. La adjudicación de las magistraturas por recomendaciones políticas es

el principal obstáculo para que en el país impere una justicia recta y oportuna.

Espera la comunidad que todavía no sea demasiado tarde para que el congreso enmiende el garrafal error en que incurriría de aprobarse la reforma constitucional en los términos que motivaron la valerosa protesta del Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

Contrario al interés de imponer la “connotación política” en el escogimiento de los futuros miembros de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, y de contera de los magistrados de los tribunales superiores y administrativos seccionales, se requieren instrumentos para agilizar y hacer más efectiva la justicia colombiana.

La función jurisdiccional debe sustraerse de cualquier posibilidad de injerencia política o de cualquier otro orden. “Hay que buscar otros caminos”. “Cuando exista plena armonía entre el orden jurídico y el comportamiento moral -dijo hace poco el ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia, magistrado costeño José Alejandro Bonivento- se podrá decir que se ha logrado el elemento sustancial para el bien común”.

Politizar la justicia no es el procedimiento adecuado para garantizar una solución que no sojuzgue la independencia de los jueces supremos. Todo lo contrario. Como lo expresó el Presidente Virgilio Barco “el regreso a la tranquilidad no sería posible si además de las medidas excepcionales no se adoptan soluciones destinadas a resolver las causas estructurales que permiten y gestan y la impunidad”.

Una de esas causas es la politización, contra la cual el Jefe del Estado lanzó críticas en el Banquete del Millón que merecen el respaldo de la opinión pública, en seguimiento del que ya le ha formulado el jurista costeño que preside la Corte Suprema de Justicia en las declaraciones que comentamos y que aplaudimos en esta nota editorial.

Como es sabido, luego de varios episodios políticos y parlamentarios, que sobra recogen en una publicación de esta índole, el proyecto de reforma constitucional fue archivado por decisión del Senado de la República, con la conformidad del propio gobierno nacional expresada por medio de carta del Ministro de Gobierno, doctor Carlos Lemos Simmonds.

EDITORIAL DE EL TIEMPO DEL 1 DE DICIEMBRE DE 1989.

ÉTICA

El Presidente de la Corte Suprema de Justicia, doctor Fabio Morón Díaz, tocó un problema que viene afectando a la humanidad desde el comienzo de una civilización organizada. Planteó el dilema que se crea por la escogencia del personal para conformar la Rama Jurisdiccional, consistente en la duda que a veces se presenta, entre la preparación profesional y la ética. Lo que ofrece dificultades en el campo de la justicia, podría superarse fácilmente si acusara una combinación más o menos perfecta entre el sentido ético de la vida y los conocimientos derivados de la profesión o los estudios a los cuales se dedica cada ser humano. Ética, conocimientos, podrían reemplazarse por el "ser o no ser" de Shakespeare. En las profesiones de tipo técnico científico, los conocimientos y buenos estudios pesan de manera innegable. Pero de nada valen si la ética se deja de lado. Con agravantes se acentúa el riesgo en aquellas carreras en las que priva la obligación de analizar hechos y decidir sobre principios justicieros.

Estamos con la ética por encima de los conocimientos, como norma general. Como tesis filosófica, que rige las decisiones en cualquier campo de la actividad humana. Sin ética no es posible el imperio de la justicia ni se puede vivir con la conciencia tranquila. Lo grave consiste en la interpretación de ella. No se puede ser laxo. Es clara la ética ajustada a la moral y los principios severos que dominan los destinos humanos. Tan grande como quebrantarla es acomodarla a ciertas conveniencias o ceñirla a la debilidad propia de los temperamentos influenciados y carentes de una fortaleza a

veces difícil de conseguir. Se es ético o no se es. No caben términos medios.



Universidad Nacional de Colombia, Bogotá. El Magistrado Fabio Morón Díaz, recibe el saludo de las directivas de la Universidad Nacional en el homenaje a los altos dignatarios de la administración pública egresados de la Universidad Nacional. 18 de noviembre de 1997.

Por eso las palabras del presidente de la Corte Suprema de Justicia adquieren una gran importancia, especialmente cuando se han reunido en la capital del segundo foro de Magistrados Superiores del Distrito, donde se buscan objetivos acordes con las tesis aquí expuestas.

Uno de los grandes problemas de la administración de justicia ha sido precisamente el de las condiciones morales de no pocos de sus ejecutores. Las normas abundan, y aún se consideran excesivas. Más a su abundancia no ha correspondido en igual forma el estricto sentido del cumplimiento del deber ni el de la buena conducta moral, que obviamente configuran antecedentes de primer orden que no puede ser pasado por alto. Ya la propia Corte Suprema de Justicia tuvo en rigurosa apreciación esas circunstancias en la selección de los Magistrados de Tribunales Superiores, y es apenas obvio que se recomiende el mantenimiento de esas indicaciones en

el escogimiento de los jueces subalternos en lo civil, lo penal y lo laboral.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y CORTE CONSTITUCIONAL

Fabio Morón Díaz era Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena en 1985. Ese año fue elegido Magistrado a la Corte Suprema de Justicia en su Sala Constitucional, allí también fungió como Presidente de esa Sala. En 1989 ocupó a la Presidencia de la Corte. Durante ese período intervino en la redacción y aprobación de varias sentencias trascendentales. Pero indudablemente las sentencias que marcaron un hito en la institucionalidad del país fueron de la Séptima papeleta y la No. 138 que permitió la convocatoria de la Asamblea Constituyente que dio origen a la Constitución de 1991, la llamada del Estado Social de Derecho. De la Corte Suprema pasó a la Corte Constitucional y posteriormente como su Presidente se ocupó fundamentalmente de desarrollar lo relacionado con los Derechos fundamentales en la nueva Constitución.

He aquí algunas de esas sentencias:

Corte Suprema de Justicia - Sala Plena

Revisión Constitucional del Decreto Legislativo 927 de mayo 3 de 1990 “por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público”.

Carácter del control de constitucionalidad. Facultades del Presidente en Estado de Sitio.

Asamblea Constitucional. Aprobada por Acta No. 20.

Bogotá, D. E., mayo veinticuatro (24) de mil novecientos noventa (1990).

I. ANTECEDENTES

En cumplimiento de lo ordenado en el párrafo del artículo 121 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional hizo llegar oportunamente a esta Corporación el Decreto Legislativo número 927 de mayo 3 de 1990, “por el cual se dictan medidas

tendientes al restablecimiento del orden público”, para su revisión constitucional.

Surtido el trámite previsto tanto en la Constitución, como en los Decretos 432 de 1969 y 1894 de 1989 y oído el concepto del Procurador General de la Nación, procede la Corte a decidir, previas las consideraciones que adelante se señalan.

II. TEXTO DEL DECRETO QUE SE REVISAS

El decreto sub examine es del siguiente tenor:

«DECRETO NÚMERO 927 DE 1990

(mayo 3)

Por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Política y en desarrollo del Decreto 1038 de 1984, y

CONSIDERANDO:

Que mediante Decreto número 1038 de 1984, se declaró turbado el orden público y en Estado de Sitio todo el territorio nacional;

Que la acción de los grupos que promueven diversas formas de violencia se ha recrudecido, lo cual ha agravado la perturbación del orden público y ha creado un clamor popular para que se fortalezcan las instituciones;

Que el urgente fortalecimiento institucional es necesario para retornar a la normalidad y para superar la situación permanente de perturbación del orden público;

Que dicho fortalecimiento es posible con la amplia y activa participación de la ciudadanía que es necesaria para que las instituciones recobren su plena eficacia;

Que el 11 de marzo de 1990 un número considerable de ciudadanos, por iniciativa propia, ante la inminente necesidad de permitir el fortalecimiento institucional en ejercicio de la función constitucional del sufragio y de su autonomía soberana, manifestaron su voluntad para que la Constitución Política fuera

reformada prontamente por una Asamblea Constitucional y que dicha convocatoria ha sido recogida y reiterada por las diversas fuerzas políticas y sociales;

Que el mandato popular debe ser reconocido no solo con el fin de contribuir a normalizar la situación de turbación del orden público por la que atraviesa el país, sino de obtener nuevas alternativas de participación política que conduzcan al logro del restablecimiento del orden público;

Que frustrar el movimiento popular en favor del cambio institucional debilitaría las instituciones que tienen la responsabilidad de alcanzar la paz y generaría descontento en la población;

Que el Gobierno debe facilitar que el pueblo se pronuncie en las elecciones del 27 de mayo de 1990, puesto que “la Nación Constituyente, no por razón de autorizaciones de naturaleza jurídica que la hayan habilitado para actuar sino por la misma fuerza y efectividad de su poder político, goza de la mayor autonomía para adoptar las decisiones que a bien tenga en relación con su estructura política fundamental” (Corte Suprema de Justicia, sentencia de junio 9 de 1987);

Que por todo lo anterior el Gobierno Nacional, interpretando la voluntad de los colombianos y dando cumplimiento a su obligación constitucional de preservar el orden público y buscar todos los medios necesarios para lograr su restablecimiento, debe proceder a dictar una norma de carácter legal que faculte a la Registraduría Nacional del Estado Civil para contabilizar los votos que se produzcan en torno a la posibilidad de convocar una Asamblea Constitucional, por iniciativa popular,

DECRETA:

Artículo 1° Mientras subsista turbado el orden público y en Estado de Sitio todo el territorio nacional, la organización electoral procederá a adoptar todas las medidas, conducentes a contabilizar los votos que se produzcan en la fecha de las elecciones:

presidenciales de 1990, en torno a la posibilidad de integrar una Asamblea Constitucional.

Artículo 2° La Tarjeta Electoral que contabilizará la organización electoral, contendrá el siguiente texto:

Para fortalecer la democracia participativa, vota por la convocatoria de una Asamblea Constitucional, con representación de las fuerzas sociales, políticas y regionales de la Nación, integrada democrática y popularmente para reformar la Constitución Política de Colombia?

SI NO

Artículo 3° El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y suspende las normas que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a los 3 días del mes de mayo de 1990.

VIRGILIO BARCO

El Ministro de Gobierno, encargado de las funciones del Despacho del Ministro de Comunicaciones, Horacio Serpa Uribe; el Ministro de Relaciones Exteriores, Julio Londoño Paredes; el Ministro de Justicia, Roberto Salazar Manrique; el Ministro de Hacienda y Crédito Público, Luis Fernando Alarcón Mantilla; el Ministro de Defensa Nacional, General Óscar Botero Restrepo; la Ministra de Trabajo y Seguridad Social, María Teresa Forero de Saade; el Ministro de Salud, Eduardo Díaz Uribe; la Ministra de Desarrollo Económico, encargada de las funciones del despacho del Ministro de Agricultura, María Mercedes Cuellar de Martínez; la Ministra de Minas y Energía, Margarita Mena de Quevedo; el Ministro de Educación Nacional, Manuel Francisco Becerra Barney; la Ministra de Obras Públicas y Transporte, Luz Priscila Ceballos Ordóñez.

III. INTERVENCIÓN CIUDADANA

Dentro de la oportunidad prevista en el artículo 214 C.N., comparecieron ante la Corte, varios ciudadanos para defender, unos, la constitucionalidad del decreto y, otros, para impugnarla.

Quienes consideran que el decreto objeto de revisión es constitucional se fundamentan en el carácter de constituyente primario que tiene el pueblo, lo que, a su entender, legitima su pronunciamiento en las urnas y también en la necesidad y conveniencia de acoger el “clamor popular” para que ocurra un cambio institucional.

La Presidencia de la República, a través de la Secretaría Jurídica, en escrito presentado a esta Corporación, se pronunció en el mismo sentido. En cuanto a los alcances del decreto manifiesta:

“El Decreto Legislativo 927 de 1990, se limita a otorgar una autorización a la organización electoral, consistente en contabilizar los votos que se depositen en las elecciones presidenciales de 1990, en torno a la posibilidad de integrar una Asamblea Constitucional, determina cual sería la Tarjeta Electoral contabilizable para tal efecto, sin que ello implique discusiones sobre la materia, ya que simplemente recoge los puntos de convergencia política. De conformidad con el artículo 180 de la Constitución Política, le corresponde a la ley determinar los demás aspectos concernientes a elecciones y escrutinios. En la medida en que el Decreto 927 de 1990, no contiene regulaciones constitucionales en materia electoral sino una adición a las competencias legales de la organización electoral, está acatando estrictamente la jurisprudencia de esa Corporación.”

Los impugnantes afirman en síntesis que:

– No existe relación de conexidad entre las causas de la declaratoria de Estado de Sitio y el mandato que ahora se examina.

– Se trasgrede el artículo 171 C.N., que define en “forma excluyente” cuales decisiones son objeto de votación.

– Se viola el artículo 218 C.N., que señala el mecanismo previsto para las Reformas Constitucionales, y

– El artículo 13 del Plebiscito de 1957 prohíbe utilizar este mecanismo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

a) Competencia

Por tratarse de un decreto legislativo expedido con base en las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República, en virtud del artículo 121 C.N., esta Corporación es competente para decidir definitivamente sobre su constitucionalidad, según lo dispone el mismo precepto citado en concordancia con el 214 de la Carta Fundamental.

b) Aspectos formales

El decreto que se revisa cumple con los requisitos formales a los que este tipo de actos deben ceñirse de acuerdo con la Constitución, esto es, que lleven la firma del Presidente y de todos los Ministros y que sus efectos sean puramente temporales, sin derogar leyes preexistentes y limitándose a suspender las que sean incompatibles con el Estado de Sitio.

c) La conexidad

El Decreto 1038 de 1984 que declaró turbado el orden público y en Estado de Sitio el Territorio Nacional, invocó como causas de perturbación básicamente las relacionadas con la violencia proveniente de grupos armados que atentan contra el régimen constitucional, esto es, los denominados grupos guerrilleros y la proveniente de grupos antisociales relacionados con el narcotráfico.

El decreto que se revisa cita como sustento para su expedición básicamente los siguientes cuatro hechos:

– Que la acción de los grupos que promueven diversas formas de violencia se ha recrudecido;

– Que, como consecuencia de lo anterior, resulta urgente un fortalecimiento institucional para superar la situación permanente de perturbación del orden social;

– Que existe un clamor popular, manifestado entre otros en las elecciones del pasado 11 de marzo, para que ocurra ese fortalecimiento institucional;

– Que por tanto, el Gobierno debe proceder a dictar una norma de carácter legal que faculte a la Registraduría Nacional del Estado Civil, para contabilizar los votos que se produzcan en torno de la posibilidad de convocar una Asamblea Constitucional, por iniciativa popular.

Para nadie es extraño en Colombia que las causas que generaron la perturbación, lejos de haberse extinguido se han aumentado en los seis años de vigencia del Decreto 1038 de 1984. En ese período el país ha asistido a múltiples hechos de violencia que lo han horrorizado: la toma del Palacio de Justicia y la inmolación de 11 magistrados de esta Corporación, la muerte de tres candidatos presidenciales, la explosión de un avión cargado de pasajeros, las masacres, las fosas comunes, los atentados a los periódicos, las bombas que indiscriminadamente cobran víctimas inocentes, son ejemplos de una situación ya no solo atribuible a la guerrilla y al narcotráfico, sino a otras manifestaciones del crimen organizado. El fenómeno se encuentra condensado en esta afirmación contenida en el informe presentado por la Comisión de Estudios sobre la violencia, al Ministerio de Gobierno: “Múltiples formas de violencia se están retroalimentando y superponiendo en forma tal, que su agudización se proyecta en la perspectiva, no de una eventual crisis insurreccional, sino de una anarquización generalizada de la vida política del país” (Autores varios, Colombia: Violencia y Democracia. Informe presentado al Ministerio de Gobierno por la Comisión de Estudios sobre la Violencia. Universidad Nacional de Colombia – Centro Editorial, Bogotá 1987).

Los hechos mencionados demuestran a las claras que las instituciones tal como se encuentran diseñadas no son suficientes para enfrentar las diversas formas de violencia a las que tienen que encarar. No es que las instituciones se hayan constituido per se en factor de perturbación, sino que han perdido eficacia y se han vuelto inadecuadas, se han quedado cortas para combatir modalidades de intimidación y ataque no imaginadas siquiera hace pocos años, por lo que su rediseño resulta una medida a todas luces necesaria para que las causas de la perturbación no continúen agravándose, como

hasta ahora ha venido ocurriendo, en los seis años de vigencia del Estado de Sitio.

El clamor popular para que ocurra el fortalecimiento institucional es un hecho público y notorio que en derecho no requiere prueba; en favor de él se han manifestado los partidos políticos, los medios de comunicación, los estamentos universitarios y el pueblo en general, a través de la denominada “séptima papeleta”, en las elecciones del 11 de marzo de 1990.

Establecida como está la veracidad de las premisas anteriores, resulta explicable la procedencia de la medida tomada en el decreto que se revisa, la cual para la Corporación está íntimamente ligada con las causas de la crisis y se dirige inequívocamente a conjurar sus efectos.

A la Corte no le corresponde calificar la conveniencia de la medida que se toma, ni predecir si con ella se va a superar la crisis o si por el contrario se convertirá en una nueva frustración, su tarea se circunscribe a la aplicación de la norma jurídica sin olvidar eso sí que: “las normas constituyen realidades sociales y humanas, productos históricos que se originan en una colectividad para la protección de ciertos fines, valores o intereses reales y concretos. No son entidades metafísicas o simples proposiciones formales; existen las normas para ser aplicadas y realizadas en una determinada sociedad, con resultados y consecuencias también de carácter perfectamente real” (Díaz, Elías. *Legalidad-legitimidad en el Socialismo Democrático*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1978, pág. 18).

El juicio constitucional debe consultar la realidad social a la que se pretende aplicar una norma:

Es necesario desbordar los cuadros de la pura estimativa jurídica para situarnos en el plano de la realidad social. La justicia ya no es presentada, como en la mitología clásica, con los ojos vendados sino con los ojos bien abiertos, los cien ojos de Argos, para escudriñar las reconditeces de la realidad social. El juez constitucional ha sido llamado juez estadista, porque al ejercer el control normativo realiza

juicios de valoración política, en el sentido más noble y augusto del concepto, en el sentido aristotélico. Nuestra Constitución precisamente se llama Constitución Política de Colombia, y quien ejerce funcionalmente su guarda es forzoso que emita juicios de contenido político, repito, en el buen sentido del vocablo.

“El contenido del juicio constitucional es sustancialmente distinto de cualquiera otro que profieren los demás jueces. Su materia no es ciertamente un problema de servidumbres o de filiación natural o de cuestiones laborales, o sobre un hurto o un robo. Su materia es la definición de los derechos de los asociados entre si y frente al Estado y las relaciones entre este y sus diversos órganos. Es decir el control sobre lo que se llama tanto la parte dogmática como la parte orgánica de un estatuto superior. Cuestiones por entero políticas” (Aclaración de voto, Magistrado Gonzalo Vargas Rubiano, a la sentencia de julio 3 de 1984. Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Radicación No. 1198 -164-E-).

¿Cómo se puede afirmar la falta de conexidad de una medida de carácter extraordinario que en una sociedad en crisis pretenda facilitar la expresión de la voluntad popular en asunto de tanta monta como su régimen institucional, cuya legitimidad proviene precisamente del respaldo de esa voluntad?

El país ha venido reclamando el cambio institucional, aunque dentro de los cauces del orden jurídico, y ante el fracaso de los órganos del Estado responsables del mismo, ha venido pidiendo la conformación de una Asamblea Constitucional que pueda realizarlo. En las últimas elecciones populares lo manifestó así masivamente en las urnas, a pesar de que no tuvo el apoyo de los grupos políticos, ni del Gobierno.

Este movimiento ha sido tan eficaz, que los mismos alzados en armas en todos los acuerdos que vienen realizando con el Gobierno para poner fin a la subversión, han condicionado su reintegro a la vida civil a la realización de dicha Asamblea.

Es entonces evidente que hay una clara relación de conexidad entre el decreto que se revisa y los motivos que determinaron la

declaratoria del Estado de Sitio. Es más, el no acceder a este clamor del pueblo, será sin ninguna duda un factor de mayor desestabilización del orden público.

Es que como dijo Bobbio: “...La vida política se desarrolla a través de conflictos jamás definitivamente resueltos, cuya resolución se consigue mediante acuerdos momentáneos, treguas y esos tratados de paz más duraderos que son las Constituciones...” (Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia*. Plaza y Janés. Barcelona, España, 1985, pág. 171).

d) Examen material

1. El contenido del Decreto

El decreto objeto de la revisión ordena a la “organización electoral adoptar las medidas conducentes a contabilizar los votos que se produzcan en la fecha de las elecciones presidenciales de 1990, en torno a la posibilidad de integrar una Asamblea Constitucional”.

En su artículo segundo establece el texto de la tarjeta electoral que se debe contabilizar.

Sea lo primero decir que el contenido del Decreto, tal como se desprende de su lectura, no tiene los alcances que le pretender dar algunos de los impugnantes; no se trata de una reforma a la Constitución, no es un plebiscito o un referéndum, el Presidente no convoca al pueblo a manifestarse, se trata simplemente de dar la posibilidad legal para que se realice la contabilización de unos votos, que pueden presentarse o no, ser afirmativos o negativos, sobre la posibilidad de integrar una Asamblea Constitucional, para reformar la Carta Política.

Es por lo tanto una norma de naturaleza legal, que adiciona las funciones de la organización electoral y que el Presidente como legislador extraordinario puede tomar válidamente, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 121 de la Carta. No se debe olvidar que la primera atribución constitucional del Presidente derivada del precepto citado es la de expedir disposiciones con fuerza y materialidad de ley, que tienen la virtud de suspender, modificar temporalmente y adicionar transitoriamente las leyes preexistentes,

siempre que, como en el presente caso vayan dirigidas a conjurar la crisis.

No puede la Corporación pronunciarse en esta oportunidad sobre un supuesto acto de convocatoria de una Asamblea Constitucional para reformar la Constitución, cuando dicho acto no se ha producido y ni siquiera puede decirse que ocurra con el voto afirmativo de la mayoría de la población mediante la tarjeta electoral que el decreto sub examine ordena contabilizar.

Si la autoridad que realice una eventual convocatoria es o no la competente para ello, si la conformación de la pretendida Asamblea y sus funciones desbordan los límites constitucionales y si tienen o no el soporte jurídico-político que deben tener en el marco de un Estado de Derecho las decisiones de los gobernantes, son cuestiones respecto de las cuales la Corte en esta oportunidad no puede pronunciarse por no ser la materia que se estudia en el presente proceso; hacerlo sería un extraño juicio preventivo, a todas luces contrario a los alcances y fines del denominado juicio constitucional.

Sostienen algunos impugnantes que con el decreto se violan los artículos 171 y 218 C.N., que establecen que autoridades se eligen por voto popular y cuál es el procedimiento para la reforma y de contera manifiesta que trasgreden los artículos 2º y 55 del Estatuto Fundamental, en cuanto establecen que los poderes públicos se ejercen en la forma prevista en la Constitución y que las Ramas del Poder tienen funciones separadas.

No encuentra la Corte fundamento a tales aseveraciones, toda vez que ellas parten como ya se indicó de supuestos falsos con base en los cuales el decreto tendría un alcance mucho mayor del que verdaderamente posee.

No asiste razón a los impugnantes que consideran que el decreto viola el artículo 171 C.N., en cuanto pretenden que en él se establecen los eventos en los que se puede acudir al sistema electoral. La propia Constitución prevé la posibilidad de realizar

consultas populares municipales, autorizadas por el artículo 6° del Acto Legislativo número 1 de 1986, reglamentadas por la Ley 42 de 1989. De igual manera, la Ley 3a de 1989, declarada exequible por esta Corporación, dispuso la intervención de la Registraduría Nacional del Estado Civil en la consulta popular interna de los partidos políticos. Sobre la posibilidad de tomar este tipo de medidas a través de disposiciones de naturaleza legal, dijo la Corte:

“El Congreso Nacional podía confiarle tal labor a la Registraduría Nacional del Estado Civil, con base en la cláusula general de competencia contenida en el artículo 76 C.N.; también, con fundamento en el ordinal 1° del mismo artículo, que lo faculta para reformar las leyes preexistentes, entre ellas las orgánicas de la Registraduría, encomendándole esa tarea, además de las que actualmente tiene asignadas y, finalmente, porque el artículo 180 de la Carta confía a la ley lo demás concerniente a elecciones y escrutinios” (Sentencia No. 19 de febrero 15 de 1990; M. P. doctor Hernando Gómez Otálora).

2. Las facultades del Presidente en Estado de Sitio

El régimen constitucional colombiano consagra el Estado de Sitio como una especie del que la doctrina denomina estado de excepción, que según algunos autores encuentra su origen en la organización política romana; señala las atribuciones de que se inviste el Presidente, de las cuales carece en épocas de normalidad y establece los límites dentro de los que debe desarrollar su actividad.

Se trata pues de una facultad normada, con poderes expresos, que no suspende la Constitución, que no otorga al gobernante poderes absolutos, que no acepta la teoría del estado de necesidad que supone poderes implícitos en la función del gobierno, que – en fin – rechaza la afirmación de Carl Schmitt según la cual “soberano es el que decide el Estado de Excepción”.

Lo anterior no quiere decir que las facultades del Presidente estén limitadas a medidas de tipo represivo, a aumentar las penas, a crear delitos, a otorgar funciones a los militares como en el

“Martial Law” anglosajón; dichas facultades autorizan al Presidente para tomar medidas de rehabilitación política, económica y social inequívocamente encaminadas a superar la crisis. Así lo reconoció esta Corporación en sentencia de mayo 10 de 1982:

“La pacificación, a cuyo logro está obligado constitucionalmente el gobierno, bien puede conseguirse por el desarrollo de drásticas operaciones militares represivas o mediante la adopción de medidas como la no aplicación de la normatividad punitiva a quienes han subvertido el orden. Una y otra manera de obrar caben en las facultades del artículo 121, en tanto este no prescribe nada en concreto en este aspecto.

“Conviene enfatizar sin embargo, que las medidas adoptadas en este, corresponden holgadamente a las facultades de que se encuentra investido el Presidente de la República en el marco del Estado de Sitio, o lo que es lo mismo, dentro de los preceptos del artículo 121 de la Carta Fundamental, los cuales con frecuencia han permitido la utilización de amplias medidas represivas.

“En el presente caso, se trata a mayor abundamiento de medidas de rehabilitación económica y social inequívocamente encaminadas a la conservación del orden público, a la obtención y mantenimiento de la paz, supremo bien jurídico y social, del cual se ocupa la Carta Fundamental del Estado en numerosas cláusulas, incluido en tal sentido el propio preámbulo de la misma, en torno del cual ‘se reconstituyó la República’ en 1886 y plebiscitariamente ratificado en el año de 1957, medidas que buscan ostensiblemente remover las propias causas sociales de la perturbación del orden” (Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de mayo 10 de 1982. Jurisprudencia Constitucional Tomo III. Luis Sarmiento Buitrago. Banco de la República, Bogotá. pág. 1447).

3. La norma que se revisa frente a las facultades presidenciales en Estado de Sitio

De las premisas sentadas atrás se infiere que el decreto objeto de control de constitucionalidad por la Corte se enmarca dentro de

las facultades que la Carta Política prescribe para el Presidente en épocas de anormalidad, entre otras por las siguientes razones:

Es de contenido puramente electoral, creando una función transitoria a la organización electoral consistente en contar los votos que puedan resultar, en la elección presidencial de 1990, en favor o en contra de la necesidad de convocar una Asamblea Constitucional.

No se trata de un referéndum o un plebiscito, esto es, de la refrendación de una decisión ya tomada directamente por el pueblo. La vaguedad, imprecisión y falta de detalle que el señor Procurador General de la Nación le señala al decreto, es lo que le permite a la Corporación afirmar que la norma que se revisa no dice más de lo que dice, esto es, que si se tratara de un plebiscito o de un referéndum debía haber precisado con qué mayoría se daba por refrendada o por adoptada la decisión, a quien se le da la autorización para convocar la Asamblea Constitucional, en que tiempo, etcétera.

Como consecuencia de lo anterior, para la Corporación resulta claro que cualquier decisión futura deberá tomarse dentro del marco de la Constitución, ya que como se dijo en un Estado de Derecho los actos de los gobernantes deben tener fundamento jurídico-político en el cual se sustenten.

Le corresponde al Presidente, acorde con la etiología de los regímenes políticos de América Latina, ser impulsor de la acción del Gobierno, clara y legítimamente utilizada en el presente caso para permitir registrar la expresión de la voluntad popular, acerca de la posibilidad de integración de una Asamblea Constitucional para fortalecer la democracia participativa y en la cual estén representadas las fuerzas sociales, políticas y regionales de la Nación.

Esta situación no se ve disminuida sino acrecentada por las extraordinarias circunstancias del Estado de Sitio y el cometido que le corresponde al Presidente en el régimen de excepción para buscar ante todo el restablecimiento del orden público.

No abrir los caminos para registrar esa voluntad, significaría el desconocimiento del antecedente político de la denominada

“séptima papeleta”, que espontáneamente, se registró el pasado 11 de marzo, así como expresiones públicas de los partidos políticos y los candidatos presidenciales y conduciría a impedir tomar medidas que fortalezcan el orden institucional para enfrentar con eficacia los hechos perturbadores de la paz pública y podría generar nuevas causas de intranquilidad.

VI. COROLARIO

En fin, el decreto que se revisa, por una parte ordena a la organización electoral que contabilice los votos sobre la posibilidad de integrar la Asamblea Constitucional, para realizar la Reforma a la Constitución, y por otra parte hace una invocación al pueblo para que se manifieste sobre la posibilidad de convocar una Asamblea Constitucional, lo cual constituye un hecho político que traduce un verdadero mandato de igual naturaleza y sobre el cual la Corte no encuentra ningún reparo de constitucionalidad.

Por esta razón, la Corporación no ve la necesidad de adentrarse en analizar las competencias del constituyente primario y el alcance de las mismas. En este sentido lo dicho no se contrapone ni desconoce el artículo 218 de la Constitución Nacional, preceptiva que se refiere al constituyente secundario y que es otra hipótesis jurídica.

II. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena y oído el concepto del señor Procurador General de la Nación,

RESUELVE:

Es CONSTITUCIONAL el Decreto Legislativo 927 de mayo 3 de 1990 “por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público”.

Cópiese, publíquese, comuníquese al Gobierno Nacional, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Se deja constancia de que esta sentencia fue aprobada legalmente y se dio observancia al Decreto 1894 de 1989.

Magistrado Ponente: FABIO MORÓN DÍAZ

Presidente, Jorge Carreño Luengas

Blanca Trujillo de Sanjuán

Secretaria.

SENTENCIA NÚMERO 138

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Revisión Constitucional del Decreto Legislativo número 1926 de 1990 “por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público” (Asamblea Constitucional).

Magistrados Ponentes: doctores Fabio Morón Díaz Hernando Gómez Otálora.

Las secciones I. Antecedentes, III. Defensas e impugnaciones, IV. El Ministerio Público, así como el punto 3. Conexidad de la sección, V. Consideraciones de la corte, fueron tomadas, en lo sustancial, de la ponencia elaborada por el doctor Jaime Sanín Greiffenstein.

Aprobada por Acta No. 45.

Bogotá, D. E., octubre nueve (9) de mil novecientos noventa (1990).

I. ANTECEDENTES

El Gobierno mediante oficio de agosto 24 de 1990, envió a esta Corporación, para su revisión, el Decreto 1926 de 1990, “por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público”, dando cumplimiento de esta manera a lo ordenado en el artículo 121 de la Carta.

Cumplidos como están los trámites previstos en la citada disposición, así como en el artículo 214 ibídem, y en el Decreto 432 de 1969, procede la Corte a decidir previas las consideraciones que adelante se señalan.

I. TEXTO DEL DECRETO QUE SE REVISAS

El decreto objeto de estudio es el siguiente:

DECRETO NÚMERO 1926 DE 1990

Por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Política y en desarrollo del Decreto 1038 de 1984, y

CONSIDERANDO:

Que mediante Decreto número 1038 de 1984, se declaró turbado el orden público y en Estado de Sitio todo el territorio nacional;

Que los factores de perturbación invocados en el mencionado decreto, tales como las acciones violentas provenientes de grupos armados que atentan contra el orden constitucional, continúan alterando la paz pública;

Que es urgente crear las bases de un fortalecimiento institucional que permita superar la situación de perturbación puesto que, tal como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia de su Sala Plena proferida el 24 de mayo de 1990, “los hechos mencionados demuestran a las claras que las instituciones tal como se encuentran diseñadas no son suficientes para enfrentar las diversas formas de violencia a las que tienen que encarar. No es que las instituciones se hayan constituido per se en factor de perturbación, sino que han perdido eficacia y se han vuelto inadecuadas, se han quedado cortas para combatir modalidades de intimidación y ataque no imaginadas siquiera hace pocos años, por lo que su rediseño resulta una medida necesaria para que las causas de la perturbación no continúen agravándose como hasta ahora ha venido ocurriendo, en los seis años de vigencia del Estado de Sitio” (Expediente número 2149-E);

Que es evidente que la convocación de una Asamblea Constitucional facilita la reincorporación de grupos alzados en armas a la vida civil, puesto que antiguos grupos guerrilleros, como el M-19, manifestaron como elemento trascendental para ese significativo paso, la posibilidad de participar en el seno de una Asamblea Constitucional y que otros grupos alzados en armas han manifestado formalmente su intención de acogerse al régimen civil por medio de su integración al proceso de cambio institucional a

cargo de la Asamblea Constitucional, entre ellos el EPL, el Quintín Lame y el PRT;

Que esta circunstancia fue relevada por la Corte Suprema de Justicia en la providencia señalada, en los siguientes términos: “El movimiento ha sido tan eficaz, que los mismos alzados en armas en todos los acuerdos que vienen realizando con el Gobierno para poner fin a la subversión, han condicionado su reintegro a la vida civil a la realización de dicha Asamblea. Es entonces evidente que hay una clara relación de conexidad entre el decreto que se revisa y los motivos que determinaron la declaración del Estado de Sitio. Es más, el no acceder a este clamor del pueblo, será sin ninguna duda un factor de mayor desestabilización del orden público”;

Que además de los grupos guerrilleros, diversas fuerzas sociales, incluidas aquellas que se encuentran marginadas o que desarrollan actividades de protesta en ocasiones por fuera de la ley, tendrán en la convocación de la Asamblea Constitucional y en el proceso de reforma para la adopción de nuevos derechos y de mecanismos eficaces para asegurar su protección, una oportunidad de vincularse a la vida democrática institucional, lo cual es necesario para alcanzar la convivencia pacífica de los colombianos;

Que desde el pasado 11 de marzo, ante la grave situación de perturbación del orden público, se registró legítimamente un clamor popular para que las instituciones fueran fortalecidas, para que el Estado pudiera disponer de instrumentos suficientes para restablecer el orden público turbado y para que las instituciones recobraran su plena legitimidad y eficacia indispensables para alcanzar la paz;

Que posteriormente, el Gobierno Nacional dictó el Decreto Legislativo número 927 del 3 de mayo de 1990, por medio del cual se facultó a la Organización Electoral para contabilizar los votos depositados el 27 de mayo en favor de la convocación de una Asamblea Constitucional;

Que el resultado de tal contabilización demuestra que una amplia mayoría de votantes, superior al 88%, sufragó afirmativamente,

lo cual significa que la Nación, depositaria de la soberanía, ha manifestado en ejercicio de la función constitucional del sufragio, su voluntad de que sea convocada una Asamblea Constitucional con representación de las fuerzas sociales, políticas y regionales de la Nación, integrada democrática y popularmente para reformar la Constitución Política vigente con el fin de fortalecer la democracia participativa;

Que la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 24 de mayo de 1990, al declarar ajustado a la Constitución el Decreto 927 de ese año, reconoció que la decisión del pueblo no solo confiere un mandato político sino que abre “la posibilidad de integrar una Asamblea Constitucional para reformar la Carta Política”;

Que las fuerzas sociales coincidieron en la necesidad de que el Presidente de la República facilite la convocación de la Asamblea; y la Corte Suprema de Justicia afirmó que “le corresponde al Presidente, acorde con la etiología de los regímenes políticos de América Latina, ser impulsor de la acción del Gobierno, clara y legítimamente utilizada en el presente caso para permitir registrar la expresión de la voluntad popular, acerca de la posibilidad de integración de una Asamblea Constitucional”. Así mismo, que el “Acuerdo político sobre la Asamblea Constitucional” consideró “conveniente que el Presidente de la República conduzca el proceso de convocación”, para que el pueblo soberano decida sobre la procedencia de una Asamblea Constitucional;

Que para interpretar, concretar y materializar la voluntad nacional, el 2 de agosto de este año se suscribió un “Acuerdo político sobre la Asamblea Constitucional”; por medio del cual se desarrollaron los puntos fundamentales trazados por el pueblo el 27 de mayo para poner en marcha el proceso de reorganización institucional, el cual fue ratificado, complementado y desarrollado por otro Acuerdo político el 23 de agosto de 1990;

Que el Acuerdo del 2 de agosto fue suscrito por el Presidente electo de Colombia, en su condición de Director del Partido Liberal, y por representantes del Movimiento de Salvación Nacional, del Partido

Social Conservador y del Movimiento Alianza Democrática M-19, fuerzas que obtuvieron el 27 de mayo más del 96% de la votación total, quienes señalaron la fecha del 9 de diciembre de 1990 para que los ciudadanos decidan si convocan o no la Asamblea, elijan sus miembros, definan sus elementos constitutivos y el temario que implica el límite de su competencia;

Que las bases desarrolladas en el acuerdo suscrito por las fuerzas políticas el 23 de agosto de 1990 son las siguientes:

“Para la convocación, integración y organización de la Asamblea Constitucional se tendrán en cuenta los siguientes lineamientos:

“1. Un decreto expedido al amparo del artículo 121 de la Constitución autorizara el escrutinio de los votos que los ciudadanos depositen para convocar la Asamblea Constitucional. El Gobierno acatara el fallo correspondiente de la Corte Suprema de Justicia.

“2. El día 9 de diciembre de 1990, los ciudadanos decidirán la convocación de la Asamblea, la elección de sus miembros, la definición de sus elementos constitutivos y el temario que implica el límite de su competencia.

“3. El período de sesiones de la Asamblea se iniciará el 5 de febrero y durará 150 días.

“4. La Asamblea no podrá estudiar asuntos diferentes a los mencionados en el temario aprobado por el pueblo y particularmente no podía modificar el periodo de los elegidos este año, las materias que afecten los compromisos adquiridos por el Estado colombiano en virtud de tratados internacionales y el sistema republicano de gobierno.

“5. Para asegurar la legitimidad democrática y el origen nacional de los miembros de la Asamblea, tal como lo estableció el pueblo el 27 de mayo de 1990, la representación de las fuerzas políticas, sociales y regionales la determinará el pueblo eligiendo a 70 miembros de la Asamblea por circunscripción nacional. La elección será plurinominal, es decir, por listas. En ella se aplicará el sistema de cociente electoral y de residuo, tomando como base la votación

en todo el territorio nacional. Se exceptúan de este procedimiento los miembros a que se refiere el punto séptimo.

“6. Los movimientos y las fuerzas políticas y sociales deberán integrar sus listas en tal forma que se promueva un sano equilibrio entre las diferentes regiones.

“7. Dos puestos de la Asamblea serán reservados para los grupos guerrilleros que se encuentren vinculados decididamente a un proceso de paz bajo la dirección del Gobierno, y ya estén desmovilizados. Sus nombres serán convenidos entre el Gobierno y los grupos guerrilleros desmovilizados. El número podrá aumentarse en la medida en que el proceso de desmovilización de otras agrupaciones haya avanzado, según valoración que de sus circunstancias efectúe el Gobierno, previa consulta con los signatarios de este acuerdo. Para asegurar la legitimidad democrática de esta decisión, el Presidente de la República los designará formalmente.

“8. Los miembros de la Asamblea representarán a la Nación entera y deberán votar consultando únicamente la justicia y el bien común.

“9. Para ser miembro de la Asamblea Constitucional se requiere:

“a) No estar desempeñando ningún otro cargo o empleo de responsabilidad política o de jurisdicción o mando en el sector público, o de representación pública de intereses privados en el momento de la inscripción de la candidatura. En tales casos, la inscripción como candidato a la Asamblea implica la desvinculación automática del cargo o del empleo correspondiente y así será reconocido por el empleador respectivo. Al momento de la inscripción, también deberá declararse la terminación de los contratos que el candidato hubiere celebrado con una entidad pública, salvo para el desempeño de actividades docentes. Los miembros recibirán la misma remuneración de los congresistas;

“b) Ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y además, haber desempeñado alguno de los cargos de Presidente

de la República, Designado, Miembro del Congreso, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Jefe de Misión Diplomática, Gobernador de Departamento, Consejero de Estado, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, de Tribunal Superior, de Tribunal Contencioso Administrativo o del Tribunal Disciplinario, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República, Alcalde de capital elegido popularmente, haber sido profesor universitario en una institución de educación superior en Colombia o en el exterior por tres años a lo menos, o haber ejercido por tiempo no menor de cinco años una profesión con título universitario;

“c) En el caso de los miembros de la Asamblea que correspondan a sectores estudiantiles o indígenas, se podrá hacer excepción a las calidades contempladas en el literal b), en relación con el desempeño de cargos o el ejercicio profesional, previa demostración de la calidad de estudiante de pregrado durante un año a lo menos, mediante certificación escrita de un establecimiento educativo refrendada por el Ministerio de Educación Nacional, o de su condición de dirigente de una organización indígena durante un año a lo menos, según certificación expedida por el Ministerio de Gobierno.

“Dicha excepción también se extenderá a todos aquellos que hayan sido beneficiarios de indulto, auto inhibitorio o cesación de procedimiento como resultado de un proceso de paz con el Gobierno Nacional, según certificación expedida por el Ministerio de Gobierno.

“En la misma forma este régimen excepcional se aplicará a aquellos candidatos a la Asamblea que en el momento de la inscripción de su candidatura hubieren sido dirigentes, durante un año a lo menos, dentro de los cinco años anteriores, de organizaciones sindicales, campesinas, comunales o cooperativas. En dicho evento la inscripción no implica desvinculación de la respectiva organización. En tales casos la autoridad competente que deberá acreditar dicha calidad será respectivamente, el Ministerio de Trabajo, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Gobierno o el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas;

“d) Ningún ciudadano que esté siendo enjuiciado o cumpliendo condena por delito alguno, solicitado en extradición o miembro de un grupo guerrillero activo, podrá ser elegido a la Asamblea, salvo la excepción contemplada en el punto 7;

“e) El Consejo Nacional hará las equivalencias respectivas conforme a la ley y a los reglamentos para efectos del cumplimiento de las calidades señaladas en este punto.

“10. Los miembros de la Asamblea tendrán inmunidad desde la elección hasta la culminación de las sesiones y serán inviolables por sus opiniones y votos.

“11. Para efectos de la elección de los miembros de la Asamblea se asimilarán y aplicarán las normas y procedimientos fijados por el Código Electoral para la elección de dignatarios a corporaciones públicas, según lo establezca el decreto de Estado de Sitio correspondiente, cuyo texto será consultado a representantes de las fuerzas políticas signatarias de este acuerdo.

“12. Los miembros de la Asamblea no podrán ser candidatos a ninguna corporación pública en 1992 ni en 1994.

“13. La Asamblea adoptará sus decisiones y aprobará las reformas por mayoría, salvo aquellos asuntos que en la Constitución vigente requieren la votación favorable de las dos terceras partes de los asistentes.

“14. La Asamblea tendrá la potestad de aprobar su reglamento. El Presidente de la República presentará un proyecto de reglamento, previo examen de la Sala de Consulta del Consejo de Estado. Dicho reglamento versará sobre los temas que regulan el funcionamiento interno del Congreso para el trámite de los proyectos de ley y deberá respetar las pautas mínimas de funcionamiento de una corporación pública democrática, tales como el respeto de las minorías, la certeza del sitio y fecha de sus reuniones, el derecho de verificación del quórum, etc. Cuando hubiere ausencia de reglamentación respecto de algunas materias que generen vacíos, problemas de aplicación o de interpretación, se aplicará el reglamento general del Senado de

la República. El Presidente de la República consultará a las fuerzas políticas sobre el proyecto de reglamento.

“La Asamblea dispondrá de diez días hábiles a partir de su instalación para la aprobación de su reglamento. En caso de no lograrse la aprobación en ese término, se adoptará el proyecto presentado por el Presidente de la República.

“15. La Asamblea deberá aprobar un solo texto de Reforma Constitucional al terminar su periodo, lo cual no impide que discuta y apruebe, por separado, partes de este texto único. Una vez aprobado por la Asamblea, dicho texto será enviado a la Corte Suprema de Justicia para que esta decida si la Reforma, en todo o en parte, fue expedida conforme al temario aprobado por los ciudadanos en la votación del 9 de diciembre de 1990. Además, el reglamento señalará expresamente los requisitos de procedimiento cuyo cumplimiento también será objeto de control constitucional por parte de la Corte.

“16. El temario acordado, en el marco de un gran debate nacional sobre los cambios institucionales, será sometido a estudio de Comisiones Preparatorias conformadas por expertos y dirigentes de todas las vertientes ideológicas y representantes de las diversas fuerzas políticas, sociales y regionales, tales como gremios de los principales sectores de la economía, organizaciones cívicas y comunales, organizaciones indígenas y de minorías étnicas, organizaciones estudiantiles y juveniles, organizaciones campesinas, organizaciones feministas y de mujeres, organizaciones de jubilados y pensionados, organizaciones de militares y policías retirados, organizaciones de ambientalistas y ecologistas, organizaciones de derechos humanos, asociaciones de profesionales, asociaciones de universidades públicas, asociaciones de universidades privadas, Iglesia Católica y otras iglesias.

“17. Las Comisiones Preparatorias podrán; entre otros mecanismos para escuchar a la opinión nacional, celebrar audiencias públicas con el fin de ampliar la gama de propuestas y de enriquecer las discusiones.

“18. Una Comisión Asesora del Ejecutivo, compuesta por seis personas designadas por el Presidente de la República procurando dar representación a las fuerzas políticas, se encargara de redactar el proyecto definitivo. Este será presentado a la Asamblea bajo la responsabilidad del Gobierno, previa consulta con los representantes de las mismas.

“19. El Gobierno Nacional tendrá iniciativa para la presentación de proyectos que se someterán a las deliberaciones de la Asamblea, y el Presidente de la República y los Ministros tendrán voz en dichos debates de acuerdo con lo que establezca el reglamento. En la misma forma por intermedio de quien estas designen, tendrán voz e iniciativa para la presentación de proyectos, las Comisiones Primeras del Congreso de la República, cuyas propuestas se someterán al trámite ordinario. Los miembros del Congreso, con la firma de a lo menos diez (10) de ellos, podrán presentar proyectos que serán considerados conforme al reglamento de la Asamblea. Las organizaciones mencionadas en el punto 16 tendrán iniciativa y podrán ser escuchadas para explicar sus propuestas en los términos que establezca el reglamento. La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado tendrán voz en los términos que determine el reglamento. Los grupos guerrilleros que se encuentren vinculados a un proceso de paz bajo la dirección del Gobierno, podrán ser escuchados, a juicio de este, en los términos que establezca el reglamento. Cuando el proceso hubiere avanzado significativamente a juicio del Gobierno, dichos grupos podrán tener iniciativa y voceros para defender sus propuestas en el seno de la Asamblea, según lo defina el reglamento. Sus voceros no podrán tener asuntos pendientes con la justicia penal.

“20. La Asamblea podrá dictar disposiciones transitorias cuando lo considere necesario solo para garantizar la aplicación de la reforma.

“21. Las faltas absolutas de los miembros Delegatarios elegidos, o sus ausencias temporales por enfermedad debidamente comprobada, serán cubiertas por los candidatos no elegidos en la misma lista,

en el orden de su inscripción. En tal caso solo se aplicarán las inhabilidades e incompatibilidades a partir del momento de la posesión del correspondiente miembro delegatario y mientras dure en el ejercicio del cargo.

“22. La Asamblea sesionará en el Capitolio Nacional.”

Que, así mismo, con sujeción al texto aprobado por la mayoría de los colombianos en los pasados comicios, es necesario que el pueblo fije un temario al cual se límite la competencia de la Asamblea Constitucional y que recoja las iniciativas de reforma que de tiempo atrás han sido de interés para las fuerzas políticas, sociales y regionales de la Nación, e incorpore temas nuevos de reconocida trascendencia pública, dentro del propósito de renovación política que animó a los colombianos el 27 de mayo. Este criterio inspiró a los redactores del Acuerdo para lo cual allí se dispuso oír a las diversas fuerzas sociales que integran la nacionalidad, a fin de dar cabida a las más disímiles ideologías y actitudes ciudadanas. En ejecución del acuerdo, en medio de un clima de concordia, las distintas fuerzas sociales y políticas escuchadas enriquecieron el temario propuesto cuyo texto es el siguiente:

“Para fortalecer la democracia participativa, acordamos los siguientes temas, que después de ser aprobados por el pueblo, determinarán el ámbito de competencia de la Asamblea y, por consiguiente, el contenido de la Reforma:

1. CONGRESO

Posibilidad de hacer reformas sobre los siguientes puntos:

“1.1 Consagración de algunas diferencias funcionales entre las dos Cámaras.

“1.2 Establecimiento de la circunscripción nacional para grupos o movimientos políticos minoritarios y como mecanismo de representación de intereses nacionales.

“1.3 Régimen de sesiones. Posibilidad de revisar:

“– La autonomía del Congreso en materia de sesiones, para que pueda reunirse por derecho propio de acuerdo con una reglamentación.

“– La ampliación del periodo de sesiones ordinarias o el establecimiento de dos periodos ordinarios en un mismo año.

“– El establecimiento de sesiones especiales para el ejercicio del control político o para el conocimiento de asuntos relacionados con la planeación y el presupuesto nacional.

“1.4 Régimen de comisiones. Posibilidad de:

“– Conferir atribuciones adicionales a las comisiones permanentes.

“– Autorizar al reglamento para regular las reuniones de las comisiones durante el periodo de receso del Congreso.

“– Facultar a las comisiones para citar en audiencia especial a personas naturales o jurídicas para conocer o intervenir en asuntos de trascendencia nacional.

“– Establecer nuevos mecanismos que agilicen las sesiones y deliberaciones.

“– Establecer una Comisión Legislativa encargada de conocer de los asuntos relacionados con funciones propias del Congreso y con el ejercicio del control político durante el receso de este, tales como emitir concepto previo a la declaración del estado de emergencia económica y dar dictamen favorable a los créditos suplementales o extraordinarios.

“1.5 Revisión de los sistemas de elección del Contralor General de la República y del Procurador General de la Nación o de la dirección de instituciones análogas de control fiscal. Posibilidad de prohibir su reelección.

“1.6 Atribuciones del Congreso. Posibilidad de

“– Fortalecer la participación del Congreso en lo relativo a la planeación y al presupuesto nacional, para ampliar su iniciativa

y garantizar que dichos procesos sean públicos, deliberativos y transparentes.

“– Establecer límites a la concesión de facultades extraordinarias e instituir mecanismos de control sobre los decretos-ley que se expidan en ejercicio de las mismas.

“– Revisar si la potestad reglamentaria debe estar exclusivamente en cabeza del Gobierno y permitir que algunas leyes fijen un plazo para su reglamentación por parte del Gobierno.

“1.7 Trámite legislativo. Posibilidad de:

“– Ampliar la iniciativa legislativa a los ciudadanos, y a la rama jurisdiccional sobre asuntos relativos a la administración de esa rama.

“– Regular la iniciativa de congresistas, diputados y concejales en materias concernientes al régimen de hacienda, sin menoscabo de la iniciativa del gasto que corresponde al Gobierno, y, consecuentemente, abolición de los ‘auxilios parlamentarios’ y las demás partidas que con idéntico propósito dispongan las otras corporaciones públicas. Además, crear mecanismos que impidan la asignación y el uso indebido de los recursos públicos.

“– Revisar el título sobre la formación de las leyes y atribuir al legislador la regulación de algunas de las materias contenidas en dicho título.

“– Revisar especialmente el régimen de objeciones y sanción de proyectos de ley.

“1.8 Fortalecimiento del control político del Congreso.

“– Posibilidad de suprimir algunas de las prohibiciones contenidas en el artículo 78 que han impedido el ejercicio efectivo del control político por parte del Congreso.

“– Posibilidad de establecer las mociones de observaciones y de censura, definiendo sus consecuencias.

“– Posibilidad de revisar los procedimientos que implican responsabilidad política de los altos funcionarios ante el Congreso.

“1.9 Estatuto del congresista.

“– Posibilidad de revisar y ampliar el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y de establecer el régimen de conflicto de intereses.

“– Posibilidad de establecer un régimen de responsabilidad de los congresistas mediante la consagración de precisas causales y procedimientos de pérdida de la investidura.

“– Posibilidad de declarar la vacancia para que el propio Congreso asegure el comportamiento ético de sus miembros.

“– Posibilidad de revisar el sistema de inmunidad parlamentaria y el sistema de juzgamiento de los congresistas.

“– Posibilidad de limitar o revisar el sistema de suplencias para faltas absolutas y para ciertas faltas temporales.

“– Reglamentación del régimen de comisiones al exterior.

“1.10 Posibilidad de revisar el sistema de elección de los miembros del Congreso, preservando circunscripciones territoriales para el origen de una de las Cámaras, lo cual no impide que algunos de los miembros de dicha Cámara sean elegidos por circunscripción nacional. En caso de ser modificado, revisar las calidades exigidas para ser miembro del Congreso.

“2. Justicia y Ministerio Público

“2.1 Posibilidad de dotar a la Rama Jurisdiccional y al Ministerio Público de los instrumentos jurídicos necesarios para hacer frente al terrorismo y a la criminalidad organizada, permitiendo que la ley regule mecanismos tales como la inversión de la carga de la prueba para determinar el origen legítimo de bienes, procedimientos de identificación y sanción de interpuestas personas, la rebaja de penas por colaboración eficaz, el levantamiento del velo corporativo para que individuos responsables de hechos ilícitos no se escuden detrás de la personería jurídica de sociedades, el perdón judicial, el juez plural, la protección de la identidad de jueces y testigos, el pago de recompensas y el aumento significativo de sanciones penales, fiscales

y pecuniarias. También para la creación de un régimen especial para la lucha contra el terrorismo que involucre la alternativa de creación de jurisdicciones especializadas, excepciones al principio de responsabilidad subjetiva, creación de tipos penales para prevenir y sancionar actos terroristas y procedimientos especiales que señalen los derechos constitucionales que pueden ser suspendidos para poder enfrentar con eficacia estas conductas delictivas. Así mismo, deferir a la ley la diferenciación entre el delito político, el delito común y el de terrorismo. Estudio de otras alternativas para dotar a la rama de instrumentos eficaces para luchar contra el terrorismo.

“2.2 Posibilidad de establecer las bases del sistema acusatorio por medio de la Fiscalía General de la Nación o de otros procedimientos alternativos de investigación criminal, en los términos que señale la ley.

“Posibilidad de atribuir a la ley la implantación de manera gradual del sistema que se considere más conveniente, y de señalar los delitos que serán sometidos a dicho sistema. Se podrá conservar el sistema inquisitivo para el tratamiento de determinados delitos y, en todo caso, se garantizará plenamente el derecho de defensa.

“2.3 Funciones del Ejecutivo, para hacer efectivo el principio constitucional del artículo 119, numeral 2°. “–Posibilidad de radicar la Dirección de la investigación criminal en cabeza del Ejecutivo para quitarle el carácter exclusivamente judicial a dicha actividad, con el fin de colaborar con la Rama Judicial.

“– Revisión de los procedimientos para la concesión de indultos por delitos políticos.

“2.4 Posibilidad de establecer, en los términos que señale la ley, la institución de ‘Jueces de Paz’, quienes fallarán en equidad, y podrán ser designados con la participación de la comunidad.

“2.5 Posibilidad de consagración del principio de democratización del acceso a la justicia y de delegar en la ley la facultad de determinar los casos en los cuales los ciudadanos requieren representación profesional y la manera de asegurar la efectividad de este principio.

“2.6 Posibilidad de reconocer constitucionalmente que la instrucción adelantada por entidades administrativas o autoridades de policía para imponer sanciones debe respetar el derecho de defensa y las demás garantías constitucionales y, por ende, tiene valor probatorio ante los jueces. Posibilidad de reformar el artículo 58 de la Constitución Política para permitir que entidades o autoridades administrativas puedan cumplir funciones judiciales, bajo control de los jueces.

“2.7 Posibilidad de modificar el artículo 7° de la Constitución en lo relativo a división territorial de la administración de justicia y de hacer más flexible la estructura de la rama, contemplando entre otras, la creación de jurisdicciones especializadas.

“2.8 Posibilidad de atribuir a la ley o a las autoridades que esta señale, la regulación de las siguientes materias: clases de despachos judiciales, inhabilidades, incompatibilidades, calidades, período, régimen disciplinario y punitivo de funcionarios y empleados judiciales, entre otros.

“2.9 Posibilidad de trasladar competencias del Legislativo al Ejecutivo o al Judicial para que, con base en ‘Leyes Marco’, se regule la organización y el funcionamiento de la Rama Jurisdiccional o de estudiar mecanismos alternativos para asegurar el fortalecimiento de la rama.

“2.10 Posibilidad de crear mecanismos para asegurar la autonomía de la rama, tales como:

“– Creación de organismos de dirección y administración.

“– Ejercicio de la potestad reglamentaria en materias atinentes a la organización administrativa.

“– Manejo presupuestal.

“– Ampliación de la carrera judicial a todas sus instancias y administración de la misma, con algunas excepciones.

“– Revisión de la paridad política en la Corte Suprema de Justicia, en el Consejo de Estado y en el Tribunal Disciplinario.

“2.11 Ministerio Público.

“– Posibilidad de revisar el régimen del Ministerio Público.

“– Posibilidad de establecer nuevas atribuciones para asegurar la protección de los derechos humanos, el ejercicio de la potestad disciplinaria y la defensa de los intereses colectivos.

“– Posibilidad de que el Procurador, o cualquiera otra autoridad definida por la ley, pueda actuar con base en el principio de ‘verdad sabida y buena fe guardada’, con el fin de preservar la moralidad en el ejercicio de funciones públicas, sin menoscabo del derecho de defensa. La ley señalará los casos en los cuales excepcionalmente se aplicará este principio, y sus efectos.

“– Posibilidad de fortalecer la Procuraduría para promover la sanción del enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, con inversión de la carga de la prueba, negociación de penas por colaboración eficaz y procedimientos para la identificación y sanción de interpuestas personas. En el caso de particulares, podrá adelantar investigaciones y formular las acusaciones a que haya lugar ante las autoridades competentes.

“2.12 Posibilidad de revisar el artículo 26, para referirlo fundamentalmente a la garantía de los derechos sustanciales y de atribuir a la ley la reglamentación de los alcances del principio de favorabilidad en materia criminal.

“2.13 Posibilidad de dotar a la Rama Jurisdiccional y al Ministerio Público de nuevos instrumentos para la sanción de delitos cometidos por empleados oficiales.

“3. Administración Pública

“3.1 Posibilidad de democratizar la administración pública para permitir que los interesados formulen observaciones a ciertas decisiones administrativas de carácter general antes de que ellas sean adoptadas, sin perjuicio de la autonomía de la administración para tomar decisiones.

“3.2 Posibilidad de atribuir al Gobierno la facultad de fusión, modificación y supresión de algunas entidades públicas.

“3.3 Posibilidad de crear, mediante ley, nuevos tipos de entidades públicas diferentes a los definidos en la Constitución.

“3.4 Posibilidad de permitir un control por parte del Gobierno a la creación, modificación y supresión de entidades públicas de segundo grado. La ley regulará el ejercicio de esta facultad.

“3.5 Posibilidad de atribuir al Gobierno Nacional las facultades relacionadas con el servicio civil que hoy corresponden al Congreso, excepto las dirigidas a garantizar el sistema de carrera administrativa. Posibilidad de crear una jurisdicción especializada para resolver conflictos surgidos por razón de la carrera administrativa o de crear mecanismos administrativos de solución de dichos conflictos.

“3.6 Posibilidad de autorizar a funcionarios de rango inferior al de Presidente, Ministro, Jefe de Departamento Administrativo y Gobernador para la celebración de contratos, fijando un régimen específico de responsabilidad.

“3.7 Posibilidad de atribuir a la ley el establecimiento de mecanismos de control ciudadano sobre los sistemas de contratación administrativa.

“4. Derechos Humanos

Posibilidad de estudiar:

“4.1 La complementación de la Carta mediante la consagración expresa de nuevos derechos políticos, económicos, sociales y culturales, la ampliación de los existentes y la incorporación de precisos deberes de los ciudadanos y de la sociedad. Dentro de los nuevos derechos se podrán considerar, entre otros, los siguientes: el derecho a la educación, a la intimidad, a la libre locomoción, a la libertad de pensamiento y expresión, al desarrollo y a otros derechos colectivos, al trabajo, a una remuneración justa y adecuada, a la seguridad social, a la huelga salvo en los servicios públicos esenciales, a la salud, a la protección del patrimonio histórico y cultural, al acceso a la información salvo la contenida en documentos reservados según la ley, a la libre formación de la familia y a la protección de la misma, los derechos del anciano, del menor y del niño, etc.

“4.2 La consagración del principio de igualdad, con referencia expresa, entre otros, al origen, la raza, el color, el sexo, la religión, el idioma, la lengua, la opinión política o de cualquiera otra índole, la posición económica o social. Las acciones del Estado estarán orientadas a velar por la eficacia de dicho principio.

“4.3 La consagración expresa del derecho a la vida, a la dignidad humana y a la integridad personal y delegación en la ley de su desarrollo, teniendo en cuenta, entre otros, los avances de la ciencia y la tecnología dentro de un marco de respeto por la dignidad humana.

“4.4 La revisión de la edad necesaria para ser ciudadano colombiano.

“4.5 El fortalecimiento de la Procuraduría General de la Nación para velar por la protección de los Derechos Humanos o la creación de otras instituciones encargadas de tutelarlos, tal como la defensora de los Derechos Humanos.

“4.6 El señalamiento de algunos Derechos Humanos que necesariamente serán aplicados de manera inmediata sin necesidad de reglamentación legal.

“4.7 La consagración del recurso de amparo para la protección directa y oportuna de los derechos constitucionales en casos concretos o de otros recursos que cumplan el mismo propósito, así como la revisión de la excepción de inconstitucionalidad para hacerla más eficaz en la garantía de los derechos constitucionales.

“4.8 El establecimiento de la obligatoriedad de su observancia por particulares y funcionarios públicos, con la fijación de un régimen de sanciones.

“4.9 La extensión de los alcances del principio de prevalencia del interés público o social sobre el interés privado, como criterio orientador para la interpretación de las normas sobre derechos, tal como fue consagrado para la propiedad.

“4.10 El establecimiento del principio según el cual, en tiempo de paz, solo el Congreso podrá reglamentar el ejercicio de los derechos humanos.

“4.11 La consagración de la doble nacionalidad y sus consecuencias jurídicas.

“4.12 La consagración de acciones populares para la defensa de los intereses colectivos.

“4.13 La consagración del derecho a disfrutar de un medio ambiente sano y adecuado, así como el deber de conservarlo. El Estado tendrá la obligación de proteger los recursos naturales.

“4.14 El reconocimiento del carácter multiétnico de la Nación y respeto a las autoridades y a la cultura indígena, así como a la propiedad de las comunidades indígenas sobre las tierras de resguardo.

“4.15 La consagración expresa de los siguientes principios: La enseñanza básica será obligatoria y gratuita en los establecimientos oficiales, en el grado que determine la ley; la autonomía universitaria será garantizada conforme lo señale la ley; los grupos étnicos, lingüísticos o religiosos tienen derecho a que la instrucción y educación que reciban del Estado o de particulares respete su idioma, sus tradiciones y diferencias.

“4.16 La consagración del principio conforme al cual el Estado debe fomentar la cultura, la ciencia y la tecnología y del derecho de las personas a gozar del beneficio de las mismas en los términos que señale la ley.

“4.17 La consagración del principio según el cual el poder de policía está orientado a permitir la acción del Estado para garantizar el goce efectivo de los Derechos Humanos.

“5. Partidos políticos y oposición

“5.1 Posibilidad de institucionalizar los partidos políticos y de derogar el artículo 47 de la Constitución.

“5.2 Posibilidad de regular la financiación de los partidos y de las campañas electorales así como de establecer la manera de controlar el manejo de sus fondos, y de permitir la financiación estatal, total o parcial, de los mismos.

“5.3 Posibilidad de establecer un estatuto para el ejercicio de la oposición en el cual se contemplen, a lo menos, los siguientes derechos de los partidos y colectividades políticas: acceso a la información y a los medios de comunicación para asegurar el pluralismo informativo, derecho de réplica, presencia de los partidos y colectividades distintos al del Presidente de la República en la dirección de los órganos de control y vigilancia de la administración y vigencia efectiva de la carrera administrativa en las entidades territoriales. Posibilidad de derogar el párrafo único del numeral primero del artículo 120 estableciendo necesariamente que dicha derogación solamente entrará a regir después de haber sido desarrollado legalmente el estatuto de la oposición arriba mencionado.

“5.4 Posibilidad de consagrar la obligatoriedad de la democratización de los partidos políticos. Intervención de los ciudadanos en la selección de candidatos, en la aprobación de programas y estatutos y en el control del manejo de los fondos de los partidos.

“6. Régimen Departamental, Distrital y Municipal

“6.1 Posibilidad de revisar las funciones de gobernadores, asambleas departamentales, alcaldes y concejos distritales y municipales con el objeto de profundizar el proceso de descentralización, sin afectar la división política del territorio.

“6.2 Posibilidad de atribuir a la ley la definición del periodo de los alcaldes.

“6.3 Posibilidad de establecer la elección popular de gobernadores a partir de 1992.

“6.4 Posibilidad de que la ley regule la revocación del mandato de los alcaldes y gobernadores.

“6.5 Posibilidad de disponer y organizar la participación de la comunidad en la definición de los planes y programas de desarrollo y en las instancias de planeación, así como de introducir el principio de la planeación participativa.

“6.6 Posibilidad de establecer la soberanía fiscal municipal, distrital y departamental, precisando sus límites.

“6.7 Posibilidad de revisar el sistema de elección de contralores departamentales, distritales y municipales y de crear otros organismos de control fiscal. Posibilidad de prohibir su reelección.

“6.8 Posibilidad de autorizar a los alcaldes de las grandes ciudades para delegar funciones administrativas, presupuestales y policivas entre otros funcionarios.

“6.9 Posibilidad de autorizar a los departamentos para crear ‘provincias’ como circunscripciones geográficas a fin de facilitar la prestación de los servicios a su cargo.

“6.10 Posibilidad de consagrar el principio conforme al cual, fuera de la división general del territorio, se podrán establecer otras para la prestación de los diferentes servicios públicos.

“6.11 Posibilidad de redefinir el artículo 199 de la Constitución política sobre el Distrito Especial de Bogotá.

“6.12 Posibilidad de convertir las intendencias y comisarías en departamentos especiales, defiriendo a la ley el correspondiente régimen de circunscripciones electorales, así como su régimen administrativo y fiscal.

“6.13 Posibilidad de revisar la composición y el origen de las Asambleas Departamentales.

“6.14 Posibilidad de consagrar la prohibición de pertenecer al mismo tiempo a varias corporaciones públicas o a una corporación y a una junta de una entidad administrativa.

“6.15 Posibilidad de permitir la consulta popular en todas las entidades territoriales.

“6.16 Posibilidad de redefinir el régimen del Archipiélago de San Andrés y Providencia.

“7. Mecanismos de participación

“7.1 Posibilidad de consagrar un principio general sobre la participación ciudadana en la vida política, económica, social, administrativa y cultural de la nación.

“7.2 Posibilidad de consagrar la soberanía popular.

“7.3 Posibilidad de consagrar y regular el referéndum tanto para asuntos de trascendencia nacional como para reformas constitucionales.

“7.4 Posibilidad de consagrar y regular la iniciativa popular para la presentación de proyectos de ley y de reforma constitucional.

“7.5 Posibilidad de consagrar el principio de la democratización de los gremios y sindicatos para permitir la intervención de sus afiliados en la selección de las directivas, en la fiscalización del manejo de fondos y en la adopción de políticas fundamentales.

“7.6 Posibilidad de consagrar nuevas modalidades de cooperación entre el capital y el trabajo.

“7.7 Posibilidad de consagrar el voto obligatorio o de autorizar expresamente al legislador para establecerlo, con las excepciones que fije la ley, y/o instaurar un régimen de estímulos y sanciones.

“7.8 Posibilidad de regular mecanismos alternativos de reforma constitucional: Acto Legislativo aprobado por el Congreso, referéndum y Asamblea Constitucional.

“8. Estado de Sitio

“8.1 Posibilidad de realizar las siguientes modificaciones al artículo 121 de la Carta:

“– Precisión de su carácter transitorio y posibilidad de prorrogarlo.

“– Establecimiento de un tratamiento gradual para aplicar frente a las diversas situaciones de alteración del orden público.

“– Precisión de los derechos y las garantías que serán inmodificables bajo el Estado de Sitio.

“– Determinación con exactitud de aquellos derechos y garantías que podrán ser restringidos y suspendidos.

“– Reunión del Congreso o de la Comisión Legislativa por derecho propio.

“– Obligatoriedad de rendir un informe sobre las causas y el alcance de las medidas y obligación del Congreso o de la Comisión Legislativa de pronunciarse sobre dicho informe.

“– Preservación del control automático de constitucionalidad.

“– Fortalecimiento de la acción de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.

“– Asimilación del derecho de gentes al derecho internacional humanitario.

“8.2 Posibilidad de revisar el artículo 28 y de instaurar la intervención inmediata del Procurador General de la Nación en los casos de su utilización.

“9. Temas económicos

“Posibilidad de estudiar los siguientes puntos:

“9.1 Reforma de las normas sobre planeación económica para entregar al Congreso facultades que aseguren su efectiva participación en la deliberación de las políticas formuladas por el Gobierno, en las decisiones de inversión que conlleva el plan de desarrollo y en los organismos de planificación. Permitir que en dicho proceso participen diversos sectores económicos y sociales, para propiciar la discusión pública de estos temas. Revisión del artículo 80 de la Constitución política.

“9.2 Revisión de los artículos 208, 209, 210 y 211 de la Constitución política, con el propósito de modernizar el régimen de hacienda pública.

“9.3 Establecimiento de principios que permitan tanto la democratización de la propiedad como la adopción de mecanismos contra la concentración económica y los monopolios.

“9.4 Consagración del principio de economía solidaria.

“9.5 Revisión de los principios y mecanismos de expropiación, para permitir la por vía administrativa en relación con predios rurales y urbanos.

“9.7 Revisión del artículo 49 de la Constitución política, que prohíbe la emisión de papel moneda de curso forzoso.

“10. Control fiscal

“10. 1 Posibilidad de consagrar la iniciativa del Congreso para promover investigaciones con el fin de ejercer el control fiscal.

“10.2 Posibilidad de autorizar al legislador para establecer un control posterior, externo y selectivo.

“10.3 Posibilidad de autorizar al legislador para instaurar un control de gestión y de resultados, incorporando la auditoría operativa, financiera y de sistemas.

“10.4 Posibilidad de establecer dentro de las atribuciones de la Contraloría, una potestad sancionatoria.

“10.5 Posibilidad de establecer mecanismos alternos de control fiscal en todos los niveles de la administración.”

Que la mayoría de los sufragantes el 27 de mayo pasado decidió configurar una Asamblea Constitucional con representación de las fuerzas sociales, políticas y regionales de la Nación entera, razón por la cual el Acuerdo político sobre la Asamblea Constitucional propuso un sistema de circunscripción nacional, el cual garantiza plenamente la representación de las minorías políticas y de las fuerzas sociales puesto que elimina el riesgo de que la dispersión de sus adherentes en las distintas circunscripciones territoriales pueda privarlas de una presencia adecuada en el seno de la Asamblea y, además, permite una cabal representación regional dentro del conjunto de delegatarios miembros de la Asamblea;

Que es deber del Gobierno, para cumplir plenamente las decisiones adoptadas el 27 de mayo por los sufragantes y desarrolladas luego en el Acuerdo político a que se ha hecho referencia, dictar normas que faciliten que el pueblo soberano decida sobre la convocación de una Asamblea Constitucional y sobre su integración y competencia, así como fijar los procedimientos y mecanismos inherentes a tales propósitos, sin los cuales ellos no podrían tener efecto alguno;

Que por decisión del pueblo desarrollada en el Acuerdo político, la Asamblea Constitucional deberá ser integrada democrática y popularmente, lo cual obliga al Gobierno a dictar normas de carácter electoral a fin de que el designio ciudadano tenga cumplido efecto,

DECRETA:

Artículo 1o. Mientras subsista turbado el orden público y en Estado de Sitio todo el territorio nacional, la Organización Electoral procederá a adoptar todas las medidas conducentes a contabilizar los votos que se emitan el 9 de diciembre de 1990, para que los ciudadanos tengan la posibilidad de convocar e integrar una Asamblea Constitucional.

Artículo 2o. La papeleta que contabilizará la Organización Electoral deberá contener un voto afirmativo o un voto negativo.

El texto que deberá contener el voto afirmativo es el siguiente:

“Si convoco una Asamblea Constitucional que sesionará entre el 5 de febrero y el 4 de julio de 1991, la cual estará regulada por lo establecido en el Acuerdo político sobre la Asamblea Constitucional incorporado al Decreto 1926 de agosto 24 de 1990. Su competencia estará limitada a lo previsto en dicho Acuerdo. Voto por la siguiente lista de candidatos para integrar la Asamblea Constitucional...”.

El texto que deberá contener el voto negativo es el siguiente:

“No convoco para el 5 de febrero de 1991 una Asamblea Constitucional regulada por lo establecido en el Acuerdo político sobre la Asamblea Constitucional incorporado al Decreto 1926 de agosto 24 de 1990.”

Las papeletas que contengan el voto afirmativo de los ciudadanos y la correspondiente lista de candidatos, deberán identificarse en lugar visible, con el número que les señale la Registraduría Nacional del Estado Civil mediante sorteo. Podrá agregarse un símbolo que distinga la lista de que se trata, el cual deberá registrarse ante el Consejo Nacional Electoral antes de la fecha señalada en este decreto para el cierre de las inscripciones de listas de candidatos. Dicho símbolo no podía ser expresivo de antagonismos hacia naciones

extranjeras ni en forma alguna parecerse o tener relación gráfica o fonética con los símbolos de la Patria.

Artículo 3o. Podrán votar el 9 de diciembre de 1990 los ciudadanos en ejercicio cuyos números de cédulas de ciudadanía hayan sido incorporados al censo electoral vigente para las elecciones del pasado 27 de mayo. Las personas ceduladas con posterioridad a esa fecha, solamente podrán votar en el lugar de expedición de su cédula de ciudadanía, en los sitios que indique la Registraduría Nacional del Estado Civil. El Consejo Nacional Electoral definirá si es técnicamente posible abrir un período para inscripción de cédulas y, en caso afirmativo, cuál será la duración del mismo.

Artículo 4o. No se suspenderá la cedulación con motivo de los comicios del 9 de diciembre de 1990. No obstante, señalase el 9 de octubre próximo como la fecha límite para la incorporación de las nuevas cédulas en el censo electoral, transcurrida la cual, las cédulas de ciudadanía que se expidan no se tendrán en cuenta para los comicios mencionados.

Artículo 5o. A los comicios del 9 de diciembre de 1990 se aplicarán las normas de los Códigos Electoral y Contencioso Administrativo relacionadas con las elecciones para Congresistas y los preceptor que los reglamentan, complementan o adicionan, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de ellos. Particularmente se aplicarán los principios orientadores del sufragio; sistema de cuociente electoral y mayores residuos; integración y funciones de la Organización Electoral; cédula de ciudadanía; censos electorales, salvo en lo relacionado con inscripción de cédulas; exclusión de militares y guardas de rentas y de prisiones de las listas de sufragantes; inscripción de candidaturas, sin desmedro de las normas especiales previstas en este decreto; votaciones; número de horas que duran los comicios; escrutinios en cuanto a lo no regulado en este decreto; causales de reclamación, causales de nulidad; sanciones y procesos electorales.

Artículo 6o. La inscripción de listas de candidatos se hará ante los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil antes de

las seis de la tarde del 30 de octubre de 1990. En el momento de la inscripción, la cual deberá ser previa y expresamente aceptada por cada uno de los correspondientes candidatos, estos deberán acreditar las calidades prescritas en el Acuerdo político sobre la Asamblea Constitucional.

Ningún candidato podrá inscribirse en más de una lista. Si así lo hiciere, la Registraduría Nacional del Estado Civil, después de haber realizado los cruces correspondientes, excluirá al respectivo candidato de todas las listas mediante providencia que no admite recurso alguno.

Podrán modificarse las listas en caso de falta absoluta o renuncia de alguno o algunos de los candidatos, dentro de un plazo que vence a las seis de la tarde del 4 de noviembre de 1990.

Artículo 7o. Las listas solo contendrán los nombres de los candidatos principales. No habrá suplentes.

Las faltas absolutas de los miembros delegatarios elegidos, o sus ausencias temporales por enfermedad debidamente comprobada, serán cubiertas por los candidatos no elegidos en la misma lista, en el orden de su inscripción. En tal caso solo se aplicaran las inhabilidades e incompatibilidades a partir del momento de la posesión del correspondiente miembro delegatario.

Artículo 8o. Para la inscripción, por cada una de las listas de candidatos deberá acreditarse ante los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil, que se ha dado cumplimiento al requisito de la proclamación escrita de candidaturas firmada a lo menos por diez mil (10.000) ciudadanos en ejercicio, en la que conste que expresamente declaran su adhesión a la lista de candidatos de que se trate, identificada por el nombre de la persona que la encabeza. Se señalará el número de la cédula de ciudadanía de cada suscriptor. La Registraduría Nacional hará los cotejos necesarios para establecer la correspondencia entre firmas, números de cédula y los nombres que figuren en el documento, para lo cual el Registrador Nacional del Estado Civil señalará el procedimiento que deba seguirse.

Establécese como mecanismo alternativo del requisito anterior, la constitución de una caución o garantía de seriedad por un valor equivalente a cinco millones de pesos (\$5.000.000.00) la cual podrá consistir en fianza otorgada en favor del Fondo Rotatorio de la Registraduría Nacional del Estado Civil por una institución bancaria o una compañía de seguros debidamente facultadas para operar en el territorio nacional. Así mismo, podrá hacerse un depósito de dinero efectivo en el Banco Popular en favor de la misma entidad mencionada. En caso de que la lista de candidatos no obtenga, a lo menos, una votación igual al veinte por ciento (20%) del cuociente nacional, el representante legal del Fondo Rotatorio de la Registraduría Nacional del Estado Civil hará efectiva la garantía. El producto de la misma se destinará al objeto previsto legalmente para el Fondo.

Artículo 9o. En caso de que no se hayan aceptado previamente las candidaturas, no se comprueben las calidades exigidas para ser miembro Delegatario a la Asamblea, o no se haya dado cumplimiento al requisito de proclamación de candidaturas o al de caución o garantía de seriedad, según el caso, los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil rechazarán la inscripción. Contra esta decisión cabe el recurso de apelación ante el Consejo Nacional Electoral.

Artículo 10. Los escrutinios se realizarán de acuerdo con los procedimientos establecidos en la ley para la elección de corporaciones públicas, pero corresponde al Consejo Nacional Electoral hacer el escrutinio final de los votos emitidos con base en las actas y registros válidos de los escrutinios practicados por sus Delegados, así como declarar la elección de Delegatarios a la Asamblea Constitucional, previa aplicación de las normas sobre cuociente electoral previstas en el artículo 172 de la Constitución Política y después de verificar el cumplimiento de las calidades exigidas en el Acuerdo político sobre la Asamblea Constitucional. Para la aplicación del cuociente electoral se dividirá el total de votos válidos depositados en el territorio nacional por el número de puestos por proveer, el cual será de setenta (70) si así lo deciden los ciudadanos.

Artículo 11. La Sala Electoral del Consejo de Estado, con sujeción a los trámites establecidos para los procesos electorales, conocerá privativamente y en única instancia de las impugnaciones que se le presenten con fundamento en las inhabilidades previstas en el Acuerdo político sobre Asamblea Constitucional que adopte la ciudadanía el 9 de diciembre y en las demás causales de nulidad previstas en la Constitución política vigente y en la ley.

Para los procesos que se inicien con motivo de los comicios a que alude este decreto, redúcense a la mitad todos los términos prescritos para su tramitación, inclusive el previsto para la caducidad de la acción electoral.

Artículo 12. Si después de verificada la inscripción, cuando en la proclamación firmada de candidaturas o en la constitución de la caución o garantía de seriedad se constaten maniobras fraudulentas, tales como falsificación de firmas, uso de cédulas falsas o adulteración de nombres, tales hechos constituirán causal de reclamación ante las autoridades electorales o de nulidad ante la jurisdicción contencioso administrativa, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar.

Artículo 13. Las reclamaciones que se formulen durante los escrutinios serán de conocimiento exclusivo de las Comisiones Escrutadoras Municipales o Distritales, en primera instancia, y de los delegados del Consejo Nacional Electoral en segunda instancia. No habrá recurso alguno ante el mencionado Consejo.

Artículo 14. En el mismo sitio donde funcione el jurado de votación, la Registraduría y la Alcaldía Distrital o Municipal instalarán un cubículo dentro del cual cada elector podrá escoger libremente y en secreto la opción que prefiera. Dicho cubículo estará cubierto de manera que el ciudadano quede aislado de los demás electores y de los miembros del jurado de votación.

Artículo 15. El presente Decreto rige desde la fecha de su promulgación y suspende todas las disposiciones que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a los 24 días del mes de agosto de 1990.

CÉSAR GAVIRIA TRUJILLO.

El Ministro de Gobierno, Julio César Sánchez García; el Ministro de Relaciones Exteriores, Luis Fernando Jaramillo Correa; el Ministro de Justicia, Jaime Giraldo Ángel; el Ministro de Hacienda y Crédito Público, Rudolf Hommes Rodríguez; el Ministro de Defensa Nacional, Oscar Botero Restrepo; la Ministra de Agricultura, María del Rosario Sintes Ulloa; el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, Francisco Posada De La Peña; el Ministro de Salud, Antonio Navarro Wolff; el Ministro de Desarrollo Económico, Ernesto Samper Pizano; el Ministro de Minas y Energía, Luis Fernando Vergara Munárriz; el Ministro de Educación Nacional, Alfonso Valdivieso Sarmiento; el Ministro de Comunicaciones, Alberto Casas Santamaría; el Ministro de Obras Públicas y Transporte, Juan Felipe Gaviria Gutiérrez.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

Por tratarse de un decreto expedido con base en las facultades otorgadas al Presidente de la República en virtud del artículo 121 de la Constitución Nacional, esta Corporación es competente para decidir definitivamente sobre su constitucionalidad de acuerdo con lo previsto por el parágrafo del artículo citado, en concordancia con el artículo 214 del Estatuto Fundamental.

No comparte la Corte la tesis del señor Procurador, según la cual debería declararse inhibida para estudiar el Decreto 1926 de 1990, por tratarse de un acto político derivado de un mandato de la misma naturaleza otorgado por el Pueblo el pasado 27 de mayo.

Si bien, en sentencia de mayo 24 del presente año se afirmó que con la votación que pudiese producirse en favor de la convocatoria de una Asamblea Constitucional, se confería un mandato político,

también es cierto que el mecanismo utilizado para permitir la manifestación popular que convoque la Asamblea, es un decreto de Estado de Sitio, cuyo control le corresponde a la Corte según las normas citadas. Obsérvese que la disposición citada en el Decreto que se revisa es la del artículo 121 de la Carta y no el eventual fundamento que se podría encontrar en la clara manifestación de la voluntad popular, expresada en la votación del 27 de mayo y contabilizada en virtud de la orden contenida en el Decreto 927 de 1990, declarado constitucional en su oportunidad por esta Corporación.

2. Aspectos formales.

El Decreto sub examine lleva la firma del Presidente y de todos sus Ministros, tal como lo ordena la Constitución Nacional, y produce efectos temporales “mientras subsista turbado el orden público”, por lo que cumple con los requisitos formales que la Carta impone a este tipo de actos.

3. Conexidad

Las indudables similitudes que existen entre este decreto y el 927 de mayo 3 llegan hasta el punto de hacer predicables los motivos de conexidad que con respecto al último encontró la Corte en su sentencia de mayo 24.

Así, la Corte expresó que el fortalecimiento de las instituciones políticas fundamentales era necesario para hacer frente a las muy diversas formas de ataque a que se viene sometiendo la paz pública y que así lo había entendido la opinión nacional hasta convertirse en este punto en un “clamor popular” que tenía significación política; a este respecto dijo también: “Este movimiento ha sido tan eficaz, que los mismos alzados en armas en todos los acuerdos que vienen realizando con el Gobierno para poner fin a la subversión, han condicionado su reintegro a la vida civil a la realización de dicha Asamblea”.

La Corte enfatizó su punto de vista mediante este interrogante:

¿Cómo se puede afirmar la falta de conexidad de una medida de carácter extraordinario que en una sociedad en crisis pretenda facilitar la expresión de la voluntad popular en asunto de tanta monta como su régimen institucional, cuya legitimidad proviene precisamente del respaldo de esa voluntad?

Hay, pues, conexidad suficiente entre esta medida y la recuperación del orden público turbado.

Si bien el Decreto 1926 de 1990, considerado en su conjunto, tiene conexidad con los motivos que determinaron la declaratoria del estado de sitio, carecen de ella algunos de los puntos consignados en el temario del acuerdo de las fuerzas políticas celebrado el 2 de agosto de 1990, ampliado por el del 23 de agosto del mismo año como los contenidos en los numerales 1.4 y 1.6, punto 2, en la parte que dice: “instituir mecanismos de control sobre los decretos-ley que se expidan en ejercicio de facultades extraordinarias”, pues no advierte la Corte que esta función a ella atribuida en el artículo 214, ordinal 2° ni su ejercicio por ella sean motivo de perturbación del orden público. Sobre este tema conviene agregar también que la Corte tiene competencia para revisar tanto la parte resolutive como la motiva para decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que expida el Gobierno Nacional durante el estado de sitio, máxime en casos como el presente, cuando ella está íntimamente vinculada con la parte resolutive del decreto; en efecto el artículo 2° del Decreto 1926 de 1990, al señalar el texto de las papeletas en favor y en contra de la convocatoria de la Asamblea Constitucional, expresamente dice que ella estará regulada por lo establecido en el Acuerdo político sobre la Asamblea Constitucional incorporado al Decreto 1926 de agosto 24 de 1990. De lo contrario, le bastaría al gobierno incluir en los considerandos puntos esenciales del decreto para evadir su control constitucional por la Corte Suprema de Justicia, haciendo nugatoria la perentoria disposición del parágrafo del artículo 121 de la Carta Fundamental que lo exige, como salvaguardia mínima del orden institucional y de los derechos ciudadanos. Ya es mucho que a las muy amplias facultades ordinarias del Ejecutivo, características de nuestro régimen presidencialista,

se agreguen las de legislador de excepción que le otorga el citado artículo 121 en las circunstancias especialísimas que el prevé, como para dejar estas últimas sin control alguno.

Al estudiar el Decreto 927 de 1990, la Corte encontró, con argumentos perfectamente validos en el asunto que se analiza y con circunstancias materiales que no han variado sustancialmente, que la autorización que el Gobierno hace para que la organización electoral contabilice los votos que se puedan presentar por la convocatoria de una Asamblea Constitucional es una medida que encuentra relación de conexidad con los hechos generadores de la perturbación que dieron lugar a la declaratoria del Estado de Sitio.

Esta afirmación encuentra su sustento en las manifestaciones de violencia que continuamente azotan al país, en la ineficacia de las instituciones para enfrentar esas situaciones, en la necesidad de “rediseñar” dichas instituciones para ponerlas acordes con los tiempos modernos, en la decisión de la voluntad popular mayoritariamente expresada el pasado 27 de mayo en favor de la posibilidad de convocar una Asamblea Constitucional y –sobre todo– en el fundamento de legitimidad que debe tener la organización política.

Dicho concepto lleva implícito igualmente el reconocimiento de la evolución del derecho constitucional y del papel de las constituciones en el mundo moderno. Si bien el derecho al darse una constitución jurídica, como reguladora de la organización política, surge inicialmente con la función primordial de limitar el ejercicio del poder, de atribuir competencias, también es cierto que hoy se le agrega la de integrar los diversos grupos sociales, la de conciliar intereses opuestos, en la búsqueda de lo que se ha denominado el consenso constitucional, por lo que el acuerdo sobre el contenido de la Constitución se convierte en una premisa fundamental para el restablecimiento del orden público, la consecución de la armonía social, la convivencia ciudadana y la paz, con todo lo que dicho concepto implica, como fin último de la organización estatal.

El deber de guarda de la integridad de la Constitución incluye el de la preservación de los valores inmanentes de la organización política, para evitar un rompimiento del orden constitucional,

permitiendo que por los cauces institucionales se introduzcan en la Carta las modificaciones necesarias para que en ella se sienta reflejada la sociedad.

4. El artículo 218 de la Constitución

a) Texto del artículo:

“Artículo 218. La Constitución, salvo lo que en materia de votación ella dispone en otros artículos, solo podrá ser reformada por un acto legislativo discutido primeramente y aprobado por el Congreso en sus sesiones ordinarias; publicado por el gobierno, para su examen definitivo en la siguiente legislatura ordinaria; por ésta nuevamente debatido, y, últimamente, aprobado por la mayoría absoluta de los individuos que componen cada cámara. Si el gobierno no publicare oportunamente el proyecto de acto legislativo, lo hará el presidente del Congreso.”

b) Texto del artículo 13 del Plebiscito del 1° de diciembre de 1957.

“En adelante las reformas constitucionales solo podrán hacerse por el Congreso, en la forma establecida por el artículo 218 de la Constitución.”

Puede el derecho visualizarse desde dos perspectivas: la lógica y la antológica. La primera lo muestra como un conjunto de normas, es decir, de juicios hipotéticos que imputan una cierta consecuencia a un antecedente, a través del “deber ser”, para usar la terminología kelseniana, “si es A debe ser B”; dichas normas se vinculan entre sí en cuanto la de inferior jerarquía se creó conforme a la de superior jerarquía, es la llamada “teoría de los grados del derecho” o de la “pirámide jurídica”, también debida al filósofo vienés. Tiene el defecto fundamental de que no puede dar respuesta adecuada a la pregunta sobre por qué vale la norma de grado superior, es decir la Constitución. Para algunos dicha validez proviene de una norma de derecho internacional (Von Verdross); para otros, como uno de los ponentes, es una norma de derecho natural. Kelsen se coloca en una difícil situación pues al apelar al concepto de eficacia, introduce un

elemento del mundo del ser, lo cual contraría la pureza metodológica que quiso lograr con su “Teoría Pura del Derecho”, aunque trate de salvar esa obvia crítica hablando de una norma fundamental como presupuesto gnoseológico del orden jurídico y describiendo la relación entre validez y eficacia como la “tensión entre el ‘deber’ y el ‘ser’”. A este respecto conviene transcribir algunas ideas de su obra más reciente:

“Por último llegamos a alguna constitución que es históricamente la primera y que fue establecida por un usurpador individual o por alguna clase de asamblea. La validez de esta primera constitución es el último presupuesto, el postulado final del cual depende la validez de todas las normas de nuestro orden legal... El documento que contiene la primera constitución es una constitución real, una norma obligatoria solamente bajo la condición de que la norma básica se presupone ser válida... La respuesta podría ser que los autores de la primera constitución tenían poder derivado de Dios... Cada jurista presumirá que el orden antiguo –al cual no corresponde ya ninguna realidad política– ha cesado de ser válido, y que todas las normas que son válidas dentro del nuevo orden, reciben su validez exclusivamente de la nueva constitución. Síguese de aquí, de este punto de vista jurídico, que las normas del viejo orden no pueden reconocerse más como normas válidas... Tan solo el fenómeno de la revolución muestra claramente el significado de la norma básica... Si tratamos de hacer explícita la presuposición sobre la cual descansan estas consideraciones jurídicas, encontramos que las normas del viejo orden se miran como carentes de validez porque en conjunto, han perdido su eficacia... La eficacia de todo el orden legal es una condición necesaria para la validez de cada una de las normas de dicho orden.

“Una conditio sine qua non, pero no una conditio per quam... El principio de legitimidad está restringido por el principio de efectividad... La norma básica de un orden legal nacional no es producto arbitrario de la imaginación jurídica. Su contenido está determinado por hechos. La función de la norma básica consiste en hacer posible la interpretación normativa de ciertos hechos, y ello

significa la interpretación de hechos como la creación y aplicación de normas válidas... Por lo tanto un orden normativo pierde su validez cuando la realidad no corresponde ya a él, por lo menos en cierto grado. La validez de un orden legal depende así de su conformidad con la realidad, de su eficacia. La relación que existe entre la validez y la eficacia de un orden legal –es, por así decirlo, la tensión entre el deber ‘y el ser’– puede determinarse solamente por niveles máximos y mínimos... La eficacia del derecho pertenece al ámbito de la realidad y se llama frecuentemente el poder del derecho. Si sustituimos eficacia por poder, entonces el problema de validez y eficacia se transforma en el problema más común de ‘derecho y capacidad’. Y entonces la solución aquí presentada se convierte tan solo en la expresión precisa del altruismo según el cual aunque el derecho en sentido objetivo no puede existir sin poder, sin embargo, dicho derecho y poder, derecho subjetivo y capacidad, no son lo mismo. (Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1949, pp. 115 a 121).

Pero el asunto es de mayor calado: El derecho no pertenece al ámbito de lo lógico ni el jurista debe limitarse a examinarlo como un simple conjunto de normas. Su ser ontológico se halla en el mundo de los valores y por lo tanto exige preguntarse sobre la utilidad o inutilidad de las normas jurídicas para realizar determinados fines que se juzgan valiosos para la comunidad (Vid. Del Vecchio, Giorgio y Recasens-Siches, Luis, “*Filosofía del Derecho*”, Unión Tipográfica y Editorial Hispano Americana-UTEHA, tomo I, México, 1946, pp. 153-155).

Uno de esos valores es la paz; no solamente reconocido universalmente como tal, sino expresamente mencionado en el preámbulo de nuestra constitución, que conforme dice la Sentencia número 31 de mayo 19 de 1988 (MM. PP. doctores Hernando Gómez Otálora y Jaime Sanín Greiffenstein) proferida por esta Corporación, sirve como criterio interpretativo de sus disposiciones.

Así pues, tanto por razones filosóficas como jurisprudenciales, para definir si el Decreto 1926 de 24 de agosto de 1990 es constitucional no basta compararlo con los artículos 218 de la Constitución y 13 del plebiscito del 1° de diciembre de 1957 si no tener en cuenta su virtualidad para alcanzar la paz. Aunque es imposible asegurar que el mencionado decreto llevará necesariamente a la anhelada paz, no puede la Corte cerrar esa posibilidad.

5. El Constituyente primario

Según principios generalmente aceptados en derecho constitucional, tres son los elementos que configuran un Estado: el territorio o “país”, el pueblo que lo habita o “nación” y el orden jurídico que lo organiza.

A la “nación” se refiere el artículo 2° de la Carta fundamental así:

“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.”

Para precisar con exactitud el alcance de la disposición transcrita se analizó exhaustivamente la obra “Derecho Público Interno de Colombia” de don José María Samper, una de las figuras más destacadas del Consejo Nacional de Delegatarios, que redactó las bases de la Constitución de 1886, algunos de cuyos apartes se transcriben a continuación:

“En toda nación, si esta existe en realidad, sobre todo, en el concierto internacional, la soberanía es una e indivisible. Cualquiera división que se haga, en la forma, no es de la soberanía (supremo poder o autoridad), sino meramente de su ejercicio. Si la soberanía, como principio vital colectivo, es propia de la nación, no puede haber dentro de ésta otros soberanos, so pena de anularse el principio. Esta es la verdad que la Constitución de 1886 ha restablecido.”

“Pero no creyeron los constituyentes que bastaba a determinar la base fundamental de la República en el artículo 1°. ¿Por qué? Porque al definir la nación, era necesario proclamar su soberanía, e

importaba determinar la verdadera residencia de este principio de autoridad.

“En efecto, si la nación es un compuesto de cuatro elementos necesarios, la idea misma de su existencia es inseparable de otra idea sintética: la de su soberanía. No se concibe el objeto de una nación, ni la razón de ser de su existencia, sin su soberanía, dado que esta soberanía es la autoridad moral al propio tiempo que la efectividad del poder con que cada nación dispone de su suerte y figura, de igual a igual, en el concierto de todos los Estados constituidos o nacionalidades organizadas en que está dividido el mundo civilizado.

“Si, pues, la soberanía es el principio fundamental, en orden a lo político (cosa de todos o muchos) era necesario, después de proclamar la existencia, el nombre y la forma general de la nación, proclamar también su soberanía, como principio esencial, y determinar su residencia. Esta determinación, hecha por el artículo 2º, es la confirmación explícita del 1º. Si la soberanía colombiana reside esencial y exclusivamente en la nación, en toda ella, y de ella emanan los poderes públicos, es patente la unidad nacional: la soberanía es así única, indivisible, tan absoluta cuanto eso puede serlo la existencia de la nación; ninguna otra soberanía puede serle contrapuesta, dentro de la nación; ella es el todo y lo contiene todo para Colombia, y ningún poder público será legítimo ni reconocido, si no emana de esa única soberanía. Su consecuencia necesaria es la unidad de esos poderes públicos, no obstante su separación de formas y de modo de obrar”. (Op. cit., Biblioteca Popular de Cultura Colombiana, tomo II, pp. 12-13).

Así pues, la nación o sea el pueblo que habita nuestro país, es el constituyente primario del cual emanan los poderes constituidos o derivados. No simplemente la personificación de la República unitaria que sucedió a los Estados soberanos de la Constitución de Rionegro (1863) pues para ello bastaba el artículo 1º de la Carta, conforme al cual “la nación colombiana se reconstituye en forma de república unitaria”. Como la nación colombiana es

el constituyente primario, puede en cualquier tiempo darse una constitución distinta a la vigente hasta entonces sin sujetarse a los requisitos que ésta consagraba. De lo contrario, se llegaría a muchos absurdos: el primero de ellos que la reforma Constitucional de 1957 no vale por haber sido fruto de un plebiscito; que también fue nugatoria la de 1886 por no haberse sujetado a los difícilísimos procedimientos previstos por la Constitución de Riónegro (1863) para modificarla.

6. Límites del poder. Constituyente primario

Siendo la nación el constituyente primario y teniendo ella un carácter soberano, del cual emanan los demás poderes, no puede tener otros límites que los que él mismo se imponga, ni los poderes constituidos pueden revisar sus actos. Así lo ha sostenido la Corte en dos fallos relativos al plebiscito del 1° de diciembre de 1957: El primero de ellos fue el de noviembre 28 de 1957 (M.P. doctor Guillermo Hernández Peñaloza), en dos de cuyos apartes se lee: porque si se da alguna virtualidad jurídica a los hechos revolucionarios es por descansar en la voluntad de la Nación”.

“El derecho para convocar al pueblo para que apruebe o impruebe la reforma no lo deriva propiamente de todas las normas consignadas en la Carta, sino del poder mismo de la revolución, del estado de necesidad en que ésta se halla de hacer tal reforma, y del ejercicio de la soberanía latente en el pueblo como voluntad constituyente, o sea la que denominan los expositores, el momento del pueblo constituyente”. (Sentencia de noviembre 28 de 1957. M.P., doctor Guillermo Hernández Peñaloza, G.J. tomo 86, números 2188, 2189 y 2190, p. 431).

Más recientemente, en la Sentencia número 54 de 9 de junio de 1987 (M.P. doctor Hernando Gómez Otálora), se lee: Cuando la nación, en ejercicio de su poder soberano e inalienable, decide pronunciarse sobre el estatuto constitucional que habrá de regir sus destinos, no está ni puede estar sometida a la normatividad jurídica que antecede a su decisión. El acto constituyente primario es en tal sentido, la expresión de la máxima voluntad política, cuyo ámbito

de acción por su misma naturaleza, escapa a cualquier delimitación establecida por el orden jurídico anterior y, por ende, se sustrae también a todo tipo de juicio que pretenda compararlo con los preceptos de ese orden.”

7. Límites impuestos por el constituyente primario en las elecciones del 9 de diciembre

El artículo primero ordena a la organización electoral adoptar todas las medidas conducentes a contabilizar los votos que se emitan el 9 de diciembre de 1990, para que los ciudadanos tengan la posibilidad de convocar e integrar una Asamblea Constitucional. El artículo segundo establece el contenido de las papeletas que se contabilizarán y los artículos siguientes establecen disposiciones de mecánica electoral, normas todas estas que adicionan las electorales actualmente vigentes.

En sentencia del 24 de mayo de 1990, la Corte encontró que dichas disposiciones no violaban precepto constitucional alguno.

Las tarjetas depositadas en las elecciones del 27 de mayo de 1990 contenían limitaciones al poder del propio constituyente primario por el texto mismo de ellas, según puede apreciarse del citado artículo, que se transcribe a continuación:

“Para fortalecer la democracia participativa, ¿vota por la convocatoria de una Asamblea Constitucional con representación de las fuerzas sociales, políticas y regionales de la Nación, integrada democrática y popularmente para reformar la Constitución política de Colombia?

SI NO”.

En síntesis, la Asamblea Constitucional tenía como función reformar la Constitución política de la Nación a fin de fortalecer la democracia participativa, en ella deberían tener representación las fuerzas sociales, políticas y regionales de la nación, y debería integrarse democrática y popularmente.

La médula de tales limitaciones sería pues el fortalecimiento del sistema democrático-participativo, a través de un mecanismo

representativo. Conviene, por lo tanto adentrarse en la noción de democracia-participativa e indagar si esa finalidad última es congruente con el carácter representativo que se da a la propia Asamblea.

La democracia es una forma de gobierno en la cual la Nación adopta las decisiones, en oposición a otras, como la monarquía, en la cual una persona, llámese rey, emperador o de cualquier otra manera, es quien las toma.

La democracia puede ser directa o indirecta. En la primera actúa toda la nación; en la segunda, representantes de ella. La primera es práctica cuando el número de los miembros de la asamblea es reducido, pero ciertamente no se acomoda a Estados como Colombia, con una población de 30 millones de habitantes, aproximadamente.

Por lo tanto, debe entenderse que la “democracia” a la cual aludió el constituyente primario, es la indirecta y que el término “participativa” alude a que esta efectivamente represente a la nación, por ejemplo, perfeccionando el sistema de votación, el funcionamiento del Congreso y la accesibilidad a este por parte de los ciudadanos. Tal interpretación, por lo demás, se ajusta al carácter representativo que el propio constituyente primario quiso darle a la Asamblea Constitucional.

No escapa a la Corte la trascendencia y alcance de la decisión que ahora profiere y los riesgos que algunos señalan en forma premonitória; pero también considera que dentro de la tradición política y jurídica de la República que arranca desde los albores de la Independencia, existe un plexo de convicciones y principios que legitiman la validez del sistema democrático y que de seguro obligaran a los ciudadanos a proceder con la más elevada responsabilidad, y a la Asamblea Nacional Constitucional a interpretar las necesidades y esperanzas de la Nación que tiene derecho a buscar nuevos caminos que garanticen un mejor proyecto de vida de normal convivencia, paz, libertad y justicia social.

Como se ha comprobado históricamente el Constituyente no decide en el vacío sino que recoge sus soluciones en lo que ha sido, lo que es y lo que debe ser la Nación en una interpretación racional y responsable de su destino jurídico, político, económico y social.

Es un dato más que se ha proyectado tanto en la historia de Colombia como en la de otras naciones, que cuando las instituciones adoptan sistemas demasiado rígidos para su reforma, surgen crisis y perturbaciones que pueden poner en grave peligro los valores fundamentales de la convivencia y el sistema republicano y democrático. Por eso es preciso proceder con toda diligencia y previsión a interpretar los anhelos de cambio y renovación de las instituciones que ha expresado el pueblo, primero informalmente y luego el 27 de mayo en forma legítima y avalada por la propia Sentencia número 59 de 24 de mayo de 1990 de la Corte Suprema de Justicia.

En pocas pero trascendentes palabras, el Poder Constituyente Primario, representa una potencia moral y política de última instancia, capaz, aun en las horas de mayor tiniebla, de fijar el curso histórico del Estado, insurgiendo como tal con toda su esencia y vigor creativos. Por esto mismo, sabe abrir canales obstruidos de expresión, o establecer los que le han sido negados, o, en fin, convertir en eficaz un sistema inidóneo que, por factores diversos, ha llegado a perder vitalidad y aceptación.

8. Otras limitaciones impuestas por el Decreto 1926 de 24 de agosto de 1990

El Decreto sub examine contiene limitaciones adicionales a las que se impuso el propio constituyente primario, contenidas en los acuerdos de las fuerzas políticas del 2 y del 23 de agosto de 1990, especialmente un temario limitativo que, por las razones expuestas, deberá declararse inconstitucional.

En efecto, por cuanto la Asamblea Nacional Constitucional que será conformada por el pueblo como Constituyente Primario en las elecciones que se convocan para el próximo 9 de diciembre no

puede ser limitada en su competencia, como lo señala el Decreto 1926 de 1990, la Corte procederá a declarar como inexecutable todas aquellas limitaciones que en la parte motiva y en la parte resolutive implican restricción al ejercicio pleno de su soberanía. Entre ellas, particularmente, las referentes al temario acordado por las fuerzas políticas; las que contienen el numeral 4° de las bases del Acuerdo político; las del numeral 15 de las mismas que facultan a la Corte para revisar los actos del constituyente primario y las demás expresiones que tienen igual o similar alcance.

Especialmente se declararán contrarias a la Carta las limitaciones que aparecen en el texto de la papeleta del voto afirmativo o negativo a que se refiere el artículo 2° del Decreto.

Conviene añadir que, desde luego, no todas las cláusulas de los acuerdos políticos limitan indebidamente al constituyente primario, sino que por el contrario, tienden a asegurar la independencia y dedicación que los miembros de la Asamblea Constitucional deben tener para el éxito de esta, como el régimen de inhabilidades presentes y futuras, consagradas en los puntos 9 y 12.

En cuanto a las inhabilidades actuales y futuras advierte la Corte que no contrarían la Carta y por lo tanto se consideran executable, no solo por razones jurídicas sino también de orden político y de ética administrativa.

La Asamblea Nacional Constitucional debe estar integrada por personas que no mantengan vínculo alguno con el Estado, y especialmente en el campo de las corporaciones públicas, Senado, Cámara de Representantes, Asambleas Departamentales, Concejos Municipales, Consejos Intendenciales y Comisariales para que ejerzan sus funciones con plena autonomía, desinterés y responsabilidad.

Así, surge de textos claros del Decreto y de su interpretación integral y teleológica, por cuanto no se quiere acumular en unas mismas personas o entidades funciones tan distintas y concentradas, que llegan hasta el punto de ser incompatibles y que históricamente

son las que han llevado al país a buscar este mecanismo alternativo y extremo de Reforma Constitucional.

Agrega la Corte que la efectividad de dichas inhabilidades está asegurada por el artículo 11 del decreto en revisión, conforme al cual “la Sala Electoral del Consejo de Estado, con sujeción a los trámites establecidos para los procesos electorales, conocerá privativamente y en única instancia de las impugnaciones que se le presenten con fundamento en las inhabilidades y en las demás causales de nulidad previstas en la Constitución política vigente y en la ley”, norma que no fue declarada inexecutable, por no contrariar ningún texto de la Carta.

9. Contravención del artículo 16 de la Carta

Aparte de las indebidas limitaciones al constituyente primario, encuentra también la Corte que la parte del artículo 8° que dice: “Establécese como mecanismo alternativo del requisito anterior, la constitución de una caución o garantía de seriedad por un valor equivalente a cinco millones de pesos (\$5.000.000.00), la cual podrá consistir en fianza otorgada en favor del Fondo Rotatorio de la Registraduría Nacional del Estado Civil por una institución bancaria o una compañía de seguros debidamente facultadas para operar en el territorio nacional. Así mismo, podrá hacerse un depósito de dinero efectivo en el Banco Popular en favor de la misma entidad mencionada. En caso de que la lista de candidatos no obtenga, a lo menos, una votación igual al veinte por ciento (20%) del cuociente nacional, el representante legal del Fondo Rotatorio de la Registraduría Nacional del Estado Civil hará efectiva la garantía. El producto de la misma se destinará al objeto previsto legalmente por el Fondo” es contrario el principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional y por tanto deberá declararse inexecutable.

10. Imposibilidad de inhibirse

El señor Procurador General de la Nación, al igual que algunos impugnadores del Decreto sugieren que la Corte se inhiba de pronunciarse sobre la constitucionalidad del Decreto 1926 en

atención al poder ilimitado del constituyente primario, al cual se refiere ya la Corporación en el punto 6 de estas consideraciones. Es cierto que en las sentencias citadas en este punto la Corte se inhibió, pero no puede hacerlo en el presente caso, por no hallarse frente a una demanda de inconstitucionalidad sino de la revisión oficiosa o forzosa de un decreto expedido en desarrollo del estado de sitio. En efecto, el parágrafo del artículo 121 de la Carta fundamental dispone:

“El gobierno enviará a la Corte Suprema de Justicia el día siguiente a su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquella decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Suprema de Justicia aprehenderá inmediatamente de oficio su conocimiento.”

No puede la Corte evadir tan perentorio mandato, inspirado en muy, sanas razones: el Ejecutivo tiene amplísimos poderes en un régimen presidencialista como el colombiano. Ya es mucho que, en las situaciones excepcionalísimas del artículo 121, se le otorguen además funciones legislativas, como para dejarlas sin control alguno.

11. El Decreto Legislativo

a) Estructura. El Decreto Legislativo 1926 de 24 de agosto de 1990 tiene una muy peculiar estructura que dificulta su revisión, de una parte incluye en su parte motiva el acuerdo de las fuerzas políticas de agosto 2 de 1990, complementado por el del día 23 del mismo mes y año; de otra parte, dicho acuerdo está constituido por dos partes, claramente diferenciables; una que se refiere a la convocación del constituyente primario y a la integración y organización de la Asamblea Nacional Constitucional (puntos 1 a 22, págs. 5 a 13 del Decreto) y un temario (págs. 13 a 36 del Decreto); a lo cual se agrega que el mencionado Acuerdo incluye, en algunos fragmentos, verdaderas normas jurídicas, propias de la parte resolutive; finalmente, esta última incorpora el antedicho acuerdo en el artículo segundo, al establecer el contenido de las papeletas,

afirmativa y negativa, que contabilizará la Organización Electoral (artículo 2°); además el Decreto exhibe otras peculiaridades que no es dable omitir para comprender el alcance de la decisión de la Corte. No podía el insertar en la parte resolutive toda la estructura de la Asamblea propuesta, porque entonces la misma, que condensaba la forma del voto del sufragante, tendría una extensión absurda y una ininteligibilidad manifiesta. En ella se trataba, precisamente, de afirmar o negar su convocatoria por el pueblo y señalar por nombre propio a quien debía integrarla; el resto de la reglamentación se establecía en sección distinta, pero con igual poder vinculante. La Corte, por esto, ha señalado concretamente las partes estimadas como inconstitucionales, entendiéndose entonces que las no excluidas en esta específica forma, hállese donde se hallen, tómense como parte considerativa o no, mantienen su vigencia e imperio y deben acatarse como normativas;

b) Fortalecimiento de las instituciones. Para disipar el temor de que el Decreto pueda dar lugar al debilitamiento de nuestras instituciones, cabe recordar el siguiente punto de sus consideraciones: “Que es urgente crear las bases de un fortalecimiento institucional, el cual pone de presente que su finalidad es el fortalecimiento institucional”, y que la Asamblea Nacional Constitucional debe perseguir igual objetivo;

c) La expedición del decreto que se revisa fue motivada por las especialísimas circunstancias que vive la nación, de allí que si en el futuro se llega a expedir un estatuto análogo, la Corte examinará con todo cuidado y prudencia la situación nacional reinante en ese momento. Tal eventualidad será más remota, en la medida en que la Asamblea Nacional Constitucional, en su soberanía, consagre en el artículo 218 de la Carta, al lado de los actos legislativos, de tan engorrosa tramitación, otros mecanismos de reforma de la Constitución, como los prohijados por anteriores gobiernos o los que rigen a nivel municipal;

d) Presunta violación del artículo 15 de la Constitución. No comparte la Corte el criterio de quienes ven en los requisitos para

ser miembro de la Asamblea Nacional Constitucional, señalados en el punto 9 del Acuerdo político, una violación del artículo 15 de la Carta Fundamental, conforme al cual “la calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa, indispensable para elegir y ser elegido”, de donde deducen que no estando señaladas en la Constitución las condiciones para ser miembros de la Asamblea Nacional Constitucional, como si lo están para ser Presidente de la República, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Representante, Senador, etc., deviene inconstitucional.

En primer término, el artículo 15 que ellos citan no dice que la única condición para ser elegido sea la ciudadanía; en segundo lugar, el artículo 180 con que concluye el título XVIII - “elecciones” de la Constitución Nacional, preceptúa: “La ley determinará lo demás concerniente a elecciones y escrutinios”. Como no le es dable al intérprete distinguir donde la ley no distingue, resulta injurídico limitar esta disposición a lo meramente adjetivo o procedimental. Por ello juzga la Corte que bien puede la ley –y un decreto legislativo lo es en sentido material– señalar las condiciones para ser miembro de la Asamblea Nacional Constitucional, al no estar ellas señaladas en la Carta;

e) El carácter permanente que tendrán las normas que expida la Asamblea Nacional Constitucional puede conducir al equívoco de que el Decreto Legislativo que se examina viola el inciso 7° del artículo 121 Constitucional, conforme al cual los decretos legislativos dejarán de regir cuando se levante el estado de sitio;

f) Otras normas del decreto no violan ningún precepto constitucional, por lo cual a ellos no se extiende la inexecutableidad y por lo tanto continúan en pleno vigor, especialmente las relativas a la convocación, integración y organización de la Asamblea Nacional Constitucional;

g) El Decreto tiene sus especiales características, pues no está reformando la Constitución, la reforma va a surgir de las votaciones del 9 de diciembre cuando se manifieste el Constituyente Primario y procede a formar la Asamblea Nacional Constitucional, corporación

que será la que realice la Reforma Constitucional a que se refiere la Sentencia número 59 de 24 de mayo de 1990.

Así lo dijo esta providencia:

“Le corresponde al Presidente, acorde con la etiología de los regímenes políticos de América Latina, ser impulsor de la acción del Gobierno, clara y legítimamente utilizada en el presente caso para permitir registrar la expresión de la voluntad popular, acerca de la posibilidad de integración de una Asamblea Constitucional para fortalecer la democracia participativa y en la cual estén representadas las fuerzas sociales, políticas y regionales de la Nación.

“Esta situación no se ve disminuida sino acrecentada por las extraordinarias circunstancias del Estado de Sitio para buscar ante todo el restablecimiento del orden público” (Sentencia del 24 de mayo de 1990).

12. Otras consideraciones

a) El control constitucional podrá surgir con las modalidades, características y requisitos que la Asamblea Nacional Constitucional considere y disponga, en ejercicio de su soberanía;

b) Desde luego, la Corte ha de buscar armonía entre los distintos textos constitucionales. En el caso concreto, entre los artículos 2° y 218. Ella surge si se interpreta este último como un mandato al constituyente secundario –Congreso Nacional– sobre la forma como debe tramitar los Actos Legislativos, en tanto que el primero se refiere al constituyente primario, según ya se expresó;

c) Sobre este particular la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterada:

“El Congreso, como destinatario del poder de reforma constitucional, derivado del constituyente primario, tiene plena capacidad para expedir Actos Legislativos reformativos de la Constitución. Pero no puede reformarla para modificar el contenido y alcance de su propia competencia. Reformar la Constitución directamente no es lo mismo que instituir un órgano no constituyente. Solo el constituyente primario puede crear ese cuerpo y atribuirle el poder de reforma. Atribuir competencias es

de la esencia del poder constituyente primario”. (Las subrayas no son del texto). (Sentencia de 5 de mayo de 1978. Sala Plena, Corte Suprema de Justicia).

Finalmente la Corte en Sentencia de 24 de mayo de 1990 afirmo:

“En fin, el decreto que se revisa, por una parte ordena a la organización electoral que contabilice los votos sobre la posibilidad de integrar la Asamblea Constitucional, para reformar la Constitución, y por otra hace una invocación al pueblo para que se manifieste sobre la posibilidad de convocar una Asamblea Constitucional, lo cual constituye un hecho político que traduce un verdadero mandato de igual naturaleza y sobre el cual la Corte no encuentra ningún reparo de constitucionalidad.”

“Por esta razón, la Corporación no ve la necesidad de adentrarse en analizar las competencias del constituyente primario y el alcance de las mismas. En este sentido lo dicho no se contrapone ni desconoce el artículo 218 de la Constitución Nacional, preceptiva que se refiere al constituyente secundario y que es otra hipótesis jurídica”;

d) Advierte la Corte que los actuales periodos de los funcionarios mencionados en el punto 9, a) del Acuerdo político, incluido en la parte considerativa del Decreto 1926 de 1990, no podrán ser afectados, pues de lo contrario carecerían de sentido las inhabilidades futuras y la coincidencia de ellas con los años electorales allí señalados.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia –Sala Plena–, previa ponencia de la Sala Constitucional y oído el concepto fiscal,

RESUELVE:

DECLARAR CONSTITUCIONAL el Decreto 1926 del 24 de agosto de 1990, “por el cual se dictan medidas tendientes

al restablecimiento del orden público”, con excepción de lo siguiente:

1. Del Acuerdo político incorporado el citado Decreto y llevado a su parte motiva se declaran inconstitucionales los siguientes apartes:

1.1 Del párrafo 13, la siguiente frase: “... y el temario que implica el límite de su competencia”.

1.2 Del numeral 2, la siguiente frase: “... y el temario que implica el límite de su competencia”.

1.3 El numeral 4, que dice: “La Asamblea no podrá estudiar asuntos diferentes a los mencionados en el temario aprobado por el pueblo y particularmente no podrá modificar el periodo de los elegidos este año las materias que afecten los compromisos adquiridos por el Estado colombiano en virtud de tratados internacionales y el sistema republicano de gobierno.”

1.4 Del numeral 15, la parte que dice: “Una vez aprobado por la Asamblea dicho texto será enviado a la Corte Suprema de Justicia, para que ésta decida si la reforma, en todo o en parte fue expedida conforme al temario aprobado por los ciudadanos en la votación del 9 de diciembre de 1990. Además, el reglamento señalará expresamente los requisitos de procedimiento cuyo cumplimiento también será objeto de control constitucional por parte de la Corte”.

1.5 Del considerando, todo el temario, desde donde dice: Que, del mismo, con sujeción al texto aprobado por la mayoría de los colombianos en los pasados comicios, es necesario que el pueblo fije un temario al cual se limite la competencia... Hasta el numeral 10.5, inclusive, y que dice: “Posibilidad de establecer mecanismos alternos de control fiscal en todos los niveles de la administración”.

2. De la parte resolutive del mencionado Decreto 1926 de 24 de agosto de 1990, se DECLARA INCONSTITUCIONAL lo siguiente:

2.1 Del artículo 2°, inciso 2°, la parte que dice: “... la cual estará regulada por lo establecido en el acuerdo político sobre la Asamblea

Constitucional incorporado al Decreto 1926 de agosto 24 de 1990. Su competencia estará limitada a lo previsto en dicho acuerdo”.

Del artículo 2º, inciso 3º, la parte que dice: “... regulada por lo establecido en el acuerdo político sobre la Asamblea Constitucional incorporado al Decreto 1926 de agosto 24 de 1990”.

2.2 Del artículo 8º, el inciso 2º que dice: “Establécese como mecanismo alternativo del requisito anterior, la constitución de una caución o garantía de seriedad por un valor equivalente a cinco millones de pesos (\$5.000.000.00), la cual podrá consistir en fianza otorgada en favor del Fondo Rotatorio de la Registraduría Nacional del Estado Civil por una institución bancaria o una compañía de seguros debidamente facultadas para operar en el territorio nacional. así mismo, podrá hacerse un depósito de dinero efectivo en el Banco Popular en favor de la misma entidad mencionada. En caso de que la lista de candidatos no obtenga, a lo menos, una votación igual al veinte por ciento (20%) del cuociente nacional, el representante legal del Fondo Rotatorio de la Registraduría Nacional del Estado Civil hará efectiva la garantía. El producto de la misma se destinará al objeto previsto legalmente por el Fondo.”

2.3 Del artículo 9º, la siguiente frase: “... o al de caución o garantía de seriedad, según el caso...”.

2.4 Del artículo 11, la siguiente frase: “... previstas en el acuerdo político sobre Asamblea Constitucional que adopte la ciudadanía el 9 de diciembre... “.

2.5 Del artículo 12, la siguiente frase: “... o en la constitución de la de caución o garantía de seriedad...”.

Cópiese, publíquese, comuníquese al Gobierno Nacional, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Jorge Carreño Luengas, Presidente; Rafael Baquero Herrera, con Salvamento de Voto; Pablo Cáceres Corrales, con Salvamento de Voto; Ricardo Calvete Rangel; Manuel Enrique Daza Álvarez, Guillermo Duque Ruiz, con Salvamento de Voto; Pedro Augusto Escobar Trujillo, con Salvamento de Voto; Eduardo García

Sarmiento, Hernando Gómez Otálora, Gustavo Gómez Velásquez, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, con Salvamento de Voto; Ernesto Jiménez Díaz, Pedro Lafont Pianeta, Héctor Marín Naranjo, con Salvamento de voto; Fabio Morón Díaz, Alberto Ospina Botero, Dídimo Páez Velandia, con Salvamento de voto; Jorge Iván Palacio, Rafael Romero Sierra, Edgar Saavedra Rojas, con Salvamento de Voto; Jaime Sanín Greiffenstein, con Salvedad de Voto; Hugo Suescún Pujols, Juan Manuel Torres Fresneda, salvó el voto; Jorge Enrique Valencia Martínez, salvó el voto; Hernando Yépez Arcila, salvo el voto; Ramón Zúñiga Valverde.

Blanca Trujillo de Sanjuan, Secretaria.

SENTENCIA C-220/97

CORTE CONSTITUCIONAL -Competencia sobre artículos de decretos compiladores

UNIVERSIDAD - Fundamento y objetivo / AUTONOMÍA PLENA DE LA UNIVERSIDAD

La universidad, cuyo fundamento es el perfeccionamiento de la vida y cuyo objetivo es contribuir a la formación de individuos que reivindiquen y promuevan ese fundamento, a través del dominio de “un saber” y de la capacidad de generar conocimiento, reclamando su condición de fines en sí mismos y no de meros instrumentos, es la universidad que requiere, para “ser”, del reconocimiento efectivo de su autonomía. Otro tipo de instituciones de educación superior, que fundamentan su quehacer en objetivos distintos, como por ejemplo la mera profesionalización, si bien son necesarias en el mundo moderno, no pueden proclamarse como universidades. Tal distinción subyace en la legislación de nuestro país, que distingue entre universidades y otras instituciones de educación superior, reconociéndoles autonomía plena, no absoluta, únicamente a las primeras.

AUTONOMÍA UNIVERSITARIA - Implicaciones por su ejercicio/AUTONOMÍA UNIVERSITARIA -Protección

El ejercicio de la autonomía implica para las universidades el cumplimiento de su misión a través de acciones en las que subyazca una ética que Weber denominaría “ética de la responsabilidad”, lo que significa que esa autonomía encuentre legitimación y respaldo no sólo en sus propios actores, sino en la sociedad en la que la universidad materializa sus objetivos, en el Estado que la provee de recursos y en la sociedad civil que espera fortalecerse a través de ella; se trata de que quienes conforman la universidad trasciendan su propia e individual convicción de que lo que hacen es lo pertinente, lo conveniente, lo razonable, sometiénolo a consideración no solo de sus pares, sino de esos otros actores de la sociedad, que evaluarán si la autonomía ejercida por sus universidades prevé, como le corresponde, incluso lo no previsible, teniendo en cuenta las consecuencias e impacto de sus acciones en la sociedad, e identificando en el individuo que educa no a un mero instrumento para sus propios objetivos, sino, a un universo individual, único y diferenciable. La universidad, surge como una organización marginal. Esa universidad, para “ser”, tiene que ser autónoma, pues cualquier obstrucción a esa condición la desvirtúa. Esa autonomía tiene como objetivo principal protegerlas de la interferencia del poder político central, al igual que ocurre con el organismo estatal que creó para el manejo de la televisión, no obstante eso no implica, como lo ha dicho la Corte, que sean ajenas e independientes del mismo Estado.

ESTADO SOCIAL DE DERECHO - Significado

La Constitución Política proclama que Colombia es un Estado Social de Derecho, esto es, un estado democrático regulado por la ley, en el que priman los principios de igualdad, participación y pluralidad, y en el que el individuo se erige como epicentro de las acciones del Estado, las cuales serán legítimas en cuanto propendan por su bienestar y evolución, permitiéndole un desarrollo autónomo, singular e integral, el cual logra en la medida en que pueda, efectivamente, realizar sus derechos fundamentales.

AUTONOMÍA UNIVERSITARIA–Significación /LIBERTAD JURÍDICA DE UNIVERSIDADES/UNIVERSIDAD EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El Constituyente consagró en la Carta Política el principio de autonomía universitaria, que en las sociedades modernas y post-modernas se considera como uno de los pilares del Estado democrático, pues sólo a través de ella las universidades pueden cumplir la misión y objetivos que le son propios y contribuir al avance y apropiación del conocimiento, el cual dejando de lado su condición de privilegio, se consolida como un bien esencial para el desarrollo de los individuos y de la sociedad; dicho principio se traduce en el reconocimiento que el Constituyente hizo de la libertad jurídica que tienen las instituciones de educación superior reconocidas como universidades, para autogobernarse y autodeterminarse, en el marco de las limitaciones que el mismo ordenamiento superior y la ley les señalen. La regla general aplicable con fundamento en la C.P. es la de reconocer y respetar la libertad de acción de las mismas; no obstante, esa libertad de acción no puede extenderse al punto de propiciar una universidad ajena y aislada de la sociedad de la que hace parte y, en el caso de las públicas, emancipada por completo del Estado que las provee de recursos y patrimonio. La universidad a la que aspira la sociedad contemporánea es aquella que está presente siempre y en todo lugar, que supere el revaluado modelo que la identificaba con aquellos campus que materializaban “...guetos cerrados...campos de concentración del saber...” Los límites a esa libertad de acción le corresponde establecerlos al legislador a través de la ley, obviamente cuidando de que ellos no se extiendan hasta desvirtuar el principio de autonomía o impedir su ejercicio por parte de las instituciones reconocidas como tales.

LEY ORDINARIA-Interpretación, reforma y derogación por legislador/LEY ORDINARIA-Establecimiento de excepciones por legislador

No obstante que se plantea el hecho de que el legislador haya violado con la decisión impugnada un artículo de la ley ordinaria,

a través del cual el legislador creó la categoría jurídica de entes universitarios autónomos, ese aspecto no será el objeto de examen por parte de esta Corporación, pues tal categoría jurídica tiene origen legal y como tal, con fundamento en la Constitución Política, que le atribuyen al Congreso las facultades de interpretar, reformar y derogar las leyes, además de expedir aquellas que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos, es susceptible de ser derogada, modificada o adicionada por el mismo legislador, a través de una norma legal de igual o superior jerarquía. Tampoco se detendrá la Corporación en la acusación de omisión inconstitucional presentada, porque es facultad privativa del legislador establecer excepciones a sus mandatos, siempre y cuando ellas no contraríen el ordenamiento superior.

AUTONOMÍA UNIVERSITARIA -Límites por legislador

Es competencia del legislador establecer los límites a la libertad de acción que en ejercicio de la autonomía universitaria se le reconoce a las universidades públicas y privadas; tales límites los debe imponer el legislador de manera expresa a través de la ley, constituyendo éstos excepciones a la regla general, sin que pueda entenderse que la regulación del quehacer de las universidades, per se, sea una obstrucción a la autonomía.

ESTABLECIMIENTO PÚBLICO - Elementos esenciales / ESTABLECIMIENTO PÚBLICO -Autonomía relativa

UNIVERSIDADES Y ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS - No asimilación para efectos presupuestales

La autonomía universitaria que consagra la Constitución Política, autonomía como sinónimo de legítima capacidad de autodeterminación, no corresponde a la autonomía restringida que la ley le reconoce a los establecimientos públicos, por lo que pretender asimilarlos, así sea únicamente para efectos presupuestales, implica para las universidades viabilizar una constante interferencia del ejecutivo en su quehacer, que se traduce, en un continuo control de sus actividades por parte del poder central, inadmisibles en el caso

de las universidades, y en el propósito, como obligación legal por parte del ejecutivo, de ajustar y coordinar las actividades de esas instituciones con la política general del gobierno de turno, aspecto que contradice su misma esencia.

UNIVERSIDAD PÚBLICA - No es establecimiento público/
UNIVERSIDAD PÚBLICA -Autonomía en presupuesto con régimen especial

No hay razón válida para que a las universidades del Estado se les aplique la disposición impugnada, que ordena que para efectos presupuestales se les asimile a los establecimientos públicos, mucho menos cuando ello implicaría vulnerar su condición esencial de entes autónomos del Estado; por eso, por existir ese régimen legal especial para las universidades del Estado, la norma acusada no incluyó dentro de las excepciones a su mandato a las universidades públicas, pues ellas al igual que el ente rector de la televisión, también dotado de autonomía por el Constituyente, deben acogerse en materia presupuestal a lo dispuesto en la ley especial que las rige. Las universidades oficiales, al igual que el Banco de la República y la CNTV, son órganos autónomos del Estado, que por su naturaleza y funciones no integran ninguna de las ramas del poder público y que por lo tanto no admiten ser categorizadas como uno de ellos, mucho menos como establecimientos públicos, pues ello implicaría someterlas a la tutela e injerencia del poder ejecutivo, del cual quiso de manera expresa preservarlas el Constituyente. El legislador, al omitir incluirlas expresamente, no quiso, como lo interpreta equivocadamente el gobierno nacional, incluirlas tácitamente dentro del grupo que para efectos presupuestales se asimila a los establecimientos públicos, simplemente tuvo en cuenta que las universidades estatales, en tanto entes autónomos del Estado, están sometidas, inclusive en lo presupuestal, a un régimen especial.

ESTABLECIMIENTO PÚBLICO-Autonomía administrativa y financiera

Cuando el legislador atribuyó a los establecimientos públicos funciones administrativas, lo hizo con el objeto de crear unas

personas jurídicas especializadas, a las que les reconoció un cierto grado de independencia, no obstante que hacen parte activa de la administración, con el objeto de que ejercieran de manera técnica algunas de las funciones propias de aquel; para ello les reconoció autonomía administrativa, que no es otra cosa que la facultad relativa que tienen esas entidades de manejarse por sí mismas, y autonomía financiera, que se traduce en que cada establecimiento público tiene su propio patrimonio y su propio presupuesto, como persona jurídica que es, el cual no obstante debe programar y ejecutar conforme a las directrices del respectivo ministerio o departamento administrativo al cual esté adscrito o vinculado, y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

AUTONOMÍA DE UNIVERSIDADES DEL ESTADO -
Ajenas a interferencias del poder político/AUTONOMÍA DE
UNIVERSIDADES DEL ESTADO -No sujeción al control de tutela
de establecimiento público/ESTABLECIMIENTO PÚBLICO-
Control de tutela no aplicable a universidades estatales.

Las universidades del Estado, son instituciones que para mantener y preservar su esencia deben estar ajenas a las interferencias del poder político, en consecuencia no pueden entenderse como parte integrante de la administración, o como organismos subeditados al poder ejecutivo, ellas deben actuar con independencia del mismo y no estar sujetas a un control de tutela como el concebido para los establecimientos públicos, concepto que por sí mismo niega la autonomía; eso no quiere decir que no deban, como entidades públicas que manejan recursos públicos y cumplen una trascendental función en la sociedad, someter su gestión al control de la sociedad y del Estado, o que rechacen la implementación de mecanismos de articulación con dicho Estado y la sociedad, pues por el contrario ellos son indispensables para el cumplimiento de sus objetivos y misión. El control de tutela que se ejerce sobre los establecimientos públicos, no es aplicable a las universidades en tanto instituciones autónomas.

ENTIDAD DESCENTRALIZADA POR SERVICIO- Clasificación control de tutela

UNIVERSIDADES DEL ESTADO -Diseño de mecanismos de control especial

El control de tutela diseñado para los establecimientos públicos, que se traduce en las diferentes clases de control, riñe y es contrario al principio de autonomía que el Constituyente reconoció para las universidades; dichas instituciones, cuando son financiadas por el Estado y manejan recursos públicos, exigen el diseño de mecanismos de control especiales, que al ser aplicados no atenten contra su naturaleza y que tengan en cuenta las singularidad que caracteriza el sujeto que en ese caso se controla, un ente al que se le reconoce capacidad de autodeterminación; mecanismos que el legislador debe diseñar y establecer, garantizando la realización de un control efectivo de los recursos del Estado y propendiendo por involucrar a la sociedad en esa tarea.

CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA -Autonomía en presupuesto de universidades estatales

AUTONOMÍA DE UNIVERSIDADES DEL ESTADO -No exclusión de disposiciones constitucionales sobre presupuesto

No hay ningún elemento que permita concluir que las universidades del Estado, en desarrollo del principio de autonomía que consagró el Constituyente en la Constitución Política, puedan excluirse de las disposiciones superiores, ellas y sus presupuestos, que se nutren principalmente del Estado, deben tener espacio dentro del presupuesto de la Nación, y como instituciones públicas, cumplir con las reglas y procedimientos que el legislador, de acuerdo con su naturaleza y misión, diseñe y consigne especialmente para ellas, pues, pretender asimilarlas, para efectos presupuestales, a los establecimientos públicos, contraría el ordenamiento superior al vulnerar y desvirtuar su condición de entes autónomos.

AUTONOMÍA PRESUPUESTAL DE UNIVERSIDADES DEL ESTADO-Alcance respecto a la unidad presupuestal

El principio de unidad presupuestal no puede traducirse en un vaciamiento de la autonomía presupuestal que se le reconoce a las universidades del Estado. La categoría entes universitarios autónomos creada por el legislador, no fue incluida en el actual Estatuto Orgánico de Presupuesto, lo que no impide que el legislador, en desarrollo de las competencias que le son propias, pueda producir normas orgánicas de presupuesto aplicables a las universidades del Estado, siempre y cuando con sus decisiones no desvirtúe su condición de órganos autónomos dotados de esa condición por el constituyente. Mientras tanto, a las universidades del Estado les serán aplicables, en materia presupuestal, prioritariamente las disposiciones de la Ley 30 de 1992 y aquellas de la ley orgánica de presupuesto que no desvirtúen el núcleo esencial de su autonomía.

Referencia: Expediente D-1470.

Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 4° del Decreto 111 de enero 15 de 1996, “Por el cual se compilan la ley 38 de 1989, la ley 179 de 1994 y la ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto”.

Actor: Augusto Hernández Becerra.

Magistrado Ponente: doctor FABIO MORÓN DÍAZ.

Santafé de Bogotá, D.C., abril veintinueve (29) de mil novecientos noventa y siete (1997)

I. ANTECEDENTES.

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad establecida en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA solicitó a esta Corporación la declaratoria de inexequibilidad del artículo 4° del Decreto 111 de 1996, “Por el cual se compilan la ley 38 de 1989, la ley 179 de 1994 y la ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto”.

Por auto del 9 de octubre de 1996, el Magistrado Sustanciador decidió admitir la demanda de la referencia; ordenar su fijación en

lista, el traslado del expediente al señor Procurador General de la Nación para efectos de recibir el concepto fiscal de su competencia, y enviar las comunicaciones respectivas al señor Presidente de la República y al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Una vez cumplidos todos los trámites indicados para esta clase de procesos de control de constitucionalidad, procede la Corte a pronunciar su decisión.

II. EL TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

DECRETO No. 111 DE 1996

(enero 15).

“Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico de Presupuesto.

“El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por la ley 225 de 1995 (...)

(...) “DECRETA

(...)

“Artículo 4°. Para efectos presupuestales, todas las personas jurídicas públicas del orden nacional, cuyo patrimonio esté constituido por fondos públicos y no sean Empresas Industriales y Comerciales del Estado o Sociedades de Economía Mixta o asimiladas a éstas por la ley de la República, se les aplicarán las disposiciones que rigen los establecimientos públicos del orden nacional (Ley 179 de 1994, art. 63)”.

El texto de la disposición impugnada corresponde al texto del artículo 63 de la ley 179 de 1994, norma compilada que hace parte del Estatuto Orgánico de Presupuesto, por lo que el pronunciamiento de la Corte cobijará una y otra disposición, no obstante en la presente providencia la referencia se hará siempre al artículo 4 del decreto 111 de 1996.

III. LA DEMANDA

A. Normas constitucionales que se consideran infringidas

El demandante considera que la disposición acusada es violatoria del artículo 69 de la Constitución Política.

B. Los fundamentos de la demanda

Remitiéndose al artículo 69 de la Constitución Política, el actor señala que fue voluntad expresa del Constituyente de 1991, reconocer y garantizar la autonomía universitaria, entendida ésta como la legítima capacidad que tienen dichas instituciones para autodeterminarse; dicho principio, agrega, se predica esencialmente en un Estado democrático de derecho, por lo que fue necesario que el Constituyente estableciera de forma expresa un compromiso solemne, entre el Estado y la sociedad, que conmina al primero, y específicamente a los poderes públicos que lo conforman, a abstenerse con sus decisiones de debilitarla o vulnerarla.

En desarrollo de ese principio de rango constitucional, dice el demandante, específicamente del inciso segundo del mencionado artículo 69 de la Carta Política, el legislador expidió la ley 30 de 1992, por la cual organizó el servicio público de la educación superior y estableció el régimen especial que ordenó el Constituyente para las universidades del Estado.

Ese régimen especial caracterizó a la universidades del Estado como entes universitarios autónomos, nueva categoría jurídica que creó el legislador teniendo en cuenta las especiales y singulares características que las identifican y diferencian sustancialmente de otras instituciones públicas, y las funciones y compromisos que ellas tienen con la sociedad; es decir, que el legislador en cumplimiento de las disposiciones del artículo 69 de la C.P., las dotó de una naturaleza jurídica con la cual quiso compatibilizar el ejercicio de la autonomía que el Constituyente reconoció sin distingo para todas las universidades, incluidas las estatales, y el carácter de entidades públicas que tienen aquellas cuyos recursos y patrimonio provienen del Estado.

La creación de esa nueva categoría fue necesaria, señala el actor, de una parte para dar cumplimiento al mandato del artículo 69 de la Carta Política, que le impone al Estado la obligación de garantizar la autonomía de las universidades, incluidas las públicas, y de otra por la inconveniencia de seguir atribuyéndole a las universidades del Estado el carácter de establecimientos públicos, como había sido tradicional, pues ello no solo es contrario sino que niega el principio de autonomía universitaria.

Lo anterior por cuanto los establecimientos públicos son organismos adscritos a los respectivos ministerios o departamentos administrativos, que están sujetos a poderosos controles de tutela administrativa, y cuyos presupuestos deben someterse a la normativa especialmente diseñada para ellos, lo que implica que su preparación y ejecución estén fuertemente intervenidas y dirigidas por el ejecutivo; todas estas características, sostiene el actor, contradicen por sí mismas el principio de autonomía que el constituyente consagró para las universidades, la cual ya no se limita exclusivamente a lo académico.

Señala, que su pretensión no es emancipar a las universidades oficiales del Estado, o que se les reconozca a las mismas una libertad absoluta por fuera incluso de la Constitución y de la ley, ellas hacen parte del Estado, por lo que deben tener con él mecanismos de articulación y coordinación eficaces pero que no desvirtúen o atenten contra el principio superior que las caracteriza; lo que reclama es que se dé aplicación a la naturaleza jurídica propia de las universidades públicas, pues se trata de un tipo o categoría de ente público absolutamente *sui generis*, no asimilable a otras naturalezas jurídicas que se han desarrollado en el mundo del derecho público, pero especialmente inconfundible con la de los establecimientos públicos, la cual por sus características es la negación plena de autonomía universitaria.

Por eso demanda el contenido del artículo 4 del Decreto 111 de 1996, disposición del Estatuto Orgánico de Presupuesto, que establece que para efectos presupuestales, a todas las personas públicas del orden nacional, que no estén expresamente exceptuadas de dicho

tratamiento, incluyendo tácitamente a las universidades del Estado, se les aplicarán las disposiciones que rigen los establecimientos públicos del orden nacional. En su criterio, cualquier decisión del legislador dirigida a devolverle a las universidades del Estado el carácter de establecimientos públicos, es contraria a las disposiciones del artículo 69 de la Carta Política, pues esa categorización impide la realización por parte de dichas instituciones del principio que les es consustancial: el de la autonomía universitaria. Dice el demandante:

“Ni las leyes ordinarias, ni la especial que el Congreso dicte para las universidades del Estado, ni ninguna otra, así sea la ley orgánica de presupuesto, pueden contrariar el principio constitucional de la autonomía de las universidades colombianas. Todas las leyes, desde las ordinarias hasta las especiales, pasando por las estatutarias y las orgánicas, están necesariamente subordinadas a la Constitución Política.”

Para el actor, el desconocimiento o vulneración del principio constitucional que reconoce la autonomía de las universidades del Estado, surge, en gran medida, del hecho de que en tanto instituciones que hacen parte de la estructura del Estado y que están cerca del poder público, ellas son vistas, por el Congreso como sujetos directamente sometidos a su función normativa y por el gobierno como dependencias subordinadas, desconociendo sus singulares características y la misión que tienen dentro de la sociedad, esto es desconociendo la característica que les es esencial, la autonomía, que no sólo les fue reconocida en el ordenamiento superior, sino que les es indispensable para el cumplimiento de sus especiales objetivos y misión.

IV. EL CONCEPTO FISCAL

El señor Procurador General de la Nación (E), doctor LUIS EDUARDO MONTOYA MEDINA, solicitó a esta Corporación declarar exequible el artículo 4 del Decreto 111 de 1996, solicitud que funda en las siguientes consideraciones:

Manifiesta el Ministerio Público, que la disposición acusada en nada contraría el ordenamiento constitucional, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 352 de la Constitución Política, la ley orgánica correspondiente es el instrumento matriz del sistema presupuestal colombiano, al que deben ajustarse los presupuestos de todas aquellas entidades que manejen recursos de carácter público. Así, si se tiene en cuenta que la autonomía universitaria no es absoluta, ésta debe ceder al principio de unidad presupuestal consagrado en el artículo 347 superior, pues de lo contrario, en pro de su defensa, se propiciarían entes autárquicos que como tales “desquiciarían el sistema presupuestal.

La asimilación que establece la norma impugnada, dice el concepto del Ministerio Público, “...no significa que a los entes universitarios autónomos se les haya menguado el margen de manejo de sus presupuestos, pues el hecho de que tengan que insertarse dentro del haz normativo que informa el proceso presupuestal colombiano, en manera alguna significa el desconocimiento de la autonomía que la Carta y la ley de la educación superior les ha reconocido en punto a la elaboración y disposición de su presupuesto, de acuerdo con las funciones que les corresponden.”

V. OTRAS INTERVENCIONES

MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO.

El ciudadano JUAN FERNANDO ROMERO TOBON, en calidad de apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, intervino dentro del término de fijación en lista de la demanda de la referencia, con el fin de solicitar a esta Corporación que se declare inhibida para decidir sobre la misma o, en su defecto, que declare exequible la disposición acusada, esgrimiendo como fundamentos jurídicos de su petición los que a continuación se sintetizan:

Manifiesta el interviniente, para respaldar su primera petición, que desde un punto de vista formal, el artículo 24 de la Ley 225 de 1995 no confiere al Presidente de la República las facultades extraordinarias y pro tēpore a que la Constitución Política se refiere en el numeral 10° de su artículo 150, pues ellas no fueron

solicitadas por el gobierno nacional y no tienen un término fijo de duración. Además, sostiene que desde un punto de vista material, el Congreso no transfirió a través de la disposición citada una facultad exclusivamente suya, lo que hizo, dice, fue explicitar una atribución propia del ejecutivo, consagrada por el Constituyente de 1991 en los numerales 10 y 11 del artículo 189 superior.

En consecuencia, dice el apoderado del Ministerio de Hacienda, el Decreto 111 de 1996 no es un decreto con fuerza de ley, por lo que la Corte, de conformidad con lo previsto en el numeral 5 del artículo 241 de la Carta, no tiene competencia para examinar su constitucionalidad, no obstante que el contenido del mismo reproduzca el de las leyes compiladas, pues la incompetencia se desprende no del contenido del Decreto acusado, sino de su condición y jerarquía.

El interviniente sustenta su segunda y subsidiaria petición, la declaratoria de exequibilidad de la norma acusada, en el hecho de que la acusación del actor si bien es contra todo el artículo, está dirigida, únicamente, a producir efectos respecto de una clase específica de instituciones, las universidades públicas, lo que significaría, en caso de que la Corte decidiera retirarla del ordenamiento jurídico vigente, dejar "...al garete (sic) presupuestal entidades que no tienen el carácter de entes universitarios autónomos".

Finalmente, en opinión del interviniente, al asimilar los denominados entes universitarios autónomos a los que se refiere la ley 30 de 1992, con los establecimientos públicos, el legislador no afectó la autonomía que la Constitución le reconoció a las universidades, pues ella, en tratándose de universidades públicas es relativa y no implica un tratamiento presupuestal especial e independiente de los demás órganos de la administración pública, el cual, además, está consagrado en la ley orgánica de presupuesto, norma cuyo contenido prevalece sobre el de una ley ordinaria como lo es la citada ley 30 de 1992.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primera.- La competencia y el objeto de control

El apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en su intervención solicitó a esta Corporación producir fallo inhibitorio en la demanda de la referencia, pues según él la Corte Constitucional no es competente para conocer la acusación formulada contra el artículo 4 del Decreto 111 de 1996, Estatuto Orgánico de Presupuesto, dado que ese decreto tiene naturaleza ejecutiva y se limita a compilar las normas legales orgánicas del presupuesto, sin cambiar su redacción ni contenido. No obstante, en reciente decisión, esta Corporación Corte Constitucional, (Sentencia C-508 de 1996, M.P. doctor Alejandro Martínez Caballero). estableció que “...conforme al artículo 241 ordinal 4 de la Carta, corresponde a la Corte Constitucional, y no al Consejo de Estado, conocer de los distintos artículos de estos decretos compiladores, pues si bien el decreto es en sí mismo ejecutivo, los artículos que lo integran son materialmente legales”.

Dijo la Corte:

“¿Significa lo anterior un cambio de la jurisprudencia de la Corte en este campo? En manera alguna, pues nótese que en la sentencia C-305/96 la Corte se inhibió de conocer una acusación contra la totalidad de un decreto compilador, pero no contra uno o varios de los artículos que lo integran, pues consideró que el decreto como tal es de naturaleza ejecutiva y, por ende, su conocimiento corresponde al Consejo de Estado. Esta tesis se reafirma en esta sentencia, por lo cual corresponde al supremo tribunal de lo contencioso conocer de las acusaciones que pongan en cuestión el decreto compilador como tal, por ejemplo porque se considere que hubo vicios de forma en su expedición. Sin embargo, no puede ese tribunal pronunciarse sobre los artículos y los contenidos normativos que integran tales decretos, pues se trata de normas legales, cuya competencia corresponde a la Corte Constitucional. Es pues obvio que las decisiones del Consejo de Estado sobre los decretos ejecutivos compiladores sólo recaen sobre la compilación misma, pero no pueden afectar las normas materialmente legales que integran esos decretos, cuyo conocimiento ha sido atribuido a la Corte Constitucional.

Se trata pues de una compleja distribución de competencias, la cual deriva de la particular naturaleza de esos decretos compiladores.”*Ibídem.*

La Corte es pues competente para asumir el estudio del artículo 4 del Decreto 111 de 1996, norma que hace parte del Estatuto Orgánico de Presupuesto.

Segunda. Materia de la demanda.

La demanda del actor pretende la declaratoria, por parte de esta Corporación, de una inconstitucionalidad por omisión, que según él se origina en la no inclusión, dentro de las excepciones establecidas en el artículo 4 del Decreto 111 de 1996, norma acusada, de los entes universitarios autónomos, situación que los ubica dentro del grupo de instituciones públicas, que para efectos presupuestales, se asimilan a los establecimientos públicos, lo cual, en su concepto, dadas las características de éstos últimos, viola el principio de autonomía universitaria consagrado en el artículo 69 de la Carta Política.

Señala el demandante, que en tanto los establecimientos públicos son organismos adscritos a los respectivos ministerios o departamentos administrativos, sujetos a un intenso control de tutela por parte de la administración central y sometidos, para el diseño y desarrollo de sus políticas y funciones y para la programación y ejecución de su presupuesto a las directrices del poder ejecutivo, esa categoría es contraria y niega el principio de autonomía que se reivindica como esencial para las universidades; en su concepto, en aquellos casos en que el legislador ha determinado la necesidad de dotar de autonomía a instituciones cuyo patrimonio total o parcialmente es del Estado, ha tenido que acoger categorías distintas a la denominada establecimientos públicos, tales como la de empresas comerciales e industriales del Estado o la de empresas de economía mixta; en esos casos, los objetivos mismos que se atribuyen a dichas instituciones hacen imperativo que se les organice y estructure de manera tal que puedan ejercer la autonomía que se les reconoce como necesaria, sin

que por ello se diluya la relación y la responsabilidad que tienen con el Estado como entidades públicas que son.

En su opinión, el desarrollo legislativo del artículo 69 de la Constitución Política, contenido especialmente en la ley 30 de 1992, evidencia un claro entendimiento por parte del legislador de los alcances y proyección de ese mandato superior, por eso, afirma, creó para las universidades del Estado una nueva categoría jurídica, la de entes universitarios autónomos, con la cual quiso imprimirles a las universidades del Estado una nueva naturaleza, que les permita, no obstante ser organismos públicos y como tales estar insertos en la estructura del Estado, dentro del marco de la ley y la Constitución, ejercer la autonomía que les es esencial y sin la cual sencillamente se desvirtuarían y dejarían de ser.

Esa nueva categorización, anota, exige paralelamente una base normativa diferente, especial y no sustituible por la aplicable a otras categorías, como por ejemplo a la de establecimientos públicos, pues aplicarla implicaría desconocer la naturaleza propia de las universidades, que fue reconocida y garantizada por el Constituyente y luego materializada por el legislador. Tales argumentos le sirven al actor para sostener, que habiendo el legislador, de manera consecuente con lo dispuesto en el mandato superior que considera transgredido, creado una categoría *sui generis* para las universidades del Estado, la de entes universitarios autónomos, que permite compatibilizar su doble condición de entes autónomos y entes del Estado, no se entiende ni justifica que para efectos presupuestales las haya asimilado a una categoría diferente, la de establecimientos públicos, mucho menos cuando con esa decisión vulnera lo dispuesto en el artículo 69 de la Carta, pues asimilar para efectos presupuestales las universidades públicas a los establecimientos públicos, implica negar de forma definitiva la posibilidad de que las mismas ejerzan el derecho a ser autónomas, dado que sin autonomía presupuestal no hay autonomía académica, que les es esencial para mantener su naturaleza y no desvirtuar su misión en la sociedad, quedando supeditadas en todo a la tutela y directrices del poder central.

Le corresponde entonces determinar a esta Corporación, si efectivamente el legislador, a través de la norma impugnada, la cual hace parte del Estatuto Orgánico de Presupuesto, incluyó tácitamente a los entes universitarios autónomos dentro del grupo de instituciones públicas que ordena asimilar para efectos presupuestales a los establecimientos públicos, al no señalarlos expresamente como una de las excepciones a dicho mandato legal, como si lo hizo por ejemplo con las empresas industriales y comerciales del Estado, con las de economía mixta y aquellas que se les asimilen por mandato de la ley, y si con ello vulneró o no la autonomía universitaria consagrada como principio fundamental en el artículo 69 de la Constitución.

Tercera. La universidad una institución social cuyo fundamento esencial es la autonomía.

En el mundo contemporáneo el concepto de “universidad” es objeto de continuos y profundos debates, él se caracteriza y analiza desde la singular óptica de diferentes paradigmas de pensamiento, que a su vez se sustentan en ideologías diversas, muchas veces antagónicas, las cuales, no obstante, coinciden al proclamar inherente al concepto de universidad el principio de autonomía, sin el cual, sostienen, la universidad se desvirtúa, “deja de ser”.

Tales discusiones confrontan la universidad con la sociedad, distinguiéndolas y muchas veces oponiéndolas; de hecho gran parte del pensamiento filosófico contemporáneo (Henry Michel, “La Barbarie”, Edit. Grasset, París 1987) sostiene que “...son dos esencias, no solamente distintas sino heterogéneas, que se excluyen la una a la otra...”; la universidad, dicen, cumple un papel decisivo en el fortalecimiento del fundamento esencial de la sociedad que no es otro que la vida, por eso, cuando ella se dedica y dirige sus esfuerzos a objetivos distintos al perfeccionamiento de la vida, como por ejemplo a la imposición de la técnica como objetivo último en el mundo de la modernidad, “universidad acrítica”, ella se desdibuja, pierde su razón de ser.

La universidad, cuyo fundamento es el perfeccionamiento de la vida y cuyo objetivo es contribuir a la formación de individuos que reivindicquen y promuevan ese fundamento, a través del dominio de “un saber” y de la capacidad de generar conocimiento, reclamando su condición de fines en sí mismos y no de meros instrumentos, es la universidad que requiere, para “ser”, del reconocimiento efectivo de su autonomía. Otro tipo de instituciones de educación superior, que fundamentan su quehacer en objetivos distintos, como por ejemplo la mera profesionalización, si bien son necesarias en el mundo moderno, no pueden proclamarse como universidades. Tal distinción subyace en la legislación de nuestro país, que distingue entre universidades y otras instituciones de educación superior, reconociéndoles autonomía plena, no absoluta, únicamente a las primeras (artículos 16 y 20 ley 30 de 1992).

La universidad es, desde sus orígenes en los siglos XIII y XIV, una institución marginal, necesaria para la sociedad que la crea y la reclama, pero distinta de ella misma; su misión fundamental es, según Michele Henry, “la cultura”, concepto que se preserva y construye a partir del tríptico que conforman la ética, la ciencia y la estética, y que se realiza a través de acciones dirigidas a producir y adecuar conocimiento, y a transmitir un determinado saber a tiempo que lo hace crecer con base en la investigación; ella tiene su propio ethos, su singular sistema de valores, sus prioridades, los cuales no siempre, casi nunca, coinciden con los de la sociedad o con los del Estado en el que funcionan, por eso, dadas sus características y la lógica que caracteriza su quehacer, diferente de la lógica que predomina en el Estado, la cual está determinada por el poder coyuntural que lo orienta, desde sus inicios se concibió como una organización autónoma, esto es, capaz de autodeterminarse, autogobernarse y autolegislarse colectivamente; como un ente plural en el que confluyen, con su individual saber y razón, los individuos [actores] que la conforman, quienes coinciden en un objetivo, la producción y adecuación de conocimiento como insumo esencial para la formación de hombres potencialmente capaces de desarrollar sus múltiples dimensiones. Por eso quienes la integran están

legitimados, y así lo reconocen el Estado y la sociedad, para darse sus propias leyes y directivas, leyes que paralelamente permitan su conservación y crecimiento.

Ella está inserta en una determinada sociedad que la reivindica como agente de conservación y de cambio, que le exige una participación activa pero independiente en el replanteamiento de sus propios fundamentos, que la reclama como pilar de su propia estructura, en la que aspira al desarrollo de la autonomía individual y al ejercicio de la libertad por parte de cada uno de sus asociados.

Pero esa caracterización no las hace ajenas a su entorno o irresponsables frente a la sociedad y al Estado, el ejercicio de la autonomía implica para las universidades el cumplimiento de su misión a través de acciones en las que subyazca una ética que Weber denominaría “ética de la responsabilidad”, lo que significa que esa autonomía encuentre legitimación y respaldo no sólo en sus propios actores, sino en la sociedad en la que la universidad materializa sus objetivos, en el Estado que la provee de recursos y en la sociedad civil que espera fortalecerse a través de ella; se trata de que quienes conforman la universidad trasciendan su propia e individual convicción de que lo que hacen es lo pertinente, lo conveniente, lo razonable, sometiéndolo a consideración no solo de sus pares, sino de esos otros actores de la sociedad, que evaluarán si la autonomía ejercida por sus universidades prevé, como le corresponde, incluso lo no previsible, teniendo en cuenta las consecuencias e impacto de sus acciones en la sociedad, e identificando en el individuo que educa no a un mero instrumento para sus propios objetivos, sino, a un universo individual, único y diferenciable.

La universidad, surge como una organización marginal, como “...un campo ideal constituido y definido por las leyes que lo rigen, leyes diferentes a aquellas que rigen a la sociedad, leyes que en conjunto constituyen una ética”, esa universidad, para “ser”, tiene que ser autónoma, pues cualquier obstrucción a esa condición la desvirtúa.

Ahora bien, esa autonomía que el constituyente le reconoció a las universidades, tiene como objetivo principal protegerlas de la interferencia del poder político central, al igual que ocurre por ejemplo con el organismo estatal que creó para el manejo de la televisión, no obstante eso no implica, como lo ha dicho la Corte, que sean ajenas e independientes del mismo Estado:

“Vale la pena aclarar que la autonomía entregada por la Carta a la entidad encargada del manejo de la televisión, no le da el carácter de órgano superior del Estado ni le concede un ámbito ilimitado de competencias [tampoco a las universidades del Estado], pues cualquier entidad pública por el simple hecho de pertenecer a un Estado de derecho, se encuentra sujeta a límites y restricciones determinados por la Constitución y la Ley.” (Corte Constitucional, sentencia C-310 de 1996, M.P. doctor Vladimiro Naranjo Mesa).

Ese es el fundamento de lo dispuesto por el Constituyente en el artículo 69 de la Carta Política, norma a través de la cual reconoció la necesidad imperiosa que tiene una sociedad democrática, pluralista e igualitaria, de una universidad autónoma, independiente de los órganos de poder que conforman el Estado, que a través de un quehacer no interferido contribuya a la consolidación y fortalecimiento de la cultura a partir de la cual se erige la Nación.

Cuarta. La universidad en el Estado Social de Derecho.

El artículo 1 de la Constitución Política proclama que Colombia es un Estado Social de Derecho, esto es, un estado democrático regulado por la ley, en el que priman los principios de igualdad, participación y pluralidad, y en el que el individuo se erige como epicentro de las acciones del Estado, las cuales serán legítimas en cuanto propendan por su bienestar y evolución, permitiéndole un desarrollo autónomo, singular e integral, el cual logra en la medida en que pueda, efectivamente, realizar sus derechos fundamentales.

Acorde con esta caracterización el Constituyente de 1991 consagró en el artículo 69 de la Carta Política el principio de autonomía universitaria, que en las sociedades modernas y post-modernas se

considera como uno de los pilares del Estado democrático, pues sólo a través de ella las universidades pueden cumplir la misión y objetivos que le son propios y contribuir al avance y apropiación del conocimiento, el cual dejando de lado su condición de privilegio, se consolida como un bien esencial para el desarrollo de los individuos y de la sociedad; dicho principio se traduce en el reconocimiento que el Constituyente hizo de la libertad jurídica. El concepto de “libertad jurídica” lo define Kant como el poder de autolegislarse colectivamente, haciendo coincidir el concepto de libertad con el concepto de autonomía. La autonomía se entendería como la capacidad de autodeterminación de un colectivo que coincide en el ejercicio de un quehacer fundamental para el Estado sin perder por ello su identidad y consecuente diversidad. que tienen las instituciones de educación superior reconocidas como universidades, para autogobernarse y autodeterminarse, en el marco de las limitaciones que el mismo ordenamiento superior y la ley les señalen. En tal sentido, en reiteradas oportunidades se ha pronunciado esta Corporación:

“...el artículo 69 de la Constitución garantiza la autonomía universitaria, la cual encuentra fundamento en la necesidad de que el acceso a la formación académica de las personas tenga lugar dentro de un clima libre de interferencias del poder público tanto en el campo netamente académico como en la orientación ideológica, o en el manejo administrativo o financiero del ente educativo.

“En ejercicio de su autonomía las universidades gozan de libertad para determinar cuáles habrán de ser sus estatutos; definir su régimen interno; estatuir los mecanismos referentes a la elección, designación y períodos de sus directivos y administradores; señalar las reglas sobre selección y nominación de profesores; establecer los programas de su propio desarrollo; aprobar y manejar su presupuesto; fijar sobre la base de las exigencias mínimas previstas en la ley, los planes de estudio que regirán su actividad académica, pudiendo incluir asignaturas básicas y materias afines con cada plan para que las mismas sean elegidas por el alumno, a efectos de

moldear el perfil pretendido por cada institución universitaria para sus egresados.

“En síntesis, el concepto de autonomía universitaria implica la consagración de una regla general que consiste en la libertad de acción de los centros educativos superiores, de tal modo que las restricciones son excepcionales y deben estar previstas en la ley, según lo establece con claridad el artículo citado.

“El papel del legislador en la materia es bien importante, ya que es en las normas legales en donde se encuentran los límites de la señalada autonomía, a efectos de que las universidades no se constituyan en islas dentro del sistema jurídico y, por el contrario, cumplan la función social que corresponde a la educación (artículo 67 C.N.) y a la tarea común de promover el desarrollo armónico de la persona...” (Corte Constitucional, Sentencia T-492 de 1992, M. P. doctor José Gregorio Hernández Galindo).

Es claro entonces, que respecto de las universidades, tanto de las públicas como de las privadas, la norma constitucional no establece ninguna diferencia, la regla general aplicable con fundamento en el artículo 69 de la C.P. es la de reconocer y respetar la libertad de acción de las mismas; no obstante, esa libertad de acción no puede extenderse al punto de propiciar una universidad ajena y aislada de la sociedad de la que hace parte y, en el caso de las públicas, emancipada por completo del Estado que las provee de recursos y patrimonio. La universidad a la que aspira la sociedad contemporánea es aquella que esté presente siempre y en todo lugar, que supere el revaluado modelo que la identificaba con aquellos campus que materializaban “...guetos cerrados...campos de concentración del saber...Serres Michele, “La légende des Anges”, Edit. Flamamarion, París 1993.

Los límites a esa libertad de acción le corresponde establecerlos al legislador a través de la ley, obviamente cuidando de que ellos no se extiendan hasta desvirtuar el principio de autonomía o impedir su ejercicio por parte de las instituciones reconocidas como tales; sobre este presupuesto la pregunta que surge, en el caso que se analiza, es la siguiente:

¿La decisión tácita del legislador, si la hubo, contenida en la norma impugnada, de asimilar para efectos presupuestales las universidades públicas a los establecimientos públicos, limita u obstaculiza la libertad de acción de las mismas, de tal manera que se desvirtúa el principio de autonomía que la Constitución les reconoció, impidiendo que dichas instituciones públicas la puedan ejercer?

Para resolver este interrogante es necesario, previamente, hacer algunas precisiones:

De conformidad con lo establecido en el artículo 241-4 de la C.P., le corresponde a la Corte decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, esto es verificar si su contenido viola o no el ordenamiento superior, luego lo que se confronta es la norma legal demandada con los preceptos de la Constitución; por eso, en el caso que ocupa a la Corte, no obstante que el demandante plantea como uno de los puntos de la controversia, el hecho de que el legislador haya, en su criterio, violado con la decisión impugnada el artículo 57 de la ley 30 de 1992, ley ordinaria”...la ley 30 de 1992 no reviste las características necesarias para que amerite ser calificada como una ley estatutaria (por no tratarse de la regulación de un derecho constitucional fundamental), y es imposible que pueda ser enmarcada bajo las denominadas leyes generales (por no existir facultad constitucional que así lo permita), entonces resulta forzoso concluir que la normatividad sub-examine corresponde a las denominadas leyes ordinarias expedidas por el órgano legislativo.” (Corte Constitucional, Sentencia C-311 de 1994, M.P. doctor Vladimiro Naranjo Mesa), a través del cual el legislador creó la categoría jurídica de entes universitarios autónomos, ese aspecto no será el objeto de examen por parte de esta Corporación, pues tal categoría jurídica tiene origen legal y como tal, con fundamento en los numerales 1 y 23 del artículo 150 de la C.P., que le atribuyen al Congreso las facultades de interpretar, reformar y derogar las leyes, además de expedir aquellas que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos, es susceptible de

ser derogada, modificada o adicionada por el mismo legislador, a través de una norma legal de igual o superior jerarquía.

Tampoco se detendrá la Corporación en la acusación de omisión inconstitucional que presenta el actor, en primer lugar porque es facultad privativa del legislador establecer excepciones a sus mandatos, siempre y cuando ellas no contraríen el ordenamiento superior, y en segundo lugar porque en el caso sub-examine, al no hacerlo, según los términos de la demanda y el tratamiento presupuestal que a dichas instituciones les da actualmente el gobierno nacional, el legislador las incluyó tácitamente, en tanto instituciones públicas del orden nacional cuyo patrimonio está constituido por fondos públicos, dentro del grupo al cual está dirigido su mandato, esto es dentro del grupo que para efectos presupuestales se asimilará a los establecimientos públicos, situación positiva que será la que se confronte con el ordenamiento superior, especialmente con lo dispuesto en el artículo 69 de la C.P., con el objeto de verificar si ella lo vulnera o no.

Quinta. ¿La asimilación de las universidades públicas a los establecimientos públicos, para efectos presupuestales, puede entenderse como una legítima limitación a la libertad de acción, autonomía, de dichas instituciones?

Como quedó dicho, es competencia del legislador establecer los límites a la libertad de acción que en ejercicio de la autonomía universitaria se le reconoce a las universidades públicas y privadas; tales límites los debe imponer el legislador de manera expresa a través de la ley, constituyendo éstos excepciones a la regla general, sin que pueda entenderse que la regulación del quehacer de las universidades, per-se, sea una obstrucción a la autonomía. Sobre el particular ha dicho la Corte:

“Haciendo un análisis sistemático de las normas constitucionales que rigen este asunto, se concluye que la autonomía universitaria no es absoluta, puesto que corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor

formación moral, intelectual y física de los educandos; y a la ley establecer las condiciones requeridas para la creación y gestión de los centros educativos, y dictar las disposiciones con arreglo a las cuales las universidades pueden darse sus directivas y regirse por sus estatutos.” (Corte Constitucional, Sentencia C-547 de 1994, M.P. doctor Carlos Gaviria Díaz)

Ahora bien, la Corporación procederá a establecer si cabe como legítima dentro de la regulación que le corresponde expedir al legislador, no solo en desarrollo del artículo 69 sino también del artículo 352 de la C.P., asimilar, para efectos presupuestales, las universidades estatales a los establecimientos públicos, o si ello implica negar u obstruir la autonomía que la Carta Política les reconoció. Con posterioridad verificará si efectivamente el legislador, a través de la norma impugnada, ordenó tácitamente esa asimilación en el caso de las universidades

Si se entiende que la autonomía se traduce para las universidades públicas en la posibilidad de autodeterminarse, esto es “de hacer” de acuerdo con sus singulares objetivos y necesidades, su definición jurídica cobra especial importancia, pues ella delimita el marco dentro del cual pueden ejercer esa prerrogativa sin desvirtuarla y les determina los instrumentos jurídico-administrativos de los que disponen para el efecto.

Es innegable que la experiencia de las universidades oficiales mientras fueron clasificadas como establecimientos públicos fue desafortunada, pues su desarrollo académico y el ejercicio de la autonomía que les es consustancial se vieron obstaculizados por la permanente necesidad de ajustar sus objetivos a una estructura inadecuada, dependiente y supeditada al ejecutivo, que no correspondía con los fines que le son propios; de hecho, una de las funciones que las define como tales, la investigación, no pudo lograr un desarrollo fluido y racional en dicho esquema jurídico administrativo, razón por la cual fue necesario, en muchas ocasiones, recurrir al diseño de mecanismos jurídicos de excepción que les permitieran cumplir con esa primordial tarea.

Al respecto es ilustrativo remitirse a los comentarios que sobre la creación de una nueva categoría jurídica aplicable a las universidades oficiales, diferente a la de establecimientos públicos, produjo la doctrina:

“Una de las razones fundamentales de la reestructuración del sistema de educación superior, encontró sustento en el manejo del concepto de autonomía y en la necesaria modificación de las normas que habían de permitir a las universidades una gestión acorde con su naturaleza y dinámica.

“El primer elemento que se tuvo en cuenta para los anteriores propósitos, fue el de precisar la naturaleza jurídica de las universidades oficiales. Con anterioridad a la expedición de la ley 30 de 1992, el común de las instituciones de educación superior debían organizarse como establecimientos públicos. Ello en primera instancia implicaba que debían ser entidades “adscritas” a la administración, y se entiende por esa sola circunstancia que son parte de la administración, es decir que son parte integrante de la rama ejecutiva del poder público y en consecuencia, según el artículo 5 del Decreto 1050 de 1968 deben cumplir sus funciones conforme a las normas de derecho público. Ya anotábamos como estas normas no se compadecen con la dinámica que demanda la actividad de las universidades, y como, de otra parte, la adscripción presupone un grado de tutela, de vigilancia y dependencia del organismo al cual los establecimientos están adscritos, en el caso de las universidades al Ministerio de Educación Nacional. Estas dos circunstancias planteaban un conflicto, pues desnaturalizaban el concepto de autonomía. Si a ello se sumaba que en los establecimientos públicos el director debía ser designado por el Presidente de la República, la prerrogativa de las universidades para darse sus directivas constituía una excepción a dicho principio. Evidentemente los establecimientos públicos gozan de una relativa autonomía, pero indudablemente con claras limitaciones de orden administrativo, fiscal, presupuestal, financiero y contractual, de suerte que el concepto de autonomía no se compadecía tampoco con la actividad que deben desplegar las universidades. Como también se había anotado, la Constitución determinó que la educación

debía ser un servicio público que cumple una función social y que la educación representa un interés vital para el Estado. Razones similares a estas, enfocadas desde el punto de vista comercial, económico y financiero, habían llevado al Estado en 1968 a dar cabida a instituciones con una naturaleza jurídica diferente a la de los establecimientos públicos, separándolas de la administración y dictando normas especiales para el desarrollo de su actividad. Estas son las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta. Pero su sola denominación chocaba con la de la universidad por lo cual dichas instituciones no podían participar de la naturaleza jurídica de este tipo de entidades. De otra parte, teniendo en consideración lo expuesto, tampoco podían denominarse establecimientos públicos, pues si se examinaba la naturaleza y características de estos establecimientos y las funciones que debían desarrollar, prácticamente para cada característica del establecimiento público debía consagrarse una excepción cuando se tratara de universidades.

“Las anteriores consideraciones llevaron al legislador de 1992 a crear una nueva categoría de institución, adicional a las que estaban previstas en el decreto 1050 de 1968: el ente universitario autónomo: En esta nueva figura, se otorgaron características especiales...una de ellas que se trata de instituciones vinculadas a la administración, en particular al Ministerio de Educación Nacional, es decir que no integran la administración, pero en razón de su nexo vinculante están sujetos a su orientación y coordinación “en lo que se refiere a las políticas y la planeación del sector educativo”. Lo anterior quiere decir, que no están sujetas al control del organismo al cual están vinculados, única manera en que podía preservarse su autonomía. Noguera Calderón Camilo, Autonomía de la Universidad Pública, ASCUN, febrero de 1996.

Existía pues un amplio acuerdo sobre la imposibilidad de que incluidas en la categoría jurídica de establecimientos públicos, las universidades del Estado pudieran efectivamente hacer uso de la autonomía que les reconoció el Constituyente, la cual por lo demás no puede limitarse, sin desvirtuarse, a lo meramente académico, pues

es un hecho que la autonomía académica para poder ser ejercida, requiere de autonomía administrativa, financiera y presupuestal, dado que el ejercicio de cada una de ellas es condición indispensable para la realización de las otras.

Si se analizan en detalle las características propias de la categoría “establecimiento públicos”, se corrobora que la naturaleza de los mismos es en efecto contraria al principio de autonomía, el cual se repite, es esencial para las universidades; veamos:

a. La caracterización de los establecimientos públicos.

Los establecimientos públicos se encuentran definidos en el artículo 5 del Decreto-ley 1050 de 1968, norma que establece lo siguiente:

“Artículo 5. Establecimientos Públicos. Son organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho público y que reúnen las siguientes características:

“a) Personería jurídica;

“b) Autonomía administrativa, y

“c) Patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial.”

De la anterior definición es viable extractar, como elementos esenciales de la categoría jurídica establecimientos públicos, los siguientes:

- Son organismos que exigen creación legal;

- Sus funciones deben ser de carácter administrativo, es decir funciones propias del Estado que se le trasladan a un ente especializado que hace parte de la administración y como tal integra la rama ejecutiva del poder público, luego ellas están sujetas, por disposición de la ley, a las normas del derecho público y a un estricto control de tutela por parte del poder central.

- Como organismos descentralizados presentan como requisito indispensable, que se configura por el solo acto de su creación, el poseer personería jurídica, lo que significa que son sujetos de derechos y obligaciones.

- Se les reconoce autonomía administrativa, no obstante, y en este punto surge un significativo distanciamiento con el concepto de autonomía universitaria, ésta se traduce apenas en una relativa independencia para manejar los servicios que le han sido encomendados, siempre y cuando ese manejo se enmarque en la política general del respectivo gobierno; así lo establece el artículo 7 del Decreto 1050 de 1968, al señalar que la autonomía administrativa de los establecimientos públicos "...tiene por objeto el control de sus actividades y la coordinación de éstas con la política general del gobierno”:

Sobre la autonomía relativa de los establecimientos públicos señala la doctrina, que ella no se entiende en el sentido etimológico que la traduce como facultad de autodeterminación, la cual les permitiría darse sus propias normas, dado que el establecimiento público, desde su creación, está sometido a los estatutos que le son señalados en el mismo acto que lo crea, y, durante su existencia permanece sujeto al control de tutela por parte del organismo creador, en forma tal que, ese organismo, puede restarle bienes para pasarlos a otro, o para llevarlos a fondos comunes, e inclusive puede suprimirle la personería jurídica y, por tanto, hacer que desaparezca el órgano como ente autónomo.

De lo anterior es viable concluir, que definitivamente la autonomía universitaria que consagra el artículo 69 de la C.P., autonomía como sinónimo de legítima capacidad de autodeterminación, no corresponde a la autonomía restringida que la ley le reconoce a los establecimientos públicos, por lo que pretender asimilarlos, así sea únicamente para efectos presupuestales, implica para las universidades viabilizar una constante interferencia del ejecutivo en su quehacer, que se traduce, como ha quedado establecido, en un continuo control de sus actividades por parte del poder central,

inadmisible en el caso de las universidades, y en el propósito, como obligación legal por parte del ejecutivo, de ajustar y coordinar las actividades de esas instituciones con la política general del gobierno de turno, aspecto que contradice su misma esencia.

b. Las universidades públicas en tanto órganos autónomos del Estado no hacen parte de la rama ejecutiva

Ese tipo de autonomía, entendida como capacidad de autodeterminación ajena a la injerencia del poder ejecutivo, se hace viable en la estructura del Estado en los términos del artículo 113 de la C.P. , el cual establece, que además de los órganos que integran las ramas del poder público, existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado, entre ellos el Banco de la República (art. 371 C.P.); la denominada Comisión Nacional de Televisión (art. 77 C.P.), y las universidades del Estado (art. 69 C.P.), organismos todos a los que el Constituyente dotó de autonomía, no obstante su carácter de organismos de derecho público, sujetos a un régimen legal propio, lo que quiere decir que exigen por parte del legislador un tratamiento especial, que les permita efectivamente ejercer esa prerrogativa, sin que ello implique “...exonerarlas de todo punto de contacto con el Estado (Corte Constitucional, Sentencia C-050 de 1994, M.P. doctor Hernando Herrera Vergara), o no admitir el control fiscal que sobre ellas debe ejercer la Contraloría General de la República, en cuanto se nutren de recursos públicos.

Es así como el legislador, en el caso del Banco de la República y desarrollando el artículo 371 de la Carta Política, expidió la ley 31 de 1992, la cual establece:

“Artículo 1. Naturaleza y objeto. El Banco de la República es una persona jurídica de derecho público, continuará funcionando como organismo estatal de rango constitucional, con régimen legal propio, de naturaleza propia y especial, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica...”

“Artículo 3. Régimen jurídico. El Banco de la República se sujeta a un régimen legal propio. En consecuencia, la determinación

de su organización, su estructura, sus funciones y atribuciones y los contratos en que sea parte, se regirán exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, en esta ley y en los estatutos...”

En cuanto al ente rector de la televisión, creado como organismo autónomo por el artículo 77 de la C.P., el legislador, a través de la ley 182 de 1995 lo denominó Comisión Nacional de Televisión y estableció para él el siguiente régimen:

“Artículo 3. Naturaleza jurídica, denominación, domicilio y control político.

El organismo al que se refieren los artículos 76 y 77 de la Constitución Política se denominará Comisión Nacional de Televisión (CNTV), dicha entidad es una persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, y con la independencia funcional necesaria para el cumplimiento de las atribuciones que le asignan la Constitución, la ley y sus estatutos.

(...)”

“Artículo 16. Patrimonio

“(...

“Parágrafo. Para efectos exclusivamente fiscales la Comisión Nacional de Televisión tendrá régimen de establecimiento público del orden nacional, y en consecuencia no estará sujeta al impuesto de renta y complementarios.”

Se desprende claramente de las normas citadas, que dada la autonomía que el Constituyente le reconoció a la denominada CNTV, a ella no le es aplicable el mandato del artículo 4 del Decreto 111 de 1996, no obstante, no estar incluida entre las excepciones que establece dicha norma, y no lo está simplemente porque ese organismo está regido por una ley especial, que desarrolla el mandato constitucional, y de manera específica lo que tiene que ver con la materia presupuestal, lo que implica que sea su Junta Directiva la encargada de adoptar las decisiones correspondiente según lo ordena el literal f) del artículo 12 de la citada ley 182 de 1995.

Sobre el particular es pertinente y aplicable el pronunciamiento de esta Corporación, producido al analizar, en términos negativos, la autonomía del ente encargado de dirigir la televisión, otorgada también directamente por el constituyente, art. 77 C.P., como ocurre con las universidades, en el cual de manera expresa se señalan los elementos constitutivos esenciales de esa autonomía, uno de los cuales es, precisamente, que para ejercerla los entes a los cuales se les atribuye no pueden ser “...homologados a una simple entidad descentralizada del orden nacional:

“En términos negativos, la autonomía, como rasgo funcional del ente televisivo [en el caso que se analiza de las universidades oficiales]...(ii) no le concede un ámbito ilimitado de competencias, ya que toda entidad pública, como perteneciente a un Estado de derecho, está sujeta a límites y restricciones, y ejerce sus funciones dentro del campo prefigurado por la Constitución y la ley; (iii) no la homologa a una simple entidad descentralizada del orden nacional, toda vez que su autonomía respecto de éstas tiene un ‘plus’ que la sustrae al control de tutela ordinario y cuyo alcance es el necesario para cumplir de manera independiente su función constitucional y legal, vale decir, sin intromisiones e influencias del poder político”. (Corte Constitucional, sentencia C-497 de 1995, M.P. doctor Eduardo Cifuentes Muñoz).

En cuanto a la universidades, el artículo 69 de la C.P. en su primer inciso les garantiza a todas, públicas y privadas, autonomía, esto es capacidad para darse sus propias directivas y regirse por sus propios estatutos; en el inciso segundo prevé que las universidades públicas, en cuanto órganos autónomos que no hacen parte de ninguna de las ramas del poder público, requieren de un régimen especial que les permita cumplir sus objetivos y misión sin interferencias del poder político, por lo que le ordena al legislador establecer para ellas dicho régimen especial.

El legislador, en cumplimiento de ese mandato expidió la ley 30 de 1992, desarrollando en el artículo 28 de la misma, de manera general, el concepto de autonomía consagrado en el artículo 69 de

la Carta, en cuanto condición esencial de las universidades sean éstas públicas o privadas :

“Artículo 28. La autonomía universitaria consagrada en la Constitución Política de Colombia y de conformidad con la presente ley, reconoce a las universidades el derecho a darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos y adoptar sus correspondientes regímenes, y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional”.

En el título tercero de la mencionada ley, el legislador da cumplimiento al mandato del inciso segundo del artículo 69 de la Carta, es decir, establece un régimen especial para las universidades del Estado, en tanto entes públicos dotados de plena autonomía y distintos a los órganos que conforman la rama ejecutiva, y consagra en el artículo 57 lo siguiente :

“Artículo 57. Las universidades estatales u oficiales deben organizarse como entes universitarios autónomos, con régimen especial y vinculados al Ministerio de Educación Nacional en lo referente a las políticas y la planeación del sector educativo.

“Los entes universitarios autónomos tendrán las siguientes características: personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independiente y podrán elaborar y manejar su presupuesto de acuerdo con las funciones que le corresponden.

“El carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales comprenderá la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de universidades estatales u oficiales, el régimen financiero y el régimen de contratación y control fiscal, de acuerdo con la presente ley.

“Parágrafo. Las instituciones estatales u oficiales de Educación Superior que no tengan el carácter de universidad según lo previsto

en la presente ley deberán organizarse como Establecimiento Públicos del orden nacional, departamental, distrital o municipal.”

De la norma transcrita es importante destacar, primero que la vinculación al Ministerio de Educación, esto es al poder ejecutivo, es únicamente para efectos de coordinar y planear el desarrollo de políticas en el sector educativo; segundo, que la autonomía que se predica de las universidades del Estado incluye los aspectos presupuestales; y tercero que esa autonomía es solo para las universidades públicas reconocidas como tales, lo que implica que no incluye a las demás instituciones de educación superior oficiales, las cuales son órganos que integran la rama ejecutiva por lo que deben organizarse como establecimientos públicos.

Existiendo un régimen especial, que el legislador estableció en cumplimiento de normas constitucionales, no hay razón válida para que a las universidades del Estado se les apliquen las disposiciones del artículo 4 del Decreto 111 de 1996, norma impugnada, que ordena que para efectos presupuestales se les asimile a los establecimientos públicos, mucho menos cuando ello implicaría vulnerar su condición esencial de entes autónomos del Estado; por eso, por existir ese régimen legal especial para las universidades del Estado, al igual que ocurrió con la CNTV, la norma acusada no incluyó dentro de las excepciones a su mandato a las universidades públicas, pues ellas al igual que el ente rector de la televisión, también dotado de autonomía por el Constituyente, deben acogerse en materia presupuestal a lo dispuesto en la ley especial que las rige.

Las universidades oficiales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 113 de la C.P., y al igual que el Banco de la República y la CNTV, son órganos autónomos del Estado, que por su naturaleza y funciones no integran ninguna de las ramas del poder público y que por lo tanto no admiten ser categorizadas como uno de ellos, mucho menos como establecimientos públicos, pues ello implicaría someterlas a la tutela e injerencia del poder ejecutivo, del cual quiso de manera expresa preservarlas el Constituyente.

El legislador, al omitir incluirlas expresamente dentro de las excepciones al mandato del artículo 4 del decreto 111 de 1996, no

quiso, como lo interpreta equivocadamente el gobierno nacional, incluirlas tácitamente dentro del grupo que para efectos presupuestales se asimila a los establecimientos públicos, simplemente tuvo en cuenta que las universidades estatales, en tanto entes autónomos del Estado, están sometidas, inclusive en lo presupuestal, a un régimen especial, tal como lo ordena el inciso segundo del artículo 69 de la Constitución, actualmente consignado en la ley 30 de 1992.

c. Las funciones esenciales de la universidad, sea ésta pública o privada, no pueden ser calificadas como funciones administrativas propias del Estado.

Como se dijo en la primera parte de esta providencia, la misión de la universidad es contribuir a la realización y consolidación de la cultura que subyace e identifica la sociedad en la que ella funciona, para ello, a través de las funciones que le son propias, la docencia, la investigación y la extensión, crea y genera conocimiento, transmitiendo saberes específicos que promueven la realización de los individuos en sus múltiples dimensiones, impactando, paralelamente, el desarrollo y evolución de la sociedad.

En esta perspectiva, sus funciones esenciales, la docencia, la investigación y las actividades de extensión, se cumplen de acuerdo con las definiciones y prioridades de quienes las ejecutan, no de las que impongan los directivos de la institución y mucho menos de las que provengan del poder central; esa tarea le corresponde a los actores que integran la institución, rectores y evaluadores de su propio quehacer, quienes aplican una singular y propia lógica en cada actividad, distinta a la aplicable al común de las actividades administrativas propias del Estado; esas funciones no pueden ser calificadas, porque no lo son, como funciones de carácter administrativo, dirigidas, la mayoría de las veces, a proveer de un bien o un servicio a los asociados (recreación, salud, agua, luz, transporte), cuyo diseño y programación en cada caso si está centrado en una determinada autoridad, que encabeza una organización organizada jerárquicamente y de manera vertical.

La investigación científica, por ejemplo, constituye una actividad que solo puede ser definida autónomamente por quien la concibe

y adelanta, ella puede calificarse como una “aventura”, que como tal no puede garantizar determinados resultados, cuyos “fracasos” se reivindican como importantes insumos para proseguir el camino de búsqueda de soluciones a los problemas propuestos, por eso la evaluación de la misma sólo puede ser efectuada por pares, por quienes son reconocidos y están legitimados como integrantes de la respectiva comunidad científica; una actividad de esas características no puede estar orientada por la racionalidad que predomina en los administradores de la cosa pública, que buscan por lo general como objetivos fundamentales de su gestión, mayor calidad, mayor cobertura, menores costos y optimización, en el sentido de reducción, de sus recursos, en pro de resultados específicos plenamente predecibles.

Caso similar ocurre con la docencia universitaria, que exige por parte de quien la ejerce el reconocimiento y respeto a su libertad de cátedra, que no es otra cosa que el ejercicio no subordinado de su función, en un espacio caracterizado por el respeto a la pluralidad de pensamiento y la reivindicación del principio de la igualdad en la diferencia.

Cuando el legislador atribuyó a los establecimientos públicos funciones administrativas, lo hizo con el objeto de crear unas personas jurídicas especializadas, a las que les reconoció un cierto grado de independencia, no obstante que hacen parte activa de la administración, con el objeto de que ejercieran de manera técnica algunas de las funciones propias de aquel; para ello les reconoció autonomía administrativa, que no es otra cosa que la facultad relativa que tienen esas entidades de manejarse por sí mismas en los términos antes mencionados, y autonomía financiera, que se traduce en que cada establecimiento público tiene su propio patrimonio y su propio presupuesto, como persona jurídica que es, el cual no obstante debe programar y ejecutar conforme a las directrices del respectivo ministerio o departamento administrativo al cual esté adscrito o vinculado, y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

d. El grado de autonomía que el legislador le reconoce a los establecimientos públicos, no es equiparable al reconocido por el Constituyente a las universidades públicas, por lo que el control de tutela concebido en la ley para los primeros es inaplicable a las segundas.

En principio, podría afirmarse con base en la descripción del punto anterior, que las características que definen los establecimientos públicos se predicán también de las universidades del Estado, y que por lo tanto éstas bien pueden clasificarse como tales, sin embargo, surge el siguiente interrogante: ¿puede acaso equipararse el grado de autonomía que el legislador le atribuyó a los establecimientos públicos, con el que el Constituyente le reconoció a las universidades?

Las universidades del Estado, son instituciones que para mantener y preservar su esencia deben estar ajenas a las interferencias del poder político, en consecuencia no pueden entenderse como parte integrante de la administración, o como organismos supeditados al poder ejecutivo, ellas deben actuar con independencia del mismo y no estar sujetas a un control de tutela como el concebido para los establecimientos públicos, concepto que por sí mismo niega la autonomía; eso no quiere decir que no deban, como entidades públicas que manejan recursos públicos y cumplen una trascendental función en la sociedad, someter su gestión al control de la sociedad y del Estado, o que rechacen la implementación de mecanismos de articulación con dicho Estado y la sociedad, pues por el contrario ellos son indispensables para el cumplimiento de sus objetivos y misión.

Lo anterior para señalar que el control de tutela que se ejerce sobre los establecimientos públicos, no es aplicable a las universidades en tanto instituciones autónomas, como no es aplicable tampoco al Banco de la República o a la Comisión Nacional de Televisión; dicho control doctrinalmente es definido como aquel "...que ejerce el poder central sobre las entidades y autoridades descentralizadas, tanto territorialmente como por servicios", y no lo es porque ese

control le corresponde ejercerlo al ministerio o departamento administrativo al cual se halle vinculada o adscrita la respectiva entidad, el cual debe encargarse de encausar su actividad dentro del derrotero que exigen las metas y objetivos del poder ejecutivo; porque se ejerce sobre las personas de los funcionarios, lo que implica atribuirles a éstos una condición de subordinación respecto del poder central, la que tiene origen, para el caso de entidades descentralizadas por servicios, en lo dispuesto en el numeral 13 del artículo 189 de la C.P., que establece que los gerentes y directores de los establecimientos públicos son de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República, con lo que se les otorga la calidad de agentes del mismo, condición inaplicable cuando se habla de los rectores de las universidades, cuya designación está a cargo de los consejos superiores, los cuales deben garantizar la participación en la decisión de la comunidad académica.

El control de tutela se ejerce también sobre los actos que expiden las entidades y autoridades descentralizadas por servicios, éste, de conformidad con jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, puede clasificarse de la siguiente manera:

- Control administrativo: ejercido directamente por los ministros o directores de departamento administrativo, bajo la vigilancia y dirección del Presidente de la República. Admitirlo respecto de las universidades estatales sería supeditarlas de tal manera al poder ejecutivo, que se desvirtuaría por completo su autonomía.

- Control presupuestal: ejercido principalmente por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la elaboración y ejecución de los presupuestos de rentas y gastos de la respectiva entidad, dicha facultad implica que ese organismo, el ministerio, sea el que determine la asignación de recursos para funcionamiento; también es el encargado de autorizar los traslados presupuestales, de aprobar o improbar la incorporación de recursos al presupuesto y de determinar recortes o adiciones al mismo, entre otras funciones, todo lo cual se traduce en una intensa y constante intervención que vulnera la autonomía universitaria. En lo que hace a los recursos

de inversión, fundamentales por ejemplo para el desarrollo de las actividades de investigación en las universidades del Estado, la decisión es adoptada, al ser clasificadas éstas como establecimientos públicos, por el Departamento Nacional de Planeación, entidad que toma decisiones dirigidas a alcanzar las metas y objetivos del gobierno de turno, que por lo general nada tienen que ver con las necesidades y prioridades de instituciones cuya misión es la producción y transmisión de conocimiento y cuyos programas y objetivos, en ejercicio de la autonomía que el Constituyente les reconoció, ha de ser producto del ejercicio de su capacidad de autodeterminación. Esas decisiones, en el caso de entes autónomos como las universidades o la CNTV, le corresponde tomarlas al máximo órgano de gobierno de cada institución, valga decir, al Consejo Superior de cada universidad, en el cual por lo demás hay representantes del gobierno central, y a la junta directiva de la Comisión respectivamente.

Control fiscal: Ejercido por la Contraloría General de la República de conformidad con lo dispuesto en el artículo 267 de la C.P.; es un control posterior y selectivo, que incluye los aspectos financieros, de gestión y de resultados; obviamente, en tratándose de universidades del Estado ese control debe efectuarse, pero requiere del previo diseño de metodologías especiales elaboradas por expertos. Las universidades públicas, en tanto órganos autónomos del Estado, al igual que el Banco de la República y la CNTV, hacen parte de la estructura del mismo y como tales están sujetas a los controles que determinó el Constituyente.

Control político. Lo lleva a cabo el Congreso de la República a través de la regulación de las actividades confiadas a los establecimientos públicos, por medio de citaciones que sus comisiones pueden hacer a sus directivos y representantes legales. Control, que dadas sus características, como se analizará más adelante, es inadmisibles en el caso de las universidades.

Es evidente, que por la naturaleza misma de las universidades, por las características y funciones que determinan su quehacer, a

las cuales ya hemos hecho referencia, ellas no pueden, si se trata de preservar su esencia y viabilizar su desarrollo dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 69 de la C.P., supeditar el cumplimiento de sus funciones a los controles antes mencionados tal como están concebidos para los establecimientos públicos; así por ejemplo, sus actividades y programas de carácter académico no pueden plegarse a lo que determine el gobierno de turno, bajo la dirección del presidente, pues ello se traduciría en una innegable interferencia del poder central a su capacidad de autodeterminación:

“La autonomía universitaria, encuentra fundamento en la necesidad de que el acceso a la formación académica de las personas tenga lugar dentro de un clima libre de interferencias del poder público tanto en el campo netamente académico como en la orientación ideológica, o en el manejo administrativo o financiero del ente educativo.” (Corte Constitucional, Sentencia T-492 de 1992, M.P. doctor José Gregorio Hernández Galindo)

Tampoco pueden aceptar la intervención constante y la imposición de las directrices del Ministerio de Hacienda y del D.N.P., que tienen como prioridades las que determina el poder central, en lo que hace a la elaboración y ejecución de sus presupuestos de funcionamiento e inversión, de hecho este tipo de tutela, que es la que se propicia con la interpretación equivocada que le da el gobierno a la norma impugnada, implica para las universidades varias limitaciones que interfieren e incluso niegan su autonomía y que no afectan, por ejemplo, ni al Banco de la República ni a la CNTV, organismos a los que también el Constituyente les reconoció autonomía.

Pero tal vez el control que más evidentemente riñe con la naturaleza propia de las universidades y con el carácter autónomo que les reconoció el Constituyente, es el denominado control político que le corresponde ejercer al Congreso de la República sobre los establecimientos públicos; ninguna sociedad civilizada aceptaría que las actividades y el quehacer de sus universidades, en tanto “...lugares de enseñanza, de aprendizaje, de investigación, que reúne los procesos de auto-desarrollo y de auto-realización

de la vida...("Henry Michel, "La destrucción de la universidad", en "La Barbarie", Edit..., 1995, pág. 201-211), sea regulado por uno de sus poderes públicos, pero menos por el legislativo, órgano de poder político, cuya naturaleza desencadenaría decisiones que desvirtuarían a dichas instituciones.

El control de tutela diseñado para los establecimientos públicos, que se traduce en las diferentes clases de control que se han mencionado, riñe y es contrario al principio de autonomía que el Constituyente reconoció para las universidades; dichas instituciones, cuando son financiadas por el Estado y manejan recursos públicos, exigen el diseño de mecanismos de control especiales, que al ser aplicados no atenten contra su naturaleza y que tengan en cuenta la singularidad que caracteriza el sujeto que en ese caso se controla, un ente al que se le reconoce capacidad de autodeterminación; mecanismos que el legislador debe diseñar y establecer, garantizando la realización de un control efectivo de los recursos del Estado y propendiendo por involucrar a la sociedad en esa tarea.

Todo lo anterior permite concluir que la interpretación que le da el gobierno a la norma impugnada, con base en la cual asimilan, para efectos presupuestales, las universidades del Estado a los establecimientos públicos, impide y obstaculiza la realización del principio de autonomía que les garantiza el artículo 69 de la Constitución, al propiciar la intervención constante del gobierno en el manejo presupuestal y financiero de dichas instituciones, lo que afecta, necesariamente, el ejercicio de su autonomía académica.

Es innegable, que el principio de autonomía universitaria que consagró el artículo 69 de la C.P., hacía necesario, tal como lo previó el Constituyente en el inciso segundo de dicha norma superior, el diseño por parte del legislador de un régimen especial para las universidades del Estado, que les permitiera a éstas hacer compatible su doble condición de entes públicos pero autónomos, régimen que debe incluir, como en efecto incluyó (Ley 30 de 1992), la materia presupuestal; sobre el particular esta Corporación señaló lo siguiente:

“El diseño institucional precedente [el de entes universitarios autónomos] permite entrever la consagración de una figura especial dentro del sistema de la descentralización administrativa, por servicios o funcional, denominado “ente universitario autónomo”, al cual se le asignan unas características especiales que acentúan su autonomía, que cualitativamente lo hacen diferente de los demás organismos descentralizados por servicios hasta ahora reconocidos por la doctrina y legislación nacionales.

“...si la ley no incluye la organización de la universidad dentro de la figura del establecimiento público, como lo hace en relación con las otras instituciones públicas de educación superior, es porque quiso establecer un nuevo modelo de organismo para enmarcar el diseño de la universidad oficial, acorde con la norma constitucional del art. 69.

“Lo que realmente define y por supuesto diferencia a los entes universitarios de los demás organismos descentralizados por servicios, además de su objeto, es la “autonomía” que la Constitución les reconoce en forma expresa, de tal suerte, que deja de ser, como hasta ahora, un atributo legal desdibujado pues el Constituyente quiso resaltar una característica propia de las democracias modernas que se traduce en el axioma de que los estudios superiores no pueden estar sometidos a ninguna forma de dirección, orientación, interferencia o confesionalismo por el gobierno”. (Corte Constitucional, Sentencia C-299 de 1994, M. P. doctor Antonio Barrera Carbonell).

En esa oportunidad, esta Corporación reconoció la pertinencia de la categoría que creó el legislador, “para enmarcar el diseño de la universidad oficial”, en un esquema de organización que fuera acorde con el carácter autónomo que con rango de norma constitucional se consagró en la Carta Política para dichas instituciones, eso no quiere decir, sin embargo, como quedó anotado previamente, que el legislador carezca de competencia para modificar o derogar la decisión legal que se comenta, éste bien podría recurrir a modificar esa figura o a crear otra, siempre y cuando la categoría que decida aplicar a las universidades del Estado, para cualquier efecto, no

contraríe u obstaculice el principio fundamental de la autonomía universitaria, que es precisamente lo que ocurre cuando, con base en una interpretación equivocada de la norma atacada, el ejecutivo las asimila, para efectos presupuestales, a los establecimientos públicos, cuyas características esenciales son inaplicables, por contrarias, a instituciones para las cuales es esencial el ejercicio de su autonomía.

La violación del principio constitucional de autonomía universitaria, no se deriva, como quedó anotado, de la omisión de dichas instituciones en las excepciones establecidas en la norma acusada, facultad privativa del legislador, tampoco de su presunta inclusión tácita en una categoría jurídica que por definición les es contraria, conclusión que proviene de una interpretación equivocada de la norma, pues el legislador, teniendo en cuenta que por su carácter de órganos autónomos del Estado, las universidades públicas están sometidas a un régimen especial y que dicho régimen está consagrado en la ley 30 de 1992, simplemente no las mencionó. Esta circunstancia hace necesario que la Corte module los efectos de su decisión”... la Constitución no ha establecido que la Corte esté atrapada en el dilema de mantener en forma permanente una norma en el ordenamiento (declaración de constitucionalidad) o retirarla en su integridad (sentencia de inexecutable), puesto que la Carta simplemente ha establecido que a la Corte compete “decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes” (C.P. 241 ord.4). Por consiguiente, al decidir sobre éstas demandas, la Corte debe adoptar la modalidad de sentencia que mejor le permita asegurar la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución... Así en ciertas ocasiones, la Corte ha decidido mantener en el ordenamiento jurídico una norma pero condicionando su permanencia a que sólo son válidas unas interpretaciones de la misma, mientras que las otras son inexecutable (sentencias interpretativas o de constitucionalidad condicionada... En otras oportunidades, la Corte ha declarado la executable de determinada disposición legal pero con base en una interpretación conforme a la Constitución...” (Corte Constitucional, Sentencia C-

109 de 1995, M.P. doctor Alejandro Martínez Caballero) , pues dicha norma desarrolla materias que son competencia del legislador, emanadas de lo dispuesto en el artículo 352 de la C.P., que no contrarían el ordenamiento superior, siempre y cuando se entienda que su mandato no es aplicable a las universidades del Estado, por lo cual la Corte declarará la constitucionalidad condicionada de la misma, esto es en el entendido de que sus disposiciones no cobijan a las mencionadas instituciones.

Sexta. El principio de autonomía universitaria no excluye a las universidades del Estado de las disposiciones constitucionales sobre presupuesto, contenidas en el capítulo 3 del título XII de la Carta Política.

El presupuesto público, es, según la doctrina, “...un estimativo de los ingresos fiscales y una autorización de los gastos públicos, que normalmente cada año efectúa el órgano de representación en ejercicio del control político que en materia fiscal le corresponde”. La elaboración del mismo está supeditada al cumplimiento de una serie de principios, cuya aplicación garantiza una adecuada política presupuestal, entre ellos cabe destacar el denominado principio de unidad presupuestal, según el cual “...los ingresos y gastos de todos los servicios dependientes de una misma colectividad pública, principalmente del Estado, deben estar agrupados en un mismo documento y presentados simultáneamente para el voto de autoridad presupuestal (Marcel Waline, Tratado elemental de ciencia y legislación financiera, París, 1952, citado en Hacienda Pública, de Juan Camilo Restrepo).

El principio de universalidad, que consiste en que todas las rentas y todos los gastos sin excepción, figuren en el presupuesto; el principio de unidad de caja, que señala que la totalidad de los ingresos públicos deben ingresar sin previa destinación a un fondo común, desde donde se asignan a la financiación del gasto público.

Los mencionados principios subyacen en las disposiciones del capítulo 3 del título XII de la C.P., que trata del presupuesto, las cuales establecen, por ejemplo, que no podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el congreso, las asambleas

departamentales, o los concejos municipales (art. 345); que no podrá incluirse en la ley de apropiaciones partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a la ley anterior (art. 346); que dicho proyecto de ley de apropiaciones deberá contener la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva, incluidos los que realicen los órganos autónomos a los que se refiere el artículo 113 de la C.P. (art. 347); y que la ley orgánica de presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo (no así de los órganos autónomos para los cuales el Congreso expide normas especiales), y su coordinación con el Plan de Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.

No hay pues ningún elemento que permita concluir que las universidades del Estado, en desarrollo del principio de autonomía que consagró el Constituyente en el artículo 69 de la C.P., puedan excluirse de las disposiciones superiores comentadas, ellas y sus presupuestos, que se nutren principalmente del Estado, deben tener espacio dentro del presupuesto de la Nación, y como instituciones públicas, cumplir con las reglas y procedimientos que el legislador, de acuerdo con su naturaleza y misión, diseñe y consigne especialmente para ellas, pues como ha quedado establecido, pretender asimilarlas, para efectos presupuestales, a los establecimientos públicos, contraría el ordenamiento superior al vulnerar y desvirtuar su condición de entes autónomos.

El principio de unidad presupuestal no puede traducirse en un vaciamiento de la autonomía presupuestal que se le reconoce a las universidades del Estado

Como se ha dicho, el presupuesto de las universidades oficiales proviene casi en su totalidad del Estado, y así debe ser, pues la educación superior es un servicio público a su cargo, lo que no

impide que los particulares, de conformidad con lo establecido en el artículo 68 de la C.P., puedan también ofrecerlo de acuerdo con las disposiciones de la Constitución y la ley.

Quiere decir lo anterior, que dado su carácter de entes públicos autónomos, el presupuesto global de las universidades oficiales, que proviene del Estado, al igual que el de la Rama Judicial, por ejemplo, debe incluirse en la ley anual de presupuesto, pues él hace parte del presupuesto general de la Nación.

Ahora bien, vale aclarar, que sobre el presupuesto general de la Nación que aprueba anualmente el Congreso, el ejecutivo tiene suficiente capacidad para, como lo ha dicho esta Corporación, reducir "...en determinadas coyunturas, el monto global del gasto público, ya sea porque su ejecución puede afectar el equilibrio macroeconómico, o porque no existen los recursos para que se logre una ejecución sana del presupuesto." Lo que no puede hacer el ejecutivo es decidir cómo esas reducciones de carácter general (en el sentido de aplazamiento o reducción propiamente dicha de las apropiaciones aprobadas por la ley), afectan los presupuestos de los entes autónomos, en el caso que se analiza de las universidades del Estado, las cuales deberán, autónomamente, a través de sus máximos órganos de gobierno -sus consejos superiores-, definir y establecer sus prioridades:

"...el contenido esencial de la autonomía presupuestal de las entidades [autónomas] reside en la posibilidad que éstas tienen de ordenar y ejecutar los recursos apropiados conforme a las prioridades que ellas mismas determinen, y en armonía con los cometidos constitucionales y legales de la respectiva entidad. Esta Corporación ya había señalado que 'la ejecución del presupuesto por parte de los órganos constitucionales a los que se reconoce autonomía presupuestal supone la posibilidad de disponer, en forma independiente, de los recursos aprobados de la ley de presupuesto (Corte Constitucional, sentencia C-101 de 1996, M.P. doctor Eduardo Cifuentes Muñoz). En este orden de ideas aparece claramente que el gobierno, con el fin de poder cumplir sus responsabilidades fiscales globales, sólo tiene

necesidad de establecer reducciones o aplazamientos generales en las distintas entidades autónomas, pero no existe ninguna razón para que el ejecutivo establezca específicamente cuáles partidas deben ser reducidas o aplazadas, ni que consagre trámites particulares que puedan afectar la autonomía administrativa de tales entidades. Esta decisión debe entonces ser tomada por las respectivas entidades autónomas, conforme a la valoración que hagan de sus propias prioridades. Admitir que el Gobierno pueda reducir o aplazar partidas específicas de las otras ramas del poder y de los otros órganos autónomos del Estado, o pueda tener injerencia en la administración de sus recursos, implica un sacrificio innecesario y desproporcionado de la autonomía de esas entidades estatales, en nombre de la búsqueda de la estabilidad macroeconómica y de la sanidad de las finanzas públicas, por lo cual esa interpretación es inadmisibles.” (Corte Constitucional, Sentencia C-192 de 1997, M.P. doctor Alejandro Martínez Caballero).

Lo dicho hasta ahora, reivindicando la realización del principio de autonomía universitaria que consagra el artículo 69 de la Constitución Política, de ninguna manera puede interpretarse, en el caso de las universidades del Estado, en el sentido de que dichas instituciones deban estar exentas del cumplimiento de las normas superiores mencionadas, de lo que se trata es de señalar que es necesario que el legislador determine para ellas, como en efecto lo hizo a través de la ley 30 de 1992, un tratamiento especial, acorde con la naturaleza que les es propia, que les permita desempeñarse en su doble condición de entes públicos a los que se les reconoce un amplio margen de autonomía respecto de los poderes públicos.

Vale aclarar, que la categoría entes universitarios autónomos creada por el legislador a través de la Ley 30 de 1992, no fue incluida en el actual Estatuto Orgánico de Presupuesto, lo que no impide que el legislador, en desarrollo de las competencias que le son propias, pueda producir normas orgánicas de presupuesto aplicables a las universidades del Estado, siempre y cuando con sus decisiones no desvirtúe su condición de órganos autónomos dotados de esa condición por el constituyente. Mientras tanto,

a las universidades del Estado les serán aplicables, en materia presupuestal, prioritariamente las disposiciones de la Ley 30 de 1992 y aquellas de la ley orgánica de presupuesto que no desvirtúen el núcleo esencial de su autonomía.

Ese tipo de tratamientos especiales, cuyo diseño atiende las singulares características y objetivos de las instituciones a las que se dirigen, no es extraño ni contradice, como quedó demostrado, los mandatos de la Constitución, pues ella previó en el artículo 113 la existencia de órganos del Estado autónomos e independientes, que por su naturaleza y funciones no pueden integrarse a ninguna de las ramas del poder público.

Es claro que el legislador, en cumplimiento de las disposiciones del ordenamiento superior y con el fin de no desvirtuar aquéllas instituciones que no obstante nutrirse total o parcialmente de recursos del Estado, requieren para su funcionamiento y para el cumplimiento de sus objetivos esenciales del reconocimiento de su condición de entes autónomos, les dio a éstas, a través de leyes especiales, normas para el manejo de sus respectivos presupuestos, los cuales globalmente deben quedar incluidos en la respectiva ley de apropiaciones, pues dada su naturaleza no pueden estar supeditadas para su normal desempeño, a las directrices y mandatos diseñados para las entidades descentralizadas y específicamente para los establecimientos públicos, los cuales si integran las ramas del poder público.

Por todo lo expuesto, la Corte considera que el legislador, no incluyó tácitamente, como equivocadamente lo ha interpretado el gobierno, a las universidades del Estado dentro del grupo de las instituciones que ordena asimilar, para efectos presupuestales, a los establecimientos públicos, con lo que hubiera incurrido en una clara violación del artículo 69 de la Constitución, motivo por el cual procederá a declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 4 del Decreto 111 de 1996, norma impugnada, en el entendido de que sus disposiciones no son aplicables a las dichas instituciones, las cuales están supeditadas a un régimen especial contenido

actualmente en la ley 30 de 1992, y en lo relativo al régimen presupuestal, se sujetan a esas normas y a aquéllas del Estatuto Orgánico del Presupuesto que no vulneren el núcleo esencial de la autonomía consagrada para las Universidades del Estado.

Además, la Corte estima que el alcance de esta decisión se extiende exclusivamente a la interpretación constitucional sobre la autonomía de las universidades públicas, y por lo tanto así lo dirá en la parte resolutive de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. Declarar EXEQUIBLE, en los términos de esta sentencia, el artículo 4 del Decreto 111 de 1996, cuyo texto corresponde al artículo 63 de la ley 179 de 1994, norma compilada, en el entendido de que sus disposiciones no son aplicables a las universidades del Estado, cuyo régimen presupuestal es el ordenado por las normas de la ley 30 de 1992, y aquéllas del Estatuto Orgánico de Presupuesto que no vulneren el núcleo esencial de la autonomía que les reconoció el artículo 69 de la C.P.

Segundo. Esta sentencia rige a partir de la fecha de su notificación.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, cúmplase, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E)

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DÍAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORÓN DÍAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA SÁCHICA DE MONCALEANO, Secretaria General



Encuentro de la Corte Constitucional a los nueve años de su funcionamiento. Bogotá Noviembre 15 y 16 de 2000. De izquierda a derecha aparecen el Expresidente Alfonso López Michelsen, el Presidente de la Corte Constitucional Fabio Morón Díaz y el vicepresidente del Consejo Superior de la Judicatura Fernando Coral Villota.

EL CONFERENCISTA Y EL PROLOGUISTA

LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 COMO FUNDAMENTO ÉTICO DEL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DE UNA NUEVA DEMOCRACIA

La aspiración del pueblo colombiano, de sentar las bases para construir una democracia pluralista, participativa e igualitaria, ajena a la iniquidad y a la injusticia, se tradujo en un hecho histórico que surgió de la necesidad de buscar alternativas para detener el proceso de degradación social y de violencia que desde entonces anunciaba apoderarse de nuestro país, y se concretó, en 1991, con la expedición de una nueva Constitución Política.

Si bien es cierto que ese, que consideramos “el tratado de paz”, no se ha logrado consolidar y sigue siendo una esperanza, hay que destacar lo que significa en términos históricos.

Ese esfuerzo tuvo la virtud, muchas veces olvidada, de permitirnos demostrarnos a nosotros mismos, que somos capaces de construir consensos en espacios que se nutran de diálogos racionales, como tales impregnados de los principios de respeto, tolerancia y aceptación de la diferencia.

Pero es preciso recordar que, cuando en una decisión histórica de la Corte Suprema de Justicia se abrió el campo a la convocatoria de

la Constituyente, el país se encontraba inmerso en una grave crisis política e institucional.

La nueva Constitución no surgió de un momento de apremio, sino que correspondió a urgentes exigencias de las circunstancias políticas, económicas y sociales.

Téngase en cuenta que a partir de 1910, se consagró el control constitucional en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, y con el señalamiento de la acción directa de constitucionalidad, conquista jurídica no suficientemente reconocida como propia del sistema colombiano, cuando sólo diez años después se habla de este concepto en 1919 y 1920, en Austria y cuando los países europeos tuvieron que esperar casi medio siglo para instaurarla como medio de control constitucional, pero sin que todavía en muchos de ellos se haya alcanzado la plena garantía existente desde un principio en nuestra nación, que la institucionalizó como derecho político de cualquier ciudadano.

Aunque es cierto también que la histórica Constitución de 1886, recibió los aportes fundamentales de las grandes reformas políticas de 1936, 1945, 1968 y 1971, que la transformaron en un texto para enfrentar los agudos problemas políticos, económicos y sociales del Siglo XX. Pero repárese además que el sistema de reforma de la Constitución se había tornado muy rígido e inflexible, hasta el punto de que con esas reglas fracasaron los proyectos de reforma de los ex presidentes Alfonso López Michelsen, Julio César Turbay Ayala y Virgilio Barco. Estas tentativas frustradas, acumuladas a la agudización de los conflictos políticos y sociales de la confrontación armada, la aparición del narcotráfico, el terrorismo y el crimen organizado, la polarización de la violencia política y social que tuvo un hito doloroso en el holocausto del Palacio de Justicia, llevó al país por sus pasos contados, a que se abriera la alternativa de la transformación constitucional, que finalmente se concretó en la Constituyente, con la expedición de la Carta de 1991.

La jurisprudencia constitucional que analizó el sistema de la Constitución de 1886 y sus reformas tiene un valor inapreciable

en nuestro derecho público, como es generalmente reconocido en la doctrina más autorizada. Por eso cuando se examina con criterio ponderado el tema del control constitucional en Colombia, que se ha enriquecido de forma tan notable por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a partir de 1992, hay que rendirle merecido homenaje a una brillante y admirable jurisprudencia que tuvo el aval de ilustres juristas, cuyos nombres están incorporados a la mejor historia del Derecho Público en Colombia.

Ahora bien, ese consenso básico que se materializó en la Carta de 1991, nos enfrentó a los colombianos con el reto de construir, a partir de los principios en ella consignados, un nuevo país, una sociedad distinta que se despojara del lenguaje de la fuerza para resolver sus múltiples problemas y carencias y que reivindicara el ejercicio de la autonomía con la que están dotados todos sus miembros, como condición esencial para adelantar ese complejo proceso, el cual para hacerse realidad, exige la transformación del fundamento ético que guía nuestro accionar como personas y como ciudadanos, siendo la Constitución un instrumento del mismo.

El paradigma del Estado social de derecho que adoptó el Constituyente en 1991, significó adentrarnos en un modelo de organización cuyo núcleo central se encuentra en el reconocimiento y efectividad de los derechos fundamentales, es decir, que del mismo se desprende el compromiso de construir un Estado, cuya misión principal sea contribuir de manera efectiva a la realización de esos derechos, asumiendo que cada individuo es protagonista en el diseño de nuestro destino como Nación, y receptor directo y principal de las políticas que para el efecto se acuerden y pongan en marcha.

En esa perspectiva, el mismo Constituyente previó la necesidad de contar con un organismo que guardara y garantizara el cumplimiento del renovado pacto social consignado en la Constitución Política de 1991, un organismo que defendiera sus postulados, entendiendo que ellos constituyen principios que condicionan y orientan la actividad de todos y cada uno de los actores de la sociedad y desde luego de los

poderes públicos que en ella operan. Con ese objetivo creó la Corte Constitucional, máximo tribunal de la correspondiente jurisdicción, al cual le confió “... la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución...”

La creación de la jurisdicción constitucional, siguiendo y renovando una gran tradición jurídica que se inició en 1910, con las características que el Constituyente le atribuyó a la misma, refleja también la adopción de un nuevo fundamento ideológico al crear e interpretar el derecho, pues se apuesta por un paradigma de organización jurídico política, en el cual el juez asume responsabilidades que hasta entonces le habían sido vedadas. En efecto, dicho funcionario, cuyas acciones tradicionalmente se soportaban en el principio incuestionable del “imperio de la ley”, ahora encuentra en ella no un fin sino un instrumento para la realización de los objetivos superiores de justicia y equidad, su tarea ya no se reduce a garantizar el cumplimiento de los contenidos materiales de la ley, sin adentrarse en el análisis crítico de los mismos, pues dicho ejercicio se le impone en la medida en que su función esencial es contribuir a la realización plena del principio de justicia material, en tanto interprete calificado del ordenamiento jurídico.

Esas características, que dan vía a nuevas doctrinas sobre la interpretación constitucional, exigen un juez apropiado y convencido de la pertinencia de los valores y principios que consagra nuestra Carta Política, pues solo esas condiciones lo legitiman para actuar como guardián de unos preceptos que se compromete a defender y salvaguardar, sin atender criterios de conveniencia u oportunidad, es decir, ateniéndose estrictamente a criterios jurídicos.

En esa perspectiva, la actividad del juez constitucional, del juez del Estado social de derecho, aparece innovadora, crítica y revolucionaria, lo que hace que sea cuestionada e incomprendida por algunos sectores de la sociedad, acostumbrados a un juzgador hermético, ajeno al conflicto social, que aplicaba la norma con independencia del contexto y que encontraba en el cumplimiento objetivo del ordenamiento jurídico, la realización plena de sus

responsabilidades, objetivo que cumplía teniendo como presupuesto básico la aceptación de la total subordinación del individuo a dicho ordenamiento.

Así, para esos sectores, un juzgador cuyo principal propósito es “hacer justicia”, rompe con una tradición afianzada a lo largo de décadas y sobre todo con una concepción de vida que supedita la realización del hombre a los preceptos de una normativa que se presume superior a él y lo convoca a desarrollar el derecho permanentemente, pues su concepción de vida define al individuo como un sujeto autónomo, dotado de razón, cuya libertad reclama el respeto a la igualdad en la diferencia y a la diversidad.

Durante los últimos nueve años, la Corte Constitucional ha tenido la responsabilidad no solo de salvaguardar todos y cada uno de esos preceptos de nuestra Carta Política, sino de contribuir de manera efectiva y a través de sus fallos a la consolidación del paradigma propio del Estado social de derecho, pues ha entendido esta Corporación, que su compromiso histórico va más allá de proteger la supremacía y efectividad de sus disposiciones y en cambio le exige una actividad concreta en pro de la realización de las mismas, aún a costa de la incomprensión y el rechazo de algunos segmentos de la sociedad que apenas se introducen en un escenario en el que sus propios intereses están subordinados a los de la mayoría. No en vano el Constituyente proclamó la soberanía del pueblo, de la cual por consiguiente emana el poder público.

La defensa de la Constitución implica para la Corte la reivindicación de los principios rectores del Estado social de derecho, por lo cual le corresponde interpretar sus preceptos teniendo como objetivo último la realización de ese paradigma.

Dignos de mención son los pronunciamientos en los que la Corte Constitucional ha dado efectividad al principio de vigencia de un orden justo y en los que ha asegurado la efectividad de los derechos, principios y deberes consagrados en la Carta, generando, a través de la jurisprudencia constitucional, condiciones de consenso social indispensables para la convivencia pacífica.

Entre ellos, para tan sólo mencionar los más paradigmáticos, vale destacar el conjunto de pronunciamientos iniciados por la Sentencia C-383/99 y por la C-700/99, que declaró la inexequibilidad del sistema de financiación de vivienda comúnmente conocido como UPAC y en los que, con miras a hacer efectivo el derecho a la vivienda digna consagrado en el artículo 51 de la Carta Política, la Corte Constitucional demandó del Legislador el cumplimiento de la obligación constitucional de expedir la regulación que fijara un sistema adecuado de financiación de vivienda a largo plazo, a los que, más tarde, en Sentencia C-955/2000, dio mayor alcance, al puntualizar que la efectividad de este derecho, de suyo, comporta como condición necesaria, que el crédito de vivienda esté atado a la inflación y tenga la tasa de interés comercial más baja del mercado, a fin de que se proteja el patrimonio familiar. No se olvide que un importante sector de colombianos habían perdido sus viviendas al no poder pagar más las cuotas por razón del inusitado incremento que sufrieron como consecuencia, a su turno, del aumento exagerado de las tasas de interés durante los últimos años.

A título, igualmente, ilustrativo del desarrollo de estos principios y valores es, asimismo, pertinente, entre otras, citar la Sentencia C- 1433/2000, por la cual recientemente ordenó al Gobierno efectuar antes de la expiración de la presente vigencia fiscal, el reajuste salarial de los servidores estatales, para ajustar los salarios al comportamiento que en el presente año ha tenido la inflación, al declarar que este incumplió con el deber jurídico emanado de los artículos 53 y 150 numeral 19, literal e) de la Constitución y del artículo 4o de la Ley 4a. de 1992.

De igual modo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dado un importante vigor a los principios del pluralismo participativo y de participación democrática. Así, por ejemplo, ha avalado, entre otras, mediante la Sentencia C-371/2000, la constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria que reglamentó la adecuada y efectiva participación de la mujer en las instancias decisorias superiores del Estado y, mediante la Sentencia C-454/99, la representación de las comunidades raizales negras del Archipiélago de San Andrés,

Providencia y Santa Catalina, de los indígenas, de las minorías étnicas y de las mujeres en el Consejo Nacional de Planeación Económica y Social.

La efectividad del principio democrático también ha inspirado otros importantes pronunciamientos de la Corte Constitucional. Entre ellos, vale la pena citar, entre otras, la Sentencia C-702/99 en la que la Corte Constitucional instó al Congreso a cumplir con el mandato del Constituyente de 1991, de “asumir en forma directa la responsabilidad histórica de expedir la legislación en los temas más importantes para el acontecer nacional,” lo que significa que los debates constitucionales a los proyectos de ley deben tener lugar en el seno de las Sesiones Plenarias de sus Cámaras Legislativas y no en las Comisiones Accidentales de Conciliación.

Estos ejemplos, además, relievan que la jurisprudencia constitucional, tiene un importante efecto pedagógico que afianza y arraiga el papel rector de la Constitución, al orientar el ejercicio válido de las competencias por los otros órganos y ramas del poder público.

En la filosofía de hacer efectivo el principio democrático, se enmarcan las sentencias interpretativas, pues precisamente el esfuerzo que, por la vía de la utilización de este mecanismo, hace el Juez Constitucional, propende por salvaguardar las regulaciones normativas emanadas del legislador mediante la determinación de la interpretación que es acorde con la Carta Política, con lo que logra mantenerlas en el ordenamiento jurídico.

Asimismo, la efectividad del principio de solidaridad ha conducido a la Corte Constitucional a sostener que las Universidades y Hospitales deben reubicar a los trabajadores amenazados en zonas de orden público, aún inaplicado el régimen de administración de personal, si ello es necesario para proteger el derecho a la vida y a la integridad personal.

También la Corte Constitucional se ha preocupado por asegurar la vigencia del principio de protección efectiva del patrimonio público

y de los recursos presupuestales de la Nación. Digno de mención es el caso de la escandalosa corrupción en Foncolpuertos del que conocieron la Fiscalía, la Procuraduría y la Contraloría General de la Nación gracias a la acción eficaz de la Corte Constitucional quien lo detectó a través de las acciones de tutela, y en el que, mediante Sentencia SU-962/99, contribuyó a poner punto final al doloroso desangre de los recursos presupuestales, al instar a la jurisdicción laboral a tramitar de manera obligatoria el grado jurisdiccional de consulta en todos los procesos que hubieren sido adversos a la nación, con lo cual, además, hizo efectivo el principio protector de sus intereses, la defensa del bien colectivo y el cumplimiento del deber de propender por la estricta observancia de la moralidad administrativa, y de reforzar la protección del interés colectivo en los casos de corrupción.

También la Corte Constitucional ha mostrado un compromiso decidido de asegurar la efectividad del principio de prevalencia del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el orden interno. Vale, a este respecto, recordar los pronunciamientos que instaron al Gobierno y al Congreso Nacional a expedir y sancionar la ley aprobatoria del Protocolo II, adicional a los Convenios de Ginebra, lo cual finalmente ocurrió mediante la Ley 171 de 1994, declarada exequible mediante Sentencia C-225/95.

Y, más recientemente, la Sentencia C-867/99, por la cual instó al Congreso para que, mediante ley de la República diese una clara y adecuada tipificación y tratamiento sancionatorio a las conductas constitutivas de graves violaciones de los Derechos Humanos, tales como el genocidio, las masacres, la tortura, las ejecuciones arbitrarias, la desaparición forzada de personas, los desplazamientos forzados y las privaciones ilegales de la libertad, de modo que la legislación sancionatoria nacional se adecuara y, de ese modo, el país cumpliera con los compromisos contraídos con la comunidad internacional, de sancionar severamente estas conductas, consideradas como crímenes atroces o de lesa humanidad, lo cual, a la postre se dio con

la reciente expedición de la Ley 589 de 2000 y del nuevo Código Penal.

Con razón el insigne tratadista Francisco Tomás y Valiente , ex presidente del Tribunal Constitucional Español, ilustre jurista y mártir de la justicia, al referirse a las exigencias planteadas por el imperativo de construir un verdadero Estado Social y Democrático de Derecho señalaba que “... cualesquiera que sean las dificultades hermenéuticas con que tropiece, el intérprete... debe actuar siempre teniendo en cuenta que la Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la Norma Fundamental.”

En materia de derechos fundamentales, por ejemplo, su labor ha sido señalar, desde la jurisprudencia, el contenido y alcance de los mismos en ese modelo de organización jurídico política, que dista mucho de la interpretación que a los mismos se les puede dar en un modelo diferente; eso ha hecho que doctrinas tradicionalmente aceptadas como mayoritarias, deban ceder espacios a otras, antes rechazadas, que reflejan el pensamiento y la concepción de sectores de la población que reclaman la realización plena del derecho a la igualdad en la diferencia y de los principios de tolerancia y solidaridad entre otros.

Es el caso del derecho fundamental a la vida, consagrado en el artículo 11 de la Constitución el cual en un modelo de Estado como el que reivindicaba la Constitución de 1886, estaba íntimamente ligado a una específica concepción trascendente del mundo, en la que la vida es un don que no le pertenece al individuo, lo que hace que su capacidad de decisión respecto de la misma sea restringida; no ocurre lo mismo en un Estado laico que garantiza la coexistencia de diferentes concepciones trascendentes del mundo, incluso aquellas que caracterizan la vida como un derecho sobre el cual tiene plena y total disposición su titular, incluyendo la posibilidad de decidir sobre el fin de la misma en condiciones de dignidad.

A la Corte Constitucional le corresponde, a través de su jurisprudencia, no sólo garantizar la primacía de la Constitución,

sino contribuir a que se realicen los preceptos de la misma, para ello debe en cada caso hacer un ejercicio que trasciende la confrontación del texto de la norma con las disposiciones del ordenamiento superior, que le exige introducirse en el escenario que ella configura cuando se aplica a una realidad concreta; así, en un tema como el derecho a la vida, la Corte ha de tener en cuenta que su función no es defender o imponer la concepción que respecto de la misma tengan sus integrantes, la cual es diferente en la medida que cada uno de ellos tiene la propia, o la que tradicionalmente se reivindica como la de la “mayoría”, sino lo dispuesto por el Constituyente Primario sobre el particular.

Lo anterior por cuanto el derecho con el que se aspira a realizar el paradigma del Estado social, ha de encontrar su fuente en el consenso de los asociados, los cuales desde diferentes concepciones de vida, muchas de ellas antagónicas e irreconciliables, han de encontrar espacios en los cuales éstas puedan coexistir; no se trata pues de alcanzar como fundamento de la armónica convivencia la homogeneidad; al contrario, lo que se pretende es lograr dar paso a la heterogeneidad, que se impulsa con la práctica de los principios rectores consagrados en la Constitución.

Es obvio, por ejemplo, que en lo relativo al derecho a la vida se presenta un cambio fundamental en la Constitución de 1991, que se ha desarrollado en importantes sentencias, que han avanzado en la consolidación de un modelo de Estado que se proclama democrático, pluralista, participativo y solidario, sentencias que debieron romper con el vínculo hasta entonces indiscutible que existía entre la moral y derecho, lo que implicó aceptar que ya no es necesaria la coincidencia entre la conciencia ética individual, que se presumía idéntica en todos los asociados y el contenido de la norma jurídica, para dotar de legitimidad el ordenamiento legal, fórmula a través de la cual se pretendía la realización de “una” idea de justicia que se le atribuía al conglomerado.

En el Estado social de derecho, esa conciencia ética individual no se entiende “homogeneizada”, al contrario, se reconoce en cada

individuo un universo específico, único, que reivindica el derecho a su propio paradigma ético, y que reclama del Estado el respeto a principios fundamentales consagrados en la Constitución, cuya realización es condición esencial para su desarrollo integral: autonomía, dignidad, libertad, igualdad, respeto a la diversidad y a la diferencia.

Ahora bien, lo anterior no quiere decir que no pueda darse esa coincidencia entre la conciencia ética individual, formada y expresada en libertad, y el contenido de la norma. Tal fin es lo que se busca con el consenso y en consecuencia es el óptimo deseable, pues cuando así ocurre se configura un fundamento ético de obediencia al derecho que trasciende el acatamiento desprovisto de razón, o lo que es lo mismo el acatamiento por temor a la sanción.

En esa misma perspectiva, cuando la Corte, por ejemplo, en sede de revisión de acciones de tutela, debate en torno al derecho a la salud, el cual si bien no tiene por sí mismo el carácter de fundamental sí lo adquiere en aquellos eventos en que aparezca conexo con el derecho a la vida, que está garantizado en la Constitución en condiciones de dignidad, lo que defiende es el paradigma del Estado social de derecho, en el cual no basta con proteger la mera subsistencia, pues la obligación del Estado se extiende a verificar que la misma esté rodeada de todas las garantías necesarias para que el individuo desarrolle plenamente sus potencialidades y alcance, según sus propias convicciones, el máximo de bienestar y felicidad.

Así las cosas, las reiteradas decisiones de la Corte, dirigidas a proteger la vida de las personas cuando éstas no reciben la atención médica requerida para preservarla en condiciones dignas, no obstante las dificultades económicas de las entidades que tienen esa responsabilidad, no son más que el cumplimiento estricto de los mandatos de la Carta Política, que como se anotaba antes no pueden estar supeditados a razones de conveniencia y mucho menos a criterios de orden presupuestal y financiero.

Cuando la Corte Constitucional protege a los más débiles, cuando reivindica el derecho de la madre trabajadora a no ser

despedida durante el embarazo, o el derecho del anciano a que se le reintegren dineros que él depositó en una entidad financiera cuya vigilancia está a cargo del Estado, de los cuales depende su congrua subsistencia, haciendo una excepción al principio de igualdad entre acreedores que rige el proceso concursal universal, -par conditio creditorum-, lo que está haciendo es dando plena vigencia a los preceptos de los artículos 11, 43 y 44 de la Constitución a tiempo que propicia la realización del principio consagrado en el artículo 13 de la misma, que obliga al Estado a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y a adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

No hay duda, que interiorizar y apropiarse del modelo de Estado por el que optamos los colombianos en 1991, ha significado introducirnos todos en un proceso pedagógico para aprender a vivir de manera diferente, y que en ese proceso la Corte ha asumido, porque esa es su obligación, un papel de liderazgo, impulsando a través de sus decisiones, muchas veces controvertidas y polémicas, la implementación del modelo, tarea que es obvio que afecta condiciones y privilegios y que por lo mismo acarrea reacciones de incompreensión.

Se le reclama a la Corte con insistencia que sus miembros no son expertos en algunas de las materias sobre las que se pronuncia; es el conocido caso de las sentencias que ella ha producido en materia económica y sobre los sistemas de financiación de vivienda, casos en los cuales habría que insistir en que antes de atacarlos es necesario aclarar cuál es en verdad la función asignada a nuestra Corporación, esto es, en que a ella lo que le corresponde en concreto es garantizar que se cumpla la Constitución, evaluando si las normas legales que se someten a juicio de inconstitucionalidad vulneran o desconocen el orde-namiento superior y si ellas contribuyen de manera efectiva a la realización del modelo de Estado que definimos como propio.

Pero más allá de eso, hay que señalar, que la Corte en esos casos está obligada a un examen integral y en extenso, lo que implica analizar si las decisiones que adopta el legislador ordinario o

excepcional, se ajustan a la Carta Política en tanto depositaría de un modelo de organización jurídico política, si por ejemplo, en los casos que se comentan, el sistema de financiación de vivienda tal como aquel lo concibió en un momento determinado, cumple o no con los presupuestos que específicamente consagra el artículo 51 superior, esto es, que a través de él los colombianos puedan acceder a una vivienda digna; que el mismo promueva planes de vivienda de interés social, e incluya sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de esos programas de vivienda, lo que indica que si un determinado sistema, cualquiera sea, no acredita el cumplimiento de todos y cada uno de esos requisitos y en cambio sí contribuye a la violación paralela de otros derechos, para la Corte no podrá haber duda de que no se ajusta a la Constitución, y en consecuencia, que su deber es declararlo inexecutable.

Así mismo, cuando la Corte, en cumplimiento de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 215 de la Constitución decide sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos a través de los cuales el gobierno decreta los estados de excepción, cuando se pronuncia sobre la declaratoria de una emergencia económica o social, por ejemplo, tiene la grave responsabilidad de establecer, si ese “rompimiento” transitorio de la normalidad institucional, que sólo se justifica cuando se cumplen todos y cada uno de los presupuestos que señala el mismo ordenamiento superior, se produjo dentro del marco que establece para el efecto la Constitución, pues sólo así será posible garantizar la excepcionalidad de esos instrumentos, de los cuales los poderes constituidos, cuando no existen eficaces mecanismos de control, tienden a abusar.

Ese ejercicio desde luego no admite la intromisión del Juez constitucional en las funciones que la misma Carta le otorgó a los otros poderes públicos. No obstante, eso no quiere decir que su examen se reduzca al ámbito de lo formal, pues tal posición se traduciría, sencillamente, en desistir de las obligaciones que le asisten, dirigidas todas a salvaguardar la vigencia y efectividad del

ordenamiento superior precisamente cuando éste se torna más vulnerable.

Para la Corte Constitucional, no hay duda de que su tarea frente a ese tipo de normativa es analizar su contenido de manera integral, con miras a defender la supremacía de la Carta.

“... el ejercicio de un control integral sobre los actos de los poderes constituidos asegura la primacía de la Constitución como Norma de Normas que manda la regla 4a. del Estatuto Máximo y la misión confiada a su guardiana de preservar su “supremacía e integridad” por el constituyente en el artículo 215 superior. Si el Gobierno decreta la emergencia sin que existan hechos SOBREVINIENTES, GRAVES O INMINENTES que perturben el orden económico, social o ecológico o amenacen perturbarlo, ¿NO ESTÁ ACASO VIOLANDO LA INTEGRIDAD DE LA CONSTITUCIÓN? Un decreto con esas características sería abiertamente inconstitucional y no tendría razón de ser que ello no pudiera establecerse por el órgano creado para tal fin, esto es, la Corte Constitucional. Si así no se hiciera, se estaría violando la integridad de la Constitución por la misma entidad a la cual le fue confiada su guarda.

Dicho de otro modo, si la Corte elude el control material de los decretos que declaran un estado de excepción, ello significaría que las facultades del Presidente de la República en esta materia serían supraconstitucionales. Y más aún: que esta Corte podría tolerar la actividad inconstitucional del Ejecutivo renunciando así a su deber de restablecer el imperio del Estatuto Supremo.

La voluntad del constituyente a este respecto, se pone así mismo de resalto, si se armoniza el precepto mencionado, con la expresión inequívoca empleada en la primera parte del artículo 241 en comento, según la cual a la Corte le corresponde la guarda de la “integridad” y de la “supremacía” de la Constitución. No cabe duda que si un acto del Ejecutivo, -como sería el caso del decreto que constituye el supuesto hipotético materia de esta glosa-, pudiera por razón de su motivación violar impunemente la Constitución del Estado, ya no estaría la Corte defendiendo la “integridad” de la misma sino apenas una parte de ella.

Por lo expuesto, el control jurídico-constitucional debe ser integral y no parcial o limitado a uno solo de los aspectos de la institución, cual es el mero procedimiento formal como quiera que la defensa atribuida a esta Corte por las normas aludidas, no se contrae a una parte de la Constitución sino que se refiere a toda ella.

Nótese que un ejercicio de esas características es complejo, que debe atender múltiples variables a tiempo que debe descartar criterios de conveniencia, pues la misma Constitución le exige a la Corte que sus juicios sean estrictamente jurídicos y abstractos; no se trata entonces de actitudes caprichosas, o del desconocimiento de realidades concretas o ausencia de formación especializada, se trata de cumplir con una función llamada a salvaguardar el pacto social que realizamos los colombianos en 1991, con la esperanza de construir un país próspero en el que reinen la paz y la concordia.

Durante los últimos nueve años la Corte Constitucional ha enfrentado, con el máximo de dedicación y esmero, el reto de contribuir a través de sus pronunciamientos a la realización efectiva de los mandatos de la Constitución; durante ese lapso ha pretendido que sus decisiones impregnen la cotidianidad de los colombianos, acercando la norma jurídica a sus específicos proyectos de vida, y poniendo de presente la importancia de reivindicar el derecho como una fuerza viva, mutante, que como tal evoluciona.

El derecho en el Estado Social, y así lo ha entendido la Corte Constitucional, es un instrumento al servicio del individuo, específicamente de las aspiraciones que sustentan sus concretos proyectos de vida, por eso el mismo ha de servir para garantizar la efectividad y oportunidad de la realización de los derechos y principios rectores del Estado, correspondiéndole a la Corporación que represento, la delicada tarea de garantizar, a través de sus fallos, no sólo que el legislador no desborde sus funciones al diseñar las normas necesarias para el efecto, sino que las mismas respeten y reivindicquen el ordenamiento superior en su integridad, tarea en la que seguramente, como toda institución, ha tenido aciertos y

yerros, pero que sin duda alguna ha penetrado el denso tejido social de nuestro país.

El rechazo enfático a ciertos pronunciamientos de la Corte, seguido muchas veces de solicitudes vehementes de transformaciones de fondo a la jurisdicción, en mi criterio obedece, entre otras muchas causas, a la ausencia de legitimidad del contenido de los preceptos que contiene nuestro ordenamiento superior en ciertos segmentos de la población, especialmente aquellos que han detentado a título de privilegio el poder económico y el monopolio de la fuerza, situación que se traduce en la paradoja de un pacto social, que no obstante estar fundamentado en principios como la dignidad, la autonomía, la igualdad y la solidaridad, sigue siendo percibido como un discurso retórico que no ha logrado arraigarse y por lo tanto contrasta y se contradice con una realidad en la que al parecer esos actores se empeñan, no sólo en desconocerlo sino en vulnerarlo.

Es decir, que la no apropiación e interiorización por parte de esos actores de los principios, valores y derechos que consagra la Carta Política, la no aceptación de ellos como inherentes a la condición de dignidad de la persona, cualquiera sea su condición, y en cambio su obstinación en entenderlos como privilegios propios de unas élites tradicionalmente excluyentes, ha impedido en nuestro país la consolidación de un modelo de organización jurídico política, que presupone que cada uno de nosotros reconozca en el “otro” a uno igual a sí mismo.

Tal situación ha propiciado un “choque” continuo entre esas élites, que aspiran a la paz sin modificaciones de fondo en la estructura del Estado y sin variar su propia percepción del mundo y aquellos que encuentran en el texto constitucional el punto de partida para que se haga un efectivo reconocimiento de sus derechos fundamentales y de los valores y principios esenciales para construir una sociedad justa, igualitaria y participativa. En otras palabras, una confrontación sin tregua entre aquellos que siguen considerando la Carta Fundamental como una manifestación retórica desprovista de fuerza vinculante y los que la reconocen como el resultado de una

prolongada lucha por la reivindicación de la dignidad del individuo, que debe culminar dotando de legitimidad dichos contenidos.

Una de las causas de ese fenómeno se encuentra en el origen mismo del proceso de renovación del pacto social que se produce en 1991. En efecto, una crisis profunda, originada parcialmente en un modelo de organización jurídico- política que no correspondía a las características propias de una estructura social que aceleradamente se introducía en la modernidad, modelo que en sus inicios se sustentó en los principios de un individualismo extremo y un marcado abstencionismo del Estado frente a una compleja problemática de orden social, y que posteriormente con las modificaciones sustanciales y progresistas que le introdujeron las reformas de 1910, 1936, 1945 y 1968, quiso el constituyente adaptar a una cambiante realidad, sirvió como uno de los más contundentes argumentos para justificar la construcción de un nuevo ordenamiento superior, que reconoce como epicentro del Estado al individuo mismo, en cuanto ser único, singular y diferente, que encuentra en la garantía de efectividad de los principios de libertad, dignidad e igualdad, la posibilidad real de desarrollarse como titular de los derechos fundamentales que la Constitución consagró a su favor, única manera de poder contribuir, a través del ejercicio de su autonomía, a la consolidación de la sociedad de la cual no sólo hace parte sino es protagonista.

No obstante la fundamentación de ese renovado pacto social que contiene la Carta de 1991, ese ordenamiento, que incluye el catálogo de los derechos fundamentales, cuyas normas y preceptos en la óptica de las doctrinas de interpretación vigentes constituyen disposiciones abiertas, es decir en continuo proceso de construcción, y cuya realización es responsabilidad de todos y cada uno de los actores que hacen parte de la sociedad, desde el Estado que debe garantizarlo y promoverlo, el ciudadano que debe reivindicar su condición de titular de los derechos fundamentales que en él se consagran y reclamar mecanismos propicios para ejercerlos, y las instituciones sociales que tienen como misión protegerlo y fortalecerlo, es objeto de constantes violaciones en nuestro país, que

impiden la consolidación del modelo de Estado que conjuntamente y a través de mecanismos democráticos diseñamos los colombianos.

A mi entender, esa situación que hoy por hoy mantiene al país afrontando uno de los más complejos y difíciles conflictos en cuanto ha desencadenado una dramática situación de confrontación armada en el orden interno, encuentra una de sus causas, desde luego no la única, en la inexistencia de un proceso paulatino de interiorización y apropiación por parte de los individuos, de los principios, valores y derechos que consagró la Carta Política de 1991, es decir en la ausencia de legitimidad de sus postulados.

En efecto, la legitimidad de una norma jurídica implica la aceptación razonada por parte del sujeto receptor, de la necesidad, utilidad y potencial eficacia de su contenido, aún en aquellos eventos en que restrinja o limite sus específicos derechos, o reduzca, limite o elimine sus privilegios, pues reconoce su impacto positivo en la realización del ideal de justicia social que subyace en el correspondiente pacto social. Por eso la aplicabilidad real y efectiva de nuestra Constitución, encuentra obstáculos en algunos sectores, que si bien aceptaron el discurso retórico, aún no se apropian de sus contenidos aceptándolos como legítimos.

El reconocimiento expreso de los derechos fundamentales como inherentes a la condición y naturaleza de los individuos, y de los principios antes mencionados como rectores ineludibles de la convivencia social en un contexto de igualdad, no bastaba para que los asociados, todos, pudieran introducirse en una nueva dinámica que les permitiera reconocerse a sí mismos como individuos libres y autónomos y hacer lo propio con los demás, pues no hay que olvidar que "...los derechos humanos son presupuestos del Estado de derecho en el que se garantiza el estatus jurídico de los ciudadanos como titulares de libertades, pero son también el resultado de un proceso discursivo de comunicación intersubjetiva de hombres libres e iguales que contribuyen a conformar ese marco jurídico de convivencia".

No es extraño entonces ese distanciamiento entre la formulación retórica de los principios y derechos fundamentales y la realidad que

nos muestra a diario como ellos se vulneran, y no lo es porque tal formulación, como ha ocurrido en la mayoría de países del mundo, no fue el resultado de un ejercicio sistemático de gestación y elaboración de los mismos, que paulatinamente respondiera a las necesidades que se generaban en procesos complejos de transformación, cambio y modernización del Estado, y que paralelamente desencadenara la realización de un ejercicio legitimador de persuasión entre los diferentes actores sociales, de manera tal que el cambio de paradigma se soportara en un consenso progresivamente construido.

Nuestro país se había regido desde 1886 por una norma superior que respondía a la caracterización propia del Estado liberal clásico, que se limitaba a consagrar los derechos que la doctrina reconoce como de primera generación, con los cuales el individuo garantizaba su propia realización en la medida en que contaba con la no interferencia del Estado, y sólo hasta 1936 avanza en la conceptualización de las bases de un Estado que se ve en la necesidad de intervenir en asuntos que hasta entonces le eran vedados, ante la inminencia de conflictos que enfrentaban intereses que sólo podían ser dirimidos con la participación activa del mismo, el cual para el efecto debía fortalecerse, lo que motivó que se introdujeran entonces importantes reformas a la Carta Política, siendo una de las más significativas la consagración de los derechos sociales y culturales de los individuos, conocidos como derechos de segunda generación.

Al Constituyente de 1991 le correspondió entonces dar el siguiente paso, para lo cual partió de reconocer la existencia de un contexto social totalmente diferente al que pretendía regular la Carta Política anterior, un contexto en el que el individuo aspira a ser erigido como epicentro de la sociedad, como fin en sí mismo y no como instrumento, correspondiéndole al Estado adecuar su estructura para contribuir activamente a su plena realización, la cual sólo es posible en la medida en que los derechos fundamentales que se predicán de su esencia se realicen efectivamente.

Diseña entonces un nuevo ordenamiento superior, coincidente en sus principios y bases con el paradigma que predomina en los Estados contemporáneos, el del Estado social de derecho,

cuyas premisas fundamentales son, entre otras, la posibilidad de la igualdad en la diferencia, de la convivencia armónica a partir del respeto y la tolerancia, de la heterogeneidad como condición básica para impulsar procesos de cohesión social, del pluralismo como presupuesto esencial para el desarrollo de una sociedad que se fortalece en la diversidad.

Por eso, como lo ha señalado la Corte Constitucional, reconoció en el artículo 1 de la Carta, “...el carácter pluralista como rasgo característico, esencial del Estado colombiano. La nueva Carta -dijo la Corte- ha dado expresión normativa a una realidad sociológica latente en el mundo contemporáneo, realidad que, en punto a precisar el sentido del pluralismo, se desdobra en dos dimensiones; una de ellas muestra la insospechada variedad de opiniones que coexisten en el seno de la sociedad. Ante la imposibilidad e inconveniencia de imponer una sola orientación, que sin discusiones de ninguna índole deba ser acogida por todos los asociados, el Estado democrático permite y favorece la expresión y difusión de esa diversidad de creencias con múltiples matices, opiniones o concepciones del mundo. Dentro de la segunda dimensión, se observa la atribución del ejercicio de los poderes públicos a diversas organizaciones estatales, que guardan entre sí la debida correspondencia y armonía, y a la vez permiten el acercamiento del Estado a los diferentes grupos en que el hombre desarrolla su actividad cotidiana y a los cuales pertenece, ya en razón de vínculos naturales, ora porque se ha afiliado a ellos. De ahí surge el reconocimiento de los grupos e instituciones sociales que se erigen en comunidades intermedias entre el individuo y el Estado.”

Se plasman en la Constitución de 1991 las exigencias universales de autonomía y de inviolabilidad del sujeto, que emanan de un paradigma ético propio de la modernidad, en el cual aquél se reconoce como eje en cuanto sujeto autónomo y digno, condición que materializa en el plano jurídico-político a través de los derechos humanos. “Los derechos humanos -en cuanto realidades juridificadas- se deducen de una suma de datos objetivos constantes que tiene una base axiológica, consignada en la Carta Fundamental”.

El camino de legitimación de los preceptos del ordenamiento superior es largo y tortuoso; él comprende trechos de confrontación entre los diversos actores sociales que como tales nos vemos obligados a asumir y practicar un paradigma de vida que apenas hace diez años nos era totalmente extraño. Por eso quienes actualmente integramos la Corte Constitucional entendemos, primero que no somos ajenos a la equivocación y segundo que la polémica que en muchas ocasiones originan sus fallos es producto del incipiente proceso de legitimación de las normas superiores que es necesario realizar para construir ese nuevo país al que todos aspiramos.

Ese proceso de legitimación, se hace aún más difícil para aquel receptor de las normas que se enfrenta además con un nuevo lenguaje jurídico, más exactamente con un juez que hace uso de herramientas que hasta hace poco eran inadmisibles en el hermético mundo de la normativa jurídica, entre otras cosas porque solo pensar utilizarlas reñía con la sagrada función de aplicar y defender sin consideración distinta que su propio contenido, el tenor de la ley.

En efecto, cuando la Corte Constitucional recurre hoy a las denominadas sentencias integradoras, cuando condiciona sus fallos de exequibilidad a una determinada interpretación del texto legal que se somete a su juicio, excluyendo o descartando otra u otras por ser contrarias al ordenamiento superior, cuando le impone a los otros poderes públicos obligaciones concretas “de hacer” con miras a garantizar el cumplimiento efectivo de las disposiciones de la Carta Política, a ella se le acusa de “invadir” la órbita de acción de las demás ramas del poder, de desestabilizar el aparato del Estado, y de romper el equilibrio en el ejercicio del poder, que el mismo Constituyente previó como condición esencial de funcionamiento del modelo jurídico-político por el que optó, (art. I 13 C.R), y sobre todo de desbordar las funciones que el Constituyente le asignó de manera expresa a través del artículo 241 de la misma, cuando en realidad de verdad lo que está haciendo es garantizar la salvaguarda integral del ordenamiento superior, actividad que no se agota en el ejercicio de confrontación semántica entre textos normativos de diferente jerarquía.

La Corte Constitucional, es constantemente criticada por no medir los efectos que producen sus sentencias, por no ponderar sus decisiones en circunstancias en las cuales los costos financieros que ellas acarrearán, pueden hacer aún más crítica la situación de dificultad económica y de restricción de recursos que afronta el país; esa acusación, sin embargo, puede desvirtuarse, precisamente reivindicando el uso que la Corporación ha hecho, con el máximo de prudencia, de los instrumentos que le ofrecen las normas, principios y valores de la nueva Constitución Política, a los que hice alusión antes, pues sólo recurriendo a esas herramientas le es posible cumplir de manera efectiva con la misión que le corresponde en el nuevo ordenamiento jurídico, y que de ella reclaman la sociedad y el Estado.

Así, los constantes cuestionamientos a las denominadas sentencias integradoras, aditivas o sustitutivas, definidas por la jurisprudencia como “...una modalidad de decisión por medio de la cual el juez constitucional, en virtud del valor normativo de la Carta (Constitución Política, artículo 4o), proyecta los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria, para de esa manera integrar aparentes vacíos normativos o hacer frente a las inevitables indeterminaciones de orden legal (...) ya sea porque el enunciado legal es insuficiente, ya sea porque [es] contrario a la Carta, ...aun cuando de esa manera, en apariencia, adicione el orden legal con contenidos normativos” , cosa que no ocurre, entraría en abierta contradicción con las críticas dirigidas a la Corte, en el sentido de que desconocen el contexto y no se percatan de los efectos que en él producen sus fallos.

Lo anterior por cuanto precisamente lo que hace la Corte a través de ese tipo de decisiones, es atender la realidad concreta en la que se aplica la norma que le corresponde juzgar, cuyo contenido por lo general le indica de manera clara cuáles son las consecuencias de una inexecuibilidad declarada de plano, que puede evitar proyectando los mandatos de la Carta Política en aquellos preceptos de orden legal imperfectos, bien por insuficientes o por contrarios a la normativa superior, lo que se traduce, sencillamente, en dar

aplicación al principio según el cual, como norma de normas, la Carta Política tiene suprema fuerza normativa; esa interpretación, por otra parte, tiene fundamento en el principio democrático, por cuanto se busca que prevalezca la decisión del legislador que está más conforme a derecho, es decir, que es lo que prevé la Carta.

Obviamente, sería más cómodo para el juez constitucional, retirar sin más del ordenamiento jurídico la norma legal imperfecta, no por eso necesariamente inconstitucional; sin embargo, y aún a costa de severas y reiteradas críticas, cuando ha encontrado que es menos gravoso para el país recurrir a este tipo de sentencias, avaladas y desarrolladas por la jurisprudencia constitucional de más tradición en el mundo, que expulsar un determinado precepto legal, la Corte ha procedido en consecuencia, pues su responsabilidad, repito, va más allá de la mera confrontación semántica entre el texto legal que se somete a su examen y el del ordenamiento superior.

El Preámbulo de la Carta Política le garantiza a los colombianos la vigencia de un orden político, económico y social justo, y le señala a los distintos poderes públicos, incluido desde luego el poder judicial, la responsabilidad concreta, desde el ámbito de sus específicas competencias, de promoverlo y preservarlo.

Eso implica, para el caso de la Corte Constitucional, asumir esa responsabilidad promoviendo y garantizando, a través de sus fallos, la realización efectiva del principio de justicia material, lo que activa los presupuestos rectores de la nueva jurisprudencia, que señala que el derecho “no se agota en las normas”, que él se nutre de la realidad en la que se aplica y del análisis y decisión del intérprete calificado legitimado por la sociedad para pronunciarse sobre sus alcances, el juez constitucional.

Esa concepción del Estado y del derecho, que se nutre de la realidad y de la jurisprudencia, requiere de un juez que contribuya a crearlo. Por eso, teniendo en cuenta que a éste le corresponde, desde la órbita de su competencia, promover la realización de un “orden justo”, sus decisiones, siempre ajustadas a derecho, deben ser concretas y efectivas, lo que algunas veces legitima que las traduzca

en órdenes expresas a una determinada institución o poder público, sin las cuales el respectivo fallo no sería más que una expresión retórica vacía de contenido

En ese fallo, además de la confrontación entre el texto demandado y las normas constitucionales que los actores de la demanda consideraban infringidas, la Corte debió realizar un amplio ejercicio que le permitiera proteger de manera integral el ordenamiento superior, lo que implicó, por ejemplo, tener en cuenta el significado de la disposición impugnada en el proceso de realización efectiva del principio de descentralización territorial, uno de los pilares del modelo de Estado que había adoptado el Constituyente de 1991.

Así las cosas, dijo entonces esa Corporación, que “la clasificación de los recursos objeto de impugnación como ingresos corrientes de la Nación, específicamente como rentas contractuales ingresos no tributarlos, (implicaba), que un porcentaje de los mismos debía ser cedido por la Nación a los Departamentos y Distritos como parte del situado fiscal, artículo 356 de la Constitución y otro a los municipios como la participación que de los mismos ordena para ellos el artículo 357 de la Carta. Si se tratase, como lo afirma el Ministerio de Hacienda, de recursos de capital, no habría lugar a dichas transferencias.

“Son pues de significativa trascendencia las consecuencias que se derivan de esta definición, pues dado que tales recursos corresponden, como lo afirman los actores, a la categoría de rentas contractuales, ingresos corrientes de la Nación, ellos servirán para la financiación de programas prioritarios de inversión social, especialmente de educación y salud.” Tal análisis, si se observa objetivamente, no implica que la Corte caprichosamente haya decidido que un porcentaje de esos recursos se transfirieran a la entidades territoriales, desconociendo conceptos técnicos del ejecutivo, lo que hizo en ese caso la Corporación fue establecer que a la luz del ordenamiento superior esas transferencias debían realizarse y que no hacerlo, además, se traducía en una manera de obstaculizar la realización del principio fundamental de descentralización administrativa.

Cuando el juez constitucional resuelve acciones de tutela, a través de las cuales el Constituyente le garantizó a todas las personas protección inmediata para sus derechos constitucionales fundamentales, artículo 86 de la Constitución, éste debe cerciorarse de que la misma sea real y efectiva; así por ejemplo, cuando protege el derecho a la educación de un niño, el cual de conformidad con el artículo 44 superior prevalece sobre los demás, ordenando la adjudicación de un cupo en una escuela pública, derecho que le garantiza el artículo 67 de la misma Carta, no puede ni debe detenerse en el análisis presupuestal que muy seguramente le señalará un grave déficit en ese sector; su función, precisa y esencialmente, es proteger al menor emitiendo esa orden, la cual convocará a las correspondientes autoridades a buscar alternativas concretas, a lo mejor reorientando sus recursos, de manera tal que se haga posible reivindicar como prevalente el derecho a una vida digna que tiene el menor, íntimamente relacionado con la posibilidad real de acceso al sistema educativo.

Ese análisis, desde luego, supone entender y aceptar que a la luz del ordenamiento superior vigente, como tantas veces lo ha dicho la Corte, la educación dejó de ser un privilegio para erigirse como una necesidad esencial del individuo, que reclama del Estado, la sociedad y la familia acciones efectivas e inmediatas, pues no existe razón válida y suficiente que justifique desplazar la realización de ese derecho del cual depende la realización de la persona, argumentando escasez de recursos. En esas condiciones, de nada serviría una decisión favorable al actor de la tutela, si ésta no fuera más que un enunciado retórico que las autoridades del caso pudieran desconocer.

Igual argumento se aplica cuando la Corte protege el derecho a la vida de un enfermo, ordenándole a una determinada E.P.S. que le brinde el tratamiento que éste necesita para salvar su vida, no obstante que le falten, de acuerdo con la normatividad legal vigente, algunas semanas de cotización; en esos casos lo que está defendiendo es la primacía del derecho de derechos, reivindicando la dignidad como condición inherente al individuo mismo, al cual se reconoce como epicentro y protagonista del paradigma del Estado social de

derecho, esto es, cumpliendo con la función que le encomendó la Constitución, sin que ello quiera decir que prive a esa específica institución de los instrumentos que le brinda la misma ley para reclamar, de ser el caso, la compensación de los recursos que debe asignar para el efecto.



Posesión ante el presidente de la República Belisario Betacourt, del magistrado Fabio Morón Díaz Entre otros aparecen Darío Morón Díaz, Gabriel Zapata, Luis H. Arraut, Luis F Velasco, Hector Hernández Ayazo y Gerardo Araujo.

El Juez constitucional debe dirigir sus actuaciones a la realización del principio de justicia material, por eso cuando define si una norma legal es o no constitucional, o cuando establece si una determinada acción u omisión vulnera el derecho fundamental de una persona, e imparte las correspondientes órdenes, sus decisiones afectan la vida política del país, pues las disposiciones que se someten a su juicio provienen del legislador, órgano político por excelencia, que representa la voluntad soberana del pueblo, cosa distinta es que esas decisiones deba producirlas dentro del marco inflexible del ordenamiento superior, lo que implica que muchas veces se vea en

la necesidad de reorientar su contenido, en la perspectiva de hacerlo acorde con lo dispuesto en la Constitución; de él se espera algo más que la sentencia categórica y facilista que ordena la permanencia o el retiro de una norma del ordenamiento jurídico, pues en tanto sujeto social al que se le asignó una responsabilidad específica, él debe contribuir de manera efectiva a la realización de las normas, principios y valores consagrados en la Carta Política de la Nación.

CONFERENCIA PUBLICADA EN: "EL ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO", EDICIÓN 2000. KONRAD ADENAUER CIEDLA.

LA DIGNIDAD Y LA SOLIDARIDAD COMO PRINCIPIOS RECTORES DEL DISEÑO Y APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

En el Estado social de derecho, el diseño y la aplicación de la legislación en materia de seguridad social debe sustentarse en la realización de los principios fundamentales de dignidad humana y solidaridad.

La expedición de la Constitución de 1991, constituyó en nuestro país el momento histórico a partir del cual la sociedad, representada en la Asamblea Nacional Constituyente, decidió y adoptó un cambio de paradigma que sirvió para fundamentar una nueva estructura y una nueva forma de organización jurídico-política, dando el paso trascendental del Estado liberal al Estado social de derecho.

Una crisis profunda, originada parcialmente en un modelo de organización que no correspondía a las características propias de una estructura política que aceleradamente se introducía en la modernidad, el cual se sustentaba en los principios de un individualismo extremo y un marcado abstencionismo del Estado frente a la problemática de orden social, sirvió de argumento para justificar la construcción de un nuevo ordenamiento superior, que reivindica como epicentro del Estado al individuo mismo, en cuanto ser único, singular y diferente, el cual encuentra en la garantía de efectividad de los principios de dignidad, libertad, igualdad y solidaridad, la posibilidad real de desarrollarse como tal y

contribuir, a través del ejercicio de su autonomía, a la consolidación de la sociedad de la cual no sólo hace parte sino es protagonista.

Ese nuevo ordenamiento implica la implementación de un paradigma ético, en el cual se reivindica un individuo cuya condición esencial es la dignidad, condición que encuentra espacio propicio para su realización, en aquél que garantice la efectividad de aquellos principios que viabilizan su propio desarrollo integral, en tanto sujeto autónomo dotado de razón, principios que el Estado social de derecho consagra como esenciales a su propia filosofía, entre ellos, la igualdad en la diferencia, la convivencia armónica a partir de la tolerancia, el respeto a la heterogeneidad como condición básica para impulsar procesos de cohesión social y el pluralismo, como presupuesto esencial para el desarrollo de una sociedad que se fortalece en la diversidad.

La realización efectiva del principio fundamental de dignidad, implica para este modelo de Estado, la obligación de garantizar la integridad del ser humano, pues éste constituye razón de ser, principio y fin último de su organización estatal.

Ha señalado la Corte que el principio fundamental de la dignidad humana es también una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades. El individuo, es el centro y el fin de las acciones del Estado, y reclama de aquél el respeto y la promoción de los derechos inherentes a su condición y naturaleza, los llamados derechos fundamentales; la realización de esos derechos por lo general está estrechamente ligada a la satisfacción de ciertas necesidades básicas, a las cuales, sin embargo, per-se no se les reconoce esa categoría. Ese es el caso de la seguridad social.

En el Estado social de derecho la dignidad se refiere en esencia a la calidad de vida de las personas, las cuales para ejercer su autonomía y participar activamente en el desarrollo de la sociedad a la cual pertenecen, requieren de un contexto en el que se les garanticen ciertas condiciones inherentes a su propia naturaleza. Sobre el particular la Corte Constitucional ha dicho:

“Ahora la Carta no sólo propende por la persona sino que a su materialidad ontológica le agrega una cualidad indisoluble: la dignidad.

Se trata pues de defender la vida pero también una cierta calidad de vida. En el término ‘dignidad’ predicado de lo ‘humano’, está encerrada una calidad de vida, que es un criterio cualitativo. Luego para la Carta no basta que la persona exista; es necesario aun que exista en un marco de condiciones materiales y espirituales que le permitan vivir con dignidad”. (Corte Constitucional, Sentencia C-575 de 1992, M.P. doctor Alejandro Martínez Caballero).

En esa perspectiva, el principio fundamental de la dignidad humana -ha dicho también la Corte Constitucional- no sólo es una declaración ética sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades, según lo establece el artículo 1. de la Carta.

“Las autoridades están precisamente instituidas para proteger a toda persona en su vida, entendida en un sentido amplio como ‘vida plena’. La integridad física, psíquica y espiritual, la salud, el mínimo de condiciones materiales para la existencia digna, son elementos constitutivos de una vida íntegra y presupuesto necesario para la autorealización individual y social.” (Corte Constitucional, sentencia T-499 de 1992).

En esa perspectiva, el individuo, epicentro y fin de las acciones del Estado, rei-vindica y reclama de aquél el respeto y la promoción de ciertos derechos inherentes a su condición y naturaleza, cuyo desconocimiento o restricción lo desvirtúan; son los llamados derechos fundamentales, el derecho a la vida, a la integridad física y moral, al libre desarrollo de la personalidad, entre otros; la realización de esos derechos por lo general está estrechamente ligada a la satisfacción de ciertas necesidades básicas, a las cuales, sin embargo, per-se no se les reconoce esa categoría.

Se trata de los denominados derechos sociales, económicos y culturales con-sagrados en el Título II, Capítulo 2 de la C.P.

Sobre ello, algunos sostienen que disponen de fuerza normativa constituyendo plenos derechos constitucionales y otros consideran que se trata de enunciados programáticos que adquieren condición de normas jurídicas sólo cuando el legislador los ha desarrollado. La Corte en esta controversia adoptó una posición intermedia, manifestando que como estos derechos implican una prestación por parte del Estado y, por consiguiente, una erogación económica que por lo general depende de una decisión política,

“... es necesario advertir que los derechos económicos, sociales y culturales, pro-movidos a nivel constitucional durante las primeras décadas del siglo y conocidos como la segunda generación de derechos humanos, no han sido incorporados al ordenamiento jurídico de las democracias constitucionales simplemente por ser considerados como un elemento adicional de protección. La razón de ser de tales derechos está en el hecho de que su mínima satisfacción es una condición indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. Dicho de otra forma: sin la satisfacción de unas condiciones mínimas de existencia, o en términos del artículo primero de la Constitución, sin el respeto ‘de la dignidad humana’ en cuanto a sus condiciones materiales de existencia, toda pretensión de efectividad de los derechos clásicos de libertad e igualdad formal consagrados en el capítulo primero del título segundo de la Carta, se reducirá a un mero e inocuo formalismo, irónicamente descrito por Anatole France cuando señalaba que todos los franceses tenían el mismo derecho de dormir bajo los puentes. Sin la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos son una mascarada. Y a la inversa, sin la efectividad de los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales son insignificantes”.

“Por otra parte, la doctrina de la separación de poderes ha variado sustancialmente en relación con la formulación inicial. Aquello que en un principio tenía como punto esencial la separación de los órganos, cada uno de ellos depositario de funciones bien delimitadas, ha pasado a ser, en la democracia constitucional actual, una separación de ámbitos funcionales dotados de un control activo

entre ellos. Lo dicho está en acuerdo, además, con una interpretación contemporánea de la separación de los poderes, a partir de la cual el juez pueda convertirse en un instrumento de presión frente al legislador, de tal manera que éste, si no desea ver su espacio de decisión invadido por otros órganos, adopte las responsabilidades de desarrollo legal que le corresponden y expida las normas del caso. Este contrapeso de poderes, que emergen de la dinámica institucional, es la mejor garantía de la protección efectiva de los derechos de los asociados”.

Pero, ante la falta de intervención de un órgano legislativo que desarrolle los derechos prestacionales consagrados en la Constitución Política, se pregunta la Corte, debe el Juez permanecer inerte y a la espera de que se produzca el desarrollo efectivo correspondiente y, mientras tanto, considerar los textos que consagran los mismos como carentes de fuerza normativa?; o más bien, debe el Juez entrar a definir el alcance de ellos, anticipándose al legislador a través de una aplicación directa de la Constitución Política? Al respecto ha dicho la Corte:

“Ante este dilema el juez debe actuar con prudencia y firmeza a la vez. En primer lugar, la intervención judicial en el caso de un derecho económico, social o cultural es necesaria cuando ella sea indispensable para hacer respetar un principio constitucional o un derecho fundamental. En estas circunstancias, el juez actúa bajo condiciones similares a aquéllas que se presentan cuando debe resolver un problema relacionado con un vacío o una incoherencia de la ley. Es claro que en todos estos casos el juez decide algo que en principio le corresponde al legislador. Sin embargo, en estas precisas condiciones, la falta de solución proveniente del órgano que tiene la facultad de decidir, implica la posibilidad de que otro órgano, en este caso el judicial, decida, para un caso específico, con la única pretensión de garantizar la validez y efectividad de la norma constitucional”.

La solución opuesta -es decir la que supone la no intervención judicial- desconoce los valores y principios constitucionales que

consagran la efectividad de los derechos (art. 2: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados...”; art. 5 “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables...”; art 13 inc. 2:” El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva...”) y desconoce la prevalencia del derecho sustancial sobre los procedimientos, consagrada en el artículo 228. Pero quizás lo más grave de la solución que se comenta consiste en el desconocimiento del artículo cuarto de la Constitución, en el cual se afirma que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Este artículo no sólo plantea un asunto relacionado con la validez de las normas constitucionales, también prescribe una clara definición en cuanto a su efectividad.

Con independencia de la función programática-finalista y de la función simbólica que sin duda ocupan un lugar importante en los preceptos sobre fines y valores, la Constitución es una norma jurídica del presente y debe ser aplicada y respetada de inmediato. Por esta razón, sostener que los derechos sociales, económicos y culturales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, es no sólo una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución. Si la responsabilidad de la eficacia de los derechos mencionados estuviese sólo en manos del legislador, la norma constitucional no tendría ningún valor y la validez de la voluntad constituyente quedaría supeditada a la voluntad legislativa. Es más razonable pensar que el constituyente quiso otorgarle verdadero carácter normativo a los textos del capítulo segundo título segundo, entregándole al legislador la prerrogativa de discrecionalidad política en la materia pero facultando al juez para ejercer dicha discrecionalidad, limitada a casos concretos, en ausencia de ley. De esa manera se logra el respeto de las prioridades en materia de

delimitación política de los textos fundamentales y el respeto de la superioridad jurídica de la Constitución sobre la ley. De esta manera se logra -parafraseando a Herbert Kruger- que las leyes valgan en el ámbito de los derechos fundamentales en lugar de que los derechos fundamentales sólo valgan en el ámbito de la ley.

Por consiguiente, sería viable el instrumento constitucional de la acción de tutela (artículo 86), para la protección de los derechos prestacionales, pero únicamente cuando se presente amenaza o vulneración de un derecho fundamental. Entonces sólo en este caso, podría el juez, ante la falta de intervención legislativa, pronunciarse sobre el sentido y alcance de la norma para el caso concreto y si fuere menester pedir la intervención de las autoridades correspondientes, para que se brinde efectivamente la prestación por parte del Estado.

Ese es el caso de la seguridad social, concepto amplio que incluye desde luego el derecho a la salud, pero que, como lo ha señalado la Corte Constitucional, no se restringe al mismo.

“La seguridad social es un derecho constitucional desarrollado en la ley, que en principio no ostenta el rango de fundamental, salvo que las circunstancias concretas permitan atribuirle esta connotación por su importancia imprescindible para la vigencia de otros derechos fundamentales” (Corte Constitucional, Sentencia T-491 de 1992).

La seguridad social, reconocida como derecho de las personas y como un servicio público, está consagrada en el artículo 48 de la Constitución Política:

“Artículo 48. La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley.

La seguridad social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”.

Así las cosas, la realización de este derecho pasa por la activación del principio constitucional de la solidaridad, cuyo alcance definió la Corte en el siguiente sentido:

[en el Estado Social de Derecho] ...velar por el bienestar de los asociados im-plica ...asumir una posición activa en torno a lo que sucede en la sociedad, persi-guiendo “contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales”.

Lo que se persigue es asegurar a la comunidad unas condiciones materiales mínimas de existencia, por lo que el Estado debe intervenir de manera decidida en la búsqueda de ese fin.

Pero también del Estado social de derecho se derivan obligaciones constitu-cionales tanto para el Congreso como para el Estado y la sociedad. El primero en cuanto a la adopción de medidas indispensables para la construcción de un orden político, económico y social justo como lo contempla el Preámbulo de la Constitución. Los segundos, en cuanto de manera conjunta, atendiendo principios de dignidad humana y solidaridad, contribuyan a garantizar a las personas un mínimo vital para una existencia en condiciones dignas. Es que, agregó la decisión:

“El derecho al mínimo vital no sólo incluye la facultad de neutralizar las situaciones violatorias de la dignidad humana, o la de exigir asistencia y protección por parte de personas o grupos

discriminados, marginados o en circunstancias de debilidad manifiesta, sino que, sobre todo, busca garantizar la igualdad de oportunidades y la nivelación social en una sociedad históricamente injusta y desigual, con factores culturales y económicos de grave incidencia en el ‘déficit social’.

El derecho a un mínimo vital, no otorga un derecho subjetivo a toda persona para exigir, de manera directa y sin atender a las especiales circunstancias del caso, una prestación económica del Estado. Aunque de los deberes sociales del Estado (CP art. 2) se desprende la realización futura de esta garantía, mientras históricamente ello no sea posible, el Estado está obligado a promover la igualdad real y efectiva frente a la distribución inequitativa de recursos económicos y a la escasez de oportunidades.

[...] Existe una íntima relación entre el derecho a un mínimo vital y el compromiso institucional para garantizar el cubrimiento de las necesidades básicas insatisfechas (CP arts. 324, 334, 350, 357, 366). El carácter programático de las disposiciones económicas no es óbice para que el Estado desatienda sus deberes sociales cuando las necesidades básicas ya han sido cubiertas mediante el desarrollo de la infraestructura económica y social y, por lo tanto, se encuentre materialmente en capacidad de satisfacerlas, ya de manera general o particular. En estas circunstancias se concretiza la existencia de un derecho prestacional del sujeto para exigir del Estado el cumplimiento y la garantía efectiva de sus derechos sociales, económicos y culturales” (Corte Constitucional, T-426 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

El derecho a la seguridad social no está consagrado expresamente en la Constitución como un derecho fundamental, sin embargo, este derecho establecido en forma genérica en el artículo 48 de la Constitución adquiere el carácter de fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad física y moral, o el libre desarrollo de la personalidad.

Lo anterior implica que el ejercicio que le corresponde desarrollar al legislador, en materia de seguridad social, deberá estar regido y sustentado en los principios fundamentales de dignidad de la persona humana, entendido como se ha dicho, y en el principio de solidaridad, que en nuestro ordenamiento superior también se erige como principio fundante del Estado.

De otra parte, es pertinente señalar, que la Carta adopta un concepto amplio de la seguridad social, que incluye el mayor número de servicios, auxilios, asistencias y prestaciones en general. Un conjunto de derechos cuya eficacia compromete al Estado, la sociedad, la familia y la persona, y que gradualmente deben quedar comprendidos en la seguridad social. También muestra la norma superior con claridad el derecho de los particulares a la realización de la seguridad social. Sin perjuicio de que la tarea superior en la dirección, coordinación, reglamentación y vigilancia, corresponde al Estado, los particulares tienen el derecho y el deber concomitante de participar en la ampliación de la cobertura y en la ejecución de las prestaciones que les son propias.

Ahora bien, ¿qué pasa con la realización de este derecho, en un país de escasos recursos, altos niveles de pobreza y crecientes necesidades en materia de seguridad social? Esto es, cuál es el papel del Estado en materia asistencial cuando las posibilidades financieras son restringidas?.

El Estado social de derecho se erige sobre los valores tradicionales de la libertad, la igualdad y la seguridad, pero su propósito principal es procurar las condiciones materiales generales para lograr su efectividad y la adecuada integración social. A la luz de esta finalidad, no puede reducirse el Estado social de derecho a mera instancia prodigadora de bienes y servicios materiales. Por esta vía, el excesivo asistencialismo, corre el riesgo de anular la libertad y el sano y necesario desarrollo personal. En este sentido, los derechos prestacionales, la asunción de ciertos servicios públicos, la seguridad social, el establecimiento de mínimos salariales, los apoyos en materia laboral, educativa y de salud pública, entre otros institutos

propios del Estado social de derecho, deben entenderse como fines sociales de la acción pública que se ofrecen a los individuos para que éstos puedan contar con una capacidad real de autodeterminación. Las finalidades sociales del Estado, desde el punto de vista del individuo, son medios para controlar su entorno vital y a partir de allí desarrollar libremente su personalidad, sin tener que enfrentarse a obstáculos cuya superación, dado su origen, exceda ampliamente sus fuerzas y posibilidades.

El Estado social de derecho, se proyecta en la Constitución, en primer término, en la consagración del principio de igualdad y en su consecuencia obligada: los derechos sociales y económicos y en la prestación de los servicios públicos. En segundo término, a través de los derechos de participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, que se compendian en el principio democrático y gracias al cual se socializa el Estado y las diferentes instancias de poder dentro de la comunidad. La orientación social del Estado, elevada a rasgo constitutivo suyo, articulada en varias disposiciones de la Constitución, resulta vinculante y obligatoria para todas las ramas del poder público. En particular, corresponde al Congreso definir en cada momento histórico, dentro del marco de la Constitución, la política social del Estado y asignar cuando a ello haya lugar los recursos necesarios para su debida implementación. El cumplimiento de prestaciones sociales y económicas a cargo del Estado y la asunción de servicios públicos, requieren del desarrollo de esquemas organizativos y demandan la generación de gasto público, y todo esto normalmente se financia con la imposición de contribuciones fiscales o parafiscales. En suma, el avance del Estado social de derecho, postulado en la Constitución, no responde al inesperado triunfo de ninguna virtud filantrópica, sino a la actualización histórica de sus exigencias, las cuales no son ajenas al crecimiento de la economía y a la activa participación de los ciudadanos y de sus organizaciones en el proceso democrático”.

La realización del principio constitucional de solidaridad está ligada al concepto de efectividad de los derechos fundamentales.

El principio de solidaridad, como anotábamos antes, irradia todo el orden jurídico y se manifiesta en distintas instituciones y principios constitucionales, él mismo debe delimitarse de manera tal que encuentre un justo medio entre el alcance retórico y la vinculación directa, general e inescindible que se deriva del texto constitucional.

“La solidaridad es un principio que no puede ser entendido a cabalidad con independencia del concepto de efectividad de los derechos fundamentales. En efecto, ambos postulados constitucionales obran en aquellas circunstancias en las cuales la aplicación del sistema legal de derechos y obligaciones resulta disfuncional en relación con la protección de los derechos fundamentales. Dicho en otros términos, el estricto seguimiento de las prescripciones legales no siempre conduce a los objetivos propuestos por el sistema. La efectividad del derecho, entendida como correspondencia entre la conducta y el contenido normativo, no siempre trae consigo la eficacia del derecho, entendida como correspondencia entre contenidos y resultados. En el Estado social de derecho no basta con que las normas se cumplan; es necesario, además, que su cumplimiento coincida con la realización de principios y valores constitucionales”.

Es esa la perspectiva que debe tener el juez constitucional a la hora de decidir acciones de tutela relacionadas con el derecho a la seguridad social, es decir verificar que los servicios constitutivos de ese derecho, el de salud principalmente, se presten de conformidad con las disposiciones legales vigentes, actualmente las contenidas en la ley 100 de 1993, pero sobre todo, que las mismas contribuyan efectivamente a la realización de los derechos fundamentales del usuario; no basta, y así lo ha expresado en reiteradas oportunidades la Corte Constitucional, con que las empresas promotoras de servicios de salud, acojan de manera estricta las disposiciones legales, deberán también verificar que la aplicación de dichas normas sirva para garantizar la protección y realización efectiva de los derechos a los cuales, por lo general, está estrechamente vinculado el servicio,

valga decir el derecho a una vida digna y el derecho a la integridad física, entre otros.

“La realización del servicio público de la Seguridad Social (art. 48) tiene como sustento un sistema normativo integrado no solamente por los artículos 48, 49, 11, 366 de la Constitución sino también por el conjunto de reglas en cuanto no sean contrarias a la Carta. Todas esas normas contribuyen a la realización del derecho prestacional como estatus activo del Estado. Es decir, el derecho abstracto se concreta con reglas y con procedimientos prácticos que lo tornan efectivo. Lo anterior significa que si se parte de la base de que la seguridad social se ubica dentro de los principios constitucionales de la igualdad material y el Estado social de derecho, se entiende que las reglas expresadas en leyes, decretos, resoluciones y acuerdos no están para restringir el derecho (salvo que limitaciones legales no afecten el núcleo esencial del derecho), sino para el desarrollo normativo orientado hacia la optimización del mismo, a fin de que esos derechos constitucionales sean eficientes en gran medida. Es por ello que, para dar la orden con la cual finaliza toda acción de tutela que tenga que ver con la salud es indispensable tener en cuenta esas reglas normativas que el legislador desarrolló en la Ley 100/93, y en los decretos, resoluciones y acuerdos pertinentes. Lo importante es visualizar que la unidad de los principios y las reglas globalizan e informan el sistema y esto debe ser tenido en cuenta por el juez de tutela.”

Es en esas circunstancias específicas en las que debe activarse el principio de solidaridad de los diferentes actores que participan en los procesos de realización del derecho a la seguridad social; ellos, desde sus diferentes posiciones, como Estado, como administradores, como médicos en ejercicio, como pacientes, deberán participar en la toma de decisiones que, dentro del marco de legalidad a la que están supeditadas, garanticen y hagan prevalecer la realización efectiva de los derechos fundamentales.

“El principio de solidaridad permite que el derecho a la seguridad social se realice, si es necesario, a través de la exigencia de

una prestación adicional por parte de entidades que han cumplido con todas las obligaciones previstas en la legislación competente. El principio aludido impone un compromiso sustancial del Estado y de los empleadores, en la protección efectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores y sus familiares. (Corte Constitucional, Sentencia T-005 de 1995.)

En el Estado social de derecho, no es admisible que las organizaciones, públicas o privadas, encargadas de la administración y prestación de servicios propios de la seguridad social, se muestren “...insensibles a las necesidades de los ciudadanos, pues ello no se compadece con sus fines esenciales, sino que al contrario, cosifica al individuo y traiciona los valores fundamentales del paradigma de organización jurídico-política por la cual optó el Constituyente”.

Ese ha sido el fundamento principal de muchas de las decisiones de la Corte Constitucional, cuando, en instancia de revisión, ha confirmado o concedido tutelas a favor de los usuarios del servicio de salud, no obstante que los contratos que éstos hayan suscrito con las respectivas empresas prestadoras de esos servicios no incluyan determinadas prestaciones o restrinjan específicos beneficios al cumplimiento de ciertas condiciones.

Lo anterior, por cuanto el Estado social de derecho realiza en una forma de organización política que tiene como uno de sus principales objetivos combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándoles asistencia y protección. Ese tipo de organización “... exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades actuar efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dinerarios para desenvolverse en sociedad”.

Así pues, son esos dos principios fundantes del Estado social de derecho, el de dignidad de la persona humana y el de solidaridad, los que deben regir el proceso de toma de decisiones, cuando se

trate de aplicar la legislación vigente en materia de seguridad social; el intérprete no debe limitarse a la aplicación en abstracto de esa normativa, alejándose del universo que representa cada uno de los usuarios, deberá cuidar que el objetivo último de su acción concreta, que no es otro que la protección y realización del individuo titular de ese derecho, entendido como ser integral y autónomo, encuentre respuestas inmediatas y eficaces a sus necesidades de salud y bienestar, pues si ellas no se atienden y satisfacen adecuadamente, sus derechos fundamentales a la vida y a la integridad se pondrán en peligro.

“La solidaridad como deber, de que trata el artículo 95.2 de la Carta, tiene como contrapartida el concepto de la solidaridad como derecho, que se expresa en la seguridad social. Se advierte (del art. 48 CP) en primer lugar que fue deseo del constituyente consagrar una definición amplia de la seguridad social. Ello es manifiesto al consultar los antecedentes de la norma en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, donde se afirmó:

“Nuestra concepción de la Finalidad Social del Estado debe ir necesariamente más allá de la retórica. La Seguridad Social constituye un elemento indispensable para posibilitar unas condiciones de vida dignas; tal vez no haya instrumento más eficaz para el cumplimiento de la Finalidad Social del Estado. En este sentido es necesario consagrar en la Carta el derecho irrenunciable a la Seguridad Social, garantizado por el Estado a todos los habitantes del territorio Nacional.

La seguridad y la previsión social tienen por objeto la protección de la población contra las contingencias que menoscaban la salud y la capacidad económica. La seguridad social ha dejado de ser una noción abstracta para convertirse en un derecho concreto reconocido internacionalmente. La declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 22 dice: ‘Toda persona como miembro de la sociedad tiene derecho a la Seguridad Social...’

Desde el punto de vista de la cobertura de la Seguridad Social una concepción amplia permite el derecho a toda la población;

una más estrecha (sic) únicamente a los trabajadores. Con respecto a las contingencias previstas, la concepción amplia involucra aspectos como recreación, vivienda, desempleo y otros derechos indispensables a la dignidad del ser humano...” (Negrillas fuera de texto).

Esta concepción de la seguridad social que hace la Constitución de 1991, recoge la tendencia normativa universal, expresada por ejemplo en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968 y con fuerza normativa en el derecho interno por disposición del artículo 93 de la Carta, cuyo artículo 9o dice:

“Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.”

La doctrina igualmente ha afirmado desde 1942 que la seguridad social “trata de combatir los ‘cinco grandes malignos’: la necesidad, por falta de medios de subsistencia; la enfermedad, que con frecuencia deriva de aquella necesidad; la ignorancia, que ninguna democracia debe permitir entre sus ciudadanos; la miseria, inadmisibles en países civilizados y entre laboriosos capaces; y la ociosidad, por los peligros sociales que implica este pésimo ejemplo...”.

Ahora del artículo 48 superior sobresalen los tres principios que rigen la solidaridad social en Colombia: eficiencia, solidaridad y universalidad.

La eficiencia es un principio que tiene como destinatario a los propios organismos responsables de la prestación del servicio público de la seguridad social -el Estado y los particulares-. Ella es reiterada por el artículo 209 de la Carta como principio rector de la gestión administrativa. Así mismo la eficacia implica la realización del control de resultados del servicio.

Pero más significativos para el negocio que nos ocupa son los principios de solidaridad y universalidad, porque ellos se dirigen tanto a los responsables como a los beneficiarios de la seguridad social.

En cuanto a la solidaridad, es un principio que aspira a realizar el valor justicia, que bebe en las fuentes de la dignidad humana. En este caso ello es evidente, como lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, cuando afirmó que “el subsidio familiar es, desde otro punto de vista, un mecanismo para la redistribución de los ingresos, fundamentado en principios universales de bienestar y solidaridad”.

Y la universalidad es el principio relacionado con la cobertura de la seguridad social: todas las personas. Ello es natural porque si, como se estableció, la dignidad es un atributo y un fin inherente de la persona, no es entonces concebible que unas personas gocen de vida digna y otras no. Las calidades esenciales de la existencia no sabrían ser contingentes. Simplemente, si son esenciales, se predicán de todas las personas.

Es por ello que la seguridad social es un requisito de la dignidad y la dignidad es un atributo esencial de la persona.

Por otra parte el artículo 48 precitado hace alusión en el inciso tercero a la facultad del legislador para ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social, bajo la dirección del Estado y con la participación de los particulares.

Esta facultad del legislador es concordante con el numeral 23 del artículo 150 constitucional, en donde se atribuye al Congreso la competencia para regular la prestación de los servicios públicos. Recuérdese a este respecto que el artículo 48 ídem empieza por definir la seguridad social como un servicio público”.

La aplicación estricta y exegética de los reglamentos del sistema de seguridad social, en algunos casos conlleva la negación de la finalidad del mismo y la vulneración de derechos fundamentales.

En razón de los principios de solidaridad y universalidad que rigen el derecho constitucional a la seguridad social, contenido en el artículo 48 de la Carta Política, el Plan Obligatorio de Salud creado a través de la ley 100 de 1993, que pretende cubrir la totalidad de la población colombiana en un plazo determinado y relativamente

corto, excluye ciertos medicamentos, tratamientos e intervenciones médicas considerados de alto costo, para que con los aportes que llegan a dicho sistema puedan atenderse las necesidades primarias de más personas, sacrificando otras de segundo orden y que implican una erogación superior, pues, de lo contrario, los aportes hechos al régimen contributivo y extendidos al subsidiado, apenas alcanzarían para algunos de su afiliados. En este sentido, existen servicios que deben incluirse con mayor prioridad y no todos los servicios de salud posibles pueden considerarse iguales: algunos de ellos son prioritarios por la mayor efectividad, por requerirse con urgencia o por lo común de su ocurrencia.

No obstante, la anterior consideración, no debe observarse automáticamente, es decir, sin tener en cuenta la situación concreta que está padeciendo la persona afiliada al sistema porque, en ciertas ocasiones, la aplicación estricta de los reglamentos del sistema de seguridad social integral en salud, antes que cumplir con los principios señalados, no sólo conllevan la negación rotunda de la finalidad del sistema, sino, lo más grave, la vulneración de derechos fundamentales.

„...se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto del mínimo vital, la abstención o la negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales”.

Por fuera del principio de la dignidad humana que origina pretensiones subjetivas a un mínimo vital -que impide la completa cosificación de la persona por causa de su absoluta menesterosidad-, la acción de tutela, en el marco de los servicios y prestaciones a cargo del Estado, puede correctamente enderezarse a exigir el cumplimiento del derecho a la igualdad de oportunidades y al debido proceso, entre otros derechos que pueden violarse con ocasión de

la actividad pública desplegada en este campo. En estos eventos, se comprende, la violación del derecho fundamental es autónoma con relación a las exigencias legales que regulan el servicio público.

En esos como en la mayoría de los casos, la acción de tutela, dadas sus características, se ha constituido en un instrumento eficaz para reivindicar la condición de dignidad de los individuos respecto a la aplicación literal y fría de las normas, es decir, que cumpliendo con los objetivos propios del Estado social de derecho, a través de dicha acción, el juez constitucional ha puesto al ser humano por encima incluso del ordenamiento legal, aunque sin desconocerlo, cuya integridad es responsabilidad de sí mismo, de la sociedad toda y del Estado.

En esos casos la función del juez constitucional trasciende la mera confrontación entre el contenido material de la norma acusada y el precepto superior que se alega transgredido; su ejercicio debe extenderse a confrontar la norma impugnada con el paradigma mismo que se consagra en la Constitución, en consecuencia el análisis ha de propender por garantizar no sólo que la norma no contraríe el texto de la Carta Fundamental, sino que su mandato contribuye efectivamente a la realización de los fines y objetivos que caracterizan el Estado social de derecho.

La Corte Constitucional se ha ocupado de innumerables casos en los cuales se ha aplicado la reglamentación del Plan Obligatorio de Salud, sin tener en cuenta el perjuicio que con ello se causa a quienes requieren de los procedimientos excluidos, a tal punto, que de ellos dependen sus derechos constitucionales fundamentales a la vida y a la integridad personal, como regla general. En tales eventos, la Corte ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado y evitar, de ese modo, que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales.

Ahora bien, no en todos los casos procede la inaplicabilidad de las disposiciones legales o reglamentarias sobre la materia, pues no

siempre ellas significan vulneración de derechos constitucionales fundamentales, y tampoco procede una inaplicación automática.

“Naturalmente, los derechos económicos, sociales y culturales, disponen, además, de otras vías de garantía y protección constitucional. La acción de inconstitucionalidad puede ser el medio más apto para poner coto a las acciones y omisiones del legislador que se aparten de los mandatos generales y específicos del Estado social de derecho, particularmente del principio de igualdad.

De otro lado, corresponde a las leyes organizar y regular los servicios y prestaciones económicas y sociales a cargo del Estado y, para el efecto, disponer los procedimientos que sean necesarios para acceder a los mismos y para defender los derechos de los titulares. Dentro de cada ámbito prestacional, independientemente de su naturaleza y forma de funcionamiento, la ley debe desarrollar mecanismos de participación de los ciudadanos dirigidos a su control y fiscalización por parte de los ciudadanos.

Sin necesidad de agotar los instrumentos genéricos diseñados por el Constituyente para asegurar la efectividad de la cláusula del Estado social, baste señalar que es principalmente a través del presupuesto y del proceso de planificación, a los cuales son inherentes diversos mecanismos de participación, cómo progresivamente puede hacerse realidad dicho ideario. Ciertamente todos los derechos constitucionales presuponen, en mayor o en menor grado, prestaciones a cargo del Estado y se proyectan en el plano de los principios objetivos del ordenamiento desde el cual las autoridades y los miembros de la comunidad reciben sus orientaciones de sentido más fundamentales y vinculantes. Sin embargo, los derechos tentativamente llamados económicos, sociales y culturales, tienen un contenido prestacional más acusado y permanentemente están necesitados de soporte presupuestal -en los distintos niveles territoriales y funcionales del Estado-, extremo éste que se gobierna por las reglas del principio democrático y que no puede quedar librado a la discrecionalidad judicial.

La defensa y protección de los derechos constitucionales no es idéntica en todos los casos. Derechos para cuya efectividad se precisa del ineludible agotamiento de un trámite democrático y presupuestal, no pueden, en los aspectos íntimamente vinculados con éste, ser objeto de amparo a través de la acción de tutela. Ya se han mencionado los mecanismos judiciales, administrativos y políticos, a los cuales cabe apelar a fin de buscar la protección y promoción de estos derechos. A éstos se agrega la acción de tutela contra sentencias y providencias judiciales que tengan las características de vía de hecho. Si los procedimientos judiciales ordinarios dispuestos por la ley para ventilar asuntos o pretensiones relacionadas con prestaciones a cargo del Estado -por acciones u omisiones arbitrarias de los jueces competentes- se revelan incapaces de ofrecer a los ciudadanos una tutela judicial efectiva, éste será siempre un motivo suficiente para que la acción de tutela pueda ser instaurada”.

El mínimo vital al que se ha hecho referencia, supone un derecho constitucional fundamental a la vida no entendido como la mera subsistencia, sino como la realización de un proyecto de vida digna, contando con las condiciones suficientes para desarrollar, en la medida de lo posible, todas las facultades de que puede gozar la persona humana; así mismo, un derecho a la integridad personal en todo el sentido de la expresión que, como prolongación del anterior y manifestación directa del principio de la dignidad humana, impone tanto el respeto por la no violencia física y moral, como el derecho al máximo trato razonable y la mínima disminución posible del cuerpo y del espíritu.

El fundamento ético del Estado social de derecho se realiza entonces, cuando a los individuos, en cuanto titulares del derecho a la seguridad social, se les garantiza la prestación del mismo en condiciones tales que no amenacen ni vulneren sus derechos fundamentales a la vida y a la integridad.

El fundamento ético que subyace en el Estado social de derecho, reivindica la condición de dignidad de todos los actores

que participan en los procesos que hacen efectivo el derecho a la seguridad social, incluidos desde luego los profesionales la salud.

Hemos comentado cómo el diseño y aplicación de la legislación en materia de seguridad social, en el Estado social de derecho, exige como principios rectores los de respeto a la dignidad humana y a la solidaridad, dado que el objetivo último que se persigue con su prestación, es garantizarle a los individuos la realización plena de sus derechos fundamentales, principalmente de los derechos a la vida y a la integridad.

No obstante, el énfasis se ha colocado hasta ahora en el individuo receptor de los servicios que aunados constituyen el derecho a la seguridad social, en el paciente, llámese usuario o beneficiario del sistema que creó la ley 100 de 1993, para el cual se reclaman condiciones que garanticen su derecho fundamental a una vida digna.

Sin embargo, él no es el único actor que participa en los procesos de realización del derecho a la seguridad social, se encuentran también, asumiendo un papel protagónico, los profesionales de la salud, los médicos y los administradores de esos servicios, los cuales con la implementación del nuevo sistema de seguridad social, se vieron abocados a replantear y reformular sus relaciones con el paciente, con la sociedad, con el Estado y con su propia comunidad; para esos profesionales el paradigma propio del Estado social de derecho también reclama el respeto a su condición de dignidad, la cual, cuando se trata de la prestación de servicios de seguridad social, puede verse afectada si el trato que se les brinda al interior del sistema no corresponde a su doble condición de sujetos autónomos, como tal dignos, y de profesionales competentes sin los cuales sería imposible que el sistema cumpliera sus cometidos esenciales, ello ha hecho necesario, que la Corte Constitucional aborde este problema y se pronuncie, señalando que la remuneración de los profesionales de la salud es un factor primordial en el servicio:

“La Corte reitera que el de la salud, independientemente de quien lo preste (Estado o particulares), es un servicio público cuya

prestación por tener incidencia en la calidad de vida de las personas, exige altos niveles de eficiencia, constancia y credibilidad de parte de los entes a cuyo cargo se encuentra.

“Dentro del conjunto de factores relevantes para definir la calidad de los servicios de salud reviste gran importancia el de la remuneración de la actividad profesional de los médicos, de cuya idoneidad y destreza dependen en buena parte la vida y la integridad de los pacientes que les son confiados.

“Tanto las entidades clínicas y hospitalarias como las E.P.S. y las empresas de medicina prepagada tienen la obligación de velar por la calidad de los servicios médicos y, por tanto, lo que de ellas se espera es que contraten facultativos generales y especializados del más alto nivel profesional, que brinden seguridad a pacientes, afiliados y usuarios, lo que a su vez exige justa, adecuada y profesional remuneración de aquéllos, acorde con su grado de preparación, especialidad, experiencia, tipo o clase de servicio prestado y características de la enfermedad que tratan” (Corte Constitucional, Sentencia T-161 de 1998).

En cuanto a la remuneración de los médicos en el actual sistema de seguridad que rige en Colombia, la Sala Plena de la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

“...frente a un régimen como el contemplado en la ley 100 de 1993, se hace imperioso garantizar no sólo el derecho del médico a recibir una contraprestación digna y justa como resultado de la actividad profesional, sino la protección de éste frente a terceras personas que pretendan explotarlo comercial o políticamente.

“Como ya se señaló con la creación de las E.P.S. e I.P.S, dichas instituciones contratan directamente con los médicos, con el objeto de garantizar la prestación de los servicios de salud a sus afiliados, con la consiguiente retribución de aquellos emolumentos provenientes de su actividad profesional.

“Por ello, resulta evidente que mediante el sistema mencionado, para los efectos de la atención y protección de los afiliados a una

E.P.S., éstos no contratan la prestación de los servicios de salud con el galeno en forma particular, sino con la misma institución, quien es la obligada a cubrir las asignaciones u honorarios por concepto de la labor realizada, sin que exista por consiguiente una vinculación directa entre el médico y el paciente para los efectos de la remuneración de aquél, lo cual no constituye por sí solo una explotación comercial o política, en atención al nuevo modelo del servicio público de seguridad social consagrado en la Carta Fundamental vigente, que permite que éste sea prestado por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley”.

“Cabe recordar que el trabajo como derecho y obligación social, debe gozar en todas sus modalidades de una especial protección del Estado y que, además, la persona tiene derecho al mismo en condiciones dignas y justas, lo que constituye uno de los principios fundamentales de nuestro Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran (artículos 1 y 25 C.P.).

“En estas circunstancias, no puede pretenderse que a raíz de la expedición de la ley 100 de 1993 y la creación del nuevo sistema de seguridad social en salud, para el caso particular de los profesionales de la medicina, puedan fijarse tarifas por concepto de servicios profesionales que no estén a la altura de las condiciones dignas y justas y de la delicada labor médica, desarrollada en el ejercicio de la profesión liberal.

“Así pues, el nuevo modelo de seguridad social no puede ser pretexto para disminuir o compensar de manera irrisoria los emolumentos derivados de la prestación del servicio de la medicina que le corresponde cubrir a las entidades prestadoras de salud en desarrollo del servicio público de seguridad social prestado por entidades públicas o privadas”.

El nuevo esquema de seguridad social, consagrado en el artículo 48 constitucional y desarrollado por la ley 100 de 1993, en virtud de la cual se crearon las entidades promotoras de salud, las instituciones prestadoras de salud y el plan obligatorio de salud, fijando las nuevas

condiciones del sistema de seguridad social, persigue, como se ha expresado, la ampliación de la cobertura del servicio de salud a través de la subordinación laboral o mediante contrato de prestación de servicios profesionales de destacados especialistas de la medicina, que contribuyen a la eficiencia, universalidad y solidaridad de la seguridad social en el país.

En síntesis, el respeto a las condiciones dignas y justas en la relación laboral o contractual que se establezca entre el médico y la empresa prestadora de servicios de salud, se constituye en presupuesto esencial, no sólo de la realización de principios fundamentales que rigen la vida del individuo, sino del cumplimiento de los objetivos que se imponen a un sistema de seguridad social en el marco de un Estado social de derecho.

EL CASO DE LA MEDICINA PREPAGADA

Lo dicho hasta ahora es aplicable al plan obligatorio de salud, no así a los contratos de medicina prepagada que como tales están regidos por una legislación especial, lo que no es óbice para que ellos también encuentren sustento en los principios constitucionales de solidaridad y dignidad a los cuales se ha hecho referencia, aspecto sobre el que la Corte Constitucional se ha pronunciado de fondo, unificando su jurisprudencia a través de la Sentencia SU-039 de 1998.

“La gestión de los servicios de medicina prepagada como actividad económica y servicio público a cargo de particulares.

El legislador en la Ley 10 de 1.990 que reorganizó el Sistema Nacional de Salud, autorizó la prestación del servicio de salud mediante la forma de la medicina prepagada, dentro de un esquema de contratación particular y voluntaria, bajo la intervención del Estado a fin de establecer su organización y funcionamiento (art. lo., literal k), en razón de lo cual se expedieron los Decretos No. 1570 de 1.993 y 1222 de 1.994, el primero de ellos modificado por el Decreto 1486 de 1.994.

El artículo lo. de ese Decreto 1486 de 1.994, definió la medicina prepagada en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 1o El numeral 1o. del Artículo 1o. del Decreto 1570 de 1993, DISPOSICIONES GENERALES, quedará así:

“Medicina Prepagada. El Sistema organizado y establecido por entidades autorizadas conforme al presente decreto, para la gestión de la atención médica y de la prestación de los servicios de salud y/o para atender directa o indirectamente estos servicios, incluidos en un plan de salud preestablecido, mediante el cobro de un precio regular previamente acordado. No se consideran como entidades de prepago aquéllas que se limitan a otorgar descuentos sobre el costo de la utilización de los servicios de salud, que debe ser asumido por parte de un grupo de usuarios.”

De lo anterior, puede deducirse que las actividades que se adelantan con ese propósito están fundamentadas en dos presupuestos básicos: 1.) el ejercicio del derecho a la libertad económica y a la iniciativa privada dentro de un marco de libertad de acción limitada, únicamente, por el bien común, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación, sin condicionamientos para su realización en materia de expedición de permisos previos o requisitos no autorizados legalmente y 2.) la prestación de un servicio público, como es el de salud, que ligado a su condición de actividad económica de interés social, está sujeta a la intervención, vigilancia y control del Estado para precisar sus fines, alcances y límites, a través de la Superintendencia Nacional de Salud (C.P., arts. 49, 150-21, 333 y 334).

Sobre los fundamentos que justifican la intervención estatal ha dicho la Corte Constitucional:

En síntesis, la intervención estatal sobre la medicina prepagada tiene un fundamento constitucional múltiple: uno general, que es la intervención del Estado en la economía (CP art. 334) y otros tres mucho más específicos: de un lado, ella es la expresión de la inspección y vigilancia de una profesión de riesgo social; de otro lado, por tratarse del servicio público de atención de la salud, el Estado mantiene la regulación, el control y la vigilancia de esta actividad (CP arts. 49 y 365) y, finalmente, por la particular naturaleza de

las medicinas prepagadas, puesto que en ellas se manejan recursos captados del público, estamos en presencia de una actividad de interés público sometida a la especial intervención del Gobierno (CP arts. 150 ord 19 literal d, 189 ords 24 y 25, y 335).”

La ejecución y cumplimiento del contrato de servicio de medicina prepagada regido por el principio de la buena fe.

El contrato de servicios que suscribe una entidad de medicina prepagada y una persona interesada en obtener beneficio directo o el de terceros, o de ambos, con destino a fijar los derechos y las obligaciones que se derivarán de la gestión de ese servicio, puede comprender el servicio relacionado con la promoción de la salud y prevención de la enfermedad, consulta externa, general y especializada, en medicina diagnóstica y terapéutica, hospitalización, urgencias, cirugía, exámenes diagnósticos y odontología. (D. 1570/93, arts. lo., num. 60, y 6, num. lo. y 2o.).

La sujeción a los límites instaurados por la intervención estatal para el desarrollo de esa actividad, determina que el contenido de dichos contratos deba ser aprobado por la Superintendencia Nacional de Salud, al igual que los planes de salud que con ellos se ofrezcan (D. 1750/93, art. 15, num. lo.-4o.). Así pues, los acuerdos sobre las prestaciones y obligaciones contraídas por cada parte, tienen que gozar de claridad en sus términos, según el régimen contractual consignado en el Decreto 1750 de 1.993 -en concordancia con las modificaciones introducidas por el Decreto 1486 de 1.994, arts. 7 y 8- y las demás disposiciones legales que los regulen, so pena de presentar una ineficacia en la estipulación respectiva, derivándose como consecuencia esencial su obligatorio cumplimiento, en el entendido de que constituyen una “ley para las partes”.

Como quiera que la celebración de un contrato de esa clase se desarrolla dentro del campo de los negocios jurídicos en la forma de un acuerdo de voluntades para producir efectos jurídicos, lo que supone un desarrollo bajo la vigencia de los principios generales que los informan, como ocurre con el principio de la buena fe que no sólo nutre estos actos sino el ordenamiento jurídico en general y el

cual obtiene reconocimiento expreso constitucional en el artículo 83 de la Carta Política de 1991, como rector de las actuaciones entre los particulares, significa que, desde su inicio y especialmente durante su ejecución, al incorporarse el valor ético de la confianza mutua en los contratos de medicina prepagada, se exige un comportamiento de las partes que permita brindar certeza y seguridad jurídica respecto del cumplimiento de los pactos convenidos y la satisfacción de las prestaciones acordadas.

Como lo ha señalado la Corte:

“Los particulares deben conducirse en todas sus actuaciones según el principio de la buena fe (CP art. 83). En el plano negocial, las partes deben comportarse con lealtad, lo que se traduce, en términos prácticos, en el respeto de los derechos ajenos y en el no abuso de los propios (CP art. 95-1). El abuso de las posiciones dominantes rompe el equilibrio contractual (...).” (Sentencia T-125 de 1.994, M.P doctor Eduardo Cifuentes Muñoz).

De otro lado, el contrato de servicios de medicina prepagada reúne las características de ser bilateral, oneroso, aleatorio, principal, consensual y de ejecución sucesiva en los términos del Código Civil y surge al mundo jurídico como un contrato de adhesión, según el cual las partes contratantes se obligan mutuamente a través de cláusulas y condiciones que no son discutidas libre y previamente, sino preestablecidas por una de las partes en los términos aprobados por el organismo de intervención estatal y sobre las cuales la otra expresa su aceptación y adherencia o su rechazo absoluto. Como lo ha señalado la doctrina, en los contratos de adhesión una de las partes impone “la ley del contrato” a la otra.

De manera que, son pocos los asuntos que quedan sometidos a la discusión totalmente libre de las partes, los cuales, en lo posible, no pueden exceder el marco delimitado por el ordenamiento jurídico en rigor, pero que requieren al igual que las situaciones no expresamente pactadas en estos contratos, aun cuando derivadas de la ejecución de los mismos, que la actuación de una y otra parte se adelante mediante una actitud de confianza y credulidad en el

estricto cumplimiento de lo negociado y en la realización de las prestaciones en la forma esperada, según el objeto contratado, lo que en consecuencia demanda de una máxima expresión del principio de la buena fe para la interpretación del vínculo contractual y de los anexos que lo conforman integralmente, especialmente por ese carácter de adhesión que, como ya se dijo, se le reconoce a esta clase de contratación.

Las preexistencias en los contratos de medicina prepagada

A diferencia de lo que ocurre en el Sistema General de Seguridad Social, en donde las Empresas Promotoras de Salud E.P.S. “no podrán aplicar preexistencias a sus afiliados” como se deduce de la prohibición contenida en la Ley 100 de 1.993, art. 164, tal concepto es totalmente aceptable en el contrato de servicios de salud de medicina prepagada, el cual fue definido por el Decreto 1222 de 1994 , en la forma que se señala a continuación:

Artículo 1o - Definición de preexistencias. Se considera preexistencia toda enfermedad, malformación o afección que se pueda demostrar existía a la fecha de iniciación del contrato o vinculación, sin perjuicio de que se pueda diagnosticar durante la ejecución del contrato sobre bases científicas sólidas.

La demostración de la existencia de factores de riesgo, como hábitos especiales o condiciones físicas o genéticas, no podrán ser fundamento único para el diagnóstico a través del cual se califique una preexistencia.”.

Así mismo, dicho Decreto consagra las llamadas exclusiones como aquellos servicios que se exceptúan de prestación en los contratos de medicina prepagada, en forma expresa y precisa, y que al tenor del mismo consisten en:

Artículo 2o - Exclusiones. Las exclusiones deberán estar expresamente previstas en el contrato. Sobre el particular se deberán precisar las patologías, los procedimientos, exámenes diagnósticos específicos que se excluyan y el tiempo durante el cual no serán cubiertos, por parte de la entidad de medicina prepagada. Las

exclusiones que no se consagren expresamente no podrán oponerse al usuario.

No se podrán acordar exclusiones sobre malformaciones, afecciones o enfermedad que se puedan derivar de factores de riesgo propios de éstas.”

Al respecto, la Corte Constitucional en sede de revisión de tutelas se ha pronunciado en reiteradas oportunidades fijando los criterios fundamentales que rigen la vigencia de dichas preexistencias dentro de los contratos de medicina prepagada, que vale la pena reiterar una vez más. Con tal fin, en seguida se transcriben las partes pertinentes de la Sentencia T-533 de 1996, con ponencia del Magistrado doctor José Gregorio Hernández Galindo:

“Las preexistencias médicas”.

Los contratos de medicina prepagada parten del supuesto de que la compañía prestadora del servicio cubrirá, a partir de su celebración o de la fecha que acuerden las partes, los riesgos relativos a la salud del contratante y de las personas que sean señaladas por él como beneficiarias.

Mientras el obligado en virtud del contrato pague oportunamente sus cuotas a la entidad, tiene pleno derecho a exigir de ella que responda por la totalidad de los servicios de salud ofrecidos.

Desde luego, el cumplimiento de tales compromisos va, en esta materia, mucho más allá del simple y literal ajuste a las cláusulas contractuales, ya que está de por medio la salud y muchas veces la vida de los usuarios.

Por supuesto, quienes contratan con las compañías de medicina prepagada deben ser conscientes de que ellas, aunque se comprometen a prestar un conjunto de servicios que cobijan diferentes aspectos de salud (consultas, atención de urgencias, tratamientos, intervenciones quirúrgicas, suministro de medicinas, entre otros), operan con arreglo a principios similares a los que inspiran el contrato de seguro, pues, como se trata de garantizar el cubrimiento de los percances y dolencias que afecten a los beneficiarios a partir de la celebración

del contrato, están excluidos aquellos padecimientos anteriores al mismo.

Se conoce, entonces, como “preexistencia” la enfermedad o afección que ya venía aquejando al paciente en el momento de suscribir el contrato, y que, por tanto, no se incluye como objeto de los servicios, es decir, no se encuentra amparada.

Por supuesto, en razón de la seguridad jurídica, las partes contratantes deben gozar de plena certidumbre acerca del alcance de la protección derivada del contrato y, por tanto de los servicios médico asistencial y quirúrgico a los que se obliga la entidad de medicina prepagada y que, en consecuencia, pueden ser demandados y exigidos por los usuarios.

Así las cosas, desde el momento mismo de la celebración del contrato, quienes lo suscriben deben dejar expresa constancia, en su mismo texto o en anexos incorporados a él, sobre las enfermedades, padecimientos, dolencias o quebrantos de salud que ya sufren los beneficiarios del servicio y que, por ser preexistentes, no se encuentran amparados.

Para llegar a esa definición, bien puede la compañía practicar los exámenes correspondientes, antes de la suscripción del convenio, los cuales, si no son aceptados por la persona que aspira a tomar el servicio, pueden ser objetados por ella, lo cual dará lugar -obviamente- a que se practiquen de nuevo por científicos diferentes, escogidos de común acuerdo, para que verifiquen, confirmen, aclaren o modifiquen el dictamen inicial.

Sobre esas bases, determinada con claridad la situación de salud vigente a la fecha del contrato en lo que respecta a cada uno de los beneficiarios, se deben consignar de manera expresa y taxativa las preexistencias, de modo que las enfermedades y afecciones no comprendidas en dicha enunciación deben ser asumidas por la entidad de medicina prepagada con cargo al correspondiente acuerdo contractual.

A juicio de la Corte, la compañía desconoce el principio de la buena fe que debe presidir las relaciones contractuales, y pone en

peligro la salud y la vida de los usuarios cuando se niega a autorizar -a su cargo- la prestación de servicios, la práctica de operaciones y la ejecución de tratamientos y terapias referentes a enfermedades no incluidas en la enunciación de la referencia -que, se repite, es taxativa-, pues ella se entiende comprendida como parte integral e inescindible de la relación jurídica establecida entre las partes.

Es evidente que lo expuesto elimina toda posibilidad de que, ya en el curso del contrato, la compañía modifique, en contra del usuario, las reglas de juego pactadas y pretenda, con base en dictámenes médicos posteriores, emanados de profesionales a su servicio, deducir unilateralmente que una enfermedad o dolencia detectada durante la ejecución del convenio se había venido gestando, madurando o desarrollando desde antes de su celebración y que, por tanto, pese a no haber sido enunciada como preexistencia, está excluida. (Se subraya).

Tal comportamiento resulta altamente lesivo del principio de la buena fe, inherente a todo servicio público (artículo 83 C.P.), y se constituye en peligroso instrumento contra los derechos fundamentales de las personas, quienes, en las circunstancias descritas -dada la unilateralidad de la decisión-, quedan totalmente a merced de la compañía con la cual ha contratado”.

Así, las actuaciones destinadas a garantizar una prestación eficiente del servicio de medicina prepagada deben adecuarse a los parámetros constitucionales que consagran la garantía de la prestación del servicio público de salud y la protección de los derechos a la vida, salud, integridad personal y dignidad humana de los individuos, circunstancia que no desconoce el ejercicio de la libertad contractual propia de los mismos; por lo tanto, la exoneración de la empresa de medicina prepagada de llevar a cabo algunas actividades, mediante el señalamiento y determinación de preexistencias, debe constar en forma expresa y taxativa en el texto del contrato o en los anexos a él incorporados y que precisamente por esa condición no resultan cubiertos por las obligaciones contractuales; de manera que, las enfermedades y afecciones que

no sean determinadas oportunamente, deberán ser asumidas por la entidad de medicina prepagada con cargo al contrato convenido.

Lo anterior, porque no es posible admitir que con posterioridad a la celebración del respectivo contrato se modifiquen en forma unilateral las prestaciones que deben ser asumidas por la entidad de medicina prepagada, ya que una interpretación o cláusula en sentido diferente resulta abiertamente inconstitucional, en cuanto, como ya se expresó por la Corporación, rompe con el equilibrio contractual de las partes, vulnera el principio de la buena fe que debe imperar en la ejecución del contrato y amenaza los derechos antes mencionados, reconocidos y protegidos en la Constitución Política de 1991, y aquellos otros de rango fundamental que se determinen en el análisis que realice el juez de tutela en cada caso concreto.

EL MAGISTRADO FABIO MORÓN DÍAZ RECIBIÓ EL “PREMIO EXCELENCIA A LA JUSTICIA” DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE BOGOTÁ, EN HOMENAJE EN EL CLUB DE ABOGADOS, 5 DE OCTUBRE DE 1990. EN EL ACTO PRONUNCIÓ EL SIGUIENTE DISCURSO.

Señores:

Constituye ciertamente un honor, que agradezco profundamente, esta distinción que me otorga el Colegio de Abogados de Bogotá, cuyo prestigio no sólo se sustenta en sus conocidas ejecutorias sino en la ilustre teoría de juristas de la República que han merecido este singular homenaje.

A la prestancia del acto contribuye también tan distinguido y selecto auditorio, símbolo de los valores más destacados que exhibe la Nación y que la enaltecen y la honran en el culto al Derecho, a la Política y a las letras. No en balde, pese a agobios, angustias y dificultades Colombia tiene un nombre bien ganado en el conjunto de las Repúblicas de América Latina, por las peculiares características de su desarrollo, que la han destacado en el trato y cultivo de las ideas y de las tradiciones humanísticas.

Pero estamos en momentos de gran trascendencia por las decisiones fundamentales que habrá de tomar la Nación en los próximos días. Aunque es regla de elemental prudencia aquella que señala que los Magistrados sólo deben hablar mediante sus actos y sentencias, quizá, sin rebasar los límites de la discreción, valga la pena hacer algunas reflexiones en esta especial oportunidad.

Llama la atención, en los últimos tiempos, como cuando se hace el análisis de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, no se tiene en cuenta el texto de estos documentos y aun conociendo tal texto, se desestiman decisiones, juicios y principios expresamente consagrados por la Corporación en sus fallos. Por ahí algún comentarista llegó a decir que el fallo del pasado 9 de octubre de la Corte servía hasta para cambiar el sistema republicano por una monarquía y se quedó impasible después de decir semejante enormidad.

Tómese este ejemplo para comprobar la extravagancia del aserto y utilícese apenas una interpretación meramente exegética y lógica del Decreto 1926 de 1990. ¿Quién dicta este decreto legislativo, declarado parcialmente exequible por la Corte Suprema de Justicia? El Presidente de la República de Colombia en ejercicio del artículo 121 de la Carta Política vigente. La Corte en su sentencia dice que tal Decreto tiene la conexidad necesaria con las causas que perturban el orden público y que fueron consagradas en el Decreto 1038 de 1984. La Corte, además declaró constitucional el Decreto 927 de 1990, en sentencia de 24 de mayo de 1990, por medio de la cual reconoció que la decisión del pueblo no sólo confiere un mandato político sino que abre “la posibilidad de integrar una Asamblea Constitucional para reformar la Carta Política”.

El Decreto 1926 establece además los requisitos de la Asamblea Nacional Constitucional, la cual por voluntad del llamado Constituyente Primario, de acuerdo a las elecciones del 27 de mayo de 1990 tiene estas precisas funciones:

“PARA FORTALECER LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA VOTA POR LA CONVOCA TORIA DE UNA ASAMBLEA CONSTITUCIONAL CON RESPRESENTACION DE LAS FUERZAS SOCIALES, POLITICAS Y REGIONALES DE LA NACION, INTEGRADA DEMOCRATICA Y POPULARMENTE PARA REFORMAR LA CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA”

Por eso el Decreto 1926 establece quienes deben votar, cuántos miembros serán elegidos para la Asamblea Nacional Constituyente, cuáles son sus requisitos e inhabilidades, quien las declara, ante qué tribunal se impugnan las elecciones, cómo funcionará la Asamblea, que normas de los Códigos Electoral y Contencioso Administrativo son aplicables, cómo se harán los escrutinios, en fin qué autoridades mantendrán el control y vigilancia del acto electoral.

La Corte, en su sentencia, a cuyo texto me remito, deja en claro, entre otras, estas conclusiones:

- La Asamblea Constitucional tiene como función reformar la Carta Política para fortalecer la democracia participativa y en ella deberán tener representación las fuerzas sociales, políticas y regionales de la Nación, y deberá integrarse democrática y popularmente.

- “No escapa a la Corte la trascendencia y alcance de la decisión que ahora profiere y los riesgos que algunos señalan en forma premonitoria; pero también considera que dentro de la tradición política y jurídica de la República que arranca desde los albores de la independencia, existe un plexo de convicciones y principios que legitiman la validez del sistema democrático y que de seguro obligarán a los ciudadanos a proceder con la más elevada responsabilidad, y a la Asamblea Nacional Constitucional a interpretar las necesidades y esperanzas de la Nación que tiene derecho a buscar nuevos caminos que garanticen un mejor proyecto de vida de normal convivencia, paz, libertad y justicia social.

- “Es un dato más que se ha proyectado tanto en la historia de Colombia como en la de otras naciones, que cuando las

instituciones - adoptan sistemas demasiado rígidos para su reforma, surgen crisis y perturbaciones que pueden poner en grave peligro los valores fundamentales de la convivencia y el sistema republicano y democrático. Por eso es preciso proceder con toda diligencia y previsión a interpretar los anhelos de cambio y renovación de las instituciones que ha expresado el pueblo, primero informalmente y luego el 27 de mayo en forma legítima y avalada por la propia sentencia No. 59 de 24 de mayo de 1990, de la Corte Suprema de Justicia.

- En efecto, por cuanto la Asamblea Nacional Constitucional que será conformada por el pueblo como Constituyente Primario en las - elecciones que se convocan para el próximo 9 de diciembre no puede ser limitada en su competencia, como lo señala el Decreto 1926 de 1990, la Corte procederá a declarar como inexecutable todas aquellas limitaciones que en la parte motiva y en la parte resolutive implican restricción al ejercicio pleno de su soberanía. Entre ellas particularmente, las referentes al temario acordado por las fuerzas políticas; las que contiene el numeral 4o. de las bases del Acuerdo Político; las del numeral 15 de las mismas que facultan a la Corte para revisar los actos del constituyente primario y las demás expresiones de igual o similar alcance.

- “En cuanto a las inhabilidades actuales y futuras advierte la Corte que no contrarían la Carta y por lo tanto se consideran executable, no sólo por razones jurídicas sino también de orden político y de ética administrativa.

- “El Decreto tiene sus especiales características pues no está reformando la Constitución, la reforma va a surgir de las votaciones del 9 de diciembre cuando se manifieste el constituyente primario y proceda a formar la Asamblea Nacional Constitucional, Corporación que será la que realice la Reforma Constitucional a que se refiere la Sentencia No. 59 de 24 de mayo de 1990. “

- “El control constitucional podrá surgir con las modalidades, características, y requisitos que la Asamblea Constitucional considere y dis-ponga, en ejercicio de su soberanía.”

- En el Acto Legislativo No. 3 de 1910 se estableció, con el carácter de auténtico avance solo conocido muchos años después en naciones de similar desarrollo en el continente y sólo aceptado en las últimas décadas en las naciones europeas, la acción popular o ciudadana de inexequibilidad.

- El gobierno republicano de la época, producto del concierto transitorio de casi todas las fuerzas políticas nacionales, encontró la sabia fórmula que ha marcado de manera definitiva nuestro destino, para garantizar mecanismos judiciales autónomos, generales, abstractos e independientes, que evitarán la hegemonía por fuera y contra la Constitución y encontró en la Corte Suprema de Justicia aquel instrumentó ideal; luego, con el paso de los años, se establece en el Plebiscito de 1957 la cooptación como freno preventivo para evitar injerencias partidistas singulares en contra de la unidad nacional del orden jurídico.

- No obstante que el sistema político colombiano haya sido analizado muy poco, en comparación con los de muchos países latinoamericanos quizá más atractivos para teóricos y especialistas, y que, de otra parte, además no haya sido fácil en los desarrollos de nuestra cultura adecuar los esquemas teóricos del autoritarismo, del populismo, del militarismo, o del caudillismo, etc., como ha ocurrido en otras latitudes, nuestra sociedad comparte con los pueblos de esta región del planeta las mismas aspiraciones de justicia, paz, orden, bienestar colectivo y democracia, con rasgos propios que le dan una fisonomía peculiar al proceso social. En este sentido debemos observar que el comportamiento de nuestro sistema, no siempre en plena armonía con las necesidades colectivas, ha generado sin embargo unas reglas institucionales de notabilísima continuidad, en las cuales una administración de justicia políticamente independiente ha cumplido un muy importante papel de legitimación.

No podemos olvidar en consecuencia, los principales rasgos característicos de nuestras instituciones republicanas, que en el ámbito jurídico y en el de lo político han delineado fórmulas pacíficas de continuidad democrática y de resolución racional de

conflictos, no ajenos estos al fenómeno de la violencia y a las crisis económicas y sociales.

Nuestra Constitución ha cumplido ya ciento cuatro años de tradición democrática, asegurando la continuidad de los presupuestos básicos de este sistema político por virtud de un incesante proceso evolutivo y de adaptación a las cambiantes circunstancias, fundado en los más caros principios de la democracia liberal, a la cual han adherido históricamente los colombianos, con excepcionales soluciones de continuidad.

Es un lugar común decir que la justicia está en crisis, y nadie con suficiente lucidez podrá negar el aserto. Pero es bueno señalar objetivamente que tal crisis no es ajena al fenómeno general que afecta a las otras ramas del poder Público: la Ejecutiva y la Legislativa.

Es ciertamente, un hecho histórico que se refleja en la estructura y funciones del Estado, en tal forma que exige a todos una ineludible reflexión sobre el deber de buscar fórmulas que rescaten los bienes de la convivencia, amenazados, los valores del orden, olvidados, y la garantía de los derechos, controvertida en una tensa situación de inseguridad y violencia.

No se olvide además, que como lo apuntaba un insigne jurista, el Estado contemporáneo actúa más como gobernante, como administrador o como legislador, y por intermedio de sus partidos y directorios políticos, que como juez, lo cual se trae a cuento para destacar la magnitud del problema, y la necesidad de contribuir todos a una reforma general de las instituciones, bien pensada como producto de una experiencia fecunda y difícil y que no sea el resultado de decisiones que se adopten en un momento de apremio.

Es cierto que el antiguo principio de la división tripartita de poderes, tal como fue expuesto por Locke y Montesquieu y que constituyó un dogma del constitucionalismo clásico del Siglo XIX, ha sufrido una compleja transformación en las constituciones de nuestra época, por lo que en su concepción original ha sido calificado como obsoleto e inconveniente por algunos.

Sin embargo, lo que se considera superado es su elaboración clásica y la interpretación mecánica del mismo, pero no el principio en cuanto tal, ni su significado ideológico, el que todavía tiene validez, en tanto, exige que para que exista libertad, pluralismo ideológico y político, debe asegurarse un equilibrio entre los diversos órganos del poder, de tal manera que cada uno de estos sirva de contrapeso a los demás y se evite la concentración en uno de ellos. Lo cierto es que éste no sólo no ha desaparecido, sino que se ha perfeccionado transformándose en un conjunto de instrumentos jurídico-constitucionales completos, encontrándose dentro de ellos el del control judicial de las leyes y de los demás actos de los poderes públicos que tengan carácter general, para - alcanzar la segunda mitad de este siglo, su más refinada expresión en la doctrina de la racionalización del poder y en la figura del Estado democrático constitucional y social de derecho, dentro del cual se enmarca nuestro sistema político.

Sobre este aspecto cabe señalar que los jueces que deben aplicar las normas constitucionales poseen un gran campo de interpretación, ya que en su labor se encuentran vinculados por los fines y valores, principios y normas contenidos en el texto fundamental, generalmente axiológico y programático; esto convierte a los jueces de la constitucionalidad en integradores del amplio campo cuyo contorno, a veces muy impreciso, es señalado por la normatividad suprema y objetivado por un largo y decantado recorrido de experiencias acumuladas de interpretación, como es el caso de las decisiones jurisprudenciales .en la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia durante más de 80 años.

La doctrina más elevada de nuestro tiempo ha señalado que la específica función judicial de interpretación constitucional requiere una gran sensibilidad, aparte de serenidad, independencia y equilibrio de los jueces encargados de realizarla y, por lo mismo, es necesario que quienes interpretan las normas constitucionales en función judicial las vayan adaptando paulatinamente a los cambios cada vez más acelerados que experimentan las sociedades modernas; además, de esta manera los textos constitucionales se

ven complementados y aplicados a una realidad cambiante por la actividad científica, paciente y objetiva de la jurisprudencia - constitucional, como instrumento capaz de perfeccionar y hacer practicables los principios políticos y sociales consagrados por el constituyente .

La Reforma Constitucional debiera ser el intento serio, reflexivo y responsable para normalizar el funcionamiento de las instituciones políticas y jurídicas.

Es sobre el vacío de legislación ordinaria del Congreso que surge el poder legiferante del Presidente de la República, amparado también por facultades extraordinarias, reconocidas por la Constitución. Pero el hecho histórico es recurrente a lo largo de las últimas décadas, la plétora de la legislación extraordinaria, por la vía de las facultades otorgadas expresamente al Gobierno por la vía del Estado de Sitio y del Estado de Emergencia Económica, refleja una evolución política y jurídica que no es de exclusivo origen nacional, pero que representa una realidad indiscutible que debe ser enfrentada con visión crítica por quienes se preocupan de veras por el destino final de nuestras instituciones - democráticas. Es decir, para que a la zaga de fenómenos que ya tienen suficiente duración, se propongan soluciones y remedios a una profunda crisis del Estado, a la altura de la gravedad del conflicto, y sin pretender que éste va a desaparecer con el recurso a fáciles fórmulas que apenas constituyen una distracción para las esperanzas y aspiraciones colectivas.

Buscando una inspiración autorizada para estas reflexiones encontré un mensaje del Ministro de Gobierno doctor Darío Echandía, al Congreso de la República en sus sesiones de 1935. El ilustre Maestro que orientó con su sabiduría y su prudencia la histórica Reforma de 1936, del Presidente Dr. Alfonso López Pumarejo, señalaba entonces unas pautas que mantienen su virtud y su vigencia en nuestro tiempo y para la Reforma en que se va a comprometer la Nación con la Asamblea Constitucional.

“El mundo vive ahora una época crítica que afecta no solamente prácticas económicas y normas políticas, sino aun las construcciones

del puro intelecto, que habían abrigado tradicionalmente el pensar humano. Y este revulsivo intelectual tiene una acción inmediata sobre las teorías y sentimientos que tocan al gobierno de las sociedades.

El pensamiento puro ha influido sobre las instituciones: Rosseau, Bentham, Hegel, Spencer, Marx, no son nombres que evoquen una actividad meramente especulativa; conflictos en el seno de las modernas sociedades se han suscitado o avivado bajo la enseña de sus sistemas: individualismo, liberalismo, socialismo, materialismo dialéctico, han salido hartas veces de la primera etapa contemplativa de filósofos y sociólogos para encender el instinto de las masas y transformarse en vehementes impulsos de acción colectiva.

“Pero nuestra edad es de crítica. Los sistemas apriorísticos parecen haber alcanzado en ella las lindes de su decadencia. El arte político, tras de rastrear las huellas de especulaciones trascendentales, se hace cada día más realista. Ciertos dogmas del novecientos, la democracia, el liberalismo individualista, el socialismo marxista, sujetos están a pruebas arduas, y las armoniosas construcciones intelectuales de otros días sufren ahora en la retorta de la experiencia, el ácido de la realidad.

“En la incertidumbre de nuestro tiempo, los hombres que llevan la dirección del Estado están constreñidos a orientarse sobre el terreno de la realidad. Una política que se despoje del hecho real para seguir tras la exigencia lógica de un sistema rígido, estará destinada al choque desilusionante con las verdades concretas. Por eso antes de planear una reforma legislativa, es necesario otear bien el terreno donde la máquina ha de obrar, precaverse contra la explicación, demasiado fácil, de las deficiencias políticas y administrativas por la falta de acomodamiento de la Constitución y las leyes del país a una teoría concebida a priori o recibida sin beneficio de inventario.

El momento colombiano que vivimos es manifiestamente de adaptación de hechos nuevos a instituciones viejas, Las circunstancias ambientes han cambiado, conservándose en sus líneas generales el sistema jurídico, y de aquí resulta una situación de desequilibrio y

desajuste. Siendo este hecho evidente, la labor de discriminación que debe anteceder a la reforma del estatuto legal del país consiste en distinguir en éste las partes vivas de las caducas. Un criterio ligero sugiera acaso, la renovación súbita y total; pero la experiencia secular enseña que el progreso legislativo se hace lenta y rítmicamente a medida que la observación demuestra la necesidad de instituir las porciones muertas de las leyes.

La Constitución sancionada el 5 de agosto de 1886 enmendada en 1910 y vigente aún, ha sido de tiempo atrás, signo de contradicción y enseña de combate de los partidos políticos. Con una crítica no siempre basada en estudios serios, se ha afirmado por unos que la Carta resulta incompatible con las actuales realidades ambientes y las nuevas concepciones jurídicas, y por otros, que ella es canon intocable y Código perfecto, que por una suerte de sentido profético en sus autores, previo situaciones futuras y captó con prodigiosa presciencia las posibles modificaciones del medio en que había de actuar. Entre la irrazonada diatriba y el ciego encomio, es necesario adoptar una posición genuinamente crítica. El efecto de una inspección fría y analítica del famoso Código, es la convicción de que en él hay partes vivas que corresponden a verdades sociales.

EL MAGISTRADO FABIO MORÓN DÍAZ ESCRIBIÓ EL PRÓLOGO DEL LIBRO "INSTITUCIONES POLÍTICAS Y DERECHO CONSTITUCIONAL" DEL PROFESOR JORGE PÉREZ VILLA.

El Doctor Jorge Pérez Villa, ha actualizado, para su reedición, su amplio y notable compendio de Derecho Constitucional, que fue editado por la editorial Leyer, en el año de 1993.

Este joven profesor de derecho constitucional, tiene ya una larga carrera académica y se ha preocupado por editar sus trabajos en la cátedra universitaria, en tal forma, que sus incursiones en la literatura jurídica revelan el respaldo de una esforzada disciplina, como investigador científico. Pérez Villa, aplica a sus trabajos, mucha seriedad y auténticos métodos jurídicos, que le han merecido el justo reconocimiento de profesores y estudiantes y de la crítica especializada.

Este compendio, como su nombre lo indica, es una ambiciosa investigación, en varios campos de las ideas políticas, en las instituciones, que a ellas han correspondido, con un análisis de la formación histórica de los estados, desde la antigüedad hasta nuestros días, en un vasto proceso dentro el cual sigue con lucidez, el ejemplo de los grandes maestros en la materia. Pero además, está incluido en la obra, el examen de la teoría del derecho constitucional, con sus métodos y principios y con sus capítulos principales, en relación con diferentes tipos de estados. Y como si fuera poco, se adentra en aspectos básicos del Derecho Constitucional Colombiano, como el de las libertades públicas, en la propia constitución nacional, con sus antecedentes y fundamentos, el control constitucional y la reforma a la constitución, sin que falte tampoco, la evaluación del constitucionalismo latinoamericano y de los modernos regímenes políticos.

Aunque se diga que es un tema recurrente, vale la pena repetir entre otras cosas, para las nuevas generaciones, la significación que han alcanzado históricamente, los juristas costeños en la ciencia y en la jurisprudencia colombiana, en este caso, en el preciso ámbito del derecho público. En diversos foros, y conferencias, especialmente cuando se me honró como magistrado de la Corte Suprema de Justicia y. de la Corte Constitucional, y especialmente cuando ejercí la Presidencia de ambas ilustres corporaciones, me preocupe por hacer éste justo señalamiento, siempre con el temor de incurrir en involuntarias omisiones. Recordaba entonces, primero a los ya fallecidos, como Luis Eduardo Arteta, el jusfilósofo de vasta influencia en la doctrina y la jurisprudencia, Carlos H. Pareja, quien fue un pionero entre nosotros al introducir la trascendental teoría del servicio público, en su libro de derecho administrativo general, editado en 1937; Ramón Miranda, miembro principalísimo; Carlos Gustavo Arrieta, autor de elevadas jurisprudencia sobre el acto administrativo; Néstor Pineda Pineda, quien compiló por primera vez en dos tomos publicado por Temis, la jurisprudencia constitucional desde sus inicios, y luego Álvaro Pérez Vives, de tan grata memoria en la Universidad Nacional y en la Universidad de

Cartagena, con su clásica teoría de las obligaciones; Oswaldo Abello Abello, Rodrigo Noguera, Pedro Pacheco Osorio, José Gnecco, Ramón Mercado, Pedro Castillo Pineda, José Gabriel de la Vega, Julio Salgado Vázquez, Abel Mercado, Esteban Bendek Olivella, y luego Jacobo Pérez Escobar, con su exhaustivo y adoctrinante Derecho Constitucional Colombiano, y Alejandro Martínez Caballero, autor de grandes aportes a la literatura jurídica y a la jurisprudencia.

Se publica ésta reedición actualizada, en momentos cruciales de la historia colombiana, en relación con la vigencia y futuro de las instituciones, que conforman el estado social de derecho consagrado en la carta de 1991.

Se advierte en el país, una tendencia a desconocer la normativa constitucional y principios fundamentales. Con éste propósito, se han logrado, varias reformas que no han sido suficientemente estudiadas, por el congreso, con mayorías amañadas y que corresponden a la tendencia anotadas, de violar las normas del orden constitucional y democrático. En las decisiones del congreso, el país ha advertido, que en el tramado de estas decisiones, se encuentra los halagos del poder (Embajadas, consulados, puestos y contratos) con sus secuelas de delitos y corrupción, que están siendo investigadas, por los organismos de control y por la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

Todo lo cual lleva a delimitar un compromiso ineludible: por un lado los que tienen un pensamiento institucional, democrático y por el otro quienes representan las fuerzas retrogradadas, que desean cambiar éste esquema jurídico y político. Es preciso entonces, enarbolar otra vez como bandera esencial del debate público, de defensa de la Constitución, en éste caso la Constitución de 1991, que si bien no es intangible como no lo es ninguna de su género, en éste caso colombiano, sin duda es la que sustenta la defensa de las libertades y derechos fundamentales, la dignidad de la persona humana, el principio de la separación de poderes, el pluralismo y la participación del pueblo con el fin de encontrar un orden justo

con garantías ciudadanas y protección a los derechos que aseguran una vida digna.

En relación con el conflicto planteado, es pertinente recordar una declaración de la Corte Constitucional del 9 de julio de 2002, en la que con lucidez y contundencia se refiere a esta temática: “La Corte entiende que en razón de sus sentencias algunos intereses se sienten afectados, pero ello no le he impedido cumplir su misión, y en ejercicio de su independencia continuar con el desarrollo de su responsabilidad jurídica de defender el estado social de derecho, y en especial derechos como la vida, la integridad, la libertad, la seguridad social, la salud y la educación, entre otros como consta en las 8.319 sentencias ya proferidas entre 1992 y 2001, para un promedio de 831 sentencias por año, de las cuales el 68% corresponden a sentencias de tutelas y el 32% a sentencias de constitucionalidad.

La Corte ha subrayado en sus sentencias, que para la defensa de la democracia y la Constitución ofrece herramientas, también democráticas que pueden ser utilizadas a través de las circunstancias, dentro del marco de respeto de los derechos humanos, y del derecho internacional humanitario. Por ello la Corte, ha distinguido entre la suspensión de derechos, que está prohibida en la Constitución y la restricción de algunos derechos, que está permitida siempre que se respeten criterios democráticos y los tratados ratificados por Colombia.

La Corte respeta, protege y preserva la libertad de expresión de todas las personas, como un derecho garantizado por la Constitución, así como el derecho a disentir de sus decisiones. Sin embargo, ello no justifica desconocer, ni distorsionar el contenido de las providencias judiciales, ni descalificar los jueces que las profieren. Menoscabar la administración de justicia, es el comienzo de la deslegitimación de otros órganos estatales, lo cual en nada contribuye a la convivencia pacífica, a la seguridad jurídica, ni a la supervivencia de la democracia. Por el contrario, una campaña sistemática de deslegitimación de las instituciones, fortalece a los violentos y a los enemigos del estado social y democrático de derecho”.

Pérez Villa prolonga, con méritos propios, el prestigio de esa nómina de insignes juristas cartageneros y bolivarenses, entre los cuales se destacan, en los últimos tiempos, maestros como Miguel Ángel Royo, quien formó toda una generación, y más cercanos en el tiempo Arturo. Matson Figueroa con sus densos ensayos constitucionales y como vigoroso defensor de la Constitución de 1886 y de la obra del ilustre y protagónico regenerador don Rafael Núñez, Guillermo Guerrero Figueroa, tratadista con una obra completa en Derecho Laboral, con necesarias referencias al derecho público, Carlos Villalba Bustillo, acucioso y reflexivo en sus ensayos sobre historia constitucional. Jaime Angulo Bossa, con una variada y numerosa producción y especialmente con su elogiado “Preámbulo de la Constitución de 1991”, Álvaro Angulo Bossa, con ágiles, e interesantes ensayos y versiones de cátedra, Jorge. Pallares Bossa, con su serio y reconocido Derecho Internacional Público.

Tanto se ha dicho, en homenaje de la Corte Constitucional, que no es el momento para señalar autorizados y significativos conceptos, no solo del ámbito nacional, sino también del ámbito internacional. Sin embargo, apenas recojamos, lo dicho en un ensayo del profesor Matthias Hendergen, Director de los Institutos de Derecho Público y Derecho Internacional de la Universidad de Bonn entre otros eminentes títulos: “la Corte Constitucional se ganó un perfil internacional reconocido por su vigoroso desarrollo de los derechos fundamentales. La presencia del nuevo orden constitucional establecido en 1991, en la conciencia de los órganos del Estado y de los ciudadanos, y su impacto sobre el desarrollo del derecho administrativo, civil y penal, están estrechamente ligados a la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Colombia logró establecerse como Estado de Derecho, luchando por la concordancia de los principios de la Constitución de 1991, con la realidad normativa. Esta legitimidad, es su más sólida bandera en la defensa vigorosa, contra las fuerzas violentas que asaltan hoy por hoy a esta querida tierra. Hendergen, Ensayo sobre la Corte Constitucional en la relojería del Estado, publicado -en Justicia-Constitucional, Legis, 2006 Bogotá”.

Esperamos que este compendio del profesor Pérez Villa, sea recibido con beneplácito por profesores, estudiantes y analistas del Derecho Constitucional. Sin duda esta obra, contribuye, con su misión divulgadora y sus conceptos forjados responsablemente en el fecundo esfuerzo de la cátedra, a la defensa de los valores y principios constitucionales, por cuya vigencia ha luchado, con incancelable perseverancia, el pueblo colombiano.

Bogotá, febrero 10 de 2007



DISCURSO DE ACEPTACIÓN DEL HOMENAJE EN LA GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR. Magistrado Fabio Morón Díaz, Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

EL DOCTOR FABIO MORÓN DÍAZ ESCRIBIÓ EL SIGUIENTE PRÓLOGO AL TEXTO “TEORÍA GENERAL DEL DERECHO LABORAL” DEL DOCTOR GUILLERMO GUERRERO FIGUEROA (1980).

Con esta nueva obra TEORÍA GENERAL DEL DERECHO LABORAL, el profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena, doctor GUILLERMO GUERRERO FIGUEROA, consolida su buen merecido prestigio en el campo académico científico y profesional.

En efecto el profesor GUILLERMO GUERRERO FIGUEROA ha realizado una carrera ascendente y progresiva en el ejercicio de la cátedra universitaria, cuyos buenos logros se fundan, no sólo en su infatigable vocación de investigación y estudio, sino en la vinculación práctica a los problemas jurídicos y sociales, en una misión profesional que lo amerita también como uno de los más calificados juristas nacionales, en el campo del derecho laboral.

Es muy oportuno realizar objetivamente la disciplina científica e intelectual de un profesor que desde muy joven se vinculó a la cátedra en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, y que desde entonces ha aportado útiles y meritorios ensayos de divulgación y de análisis de las instituciones y principios fundamentales del derecho laboral, a pesar de las dificultades y del escepticismo que generalmente tiene que superar quien se dedica a estas tareas, en un medio que no tiene estímulos para esta clase de empresas culturales.

Sin embargo, el profesor GUILLERMO GUERRERO FIGUEROA, con perseverante espíritu, ha publicado diversos ensayos en materia de derecho laboral, que han merecido el justo estímulo de la crítica especializada. Así, es preciso citar sus ensayos sobre varias de las esenciales instituciones del derecho individual del trabajo, y su obra DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO, publicada por la Editorial Temis en 1977 con prólogo del ilustre maestro de esta rama jurídica el profesor GUILLERMO CABANELLAS.

Precisamente, en el prólogo de esta última obra, el profesor CABANELLAS, y quien le ha discernido homenajes significativos

que sólo se acuerdan a los discípulos predilectos, ha destacado que el autor estudia el derecho colectivo del trabajo, a través de la doctrina y la legislación positiva colombiana, facilitando un instrumento para su conocimiento, tanto para quien ejerce la profesión del abogado, como para quien da sus primeros pasos en el estudio de la carrera de las leyes. Y luego estampa estas palabras consagratorias: “Existe un cerco de asfixia que GUILLERMO GUERRERO FIGUEROA rompe con esta obra. Son páginas de apretada síntesis con exacto enfoque jurídico, en que el autor divaga poco y escribe con la necesaria sobriedad; su estilo es claro y sus conclusiones serias que dice de la responsabilidad y de quien las formula. Es un trabajo meritorio, desarrollado contra viento y marea, en un medio adverso, opuesto a la especialización.

Con la Teoría general del derecho laboral el profesor GUILLERMO GUERRERO avanza aún más en la realización de los objetivos académicos y científicos que constituyen parte muy valiosa de lo que se puede llamar su compromiso vital. Este libro, que ha sido elaborado pacientemente en el fecundo laboratorio de la cátedra universitaria, recoge con fortuna las lecciones de su anterior experiencia docente. En primer término, hay que señalar que los horizontes del derecho laboral se han extendido tan ampliamente, en la medida en que se produce la honda evolución política y jurídica del Estado moderno que hace imperativo estudiar y clasificar sus instituciones y principios en forma más adecuada e integral, como suele cumplirse en los más actualizados programas académicos. Es esta la razón de que en los programas de estudio se haya incorporado como asignatura especial la Teoría general del derecho laboral para que en ella se analicen los antecedentes políticos y filosóficos del derecho laboral así como sus principios jurídicos fundamentales, sus relaciones con las demás ramas del derecho y las instituciones esenciales que le han ganado autonomía científica.

En segundo término, es ya un lugar común afirmar que las nuevas realidades económico-sociales del presente siglo se han reflejado en una profunda transformación en el orden político y en el de los fines y funciones del Estado. El tipo del llamado Estado

gendarme, que se identifica con las clásicas expresiones del “laissez-faire” y “laissez- passer”; ya es algo que pertenece definitivamente a los museos de la historia. Hoy el Estado cumple una intervención en el proceso económico y social, en grado diferente, ya se trate de las naciones con un régimen socialista, o en las que predominan los esquemas de la democracia liberal. Por eso si el aforismo ejemplar de los individualistas clásicos fue el de que el mejor gobierno era el que menos gobernaba, hoy es preciso volver al revés el concepto para afirmar; que en uno y en otro campo de los sistemas políticos, el mejor gobierno es el que gobierna más.

La verdad es que no se puede decir, sin pecar en el vicio de la exageración, que en ningún país del mundo se realizan hoy los patrones clásicos del Estado gendarme, y menos aún en los Estados Unidos de América, que es la nación que aparece como el modelo de la sociedad liberal y capitalista, en donde están consagrados los principios de la libre iniciativa privada, la libertad de industria y comercio, y el respeto a la propiedad privada.

Es, pues, un dato objetivo el de que no hay un Estado que no aspire en nuestro tiempo a manejar la economía, a controlarla, a dirigirla. El sistema de la economía dirigida tiene hoy su más alta expresión en la técnica de la planeación económica, en virtud de la cual el estado somete a la economía a un tratamiento sistemático, con regulaciones que constituyen normas de derecho público.

Por eso aún en nuestro país, cuyo desarrollo institucional contempla un difícil y proceloso esfuerzo adaptar los principios de la democracia liberal a las realidades económicas y sociales de nuestro tiempo, tal como están reflejadas en las reformas constitucionales de 1936 a 1968, especialmente, el Estado no solo tiene la dirección de la economía, sino que, dentro de esta línea conceptual, asume cada vez más funciones económicas de distribución y de producción, como es el caso de las numerosas e importantes entidades descentralizadas del sector público, que ya como establecimientos públicos o como empresas comerciales e industriales del Estado, cumplen un notable papel en el desarrollo de la vida colombiana.

Todo este profundo y fundamental proceso político y jurídico se refleja directamente en el derecho laboral, en forma que recuerda las palabras ejemplares del maestro LEÓN DUGUIT, en una obra muy clásica “¿No se halla el derecho, como todas las cosas sociales, en un estado perpetuo de transformación? Nos hallamos en un período crítico, sin que, por lo demás, esta palabra tomada del tecnicismo médico, pueda interpretarse en el sentido de empeorar: Quiérase o no, todo parece mostrarnos que las nociones fundamentales que hasta hace poco eran la base de las instituciones jurídicas, se disgregan para dejar lugar a otras; que el sistema de derecho bajo el que nuestras sociedades modernas habían vivido hasta el presente, se disloca, y un nuevo sistema se construye sobre concepciones en absoluto diferentes. ¿Es éste un progreso o un retroceso? No lo sabemos. En ciencia social semejantes cuestiones no tienen sentido. De seguro es diferente, profundamente diferente”¹:

Es claro que existe una diferencia fundamental entre la antigua concepción individualista del derecho, que predicaba la igualdad teórica y formal entre los hombres, y el imperio de unos derechos subjetivos absolutos, y la moderna concepción del derecho, que reconoce las desigualdades que surgen del proceso económico y social, para procurar la vigencia de una libertad real y efectiva y de una verdadera justicia, y dentro de la cual los derechos tienen un carácter relativo, la propiedad cumple una función social y el Estado asume no sólo los deberes de proteger la vida, honra y bienes de las personas, sino que también garantiza el cumplimiento de los deberes sociales propios y de los particulares. Precisamente, esta característica fundamental del Estado Social de Derecho, que se autolimita a sí mismo en el cumplimiento de los deberes que hacen parte de la ideología explícita en la Constitución, como norma jurídica suprema, alcanza una importancia decisiva en nuestro derecho público, como base de una concepción encaminada a garantizar la prevalencia del interés público sobre el interés particular, y el imperio de las libertades dentro de un régimen económico y social, que realice los ideales de la igualdad y la justicia, es decir, de un sistema de liberalismo social o socialista que aparece ahora

como la gran síntesis histórica que domina el pensamiento agonal del HOMBRE al entrar a la década del ochenta, en un siglo de tan ASOMBROSAS y angustiosas experiencias científicas, políticas y culturales.

Estas reflexiones vienen a cuento para decir que la obra del PROFESOR GUILLERMO GUERRERO FIGUEROA, recoge en síntesis AFORTUNADA y con gran sentido didáctico, todo este proceso político, JURÍDICO y social, que es el que ha dado lugar el nacimiento y desarrollo del derecho laboral como una ciencia autónoma, en constante dinámica de crecimiento. Es así como el autor traza, con ANALÍTICO CRITERIO, el contexto histórico de cómo se ha desarrollado el trabajo remano tanto en las divisiones históricas clásicas como en las viejas clasificaciones que emergen de la propia historia de América Latina, actitud plausible en cuanto obliga a investigar en las realidades propias de nuestro continente y de nuestro país, en los aportes culturales absurdamente desestimados de las instituciones del derecho español e indiano. En este sentido, también merece mención especial la manera como estudia la influencia de la llamada “cuestión social” en la formación del derecho laboral, con acopio de buena doctrina nacional y extranjera, en tal forma que estos capítulos tienen un valor general como catálogo de las ideas políticas fundamentales que han ocupado y preocupado la inteligencia del hombre, en todas las épocas y en su búsqueda inacabada e inacabable de un sentido trascendente para su apasionante aventura vital.

Pero, además, es claro que el profesor GUERRERO FIGUEROA desenvuelve su Teoría general del derecho laboral con un criterio sistemático que no incluye, sino que, por el contrario, integra a su estudio las instituciones y principios del derecho laboral colombiano, con utilización racional y permanente de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país. Desde este punto de vista, y precisamente por la claridad y orden en que están expuestos los conceptos jurídicos, la obra es de gran utilidad, no sólo para los estudiantes, sino para los abogados que quieran profundizar en sus conocimientos especializados, y aún para todas las personas que

aspiran a informarse de las principales características de esta nueva rama de la enciclopedia jurídica.

Es ciertamente estimulante el ejemplo intelectual de GUILLERMO GUERRERO FIGUEROA. Discretamente, con la seguridad del hombre que orienta sus esfuerzos a las disciplinas científicas, ha escalado una posición eminente en la vida académica y profesional. Ha sido presidente del Colegio de Abogados de Bolívar, y es profesor titular y jefe del Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena, Presidente de la Asociación de Abogados Laboralistas de Cartagena, y miembro del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo. Es además GUERRERO FIGUEROA un profesor y abogado que, a los méritos señalados, une no comunes condiciones y calidades humanas y éticas, que le han ganado la consideración y el aprecio de sus colegas y de sus compañeros universitarios, profesores, y discípulos, quienes todavía esperan mucho de esta joven y notable inteligencia, que enaltece con sus trabajos científicos el ambiente académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena.



Orden Rafael Núñez Gobernación de Bolívar, el Gobernador Guillermo Paniza Ricardo y el Presidente de la Corte Suprema Fabio Morón Díaz.

HOMENAJES

EL UNIVERSAL

Editorial

Publicado el 19 junio 2011

UN CIUDADANO MERITORIO (1)

Se extinguió la existencia de Fabio Morón Díaz, pero deja un luminoso rastro en los distintos aspectos de la vida a los que dedicó su brillante mentalidad. Desde las épocas de estudiante de Derecho en la Universidad Nacional de Colombia inició en este diario, que luego dirigiera con acierto, su ejercicio periodístico. La mesura en sus juicios y la firmeza a los ideales de su Partido Liberal fueron sus distintivos. Desde luego, ese ejercicio no podía ser ajeno a la actividad política y por ello pronto participó en batallas electorales que le permitieron ocupar curul en la Asamblea del Departamento y en la Cámara de Representantes.

Al lado de ello, y no como pasión secundaria, empezó una fecunda carrera como docente en la Universidad de Cartagena. La profundidad de sus lecciones, la actualidad de su información y la exposición diáfana y amable pronto le hicieron rodear del aprecio de sus estudiantes y del respeto de sus compañeros de docencia.

Tales virtudes lo condujeron a su exaltación a la decanatura de la Escuela de Derecho, ejercida con singular lucimiento hasta el momento en que fue llamado a servir en la Sala Constitucional de la Corte Suprema, invitación que aceptó con resolución y coraje tras los momentos aciagos del asalto al Palacio de Justicia cuando ese desempeño era misión de alto riesgo.

Fue notable y notorio su concurso para la viabilidad de la convocatoria a una asamblea constituyente para que se cumpliera el reclamado anhelo de modificar la Constitución de 1986. Y ya en vigencia la nueva Carta de 1991, como juez de ella, durante casi un decenio, le cupo el mérito de contribuir a su interpretación cabal en innumerables fallos. Fue en esta tarea en la que relucieron, con creces, sus acendrada formación jurídica, su sensibilidad social y su convicción de que el Estado Social de Derecho no era un mero enunciado literal en la Carta, sino un explícito mandato de transformar la sociedad, las acciones del Estado y las relaciones de éste con los ciudadanos para lograr un respeto pleno al derecho a una vida digna dentro de un orden justo. Buen manejador del idioma, por un exquisito aprendizaje forjado en la ininterrumpida y devota lectura de los clásicos españoles, sus sentencias llenas de enseñanzas jurídicas se expresaron en lenguaje sencillo, claro y castizo, comprensible aún para los profanos. Fabio Morón Díaz fue un buen ciudadano en la plenitud del vocablo. Siempre sus acciones se enmarcaron en la ley y la ética, sin que jamás se le pudiera reprochar acto alguno de su vida pública. Por eso, cuando a sus conciudadanos nos toca la penosa tarea de aceptar que su existencia finalizó, podemos decir con justeza absoluta que Fabio Morón Díaz mereció bien de la patria, de la justicia colombiana y de Cartagena, su comarca en que nació y murió.

(1) Héctor Hernández Ayazo

GUSTAVO TATIS GUERRA

El Universal 19 Junio 2011

FABIO MORÓN DÍAZ: UN CABALLERO DEL DERECHO

Su deceso se produjo en la noche del viernes en Cartagena, luego de varios días internado en la clínica Medihelp de Bocagrande por problemas cardiovasculares y respiratorios. Morón Díaz fue Bachiller del Colegio Departamental de Bachillerato de la Universidad de Cartagena, se graduó como abogado en 1956 en la Universidad Nacional de Colombia, con la tesis laureada “El principio de la autonomía de la voluntad”, por la que mereció una beca de especialización en Derecho Constitucional en Francia. Sin embargo, optó por regresar a su tierra. Domingo López Escauriaza fundador del diario El Universal, lo nombró subdirector y editorialista. En ese período participó en la política y fue elegido Diputado a la Asamblea de Bolívar por el Partido Liberal. Más tarde con el Movimiento Autónomo Liberal fue representante a la Cámara. Fue suplente al senado del doctor Domingo López Escauriaza.

Ocupó la Dirección Departamental de Aduana, Rector de la Universidad Tecnológica de Bolívar. En la dirección de El Universal estuvo varios años, época en la cual se vinculó a las Facultades de Derecho y de Economía de la Universidad de Cartagena como profesor de Derecho Constitucional y Administrativo y después fue elegido Decano de la Facultad de Derecho (1978-1985).

En 1985 es elegido Magistrado de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Constitucional de la cual fue Presidente. Presidente de la Corte Suprema de Justicia (1989-1990). Durante ese periodo fue el Ponente de la sentencia que declaró exequible el Decreto 927 (Séptima papeleta) y la sentencia de constitucionalidad del Decreto 138 de 1990 que dio paso a la convocatoria de la Asamblea Constituyente de 1991.

Posteriormente fue elegido Magistrado de la Primera Corte Constitucional de la cual fue su Presidente (2001) A lo largo de su vida, recibió varias condecoraciones: Asociación de Exalumnos de

la Universidad Nacional. Excelencia Nacional al Mérito Profesional año 2.000. Honor al Mérito Judicial Jose Ignacio Márquez, entre otras.

También fue elegido Ciudadano Emérito de Cartagena el 4 de Enero de 1992 y Ciudadano Emérito del Departamento de Bolívar en diciembre 1 de 2.000.

Hace poco leí un ensayo suyo sobre Luis Carlos López, en el que registraba su encuentro con el más grande poeta de la primera mitad del Siglo XX en Cartagena. Antes, había publicado “Jurisdicción Constitucional de Colombia. Realidades y Perspectivas (1992-2000). La justicia nunca más debe ser abandonada (1989-1990).

Uno de los rasgos de su carácter y su personalidad, fue el sentido de la transparencia y la visión íntegra de la enseñanza y la práctica del derecho y la justicia. Era un ser equilibrado, conocedor de la problemática social y cultural de la región y el país.

EL HERALDO-21 DE JUNIO DE 2011

Editorial

UN COSTEÑO EJEMPLAR (1)

A la emblemática iglesia de San Pedro Claver de Cartagena serán llevadas hoy las cenizas del exmagistrado Fabio Augusto Morón Díaz, fallecido el viernes a los 79 años, dejando un legado de inteligencia, servicio y probidad en los diferentes escenarios en que transcurrió su vida.

Morón Díaz es parte fundamental en la modernización institucional de Colombia. En 1990, siendo magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, se empleó a fondo en la Sala Plena de la corporación para obtener respaldo a su ponencia que permitía el conteo oficial de las papeletas que en las elecciones presidenciales de mayo de ese año le dieron el sí a la convocatoria de una Asamblea Constitucional.

Como se recordará, la Séptima Papeleta que se depositó en las urnas del 11 de marzo de 1990, como fruto de la movilización de

los colombianos tras el asesinato de Luis Carlos Galán, se habría quedado como un simple anhelo ciudadano, pero encontró el respaldo institucional en el gobierno del presidente Virgilio Barco y luego en la Corte Suprema de Justicia.

Barco, mediante decreto de Estado de Sitio, autorizó que se contabilizaran las papeletas por el sí y por el no en las elecciones de mayo de 1990 para la convocatoria de la Asamblea Constituyente. El decreto fue a revisión de constitucionalidad en la Corte, y Morón Díaz fue el ponente.

Éste fue derrotado inicialmente en su propia Sala, pero triunfó luego en la plenaria sobre la ortodoxia jurídica con el criterio por él expuesto de que había que respetar la voluntad popular, expresada antes en marzo de ese año, de manera espontánea y no vinculante, con la famosa Séptima Papeleta.

Al cumplirse 20 años de la Constitución de 1991, Morón Díaz está, por lo tanto, entre quienes merecen ser recordados como artífices de la gran transformación institucional que se desataría a partir de entonces.

Veníamos del narcoterrorismo que intentó doblegar a las instituciones, incluyendo el asesinato de cuatro candidatos presidenciales y, un poco más allá, del ataque al Palacio de Justicia. Morón Díaz había llegado a la Corte Suprema, de la cual fue luego su Presidente, justamente para restaurar una corporación parcialmente inmolada. Ya había demostrado su compromiso con la sociedad al haber sido diputado a la Asamblea de Bolívar y representante a la Cámara por el Partido Liberal. También como profesor por veinte años y Decano de Derecho por ocho de la Universidad de Cartagena, y había sido director del diario El Universal. Estudió su carrera en la Universidad Nacional de Bogotá, de la cual egresó con calificaciones meritorias.

Con la nueva Constitución, Fabio Morón Díaz integró por casi una década la Corte Constitucional, de la cual también fue

su presidente, y se destacó por sus esfuerzos en el desarrollo de los principios del Estado Social de Derecho.

“Fue en esta tarea –recuerda el diario del que fue director– en la que relucieron, con creces, su acendrada formación jurídica, su sensibilidad social y su convicción de que el Estado Social de Derecho no era un mero enunciado literal en la Carta, sino un explícito mandato de transformar la sociedad, las acciones del Estado y las relaciones de este con los ciudadanos, para lograr un respeto pleno al derecho a una vida digna dentro de un orden justo. Buen manejador del idioma, por un exquisito aprendizaje forjado en la ininterrumpida y devota lectura de los clásicos españoles, sus sentencias llenas de enseñanzas jurídicas se expresaron en lenguaje sencillo, claro y castizo, comprensible aún para los profanos”.

El rector de la Universidad de Cartagena, Germán Sierra, lo describió como “una persona muy estudiosa, seria, comprometida y que se entregaba a fondo. Por eso llegó a donde llegó, por eso labró ese camino tan precioso”.

Se trata, pues, de un ciudadano ejemplar con logros meritorios en la política, la docencia, el periodismo y la magistratura. Orgullo de la intelectualidad del Caribe colombiano. A partir de hoy comparte nicho en ese templo inmenso erigido en memoria de San Pedro Claver y en el corazón agradecido de sus alumnos y de su pueblo cartagenero.

- 1) Ernesto McCausland

JAIME ANGULO BOSSA FUE CONTERTULIO EN LAS TERTULIAS EN LA QUE FABIO MORÓN DÍAZ PARTICIPABA, EN BOGOTÁ, A LA VEZ FUERON COMPAÑEROS EN LUCHAS IDEOLÓGICAS EN EL INSTITUTO DEL PENSAMIENTO LIBERAL. ÁNGULO BOSSA ESCRIBIÓ EN EL UNIVERSAL LA SIGUIENTE COLUMNA.

FABIO ENTRA AL SILENCIO (1)

No oculto el pesar vital, intelectual, político y ético que me produce la muerte de Fabio Morón Díaz, el amigo, el liberal, el periodista, el constitucionalista y magistrado. Vital, porque en edad relativamente temprana, a los 79 años, cuando el ser humano crea y fertiliza por la prolongación de la vida y sirve a la sociedad desaparece físicamente, dejando el brazo extendido de sus compañeros en el interminable adiós de la muerte. El mío trata de apretar su mano, más no la encuentra perdida en la noche de la inexistencia. Mi izquierda con la que saludo de conciencia, aunque la derecha sea la que estire, se cierra deseando sentirla para despedirme e imaginariamente la estrecha en medio de las tantas afinidades electivas que tuvimos y nos unieron; intelectual porque fuimos próximos en el logro y manejo de la cultura, pues ambos escribimos libros sobre derecho público defendiendo la democracia, mas él en las altas Cortes donde impartió justicia, me aventajó profiriendo sentencias luminosas en la Sala Constitucional de la Corte Suprema, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional que las tres presidió, honrando la toga de juez con la transparencia de sus decisiones; política porque militantes del otrora gran Partido Liberal Colombiano, libramos grandes batallas por su ideario y su bandera, muchas de las cuales ganamos sin que la derrota en otras nos amilanara ni disminuyera nuestra adhesión a sus principios progresistas, y ética porque su vida fue eso, un constante trajinar en defensa de lo honesto, de lo puro, de lo legal, humanístico y trascendental cuando ejerció la cátedra y escribió editoriales en El Universal.

Fabio Morón fue, además, un notable periodista. Formado al lado de Domingo López Escauriaza, fundador y dueño de El Universal,

lo dirigió cuando el “viejo López”, como solíamos respetuosa y emocionalmente llamarlo los liberales de la época que asistíamos a sus oficinas y conversábamos ya con él o con el maestro Zabala su jefe de redacción, se ausentaba de Cartagena para asistir al Senado de la República. Fabio escribía entonces los editoriales, siempre en defensa de los grandes postulados liberales y de la democracia. Su juventud, serena y equilibrada a base de cultura, nunca se desvió de esos parámetros y nadie recuerda de su pluma un agravio porque lo que escribía estaba siempre compuesto de la exquisita ponderación que daba su anticipada madurez. Morón Díaz fue eso: el espacio humano de alguien cuyo talento le permitió ser prematuramente un hombre serio y orientador a pesar de la visible juventud de su existencia.

Resalto la época cuando él y yo fuimos en Bogotá miembros nacionales del Consejo Directivo del Instituto del Pensamiento Liberal (IPL), Alpher Rojas su inteligente Director y yo su Presidente, tiempo investigativo brillante durante el cual su claro talento y eficaz participación jalonaron el desarrollo de los debates que hacíamos. Dolor intelectual siento por órgano tan importante como ese, muerto por el neoliberalismo de los actuales jefes del PLC, enemigos de la izquierda como conciencia y súcubos del derechista poder financiero. Ellos lo ven no como guía ideológico sino como empresa burocrática paraestatal.

A Darío su hermano y familiares mi condolencia de viejo camarada.

(1) EL Universal. 25 de junio 2011

EL ABOGADO Y ESCRITOR ROBERTO YANCES PINEDO ESCRIBIÓ, EL 24 DE JULIO DE 2011, EN EL SUPLEMENTO DOMINICAL DEL DIARIO EL UNIVERSAL ESTA NOTA BIOGRÁFICA SOBRE EL MAGISTRADO FABIO MORÓN DÍAZ.

FABIO MORÓN DÍAZ: ENSAYISTA, POETA Y ORADOR

Quienes conocimos a Fabio Morón Díaz desde los inicios del bachillerato, podemos con cierta autoridad dar testimonio de sus cualidades intelectuales. Ejerció la poesía social con hondo sentido humano, al estilo de Carlos Castro Saavedra, que desarrolló en forma cuasi clandestina, cuyo conocimiento circuló secretamente entre los amigos más próximos, temerosos de la persecución politiquera desatada a partir del asesinato de Jorge Eliécer Gaitán, el 9 de abril de 1948.

El ensayo, como ejercicio en las tareas del aula, lo habilitó en el escrito literario, habiendo iniciado desde entonces el famoso estudio sobre la poesía del genial cartagenero que lo es Luis C López. Trabajo exclusivo y único en su género. Tema del cual me ocuparé más adelante que comprende también destacar del autor sus calidades de orador de multitudes.

Mi amistad con Fabio durante el período de bachillerato no fue tan fraterna como la de los dos años comunes de docencia en Derecho en la Universidad de Cartagena, ya que después Fabio se mudó a la capital para culminarse Abogado de la Universidad Nacional de Colombia.

Para aquella época conformamos en Derecho la agrupación más numerosa de alumnos, 58 matriculados en primer año, con la otra novedad, la del ingreso de la primera mujer, hoy abogada Martha Clarke Castillo.

Fortificamos estrechos lazos amistosos un grupo de cinco pichones de Abogados, que después de clases nos reuníamos en el 3er. piso del edificio Andian, oficina judicial de un pariente del grupo. Éramos en ese entonces año 1950 Virgilio Escamilla Tuñón, más tarde Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Cartagena; Manuel H. Iriarte Uparela el más brillante orador político y de

los estrados judiciales; Jose Bolívar Salgado Pupo, quien falleció siendo Magistrado del Tribunal Administrativo de Córdoba; Fabio Morón Díaz, quien ocupó importantes posiciones en la docencia, la representación política y en la Magistratura en las más elevadas dignidades; finalmente, el suscrito con 82 años, único sobreviviente para hacer memoria de lo acontecido.

Fabio era el contraste de Escamilla, mientras él se matricula siendo menor de edad, Virgilio tenía dos períodos de Concejal de Santa Rosa, su patria chica.

Después de las tertulias jurídicas que diariamente analizábamos, acordamos invertir un espacio sobre las inquietudes literarias de cada quien. En uno de ellos, Fabio nos sorprendió con la lectura del trabajo que había elaborado, luego corregido y aumentado, sobre la obra del Tuerto López, tema que inició en el periodo del bachillerato como tarea de clase. Los integrantes del grupo fuimos unánimes en destacar ese importante estudio y acordamos aprovechar la peregrinación proyectada en homenaje del bardo genial, con motivo del primer aniversario de su muerte en el Cementerio de Manga para hacerlo conocer multitudinariamente.

Preparados para esa fecha los integrantes dispusimos organizar un coro de vivas y aplausos para postular a Fabio a la tribuna. No obstante, el programa oficial estaba estrictamente elaborado para evitar improvisados, por lo que solo hablarían los oradores previamente escogidos.

Así que, concluida la perorata de la generación centenarista de El Bodegón, después de empujones y muchos esfuerzos, izamos a Fabio a la elevada tarima, y dio arranque a su potente oratoria que impresionó a los asistentes, habiendo generado tal entusiasmo colectivo, incluso atrajo a la plana mayor, incluido el grupo presidido por el doctor Domingo López Escauriaza, hermano menor del homenajeado. Entre aplausos y vivas a disposición del orador, toda la multitud reconoció el contenido y la importancia del discurso relativo a la obra del gran poeta de todos los tiempos, que gracias a ella persiste el mérito a los “zapatos viejos”.

Bajamos en hombros al ya consagrado orador, que de inmediato fue abrazado por el Director de El Universal, y así lo mantuvo hasta regresar al periódico. El concepto colectivo de la asistencia, según lo expresó Serafín, fue de que el último orador les “puso el pie” a la perorata centenarista. El vínculo de Fabio adquirido con El Universal convino al resto del grupo, obtuvimos, con aplausos del Jefe de Redacción sabio Clemente Manuel Zabala, la oportunidad para Manuel H. de publicar su poesía revolucionaria al estilo de Neruda; en cuanto a mí, dos cuartillas sobre la deficiencia en la enseñanza universitaria.

La ausencia de Fabio, en aquel entonces, la llenó Gabito, al extremo de conseguir del doctor López Escauriaza generosamente, el valor de la matrícula para aquel, al 4to año de Derecho en la Universidad de Cartagena, que apenas permaneció tres meses cuando apareció en Bogotá de colaborador de El Espectador, y luego en Europa, registrando como periodista detalles de las dolencias de los del Papa PIO XII, en el Vaticano.

EL DIARIO EL TIEMPO PUBLICÓ EL 10 DE JULIO DE 2000 LA SIGUIENTE CRÓNICA CON MOTIVO DE LA DESIGNACIÓN DEL MAGISTRADO FABIO MORÓN DÍAZ A LA PRESIDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

EL NUEVO ZAR DE LA CORTE

Una carta de los extraditables, un chaleco antibalas y una oficina de guerra esperaban a Fabio Morón Díaz cuando fue elegido miembro de la Corte Suprema en 1985, un mes después del holocausto del Palacio de Justicia.

Desde el martes pasado, el magistrado más antiguo de las altas cortes y un testigo de excepción de una de las épocas más turbulentas y de mayores transformaciones de la justicia, es el nuevo Presidente de la Corte Constitucional, el último de la primera etapa del alto tribunal.

Morón Díaz, que dejará su cargo en marzo después de 14 años de magistratura, llegó a la Corte Suprema para hacer parte de la Sala Constitucional, cuyos cuatro integrantes murieron en la toma del M-19, que dejó a 12 magistrados sin vida.

Ante la perspectiva de trabajar en una sede improvisada en la Casa de la Moneda, bajo las amenazas de Pablo Escobar y sin más seguridad que el chaleco antibalas y un carro que debían compartir varios magistrados, seis abogados de renombre rechazaron el cargo antes de que el ofrecimiento llegara a Morón Díaz.

El, sin embargo, después de consultarlo con sus hermanos, dejó sus clases en la Universidad de Cartagena, en donde era Decano de la Facultad de Derecho, y su cargo en El Universal, del que fue su director durante doce años.

A su hermano Darío Morón Díaz, actual Director del diario, la decisión no lo sorprendió. Aunque se haya dedicado a otras actividades, desde la universidad se le notó la contextura intelectual del magistrado, afirma.

De hecho, se graduó como abogado en el Paraninfo de la Universidad Nacional, honor que solo logran unos cuantos alumnos. Aun así rechazó una beca en Francia, por dedicarse a la política (fue diputado, representante a la Cámara y Senador suplente)), la cátedra y el periodismo.

La magistratura lo esperó casi treinta años. Como presidente de la Corte Suprema afrontó los momentos más difíciles de la guerra contra el narcotráfico y fue ponente de varias decisiones contra los carteles de la droga.

El presidente de la época, Virgilio Barco, le propuso remplazar al procurador Carlos Mauro Hoyos, asesinado el 25 de enero de 1988. El declinó el ofrecimiento por no renunciar a su deber de magistrado.

Un año después, le dio el empujoncito que le hacía falta a la nueva Constitución. Cuando la Corte se pronunció sobre la convocatoria de la Constituyente, Morón Díaz sustentó un argumento que salvó

el proceso de reforma constitucional, hasta ese momento en peligro: las instituciones no podían ser sordas al clamor popular.

En 1992, fue elegido magistrado de la Corte Constitucional, en donde en los últimos ocho años ha sido un impulsor de los postulados de la nueva carta política.

Aunque una Constitución no puede ser intangible, y muchos de los puntos de la actual pueden ser susceptibles de controversia, creo que los avances que se han obtenido con ella van a ser defendidos por el pueblo ante cualquier intento de reforma, sostiene.

José Alejandro Bonivento, quien acompañó a Morón en la Corte Suprema, asegura que sus características más destacables son su apertura al diálogo y su capacidad de encontrar siempre soluciones alternativas.

El magistrado del Consejo de la Judicatura, Julio César Ortíz, quien por 12 años fue su magistrado auxiliar, resalta su buen humor y su capacidad para mantener la calma en medio de situaciones convulsionadas. El único motivo de discrepancia con sus auxiliares era que le demoraban mucho los libros.

Su biblioteca será desde marzo próximo una de sus dedicaciones, así como viajar y tomarse un tiempo libre. Aunque personas cercanas a él creen que podría volver a la dirección de El Universal, él afirma que ya lo descartó.

Segundas partes nunca fueron buenas dice, y después de catorce años como magistrado, creo que me merezco un descanso.

EL ABOGADO Y COLUMNISTA DE EL UNIVERSAL JORGE TIRADO NAVARRO ESCRIBIÓ EN EL SIGUIENTE EDITORIAL

LA PARTIDA DE UN GRANDE

JORGE TIRADO NAVARRO

Desde mi infancia tuve la fortuna de conocer a Fabio Morón Díaz, figura destacada dentro de la pléyade de cartageneros que han trascendido al ámbito nacional por sus esfuerzos y ejecutorias memorables. Durante mi adolescencia ese privilegio se mantuvo debido a la amistad que durante muchos años conservó con mis padres. Eso me permitió acercarme desde temprano, cuando ya tenía uso de razón, y más tarde cuando cursaba mis estudios universitarios de derecho y filosofía, a las enseñanzas y consejos de quien fue para mí un maestro y orientador en mis inicios en las ciencias jurídicas y sociales y en el contexto de la ética y la moral.

Su cultura y conocimientos, sumados a su reconocimiento nacional, no le impidieron sacar a relucir el ser afable, cariñoso, servicial, de fino humor y carcajada feliz que tendré grabados para siempre en mi memoria.

Fue un liberal integérrimo no sólo de partido sino de ideología, que creyó firmemente en los postulados de la socialdemocracia, impronta que dejó plasmada en los momentos más renombrados de su vida pública. Para el recuerdo perdurable de los colombianos menciono los logros alcanzados por Morón Díaz como Presidente de la Corte Suprema en la preservación de la independencia de la justicia lograda en el plebiscito de 1957: autonomía presupuestal y administrativa de la rama judicial, los inicios de su sistematización, la incorporación de 328 magistrados de Tribunales a la carrera judicial mediante un eficiente concurso de méritos, y la reforma judicial del gobierno Barco, ejecutorias que dejó plasmadas en su libro “La justicia nunca más debe ser abandonada”. Todo ello sin desfallecer en el fortalecimiento de la Rama, en tiempos en que el narcoterrorismo intentaba con su poder intimidar a los jueces del país.

Pero tal vez su mayor logro fue el de darle luz verde a la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente con plenos poderes para expedir la Constitución de 1991. Morón, como miembro de la Corte Suprema revisó la constitucionalidad del decreto mediante el cual el Presidente Gaviria convocaba a los ciudadanos a elegir a sus representantes en ese cuerpo colegiado, al tiempo que limitaba y restringía los temas sobre los que la Asamblea podía pronunciarse.

La Corte Suprema, con ponencia de Morón Díaz, consideró que la convocatoria a elecciones se ajustaba a la Constitución, pero que no era posible limitar la temática sobre la cual la Asamblea podía pronunciarse: un decreto no podía restringir la voluntad directa del pueblo de convocar a una Asamblea Constituyente llamada a expedir la nueva Constitución Política. La Corte Suprema, acogiendo el criterio de Morón, quien abogaba por la supremacía de la soberanía popular, creó el marco jurídico que posibilitó la expedición de la Constitución de 1991, de la cual fue luego insomne guardián en la Corte Constitucional, así pocos lo hayan reconocido en los actos conmemorativos de los 20 años de su promulgación.

Fabio Morón Díaz fue un ser ejemplar en el que encontró cabida el juicio desapasionado, las buenas maneras y el criterio jurídico que caracterizan al jurista excelso. La tenacidad, ponderación y esfuerzo que desplegó en vida constituyen un referente obligado para las nuevas generaciones. Paz en su tumba.

EL MAGISTRADO Y PROFESOR UNIVERSITARIO EDUARDO CAMACHO PIÑERES ESCRIBIÓ AL SIGUIENTE SEMBLANZA DEL DOCTOR FABIO MORÓN DIAZ.

MIS TRES ENCUENTROS CON EL DOCTOR FABIO MORÓN DÍAZ.

EDUARDO CAMACHO PIÑERES.

ENCUENTRO SEGUNDO.

No sin cierto azoramiento estreché la regordeta mano del hombre que, superando su primer disgusto ocasionado por mi impertinencia, me ofrecía una vez más esa amplia sonrisa que le era habitual. De guayabera blanca manga larga, pantalones grises en los que se prolongaban tenues rayas de un mismo color, zapatos oscuros, su continente poseía cierta prestancia que en nada afectaba su mediana estatura. El cabello rabiosamente negro en contraste con su rostro, y el cutis de una tersura de niño.

Apenas lo vi capté en sus gestos cierta impaciencia que disimuló al percibir mis facciones desencajadas. Empero, la rapidez de sus ademanes me indicó que nuestra entrevista debía desarrollarse con la mayor brevedad posible.

Más que preguntarme me inquirió con los ojos el por qué de mi presencia en su despacho, en momentos en que- posiblemente -se tomaban decisiones que definirían el futuro de la universidad que rectoraba. Yo, que como su alumno en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena había hecho gala de cierta facilidad de expresión, y muy a pesar del discurso que llevaba en mente, una vez sentado frente a él prorrumplí en un chorro de palabras atropelladas e inconexas con las que pretendía expresar el mar de confusiones que me atormentaba. En un amasijo de frases descoyuntadas me referí a mi padre y a la admiración que éste sentía por él, a una vieja campaña política que llevé a cabo en San Estanislao de Kotska apoyando la lista a la Asamblea Departamental encabezada por su nombre, a los cuentos escritos por mí y que él en una ocasión había elogiado, a aquella clase en que se habló de Teilhard de Chardin y de la controvertida espiritualidad del catolicismo. Como pude me

centré en el tema de la visita para narrarle la diaria frustración de ver mis demandas rechazadas en los juzgados por vicios de forma y no sin saber distinguir entre los efectos suspensivo y devolutivo de las apelaciones. Concluí con pesadez que ante mi fracaso como abogado había decidido estudiar alguna carrera distinta como, por ejemplo, administración de empresas u otra similar. Su impaciencia desapreció ante mi queja. Por un momento dejó de ser el Rector de la Universidad Tecnológica de Bolívar y primo en él esa vocación de humanidad que le llevó a tener siempre en cuenta las preocupaciones ajenas.

- Eduardo - me dijo el doctor Fabio Morón con afabilidad
- ¿Cuánto tiempo tienes de estar litigando?

- Aproximadamente ocho meses, doctor. Respondí.

Nuevamente la sonrisa apareció en sus labios, se levantó, me tomó del brazo y mientras con pausado andar me acompañaba hasta la puerta comentó que no debía apresurarme, que las matrículas seguirían abiertas durante quince días más, que lo pensara detenidamente y que si persistía en ese deseo volviera para agotar el trámite de rigor.

Al salir de la otrora casona solariega sede hoy del centro educativo, deambulé largamente por las calles de Manga. Absorto en infinidad de interrogantes fui inmune al aroma de los matarratones en flor que perfumaban la transparencia de aquella ventosa noche de febrero. ¿Qué me había querido decir el maestro? ¿Acaso desde la perspectiva de su experiencia mis lamentaciones no eran cosa distinta al producto de una persistente inmadurez? Mis sueños tenían que ver más con la actividad del foro que con la administración de cualquier unidad de explotación económica. Fabio lo sabía muy bien, y su mejor esfuerzo docente no fue el dictarme una cátedra frente a la cual permanecería imperturbable, sino el señalarme los caminos por los que debía discurrir mi pensamiento. Una vez más me sentí protegido por su sabiduría.

En las interminables conversaciones que después nos deparó el destino, ni él ni yo volvimos a abordar el tema.

ENCUENTRO PRIMERO.

1.968, Universidad de Cartagena, segundo año de derecho.

Todavía no me había recuperado del impacto causado por el paso de la educación secundaria a la superior. Rodeado de compañeros provenientes de diferentes poblaciones de Bolívar, Sucre y Córdoba, tuve noticia de los Rohenes y Sampayo de Magangué, de los Espinosa de Sincé y de Cereté, de los Simancas de Arjona, de los Borge de Villanueva, de los Solano de Sampués, de los Vergara de Sincelejo, de los Baena de Malagana, de los Pavón de Sabanalarga, de los Andrade de Barranquilla. Aún no había fijado en mi retina la cara de los diferentes profesores, pero ya distinguía a un Senén González Guerra, a un Carlos Fació Lince, a un Mario Alario Di Filippo, a un Eduardo Bossa Badel, a un Raúl H. Barrios, a un Augusto Tinoco Pérez, a un Alvaro Angulo Bossa, a un Carlos Villalba Bustillo, a un Gabriel Bustamante y por supuesto, a un Fabio Morón Díaz, nuestro catedrático de Derecho Administrativo General.

En aquella época entre el doctor Morón y el Derecho Administrativo General existía una simbiosis casi perfecta: lo que le faltaba al derecho constitucional le sobraba a la teoría del derecho administrativo. El doctor Morón, como gran cultor de ambas disciplinas, anticipó en mucho la trascendencia que habría de adquirir el constitucionalismo en las concepciones propias del estado social de derecho. Desde aquellos tiempos su destino estaba ya trazado.

Había sucedido que la fiebre constitucionalista que en su momento inflamó a la Francia decimonónica y se derramó a lo ancho y largo de la Europa continental, remitió ante los excesos de los jacobinos y la promulgación de la Carta de 1793 en la cual se plasmaba el ideario radical de esa facción. En procura de recuperar la normalización de la sociedad y de las instituciones, a lo largo del siglo XIX se fue paulatinamente estructurando el concepto del

estado de derecho cuyo soporte, lejos de ser el poder constituyente, lo fue el constituido centrado en su rama legislativa. Por lo que el derecho civil, por una parte, y el derecho administrativo, por otra, se erigieron en los ejes normativos de la nación, entelequia ésta que, encarnando la soberanía, desplazaba la noción del origen popular del estado.

De esa manera el derecho administrativo, como cauce y límite de la actividad y de las responsabilidades de la administración, pasó a ocupar ámbitos que en puridad correspondían al derecho constitucional.

Es por lo acabado de exponer que afirmo que el doctor Fabio Morón Díaz, desde la perspectiva de la cátedra, fue precursor entre nosotros de los fundamentos del estado social de derecho, en el que se torna a la primacía del Derecho Constitucional respecto a las otras áreas que informan el universo jurídico de casi la totalidad de los países occidentales. Su penetrante inteligencia no pudo dejar de captar la debilidad del derecho constitucional y la usurpación del derecho administrativo.

Muchas otras dotes adornaron la personalidad de nuestro profesor: hombre carente de doblez, sus actos fueron siempre fiel reflejo de sus ideas, de sus creencias y de sus afectos. Como Epicteto de Hierópolis, consideraba que era un delito renunciar a ser útil a la sociedad y una cobardía ceder el paso a los indignos, quienes, en concepto de Bías de Priene, que él hizo suyo, tampoco merecían ser alabados por sus riquezas.

Así como con la rectitud de su comportamiento nos transmitió una dimensión moral del derecho, con su amplia cultura humanística - que lo llevó a incursionar en el mundo del arte, de su teoría, de su interpretación y de su disfrute - logró hacer posible que a través de sus disertaciones nos asomáramos a la dimensión estética de la juridicidad. No olvidemos que el arte y la ley son creaciones del hombre y sólo mediante esfuerzos interpretativos nos es posible aproximarnos a ellos.

Este ciclo se cerró con un último acto en el que fungimos él como profesor y yo como estudiante: hizo parte del jurado examinador de mi tesis de grado.

ENCUENTRO TERCERO.

Agosto de 1975 fue definitivo en el curso de mi vida. A partir de ese momento las cosas se han venido desarrollando a través de acontecimientos - grandes y en su mayoría pequeños - eslabonados unos con otros sin solución de continuidad. Ese mes, y gracias a los buenos oficios del doctor Guillermo Guerrero Figueroa y de mi entrañable amigo Felipe Mendoza Arias, me vinculé a la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena en calidad de asistente del doctor Rodrigo Caballero González. Eso marcó, no de forma inmediata sino con el discurrir del tiempo, mi tercer y prolongado encuentro con el doctor Fabio Morón Díaz.

El tejido de nimias circunstancias hizo que el doctor Morón, ya decano de la Facultad, me escogiera como Jefe del Departamento de Derecho Laboral.

Concomitantemente con lo anterior y gracias a la guía del doctor Alcides Angulo Passos, logré ser aceptado en una tertulia cuyas sesiones semanales-humedecidas con licor y animadas por las picantes ocurrencias de cada uno de sus miembros - se prolongaron por más de treinta años. Uno de los más conspicuos integrantes de ese grupo era el doctor Fabio Morón Díaz.

Así, pues, por la doble vertiente de la actividad académica y de los asiduos encuentros de carácter semi- bohemio, se fue consolidando entre los dos una amistad que de manera unilateral me atrevo a calificar como profunda.

En esos días, que hoy evoco con nostalgia pues en ellos hubo cierta plenitud, no imaginábamos que uno de nuestros contertulios - el doctor Morón, precisamente - llegaría a convertirse en primerísima figura en el orden nacional, y que su legado se traduciría en un giro democrático en las estructuras políticas, económicas y sociales del país. Legado que, por otra parte, y lo escribo con dolor, observo que

se desdibuja progresivamente ante las acometidas de particularismos mezquinos.

Nos estremeció de alegría la designación de Fabio Morón como Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, lo mismo que la posterior a la recién creada Corte Constitucional. Él hizo parte de esa admirable primera Corte que comprendió y desarrolló, como después no lo ha hecho ninguna, el espíritu de la Constitución Política de 1991.

En aquellos años aciagos para Colombia, sacudida por múltiples subversiones que amenazaban seriamente su orden institucional, el doctor Morón asumió con valor, vigor y decisión posiciones de jurista y estadista, al punto que la revista *Semana* llegó a equipararlo con el Presidente de la República de la época. No obstante siguió siendo hombre sencillo, afable, con la sonrisa a flor de labios, luciendo siempre la discreta sabiduría de sus palabras. En sus venidas a Cartagena se despojaba de los alamares propios de sus responsabilidades y, sin abandonar en ningún momento la serena majestad de su investidura, se interesaba por nuestras andanzas y por los pequeños dramas de la vida judicial, política e intelectual del villorrio. Después llegaron años de relativa tranquilidad. En su apartamento al nororiente de Bogotá se dedicó a cultivar de manera incansable una de sus más hondas pasiones: la alta política, pues siempre fue fiel al ideario liberal humanista, aquél que empezó a cuajar con Rafael Uribe Uribe y tuvo su momento cumbre al entronizarse la Segunda República Liberal, al inicio de la tercera década del siglo pasado.

En aquellos tiempos, enfundados en espesos abrigos, ya que ambos éramos sensibles al frío, acostumbrábamos a reunirnos en un comercio cercano a su residencia para luego, después de solazarnos en una conversación por lo general ligera, dirigirnos, en compañía de Katia, mi dulce amada, a disfrutar de los arpegios propios de la zarzuela o de las peripecias de los protagonistas de alguna obra de teatro.

Nuevamente en Cartagena estuve varias veces en su apartamento de Marbella. De esas visitas recuerdo como la cántiga del mar servía de fondo a la cadencia de sus palabras, y entonces, atraído por la musicalidad de aquellos crepúsculos, solía asomarme al balcón para contemplar las goletas que, como la vida, se deslizaban altivas sobre el oleaje dejando tras ellas un efímero surco que se disolvía entre las aguas, hasta perderse en el horizonte para nunca más volver.

El súbito fallecimiento del Maestro puso fin a este tercer encuentro.

Paz en su tumba.

EL PERIODISTA E HISTORIADOR SANTIAGO COLORADO
ESCRIBIÓ EN EL UNIVERSAL LA SIGUIENTE COLUMNA SOBRE EL
MAGISTRADO FABIO MORÓN DIAZ.

El Universal 26 de enero de 1989.

FABIO MORÓN DÍAZ, EL MAGISTRADO

“Ahora bien: es cierto que ahora vas a marchar al Hades, si es que vas, víctima de una injusticia te la han ocasionado los hombres; no nosotras, las leyes “Critón o del Deber”, Platón.

Vano empeño el nuestro para ir al encuentro de un hermano cargado de virtudes y de obligaciones, que se acerca la meta de su destino. Resulta innecesario remover la memoria en busca de datos para decir lo que tantos amigos saben con certeza en torno a la vida y las ejecutorias del magistrado Fabio Morón Díaz, hoy Presidente de la Corte Suprema de Justicia en el país de las leyes por definición.

Tampoco somos quienes para decir que la elección de un Presidente entre magistrados es un proceso, por su naturaleza, bien diferente a otras elecciones institucionalizadas que configura para bien o para mal, nuestra democracia. Los electores del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, estudian, deciden y proceden en una esfera del saber dónde nuestro escaso entendimiento sólo vislumbra complejidad y graves compromisos con temas y asuntos

jamás agotados por la inteligencia del hombre desde los umbrales de la civilización hasta la hecatombe, las cenizas y el renacimiento de nuestro más alto tribunal. Honor ¡honor al mérito recaído en el pecho y en los hombros de nuestro hermano!

¿Qué podríamos decir, entonces, frente a un hecho que enorgullece por tantos motivos, sin caer en el resbaladero de los ditirambos y las vaguedades que seguramente incomodan a un espíritu de selección despojado de vanidades; limpio del polvillo contaminado que arrastra el mercado nacional del autobombo y la egolatría? Él, el doctor Morón Díaz, perdonará de entrada los excesos de mi retórica tropical. No tenemos otro recurso en el fondo de nuestro corazón ciertamente regocijado con el triunfo de su inteligencia y su probidad. ¿Es poco ser el primer juez de la República?

En cualquier rincón de la ciudad heroica podemos armar el viejo círculo de modestos periodistas y ejercer el derecho a ufanarnos de esta corona en el amplio estadio de la maltratada democracia colombiana. es nadie menos que un hermano en el oficio el que puede evocar ahora los atinados consejos de uno de los hombres más honrados de la patria, paladín de las libertades públicas y fundador de esta tribuna periodística; el mismo que enderezara su quijotesca figura en el Senado de la República, convertido en Tribunal de Justicia para juzgar a un dictador en derrota, para decir que juzgaría como quien era, un hombre honrado que mal podría temer a un dictador vencido cuando jamás sintió temor ante los atropellos del dictador vencedor. Nosotros fuimos testigo de su coraje y su sentido hondo de justicia; también lo fue de modo excepcional el joven y brillante periodista, recién iniciada su carrera de jurista, hoy Presidente de la Corte Suprema amigo, incomparable, hoy nuestro juez más confiable. ¡Que Dios le asista!

“EN LA JORNADA “ENCUENTRO CON LA CONSTITUCIÓN DE 1991”, ORGANIZADA POR LA FUNDACIÓN UNIVERSITARIA COLOMBO INTERNACIONAL, EL MAGISTRADO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL HUMBERTO SIERRA PORTO EN SU INTERVENCIÓN INICIAL SE REFIRIÓ AL MAGISTRADO FABIO MORÓN DÍAZ CON UN RECONOCIMIENTO PÚBLICO.

“Es una evocación a la importancia que ha tenido como figura de nivel nacional para el desarrollo de la Constitución”. En lo personal el Magistrado, “Fabio Morón Díaz como cartagenero siempre se preocupó por promocionar a la gente de su tierra. Tuve el honor de trabajar con él cuando empezó la Corte Constitucional en 1991, en el cargo de asistente judicial en su despacho, donde lo conocí como persona, y su capacidad, bondad, buen humor y su disposición para enseñar me permitió desarrollarme como persona”.

“Recuerdo las reuniones que hacía en un restaurante, ‘Las murallas de Cartagena’, en Chapinero. Soy constitucionalista gracias a la experiencia que tuve con él. Para él sólo tengo motivos de gratitud”.

Cuando terminé mis estudios de doctorado en Europa, al llegar lo primero que hizo fue llamarme y preguntarme si quería ser magistrado de la Corte. Sierra Porto resaltó el papel que tuvo Morón Díaz para el desarrollo de lo que es hoy la Constitución de Colombia. Su participación en la decisión de la Corte Suprema de Justicia permitió todo el proceso que dio lugar a la Constituyente del 1991, donde tuvo papel protagónico en la Sala de Asuntos Constitucionales de la Corte Suprema de Justicia, y posteriormente como magistrado de la Corte Constitucional.

“Hoy la Constitución es lo que es, en buena parte gracias a la inteligencia, audacia y agudeza que tuvo la primera corte y Fabio Morón Díaz que hizo parte de ella”.

“Fue Presidente de las Cortes Suprema y Constitucional, uno de los magistrados que más tiempo ha desempeñado esos cargos. Asumió la magistratura de la Corte Suprema de Justicia justo después de los hechos del Palacio de Justicia”. “En la historia de la Justicia colombiana Fabio Morón Díaz tiene un lugar de honor”.

CRÓNICA PUBLICADA EN INTERNET Y EN LA PRENSA DURANTE LOS HOMENAJES AL FALLECIDO EXMAGISTRADO.

UN CAMBIO HISTÓRICO

FABIO MORÓN DÍAZ, EL CARTAGENERO QUE ABRIÓ LA PUERTA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

En 1990, Colombia vivía uno de los momentos más difíciles de su historia reciente. La violencia estaba exacerbada y el esquema institucional desbordado. La muerte de 4 candidatos presidenciales, entre ellos Luis Carlos Galán, y una arremetida terrorista indiscriminada sirvieron sin embargo de dinamizadores de la más grande transformación y modernización constitucional de toda América Latina. La dificultad radicaba en hacerla sin que significara un rompimiento institucional.

Ese -nada menos- fue el aporte del entonces magistrado cartagenero Fabio Morón Díaz, al abrir la puerta para que, dentro del orden constitucional, se pudiera llevar a cabo un cambio total del sistema político colombiano. Su ponencia, derrotada inicialmente en la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y después mayoritaria en el pleno, fue la que marcó el camino que se debía recorrer para lograr convocar una Asamblea Nacional Constituyente.

Morón Díaz, quien falleció en Cartagena pocos días antes de la celebración de los 20 años de expedida esa Constitución, impuso su talante en ese marzo de 1.990 para lograr que la mayoría de los miembros de la Corte se sumaran a su posición y permitieran que la Organización Electoral contara las papeletas mediante las cuales el pueblo pedía la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente. Ya no era la séptima papeleta -como se conoció el movimiento original que promovió el cambio constitucional- porque esa ya no se había contado. Era una papeleta que se introducía en la elección presidencial de mayo de ese año y en la que formalmente se tomaba la decisión que no había logrado cuerpo jurídico unos meses antes.

Morón Díaz sin ninguna pretensión protagónica, sin alardes de conocimiento, sin palabras rebuscadas, con la contundencia de la argumentación sencilla logró ir sumando apoyo hasta derrotar la tesis de la ortodoxia jurídica que pedía declarar inconstitucional el decreto de estado de sitio que autorizaba el conteo de las papeletas. Así fue toda su vida, logró escalar a los peldaños más altos de la academia, el periodismo y la justicia sin un asomo de arrogancia. Fue haciendo amigos, sumando afectos, derrochando humildad, incluso escondiendo conocimiento, que llegó a ser por años director del diario El Universal, el periódico más leído y respetado de Cartagena durante décadas; a ser decano de la facultad de derecho de la Universidad de Cartagena, Rector de la Universidad Tecnológica de Bolívar y Presidente de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional. Todo a lo que un abogado cartagenero aspira como símbolo de éxito.

Hay algunos que se ufanan de la información que han adquirido, hacen múltiples citas de autores y entreveran palabras en otros idiomas para ganar reconocimiento. Fabio Morón Díaz, en cambio, como queriendo hacer el contraste, hacía triunfar sus tesis de una forma que resultaba incontrovertible para los más conocedores y clara y obvia para los legos.

Fabio Morón Díaz tiene el valor de haber entendido el momento histórico de Colombia en 1.990, de no quedarse apegado a la interpretación más estricta de la norma y de poner el derecho al servicio de las circunstancias y no al revés. Así se ganó un sitio en la historia y con su mirada de abuelo y su sonrisa contagiosa se ganó el cariño de todos.

“ROBERTO BURGOSCANTOR, ESCRITOR Y NOVELISTA, COMPAÑERO HABITUAL DE TERTULIA EN BOGOTÁ, DE FABIO MORÓN DÍAZ, ESCRIBIÓ ESTE ARTÍCULO EN EL DIARIO “EL UNIVERSAL”.

EL MAGISTRADO DISCRETO

En el vacío de la ilusión derivé cierto consuelo de las aventuras del amor y de la amistad. De estas conocí por José Viñals y su clarividencia de delirio que asomaba en la avanzada noche con la complicidad del cofre de Lautreamont y alguna estrella fugaz. Encontrarme entonces con los maestros del Derecho me enseñaba, un posgrado de la vida, las formas en que los seres humanos eran capaces de sobrevivir en un mundo de oprobio sin entregar la digna persistencia de la esperanza.

Antes, por el margen de azar de la existencia, unos cartageneros nos reuníamos para indagar el pasado y llamar a campanas el porvenir.

Después se redujo la estimulante algarabía y pocos Caribes alentamos el ánimo de abrazarnos sin horizonte previsto. Fue usual que José Alejandro Bonivento, Pedro Lafont, Arnulfo Julio, Óscar Alarcón, nos encontráramos para el ejercicio indispensable de repasar los días. Allí estaba cada vez Fabio Morón Díaz.

Íbamos a un sitio hospitalario. La sobrina predilecta de Bonivento, una excelente notaria, abrió el sigilo de su casa para las conversaciones sin agenda donde los rigores del corazón imponían su latido sin papel sellado. Ella, Esther Maritza, recibía del tío la contención a la proclividad Caribe de ir convidando al mundo para meterlo en la casa. Sin falta, con humor atento, su marido Miguel Leónidas, prohombre de Mahates, escoltaba el diálogo abierto.

Con Bonivento y Lafont, acordamos rogarle a Fabio Morón que escribiera, Balzac contemporáneo, las corrientes ocultas que rompieron el corsé que impedía al país divisar su horizonte tantas veces escamoteado. No es secreto que Fabio Morón Díaz fue definitivo en la apertura política y social. Nunca supimos por qué no se animó a escribir esa memoria de momentos claves del destino nacional.

Es probable que ahora la Facultad de la Universidad de Cartagena, de la cual fue Decano, pueda recoger una selección de las sentencias que preparó como ponente y hacer una edición crítica. Tal vez con prólogos de Rodrigo Uprimny y Julio Ortiz, dos de sus magistrados auxiliares de la etapa de la Corte Constitucional. De la época de la Sala Constitucional de la Corte Suprema también debe haber material de interés.

Siempre lamenté ese silencio. Dejé de insistir el mediodía en que el maestro Bonivento me aconsejó: no menciones más el libro, vamos a mortificar a Fabio. Esta delicadeza del amigo me reiteró una enseñanza. A la gente se la quiere por lo que es, no por lo que se espera de ella. Sin embargo muchos nos hicimos en el riesgo de los surrealistas: Usted es su realidad más mi sueño.

En los colombianos hay una disyuntiva. Entregar sus esfuerzos a la formación de humanidad en el barrio, loable. O apuntar al todo del cual somos parte. En uno y en otro la exigencia, la crueldad, el amor, son distintos.

Me alegra la voz de bromista de Fabio Morón Díaz, por teléfono, cada diciembre diciéndole a mi madre: es la Lotería de Bolívar. O cuando los whiskys adormecen y exaltan en la casa de Ilona, acudiendo a mi hermana Sonia para aliviar de manteles, copas, tenedores, cuchillos, medias de seda, pintalabios, con que llenaba los bolsillos de mi padre.

INTERVENCIÓN DE LA PRESIDENTA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE CARTAGENA DOCTORA EMMA G. HERNÁNDEZ

Apreciados miembros de la familia Morón Díaz

Quienes integran el Honorable Tribunal Superior de Justicia de Cartagena, accediendo a solicitud que les hiciera, me han concedido licencia para qué, cómo su vocera temporal, pueda apartarme del rigor propio de los homenajes póstumos y, en su lugar, intentar que cada palabra de esta intervención esté matizada por la tristeza que deja la partida del maestro, y, concretamente, en el caso mío, de mi

cónyuge, y de algunos de mis colegas Magistrados, por el profundo dolor que estremece nuestras almas.

Por ello, y sin dejar de aludir a las inmensas realizaciones logradas por Fabio Augusto Morón Díaz, en su vida pública, quiero también hacer énfasis en sus facetas íntimas: como hombre especialmente sensible a las manifestaciones artísticas y, como defensor de una concepción humanística del derecho, luz y brújula en sus pronunciamientos judiciales en el calor de sus serenas lúcidas y afectuosas conversaciones entre amigos; como soporte espiritual de una familia que adoro hasta su último aliento.

Tres fueron las directrices que inspiraron los actos de su existencia: la democracia, las ideas liberales, en el sentido ideológico, no partidista, y la familia. Adicionadas con un maduro sentido de la amistad, la que prodigó con generosidad exenta de dobleces.

Por lo anterior no es fácil para mí decirles, en nombre de la Corporación que presido, y en el mío propio, el último adiós a quien fuera mi maestro, mi guía, mi amigo y de quien, junto con Pedro Maciá Hernández, la persona que he escogido para transitar por la vida, recibiera el invaluable de regalo de su afecto. Este sentimiento personal lo comparto con mis compañeros Eduardo Camacho Piñeres y Gustavo Malo Fernández, quienes al igual que yo pudieron aliviar su sed de conocimientos en la inmensidad intelectual y humana de nuestro desaparecido mentor.

Aquellos que se preocupen por conocer la personalidad del doctor Morón Díaz, se encontrarán con un ser excepcional por su visión de constitucionalista; por su condición de hombre bueno, sencillo, distanciado de los ditirambos, de los honores insinceros y del canto huero de las vanidades humanas. Su felicidad, en medio de su grandeza, puedo compartir con su familia y con sus amigos, disfrutar de una ópera o una zarzuela, extasiarse críticamente en los versos de Luis Carlos López, pasearse por entre los vericuetos de la historia económica, política y social del género humano, y soñar, soñar con un país más justo, más incluyente, más igualitario, más democrático, más amable, más humano. Paz en tu tumba, querido e inolvidable Maestro.

PALABRAS DE LA DOCTORA JUDITH PINEDO FLÓREZ ALCALDESA DE CARTAGENA EN LA CÁMARA DE COMERCIO DE CARTAGENA DE INDIAS.

Este evento me genera nostalgia, pero también orgullo como cartagenero, de recordar el aporte que Fabio Morón Díaz le hizo a los asuntos públicos y al Derecho colombiano. Como se ha dicho, Fabio Morón Díaz tiene el valor de haber entendido el momento histórico de Colombia en 1.990, de no quedarse apegado a la interpretación más estricta de la norma y de poner el derecho al servicio de las circunstancias y no al revés. Este cartagenero, literalmente, abrió la puerta para lograr la expedición de una nueva Constitución en 1.991. La más grande transformación de nuestro sistema político en el último siglo.

Morón sin ninguna pretensión protagónica, sin alardes de conocimiento, sin palabras rebuscadas, con la contundencia de la argumentación sencilla logró ir sumando apoyo hasta derrotar la tesis de la ortodoxia jurídica que pedía declarar inconstitucional el decreto de estado de sitio que autorizaba el conteo de las papeletas. Así fue toda su vida, logró escalar los peldaños más altos de la academia, el periodismo y la justicia sin un asomo de arrogancia. Fue haciendo amigos, sumando afectos, derrochando humildad, incluso escondiendo conocimiento, que llegó a ser por años Director del diario El Universal, el periódico más leído y respetado de Cartagena durante décadas; a ser Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena, Rector de la Universidad Tecnológica de Bolívar, Presidente de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional. Todo lo que un abogado cartagenero aspira como símbolo de éxito.

Para nosotros es muy satisfactorio contar en este evento, con el que se ha organizado el lanzamiento de la Cátedra Fabio Morón Díaz, con la presencia del líder de esa transformación política que se concreta en la Constitución, el Expresidente César Gaviria Trujillo. Presidente muchas gracias por honrar con su presencia el inicio de las actividades de esta cátedra de nuestra Escuela de Gobierno y Liderazgo.

Presidente, los colombianos nos sentimos orgullosos de nuestra Constitución. Una Constitución generosa en el reconocimiento de derechos, una constitución que diseñó un cuidadoso sistema de controles que ha producido decisiones que nos han dado un sólido Estado de Derecho. Una Constitución que es el fruto de un proceso al que hemos aportado desde las provincias y con la que los Lanceros de Getsemaní se sentirían cómodos porque no tendrían que reclamar sus derechos, sino a la tutela, en la certeza de que encontrarían en la Corte Constitucional un aliado.

Para los gobiernos de todos los niveles, sigue siendo un desafío conseguir que los enunciados constitucionales tengan expresión real en la vida cotidiana de las persona. Como ciudadanos nos seguimos aferrando a las constituciones como cartas de derechos y como expresiones de aspiraciones sociales con las que desde el ejercicio de las funciones públicas que nos correspondan coyunturalmente mantenemos un compromiso inquebrantable.

El 11 de noviembre de 1.811, Cartagena fue la primera Provincia en declarar la independencia total de la corona española, por ello los Caribes hemos reclamado que la celebración de los hechos que culminaron con el lanzamiento del 20 julio de 1.810 en la fría Santa Fe es parcial, incluso equivocada porque allí las proclamas expresaron lealtad con el rey aunque se quejaban del mal gobierno. (¡Bueno, las quejas por los malos gobiernos se mantienen!)

En Cartagena, precisamente lo que hizo Pedro Romero al comandar a los getsemanisenses para cruzar el que hoy es el Camellón de los Mártires para llegar al Palacio de las reuniones de la Junta de Gobierno puede exigir que se declarara la independencia plena sin más dilaciones, como finalmente tuvieron que hacerlo.

Un año después de haber declarado la independencia absoluta de España, el 14 de junio 1.812, se expidió en la ciudad de Cartagena la Constitución Política del Estado de Cartagena de Indias. Un documento excepcional en el que se reflejó la madurez política que había alcanzado el pueblo cartagenero producto de las dinámicas

de discusión sobre autonomía y representación política luego de la invasión de Napoleón Bonaparte a España en 1.808.

En Cartagena seguimos dando una batalla por la igualdad, en contra de la discriminación de todo tipo, la racial, por supuesto, pero también contra la discriminación de género, lucha desconocida para entonces, y contra la discriminación derivada de las condiciones sociales. Aquí no vamos a dejar de levantarnos hasta que tengamos una sociedad más democrática e igualitaria.

Desde aquí también libramos una batalla por el reconocimiento real de la autonomía de las entidades territoriales que se consagró desde el artículo primero a todo lo largo de la constitución que se expidió en 1.991.

En el gobierno de Cartagena asumimos como guía dos de los artículos de nuestra Constitución de 1812, el primero que expresa la confianza en la acción colectiva, “ los hombres se juntan en sociedad con el fin de facilitar, y asegurar y perfeccionar el goce de sus derechos y facultades naturales, y de los bienes de la existencia, y de satisfacer sus deseos y conatos de felicidad venciendo unidos los obstáculos y dificultades que les oprime la naturaleza física y moral, a los cuales aislados no podría resistir.”

Y el primero del título XII que se refiere a la instrucción pública señala que “la difusión de la luces y de los conocimientos útiles por todas las clases del Estado es uno de los primeros elementos de su consistencia y felicidad”, por eso hemos concentrado nuestros esfuerzos en convertir a la educación en el centro de la gestión del gobierno y en la única y verdadera herramienta de promover la dinámica social y de romper para siempre las trampas de la pobreza.

Muchas gracias.

MI PROFESOR FABIO MORÓN DÍAZ

JOSEFINA QUINTERO LYONS (*)

El maestro Fabio Morón Díaz fue ante todo eso: un maestro en todo el sentido de la palabra, lo que puedo afirmar porque fui testigo de excepción de sus enseñanzas. Decimos, que fue un maestro, por el dominio y el rigor intelectual con que abordaba los más variados temas, que articulaba sabiamente con aquello que constituía el aspecto central de sus clases, en los que afloraba el humanista que llevaba dentro. Maestro porque en la interacción cotidiana con sus estudiantes se advertía nítidamente el sentido de su entrega desinteresada, preocupado como estuvo siempre porque sus discípulos sacaran el mejor provecho posible.

Sus clases de derecho administrativo general, colmadas de regocijo estudiantil, eran fuentes inagotables e iluminadas que el profesor Morón Díaz las amenizaba y complementaba con deliciosas anécdotas y ejemplos de la vida cotidiana y del transcurrir jurídico, que transmitía con sobrada pericia, con su siempre sonrisa a flor de labios y con su característico buen humor propios de este ser inigualable.

Y es que el profesor Fabio representaba al ser caribe: alegre, jovial, conversador y exquisito en su comportamiento. Esto, además de la excelente relación profesor-alumna que manteníamos, también nos unía, dada nuestra ascendencia común de las tierras sinuanas.

El doctor Morón Díaz, supo además desempeñarse con lujo de competencias en la Decanatura de nuestra añeja Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena, en la que contribuyó a mejorar la calidad además, haciéndose acompañar por destacados profesionales y porque nuestro escudo jurídico rivalizara dignamente con las más importantes del país que la aventajaban en recursos económicos. Por eso, su paso por la Decanatura no pasó inadvertido y puesto que su labor aún perdura, dados los cambios que introdujo especialmente por el impulso vital que le imprimió a la investigación, que puso a la orden del día en el quehacer universitario.

De la facultad dio el gran salto hacia la magistratura de la antigua Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y de allí a la primera y destacada Corte Constitucional, donde dejó una huella indeleble a través de los precedentes judiciales, henchidos de contenido social, acordes con su ideario político y jurídico, sentados en fundamentales sentencias que hoy son reconocidas en el universo del derecho.

Con este ascenso en su carrera el derecho colombiano se enriqueció y salió beneficiado, pero la facultad perdió un faro académico.

Me quedan sin destacar en este breve homenaje que hoy le rindo al profesor Morón Díaz otras sobresalientes facetas de su existencia, como la del periodista y la del político liberal de avanzada, pero esto ya ha sido muy distinguido por otros estudiosos de su obra, además de que su propia vida habla por sí sola.

Hoy, recordamos al maestro, al académico, al decano, al jurista, al juez de eximias cualidades éticas, con una mezcla de agradecimiento por sus enseñanzas, de orgullo por haber sido su alumna y de afecto por la amistad que siempre me brindó.

Maestro Fabio Morón Díaz, todavía su espíritu noble y altruista está presente en nuestra facultad y en nuestros corazones y habita en sus claustros su ejemplo y sus enseñanzas.

(*) Decana de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Cartagena

LA PEDAGOGA Y ESCRITORA ANA ELVIRA ROMÁN, FUNDADORA DE COLEGIO MONTESSORI DE CARTAGENA ESCRIBIÓ ESTA NOTA BIOGRÁFICA SOBRE FABIO MORÓN DÍAZ.

UN RECUERDO DIFERENTE

EL UNIVERSAL Publicado el 8 de julio de 2011

No siempre los recuerdos que nos quedan de una persona tienen que ver con su talento o su exitosa carrera. Tengo de Fabio Morón Díaz otra raigambre. Yo era directora de la Escuela Normal de Señoritas en los años 40. Funcionaba en el Callejón de Gastelbondo. Hoy, creo que allí está la Asamblea de Bolívar. Dora Morón Díaz, hermana de Fabio, era profesora de biología. Éramos grandes amigas, por tener ambas grandes aficiones por la literatura. Leíamos la revista “Sábado”, que circulaba todas las semanas con la colaboración de grandes intelectuales del país. Y las comentábamos. Terminada nuestra faena de hacer acostar a las internas, nos sentábamos en el balcón a esperar a Fabio, el hermano de Dora, quien llegaba todas las noches y, desde abajo, silbaba. Yo creo que él era todavía un adolescente, pero tenía un gran afecto por esa hermana. No sólo llevaba razones de su casa, sino dulces y alguna ropa. Charlaba sobre lo que había hecho en su universidad y los conocimientos que había adquirido y recomendaciones para que leyéramos algún artículo de los periódicos. Y aun cuando no me concernía esa visita, me gustaba el afecto que se demostraban. Hubiera deseado tener un hermano con iguales manifestaciones. Siempre lo recordé silbando desde abajo. Y creyéndose hombre, siendo aún adolescente.

AGRADECIMIENTO

El 21 de junio de 2011 en la Catedral se rindió el último homenaje a las cenizas del magistrado Fabio Augusto Morón Díaz, la ceremonia la presidió el Arzobispo de la arquidiócesis monseñor Jorge Enrique Jiménez. El doctor Darío Morón Díaz al final del acto agradeció a los asistentes con estas palabras:

Estos, Fabio, ¡ay dolor!, que ves ahora
campos de soledad, mustio collado,
fueron un tiempo Itálica famosa.

Asisto a esta cita para expresarles mi inmenso agradecimiento y el de mi familia, por todas las manifestaciones de solidaridad expresadas ante la desaparición de Fabio Augusto Morón Díaz. Cuán doloroso resulta venir a despedir al hermano, al ser especial, al amigo noble y bondadoso, al sabio consejero, al orientador, al del equilibrio, la ponderación y los principios éticos.

Tengo sobradas razones para hablar con creces de los rasgos de su personalidad, sin embargo, prefiero que sean sus colegas los que delineen al jurista que fue Fabio Augusto Morón Díaz. En ese orden de ideas de Héctor Hernández Ayazo, su amigo y confidente, rescato del editorial de El Universal del domingo 19 de junio: “La profundidad de sus lecciones, la actualidad de su información y la exposición diáfana y amable pronto lo hicieron rodear del aprecio de sus estudiantes y del respeto de sus compañeros de docencia. Tales virtudes lo condujeron a su exaltación a la decanatura de la Escuela de Derecho, ejercida con singular lucimiento hasta el momento en que fue llamado a servir en la Sala Constitucional de la Corte Suprema, invitación que aceptó con resolución y coraje tras los momentos aciagos del asalto al Palacio de Justicia cuando ese desempeño era misión de alto riesgo”.

En la Corte Suprema de Justicia dejó la huella de su conocimiento del Derecho Constitucional y de una cultura alimentada en la modernidad que lo condujo a elaborar las sentencias que permitieron que se instalara la Constituyente de 1991 y que el país abandonara la retórica constitución de 1886. Y surgiera de esa Asamblea la Constitución de 1991.

Hernández Ayazo agregó: “Fue en la Corte Constitucional, en la que relucieron, con creces su acendrada formación jurídica, su sensibilidad social y su convicción de que el Estado Social de Derecho no era un enunciado literal en la Carta, sino un mandato

explícito de transformar la sociedad, las acciones del Estado y las relaciones de este con los ciudadanos para lograr un respeto pleno al derecho a una vida digna dentro de un orden justo”.

El exmagistrado Julio César Ortiz, menciona otras aristas personales del magistrado en una conferencia: “Fabio Morón Díaz es, afortunadamente, uno de los preclaros fundadores y artífices de la nueva democracia constitucional y un baluarte sólido de la militancia contemporánea por la libertades, por la justicia, por el pluralismo y la modernización, y por el desarrollo social y político de nuestro país; es heredero de una casta varias veces centenaria de artífices sociales, que afincó sus pertenencias y su rebeldía en el tórrido Caribe y que proyectó sus visiones progresistas en todos los compromisos sociales y privados de su vida, hasta abrir las puertas para el cambio político, con un profundo y universal sentido de tolerancia y libertad”

Así mismo el exmagistrado e historiador Arturo Matson Figueroa se expresó de esta manera: “ En realidad de verdad la Corte Suprema de Justicia, al acoger la ponencia inteligente y cerebral del ilustre constitucionalista doctor Fabio Morón Díaz, lo que hizo fue interpretar los anhelos del pueblo colombiano que tantas frustraciones había sufrido en su propósito de hacer los reajustes institucionales que demandaban los nuevos tiempos. Y en una interpretación inteligente y realista de la voluntad política de un pueblo, dio vía libre a la posibilidad de que ella se expresara a través de su poder constituyente”.

Podría seguir extendiéndome en señalar otros rasgos de Fabio Morón Díaz, en este acto, sin embargo la dignidad de estas ceremonias religiosas obligan a la sobriedad.

El deceso del jurista Fabio Morón Díaz es una pérdida inconmensurable para la jurisprudencia colombiana y a la vez un acontecimiento doloroso para nuestra familia. Les reitero nuevamente nuestro agradecimiento por la solidaria compañía de todos ustedes.

LA CONSTITUYENTE DE 1991 Y FABIO MORÓN DÍAZ

Por Arturo Matson Figueroa (*)

Cuando el país, especialmente su mundo político, jurídico y académico, está conmemorando con orgullo patriótico el vigésimo aniversario de la Constitución de 1991, es de gran importancia recordar y poner de resalto que su expedición paradójicamente fue la culminación asombrosa y sorprendente de un larguísimo y frustrado proceso que el país, con desespero y obsesivamente, adelantó en procura de reformar la centenaria Constitución de 1886. Es decir, que como en la perrilla de Marroquín, la angustiosamente anhelada reforma del estatuto de Núñez y Caro terminó con lo que no se esperaba la adopción de una nueva carta política gracias a una luminosa y enjundiosa sentencia expedida por la Corte Suprema de Justicia el 9 de octubre de 1990, con ponencia del magistrado Fabio Morón Díaz. Así se le puso fin a la infundada creencia popular de que un hado maligno y perverso se atravesaba siempre para impedir el reajuste institucional que el país estaba requiriendo.

Por tal motivo estimo que es muy importante, con destino a los estudiosos en general y a los jóvenes en particular, hacer el recuento de los principales sucesos históricos que condujeron al pueblo colombiano como expresión de su poder constituyente a darle al país un nuevo código constitucional, tal como enseguida intento hacerlo, prescindiendo del señalamiento de los dolorosos episodios que durante ese mismo lapso ensangrentaron al país por las acciones violentas, terroristas y cruelmente inhumanas de la guerrilla y el narcotráfico.

El 5 de mayo de 1978, cuando en ese entonces ejercía el control constitucional, la Corte Suprema de Justicia declaró la inexecutable del Acto Legislativo N°2 de 1977 mediante el cual se convocó una “pequeña constituyente”, como organismo derivado del Congreso, para reformar la Constitución Política. Así fracasaron los esfuerzos de la administración de Alfonso López Michelsen para introducir algunos cambios en nuestro estatuto constitucional.

La siguiente administración, presidida por Julio César Turbay Ayala, después de intensos debates en la opinión pública y en el Congreso, logró de éste la expedición del Acto Legislativo N°. 1 de 1979, reformativo de la Constitución, después de haber sido discutido y aprobado en las dos legislaturas ordinarias en los años 1978 y 1979.

El Acto Legislativo de 1979 también fue demandado ante la Corte Suprema de Justicia, corporación que igualmente lo declaró inexecutable en sentencia proferida el 3 de noviembre de 1981. En la siguiente administración de Virgilio Barco Vargas, se contempló la posibilidad de utilizar “procedimientos alternativos” para reformar la Constitución. Hubo varios debates al respecto, que culminaron el 20 de febrero de 1988, cuando en acto solemne cumplido en la casa presidencial el primer mandatario Barco Vargas y el jefe del Partido Conservador Misael Pastrana Borrero, suscribieron un pacto político que bautizaron con el nombre de “Acuerdo de la Casa de Nariño”.

Cuando se aprestaba el Presidente a darle cabal cumplimiento a la totalidad del acuerdo en referencia, salió otra vez, repito, como en la perrilla de Marroquín, lo que no se esperaba, pues sobrevino un insólito suceso que lo arruinó lamentablemente, ya que le cerró a Colombia la oportunidad de llevar a cabo por caminos democráticos las reformas exigidas por los nuevos tiempos. Tal insuceso no se debió, como los comentados antes, a otro pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, sino al de otro organismo jurisdiccional como lo es el Consejo de Estado. Efectivamente, en una demanda presentada contra el “Acuerdo de la Casa de Nariño”, el máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo decretó, mediante auto proferido el 4 de abril de 1988, la suspensión provisional, con lo cual enterró la esperanza y la oportunidad de reformar democráticamente la Constitución Nacional.

Ante esta decisión el Presidente Virgilio Barco Vargas presentó al estudio del Congreso un extenso proyecto de reforma constitucional que exitosamente fue tramitado en el año 1988 en la denominada

primera vuelta. El 20 de julio de 1989 el Congreso, como es tradicional, se reunió para iniciar el cumplimiento de una nueva legislatura, dentro de la cual se debía tramitar, en segunda vuelta, el proyecto de reforma aprobado el año inmediatamente anterior. Colombia entera volvió sus ojos hacia el Congreso Nacional, esperanzada con los posibles resultados de la reforma constitucional que estaba en discusión en cumplimiento de la segunda y definitiva vuelta.

El ponente Federico Estrada Vélez dispuso someter a un referendo algunos aspectos de la reforma. De tal suerte que si el pueblo los ratificaba, como expresión del constituyente primario, no tendría lugar el ejercicio del control constitucional por parte de la Corte Suprema de Justicia. Seguidamente la corrupción y los intereses bastardos en la Cámara de Representantes incluyeron también, como materia del referendo, el tema de la extradición de colombianos.

El 15 de diciembre de 1989, día viernes y último de sesiones del Congreso Nacional, el país todo estuvo pendiente, expectante, de lo que ocurriría en la sesión plenaria del Senado de la República, pues en ella se definiría la suerte de la Reforma Constitucional, ligada increíble y descaradamente a la disyuntiva de la prosperidad o fracaso de una consulta al pueblo del explosivo tema de la extradición de nacionales. En forma franca y terminante, de manera enérgica y hasta con patente vehemencia, el señor Ministro de Gobierno doctor Carlos Lemos Simmonds, notificó al Senado y al país que, de insistir la célula legislativa en la inclusión del tema de la extradición como materia de consulta al pueblo, el Gobierno preferiría el hundimiento definitivo de la Reforma, en defensa de una política y de unos principios morales sostenidos por la administración de que hacía parte. El Senado tranquilamente, sin inmutarse, se inclinó por la cómoda y no comprometedora, ante las fuerzas oscuras del tráfico ilícito, por la solución irresponsable e inmoral de clausurar sus sesiones sin hacer ninguna clase de pronunciamientos al respecto, frustrándose una vez más la esperanza colombiana de reajustar sus instituciones rectoras. Este

melancólico episodio consolidó el desprestigio de la rama legislativa del poder público y colmó la medida de la paciencia nacional, tal como lo comprueban los desarrollos posteriores de la vida política colombiana, que desembocaron en la desesperada utilización de un medio extraordinario para reformar la Constitución Nacional.

El columnista del periódico *El Espectador* Ramiro de la Espriella comentó que al país solo le quedaba el camino de una Asamblea Constituyente, seguramente porque él sabía, que el poder constituyente es la capacidad que tiene el pueblo para darse su propia organización jurídico política.

En un libro titulado “El por qué de una Constituyente”, editado por la casi bicentenaria Universidad de Cartagena, que recoge un trabajo de investigación académica realizada por mí, expresé lo siguiente:

“Así pues, los colombianos hemos recorrido un largo camino de frustraciones en el acariciado propósito de reajustar el andamiaje del Estado, mientras en el país venía produciéndose un deterioro institucional y un acelerado proceso de descomposición social que nos tiene sumidos en una crítica coyuntura, reconocida por todos como la peor de su historia”.

Los antecedentes relatados, son los que dieron lugar a que en el país, a principios de 1990, se conformara un formidable movimiento de opinión, con el liderazgo de la juventud universitaria colombiana, gremios de trabajadores y empresariales, lo mismo que por algunos medios de comunicación encabezados por *El Espectador*, para procurar que se hicieran los ajustes o modificaciones que requerían nuestras instituciones jurídico políticas, no a través del Congreso Nacional, sino por el medio extraordinario de la consulta al pueblo, vale decir, al constituyente primario.

“El mencionado clamor ciudadano se hizo presente, se concretó, durante las elecciones para corporaciones públicas del 11 de marzo de 1990, los estudiantes distribuyeron en el país una papeleta conocida como “la séptima papeleta” que fue introducida en las

urnas libremente, sin control de las autoridades correspondientes pues no hubo disposición legal ni autorización oficial para ello. La citada papeleta tenía la siguiente redacción: “PLEBISCITO POR COLOMBIA. Voto por una Asamblea Constituyente que reforme la Constitución y determine cambios políticos, sociales y económicos en beneficio del pueblo”.

Era una clara manifestación de voluntad política sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, pero vaga en cuanto a la manera como debe alcanzarse ese objetivo, pues no indicó, ni sugirió un modus operandi sobre la forma como se haría su integración.

El Presidente Barco Vargas decidió prestarle atención y utilizó la oportunidad de las elecciones presidenciales del 27 de mayo de 1990. En tal virtud, expidió el Decreto 927 del 3 de mayo de 1990 mediante el cual ordenó a la Registraduría Nacional del Estado Civil, el escrutinio de los votos que se depositaran el 27 de mayo sobre la convocatoria de “Una Asamblea Constitucional”.

El empleo de la voz constitucional en reemplazo de la palabra constituyente, provocó una abierta y altanera inconformidad en la juventud universitaria y en la prensa nacional encabezada por el periódico El Espectador. El país entero se preguntó entonces qué diferencia existía entre una Asamblea Constitucional y una Asamblea Constituyente. Voceros oficiales y algunos comentaristas vanidosamente ostentosos de su sapiencia en Derecho Constitucional, ensayaron la explicación peregrina de que la primera, la convocada por el Gobierno, tendría la misión de introducirle determinadas reformas a la Constitución, es decir, que su misión no era la de entregarle una nueva Carta Política al país, como podría hacerlo una Asamblea que tuviera la calidad de Constituyente.

En las elecciones presidenciales el 27 de mayo de 1990, en las cuales se consultó sobre la convocatoria de la criticada Asamblea Constitucional. Practicados los escrutinios resultó elegido Presidente el doctor César Gaviria Trujillo y por la convocatoria de la Asamblea se establecieron estos resultados: 5.236.263 votos

afirmativos; 230.800 votos negativos; 363.656 votos en blanco y 158 votos nulos.

El doctor Gaviria Trujillo, tomó posesión del primer empleo del país el 7 de agosto de 1990. Seguidamente, impulsados por sus intereses, el 23 de agosto de 1990, los partidos políticos celebraron un acuerdo notablemente amañado sobre los puntos o materias en total de diez que serían objeto de los estudios y análisis de la Asamblea Constitucional. Era pues, una Asamblea limitada, de corto vuelo. También convinieron las fuerzas políticas la fecha del 9 de diciembre de 1990 para convocar e integrar una Asamblea Constitucional de 70 miembros, sin suplentes, elegidos por el sistema del cuociente electoral, sobre la base de una circunscripción nacional, para que sesionara entre el 5 de febrero y el 4 de julio de 1990.

El señor Presidente de la República prohijó el acuerdo político y al día siguiente, el 24 de agosto de 1990, expidió el Decreto 1926, mediante el cual dispuso que “la Organización Electoral procederá a adoptar todas las medidas conducentes a contabilizar los votos que se emitan el 9 de diciembre de 1990, para que los ciudadanos tengan la posibilidad de convocar e integrar una Asamblea Constitucional”. En el cuerpo de dicho decreto quedó incorporado el Acuerdo Político en su totalidad. Para evitar esguinces y dubitaciones sobre la aplicabilidad y cumplimiento del acuerdo, el Decreto 1926 estableció en su artículo 2º: “La papeleta que contabilizará la Organización Electoral, deberá contener un voto afirmativo o un voto negativo”.

Hasta este momento, según lo que me he permitido narrar, las habilidosas y mañosas maniobras de la clase política, habían frustrado los anhelos del pueblo colombiano de que se convocara una Asamblea Nacional Constituyente, pues la que se proyectaba convocar de acuerdo con las voces del Decreto 1926 del 24 de agosto de 1990, no tenía ese carácter.

Para los efectos de su estudio y revisión constitucional, el criticado Decreto 1926 fue remitido a la Corte Suprema de Justicia,

corporación que se pronunció mediante sentencia expedida el 9 de octubre de 1990, cuyo ponente fue el ilustre Magistrado Fabio Morón Díaz.

La Corte Suprema de Justicia decidió que el Decreto 1926 era exequible en cuanto al conteo de los votos por la Organización Electoral para los efectos de la convocatoria de una Asamblea Constitucional, e inexecutable, parcialmente, en cuanto a las limitaciones impuestas al temario y en cuanto al control posterior del trabajo de la Asamblea, por parte de la propia Corte Suprema de Justicia.

Anotó el elevado organismo jurisdiccional que realmente la Asamblea era Constituyente como expresión de la voluntad del pueblo y que, por lo tanto, la temática que podía abordar no era susceptible de limitaciones, como lo hizo el Decreto 1926. Además, expresó que el trabajo de la Asamblea, por ser manifestación del constituyente primario, no sería revisado por ella. En buen romance pues, la Asamblea Constitucional, por acción de esa especie de metamorfosis judicial, quedó convertida en Constituyente.

En realidad de verdad la Corte Suprema de Justicia, al acoger la ponencia inteligente y cerebral del ilustre constitucionalista doctor Fabio Morón Díaz, lo que hizo fue interpretar los anhelos del pueblo colombiano que tantas frustraciones había sufrido en su propósito de hacer los reajustes institucionales que demandaban los nuevos tiempos. Y en una interpretación inteligente y realista de la voluntad política de un pueblo, dio vía libre a la posibilidad de que ella se expresara a través de su poder constituyente.

El capítulo XIV de mi citado libro “El por qué de una constituyente”, lo encabezé con el siguiente rubro que sintéticamente expresaba o recogía lo realizado por la Corte Suprema de Justicia en la mencionada sentencia: “LA CORTE SUPREMA ROMPE LAS CADENAS EN RECONOCIMIENTO DE LA SOBERANIA DE LA ASAMBLEA”.

El Presidente Cesar Gaviria Trujillo, después de conocer el texto completo de la mencionada sentencia del 9 de octubre y de analizar y sopesar sus consecuencias, expidió el 19 de octubre de 1990 el Decreto 2480 “Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1926 de 1990”. Dispuso en este Decreto el uso del llamado “tarjetón” en las elecciones del 9 de noviembre. E introdujo una completa modificación al texto de la papeleta señalado en el Decreto 1926, en el sentido de excluir aquello de que la Asamblea “estará regulada por lo establecido en el Acuerdo Político sobre la Asamblea Constitucional incorporado al Decreto 1926 de agosto 24 de 1990”.

El 9 de noviembre de 1990 el pueblo abrumadoramente sufragó a favor de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente y eligió a los 70 Delegatarios que la integraron. Escribí al respecto, en mi libro citado:

“Una característica especial de esa Constituyente es la de que su trabajo es pro t mpore, vale decir, por un periodo determinado, pues en el acto de su convocatoria se dijo, en armonía con el artículo 2º del Decreto Legislativo N.º.2480 del 19 de octubre de 1990, que la Asamblea “sesionaría entre el 5 de febrero y el 4 de julio de 1991”.

“El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA”.

(*)Exmagistrado, profesor universitario y exgobernador de Bolívar

Cartagena de Indias, 3 de abril de 2011



Premio excelencia nacional 2000. Asociación de Exalumnos Universidad Nacional

TESIS DE GRADO DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

INTRODUCCIÓN

Con el siguiente ensayo jurídico que presentamos como tesis para optar al título de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas, culminamos un supremo anhelo de nuestros tiempos de estudiantes. Cuando asistíamos al claustro, nuestra inquietud juvenil sintió el atractivo de estudiar la noción del contrato a través de las legislaciones y de la doctrina científica, quizá porque en ella se encuentra encarnado el problema fundamental de todo derecho y de toda política: el problema de la libertad. Y esa palabra, que provoca tan profundas y enaltecidas resonancias en el espíritu de quien es tocado por la vocación y la pasión del derecho, y que sabe muy bien lo que ella representa, el bien más preciado de la vida, domina soberanamente el panorama de casi todas las investigaciones jurídicas, si los estudios se hacen en forma sistemática, y ejerce una especie de sugestión intelectual más caracterizada en nuestro tiempo, el cual contempla por tantos aspectos el drama del hombre y de sus libertades. En la institución del contrato se traduce este drama que ha conocido tantas viceversas, pero en el cual se refleja, finalmente,

la capacidad del hombre para seguir en la afanosa búsqueda de su felicidad como individuo y como ser social. Una dualidad que se impone hoy sin discusiones, después de que la visión parcial de la humanidad ha sido sepultada por todo un largo episodio de la cultura, y, sobre todo, por esa regla normativa que es la misma vida, que, con la fuerza de los hechos, va abriendo las rutas del pensamiento humano.

Este ensayo, pues, no es el fruto improvisado de un momento de apremio. Tiene la ventaja de que aleteó en muchas ocasiones en la mente, antes de tomar la forma que ahora ha adquirido. Y está hecho con el criterio de esclarecer temas sobre los cuales muchas veces pesa la losa de las prevenciones y los temores intelectuales. Lo guía un criterio de examen desprevenido de los grandes acontecimientos económicos, políticos y sociales de la época, que se han reflejado en forma tan notoria en las instituciones jurídicas. No se inclina ante las opiniones hechas ni ante los conceptos adoptados por fuerza de la inercia espiritual. Ha querido, más bien, explorar en el pensamiento de los autores magistrales, para ver cómo ellos no han rehuído al análisis de unas experiencias aleccionadoras y han afrontado con entereza de carácter y honestidad el enfoque, la crítica y la valoración de los nuevos fenómenos jurídicos y sociales. Por eso se ha pretendido hacer un contraste de los sistemas de derecho individualista y socialista, con criterio objetivo, para comprobar qué naturaleza técnica diferente se expresa en cada uno de ellos, y qué orientaciones gobiernan un concepto doctrinario afincado tan profundamente en la historia de la cultura humana. Esto, fuera del estudio responsable y atento que se ha llevado a cabo de los conceptos fundamentales de cada sistema jurídico, en lo referente a la noción, y en los cuales se vacía, en forma tan significativa, el estilo peculiar de vida.

Naturalmente, un análisis respetuoso, objetivo y serio, como lo reclama esta especie de trabajo académico, no permite alinderar posiciones ideológicas ni acogerse a banderías partidistas. Por eso, aunque sea inocultable la tendencia del pensamiento en toda expresión de la inteligencia, se ha querido permanecer ajeno a los

sectarismos mentales, para hacer un escrutinio sincero y honesto de las nociones doctrinarias. Si acaso esa tendencia a que aludimos se manifiesta en algún grado, quiere decir que ello se produce a pesar de nuestros más íntimos propósitos. Pero quizá, mientras no se perfile un fenómeno de parcialidad conceptual, esta posición no sea indefensible por aspirar a que las instituciones jurídicas se pongan al servicio de los ideales de la justicia social y de la libertad, aunados en una síntesis creadora porque, como conclusión de nuestra investigación, creemos que solo esa síntesis, que respete los valores perdurables de la democracia política, pero que le infunda a ella un auténtico sentido económico y social, puede presentarse a los ojos esperanzados del hombre como un ideal que le satisfaga sus urgencias de justicia e igualdad, y que le permita desarrollar sus más profundas potencias espirituales. Es el tema eterno y siempre renovado del hombre en busca de su liberación política y social, que bien vale la pena estudiarlo constantemente con el objeto de afirmar una verdadera conciencia del mundo y de nosotros mismos.

CAPÍTULO PRIMERO

1. PROCESO HISTÓRICO E IDEOLÓGICO DE LA NOCIÓN CONTRACTUAL

EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

¡Antes de describir el desarrollo que ha tenido el concepto contractual a través de la historia y también su trayectoria ideológica, es preciso adelantar que, por tratarse de temas tan esenciales y fundamentales, y cuyos diversos aspectos son innumerables, nos veremos obligados a ser breves y concisos en el análisis de muchas cuestiones, por razones de método, y aún, de espacio. En realidad, a través de todo este ensayo, tendremos que examinar cuestiones que nos provocarán con su indiscutible gravedad, pero que no podremos describir sino someramente, para no sacrificar la orientación central de la investigación.

Así, por ejemplo, uno de los temas fundamentales de nuestro estudio es el examen de la evolución que se ha operado en el concepto

de la libertad jurídica, referida a los contratos, o, más precisamente, en el concepto de la libertad contractual. Hay autores que confunden esta noción con la más general de la autonomía de la voluntad, que en realidad viene a ser el género del cual la libertad contractual es apenas una especie. El concepto genérico tiene operancia no solo en los contratos sino en muchas otras instituciones jurídicas. Por eso, desde ahora, queremos advertir que, si estudiamos el principio de la autonomía de la voluntad, que es una de las notas esenciales del sistema del Derecho Privado Individualista, solo lo hacemos referido a la teoría del contrato.

Es preciso determinar la significación del mencionado principio en la historia jurídica, y como base del sistema filosófico – social individualista. La reserva que hemos hecho se explica como una ubicación del asunto, pero ello no quiere decir que dejaremos de estudiar el problema sistemáticamente. En realidad, la transformación de la noción contractual es producto de la transformación producida en el principio de la autonomía de la voluntad, y, en general, de la transformación producida en las funciones del Estado y en la estructura de la vida social.

Sentadas estas bases, examinaremos el origen y desarrollo histórico del principio de la autonomía de la voluntad, o de la libertad jurídica, en las más antiguas culturas jurídicas hasta llegar a nuestros días.

1.1 DERECHO PRIMITIVO

El principio de Derecho Privado de que todo individuo tiene la facultad de crear cualquier clase de relaciones jurídicas, si no están prohibidas por la ley, y determinar su forma y contenido, no siempre ha regido en la sociedad humana. En la comunidad primitiva dominaba un sentido social en las relaciones de sus miembros, el cual desconocía, al hombre aislado, capacidad para obligarse. Ese sentimiento social podía encarnarse en la familia, pero en todo caso lo colectivo primaba entonces sobre lo individual.

Es un dato de la historia jurídica y de la sociología que el principio de la autonomía de la voluntad solo aparece cuando surge la propiedad privada. Pedro Rocamora Valls, en su erudita obra *Libertad y voluntad en el derecho*, es muy explícito al respecto: “En una mirada retrospectiva nos encontramos con que para llegar a la autonomía de la voluntad es preciso partir de la individualización patrimonial”. “No es pues, aquel un dogma permanente en la historia del Derecho” (1).

En algunos casos, era tan decisivo y poderoso este dominio de la colectividad sobre los individuos, que la obligación contraída aisladamente por ellos solo tenía valor si la colectividad la refrendaba. Así también se explica el hecho de que si tenía lugar una venta sin el consentimiento del grupo social, nacía una “acción de retroventa” contra el comprador extraño. (Véase Rocamora Valls, obra citada) (2).

De modo, pues, que parece incuestionable el concepto de que la autonomía de la voluntad solo aparece con el surgimiento del individualismo jurídico, que tiene una gran cristalización histórica en el Derecho Romano.

1.2 DERECHO ROMANO

En Roma se lleva a cabo, en forma muy notable, la individualización jurídica, y esto explica que allí la voluntad individual asumiera un importante papel, aunque no tenía eficacia sino cuando se expresaba en forma determinada. Porque la historia del derecho romano presenta varias fases, es necesario analizarlas particularmente, para establecer la existencia del principio de la autonomía de la voluntad en las instituciones de la urbe gloriosa.

También se integran los conceptos de Derecho Público y Derecho Privado, cuya autonomía y significación se encuentran precisados por la existencia del *pater familias* y de la *civitas*. En los comienzos del derecho romano imperó rígidamente el formalismo. La simple manifestación de voluntad de los individuos no tenía ninguna eficacia jurídica si no era revestida de determinados ritos formales.

Las obligaciones, para constituirse, necesitaban de un medio solemne, de naturaleza religiosa o jurídica, capaz de crear la obligatio. Solo mediante el empleo de esas solemnidades podía exigirsele responsabilidad al deudor. Esta era la función que cumplía la fuerza vinculadora del nexus. Y así, se explica que en el derecho antiguo tuviera plena vigencia el célebre aforismo: *ex nudo pacto actio non nascitur*, es decir, que del simple pacto no nacía nunca una acción. El pacto o acuerdo de voluntades sobre un objeto no tenía la eficacia de los contratos, nombre que se reservaba para las convenciones a las cuales se dotaba de plena fuerza obligatoria, en virtud de su sujeción a rígidas solemnidades.

Estas concepciones jurídicas se transforman ampliamente a partir del siglo IV a. C., como reflejo de una evolución política, económica y social. Entonces el derecho quirritario, formalista y rígido, cede el paso a los negocios jurídicos del derecho de gentes, en los cuales desaparece la fuerza vinculante de la solemnidad y la voluntad individual aparece como determinante.

Así, a través del derecho pretorio, se introducen en el mismo derecho civil los contratos consensuales. Y el pretor llegó entonces a conceder eficacia a los convenios de las partes que no se habían sujetado a los ritos solemnes del derecho civil (*Los Pacta*).

Por el Derecho pretorio, la voluntad individual empezó a dominar en las relaciones obligatorias de los ciudadanos hasta alcanzar el sitio de relieve que ya en el derecho clásico se le atribuía, y que fue acentuándose hasta constituir una de las bases esenciales del sistema jurídico. Entonces el consentimiento llega a ser fundamental en el Derecho Romano, y no solo el que se expresa exteriormente sino, también, el tácito. Y aún el consentimiento entre ausentes, o por carta, tiene la virtud de obligar las voluntades.

El Principio de la Autonomía de la Voluntad existió, pues, en Roma, desde la época del Pretor. Aún en la celebración de los contratos consagrados formalmente por la ley, la voluntad de los contratantes tiene un papel decisivo hasta el punto de que pueden derogar las normas establecidas legalmente. Si alguna duda quedara

de esta existencia del principio mencionado en la época del derecho clásico, bastaría recordar la frase de Pomponio: “En el precio de la compra y de la venta es naturalmente lícito a los contratantes engañarse”: “in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contra hentibus se circumvenire”. (D, IV, 4, 16, 4). (3)

Ya, en estas condiciones, el consentimiento de los individuos adquiere una importancia principal en el comercio jurídico. Tanta, que se hizo indispensable establecer los límites entre lo público y lo privado, a fin de atribuirle a la voluntad particular su campo propio de actividad. El célebre aforismo de Papiano: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* expresa esa necesaria delimitación, que habría de tener tan perdurable significación histórica.

En fin, para terminar este análisis histórico, vale la pena traer a cuento una cita de Rudolf Von Ihering, que expresa autorizadamente el papel cumplido por la voluntad en el derecho romano, y que demuestra cómo el formalismo de su legislación en los primeros tiempos, no significaba un desconocimiento del valor de la voluntad autónoma, sino que era un recurso para garantizar la publicidad y seguridad de las relaciones jurídicas. Dice el ilustre jurista, en su obra *El Espíritu del derecho romano*, lo siguiente:

El antiguo derecho se basaba sobre el principio de la voluntad subjetiva. Según este principio, el individuo es por sí el fundamento y la fuente de su derecho; es el su propio legislador. Sus actos de disposición tienen, en la esfera de su poder, el mismo carácter que los del pueblo en la suya. De una parte y de otra son “*leges*”: aquí “*leges públicas*”; allí “*leges privatae*”, pero hay identidad completa respecto del fundamento jurídico. En todo lo que concierne a su casa y a sus intereses privados, el jefe de familia posee el mismo poder legislativo y el mismo poder judicial que el pueblo, en lo que interesa a la generalidad de los ciudadanos. La idea que está en la base del derecho privado antiguo es la idea de autonomía. La ley pública no aporta restricciones al dominio de la legislación privada sino allí donde el interés de todos lo exige imperiosamente (4).

1.3 EDAD MEDIA

En la Edad Media, el principio de la autonomía de la voluntad tuvo una notoria importancia. Si por una parte, cierto sentido social ínsito en esta larga etapa histórica, parece desconocer la vigencia de este principio; por otra, es preciso decir que, una observación más a fondo de la cuestión establece que él solamente implicaba limitaciones a su imperio.

Es así como los trabajos de los canonistas se orientan en el sentido de desarrollar las consecuencias del Principio de la Autonomía de la Voluntad, y en el de introducirle notables limitaciones; en ambos casos influidos por la regla moral del cristianismo. Sin duda, el criterio religioso cristiano se imponía en la tarea de los canonistas, y por ello no fue difícil que ellos proclamaran el respeto fiel de las intenciones humanas. También esa orientación explica el papel cumplido entonces por el juramento, cuyo origen se encuentra en la ley moral. El hecho de faltar al juramento era considerado como pecado y era sancionado duramente. Y como entonces el derecho civil y el derecho canónico estaban íntimamente ligados, se llegó en este proceso a la formulación del aforismo *solus consensus obligat*, que traducía el principio de la autonomía de la voluntad. Por medio de este aforismo se le hacía entero honor a la palabra empeñada, y la voluntad privada pasaba a ejercer una misión principal en la vida jurídica. La libertad de contratación y el efecto obligatorio del contrato alcanzaron un señalado desarrollo.

Pero, por otra parte, los canonistas establecieron grandes limitaciones a la voluntad privada, con la formulación de la teoría del justo precio y con la prohibición de la usura. Ya los romanos habían considerado la usura en los contratos como inmoral, como contraria a la moral y a las buenas costumbres, pero los canonistas le dieron un gran impulso a estas nociones, guiados por un criterio de protección a los intereses de la colectividad. Así, por ejemplo, la usura en los negocios fue considerada como un delito, severamente reprimido, cualquiera que fuese la tasa del interés acordado, con lo cual se le impuso una restricción importante al libre juego de las voluntades privadas.

La evolución del Principio de la Autonomía de la Voluntad no se detuvo, y, en términos generales, prosiguió su avance al volverse regla jurídica el aforismo *solus consensus obligat*. Del contenido de esta sentencia se pasó a la idea de que las convenciones tienen, entre las partes, el valor de ley, y de que la voluntad privada puede derogar las leyes en cuya observancia no estén interesados ni el orden público ni las buenas costumbres. Pero antes, en el terreno filosófico y social, se había cumplido una evolución esencial del pensamiento humano, representada en la doctrina de la escuela del derecho natural y en el racionalismo, que iba a tener su expresión victoriosa en el estallido de la Revolución francesa.

1.4 SISTEMATIZACIÓN IDEOLÓGICA DEL INDIVIDUALISMO

En la Edad Media el orden social y el pensamiento humano estaban dominados por la concepción teológica. Pero las transformaciones sociales y la evolución ideológica destruyen el poderoso edificio medieval, especialmente a partir de la formulación de la filosofía de Descartes. En este proceso tiene mucha importancia el movimiento religioso de la Reforma, que proclama la doctrina del libre examen y el principio de la igualdad esencial de todos los hombres.

En Descartes (1596-1650) culmina una de las más influyentes corrientes filosóficas del pensamiento humano. No en balde se le considera como el fundador de la filosofía moderna. Al formular la idea de la autonomía ontológica del hombre, se llega fácilmente a buscar el fundamento del derecho en la pura razón humana. Y la filosofía jurídica, que hasta entonces había sido tributaria de la doctrina teológica, se constituye en una ciencia autónoma. (Véase Rocamora Valls, p.40) (5).

La integración ideológica del individualismo conlleva la separación entre derecho y moral, puesto que la única motivación de lo jurídico se encuentra en la naturaleza y en la razón del hombre. Así se llega, por sus pasos contados, a la doctrina política individualista, basada en el más genuino racionalismo, y que habría de consagrar la soberanía del individuo frente al Estado, y que pondría su mayor énfasis en la preservación de la libertad humana y en el respeto de

la voluntad individual, fuente y fundamento de la propia sociedad humana.

1.5 LA ESCUELA DEL DERECHO NATURAL

Esta escuela parte de la idea de que el derecho positivo está subordinado a otro derecho superior, que es el derecho natural, aunque ya él no tiene una base teológica, pues su fundamento es la naturaleza humana, y la sola razón puede conocerlo.

“La filosofía del derecho natural, dice Gustav Radbruch en su hermosa obra *Introducción a la filosofía del derecho*, se cifra en la hipótesis de que existe un derecho fundado en la naturaleza racional del hombre, o, como a la postre se enseña, en la naturaleza del derecho mismo, derecho que rige, con arreglo a la fuente de que mana, de un modo incondicional, eterno y ubicuo” (6).

En el Renacimiento, ya el individuo había alcanzado un sitio predominante en el pensamiento filosófico y, en lo jurídico, se afirmó su condición de sujeto de derecho. Desde entonces y hasta la Revolución francesa, la escuela del derecho natural sirve de eficaz instrumento de una inmensa evolución filosófica, jurídica y política, que, para los efectos de nuestro estudio, se concreta en la exaltación del postulado de la libertad humana, como razón de ser de la organización jurídico política y de la organización de las relaciones jurídico – privadas.

La figura de Hugo Grocio (1583-1645) es una de las más valiosas de este proceso filosófico – jurídico. A Grocio se le considera como el padre del derecho natural, no porque él fundara esa doctrina, sino porque fue el primero en poner el concepto del derecho natural al servicio de la práctica jurídica (Véase Radbruch) (7).

Y en lo que hace a la teoría del contrato, Grocio considera que una razón de derecho natural justifica la naturaleza obligatoria de las relaciones jurídicas emanadas del libre ejercicio de la voluntad. La voluntad, una vez exteriorizada, vincula irrevocablemente a las partes, así el objeto de la relación contractual sea injusto. Así tiene cabida en el Derecho, con un fundamento jusnaturalista, el célebre aforismo: *Pacta sunt servanda*.

La voluntad tiene en el pensamiento de Grocio un papel esencial. Como el contrato adquiere en esta teoría un fundamento jusnaturalista, quiere decir, que su fuerza vinculatoria proviene de “su propia naturaleza individual”, y que, por ello, el cumplimiento de la voluntad comprometida tiene mayor valor e importancia que la discusión de la validez o la justicia del contenido de la relación contractual, la autonomía de la voluntad llega a desarrollarse notablemente. Y se incurre, así, en la lamentable exageración de afirmar que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, le es lícito al hombre, incluso, darse a sí mismo en esclavitud, como lo dice el mismo Grocio (8).

La obra de Grocio *De Lure belli ac pacis* es fundamental en los desarrollos de este movimiento jurídico y filosófico. Su idea del derecho natural fundado en la sola razón humana tuvo una influencia extraordinaria en la integración de la filosofía jurídica y social del individualismo, que habría de tener tanta resonancia histórica en la Revolución Francesa. En su pensamiento, el individuo aparece ya como un ser autónomo, cuya voluntad es soberana, no solo para formar sus relaciones privadas, sino también para fundar la organización política dentro de la cual quiera vivir.

A partir de Grocio, también el derecho y la teología se independizan completamente. El dogma de la razón humana establece su imperio en la filosofía y en la vida social, porque aparece la doctrina racionalista. Gounot, citado por Rocamora Valls, describe magníficamente esta evolución, así:

Hasta entonces el edificio jurídico reposaba sobre la idea de la ley natural, sobre la afirmación de un orden providencial determinado por Dios e impuesto por él a los hombres y a la sociedad. Los derechos subjetivos de los individuos derivaban de este derecho objetivo primordial. Tenían sus fuentes en sus deberes. En el futuro ya no habría ni orden divino ni ley providencial. Los individuos son concebidos como seres absolutos, autónomos, a quienes ninguna voluntad superior ordena. A la idea de “ley natural” ha sustituido así la idea de la “libertad natural” (9).

La función histórica de la escuela del derecho natural, que más tarde habría de proseguir la filosofía del siglo XVIII, alcanzó una señalada categoría. Combatió los sistemas y las ideas del sistema feudal, y defendió a la persona humana de los abusos del absolutismo. Luchó por la libertad y los derechos individuales, y proclamó el concepto de Estado de derecho, con lo cual abrió el camino para que la humanidad viviera una mejor etapa histórica, en la cual la persona humana adquirió un valor sustantivo y las cadenas que la oprimían bajo el feudalismo cayeron hechas pedazos. Todos los dogmas tradicionales sufrieron en esa época fecunda el impacto del pensamiento revolucionario, fuente y motor de una transformación esencial de las relaciones humanas. El hombre y la doctrina de Juan Jacobo Rousseau (1712-1778) desempeñan en este proceso una misión fundamental.

La doctrina de Rousseau sobre el contrato social influyó poderosamente en los espíritus y dominó el pensamiento filosófico, político y jurídico de su tiempo. El contrato social no es un hecho real sino un presupuesto racional, una construcción conceptual. Pero el contrato social es un concepto típico del sistema jurídico individualista. Y en su tiempo cumplió un papel revolucionario, pues fue el respaldo ideológico que sustentó el pensamiento de la Revolución francesa.

Rousseau recogió los elementos existentes sobre la teoría del contrato social y los integró definitivamente. Para Rousseau existió un estado primitivo de naturaleza, en el cual, el hombre aislado, disfrutaba de libertad absoluta. Este estado de naturaleza terminó por medio de un acuerdo entre todos los hombres, que dio origen al estado de sociedad. He aquí las propias palabras de Rousseau:

“Conociendo el hombre, por la experiencia o por el instinto, los peligros que en el estado natural le rodeaban, sujeto a la acción de la violencia y sin garantía real y efectiva de sus derechos, no halló otro medio, para evitar aquellos peligros y adquirir estas garantías, que el renunciar a su independencia y asociarse con otros hombres, abdicando una parte de su libertad y de sus derechos”... “No hay

por qué preguntarse, dice, cómo se es libre y se está sometido a las leyes, porque éstas no son más que el “registro de nuestra voluntad” (10).

Según este pensamiento individualista, el hombre viene al mundo revestido de derechos naturales, que son anteriores a la sociedad. Por medio del contrato social, el hombre transfiere al Estado una parte de esos derechos, mientras que la otra parte entra a formar la esfera de su actividad privada. En esta esfera de la actividad privada, el Estado no debe inmiscuirse sino en lo más mínimo. El individuo maneja mejor sus asuntos privados mientras menos sean las restricciones de la autoridad. Es la teoría del Estado Liberal o del Estado Gendarme, la que se impone entonces. En el campo de los negocios particulares, el individuo solo crea el derecho por medio del contrato.

Así se coloca a la ley al mismo nivel del contrato. Y mientras que a las leyes propiamente dichas se les califica como “leyes ordinarias”, al contrato se le llama “ley particular”. La diferencia entre estos dos tipos de leyes radica exclusivamente en su radio de acción, mientras que las leyes ordinarias obligan a todos los ciudadanos, el contrato apenas obliga a las partes contratantes.

En la doctrina del Contrato social, el pensamiento individualista llega a su máxima altura. El individuo pasa a ser el protagonista de la vida social. La influencia de esta idea es una de las más vastas del pensamiento humano, a pesar de sus errores y de su contenido puramente hipotético. Ella alcanzó a casi todas las ramas del Derecho. Pero su valor es más considerable en Derecho Civil, por su incorporación en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que luego fue reflejada directamente por el Código Civil Francés de 1804. Este monumento legislativo, llamado Código de Napoleón, por la contribución decisiva que a su elaboración prestó el gran Emperador, tuvo la misión histórica de estructurar jurídicamente las concepciones políticas y filosóficas de la Revolución Francesa.

Es interesante transcribir parte de los artículos 1º, 2º, 4º y 5º de la famosa Declaración de Derechos, para observar hasta qué punto se incorporó en ellos la tesis contractual. Dicen así: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derecho”. “El fin de la asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”... El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos”. “Todo aquello que no ha sido prohibido por la ley, y que es obra de la voluntad individual, es jurídicamente válido”.

Este análisis de la tesis del Contrato social es muy importante porque nos señala la culminación del sistema jurídico y político del Individualismo, y las orientaciones ideológicas que predominaron en el siglo XIX, y que aún prolongan su influencia, aunque es notoria su inevitable decadencia en nuestros días. La tesis del Contrato social, incorporada a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y triunfante en la organización del Estado y en la organización civil, representa el culto más fervoroso al principio de la autonomía de la voluntad. El contrato, y con él la autonomía de la voluntad, es el fundamento de la ley y de las relaciones jurídico – privadas. Esta doctrina domina soberanamente el pensamiento jurídico de la época, fenómeno que explica que los códigos civiles la recogieran fielmente en sus textos. Por ejemplo, el Código Francés no es otra cosa que la traducción, en el campo de la legislación civil, de los principios proclamados por la Revolución de 1789; la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, la libertad personal, el derecho de propiedad privada, la libertad de contratar.

Aun cuando después tendremos oportunidad de hacer la crítica de esta tesis, es oportuno decir ahora que el individualismo atomista que ella consagra está desmentido por la propia realidad de los hechos sociales. Al desconocer la necesaria solidaridad que debe existir entre los hombres, al negar la naturaleza social ínsita en la condición humana, ella se colocó de espaldas a una realidad que poco a poco fue destruyéndola por virtud de su propio dinamismo histórico. Duguit, en su obra “Transformaciones del derecho

público”, resume su crítica en estas palabras esclarecedoras: “Se ha visto que el Contrato social de Juan Jacobo Rousseau, que a tantas generaciones ha entusiasmado y en nombre de la cual se ha hecho la Revolución, no es, aparte del esplendor de su estilo, más que un tejido de sofismas. Se ha visto, también, que el hombre no puede tener derechos naturales, individuales, porque es por naturaleza un ser social; que el hombre individual es una pura creación del espíritu: que la noción de derechos supone la vida social, y que si el hombre tiene derechos, no puede sacarlos más que del medio social, y no imponérselos”. (11)

Antes de entrar a estudiar en capítulo aparte la sistematización que en la organización civil alcanzaron estos conceptos, vale la pena anotar cómo ellos fueron consagrados en la filosofía de Kant. Este insigne pensador reitera en su obra “Los principios metafísicos del derecho” la tesis del origen contractual del Estado e identifica, además, el derecho subjetivo con la autonomía de la voluntad, con la libertad misma. También sostiene que la libertad es un derecho innato y natural del hombre por el solo hecho de ser hombre. El contrato es así para Kant, la única justificación racional de la sociedad civil y política, y la voluntad libre fundamenta el carácter obligatorio de las leyes. (12)

CAPÍTULO II

LA DOCTRINA CLÁSICA Y EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

2.1 EL CUADRO ECONÓMICO

La doctrina clásica es un producto del individualismo liberal, y aún del jus-naturalismo, doctrinas que se alimentaron generosamente del pensamiento de los filósofos de la Revolución. De donde se sigue que solo teniendo en cuenta el conjunto del fenómeno social que precedió y determinó el hecho histórico de la Revolución Francesa, puede formarse un criterio completo sobre la significación de las instituciones políticas, económicas y jurídicas que surgieron del notable suceso. Ya en otra parte examinamos el criterio con que se

adelanta esta investigación. Pero no sobra decir que en el estudio de estas cuestiones se hacen presentes las ideas de las Escuelas Políticas, económicas y jurídicas, con su influencia decisiva.

En la segunda parte de este trabajo se analiza en detalle esta cuestión, a propósito de la transformación que ha sufrido el concepto contractual debido a la influencia de los factores económicos y sociales. Ahora, en mérito de la brevedad, solo queremos apuntar que si en algunas ocasiones apenas examinamos el aspecto formal de las instituciones jurídicas, no por eso dejamos de reconocer que, por debajo de esa estructura formal, corren profundas fuerzas económicas y sociales que son las que determinan su aparición, existencia y desarrollo.

Así, la Escuela Clásica es la obra del pensamiento jurídico burgués liberal. Y fue una escuela del pensamiento individualista de la Revolución Francesa, el movimiento político que dio en tierra con el Feudalismo y abrió el campo para el desarrollo del Capitalismo. Esta evolución es descrita claramente por Sánchez Viamonte, en su obra "Democracia y Socialismo": "La Revolución Francesa adoptó del Derecho romano el derecho de propiedad y el derecho de contratar, asignándoles una cualidad más exagerada de individualismo, porque hasta entonces era más temible y agresivo el poder político que el poder económico; pero al hacerlo, dio pábulo a la formación del poder económico, más eficaz y más temible que el poder político desde entonces a nuestros días" (13). Así, también, el pensamiento económico de la época refleja directamente los procesos sociales. D'Aguanno observa que, en la época de la codificación francesa, predominaron en la mente del legislador las ideas de A. Smith. Y que el principio de "dejad hacer", "dejad pasar", proclamado en el orden económico, se proyectó en el derecho civil; por lo cual en el Código se fundieron las reglas generales acerca de las obligaciones con las referentes a los contratos, rompiendo todos los vínculos y todas las restricciones feudales al derecho de contratar. (14)

Los fisiócratas por su parte tenían una visión optimista del mundo. Todo estaba bien hecho, todo en el orden económico era

armonioso por obra de la libertad, y, por tanto, nada había que modificar en la vida social.

De ahí que los economistas llegaran a formular la teoría de que el mejor sistema regulador de la economía era el de la libre concurrencia de todos los intereses. En este sistema, decían ellos, “la producción y la distribución se coordinaban entre sí automáticamente, sin necesidad de intervención y orientación administrativa, y en él las mercancías se producían y distribuían de acuerdo con la ley de la oferta y la demanda. El proceso social de cooperación económica correspondiente al sistema, se regulaba continuamente en virtud de las alternativas de los precios que aseguraban el equilibrio general del mercado, y toda la máquina social- económica, integrada por las empresas concurrentes, marchaba estimulada por el impulso de la ganancia, o, para hablar más exactamente, por el esfuerzo general de alcanzar tanta ventaja o utilidad económica como fuera posible, con el menor esfuerzo o costo relativamente necesario. (Beckerath, citado por Guillermo Cabanellas en su obra “Los fundamentos del Nuevo Derecho”) (15).

Naturalmente todas estas ideas tenían sus consecuencias en el campo jurídico. Así se llegó a pensar que toda convención, cuyo consentimiento no estuviera viciado por el error, el engaño o la violencia, era no solamente válida sino buena y justa. Era el mejor instrumento de la armonía social. En el contrato de trabajo, por ejemplo, cualesquiera que fueran las condiciones acordadas o el precio del salario, se veía un acto jurídico equitativo, porque era el producto de un libre acuerdo de las partes, y éstas eran iguales ante la ley.

Posteriormente se analizará el fundamento de todo este sistema jurídico y social, y se le enjuiciará debidamente. Por ahora, es suficiente lo anotado para bosquejar el panorama económico sobre el cual dominó el sistema individualista.

2.2 LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA: PERSONA (DERECHO SUBJETIVO), PROPIEDAD Y LIBERTAD CONTRACTUAL.

Para exponer sistemáticamente el pensamiento individualista es indispensable examinar antes ciertos conceptos fundamentales que le sirven de base al sistema e impregnan con su sentido todos los textos jurídicos que lo consagran. Son los conceptos de Persona, Propiedad y Libertad Contractual. Ellos forman entre sí una trabazón íntima y se explican el uno al otro en el conjunto del sistema.

El concepto de Persona se integra en la Revolución Francesa, con todas sus consecuencias políticas, jurídicas y sociales. Este concepto se fundamenta sobre la idea de la igualdad humana, que borra todas las diferencias existentes anteriormente en la sociedad. La naturaleza humana es sustancialmente idéntica en todos y se distingue por la posesión de una libre voluntad. De esto se deduce que todos los hombres son iguales y que tienen la facultad, dentro del Estado y aún frente a él, para crear situaciones jurídicas. Y esto porque, como se ha visto, aún el Estado es un producto de la voluntad individual, De modo que todo individuo, pues, es un “sujeto de derechos”.

Así, como dice Radbruch, en el concepto de persona se cifran la igualdad jurídica, la libertad de ser propietario, igual para todos, y la libertad igual de contratación. (16) Y así, tanto el rico como el pobre, el débil como las grandes corporaciones, se confunden en un mismo concepto de persona.

El Código Civil colombiano, elaborado por don Andrés Bello, bajo la influencia de la filosofía individualista predominante en el Siglo XIX, recoge este concepto de persona en su art. 74: “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”. Al consagrar la idea de la igualdad jurídica de los individuos, de acuerdo con el sentido de la Declaración de los Derechos, el Código Civil de 1873 desconoce las diferencias de nacimiento o de sexo, o las de oficio.

Ahora bien, del concepto de persona se desprende también otra noción muy importante: la de los derechos subjetivos, por medio de los cuales la persona reclama la protección de sus bienes jurídicos,

y realiza la conducta encaminada a este fin. Como dice Radbruch: “Hacer de alguien una persona significa reconocerle como un fin en sí. Las personas son fines en sí, a cuyo servicio se pone todo el orden jurídico (17). En el concepto de persona humana queda reflejada la personalidad individual que se distingue por una voluntad libre. Así, finalmente, la personalidad de derecho se expresa por quien, física o idealmente, es un sujeto de voluntad.

La Escuela Clásica estableció un dualismo entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, que estaba implícito en la doctrina del derecho natural. Este dualismo se emparenta también con aquel otro del derecho público y del derecho privado, como es obvio. Según la escuela clásica, los derechos subjetivos son poderes con los que el hombre viene al mundo; ellos son anteriores y superiores a orden legal o derecho objetivo; y la única misión del derecho objetivo es reconocerlos y garantizarlos.

No es éste el lugar para hacer un estudio a fondo del derecho subjetivo. Basta recordar que, por su aspecto esencial es considerado como “el poder conferido por el Derecho a la Voluntad” (Windscheid); y por el aspecto de su fin, como “un interés jurídicamente protegido” (YHering). Finalmente hay que tener en cuenta que Michoud lo define en una forma que integra en el concepto los dos pensamientos anteriores: El derecho es un poder de querer, perteneciente al hombre, y que se dirige hacia un bien o un interés, en tanto que es reconocido y protegido por el orden jurídico. (18)

Hoy el derecho individualista considera que el derecho subjetivo se basa en la concesión de un amplio poder a la voluntad de los particulares para que formen sus relaciones jurídicas. Esta concepción supera en mucho la del derecho clásico, pues se ha visto que ella lo concebía, no como una concesión hecha al poder de la voluntad por el ordenamiento jurídico, sino como un poder inmanente y natural que el hombre traía al mundo por el solo hecho de la existencia, y que por ello es anterior y superior al orden jurídico. Esta superación doctrinal es el producto de una vasta transformación social y del

movimiento ideológico que ha socavado las bases individualistas del derecho, ya sea desde la posición de las Tesis Socialistas, ya sea dentro de las propias Tesis Individualistas, que han tenido que rendirse ante la fuerza de la nueva realidad que ha vivido el mundo desde finales del Siglo XIX.

Los revolucionarios franceses en la Declaración de los Derechos y en la Constitución de 1793 recogieron el concepto romano de la propiedad privada, pero lo elevaron a una más alta categoría al considerarlo como un derecho natural intocable, permanente y sagrado, y como un atributo esencial de la persona humana. Fue así como llegaron a proclamar que “siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, más que cuando la necesidad pública, legalmente probada, lo exige evidentemente y bajo condición de justa y equitativa indemnización” (Art. 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre, incorporado después al preámbulo de la Constitución de 1791).

Según esta concepción, todo individuo puede adquirir bienes sin ninguna limitación; puede usarlos y disponer de ellos exclusivamente; puede transformarlos y aún destruirlos, si le provoca, porque la ley protege el ejercicio de su derecho absoluto y exclusivo. Su voluntad es autónoma y todopoderosa según la tesis individualista primitiva.

La concepción individualista sobre el derecho de propiedad está consagrada en el Código Civil colombiano, en el art. 669, así: “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”.

Es evidente que la noción individualista de la propiedad a que hemos hecho mención ha sufrido, como todos los otros conceptos del sistema jurídico, una revaluación fundamental. Ha habido una superación doctrinal que ha tenido en cuenta las nuevas necesidades sociales, y que ha negado el extremismo de las interpretaciones dogmáticas predominantes en el Siglo XIX. Esas interpretaciones apenas consideraban el aspecto crudamente individualista de los textos sin fijarse para nada en la parte social que ellos contenían,

y que estaba encaminada a la protección de los intereses generales. La ciencia jurídica moderna, que mantiene su adhesión ideológica al pensamiento básico individualista, ha realizado una notable interpretación de los textos para demostrar que en el sistema se consagraron importantes limitaciones al libre imperio de la voluntad individual, para establecer, por el contrario, el triunfo del interés de la colectividad, en las hipótesis indispensables. Pero, es necesario dejarlo definido así, esto solo es una conquista del pensamiento científico moderno, pues la Escuela del Derecho Clásico rindió un culto exagerado y fervoroso a la voluntad individual, cuyos atributos no conocían límites en las exaltaciones de sus más prestigiosos maestros.

La libertad contractual es un principio que se desprende lógicamente del concepto individualista de la persona y de la propiedad. El contrato es la consecuencia de la libertad esencial de la persona humana para administrar sus bienes, según los dictados de su propia voluntad. Por un acto de su propia voluntad todo individuo puede manejar sus bienes, puede llegar a ser propietario o dejar de serlo. La libertad contractual, la autonomía de los individuos para celebrar negocios jurídicos, es el mejor sistema, según la concepción individualista, para lograr el progreso y la armonía sociales. La autonomía de la voluntad, para la Escuela Clásica, llegó a constituir un verdadero dogma jurídico, cuya integridad se defendía apasionadamente, por encima de cualquier evaluación de justicia, del contenido de las relaciones contractuales.

Este principio se encuentra consagrado en el Código Civil colombiano en los arts. 1.602 y 1.608, que son del siguiente tenor: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su mutuo consentimiento o por causas legales”. “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.

Naturalmente, sobre las implicaciones sociales y conceptuales de este principio hacemos las mismas consideraciones formuladas

anteriormente. El ejercicio de la libertad contractual se limitaba por las nociones del orden público y de las buenas costumbres. Pero los intérpretes de la Escuela Clásica no desarrollaron debidamente, tal como lo ha hecho la doctrina moderna, las consecuencias de estas nociones restrictivas. Pero como el análisis detenido de estas materias será objeto de capítulos especiales de este trabajo, ahora solo deseamos establecer las bases esenciales sobre las que se estructuró el pensamiento de la Escuela Individualista.

Hay que tener en cuenta, para los efectos de los posteriores estudios, que el Código Civil colombiano vigente desde el año de 1873 es obra de Don Andrés Bello, quien lo redactó para la República de Chile, en donde fue aprobado como ley civil en 1855. Ahora bien, el señor Bello siguió, en la elaboración de su trabajo, el pensamiento general individualista predominante en Europa en el siglo pasado. Y en lo que hace a la teoría de las obligaciones y de los contratos se apoyó en las doctrinas de Pothier y en el sistema del Código de Napoleón, con lo cual el pensamiento jurídico francés se incorporó a nuestro estatuto civil, según lo anota la generalidad de los autores y tratadistas.

2.3 LA DOCTRINA JURÍDICA DE LA ESCUELA CLÁSICA. LOS LÍMITES A LA VOLUNTAD

La Escuela Clásica, surgida a raíz de la Revolución y de la promulgación del Código Civil francés de 1804, proclama la supremacía de la voluntad individual en el sistema jurídico. Para ella, la voluntad individual es la que crea el derecho. Así, el individuo no solo es el origen y fundamento de la organización política, como se afirma por medio de la teoría del contrato social, sino que también es fuente de todo el ordenamiento jurídico. Esto explica que para los expositores de esta escuela, el Principio de la Autonomía de la Voluntad adquiera la categoría de factor esencial en el nacimiento de toda relación jurídica, y especialmente en la celebración de los contratos.

La Escuela Clásica consagra en su plenitud el pensamiento jurídico liberal. La voluntad del individuo pasa a ser soberana

en el derecho. Es considerada no ya como fuente de sus propios derechos sino como fuente absoluta de todo derecho. Para la Escuela Clásica, el individuo es un ser libre por naturaleza y, por lo mismo, es responsable de sus actos. En la voluntad libre del hombre está el origen de la ley y de los actos jurídicos. El derecho subjetivo es un poder de la voluntad. La ley es obligatoria, si es el producto de la libre voluntad del hombre. El acto jurídico es tal, si es fruto de la manifestación eficaz de la voluntad libre, dirigida a producir un efecto de derecho. La voluntad individual es la causa de la formación del acto jurídico y señala precisamente los efectos queridos. La voluntad individual determina la fuerza obligatoria del acto jurídico, y por eso la mejor norma de interpretación judicial es la de revelarla fielmente.

De ahí que Gounot resumiera la doctrina de la Escuela Clásica en estos dos postulados: Primero: Nadie puede ser obligado sin haber querido; Segundo: Todo contrato libre es justo (19).

Y esto explica la apretada síntesis de Marco Aurelio Risolia, sobre la fundamentación de la Escuela Clásica. Dice este autor que ella entraña: 1. Una concepción individualista sobre el hombre y sus facultades; 2. Una concepción voluntarista sobre el fundamento del derecho, de la ley y del acto jurídico; 3. Una concepción liberal sobre el fin del derecho, que perseguía la libertad del individuo (20).

Es que la Escuela Clásica exalta como valor supremo la libertad del hombre, que es parte de su propia naturaleza. Y al hacerlo contraponen la libertad del hombre con el poder del Estado, aunque éste no es otra cosa que una creación de la voluntad individual. La Escuela Clásica proclama que el Estado es para el individuo y no el individuo para el Estado. Y la ley es creada por la libertad del hombre, cuyo sustrato es la autonomía de la voluntad, dogma inmovible en las exposiciones de los doctrinantes de la Escuela Clásica. Ellos, en sus fervorosas alabanzas a una doctrina filosófica, política y jurídica que les parecía de valor indefectible y perdurable, llegaron a acuñar grandes frases en las que las leyes aparecían como

“normas de la libertad humana” y el derecho era calificado como “ciencia de la libertad”.

Aparece en estas condiciones el Principio de la Autonomía de la Voluntad como factor esencial del sistema jurídico, y especialmente, en la teoría contractual, alcanza él una autoridad excepcional. Duguit, uno de los más ilustres y eficaces impugnadores de este principio, lo resume de esta manera: La autonomía de la voluntad es un elemento de la libertad en general; es la libertad jurídica y es, en suma, el poder del hombre de crear por un acto de voluntad una situación de derecho, cuando este acto tiene un fin lícito (21).

Más adelante, Duguit resume el sistema de la Autonomía de la Voluntad en la ley, en los siguientes términos: a) Todo sujeto de derecho debe ser un sujeto de voluntad. b) Todo acto de voluntad de un sujeto de derecho está socialmente protegido como tal. c) Está protegido a condición, sin embargo, de que tenga un objeto lícito. d) Toda situación jurídica es una relación entre dos sujetos de derecho, de los cuales uno es el sujeto activo y el otro el sujeto pasivo (22).

Este predominio de la voluntad individual es lo que explica que esta doctrina le diera una gran importancia a las voluntades presuntas y ficticias, que construyera la teoría de la ficción y considerara al acto jurídico como de naturaleza consensual en principio; que las solemnidades exigidas en algunos casos por la ley solo tenían por fundamento reforzar la expresión de la voluntad individual; que el elemento esencial del acto jurídico es la voluntad interna de las partes y no su manifestación exterior; que el juez en la interpretación de un acto jurídico debe procurar esclarecer cuál ha sido la voluntad verdadera de las partes y no debe desnaturalizarla ni deformarla; y que el individuo es libre de contratar, pero a condición de no atentar contra la libertad de los demás.

La Escuela Clásica solo autorizaba los convenios entre los particulares cuando no eran contrarios al orden público, la moral y las buenas costumbres. A los convenios así formados, en virtud del soberano papel asignado a la voluntad individual, se les daba

la categoría de ley. Esto comprueba, naturalmente, que sí existían limitaciones al libre imperio del Principio de la Autonomía de la Voluntad. Lo que ocurrió a este respecto fue que, como los economistas y juristas clásicos consideraban que un régimen de absoluta libertad era el que satisfacía las exigencias de la felicidad social, ellos no le atribuían mucha eficacia ni importancia a las nociones de orden público y de las buenas costumbres, y por eso no les dieron mayor desarrollo doctrinario. Por el contrario, apenas se manifestó la insuficiencia del Código para afrontar los nuevos problemas sociales, los juristas empezaron a trabajar sobre esos viejos conceptos para sacarles todas sus consecuencias y ponerlos al servicio de las necesidades modernas. Hoy ellos constituyen la ancha base sobre la cual se han erigido notables construcciones doctrinarias, que consagran la función social de las instituciones jurídicas.

No cabe ninguna duda de que los juristas del Derecho Clásico miraban con mucho desvío cualquier tentativa de imponer límites a la voluntad individual. Para ellos, la libertad humana era la regla suprema del sistema social, y por ello la noción de orden público tenía un ámbito muy reducido y solo se le consideraba como una excepción. Gounot apunta estas características del individualismo jurídico en esta forma: “La autonomía de la voluntad era ilimitada, y en su virtud el individuo tenía la posibilidad de derogar las leyes, salvo aquellas, claro está, que “por excepción” son rigurosamente imperativas. Todo lo que no es voluntad contractual es excepcional. El individuo lo es todo. La norma jurídica tiene exclusivamente este doble fin: proteger la libertad y sancionar la voluntad” (23).

Las limitaciones a la voluntad privada aceptadas por el derecho clásico se encierran en los conceptos de orden público y de buenas costumbres, interpretados restrictivamente, como ya se observó. El pensamiento que se elaboró al respecto se vincula con los conceptos de Derecho Público y Derecho Privado, y con la clasificación de las leyes en imperativas y facultativas. Esta clasificación de las leyes alcanzó mucha jerarquía e importancia en el Derecho Civil, por obra del pensamiento jurídico individualista. Las leyes imperativas

se imponen a la libertad individual, le fijan límites a su libertad jurídica. Ellas recogen el principio del orden público, que es la expresión de la seguridad jurídica y la justicia social. Las leyes facultativas, por el contrario, se someten a la voluntad individual, se refieren a asuntos estrictamente privados y, en ellos, la autonomía de la voluntad se impone decisivamente. Mientras que las leyes imperativas obligan irremisiblemente y son inderogables por los convenios particulares, las leyes facultativas o interpretativas solo obligan a falta de estipulación expresa de las partes y apenas tratan de interpretar generalmente su voluntad. En el primer caso, la ley trata de tutelar los intereses generales, ante cuyo primado debe inclinarse el interés individual; en el segundo caso, la ley solo persigue dirigir e interpretar las voluntades individuales.

En la primera época del Derecho Clásico, los autores confundían las nociones de derecho público y de orden público. El mismo Portalis, citado por Risolia, incurrió en esta confusión al decir: “El derecho público es el que interesa más directamente a la sociedad que a los particulares y el derecho privado el que interesa más directamente a los particulares que a la sociedad. Se anulan las convenciones contrarias al derecho público, pero no se anulan las contrarias a las leyes que no se refieren sino al derecho privado o a los intereses particulares. He aquí la máxima de todos los tiempos”, (24). Esta confusión se aclara bien pronto en el pensamiento de los tratadistas individualistas al correr de los años hasta llegar a establecer el aforismo de que, en el ámbito del Derecho Público, el orden público es la regla general y, en el Derecho Privado, el orden público es la excepción. Esta concepción corresponde al espíritu general del sistema, que considera a la ley como un mal necesario, y que rinde un culto excesivo a los principios de la libertad y de la autonomía de la voluntad.

La noción del orden público y de las buenas costumbres está consagrada en el art. 6º del Código de Napoleón, así:

“On ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs”.

Y en el Código Civil colombiano, en el artículo 16, se halla la traducción exacta del texto francés, con excepción de una palabra: “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”.

En su libro “La noción de orden público en Derecho Privado”, Julliot de la Morandière estudia cuatro características esenciales de la noción de orden público en el Derecho Clásico. Para este distinguido autor, tales características son las siguientes: 1. El orden público corresponde a la necesidad de realizar el equilibrio de las libertades públicas; 2. La noción de orden público es una noción legal. 3. La distinción entre leyes de Derecho Privado y las de Derecho Público fue motivo para que se incurriera en una confusión de los conceptos de Derecho Público y de orden público. A este respecto es preciso anotar, también, que los autores clásicos tuvieron que establecer una distinción fundamental: que las leyes sobre la familia, a pesar de ser de Derecho Privado, tenían una tendencia a ser de “orden público”, por el carácter fundamental que tiene la organización familiar dentro de la estructura del Estado. Se entiende que esta clasificación solo se refería al aspecto institucional del orden familiar porque el orden pecuniario era considerado como objeto de las leyes interpretativas, y en él las leyes de orden público tenían un carácter puramente excepcional. 4. La noción de orden público tiene un carácter inmutable. En la exposición de este tema, síntesis admirable del pensamiento jurídico individualista, Julliot de la Morandière apunta cómo los autores justifican la noción de orden público por la circunstancia de que no todas las leyes persiguen la defensa de las voluntades y libertades del individuo, y porque toca al legislador el cometido de servir de árbitro en el libre juego de las voluntades: que el orden público como límite supremo a las voluntades individuales es una noción que debe estar expresada en la ley, y es en ella en donde debe apoyarse el criterio del Juez. Por eso debe mirarse si la ley es de carácter imperativo, y en este terreno opera eficazmente esta clasificación tradicional, porque de lo contrario se consagraría la arbitrariedad judicial y se le desconocería a la voluntad privada su amplio campo de aplicación; por último,

como los pensadores clásicos creían que el tipo de sociedad surgido de la Revolución sería eterno, y que las relaciones entre el Estado y el individuo eran el producto del reconocimiento de los derechos naturales, permanentes y absolutos, el orden jurídico individualista sería siempre el mismo por derivar su origen de la propia naturaleza humana. Se comprende que dentro de esta concepción la noción de orden público tampoco tenía que variar, pues no hay razón para que ella evolucione. Y si se produce alguna modificación, ella tendrá solo un carácter excepcional. (Véase Julliot de la Morandière, obra citada). (25)

La noción de orden público es la valla suprema impuesta por el Derecho a la libertad de los particulares para determinar por sí mismo lo que más conviene a sus intereses. Claro que, repetimos, los juristas no le dieron el desarrollo debido a la noción, y, antes bien, la miraban con íntimo desagrado. Y por eso su definición conceptual no llegó a producirse en forma adecuada, y las más disímiles opiniones se expresaron a este respecto. Pero de todas maneras se impuso el criterio de que los convenios particulares no podían contrariar la regulación legal que consagra las bases de la sociedad, como las leyes que organizan el Estado o la familia, por ejemplo.

Se explica que la noción de orden público consagrada por el Código de Napoleón, y recogida por todos los códigos que en él tuvieron su origen, estuviera impregnada de un sentido político, porque en su tiempo al Estado se le asignaba una función meramente política: la de servir de equilibrio entre las diversas libertades individuales, y proteger a todo trance la personalidad individual. Entonces, naturalmente, lo político primaba sobre lo económico.

Esta noción de orden público ha sufrido, a partir de aquellos días, una evolución fundamental, paralelamente a la evolución que se ha apoderado, en los conceptos básicos, del sistema jurídico individualista. En su debida oportunidad estudiaremos esa evolución y sus notables consecuencias en el campo del Derecho Privado.

Como es lógico, los juristas del Derecho Clásico no le asignaron tampoco mucha importancia a la noción de las buenas costumbres, que, junto con la del orden público, forman el límite de la libre actuación de la voluntad individual. Fieles a su fervor por el Principio de la Autonomía de la Voluntad, se mostraron hostiles a esta intervención de las ideas morales en el comercio jurídico, que además de constituir una restricción a la libre iniciativa privada, se expresaba en una acción vaga e imprecisa, y, por lo mismo, sumamente peligrosa a juicio de ellos.

La noción de Buenas Costumbres, como es muy sabido, fue aplicada en el Derecho romano, en donde los negocios jurídicos debían respetar las buenas costumbres (*boni mores*). Este concepto se prolongó en la Edad Media, y fue consagrado en el código de Napoleón. El Código Civil colombiano recoge la noción en los artículos 16; 1.518, párrafo 3º; 1524 párrafo 2; 1.532 y 1533. En el art. 16, que se ha transcrito anteriormente, se le atribuye un carácter imperativo a las leyes que consagran las buenas costumbres, con lo cual se restringe en forma bastante considerable el libre imperio de la voluntad individual. En materia contractual, los arts. 1532 y 1538, sobre los requisitos de las condiciones; el 1518, sobre el objeto, cuando se trata de un hecho moralmente imposible; y el 1524, que define la noción de causa, constituyen una amplia consagración de las buenas costumbres en nuestro derecho.

Por medio de la noción de Buenas Costumbres, la moral se proyecta en el campo del Derecho, a pesar de los esfuerzos hechos por los juristas para delimitar las relaciones entre Derecho y Moral. Estos esfuerzos explican precisamente el poco fervor que los expositores del derecho Clásico demostraron por la noción, y el celo que pusieron en señalar sus peligros. Es muy notorio, por ejemplo, que ellos quisieron reducir el ámbito de las buenas costumbres al decir, basándose en una interpretación exegética de los textos, que son “las leyes que interesan a las buenas costumbres”, y no las buenas costumbres por sí solas, las que restringen la voluntad individual y no pueden ser desconocidas por los convenios particulares. De esta manera, son las buenas costumbres consagradas por la ley, las

que constituyen una restricción a la autonomía de la voluntad. En esta forma, como es obvio, la noción de buenas costumbres pierde sustantividad propia para integrarse en la del orden público. Así, en este sentido, las define Huc: “Las buenas costumbres, que no es preciso confundir con la moral, son aquellas establecidas para el bien, en tanto son protegidas o determinadas por las leyes positivas”.

Pero los mismos juristas clásicos se vieron obligados a aceptar una evolución en su pensamiento, así fuera a su pesar. En este sentido ya Baudry-Lacantinerie y Colin y Capintant, citados por Ripert en su obra “La regla moral en las obligaciones civiles”, opinan que el orden público y las buenas costumbres son “naciones que varían en el tiempo y en el espacio”, el primero; y que “el sentido no puede prestarse a ninguna incertidumbre...las buenas costumbres, son la moral”, los últimos. (26)

Sobre la definición de las Buenas Costumbres se ha establecido un largo debate de carácter doctrinal. Son muchos los desarrollos que a esta noción le ha dado la doctrina científica moderna, los cuales estudiaremos posteriormente. Ahora solo queremos aludir, brevemente, como es obvio, a las concepciones filosóficas y sociológicas que tuvieron su auge, principalmente, en el pensamiento de los juristas de la Escuela Clásica.

La concepción filosófica afirma el predominio de la moral en el Derecho: las buenas costumbres son reglas morales sancionadas en calidad de tal, y no solo por ser recogidas por la ley e integradas en la noción de orden público. Según esta concepción, el Juez, para examinar si un contrato es contrario o no a las buenas costumbres, debía juzgar según un concepto filosófico de la moral. Esta concepción se destaca por su imprecisión y generalidad.

En cambio, para la concepción sociológica, las costumbres serán buenas si son normales, si se ajustan a una moral corriente determinada por los hechos y la opinión común. Esa noción es defendida por Demogue, y se desprende del análisis de los hechos sociales. Ella le atribuye, además, un papel creador de reglas morales

a la opinión, cuyos criterios serán tenidos en cuenta para determinar si el carácter de un acto es moral o inmoral.

La concepción sociológica de las buenas costumbres se prolonga hasta nuestros días. Contra la pretensión de reducir la noción de las buenas costumbres, a la ley, propia del Derecho clásico, ha habido un vasto movimiento doctrinal, cuyas características serán estudiadas posteriormente. Por ahora, baste decir, que la noción de las buenas costumbres constituye un importante elemento de limitación a la voluntad individual, que no solo opera a virtud de formulación expresa de la ley, sino como un concepto superior que impregna todo el derecho positivo. El juez hace uso así de una facultad extraordinaria, a la que tanto temían los expositores individualistas. Y la noción no solo funciona en materia contractual sino que aplica en cualquier campo jurídico, según el pensamiento moderno.

En el Derecho Civil colombiano la noción de las buenas costumbres tiene un amplio campo de aplicación, y la ley le ha fijado precisamente su sentido. Entre nosotros es claro que el fundamento de las buenas costumbres es una noción moral que se nutre de los preceptos del cristianismo. Así lo establece el artículo 1º de la Ley 153 de 1887: “La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho a falta de legislación positiva”. Este texto expreso comprueba que, para que la noción opere, no es indispensable su integración en una norma legal.

Por último, es preciso anotar que en nuestro Derecho el juez controla la moralidad de los actos jurídicos a través de la teoría de la causa, por la circunstancia de que el texto legal colombiano acoge una definición de la causa que tiene en cuenta la finalidad perseguida por las voluntades individuales, con lo cual en él se vino a consagrar una doctrina que es producto de una amplia evolución doctrinaria en el Derecho Francés. En efecto, el artículo 1524 define la causa de esta manera: “Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”.

Pero en la jurisprudencia colombiana, a pesar de la existencia de un artículo que define a la causa como el motivo determinante que induce al acto o contrato, se prolongaron las discusiones doctrinales del Derecho Francés: la concepción clásica de la teoría se aplicaba únicamente al examen de contrato, y establecía una distinción entre causa y motivos determinantes. Pero el artículo 1524, al consagrar la causa como motivo determinante, no autoriza a considerar en el Derecho Colombiano la mencionada distinción y, por el contrario, abre las puertas para que el juez pueda controlar la moralidad del contrato mediante una investigación de la finalidad o el motivo que han perseguido las partes al celebrarlo. Por eso dice con sobrada razón el doctor Hernando Devis Echandía, en una de sus notas a la obra de Ripert citada anteriormente, que si la causa es el motivo que induce al acto o contrato, necesariamente no puede el juez limitarse a examinarla dentro del marco del contrato porque en él aparece únicamente el acuerdo de voluntades pero no el fin realmente perseguido.

El ejemplo mismo puesto en el artículo está diciendo que es necesario analizar la moralidad del fin perseguido para saber si la causa del contrato es lícita. En efecto, se dice que tiene una causa lícita, “la promesa de dar algo en recompensa de un hecho inmoral”; y naturalmente esto sería así no solo cuando se haya estipulado claramente en el contrato el fin inmoral, sino aún en el caso, que será lo frecuente, de disfrazarse por medio de una donación o de un arrendamiento de servicio, etc”. (27)

La Corte Suprema de Justicia, a partir de 1932, consagró la doctrina de la causa que el texto legal recoge expresamente. Así, por medio de la jurisprudencia de la causa inmoral, la aplicación de la noción de las buenas costumbres constituye una de las restricciones más extensas al libre juego de las voluntades individuales.

La Escuela Clásica exaltó un aforismo en el cual ella consideraba reflejada la doctrina del más auténtico individualismo: Las convenciones tienen, entre las partes, lugar de ley. Toda una concepción del Estado, de la ley y de los actos jurídicos se expresa en

esta locución, que tanta fama alcanzó en el pensamiento jurídico del siglo pasado, y que llegó a tener tanta categoría, que fue integrada en el art. 1134 del Código de Napoleón: “Las convenciones legalmente formadas tienen lugar de ley entre quienes las han hecho...”. En el Código Civil colombiano está consagrado este aforismo en el art. 1602 que reza así: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su mutuo consentimiento o por causas legales”. No se sabe qué expresión es más enérgica, si “tienen lugar de ley” o “es una ley”, aunque parece que el texto colombiano trata de darle una categoría más sustantiva al contrato, de acuerdo con el espíritu general del sistema individualista. Pero, es claro, que ambos no son sino una consagración legal de la sentencia a que nos hemos referido. Por medio de ella se quiso llevar el concepto de contrato al límite máximo, al querer situarlo al nivel mismo de la ley. El contrato se presentaba como el más eficaz instrumento de la armonía social. Un autor clásico, Fouillé, escribía: “quien dice contractual dice justo”. Es más, los exégetas se hacían el siguiente razonamiento: “El contrato, que tiene la categoría de ley según el Código, es, en tanto que fuente de las obligaciones, superior a la ley, puesto que es aceptado y no impuesto.

Sin embargo, algunos expositores clásicos advirtieron las exageraciones de estas opiniones y la desvirtuación de conceptos que ellas propiciaban. Demolombe, entre ellos, afirmó que, con el aforismo mencionado, no se trataba de erigir la convención privada en una ley propiamente dicha, sino expresar de una manera enérgica, el lazo que resulta de ella para las partes (28). Es decir, con la expresión solo se quería destacar que las partes están vinculadas por medio del contrato como si éste fuera una ley. Es una comparación del efecto obligatorio del contrato con la fuerza obligatoria de la ley, que se impone soberanamente a todas las voluntades. Este criterio es el que ha predominado en el Derecho Individualista, luego que se han corregido las exageraciones que una desorbitada mística del contrato produjo en el pensamiento jurídico del siglo pasado.

2.4 LA TEORÍA INDIVIDUALISTA DEL ACTO JURÍDICO Y DEL CONTRATO

Es sabido que los autores clásicos no se preocuparon por elaborar una teoría general del acto jurídico, y que ella solo vino a estructurarse en el Código Civil alemán. Los juristas de los primeros tiempos del individualismo estaban aprisionados por la mística del contrato, que dominaba todo el derecho de las obligaciones, y, además, invadía casi todo el terreno del Derecho Privado. Ya se ha dicho que la idea del contrato social imperó absolutamente en el pensamiento jurídico de la Escuela Clásica, con lo cual la voluntad individual era considerada no solo como soporte de las relaciones civiles sino, también, de las relaciones políticas.

Para la Escuela Clásica lo esencial en el acto jurídico es la voluntad, porque ella es la que crea el derecho. El acto jurídico es la manifestación de la voluntad dirigida a producir un efecto de derecho. De modo que el efecto obligatorio del acto jurídico no deriva de la ley, que apenas lo reconoce y garantiza en virtud de su misión de protección de las diversas libertades individuales, sino del querer de los individuos, en los cuales reside por naturaleza la facultad de crear el derecho. Esto explica que los autores clásicos, al describir las fuentes de las obligaciones, pongan al lado de la ley el contrato, como figura independiente de aquella. Ellos hacen las diversas clasificaciones, según el criterio de cada autor, pero sin afirmar que la ley sea el fundamento primario de todas las obligaciones; por el contrario, siempre colocan aparte al contrato, la modalidad más importante del acto jurídico. De esta manera los primeros autores recogen la clasificación tradicional de las fuentes de las obligaciones: el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley.

Y luego otros simplifican, como Planiol, para quien las fuentes de las obligaciones se reducen a dos: la ley y el contrato.

Sintetizamos a continuación la teoría del acto jurídico según la Escuela Clásica, tal como aparece en diversos autores, principalmente en la obra citada de Julliot de la Morandière, quien resume magistralmente el pensamiento de los expositores del

individualismo jurídico y los cita prolijamente. Los juristas clásicos consideraban que es solo la voluntad, y más si ella representa un consentimiento mutuo, la que produce el efecto jurídico y no las formas solemnes que en ciertos casos establece la ley; éstas apenas tienen por objeto reafirmar la manifestación de la voluntad. Lo esencial en el acto jurídico, y sobre todo en el contrato, es la voluntad interna psicológica y no la declaración de la voluntad. El juez, en la interpretación del acto jurídico o del contrato, debe buscar la verdadera voluntad de las partes – la voluntad real-, que es lo que ellas han querido, y para ello le es lícito remontarse a la fuente de esa voluntad, pero sin pretender nunca sustituirla ni desnaturalizarla o reformarla. Así, por ejemplo, el juez no debe entrar a interpretar las voluntades individuales sino cuando ellas se hayan expresado dudosa u oscuramente, y su principal conato debe ser reconocer y sancionar lo que las partes han querido, sin tratar de modificar sus convenios, so pretexto de aplicar las nociones de la equidad o la buena fe. Y, además, el juez debe preguntarse si la voluntad expresada en el acto jurídico o en el contrato ha sido libre, o está afectada por un vicio del consentimiento, o por la lesión, noción que era admitida solo como una derivación de los vicios del consentimiento, (dolo o violencia). En cuanto al dominio del acto jurídico, tanto el contractual como el no contractual, es sabido suficientemente que la Escuela Clásica lo extendió a sus límites máximos. El contrato alcanzó durante el predominio de esta Escuela su auge más acentuado y era considerado como la base principal del ordenamiento jurídico, en detrimento de los hechos jurídicos, delitos y cuasidelitos, y de las demás fuentes de derecho, a las cuales no se les dedicó mucha preocupación intelectual. Por último, los autores clásicos señalaron los límites de la autonomía de la voluntad en el campo de los actos jurídicos y de los contratos, que ellos concretaban en la conocida máxima: “El individuo es libre de contratar pero a condición de no atentar contra la libertad de los demás”. La libertad de los demás se limita así por la idea de la igualdad. De aquí se desprende la regla que delimita la fuerza obligatoria de los contratos; ellos no podrán producir efectos jurídicos sino entre las partes que los celebraron, y,

por regla general, no pueden producirlos respecto de terceros. Esa regla general tuvo sus excepciones, como en el caso de los contratos celebrados por el “de cuius” que prolongan fuerza obligatoria en relación con sus herederos. (Véase Julliot de la Morandière, obra citada). (29)

Posteriormente haremos la crítica de esta teoría del acto jurídico y de los contratos, y señalaremos la evolución que a este respecto ha tenido el pensamiento jurídico individualista, que tiene su más notable representación en la superación alcanzada por el Código Civil alemán en este campo.

Hay un aspecto en el que también la exaltación del Principio de la Autonomía de la Voluntad incurre en los mayores excesos. Algunos autores de la Escuela Clásica llegaron a sostener que el contrato no era realmente el producto de un acuerdo de voluntades sino la yuxtaposición de dos voluntades unilaterales, independientes en gran parte entre sí. Lo que produce la fuerza obligatoria del contrato no es el acuerdo de voluntades sino el hecho de que las voluntades individuales hayan querido ligarse la una a la otra. En este tema de los autores clásicos extremaron sus sutilezas y abstracciones. En definitiva, para ellos el contrato representaba el acuerdo de dos o más voluntades autónomas. Y en este sentido, hablan de que las dos voluntades deben ser equivalentes, sin que ninguna se encuentre en situación de privilegio, o de más poder, respecto de la otra. Naturalmente, los impugnadores de la teoría clásica encuentran, con sobrada razón, que ella recurre a construcciones doctrinarias metafísicas, abstractas, lógicas, puramente intelectuales.

Es interesante observar cómo, a pesar de que existían en el Código Civil textos impregnados de sentido social y que tutelaban los intereses generales, los juristas clásicos no les atribuían ninguna importancia y, por el contrario, los interpretaban inadecuadamente, cuando no les restaban toda utilidad o eficacia. Así ocurrió, por ejemplo, con la consagración en el Código de las nociones de equidad y buena fe, cuya aplicación la Escuela Clásica consideraba un verdadero peligro, pues, al permitir al juez apreciaciones que

rebasaban el marco de la interpretación tradicional, encaminada exclusivamente a determinar la voluntad de las partes, autorizaba la arbitrariedad judicial. De ahí que ellos no les imprimieran ningún desarrollo doctrinario a las aludidas nociones, y que las pusieran al servicio del espíritu general del sistema jurídico. Así, la buena fe para ellos consistía “en la intención de las partes” y la única equidad aplicable a la interpretación de un contrato es la de “aceptar fielmente lo que las partes han querido y expresado”.

2.5 EL CONTRATO, FUENTE PRINCIPAL DE LAS OBLIGACIONES. SUS ELEMENTOS ESENCIALES

Se comprende por el análisis que se ha hecho hasta aquí, que el contrato es una de las instituciones fundamentales del Derecho Individualista, y aún, se puede agregar, que de todo Derecho. En la Escuela Clásica él alcanzó un auge soberano y ha prolongado su imperio en todas las legislaciones tradicionales. Ya veremos, en su lugar, que también en el Derecho Socialista conserva el contrato su importancia, dentro de los rasgos peculiares que le imprime el sistema jurídico y social. Lo que se quiere resaltar ahora es la categoría esencial alcanzada por la noción en las culturas jurídicas tradicionales.

Ya antes hemos hablado de la importancia del contrato en el Código de Napoleón, en el cual se le dedica el Título III del Libro III, sin que se hubiera construido una teoría general del acto jurídico, como ocurrió después en el Código Civil alemán. Naturalmente esta soberanía del contrato se reflejó en todos los códigos de Europa y, aún de América, que se acogieron al sistema, entre ellos, el de don Andrés Bello. El contrato invadió así todos los campos del derecho y aún en el Derecho de Familia, pese a los particulares factores biológicos y morales que él rige, se hizo sentir la invasora tendencia contractualista. Es que el contrato era considerado como la más esencial y poderosa fuente de las obligaciones. Por ello se afirmó que la voluntad privada y el contrato podían crear todas las relaciones jurídicas del Derecho Privado, con lo cual se incurrió en una notoria exageración.

La doctrina sobre la determinación de la fuente de obligaciones es muy numerosa, y sobre este asunto, los expositores han acogido diversas clasificaciones. Así, la clasificación tradicional, establecida por Justiniano en las Institutas, señalaba como fuentes de las obligaciones: el contrato, el delito, los cuasidelitos y los cuasicontratos. Pothier señaló posteriormente una quinta fuente: la ley. Pero esta clasificación ha sufrido la crítica de la doctrina y ha sido modificada profundamente. No es el caso citar aquí la opinión de los grandes tratadistas, pero vale la pena anotar que para Planiol las fuentes de las obligaciones se reducen a dos, que son el contrato y la ley, mientras que Josserand establece la siguiente clasificación: 1. Los actos jurídicos (contratos y obligaciones unilaterales); 2. Los actos ilícitos; 3. El enriquecimiento sin causa; 4. La Ley.

El artículo 1494 del Código Civil Colombiano determina las fuentes de las obligaciones así: Los contratos o convenciones, el hecho voluntario de la persona que se obliga, el hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona y la disposición de la ley.

El contrato es, desde luego, un acto jurídico, y por lo mismo, un acto voluntario. La voluntad, que en el contrato recibe el nombre de consentimiento, es de la esencia de este acto jurídico. La composición etimológica de la palabra consentimiento – sentire cum – señala su significado propio. El consentimiento implica un concurso o concierto de voluntades. Consentir significa sentir acordemente con otro. El fundamento del contrato es el concierto de voluntades o su coincidencia, lo que está indicando su naturaleza plurilateral. El contrato es así, como es obvio, un acto jurídico plurilateral que es fuente de obligaciones civiles.

Esta teoría del contrato es consagrada en el art. 1495 del Código colombiano “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”. Esta definición es una traducción exacta del artículo 1.101 del Código de Napoleón.

Un tema que ha sido objeto de larga y ardua discusión es el referente a la naturaleza del consentimiento o acuerdo de voluntades,

sustancia del contrato, y al momento en que él se produce. Ya anotamos anteriormente que algunos autores clásicos consideraban que no había tal acuerdo de voluntades sino una yuxtaposición de declaraciones unilaterales de voluntad.

La doctrina sobre este asunto es muy variada. Hay algunos que defienden la existencia de una pretendida “voluntad común” que se expresa en el contrato, con lo cual se introduce una ficción innecesaria en el Derecho: otros hablan de “una declaración común de voluntad”, tesis también inadmisibles porque a cada voluntad exteriorizada en el contrato, y conocida por las partes, corresponde lógicamente su propia declaración. Por eso, la doctrina moderna rechaza estas concepciones y acepta nada más que en el contrato se expresa una coincidencia o concordancia de voluntades.

La coincidencia se produce especialmente en la decisión de celebrar el contrato y de aceptar su estatuto y las consecuencias que le asigna la ley. Naturalmente, desde la celebración hasta la terminación del contrato, los intereses generalmente opuestos de las partes establecen una pugna y mantienen una contraposición intensa. Por eso algunos autores consideran que esta circunstancia de la oposición de intereses constituye una de las características del contrato: las partes se identifican en la determinación de crear la relación jurídica pero son contrarias en cuanto lo que beneficia a una de ellas, perjudica a la otra. Pero otros autores tienen en cuenta sobre todo el hecho de que existe en las partes una intención común de servirse del instrumento de solidaridad jurídica que es el contrato para satisfacer los intereses individuales recíprocos. (Véase Risolia, ob. cit). (30)

A este respecto se ha establecido también una amplia discusión sobre el momento en que se produce el concurso de voluntades. Algunos, como Worms, niegan la realidad del concurso para afirmar que las obligaciones nacen de la declaración unilateral de voluntad. En cambio, Kant, afirma que hay que recurrir a deducciones trascendentales de la noción de contrato para poder concebir la simultaneidad de actos que necesariamente deben sucederse en el

tiempo, como son la oferta y la aceptación respectiva. Ni la voluntad del que promete ni la sola voluntad del que la acepta, opina Kant, basta para hacer pasar lo suyo del primero al segundo. Se necesita la reunión de esas dos voluntades y, en consecuencia, la declaración simultánea de ambas. (Kant, Principios metafísicos del Derecho, citado por Risolia). (31)

La doctrina moderna y las legislaciones positivas se ponen al margen de estas lucubraciones, abstracciones y metafísicas, y establecen la celebración del contrato en el momento en que se puede deducir que llegan a relacionarse la oferta y la aceptación, “en un momento que se reputa el oportuno para suponer que contactan la oferta y la aceptación”, como dice Risolia. Y la existencia de la oferta y la aceptación, expresiones de la voluntad de las partes, demuestra que el contrato es el concurso de dos o más declaraciones individuales de voluntad condicionadas recíprocamente. Además estas concepciones se manifiestan significativamente en el “contrato entre ausentes”, modalidad tan extendida en los tiempos modernos, en los cuales la ley ha determinado el momento en que se celebra el contrato al margen de preocupaciones metafísicas, para darle efectividad a las urgentes necesidades del actual comercio jurídico.

De modo, pues, que para que haya contrato es indispensable la coincidencia de dos o más voluntades que se condicionan recíprocamente, y no como lo afirmaban los juristas clásicos que exista “una reunión o yuxtaposición de voluntades” o una “voluntad común” entre las partes.

El Código Civil colombiano señala los requisitos esenciales para la validez de un acto o declaración de voluntades en el art. 1502 que refleja la misma doctrina del Código Civil francés, y dice así: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1. Que sea legalmente capaz; 2. Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. Que recaiga sobre un objeto lícito; 4. Que tenga una causa lícita”.

Así pues, la tesis tradicional afirma que capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos son los requisitos indispensables del contrato, a los cuales se añade la forma cuando se trata de un contrato solemne.

Aunque no es posible hacer un estudio a fondo de cada uno de estos elementos, porque para ello se necesitaría un espacio especial y dedicación exclusiva, tal es la importancia que les ha reconocido la doctrina científica, que siempre es oportuno hacer algunas observaciones, así tengan ellas un carácter sumario.

Los expositores han estudiado profundamente cada uno de estos requisitos, y han ejercido una crítica demoledora de las teorías clásicas. Sobre la causa, por ejemplo, se ha establecido una grave y dilatada polémica que ha dividido el campo de la doctrina entre causalistas y anticausalistas, y que ha dado base para la formación de una abundante bibliografía jurídica. Por este camino se ha sostenido que los requisitos indispensables del contrato se reducen a dos: el consentimiento y el objeto. Porque se arguye que la capacidad es una cualidad esencial de toda voluntad jurídica, una condición general que autoriza la eficacia de todo consentimiento; que la forma a la cual se le atribuye la calidad de requisito en los contratos solemnes hace parte de la exteriorización del consentimiento, que no es eficaz si no se presta en las condiciones prescritas por la ley; y que la causa es un requisito innecesario, como lo afirman Planiol e innumerables autores, porque si se considera que ella es la finalidad que persiguen las voluntades individuales en el contrato, se la confunde con el consentimiento, que no puede existir sin una finalidad, y si se reputa que en los contratos sinalagmáticos la causa de la obligación de una parte es la contraprestación de la otra, y recíprocamente, se la confunde con el objeto, y entonces ella sobra como requisito independiente.

Sin embargo, como el Código Civil colombiano ha hecho definición de la causa, y en forma que el doctor Devis Echandía considera superior técnicamente a la noción consagrada por el Código de Napoleón, haremos a continuación un breve resumen

de las diversas teorías que se han formulado y de la que predomina en el Derecho Nacional, aunque sin considerar a fondo el asunto por los motivos ya suficientemente señalados.

La teoría Clásica o de Domat, que inspiró los artículos del Código Civil francés, distinguió varias causas en los contratos: en los contratos sinalagmáticos, las obligaciones de los contratantes se sirven mutuamente de la causa; en los contratos gratuitos, la causa de la obligación es el ánimo de donar; y en los contratos unilaterales en que solo una de las partes se obliga, la causa de esta obligación es la ejecución de la prestación de la otra parte. En esta teoría la causa se confundía con el objeto, como ya se ha observado.

La teoría de la Causa de Capitán establece que la persona se obliga en consideración a un fin o resultado que se propone alcanzar. La consideración del fin, el porqué, es lo que constituye la causa según este autor. Así, en los contratos sinalagmáticos, la causa que determina a cada parte a obligarse es la voluntad de obtener la ejecución de la prestación que les es prometida por la otra parte; en los contratos reales, la causa que persigue el obligado se encuentra realizada por la conclusión misma del contrato. En las donaciones, la causa es el propósito del enriquecer gratuitamente a la persona a la cual se dona algo. (Véase Valencia Zea, Conf.) (32)

La Teoría de la Causa de Josserand es una de las más importantes de la doctrina moderna. Josserand distingue la intención de los móviles; éstos son los que determinan la conducta a su juicio. Esta teoría ha sido acogida por la jurisprudencia francesa con el nombre de causa impulsiva o determinante. Sobre ella dice el mismo Josserand: “Los móviles individuales, exteriores al acto, han de tomarse en consideración y deciden de la validez o de la nulidad de dicho acto, porque lo han determinado, porque han dado a la voluntad de su actor el impulso de donde ha surgido; corresponde al Juez apreciar su mérito, y si le parecen ilícitos, el contrato será declarado nulo, por más que queden plenamente satisfechas las exigencias de la teoría Clásica de la causa”. (Josserand, Derecho Civil) (33).

De modo que para esta teoría, la causa es el resultado concreto o individual que cada contratante persigue. Como lo advierten los autores, se trata de los motivos que tienen en cuenta los contratantes al celebrar su convenio. De esta manera se ha podido ejercer en grado sumo el control de la moralidad del contrato, y en esta teoría se ha apoyado la jurisprudencia para declarar nula la venta de una casa de tolerancia.

La Corte Suprema de Justicia, a partir del año 1932, ha consagrado esta teoría de la causa impulsiva o determinante; anteriormente, la jurisprudencia seguía apegada a las teorías clásicas, no obstante existir en el Código Civil colombiano una definición de causa que por sí misma establece que “se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato” (art. 1.524). Así pues, en derecho colombiano la legislación no autorizaba la distinción entre causa y motivo determinante, en la que se complacían los autores clásicos. Esta teoría, que se apoya en la definición del artículo 1524 ha alcanzado un gran desenvolvimiento en nuestra jurisprudencia, y en la de todos los países que consagran en sus leyes a la causa como un requisito esencial de los contratos.

Tanto la doctrina como la ley confundieron el objeto del contrato con el objeto de las obligaciones. Pero esta confusión ha sido aclarada suficientemente. Es claro que el objeto de los contratos no puede ser otro que las obligaciones a que da nacimiento. Y, como es obvio, cada una de esas obligaciones tiene su propio objeto. Esto explica que, como en el contrato se expresan varias declaraciones de voluntad, existen dos o más voluntades, también surjan de su celebración varios objetos, según el número de obligaciones a que dé origen.

Con estos apuntes sumarios creemos haber bosquejado el concepto de contrato, en sus elementos esenciales, para seguir con el análisis sistemático en que nos hemos empeñado, sin pretender invadir terrenos tan vastos e importantes que por sí solos justificarían una investigación específica.

2.6 EL CONTRATO Y LOS PROCESOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

Splengler, citado por Risolia, observa, en frase muy atinada, que “gran error es creer que pueda existir un Derecho en general, flotando por decirlo así, sobre las cosas independientemente de los intereses político – económicos”. Esta aguda y autorizada opinión del eminente escritor expresa una verdad indiscutible, y que nos ha guiado a través de esta investigación. En efecto, creemos, a diferencia de los juristas tradicionales, que los fenómenos jurídicos no pueden estudiarse de manera exclusiva, como valores propios y autónomos, sin considerar el tipo de sociedad que les dio nacimiento. Naturalmente, cuando se aplica este criterio científico, aparecen los conceptos absolutos, inmodificables, válidos para todo el tiempo. Pero ya se sabe que la característica de todo proceso social es su propio dinamismo. Y como el derecho no es sino un producto de esos procesos sociales, tiene imperativamente que adaptarse a cada época histórica, interpretando y satisfaciendo los intereses de ella, y transformándose a medida que se transforma la sociedad. Por eso, economía y derecho van unidos por un vínculo indisoluble. Así mismo, determinada estructura económica y social tiene sus propias instituciones, que nacen, se desarrollan y mueren para dar paso a un nuevo tipo de sociedad que tendrá también sus propias instituciones, o que le imprimirá a éstas sus modalidades y rasgos principales específicos.

Este criterio científico hay que aplicárselo a este estudio sobre el contrato, y así resultan muy explicables las relaciones que esta institución ha tenido con los procesos económicos y sociales. Y su auge en el sistema del individualismo jurídico se explica porque él cumplió el gran papel de instrumento del desarrollo capitalista. Así, el Principio de la Autonomía de la Voluntad alcanzó su mayor plenitud en la Revolución Francesa y en la Escuela Clásica, cuando comenzaba la Revolución Industrial, porque era un factor necesario del desarrollo del nuevo sistema social que emergía triunfante del feudalismo. El individualismo jurídico cumplió una altísima misión histórica y social; afirmó la igualdad esencial entre todos los hombres, y sus derechos individuales e inalienables, y proclamó

su dignidad inconculcable frente a las pretensiones absolutistas del Estado, con lo cual sentó las bases para la consagración de los sistemas políticos de la democracia.

Naturalmente todas las transformaciones económicas, sociales y políticas se reflejan en la institución del contrato. Esas transformaciones serán objeto de nuestro estudio, en sus diversos momentos históricos. En el auge del contrato, dentro del marco jurídico individualista, es obvio que la institución cumplió un papel de primera importancia, porque ella fue agente de la prodigiosa transformación económica que convirtió a una economía feudalista en el poderoso y superdesarrollado capitalismo de nuestros días. El sistema capitalista, basado en la propiedad privada, regido por la ley de la oferta y la demanda, dominado por el principio de la libertad contractual, ha usado del contrato hasta sus límites máximos, y le ha imprimido a la institución un desarrollo técnico como no lo imaginaron los más prestigiosos maestros de la Escuela Clásica. La producción, la distribución y el consumo del sistema capitalista, no podrían concebirse sin el empleo del contrato. La noción domina soberanamente, y cumple una misión económica y social de avasalladora influencia.

Las grandes empresas capitalistas han hecho un uso limitado del contrato. El crédito, fenómeno fundamental del mencionado sistema social, tiene uno de sus instrumentos más eficaces en el contrato. El crédito, que se basa en la confianza en el deudor, hace uso del contrato porque éste es el que garantiza las obligaciones que contrae el deudor con su acreedor. Y todos estos fenómenos económicos se traducen directamente en las formas jurídicas. Por eso es oportuno recordar la frase de Baudin, citado por Ripert, en su magnífica obra *El régimen democrático y el derecho civil moderno*: “El derecho es una cristalización de la economía” (34).

Claro que este análisis no excluye tampoco la importancia que a los principios éticos corresponde en la valoración del contrato. Desde el punto de vista moral se afirma que el respeto al contrato es un presupuesto necesario de la seguridad jurídica, porque ésta descansa

sobre el valor de la palabra empeñada. Ripert, en otra de sus obras fundamentales: “La regla moral en las obligaciones civiles”, estudia en su luminoso estilo las más importantes vinculaciones que existen entre la teoría de las obligaciones y la regla moral, y señala cómo en el fondo de muchas doctrinas jurídicas siempre hay un sustrato ético insoslayable. En este sentido el contrato es un instrumento de la libertad del hombre, que compromete su lealtad, su fe, su palabra, en el cumplimiento de las obligaciones que ha contraído por un acto de su propia voluntad.

La valoración jurídica del contrato, y especialmente de su auge en el Derecho Individualista, se vincula a las nociones fundamentales del sistema social que examinamos anteriormente. La libertad del hombre, el papel preponderante del individuo en la sociedad, el régimen de la propiedad privada y la autonomía de la voluntad, constituyeron el fundamento de una soberanía del contrato que invadió con su prestigio las legislaciones y la doctrina de las culturas jurídicas más avanzadas. Ya se ha hablado suficientemente de la suprema categoría que le asignó la doctrina individualista a la noción, al proclamar que es la voluntad privada la que fundamenta la formación de las obligaciones civiles y la que señala su contenido y fuerza obligatoria. El principio acatadísimo de la irretroactividad de las leyes, por medio del cual se establece que ellas rigen solo para lo futuro y que no puede tener efecto retroactivo, salvo pocas excepciones, es una prueba significativa del valor que el Derecho tradicional le asignaba a los contratos, pues se estimaba invulnerable la ordenación jurídica consagrada por el acuerdo de las voluntades privadas. Algunos autores, entre ellos Duguit, quieren vincular estrechamente la noción de contrato al régimen jurídico individualista. Pero no parece que esta tendencia pueda aspirar a subsistir en un plano rigurosamente científico. Ya nosotros hemos aludido a la cuestión, y se deduce de lo que hemos adelantado que, si bien es el individualismo jurídico, la noción de contrato alcanzó su más pleno desarrollo y una soberanía indiscutible en el sistema, ello no quiere decir que la quiebra de ese estilo de vida implique la desaparición de esta institución. Ciertamente, en el mundo moderno

y en el sistema socialista de Derecho, se transforma sustancialmente la noción, se pierden muchas de sus notas tradicionales, pero ella subsiste con un nuevo contenido jurídico y social, de acuerdo con las peculiaridades del nuevo estilo de vida. Este es un tema que se examinará en otra parte de esta tesis en forma detallada. Pero la alusión sirve para refutar la tendencia doctrinaria mencionada, y para afirmar, por el contrario, que el contrato sigue siendo un “instrumento de solidaridad jurídica”, como dijo Savigny, y que él, en el Derecho de las democracias europeas y americanas, y aún en el de los países socialistas, continúa siendo un agente eficaz e importante de la vida civil y económica.

Ahora bien: en un régimen jurídico individualista, en el que dominen los principios de la propiedad privada y de la libertad contractual, no puede existir una obligación a cargo de una persona sino en virtud de su propio consentimiento, naturalmente que en el ámbito de sus relaciones privadas, porque respecto de los actos de imperio rigen otros principios. Así, solo por la manifestación de su propia voluntad puede constituirse una persona en deudora de otra. Esto es una secuela lógica del principio de la igualdad e independencia recíproca de los individuos. Y como el contrato es la más importante fuente de las obligaciones civiles lícitas, se comprende cuál es su valor extraordinario como noción, y la eficacia de la función que cumple en el sistema jurídico.

Mientras el contrato conserve su papel de fuente principal de las obligaciones, mantendrá, como es natural, su altísima importancia jurídica. Durante siglos el hombre ha usado de esta institución y le ha asignado, invariablemente, un lugar de mucha distinción en el ordenamiento jurídico. Ya en Roma se le consideraba como una de las fuentes de las obligaciones, y hasta se estructuró la teoría de los cuasicontratos para significar aquella parte de las obligaciones lícitas que no surgían de un contrato formalmente celebrado. Y, en la transformación de la teoría de las fuentes de las obligaciones, estudiamos anteriormente cómo los autores modernos han reducido la clasificación, pero siempre atribuyéndole al contrato la gran jerarquía que le corresponde en el sistema. Allí citamos la

clasificación clásica, la de Josserand y la de Planiol. Quizá por eso no debemos insistir más sobre este punto, y por eso nos limitamos a anotar que Colin y Capitant establecen que el contrato, la voluntad unilateral y la ley son las únicas fuentes de las obligaciones, mientras que otros las reducen a la sola disposición de la ley, porque ella es la que sanciona con la nota de validez las manifestaciones de la voluntad humana. Pero, indudablemente, el contrato conserva, excepto en la última clasificación, y quizás aún a su pesar, el papel de principal instrumento de la vida jurídica de los pueblos.

2.7 LA CRISIS DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL. EL INDIVIDUALISMO DEMOCRÁTICO

Ya hemos visto cómo los autores de la Escuela Clásica, en los primeros tiempos, consideraban que el sistema jurídico consagrado por el Código de Napoleón era perfecto y destinado a gozar de la eternidad. Esta era una visión ingenua y optimista de los expositores, mentalidad por otra parte característica de todo advenimiento de un nuevo sistema de vida, porque en materia de derecho, ciencia social por excelencia, no se puede hablar de conceptos perennes e inmodificables. Al respecto baste citar a León Duguit, quien al comentar este tema dice: “Nada hay definitivo en el mundo; todo pasa, todo cambia, y el sistema jurídico que está en vista de elaborarse actualmente dejará lugar un día a otro que los juristas sociólogos del porvenir habrán de determinar”. (35)

El sistema del Derecho Clásico tuvo que soportar bien pronto la influencia de una evolución económica y social que rebasó la mayoría de sus previsiones y soluciones. Graves problemas sociales, surgidos a raíz del prodigioso desarrollo capitalista, demostraron fehacientemente que las instituciones clásicas no podrían afrontar con éxito su solución satisfactoria. La acumulación de capitales y la concentración de las empresas demostraron que la libertad concebida a la manera de la Escuela Liberal Clásica traía consigo la opresión, y que el Estado organizado en virtud de los principios del “laissez faire”, “laissez passer” era impotente para conjurar las tremendas injusticias y desigualdades sociales a que dio lugar el crecimiento

inusitado del régimen capitalista. Ya a mediados del Siglo XIX este proceso social se había agudizado en extremo. Las leyes que dominaban el desarrollo del sistema capitalista hacían nugatoria la libertad política consagrada por la ley. La ganancia era la meta principal de la economía capitalista. Y la ley de la oferta y la demanda regían el sistema, y naturalmente, las condiciones de trabajo, y de ahí que los patronos impusieran el salario que mejor expresaba sus propias conveniencias. En estas circunstancias proliferaron los grandes abusos del capitalismo: el trabajo se prolongaba hasta las horas de la noche; los salarios, en vez de aumentar, disminuían ante la abundancia de la mano de obra; las mujeres y los niños se veían obligados a trabajar para contribuir al sostenimiento de la familia; y el trabajo se llevaba a cabo en las condiciones más insalubres y antihigiénicas, porque los patronos no se ocupaban de otra cosa que del mayor rendimiento de sus empresas. No en balde, uno de los principios del sistema era alcanzar el máximo de las ganancias con el mínimo de gastos.

El concepto de la libertad individual, sin sustento económico, dio lugar al desarrollo de un capitalismo egoísta, sin ningún criterio social. Los progresos alcanzados por la Revolución Francesa al destruir los privilegios nobiliarios, son reemplazados por una nueva diferenciación social determinada por la desigualdad económica. La teoría de las clases sociales, ha dejado de ser, en sociología y en política, un concepto exclusivo del marxismo para incorporarse al venero común de la ciencia. Al respecto es oportuno citar el autorizado concepto de Spengler, quien la consagra en las siguientes palabras: “gran error es creer que pueda existir un derecho en general, flotando por decirlo así, sobre las cosas independientemente de los intereses políticos y económicos...” Todo derecho encierra, en forma reducida, la imagen de su creador, y toda imagen histórica contiene una tendencia político – económica que no depende de tales o cuales ideas técnicas, sino de la voluntad práctica de la clase que tiene en sus manos el poder ejecutivo, y por lo tanto, que crea el derecho” (36).

Estas palabras coinciden en el fondo con las de Von Ihering en su clásica obra “La lucha por el derecho”, cuando comenta el fenómeno de la formación de un nuevo derecho: “Llega el caso frecuente de que una modificación no puede operarse más que hiriendo o lesionando profundamente derechos existentes o intereses privados; porque los intereses de miles de individuos o de clases enteras, están de tal modo identificados con el derecho en el curso de los tiempos, que no es posible modificar aquél sin sentirlo vivamente tales intereses” (37).

De modo que las provisiones generosas de los autores clásicos sobre la virtud del Código Civil tenían que derrumbarse estrepitosamente ante el impacto de los nuevos hechos sociales. Ellos imaginaron que la ley consagrada tutelaría todos los intereses y sería la salvaguardia de la persona humana integral. Pero los hechos económicos se encargaron de desmentir su optimista visión doctrinaria. El dinamismo de esos hechos demostró que la libertad política y civil acordada a los individuos se prestaba para el imperio de un régimen de opresión y miseria, que favorecía a la burguesía triunfante y que sumía en la peor injusticia a los trabajadores y a los débiles económicamente. Es que la libertad se entendía en esa concepción de un modo abstracto y metafísico, y por eso se le identificaba con el mero arbitrio, sin que se preocupara la doctrina por fijarle un carácter racional a ese concepto, y sin que ella tuviera en cuenta tampoco su incidencia en los procesos sociales.

Se comprende que un régimen económico y político de esta naturaleza estimulara el surgimiento de los monopolios. La libre ocurrencia de todos los intereses hizo posible el desarrollo de los trust y cartels, que dominaban el sistema económico, y en lo jurídico imponían en los contratos su propia voluntad por el derecho de la fuerza. Y así fue explicable que se concentrara también la propiedad, y que la pequeña fuera suprimida o no alcanzara importancia o categoría ante el auge de la gran propiedad. Este fenómeno de la imposición de la voluntad de las grandes corporaciones en el régimen contractual, hasta tal punto que ellas dictaban su ley a los

trabajadores, dio origen a la teoría de los contratos de adhesión formulada por Saleilles.

Esta situación social fue la que le hizo exclamar a Cosentini: “Cómo puede llamarse libre al que se encuentra económicamente en una posición de inferioridad y de subordinación al que obligado por la necesidad, debe aceptar las condiciones que el más fuerte le impone; al que se halla en una horrible alternativa de aceptar esas condiciones onerosas o de morir de hambre o emigrar” (38).

Es que la libertad y la igualdad que consagraba el Código Civil tenían un carácter puramente formal, no consideraban en lo más mínimo las realidades de la vida social. Por eso ella sirvió, en forma muy eficaz, al desarrollo del sistema social capitalista. Como dice Ripert, era una igualdad de condición jurídica, pero no una igualdad de fuerza. Y por ello quien triunfaba en la lucha de intereses era siempre el patrón, el propietario, el acreedor.

De ahí que las grandes transformaciones económicas a que se ha aludido, se reflejarán directamente en la organización política y jurídica. Duguit observa cómo el sistema jurídico rígido y metafísico que había construido la Revolución no guardaba armonía con estas transformaciones económicas, y analiza cómo la economía doméstica es sustituida por la economía nacional, además de que la interdependencia social ha aumentado extraordinariamente a consecuencia de los descubrimientos científicos y los progresos industriales. Pero quizá es más denso el juicio de R. Savatier, quien en su obra “*Les metamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d’aujourd’hui*”, se expresa así: “El individuo contratante con otro individuo, tal es la óptica del Código Civil; la óptica actual es la producción colectiva, y por vía de consecuencia, la distribución colectiva”. (39)

A los factores económicos se añade la presencia de los trabajadores o proletarios organizados, que expresan su protesta por las injusticias de su condición social, y que la traducen en un vasto y poderoso movimiento sindical, por medio del cual exigen todas y cada una de sus reivindicaciones gremiales. El atomismo individualista y

anarquizante de los primeros tiempos es sustituido por las poderosas organizaciones sindicales, que integran las reivindicaciones de los obreros en forma coherente, y que imponen, con la fuerza de su unión, las conquistas sociales que después han de concretarse en una nueva rama del derecho: el derecho laboral. A su vez, los patronos se organizan también en asociaciones para defender sus intereses amenazados. Entonces es cuando surge el Estado para moderar con su intervención la lucha entre las dos clases sociales. Las Escuelas Intervencionistas que surgen en el siglo XIX tienen una afiliación democrática. Ellas aspiran a que el Estado intervenga en la vida económica, para que dejando de lado el caduco pensamiento de los autores clásicos, imponga el primado de los intereses colectivos frente a los intereses particulares. Este fenómeno es apuntado por Marshall, citado por Cabanellas: “Las Escuelas intervencionistas quieren que el Estado, representante del interés social, proteja por medio de una política adecuada en materia de precios y salarios, a las clases sociales perjudicadas con la libre distribución de la riqueza y defienda, por medio de una legislación protectora, los intereses de la economía nacional, perjudicados por la acción de otras economías nacionales” (40)

De ahí que dentro del propio campo del Individualismo se produjera una evolución ideológica, como reflejo de todas estas transformaciones económicas, políticas y sociales. Surgió entonces el individualismo democrático, como lo llama el profesor L. Dikoff, de la Universidad de Sofía, que actuó en el papel de crítico de la concepción clásica del Derecho y procuró a todo trance corregir sus excesos. El individualismo democrático rechaza la construcción doctrinaria ortodoxa de la Escuela Clásica, y lucha por introducir en las legislaciones, importantes reformas de progreso social, claro que sin rebasar su propio lindero ideológico.

La crítica de la concepción jurídica de la Escuela Clásica alcanzó gran resonancia en el Derecho Francés. Recordamos que Edmon Picard califica duramente a “ese Código de Burgueses, que no respeta la igualdad civil y que, para asegurar la desigualdad social, ese Código de propietarios no se ocupa sino de la riqueza adquirida

y no del trabajo que la crea”. Duguit, por su parte, observa que la transformación del Derecho Privado se caracteriza por la sustitución constante y progresiva de un sistema jurídico de orden realista y socialista a un sistema de orden metafísico e individualista.

La escuela del Individualismo Democrático rechaza las exageraciones de la Escuela Clásica, su mística voluntarista, su culto fervoroso del Principio de la Autonomía de la Voluntad, su criterio acerca del papel omnímodo y soberano que desempeñaba en el Derecho la noción contractual. Según esta concepción, el individuo, en el contrato social, no se reserva derechos naturales e inalienables, sino que se los transmite al Estado formado por él. El Estado, entonces, le concede al individuo determinada forma de libertad, dentro de ciertos límites. En esta esfera jurídica asignada por el Estado al individuo, para que ejercite su libertad, la voluntad individual puede crear el derecho. Y dice el profesor Dikoff }en su breve análisis sobre el concepto contractual del individualismo democrático: “Desde este punto de vista, el contrato no puede estar al mismo nivel de la ley. Él se presenta por el contrario como un instrumento jurídico creado por la ley para la reglamentación de las relaciones de derecho privado, dentro de los límites fijados por la ley. El contrato no crea derecho objetivo, sino solamente relaciones jurídicas de las cuales provienen derechos subjetivos, y estos últimos son reconocidos por el derecho objetivo”. (L. Dikoff, “La evolución de la noción de contrato”) (41).

Esta doctrina representa una superación del pensamiento individualista clásico y cumplió una altísima misión al reevaluar muchas de sus nociones y reelaborarlas, teniendo en cuenta los intereses generales y colectivos. El individualismo democrático bien pronto se impuso en la doctrina científica, fenómeno que se expresó en las formas legislativas que tuvieron casi siempre por causa la prédica de sus autores, aunque claro está que la causa mediata y fundamental fue la transformación económica y social a que nos hemos referido.

De modo que para el individualismo democrático, el acto jurídico presupone la existencia de la ley, que es la que le otorga su validez y le fija limitaciones a su imperio. El papel de la voluntad en el acto jurídico, y por consiguiente en el contrato, no es ya omnímodo ni representa la causa inicial de su existencia. Como muy bien lo dice Marco Aurelio Risolia, la fuerza creadora de la voluntad se funda en una disposición de ley, en un mandato que el derecho objetivo confiere y se realiza por “la voluntad”. De esta última, por ser voluntad psicológica, no fluye el efecto jurídico. Sin derecho objetivo no hay efecto jurídico alguno. Solo él inviste al hombre del poder de determinarlos, mediante un acto de voluntad” (42).

También sobre el aspecto de la fuerza obligatoria del acto jurídico o del contrato, esta doctrina tiene sus propias ideas: esa fuerza obligatoria, dicen los expositores, no tiene su origen en la voluntad, por ser voluntad, sino en la voluntad jurídica, que es aquella a la cual el Derecho le asigna la calidad del efecto jurídico, en razón del fin social que persigue como instrumento del orden constituido por el Derecho en la sociedad. De modo que la voluntad, que es fundamento de las relaciones jurídicas privadas, no es la voluntad autónoma y de naturaleza psicológica a que se referían los autores clásicos, sino aquella a la que se refiere Von Ihering en “El fin en el Derecho”: “querer jurídicamente es querer con un fin social”.

Este criterio avanzado, y que representa un progreso dentro del sistema, se dedicó entonces a hacer lo que era tan desagradable para la Escuela Clásica: estudiar y desarrollar las nociones jurídicas que en los Códigos individualistas representaban una tendencia social, protectora de los intereses generales y de la colectividad. Es sabido que los clásicos pasaron por encima de estos textos con gran indiferencia. Por el contrario, los tratadistas de esta Escuela analizaron y desarrollaron el sentido de las nociones de buenas costumbres, orden público, ilicitud del objeto y el fin, causa ilícita, nulidades, vicios del consentimiento, cláusulas prohibitivas, etc. procurando siempre tutelar los aspectos sociales tan olvidados por los expositores del Derecho Clásico.

Se explica, que la doctrina de estos autores no sobrepasaba tampoco los límites de sus convicciones individualistas. Ellos continuaban fieles a la filosofía general del sistema, aunque corrigieron en parte fundamental sus excesos. Para estos autores, la voluntad mantenía su principal importancia en el sistema jurídico. El acto jurídico, el contrato, son instituciones que no se explican sin la existencia de una voluntad y de un orden legal que les atribuya a sus manifestaciones un indispensable efecto jurídico.

2.8 EL PROGRESO DOCTRINARIO DEL INDIVIDUALISMO EN EL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN

Este movimiento doctrinal que venimos analizando se concreta por muchos aspectos en la Teoría de la Declaración de la Voluntad, consagrada en el Código Civil alemán de 1900, y cuya importancia ha llevado a los autores a oponer, principalmente en el estudio del papel de la voluntad en el contrato, una concepción alemana a la que se reflejó en el Derecho Francés, y que hemos estudiado suficientemente. Se habla entonces de que la concepción francesa representa un “psicologismo”, que tiene en cuenta ante todo a la voluntad interna, subjetiva, que refleja la voluntad psicológica real, y que la concepción alemana, por el contrario, traduce un “sociologismo”, que toma en cuenta, particularmente, la declaración de la voluntad, la voluntad exteriorizada, con el objeto de procurar la seguridad de las relaciones jurídicas y ejercer la tutela de los intereses sociales.

En efecto, el Código Civil alemán representa una auténtica racionalización del individualismo jurídico, pues ya en él aparecen reflejadas las doctrinas sociales y tendencias democráticas que habían ejercido una fecunda crítica de los postulados filosóficos y jurídicos del Derecho Clásico Francés. Así, por ejemplo, el Principio de la Autonomía de la Voluntad aparece rechazado en la forma en que se entendió por la ortodoxia individualista, y por el contrario, se establece muy claramente el primado de la ley, que es la única que les otorga fuerza obligatoria a las convenciones privadas. Esto no quiere decir que el Código Civil alemán no pertenezca al sistema

individualista, pues los principios esenciales sobre los que se basa, son los mismos que encontraron su consagración en el Derecho Francés, y que en lo que hace al Derecho de los Contratos son: la igualdad de todos ante la ley, la propiedad privada, la libertad contractual; pero lo que se ha querido destacar es que hay un enfoque más avanzado y progresista de la razón de ser de las instituciones, una tendencia a tener en cuenta el sentido social propio de la vida de relación, y cuyo desconocimiento precipitó a la caducidad al sistema jurídico construido por la Escuela Clásica.

Francisco Cosentini cita a Salcilles en las siguientes palabras, en la exégesis que este último hiciera de la transcendencia del B.B.B.: “Salcilles hace admirablemente entrever la significación filosófica y jurídica del nuevo Código Civil Alemán en materia de declaración de la voluntad. Este Código se opone, según él, a la teoría antisocial y antihistórica de la autonomía de la voluntad privada, según la cual todos los derechos subjetivos en lo concerniente a los individuos, existen anteriormente a la ley y derivan de la voluntad inicial del individuo, y por consiguiente de una creación libre por su parte. El Código Alemán consagra, es cierto, el Principio de la autonomía de la voluntad, el de la libertad de los convenios y apela a menudo a la voluntad de los interesados...”; pero en absoluto no llega a abatir la ley ante el dogma de la autonomía de la voluntad: cada efecto jurídico atribuido a las creaciones libres de la voluntad no tiene valor sino en virtud de la ley; es una disposición legal implícita que se aplica a través de las disposiciones privadas” (Cosentini, obra citada) (43)

El art. 133 del B.C.B. determina el papel de la voluntad en el negocio jurídico al decir que ella es la “voluntad real”, con lo cual se rechaza la consideración de la voluntad interna o psicológica para atender exclusivamente a la voluntad exteriorizada, tal como aparece en la declaración, y que es la voluntad que predomina en los usos sociales. Así la voluntad personal, como lo dice el profesor Valencia Zea, se conjuga con la voluntad social preponderante en el comercio, es decir, con el modo genérico de querer de las personas medianamente instruidas y diligentes.

La voluntad está penetrada en esta teoría de un sentido objetivo, que se refleja en la tendencia de atenerse a los criterios que predominan en el comercio social, y todo con el objeto de perseguir la seguridad de los derechos y la tutela de las conveniencias colectivas. Esto se traduce muy bien en el sistema de la interpretación de la ley: a diferencia de lo establecido por la concepción francesa, en la que el juez debe buscar “la común intención de los contratantes”, la voluntad interna o subjetiva que se expresa en la relación jurídica, la doctrina alemana de la declaración de la voluntad señala que el juez, al interpretar un negocio jurídico, debe inquirir “menos la solución realmente deseada por las partes, que la solución que, con relación a las disposiciones legales, responde mejor a la manifestación contractual de las partes: nos encontramos, por consiguiente, ante una voluntad presunta. Esto sentado, la mayor parte de las reglas del Código Alemán, aún desligadas de un carácter imperativo absoluto, no persiguen respetar la voluntad verdadera de las partes, sino hacer predominar la voluntad de la ley; dan a los convenios privados las consecuencias legales que parecen más conformes a los fines de la ley, es decir, a las exigencias de la equidad y de la justicia social” (Cosentini, ob. cit) (44).

Por eso Andreas Von Thur dice “en el negocio jurídico, tipo de los actos jurídicos ilícitos, el elemento esencial del *factum* correspondiente es la manifestación de la voluntad del individuo, dirigida a un efecto jurídico (creación, modificación, o extinción de una relación jurídica o de un derecho)”. Y agrega luego: “El efecto de todo negocio jurídico, así como de todo *factum* de derecho privado, tiene por objeto una relación jurídica concreta; el negocio jurídico crea o modifica derechos subjetivos, no crea o modifica el derecho objetivo”. (Von Thur, Derecho Civil) (45).

Naturalmente este sistema de la Declaración de la Voluntad atribuye al juez un papel principalísimo y determinante en guarda de los intereses generales y sociales. Es un poder discrecional de mucha eficacia que, por una parte, aplica el principio de la buena fe cuando las voluntades se han expresado deficientemente y que, por otra, llega hasta suplir la voluntad de la ley cuando la situación

jurídica no está prevista por ella. Así, por ejemplo, entre los grandes poderes discrecionales que se le conceden al juez, hay que recordar que él puede determinar cuándo se puede plantear un problema de abuso de derecho, o cuándo un acto jurídico es contrario a las buenas costumbres, noción cuya definición jurídica se le atribuye a su capacidad de interpretación, de acuerdo con las directivas generales que presiden el sistema de Derecho, una de las innovaciones más importantes del Derecho Alemán, y que es una aplicación avanzada de la noción de las buenas costumbres, es la teoría de los negocios usurarios, que estudiaremos en su debida oportunidad.

Es que, como lo dice el doctor Valencia Zea, mientras el Código de Napoleón tuvo en cuenta, en forma preponderante, el aspecto individualista de cada norma de Derecho Privado, el Código Civil alemán supo relieves en las instituciones civiles ambos aspectos: el individual y el social. (Valencia Zea, Derecho Civil) (46). Indudablemente esta es una dualidad cuya existencia no puede desconocerse sin consecuencia en el campo de la doctrina científica, y, principalmente, en el de la organización política y civil de los hombres.

CAPÍTULO III

CRISIS O TRANSFORMACIÓN DEL CONCEPTO CONTRACTUAL.

DOS POSICIONES ANTE EL PROBLEMA

3.1 LA CRISIS DEL CONTRATO CLÁSICO.

El tema de la crisis del contrato no es nuevo en la literatura jurídica. Desde principios de siglo existe una abundante bibliografía al respecto, pues los autores individualistas no tardaron en hacer oír sus protestas ante los nuevos hechos sociales que surgían en forma avasalladora, y que, lógicamente, imponían una transformación en las instituciones jurídicas que no los habían previsto. Era tal la mística individualista que dominaba a ciertos autores, que llegaron hasta condenar esos hechos, como si se pudiera desconocer, a menos de situarse en una actitud filosófica precaria e intransigente, que está en la esencia del Derecho un dinamismo incoercible, destinado

a producir incesantemente transformaciones en las instituciones, de acuerdo con la respectiva evolución que se haya producido en la sociedad.

Nos haríamos interminables si tratáramos de citar los ilustres expositores que han examinado esta cuestión, y por eso apenas fijamos las posiciones fundamentales que se han adoptado en su estudio, por ser ello indispensable en este trabajo para expresar la orientación que acogemos en nuestras conclusiones, después de una serena meditación al respecto.

Una corriente del pensamiento jurídico, la tradicionalista, la que prolonga la doctrina de la Escuela Clásica en nuestros días, está muy bien resumida en la obra del argentino Marco Aurelio Risolia “Soberanía y crisis del contrato”. Esta posición vincula el concepto de contrato al sistema político y jurídico individualista, y a la vigencia de sus postulados fundamentales: la igualdad formal de los individuos, la propiedad privada, el Principio de la Autonomía de la Voluntad, o de la libertad jurídica, y un tipo de Estado liberal que garantiza el libre desenvolvimiento de la voluntad privada, y apenas interviene en la vida social por vía de excepción. De ahí que diga Risolia para bosquejar la crisis del contrato: “Comprometida su estructura por la eliminación o inanición de su elemento sustancial: la voluntad autónoma; menoscabada su fuerza obligatoria por la intervención creciente del Estado; diluido su valor ético por un régimen de violación que se estimula sin coto, como podrá sostenerse, acudiendo a la proliferación cuantitativa y cualitativa de las relaciones jurídicas ajustadas en esos términos, que la categoría del contrato no está en crisis” (47)

Pero, como ya dijimos anteriormente, Risolia no hace otra cosa que resumir el pensamiento clásico individualista. No se puede vincular una institución como la del contrato a un sistema jurídico, so pena de desvirtuarla o recortarle su estructura y sentido. Risolia no mira hacia adelante, sino hacia atrás, y prefiere rezagarse en el camino de la investigación jurídica, y quedarse cómodamente en una de las estaciones de este vasto y moviente proceso científico y

social. Es lamentable que ello ocurra porque su obra es un ensayo en que campean la seriedad mental y un criterio académico responsable. En verdad, la realidad social misma está dando el mentís a los lúgubres vaticinios de los autores individualistas, quienes a finales del siglo pasado y a principios del presente le extendieron partida de defunción, en la vida jurídica, a los contratos. Y todo, porque ellos se encasillaban en la noción tradicional, y no podían concebir un tipo de contrato que se apartara del trazado en sus artículos por el Código de Napoleón. Pero la verdad es que, a pesar de esas amenazas de muerte, el contrato subsiste, el concepto de contrato se desarrolla y crece, y cada vez más la institución comprende, en su radio de acción, fenómenos más complejos y amplios.

Es evidente que, como tendremos ocasión de determinarlo en esta investigación, el concepto de contrato individualista, formulado por la Escuela Clásica, está en quiebra total, y esto desde hace ya algún tiempo. De modo que la crisis se refiere al tipo de contrato civilista o individualista, que alcanzó tanta soberanía en el Derecho Civil, en el siglo pasado.

Pero, por otro lado, el mundo moderno es testigo de un auge inusitado del contrato, como reflejo del superdesarrollo experimentado por el régimen capitalista. La evolución industrial ha utilizado el instrumento del contrato, en proporciones máximas, si se tiene en cuenta que él es indispensable para la circulación de las riquezas y que la función económica que cumple es principalísima en el sistema. Y en el régimen socialista, dentro de las condiciones peculiares de este estilo de vida, también se le asigna al contrato un lugar importante, como instrumento de las relaciones jurídicas privadas, y aún de las relaciones jurídicas públicas, y de acuerdo con el principio supremo de la tutela de las necesidades sociales. Naturalmente, la ideología marxista le niega al contrato toda posibilidad de supervivencia, porque él ha de desaparecer con la destrucción del Estado y el Derecho, meta final trazada por los fundadores de esa filosofía. Pero como estas previsiones solo tendrán efecto cuando se instaure el comunismo total, y actualmente se está viviendo una fase transitoria, que prepara el advenimiento de la

sociedad sin clases, ni leyes, ni Estado, en la etapa propiamente socialista, que es la que rige actualmente en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, el contrato cumple una función importante, como reflejo de una sociedad en que existe un Derecho y un Estado determinados. La naturaleza de ese contrato, y sus rasgos característicos, serán objeto de un mayor estudio en su oportunidad. Por ahora, son suficientes estas notas para reafirmar el criterio que hemos expuesto sobre la crisis o la transformación del concepto de contrato. En verdad, se escapan a la índole de un estudio de esta clase, las previsiones sobre el porvenir, y las pretensiones adivinatorias, por lo que es lógico y natural que nos valgamos, como objetos de examen intelectual, solo de las realidades que se han perfilado en la vida social y no de las esperanzas doctrinarias ínsitas en las filosofías políticas.

La posición que afirma la supervivencia del contrato, y que lo concibe, no como una institución estática, ajena a la evolución económica y social, sino como un concepto cambiante y flexible, que refleja el dinamismo de los procesos sociales, tiene la alta paternidad del eminente jurista francés L. Josserand. Josserand es un jurista que estuvo atento a las pulsaciones de la vida moderna, y por eso sus construcciones doctrinarias estuvieron impregnadas de las tesis sociales. No fue él el tipo de jurista que se aísla del mundo en la torre de marfil de los conceptos calcados de la filosofía tradicional, sino el Maestro que domina el pensamiento del pasado pero que conoce la caducidad que lo caracteriza, y está vigilante de las nuevas rutas que se avizoran en los días por venir.

Josserand refuta, en frases plenas de suprema elegancia estilística, los conceptos de los publicistas franceses que, como Hauridu, niegan el carácter contractual de los contratos de adhesión o de los contratos colectivos, y que le atribuyen más bien un carácter reglamentario o desarrollan para fundamentarlos una construcción nueva: el concepto de institución. A este respecto, dice Josserand, que los publicistas, al negar el carácter contractual a esos fenómenos, porque el consentimiento aparece como la adhesión de una parte a las condiciones del contrato presentadas por la otra, demuestran

que tienen una idea arcaica y bien estrecha del contrato; que ellos están creyendo todavía que el concepto contractual es el del Derecho romano, sin darse cuenta que éste ha evolucionado “en un sentido siempre más comprensivo y liberal”. La ley no exige en ninguna parte, añade Jossierand, que la conclusión de los contratos sea preparada por una libre discusión en la cual las partes intervengan con armas iguales; ella se contenta con un consentimiento exento de vicios. Así, pues, el contrato moderno “es un acto jurídico plurilateral tendiente a crear o a modificar obligaciones, sin distinguir la duración de estas últimas, ni que se establezca entre las partes una situación permanente”. Termina diciendo el ilustre Decano de la facultad de Derecho de Lyons, que el punto de vista de los publicistas proviene de que han confundido los contratos con sus efectos, y, han tomado el pretexto de la importancia y la duración de éstos, para discutir la existencia de aquellos, pero que como el contrato no es sino una función de las relaciones económicas y sociales, su concepto se desenvuelve y enriquece actualmente; que si él sufre una crisis, es una crisis de crecimiento que demuestra su vitalidad y que “debe comportar como resultado la desromanización del contrato y su adaptación al mundo económico y social del siglo XX” (Jossierand, “L’essor moderne du concept contractual”) (48).

Las ideas de Jossierand mantienen su vigencia en el terreno doctrinario y corresponden a una posición intelectual que no cierra los ojos ante la realidad de la vida social, sino que trata de interpretarla adecuadamente, sin los prejuicios tradicionales y sin recurrir a convicciones fundadas en abstracciones filosóficas a las que se les confiere un valor eterno y permanente. Se olvidan así, con gran ingenuidad, las leyes que presiden el surgimiento, desarrollo y transformación de todos los hechos históricos.

Es que, en el fondo de la gran evolución jurídica que se ha operado en la noción de contrato, existe una fundamental transformación económica, política y social. Es que las tesis del Individualismo sufren una revaluación extraordinaria, a partir de los años finales del siglo pasado, que se agudiza en el presente hasta el punto de que son francamente desalojadas por un nuevo

criterio de la vida y del mundo. En el campo del Derecho, que es el que nos interesa en esta investigación, es indudable que las tesis socialistas se han impuesto, en forma incontrovertible, y desde los más diversos puntos de vista. La verdad histórica innegable es que ha habido un poderoso movimiento de socialización del Derecho, que ha tenido como abanderados inclusive a grandes profesores y tratadistas de ideas liberales, como León Duguit, y que ha ejercido una crítica severa y formidable a los postulados individualistas que encontraron su consagración en la Revolución Francesa. Por eso no hay que sorprenderse de que, así como monsieur Jourdain hablaba prosa sin saberlo, muchos autores individualistas de nuestros días, tengan su pensamiento impregnado de las ideas socialistas, también sin saberlo.

Este fenómeno, que solo examinaremos aquí sumariamente, por cuanto su completa dilucidación exigiría estudios especiales, se manifiesta en varios aspectos: El Estado ha evolucionado sustancialmente, porque ya no es el gendarme que sirve de equilibrio entre las diversas libertades individuales, sino el instrumento eficaz que protege las necesidades sociales y que interviene activamente en la vida económica, para asegurar la libertad y la igualdad de todos los asociados por medio de una determinada dirección económica que impone obligatoriamente; la ley ocupa muchas veces el lugar del contrato, porque cada día desciende a reglamentar con más detalle las conductas privadas, con lo cual deja de ser la norma general, abstracta e impersonal definida por los antiguos juristas, para convertirse en una especie de reglamento; la propiedad privada pierde los atributos con que se distinguió el Derecho romano para pasar a ser un derecho relativo que solo se justifica en tanto que cumple con una función social y cuyo ejercicio solo se permite en la medida en que no perjudique las supremas necesidades de la comunidad; y, en fin, todos los actos y aspectos de la vida están penetrados ahora de un sentido social, que niega toda virtud al estilo de vida fundado sobre los ideales del individualismo.

Toda esta evolución política y social se refleja en el derecho privado, y especialmente en la noción de contrato. Las

transformaciones económicas y el factor ideológico de una clase trabajadora disciplinada en los sindicatos, en la expresión coherente de sus derechos y aspiraciones, se traducen en grandes movimientos jurídicos que, con su fuerza invasora, llegan hasta los códigos civiles para romperles su estructura rígidamente individualista. Las reformas de tipo democrático y progresista se instalan sobre las viejas ruinas doctrinarias del Derecho Clásico, en una tentativa por interpretar los fundamentos sociales de la vida moderna. El contrato de arrendamiento de servicios es extraído del sitio subalterno en que lo tenía colocado la legislación tradicional, y entra a formar la base de una nueva rama del Derecho que ha conocido un crecimiento excepcional, y que encierra en su contenido todo lo que se refiere al trabajo humano: el Derecho Laboral. Y el Derecho entra entonces, libre de las amarras que significaban los principios tradicionales, a reglamentar una gama de nuevas figuras jurídicas surgidas en el seno de las nuevas realidades económicas y sociales.

3.2 LOS FACTORES ECONÓMICOS Y SOCIALES. SINDICALISMO. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO

Precisamos aún más las causas de la gran transformación que se ha operado en el concepto contractual, en el Derecho Moderno. Creemos que esas causas podrían reducirse a dos aspectos: los factores económicos, políticos y sociales, por una parte, y, por la otra, factores específicamente jurídicos, tributarios de los primeros, y que han incidido profundamente, también, en la evolución de la técnica contractual.

Los factores políticos y económicos, los examinamos anteriormente: Indudablemente las tesis del Individualismo se encuentran en crisis, mientras que las tesis socialistas penetran en todos los aspectos de la vida social. El desarrollo económico de los países capitalistas ha alcanzado su plenitud: los países subdesarrollados, como se les llama ahora a aquellos que no han conocido las formas plenas de la vida industrial y su economía y cultura correspondientes, saltan etapas en la línea de su evolución social; y los países del mundo socialista también marchan rápidamente hacia notables conquistas

de progreso. Josserand, analizando el derecho de las democracias occidentales, apunta cómo “hoy día adquiere un mayor relieve el punto de vista social...”. El derecho de los contratos, como todos los derechos, se socializa, consulta cada vez más el interés público. La libertad deja de ser “el principio regulador de los contratos”, y un régimen de reglamentación, de proteccionismo, se ha venido a instalar sobre las ruinas de un sistema de libre cambio, que no puede responder a las necesidades e ideales de una comunidad que se hace cada vez más cordial. Esta evolución está ordenada económicamente por la acumulación de capitales y la concentración de las empresas, gracias a las cuales no son ya las mismas partes contratantes”. Por eso en esta época del capitalismo superdesarrollado, el contrato es un contrato de adhesión. Es que no puede haber consentimiento libre en un contrato entre las grandes corporaciones capitalistas y el humilde trabajador. En estas condiciones desaparece todo vestigio de autonomía de la voluntad y solo puede advertirse la sujeción de la voluntad más débil a la más fuerte. De ahí que Josserand termine su análisis diciendo que “a la igualdad teórica rota por los hechos era necesario sustituir una igualdad efectiva, estableciendo una política de reglamentación y de intervencionismo. El orden público económico ha podido la transformación del orden jurídico contractual”. (Josserand, “Apercu generale des tendances actuelles de la theoría des contrats”) (40).

Paralelamente, y como reflejo de la influencia de los factores económicos y políticos, se opera también una transformación en la técnica del contrato. El contrato clásico fue concebido a imagen y semejanza del individuo, que era la base esencial de todo el sistema jurídico. El contrato moderno está hecho a imagen y semejanza de las colectividades que lo utilizan actualmente, y cuya importancia es primordial en la vida social contemporánea. En verdad, el prodigioso avance industrial, la universalización del mundo, los sistemas de transportes que vinculan hoy a todos los continentes, y los inventos modernos que han hecho más compleja y más rica la vida de relación, se han reflejado en la teoría contractual en fenómenos nuevos, que implican una singular evolución. Mencionemos, por ahora, cómo el

consentimiento se expresa por adhesión, en una gama de contratos muy numerosa, y que han surgido y se desenvuelven con fuerza incontrastable, las formas colectivas de contratación.

Examinemos más a espacio la influencia de los factores anotados.

Creemos que es oportuno analizar, en la influencia proyectada del concepto contractual por factores económicos y políticos, el papel cumplido por un factor ideológico, cuyo origen reside en ellos mismos. Un jurista de la categoría de Savatier lo tiene en cuenta en los estudios que le dedicó a esta cuestión. Se trata de la solidaridad establecida entre los trabajadores o proletarios, en la defensa de sus derechos y reivindicaciones, en la lucha entablada por ellos contra poderosos intereses que pretendían defender el estado social injusto, cimentado sobre los postulados jurídicos de la Revolución Francesa, y que consagraba la más inicua explotación de los débiles económicamente.

La consideración de estas cuestiones nos parece indispensable, porque un análisis que las pasara por alto carecería de objetividad histórica. La llamada “cuestión social”, cuyo estudio se impone en la política y en la economía de nuestro tiempo, es parte fundamental de todos estos acontecimientos históricos. Recordemos que Ferdinand Tonnies la define de esta manera: “Entendemos por cuestión social el complejo de problemas que derivan de la cooperación y convivencia de clases, estratos y estamentos sociales distintos, que forman una misma sociedad, pero que están separados por hábitos de vida y por ideología y visión del mundo”. Esas clases establecen entre sí pugnas de intereses, y el hecho histórico es que, a partir de la evolución industrial, las diferencias entre las clases se hicieron más agudas.

Maurice Dobb examina, en una obra muy divulgada, el fenómeno en lo que hace relación al concepto de la libertad que se expresa en el terreno de los contratos, en la siguiente forma: “Las limitaciones de la elección, es verdad, no son ya, como antaño, de carácter legal: son económicas, y como tales, tan efectivas como las obligaciones legales

a las que han sustituido. Esas limitaciones, dentro del capitalismo moderno, consistentes en que el trabajador es un miembro de una clase social que nada posee, hecho que disminuye su libertad de elección y lo confina a los medios de ganarse la vida que no requieren la posesión de la tierra o del capital, o incluso en la mayoría de los casos, una educación o un adiestramiento considerable. En otras palabras, su elección se halla limitada, por regla general, y salvo el caso de unos cuantos personajes afortunados, a alquilar el trabajo de sus manos por un salario”... Y más adelante agrega: “De ahí que el trabajador, a causa de su menor libertad económica, -su elección más circunscrita-, dependa del capitalista en un grado mayor y en un sentido más importante del que el capitalista depende de él, hecho que claramente tendrá una influencia fundamental en el contrato de trabajo que entrambos se celebre” (50).

Esta etapa de grave crisis, y los abusos en que incurrió el capitalismo en el siglo pasado, tales como el de obligar a trabajar 12 y 15 horas diarias, sin distinciones de sexo o de edad, han sido suficientemente historiados. Así la lucha de clases entre patronos y obreros alcanzó una aspereza desconocida a fines del siglo XIX, y llegó a tales extremos el conflicto social que fue necesario un cambio fundamental en las funciones del Estado, paralelo naturalmente con la importante evolución a la que se ha aludido en varias ocasiones. En realidad, al principio, el Estado, fiel a las concepciones individualistas, adoptaba una actitud completamente pasiva en la vida económica. El sistema funcionaba de acuerdo con la ley de la oferta y la demanda, la que, en lo relacionado con el régimen contractual, convertía al trabajo en una mercancía, con un precio en el mercado. Por eso los trabajadores empezaron a luchar contra esta ley de la oferta y la demanda, en ella, contra todo el régimen político y jurídico que la sustentaba. La resistencia patronal fue proporcional a los grandes intereses que defendía el sistema capitalista. Y entonces se produjeron las huelgas, que eran consideradas como atentados al orden público, pero que fueron, en manos de los trabajadores, un arma de defensa de clase. El conflicto planteado en estas condiciones, se agudizó en sus límites extremos, hasta que se hizo necesaria la intervención

del Estado en orden a buscar soluciones a los problemas sociales. El Estado deja ya su actitud pasiva y estática, que tantos conflictos sociales permitiera surgir, para intervenir en casos que hasta ese momento habían sido del dominio de la voluntad privada. De este modo, la doctrina advirtió la libertad que dejaba en manos de unos pocos particulares, no de todos como se afirmaba, el gobierno de la economía, generaba grandes desigualdades e injusticias. Fue así como el Estado llegó a intervenir en la vida económica y social, por medio de leyes protectoras del trabajo y de los débiles, que consultaban las aspiraciones de justicia social y que transformaron, en forma sustancial, muchos conceptos jurídicos, al dar nacimiento a un Derecho Nuevo, que se apartó desde los primeros días de los postulados tradicionales consagrados en el Derecho Civil. De este modo, a la libertad formal establecida por el Código de Napoleón sucede un nuevo concepto de libertad que se sustenta en una igualdad social y efectiva, y que, en lo que hace al contrato de trabajo, termina con el imperio de la ley de la oferta y la demanda, y proclama que el trabajo no es una mercancía sino uno de los deberes fundamentales del hombre, y, aún más, la base principal de la convivencia. Pero esta evolución, que al principio fue tímida, alcanza al prepotente y amplio intervencionismo de Estado de los días actuales, porque fue indispensable, también, poner límites a las reacciones patronales que perseguían la defensa desesperada de sus grandes intereses. Por eso se llegó a la conclusión de que era indispensable controlar la lucha “cuerpo a cuerpo” entre los capitalistas y los trabajadores, que se expresaban en el lockout y en la huelga, y de ahí que se les diera una reglamentación legal a esos fenómenos, al mismo tiempo que el Estado asumía, en grado más extenso e intenso, sus funciones sociales. Todo este proceso culminó en las formas colectivas de contratación, por medio de las cuales las asociaciones de trabajadores y las patronales determinan las condiciones del trabajo, y, en esta forma, establecen una especie de ley que rige las relaciones laborales. Al contrato de individuo a individuo sucede el contrato de colectividad a colectividad. Todo

un mundo jurídico nuevo surge a la consideración de la doctrina por obra de este gran proceso económico y social.

3.3 INTERVENCIONISMO Y ECONOMÍA DIRIGIDA. EVOLUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO: SU DEMOCRATIZACIÓN

Como es natural, este proceso histórico provocó una evolución paralela en el campo político, en la estructura y la misión del Estado. El liberalismo clásico apenas le asignaba al Estado un papel casi estático; actualmente la teoría liberal o neoliberal, como la llaman algunos autores, le atribuye un papel dinámico y activo en la vida política y social de la nación. Y todas las clases, y casi todas las ideologías, recurren a él en demanda de su intervención en la economía. La verdad es que hoy, hasta en los países de más definida orientación liberal, el Estado interviene en gran medida en la vida de la comunidad. Y con su intervención, sustituye la iniciativa individual para imponer el primado de los intereses colectivos. Esta evolución tan fundamental llega a un punto en que hay un acuerdo unánime sobre la necesidad y las ventajas del intervencionismo. La bandera de la libertad económica y de la libre concurrencia de todos los intereses, defendida por el individualismo clásico, es arriada definitivamente del campo económico. Así, mientras al principio, los capitalistas reaccionaron contra la intervención del Estado en favor de los trabajadores por medio de leyes protectoras, después, fueron ellos mismos los que solicitaron que interviniera aún más, porque la ley de la oferta y la demanda no tutelaban en grado suficiente sus intereses en la competencia entre las diversas economías nacionales.

El intervencionismo de Estado culmina en lo que actualmente se llama Economía Dirigida, que aparece así como una especie de intervencionismo, pero más profundo y coordinado, pues le imprime una determinada dirección a todas las fuerzas económicas del país. Por medio de la economía dirigida se quebranta la ley de la oferta y la demanda, columna vertebral del individualismo liberal, y se asegura, en esa forma, el primado de los intereses sociales frente a los particulares y de los intereses nacionales frente a los internacionales.

La definición de Bellan recoge, en forma muy sintética, estas características: “La economía dirigida es el arreglo de los términos económicos de un país por la voluntad impuesta por el Estado a las distintas clases del agregado social, por vía de la reglamentación de la actividad económica en el orden de la producción, del consumo o del intercambio internacional” (51).

El instrumento esencial de la economía dirigida son los planes, por medio de los cuales las fuerzas económicas se sujetan a un tratamiento sistemático, con el objeto de garantizar el predominio de los intereses sociales. De ahí que se haya afirmado por los doctrinantes que el intervencionismo de Estado contiene una mezcla de elementos tomados del individualismo y el socialismo, y que la evolución en ese sentido se desplaza actualmente hacia el socialismo. Por ejemplo, M. Lhomme, citado por Ripert en su obra “Aspects juridiques du capitalisme moderne” dice que “la dirección económica asegura una paradójica reconciliación entre las tendencias del capitalismo y las del socialismo” (52).

En otro sentido, los marxistas, al hablar de las formas intervencionistas existentes en los países capitalistas, o que están en el área del sistema, afirman que ellas no hacen otra cosa que consolidar el régimen, y que la actividad del Estado tiene por fin ponerse al servicio de los intereses del capitalismo. No dejan de reconocer que las conquistas sociales contenidas en las leyes laborales son obra de este nuevo concepto del Estado, pero todo el mérito se lo atribuyen a la defensa que, de sus intereses, ha hecho el proletariado en una lucha secular. Pero a este respecto hay que establecer que pueden existir varias clases de intervencionismo, según sea la tendencia política predominante en el gobierno; según esté instalado en el Estado un partido conservador o uno liberal o progresista. Indudablemente el proceso democrático que se ha cumplido desde finales del siglo pasado, y que se ha acentuado en el presente, paralelamente a la evolución industrial y a la formación de un proletariado poderoso y consciente de sus intereses políticos y sociales, ha tenido por consecuencia que, cada vez más, el Estado responda a las aspiraciones de la mayoría. Las masas han hecho

su irrupción en la vida pública, e influyen y tratan de controlar el aparato del Estado. El instrumento de que ellas se han valido ha sido el sufragio universal. Por medio de ese sufragio, las masas han impuesto una tendencia en los parlamentos, órganos esenciales del régimen democrático. Así, por medio de leyes protectoras del trabajo, un intervencionismo de inconfundible filiación democrática ha puesto en derrota definitiva las antiguas concepciones clásicas del individualismo. Ripert, en su famoso libro, anteriormente citado, y Savatier han dilucidado admirablemente este fenómeno. Citemos a Savatier, tan conciso y elegante en sus afirmaciones: “Porque estos antiguos débiles son el número; y en una democracia es el número el que manda a condición de tener conciencia”. (53)

3.4 EL INTERVENCIONISMO DE ESTADO EN COLOMBIA. INTERVENCIONISMO Y CONTRATOS

La reforma constitucional de 1936 consagró en la organización política colombiana las tesis del intervencionismo de Estado. A un estatuto de neta fisonomía liberal se le introdujeron normas sustanciales, que dieron entrada en la Constitución a las nuevas tendencias sociales, y la actualizaron de acuerdo con las necesidades de la vida moderna. No es parte de este estudio hacer un análisis profundo de estas materias, pero sí creemos adecuado hacer algunas observaciones, para demostrar cómo el proceso económico y social que hemos estado examinando se ha reflejado en el país, y cómo existen en nuestro Derecho instrumentos suficientes para captar las grandes evoluciones jurídicas de la hora presente.

El inspirador intelectual de la mencionada reforma constitucional fue el eminente jurista francés, León Duguit. Para Duguit, el hombre no tiene derechos y la colectividad tampoco. Todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que cumplir, una cierta tarea que ejecutar. Esta función social está determinada por la situación de hecho que ocupa en la colectividad, y ella constituye el fundamento de la regla de derecho que se impone a todos, grandes y pequeños, gobernantes y gobernados. Además, la solidaridad por la división del trabajo es el elemento fundamental de la cohesión social en nuestras

modernas naciones civilizadas. El hombre no tiene derechos sino el deber de cumplir con su función social, y todos los actos que realiza para cumplir este fin son protegidos y garantizados por el orden público. (Véase León Duguit, *Las transformaciones generales del derecho público*) (54).

Las normas constitucionales que se refieren a la función de las autoridades, al agregar a la noción tradicional que ellas también están instituidas para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares; la que se refiere a la propiedad privada, al definirla como una función social que implica obligaciones; la que alude al trabajo para decir que es una obligación social y que gozará de la especial protección del Estado, son significativas pruebas de la manera como se incorporaron a la ley fundamental las grandes tendencias sociales de nuestros tiempos.

En lo que se relaciona, precisamente, con el Intervencionismo de Estado, que ha anulado completamente la libertad económica propia del Individualismo, está el texto concreto del art. 32 de la Constitución Nacional, que se aplica generosamente en la legislación colombiana, y del cual pueden extraerse muchas consecuencias doctrinarias: “El Estado puede intervenir por mandato de la ley 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”.

Es una realidad indiscutible, pues, que el Estado colombiano es un Estado Intervencionista. Basta hacer enumeraciones al respecto. Por ejemplo, el comercio internacional del país está completamente bajo su control. La vida financiera la dirige por medio del Banco de la República. Y además, interviene en la vida económica por medio de empresas oficializadas o semioficializadas: la Caja de Crédito Agrario, la Superintendencia Bancaria, la Superintendencia de Sociedades Anónimas, etc. En esta forma lleva su intervención al régimen contractual porque controla los precios y penetra con sus reglamentaciones en las distintas actividades del comercio y de

los transportes. Esto, fuera de las leyes en que se ha expresado su defensa de los intereses sociales, como la ley 200 de 1936 y la ley 100 de 1944, y, lo que es más importante, fuera de la avanzada y progresista legislación laboral que rige las relaciones entre los patronos y los trabajadores colombianos.

El objeto de este análisis que hemos hecho hasta aquí, y que ha apelado frecuentemente a nociones de Economía Política, es el de demostrar cómo el proceso económico y social se refleja en el concepto contractual. Se ha tratado de hacer un estudio sistemático, que examina la causa de los fenómenos, y cuyo análisis no parte de afirmaciones dogmáticas. Así, es muy fácil afirmar que, como el contrato es un instrumento de las relaciones económicas y sociales, su estructura y su sentido sufren las consecuencias del nuevo concepto de la economía dirigida, y que, desde cuando el Estado se vio obligado a intervenir en la vida económica, tuvo que intervenir también en el régimen jurídico de los contratos. Es una consecuencia necesaria que aparece muy bien descrita en este concepto de Alessandri: “Si los contratos son los instrumentos jurídicos de que el hombre se vale para que las riquezas circulen y se distribuyan, para obtener que éstas vayan del productor al consumidor, del que las tiene y produce al que las necesita o carece de ellas, no puede dirigirse la economía sino dirigiendo las relaciones contractuales. Solo así pueden lograrse las finalidades económicas que persigue el Estado” (55). Así nace el contrato dirigido, cuya naturaleza y rasgos específicos estudiaremos en forma especial, y cuya reglamentación legal destruye los antiguos postulados en que se basaba el contrato clásico.

3.5 LA EVOLUCIÓN TÉCNICA DEL CONTRATO. LAS OPINIONES DE RISOLIA Y SAVATIER. LA INSTITUCIÓN, LA EMPRESA Y EL PLAN

Ya advertimos anteriormente cómo la técnica contractual se ha modificado en forma muy notable. Hay en verdad una diferencia abismal entre la técnica que caracterizó al contrato clásico, y la que hoy domina en las relaciones contractuales. El contrato tradicional era libremente debatido, y el acuerdo de voluntades no se producía sino después de largas y trabajosas discusiones en que las partes

trataban de conseguir la mejor ventaja para sus intereses. Hoy la realidad es otra. Los factores económicos, políticos y sociales obligan a la simplificación de los actos contractuales, el consentimiento se presta por adhesión y han proliferado formas colectivas de contratación que antes eran completamente desconocidas. En este sentido, la voluntad privada aparece cada vez más restringida, porque, en la mayoría de las ocasiones, las condiciones del contrato son establecidas por una de las partes, quien la presenta a la otra que no tiene más remedio que aceptar el estatuto o prescindir de las ventajas casi siempre indispensables que pretende adquirir por medio del acto. Naturalmente esta modificación de la técnica contractual presenta muchos y muy interesantes aspectos; la agitada vida moderna impone en casi todos los casos la prerredacción de las condiciones del contrato, por lo cual se habla por los autores de la “desindividualización” o “impersonalización” de la “institución”, fenómeno que se nota aún más en los contratos entre ausentes y en los contratos de adhesión celebrados por los individuos con las grandes corporaciones económicas o las empresas que prestan los servicios públicos, así estén bajo el dominio o la administración de los particulares.

Otra de las características a que se refieren los autores es la del carácter reglamentario del contrato moderno. Indudablemente es muy interesante el contraste que se establece al respecto: mientras la ley desciende cada vez más a los detalles, con pérdida de sus condiciones antiguas de generalidad, impersonalidad, y abstracción, el contrato asciende a un papel de instrumento impersonal y general, que reglamenta los conflictos de intereses entre los individuos y los grupos.

Esta evolución del contrato moderno llega a derivar hacia el formalismo como una protección a los intereses generales y a los derechos de la sociedad; aunque no es el tipo de rígido formalismo que predominó en el antiguo Derecho romano. Por último, en este interesante proceso, la ley llega hasta el extremo de fijar el contrato – tipo, en el cual señala las cláusulas obligatorias y las cláusulas prohibidas por razón de orden público. Nacen así numerosos

contratos en que la voluntad de la ley sustituye a la de los contratantes. Por una parte, surge el contrato que autoriza la ley, si se ajusta a los requisitos legales, como el contrato de sociedades anónimas; y por la otra, el contrato reglamentado, en el cual casi todos los elementos del contrato, o por lo menos, los más importantes, son fijados por la ley, como es el caso del contrato de trabajo.

Risolía, citando en mucha parte una obra utilísima de Salle de la Marnierre, *L'évolution technique du contract et ses consequences juridiques*, resume esta materia en los siguientes fenómenos: “1º. La simplificación de su formación; 2º. El consentimiento expresado por adhesión; 3º. El desarrollo de las formas colectivas; 4º. El incremento del contrato entre ausentes; 5º. La disociación y mayor autonomía de la oferta y la aceptación, ajustada una y otra a nuevas modalidades; 6º. La prerredacción del estatuto; 7º. El carácter reglamentario de éste, traducido en fórmulas muy completas que sustituyen a la deliberación individual un articulado preciso, fruto de una consideración más amplia y difundida; 8º. En fin, la aparición de nuevas especies o el trastorno de otras ya conocidas, mudadas, del carácter gratuito al oneroso” (56).

A este mismo tema René Savatier dedica varias páginas de la obra que hemos citado anteriormente. Él reduce la evolución de la técnica contractual a dos fenómenos característicos del derecho moderno; la colectivización y el surgimiento y desarrollo de la institución. El primer fenómeno no nos interesa, por haber sido examinado, y ser objeto de consideraciones en otro lugar de este ensayo. Pero el segundo sí es preciso examinarlo, porque Savatier le asigna mucha importancia, y con él los grandes publicistas franceses. También hemos adelantado el concepto de Josserand sobre este asunto, que acogemos integralmente. Pero vale la pena analizar las opiniones de muy eminentes juristas, que tan estrechamente se vinculan a nuestro tema. Savatier opone el concepto de institución al de contrato individual; la institución tiene la gran ventaja de su estabilidad, lo que la hace el instrumento más apropiado de un régimen jurídico que pretende coordinar las actividades económicas por medio de planes. A este respecto Savatier cita el caso de la empresa, institución

tan fundamental en el régimen económico actual, y que para él es fruto de la intervención del Estado y de las necesidades sociales de nuestra época. Recuerda el eminente jurista cómo el Derecho Clásico se refirió al contrato de empresa solamente como un contrato de arrendamiento de obra, y que la reglamentación que se encuentra en el Código Civil no le confiere ninguna importancia a esa figura. Por el contrario, en la actualidad, la empresa es un organismo jurídico hipertrofiado, que ha cumplido una evolución prodigiosa, que va desde el contrato modesto de los primeros tiempos hasta la sociedad por acciones, y luego a las empresas de servicio público que finalmente son nacionalizadas por el Estado. En esta evolución tienen su lugar las empresas concedidas, y lo que se ha dado en llamar empresas mixtas, en las cuales el Estado es el principal accionista y, en muchas ocasiones, controla eficazmente la administración de sus negocios.

Y ¿cuál es la definición de la institución? Sobre este punto Savatier acoge la definición de Renard, quien descompone el concepto de institución en los siguientes elementos característicos: La institución es durable mientras el contrato es instantáneo; la institución es un consorcio, con lo cual se alude a su carácter colectivo; la ley de la institución es la jerarquía, mientras que la del contrato es la igualdad; finalmente, la institución es flexible, mientras que el contrato es inmutable. Ahora bien, esta evolución técnica se prolonga aún más, pues la tendencia es la de agrupar las diferentes instituciones y coordinarlas, llegando a hacerlas más productivas al integrarlas a un plan económico y social.

Las conclusiones de Savatier reconocen la gran tendencia socializante que domina actualmente en el mundo jurídico, y que se ha reflejado en forma tan firme en el régimen contractual. Por eso el ilustre jurista termina sus reflexiones con estas palabras que no requieren ningún comentario: “La evolución actual del derecho patrimonial tiende, en gran parte, hacia la socialización de los contratos. Pero cuando el contrato llega a ser una institución, este movimiento se extiende y se manifiesta de manera más imperiosa” (57).

3.6 LA CRISIS DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL Y DEL PRINCIPIO DE LA FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO. EL DIRIGISMO CONTRACTUAL. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

En el orden sistemático de este estudio es preciso examinar ahora cómo se ha traducido la transformación o crisis económica y social en la estructura del contrato, y, especialmente en los dos principios que lo caracterizaron en el Derecho Clásico, el de la libertad contractual y el de la fuerza obligatoria del vínculo jurídico.

Ya apuntamos, en su lugar, cómo la generalidad de los autores dilucida el problema de la formación y los efectos del contrato, y cómo concluyen todos que la igualdad es de su esencia. La ley del contrato es la de la igualdad, y ésta se explica dentro del sistema individualista porque todos los hombres son iguales ante la ley y gozan de una voluntad autónoma, en virtud de la cual pueden contraer las obligaciones que a bien tengan. Los autores clásicos hablaban de que existía una equivalencia de las voluntades, y que por ello era preciso garantizar lo que ellas determinaran en sus compromisos contractuales.

Pero ya hemos examinado con bastante latitud cómo esta concepción era falsa, y no respondía ni responde a las diarias comprobaciones de la vida social. La desigualdad económica efectiva, agudizada con el desarrollo del sistema capitalista hasta los límites extremos, puso en crisis, en auténtica crisis, esta artificiosa dogmática. Toda la gama de los contratos modernos niega la vigencia de esta libertad contractual. El contrato celebrado entre los individuos y las grandes corporaciones económicas es un contrato de adhesión. También en el comercio de los grandes almacenes de consumo prolifera este contrato, bajo la figura del “precio fijo”. En las droguerías existe el recurso de los “precios de catálogo”, y así en los diversos aspectos de la vida económica. El particular, el consumidor, se encuentra bajo el imperativo de comprar así siempre, porque la necesidad lo obliga y las posibilidades de encontrar mejor oferta se reducen al mínimo.

Esa libertad contractual del Derecho Clásico es hoy un espejismo. En los contratos de trabajo, en los de transporte y seguros, en casi todas las ramas del comercio moderno, ella no rige desde hace mucho tiempo. Y no rige, ya por la influencia de leyes económicas ineludibles, ya por la intervención del Estado que, en cumplimiento de sus funciones sociales, ha entrado a dirigir las relaciones contractuales, y las ha sometido a regulaciones de orden público.

El orden normativo del Derecho Individual y Colectivo del Trabajo es la máxima prueba, ya no de la crisis, sino de la ausencia del concepto de la vieja libertad contractual en el Derecho moderno. En la ley colombiana, ese orden ha llegado a un nivel de sumo progreso y, realmente, las relaciones del trabajo nacional se encuentran reguladas por un estatuto que corresponde a las más actuales y avanzadas necesidades sociales. La tendencia que se destaca en este aspecto es siempre la de ir adelante y no hacia atrás, en la reglamentación de esas relaciones, cosa que no ocurre en otros campos del Derecho y de la vida nacional.

El papel que han cumplido la doctrina y la jurisprudencia en este movimiento ha sido muy trascendental y dinámico. Las nulidades se han multiplicado para destruir, en muchos casos, el acuerdo de voluntades que los individualistas miran como intocable, y con el objeto de tutelar los intereses generales. También han adquirido un gran desarrollo las teorías de la causa, del enriquecimiento sin causa, de la lesión y del abuso de los derechos, todas ellas acogidas y aplicadas por la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

También el principio de la fuerza obligatoria del contrato, tan celosamente defendido por los autores clásicos, se encuentra en quiebra por razón de la transformación económica y social de nuestro tiempo. Esa fuerza obligatoria tuvo un máximo valor para los individualistas, quienes restringieron cualquier posibilidad de que el compromiso, una vez perfeccionado, pudiera ser objeto del menor desconocimiento. Todos los principios restrictivos de la autonomía de la voluntad fueron reducidos hasta el mínimo, y la doctrina de la Escuela no se preocupó por darles desarrollo. La palabra empeñada,

expresión de la voluntad libre y autónoma, vinculaba a los hombres eficazmente, y comprometía sus conciencias por obra de la propia regla moral.

En sociedades poco desarrolladas, estos principios pueden mantener su vigencia. Inclusive, en algunos aspectos de la vida, ellos predominan todavía. Pero en la mayor parte del comercio jurídico también hace mucho tiempo que fueron desalojados por la fuerza avasalladora de los nuevos hechos sociales.

El régimen de la economía dirigida ha dado lugar, “por vía de consecuencia”, a lo que Jossierand ha calificado como “el dirigismo contractual”. El contrato clásico, producto del individualismo jurídico y de la economía libre, es reemplazado ahora por “el contrato dirigido”, producto de la socialización del Derecho y de la economía dirigida que dominan en el mundo contemporáneo.

Este dirigismo contractual afecta particularmente el principio de la fuerza obligatoria del contrato. Los poderes públicos revisan los efectos del contrato, y, en muchas ocasiones, anulan las obligaciones que él contiene, además de que les atribuyen amplias facultades a las interpretaciones de los jueces, que éstos aplican con generoso criterio. El contrato moderno se transforma así, aún en los países a los cuales no se puede discutir el liberalismo de sus instituciones jurídicas, en un “contrato dirigido”, y esto desde que nace hasta que termina su existencia. En estos países sigue en vigencia el principio de la libertad de las convenciones, pero como lo observa Jossierand, este principio es limitado cada vez más por la influencia de las necesidades sociales, por la obra de una “superlegalidad” o de “los principios constitucionales del comercio jurídico”. El mismo autor distingue en el fenómeno un dirigismo legislativo y un dirigismo jurisprudencial, según el desconocimiento de la fuerza obligatoria del contrato, sea el resultado de la intervención del legislador o de la interpretación de los tribunales judiciales.

En el aspecto legislativo es indudable que la ley ha acudido a proteger los derechos de los débiles económicamente, como en el contrato de trabajo, o a favorecer a los deudores. Este movimiento

comenzó en épocas de crisis económica, y se agudizó en tiempos de guerra. De este modo, la ley consagró en muchas ocasiones los llamados “términos de gracia”, las moratorias, y aún la modificación de las prestaciones a cargo de las partes, etc. Y en el aspecto del dirigismo jurisprudencial, el derecho acepta que el juez restituya a un acto jurídico disimulado su verdadero carácter; que controle la moralidad del contrato por medio de la teoría del abuso de los derechos; que revise el compromiso contractual con motivo del desequilibrio provocado en él por acontecimientos imprevistos, y aplique entonces la teoría de la imprevisión; y que, aún, amplíe el contenido de las obligaciones contractuales, y haga surgir algunas que las partes no habían acordado, como es el caso de la obligación de seguridad en el contrato de transporte.

Este dirigismo contractual provoca al principio las más grandes protestas del pensamiento individualista. Se dice que consagra la crisis de la confianza y más latamente la crisis del Derecho y de la Moral. Hay algo de verdad en estas protestas, pero ellas no alcanzan a medir la profundidad que tienen estos fenómenos sociales. Lo importante es no protestar por una realidad que se impone tozudamente en la vida jurídica y política, sino buscar las soluciones fecundas que la encaucen hacia términos de justicia y equidad. Esto es lo que hace el ilustre Josserand, quien no se apresura, como hacen tantos otros, a pronunciar palabras de condena absoluta, sino que señala las exageraciones en que puede incurrir el sistema, pero acepta como inevitable sus desarrollos y consecuencias. Por eso dice que es preciso impedir la destrucción de la seguridad jurídica con una legislación que propicie, en forma exagerada, la desorganización y la anarquía contractuales; pero que, por otro lado, es natural que “los poderes públicos se preocupen de organizar el contrato, fenómeno social y no exclusivamente individual; sobre todo es deseable que el juez y el legislador se esfuercen en proteger al más débil contra el más fuerte, y en asegurar, con medidas preventivas o represivas, el equilibrio de la operación (prohibición de cláusulas leoninas; prevención o represión de la lesión). Y después agrega para terminar:

“Organización y socialización con contrato, sí; desorganización y anarquía contractual, no” (58).

El dirigismo contractual también se ha expresado en la amplitud y categoría alcanzadas por la interpretación judicial, que se vincula tan estrechamente a la crisis del principio de la fuerza obligatoria de los contratos. Mientras que el Derecho Clásico reducía excesivamente el papel de juez, temeroso de que en su interpretación se consagrara la arbitrariedad, las tendencias sociales predominantes en la actualidad le señalan una función de primera importancia, como contralor de la moralidad del contrato y de la protección de los intereses colectivos. Antes, pues, al juez solo le competía hacer cumplir el convenio libremente pactado por las partes, y el instrumento de la nulidad de que él podía disponer, para destruir la expresión de la voluntad individual, estaba reducido a límites precisos, representados en las nociones de orden público, buenas costumbres e incapacidad. Ahora el papel del juez es muy diferente: la interpretación de los contratos se hace de acuerdo con las necesidades sociales; se atiende más a la voluntad declarada, para proteger la buena fe y los intereses generales, que a la presunta voluntad interna o subjetiva de que hablaron los individualistas; y, en esta orientación de tutelar ante todo las conveniencias de la colectividad, se le ha dado un gran desarrollo doctrinario a las teorías de la imprevisión, de la lesión, de la causa, del enriquecimiento sin causa, y aún en algunas doctrinas se ha debilitado el principio de la irretroactividad de las leyes, esencial base del sistema jurídico tradicional, y que en forma tan significativa reconoce la aptitud de los individuos para tratar sus propios asuntos, en la esfera de la voluntad privada.

A la teoría de la Imprevisión se le han dedicado abundantes y eruditos estudios especiales, y por ello la bibliografía respectiva es bastante extensa. Se comprende que su mención en este trabajo no puede tener otro carácter que el ejemplificativo, por la circunstancia anotada. Por eso le analizamos brevemente, como tantos otros temas de este ensayo que merecerían por su importancia un largo estudio especializado. Esta teoría reconoce al juez la facultad de revisar el compromiso contractual en el caso de que sobrevengan

circunstancias imprevisibles o imprevistas, ajenas a la voluntad de las partes, que dificulten el cumplimiento de las obligaciones, convirtiéndolas en excesivamente onerosas, y en tal forma que rompan el equilibrio contractual. De esta noción se desprende la consecuencia lógica de que la teoría no puede aplicarse sino en los contratos de ejecución sucesiva y en los contratos a término.

Esta teoría, que favorece tan extraordinariamente la posición de los deudores, encontró un terreno propicio para su desarrollo en las emergencias de la guerra de 1914, aunque, como lo observan casi todos los autores, su origen doctrinario se encuentra en las opiniones de los canonistas y los postglosadores de la Edad Media, quienes para combatir la usura le confirieron efectos jurídicos al principio *rebus sic stantibus*, el cual se consideraba incorporado tácitamente a los contratos y quiere decir que “las partes no han pretendido mantener el contrato sino cuando las circunstancias no cambian”.

Esta teoría llegó al Derecho Privado por el camino del Derecho Público. El Consejo de Estado de Francia la consagró, por primera vez, a propósito del cumplimiento de un contrato de servicio público en el célebre caso planteado entre la ciudad de Burdeos y la compañía que suministraba el gas a esa población. La doctrina empezó entonces a estudiar la teoría, aun cuando los tribunales franceses la han rechazado en muchas ocasiones. Sin embargo, ya en algunos códigos europeos, como el italiano, se encuentra consagrada la teoría legislativamente.

En Colombia, la Corte Suprema de Justicia ha acogido la aplicación de la teoría de la Imprevisión en sentencia de la Sala Plena, de fecha 25 de febrero de 1937, al pronunciarse sobre una demanda de inconstitucionalidad de las leyes de deudas. Esa sentencia fue reafirmada por fallo proferido el 23 de mayo de 1938, aunque se niega que la teoría pueda fundarse en el artículo 1.602 del Código Civil. A esta última sentencia pertenecen los siguientes apartes: “Pero sea cualquiera el efecto que se le asigne a la teoría, la imprevisión tiene que formularse en instancia, probarse y

debatirse ampliamente. Consistiendo en un remedio de aplicación extraordinaria, débese establecer con creces que las nuevas circunstancias exceden en mucho las previsiones que racionalmente podían hacerse al tiempo de contratar, y que esos acontecimientos son de tal carácter y gravedad, que hacen intolerable la carga de la obligación para una de las partes, amén de injusta y desorbitante ante las nuevas circunstancias”. “A todo lo cual cabe añadirse, como observación final, que según lo dijo esta misma Corte en Casación de 29 de octubre de 1936, la teoría de la Imprevisión “no puede aplicarse sino a los contratos en ejecución, pero no a los ya cumplidos, porque entonces el acto jurídico ya no existe, de suerte que por más que pudiera aplicársela no se podía llegar a la revisión del contrato por ministerio de la justicia, puesto que la teoría solo se inspira en el equilibrio contractual” (G. J. No. 1963, p. 545).

Sobre el fundamento de la teoría de la Imprevisión existe una vasta e interminable discusión doctrinal: los vicios del consentimiento, el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho, la lesión, son figuras a las que recurren los autores para desarrollar el tema. En Derecho Civil colombiano, el eminente profesor Antonio Rocha expresa su opinión sobre el fundamento legal, en las siguientes palabras: “Relacionada con la acción y puesta muy al día por la más poderosa doctrina del derecho y con la interpretación de los contratos, que han de serlo, y ejecutarse de buena fe, según los artículos 1602 y 1603, existe la llamada teoría de la imprevisión, que en nuestro derecho positivo tiene amplia cabida en aquellos dos artículos del Código Civil, y además en los artículos 5 y 6 de la ley 153 de 1887” (59).

Esos artículos, así como el artículo 32 del Código Civil, atribuyen a la equidad natural un papel director muy importante en la Interpretación de la ley. En este aspecto ha correspondido a la jurisprudencia una misión trascendental, al consagrar en nuestro Derecho la vigencia de las modernas teorías, libre de las amarras que representaban las orientaciones tradicionales. De este modo se ha actualizado el espíritu de las instituciones jurídicas nacionales.

La consagración de la teoría de la Imprevisión en el Derecho Colombiano es una significativa demostración de la transformación que en él ha sufrido el principio de la fuerza obligatoria del contrato, como reflejo de la evolución jurídica y social que hemos examinado.

3.7 CONCEPCIONES MODERNAS DEL ORDEN PÚBLICO Y DE LAS BUENAS COSTUMBRES. EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO

En su lugar examinamos, con la debida atención, las nociones de orden público y buenas costumbres, como límites máximos al imperio de la libertad contractual, y describimos, especialmente, el criterio que adoptó el Individualismo jurídico respecto de estas restricciones al libre juego de las voluntades privadas. De modo que ahora solo queremos señalar las transformaciones que se destacan en la doctrina moderna, en cuanto a la aplicación de esas nociones, y como consecuencia de la evolución jurídica que se ha operado en el concepto del Estado y del Derecho.

Ambas nociones han variado sustancialmente en el Derecho Moderno, y el campo de aplicación que se les asigna es muy extenso e importante. El concepto moderno del orden público es muy flexible; es indiscutible que él varía y se transforma de acuerdo con la evolución política y jurídica, y ante las exigencias superiores de la necesidad social.

Así, mientras los clásicos proclamaron que la noción de orden público tenía un carácter excepcional, porque apenas se fundaba en la protección de aquellas normas que establecían un equilibrio entre las diversas libertades individuales, que esa noción solo se expresaba por medio de una ley y que era inmutable, las tesis modernas afirman que el orden público es un concepto superior que impregna todo el sistema jurídico, que limita las voluntades individuales, y que por ello rige indiferentemente a toda formulación en una ley expresa; no es inmutable sino que varía profundamente en el tiempo y de acuerdo con los factores económicos y sociales predominantes.

Estas ideas son las que caracterizan a las tesis sociales, pero, como ya lo hemos dicho anteriormente, ellas penetran en las

mismas doctrinas individualistas, y de ahí que la influencia de estas tendencias sociales haya alcanzado el triunfo hoy día, tanto en las legislaciones como en la doctrina de casi todos los países.

Este desarrollo de la noción del orden público le atribuye un papel muy importante y eficaz a la interpretación judicial. Los poderes con que se dota al juez son extensísimos y, por medio de ellos, él controla no solo la validez de los contratos, que deben respetar la ordenación superior del sistema jurídico y social, sino que, en su tarea interpretativa, adapta las previsiones de la ley a las necesidades particulares del momento. Las tesis sociales, en este punto, revalúan y desechan el antiguo principio liberal de la división de los poderes públicos, y proclaman el de la unidad de esos poderes. Según esta tesis, la ley es la obra del legislador, que representa la voluntad del pueblo, y que es el único depositario de su soberanía. El poder judicial, cuyo origen está en el legislativo, no es un poder independiente y autónomo, y no tiene otra misión que interpretar la ley que tutela todas las necesidades sociales, e inspirarse en la orientación ínsita en ella para adaptarla a los casos particulares.

La interpretación judicial, en los tiempos modernos, ha adquirido una categoría verdaderamente notable, apoyada en el inmenso desenvolvimiento doctrinario de los principios generales del derecho. Así, la variabilidad de la noción de orden público se ha reflejado en las funciones judiciales, y ha dado nacimiento a grandes construcciones jurisprudenciales, que reflejan directamente las transformaciones económicas y sociales de la actualidad.

Observamos que la evolución del Estado y de la estructura económica de la sociedad se traduce directamente en la variabilidad del concepto de orden público. Es algo de una absoluta evidencia, porque al decir de Julliot de la Morandière, “como el orden público encuentra su base en la ley, es decir, en una cierta concepción de los órganos soberanos que gozan del poder de mando en nombre de estas necesidades sociales, las convenciones han sido, según la

estructura general del Estado, consideradas o no como contrarias al orden público” (60).

En verdad los juristas clásicos no podían prever los grandes cambios de la época contemporánea; por eso, ellos le dieron a la noción de orden público un carácter eminentemente político, que convenía a su tiempo. En lo que hacía a la esfera privada de los individuos, consideraron que ellos podían manejar completamente sus asuntos, validos de la libertad contractual, que era la expresión más exacta del Principio de la Autonomía de la Voluntad.

Pero hoy las cosas han cambiado, como hemos tenido ocasión de demostrarlo. Como dice Ripert, el Estado ha tenido que reglamentar obligatoriamente las relaciones económicas, porque la máxima prueba de la realidad social comprobó que “la libertad no conviene sino a los fuertes”. Y por ello la noción de orden público se ha penetrado de un sentido económico. El Estado tiene la necesidad de mantener el orden económico. De ahí la noción tenga que ser tan cambiante. Es que si la convención privada no puede ajustar en sus modalidades los intereses particulares, el legislador ensaya preverlo todo, entonces la ley deja de ser la regla abstracta y permanente que decían los publicistas, para convertirse en reglamento detallado y temporario. Y, en definitiva, en lo que hace al contrato, “(...) hay una substitución del legislador a las partes para reglar las obligaciones contractuales”, y “la voluntad no tiene otra fuerza que la sumisión al régimen legal” (Ripert, “El orden económico y la libertad contractual”) (61).

Esto explica, pues, que haya surgido al lado de la noción de orden público político, otra que ha adquirido y adquiere cada vez más notable importancia: la del orden público económico. Esta noción aparece vinculada al fenómeno de la intervención del Estado en las relaciones económicas de la nación, que fue consagrada por la Constitución Nacional en el artículo 32 y que en un sentido general establece el artículo 30, al decir que “cuando de aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos particulares con la necesidad reconocida

por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social”. De modo que las leyes que consagran la intervención del Estado en la vida económica pertenecen al orden público y, por lo tanto, son inderogables por los convenios particulares.

Las aplicaciones en Derecho Colombiano de la noción de orden público son innumerables. No es oportuno citar en este trabajo, por vía de ejemplo, sino aquellas que se refieran a las relaciones contractuales. Así, verbigracia, los contratos de trabajo se gobiernan por leyes de orden público; en ellos no rige el concepto de la libertad contractual. Las disposiciones que consagran la libertad de sindicalización y demás garantías que protegen el trabajo colombiano, como las que se refieran a las cesantías, seguros de vida, indemnizaciones por accidentes de trabajo o enfermedad, auxilios de maternidad, vacaciones, no pueden renunciarse. En general las prestaciones sociales establecidas por el Código Sustantivo del Trabajo no pueden disminuirse en ningún caso, y solo es posible modificarlas en un sentido favorable para el trabajador (a. 13 del Código Sustantivo del Trabajo).

Otros ejemplos importantes de leyes de orden público en Derecho Colombiano son las que reglamentan el sistema monetario y el comercio internacional de la República; y, además, una ley especial que se refiere a los contratos de arrendamiento o aparcería sobre fincas raíces, la ley 100 de 1944, en la cual la libertad contractual es limitada por disposiciones de orden público económico. Fuera de esto existe una plétora de leyes, decretos y resoluciones por medio de los cuales también se restringe la voluntad de los particulares, en virtud de una intervención profunda en sus relaciones económicas, como las disposiciones relacionadas con el control de los precios de los artículos de primera necesidad y la congelación de los arrendamientos urbanos.

También en su debido lugar examinamos la noción de las buenas costumbres y la concepción individualista sobre este tema. Observamos allí las dificultades de una definición de las buenas costumbres, y por eso las advertencias hechas anteriormente valen

también para el breve análisis que haremos a continuación. Sin duda existe una íntima vinculación entre buenas costumbres y el orden público; basta apuntar que el régimen jurídico que las cobija es común, y que por ello el contrato que ataque tanto al orden público, como las buenas costumbres, es nulo de nulidad absoluta.

Esas relaciones entre el orden público y las buenas costumbres son precisadas con mucha exactitud por Julliot de la Morandière, en las siguientes palabras: “Hay ciertas reglas de la moral que se integran en el sistema jurídico, y a esto es justamente a lo que corresponde la noción de buenas costumbres”. (...) “Las buenas costumbres son reglas morales, integradas en nuestro sistema jurídico del orden público, porque son consideradas como indispensables a él. Es lo que explica que sean sometidas al mismo sistema jurídico que el conjunto de reglas de orden público” (62).

Esto no quiere decir que el concepto de buenas costumbres se limite por su formulación en un texto legal, cuestión que analizamos con detalle en la primera parte de esta tesis. El de buenas costumbres también es un concepto superior que impregna todo el sistema jurídico, que limita la manifestación de las voluntades privadas, que asegura el primado de la regla moral en la vida jurídica, y esto sin que sea indispensable su consagración en determinada ley. La noción de buenas costumbres representa la máxima garantía de los intereses de la sociedad, que puede así controlar la inmoralidad de los contratos y anularlos en caso de que contraríen aquellos principios que están en la base de la convivencia social. El Juez tiene que desempeñar también aquí, un papel protagonista. A su interpretación se deja la misión de determinar cuándo un contrato ataca las buenas costumbres que dominan en la existencia social. Y recordemos también que, como las buenas costumbres aparecen integradas en la noción de causa ilícita, se hace más auténtico el decir de Planiol, quien afirma que cuando se trata de apreciar la validez de los actos jurídicos, la inmoralidad resulta asimilada a la legalidad (63).

El juez no debe determinar el sentido de las buenas costumbres con un criterio arbitrario o apoyándose en sus concepciones subjetivas; es preciso que él tenga en cuenta, como criterio director, la conducta de las gentes de conciencia recta y honrada, para fijar esa noción. Y además, es obvio que los fines inmorales que persiguen las partes deben aparecer en el mismo contenido del contrato, para que puedan ser tenidos en cuenta por el juzgador. Los motivos unilaterales o que no han determinado el objeto del contrato, no pueden tener virtud suficiente para declarar la nulidad de un contrato, por contrario a las buenas costumbres.

En la primera parte de este ensayo describimos la eficacia con que se ha aplicado en nuestro derecho la noción de buenas costumbres, ya como principio superior que cobija el orden jurídico, ya como parte integrante del concepto de causa ilícita, en lo que hace a la teoría del contrato. Por eso ahora nos limitamos a señalar como ejemplos de contratos inmorales, por atacar las buenas costumbres, los siguientes: los que tienen por objeto no ejercer la acción de divorcio o separación de cuerpos a cambio de una suma de dinero; los que buscan limitar las libertades fundamentales de la persona humana; los que limitan excesivamente la libertad industrial y de comercio; los que tienen por objeto el establecimiento, adquisición o explotación de una casa de prostitución; los que se relacionan con el establecimiento de una casa de juego y los que consisten en no participar en una subasta pública, a cambio de una suma de dinero (pacto de non licitando). (A este respecto véase Valencia Zea, Curso de Derecho Civil Colombiano) (64).

3.8 LA TEORÍA DE LA LESIÓN

El desarrollo dado a la teoría de la lesión es una de las características del Derecho Moderno, y es quizá la prueba más palpable de la importancia que se le señala a la noción de las buenas costumbres. La usura es, desde la época del Derecho romano, una actividad contraria a la moral y a las buenas costumbres. Desde entonces, a nuestros días, la lesión ha recorrido un largo camino: aparece en la Edad Media, donde alcanzó un lugar de primer orden por obra de

los canonistas; se introduce en los códigos civiles del siglo pasado y alcanza su mayor plenitud en el artículo 38 del Código Civil alemán, en el cual la teoría ha sido desarrollada hasta sus límites extremos.

La Escuela Clásica, como es natural, le asignó a la lesión un lugar restringido en la teoría jurídica. Como lo analizamos antes, el juez se limitaba allí a comprobar el querer verdadero de las partes, y ésta era la principal regla de interpretación del contrato, sin que le estuviera permitido averiguar si las prestaciones eran equivalentes o si se ajustaban a la equidad. La teoría de la lesión la derivaba a los juristas clásicos de los vicios del consentimiento. Ellos decían que cuando la lesión era muy grande, había que explicar ese hecho porque quien había sido lesionado estaba afectado por un error o había sido engañado. Entonces la lesión era causada por el error o por el dolo, que producían un vicio en la voluntad del contratante, hasta tal extremo que había aceptado un hecho notoriamente contrario a sus propios intereses. Esto es porque los clásicos estudiaban la lesión al lado de los vicios del consentimiento.

El Código Civil colombiano contempla la teoría en los artículos 1.946 a 1.954, que se refieren a la compraventa de inmuebles, aunque es preciso observar que el sistema funciona también para la permuta de los mismos bienes y para las siguientes figuras jurídicas: el contrato de mutuo con intereses, la anticresis, la cláusula penal, la aceptación de una herencia, la partición de bienes (a.a. 1.958, 2.231, 2.466, 1.601, 1.291, 1.405), tal como lo ha explicado el profesor Arturo Valencia Zea.

Es interesante observar también que el Código Civil colombiano es más amplio que el francés a este respecto. Mientras que en Francia apenas se les concede la acción a los vendedores, en Colombia se les concede a ambas partes del contrato de compraventa. El Código no distinguía al principio entre bienes muebles e inmuebles para aplicar la teoría. Recordemos que el artículo 1.947 dispone que “El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra

es inferior a la mitad del precio que paga por ella. El justo precio se refiere al tiempo del contrato”. Pero posteriormente la ley 57 de 1887 limitó la nulidad por lesión enorme así: “No habrá lugar a la acción rescisoria por lesión enorme en las ventas de bienes muebles, ni en las que hubieren hecho por ministerio de la justicia”.

En esta materia, el régimen legal colombiano se ha quedado rezagado, y seguramente éste será uno de los aspectos en los cuales se producirán reformas legislativas para generalizar la lesión como vicio de todos los contratos onerosos y para librar a la noción del rígido límite numérico que la restringe actualmente. Las modernas tendencias jurídicas servirán de guía para actualizar esta institución.

En el Código Civil Alemán (en alemán Bürgerliches Gesetzbuch o BGB), la teoría de la lesión alcanza su más prodigioso progreso, al proteger a las partes de todo género de usura que puede producirse en el comercio jurídico, por obra de la desigualdad entre ellas. El artículo 38 del BGB anula el negocio lesivo de las buenas costumbres, en el primer párrafo; y en el segundo, dice lo siguiente: “Especialmente es nulo aquel negocio jurídico mediante el cual una persona, aprovechando la situación de necesidad, las limitadas facultades mentales o la inexperiencia de otra, hace que ésta prometa o conceda a la primera o a un tercero, a cambio de determinada prestación, ventajas patrimoniales que excedan de tal manera el valor de esa prestación que, en relación con las circunstancias, estén en enorme desproporción con ella”.

Esta institución se aplica en Alemania a todos los negocios o contratos onerosos; todos estos pueden llegar a ser negocios usurarios y no se hace ninguna distinción en si ellos tienen por objeto bienes inmuebles o muebles. Además, el negocio usurario puede realizarse a favor de una parte o de un tercero.

La teoría de los negocios usurarios representa un gran avance jurídico, y es como la quintaesencia de la noción de las buenas costumbres, pero aplicada con un criterio eficaz y protector de los grandes intereses sociales. El impulso que le ha dado la

jurisprudencia alemana ha sido notable, pues en ella los poderes del juzgador alcanzan una dimensión extraordinaria. El profesor Arturo Valencia Zea opina que en Colombia puede combatirse la usura, a pesar del silencio de la ley fuera de los casos examinados, con base en el artículo 8º de la ley 153 de 1887, y en el párrafo 3º del artículo 1.518 del Código Civil, porque la teoría de la lesión es “una regla general de derecho” y porque el contrato usurario tiene un objeto que es contrario a las buenas costumbres. Este criterio del distinguido jurista lo compartimos integralmente, aunque no se nos escapa que se necesita una mentalidad y una sensibilidad muy avanzadas socialmente, para que una interpretación jurisprudencial pueda incorporar al acervo del Derecho Colombiano, una teoría de tan vastos alcances jurídicos.

3.9 EL CONTRATO DE ADHESIÓN Y EL CONTRATO COLECTIVO DE TRABAJO

Por su obvia importancia en el conjunto de este estudio, insistimos en analizar las nociones de contrato de adhesión y de contrato de trabajo. Se explica la insistencia porque estos conceptos constituyen el reflejo más exacto de la decadencia de la antigua libertad contractual, y los símbolos más significativos de las nuevas tendencias jurídicas ya reseñadas.

Al contrato de adhesión se le negó, por parte de los publicistas, su carácter contractual, pero ya tuvimos ocasión de exponer el pensamiento de Josserand que acogemos por entero. En realidad, la adhesión, si ella se presta consciente y libremente, no es sino una nueva forma de manifestar el consentimiento, surgido como consecuencia de los grandes desarrollos económicos y comerciales de nuestro tiempo. Si esa adhesión no es libre y consciente, quiere decir que en ella se reflejan los vicios del consentimiento – error, violencia, dolo – o la lesión, y en este caso el contrato puede anularse.

Además, no hay que repetir tanto los antiguos reproches de los autores clásicos, porque el contrato llamado por Salcilles “de adhesión” cumple hoy una función social de primer orden. Es que

el Estado, para realizar su nueva orientación política y económica, ha intervenido en la regulación de las cláusulas contractuales, y de ello no se han derivado sino beneficios para el público. Por medio de esa intervención se han generalizado las condiciones de muchos contratos; se protege la posición de las partes más débiles y se provocan muchas solidaridades, como lo hacen ver la mayoría de los autores. Bastaría expresar que el Estado prohíbe las cláusulas de irresponsabilidad en muchos casos, y que reglamenta las condiciones generales de los contratos de transporte y seguros, por ejemplo, para sacar adelante las anteriores afirmaciones.

La Corte Suprema de Justicia, con fecha 12 de diciembre de 1936, dictó una interesante sentencia, en la que hace un estudio de la teoría de los contratos de adhesión, y expresa que la interpretación de sus cláusulas, especialmente las no esenciales, debe sujetarse a normas distintas de las que rigen los contratos comunes, sobre todo para proteger la buena fe de los adherentes.

Para los juristas clásicos el contrato de trabajo era considerado como un “arrendamiento de servicios”, y la parte que se le dedica en el Código Civil es sorprendentemente restringida. Ya hemos hablado de esta evolución jurídica, que ha llegado hasta el punto de constituir una nueva rama del Derecho, y que en Colombia se encuentra representada en el Código Sustantivo del Trabajo y en el Código Colectivo del Trabajo.

El contrato de trabajo es la prueba más significativa de la socialización que se ha reflejado en el Derecho, por cuenta de las transformaciones económicas y sociales. Esas transformaciones revelaron la doctrina que el trabajo no es una mercancía, como lo pensaban los economistas y juristas clásicos; que la tan elogiada igualdad jurídica del individualismo era fuente de insoportables injusticias; que el trabajo no tiene solamente un sentido individual sino que es una función social de altísima categoría. Todo esto llevó por sus pasos contados al triunfo de un criterio económico y social sobre el puro criterio jurídico, y a que las instituciones tradicionales se impregnaran de un movimiento reformista de tendencias cada vez

más democráticas. La evolución del concepto de responsabilidad, como se ha anotado por los tratadistas, describe muy bien ese reformismo: al trabajador solo se le exige la demostración del daño y de su relación con el trabajo para tener derecho a la indemnización, tal como lo establece la teoría del riesgo creado predominante en el Derecho Laboral. La doctrina moderna ha acogido por completo esta tesis, repudiada en un principio por los autores influidos por las tesis clásicas: El patrón que crea el riesgo que lo enriquece, debe soportar los daños que causen sus maquinarias, sin que se tenga en cuenta ningún criterio de culpa de su parte. Recordemos que el principio de la responsabilidad subjetiva, característico de las teorías clásicas y que dimana de las premisas que sobre la libertad del hombre sustentó la Escuela, se apoya sobre los elementos psicológicos: es indispensable un delito o culpa para imputarle moralmente a un individuo un hecho y deducirle una responsabilidad que implica el pago de una indemnización a la víctima. Pues bien, ese principio es reemplazado por el de la responsabilidad objetiva, a que nos hemos referido, según la cual la sola existencia del perjuicio, debidamente comprobado, y al margen de toda consideración moral o de culpa, es suficiente para que se determine el derecho a la reparación pecuniaria.

Ya a través de este ensayo hemos analizado el paralelismo entre la transformación social y la noción de contrato, y cómo el contrato de trabajo, al determinar el Estado una intervención profunda en su contenido, para nivelar la profunda desigualdad económica entre patronos y trabajadores, se ha traducido en gran parte este vasto movimiento jurídico. Las limitaciones a la voluntad de los contratantes tienen por objeto proteger la fuerza de trabajo, antes tan explotada por la parte fuerte en el contrato. El Estado es ahora, como lo ha dicho alguien, un tercer contratante. Y la legislación protectora de los trabajadores cada vez avanza más terrenos de progreso, para salvaguardar los derechos de los obreros, de su mujer y de sus hijos, bajo el signo de una dirección social que avanza cada día más sensiblemente hacia la conquista de una auténtica justicia en las relaciones humanas. Como lo dice Radbruch, de esta trayectoria

ha ido naciendo “un nuevo tipo de hombre, como punto de partida para el legislador: la imagen del hombre sujeto a vínculos sociales, del hombre colectivo como base del Derecho social” (65).

En el contrato de trabajo, cuyas principales cláusulas están cobijadas por el concepto de orden público, y son, por lo mismo, inderogables por los convenios particulares, constituye hoy para la doctrina más generalizada una figura jurídica autónoma. Pero esta trascendental evolución jurídica no se detiene en el contrato individual de trabajo, sino que avanza hacia una figura que domina el Derecho Laboral contemporáneo, y en la cual la antigua noción contractual pierde radicalmente su imperio: el contrato colectivo, o pacto colectivo, o convenciones colectivas.

En el contrato colectivo o pacto colectivo las partes no son ya los individuos sino las colectividades, los grupos, las clases, que representan intereses opuestos. La representación de esas colectividades por medio de un acuerdo de voluntades, determinan una regla superior que ha de regir las condiciones del trabajo y a la cual habrán de ceñirse los contratos individuales, además de que su fuerza obligatoria se impone aún a los terceros extraños que luego entren a trabajar en la empresa. Duguit, en su obra esclarecedora “Las transformaciones del Derecho Privado”, define a esta figura como “una categoría absolutamente nueva y por completo fuera de los cuadros tradicionales del Derecho Civil. Es un convenio – ley que regula las relaciones de dos clases sociales. No es un contrato que produzca obligaciones especiales, concretas y temporales, entre dos sujetos derecho. Es una ley que establece relaciones permanentes y duraderas entre dos grupos sociales, el régimen legal según el cual deberán pactarse los contratos individuales entre los miembros de esos grupos” (66).

Sin duda estos son fenómenos jurídicos que conocerán aún más desarrollos, por lo cual resulta temerario ensayar todavía su completa definición. No nos incumbe el cometido a nosotros. Por eso nos limitamos a aludirlos en este trabajo, y a destacar que el principio contractual de que nadie puede ser obligado sin haber prestado su

consentimiento, es desconocido totalmente en el contrato o pacto colectivo, pues en él la mayoría de la representación de un sindicato y de un patrono o asociación patronal contrae compromisos que se imponen obligatoriamente a todos los trabajadores de una empresa, así entren posteriormente a laborar en ella. Por último, como una opinión muy autorizada, recordemos al profesor Cabanellas cuando dice que el contrato colectivo es una convención – ley: convención, porque es necesario para su perfeccionamiento un acuerdo de voluntades, producto de la autonomía de la voluntad que en este caso se manifiesta en un régimen de absoluta igualdad económica; ley, por cuanto es sancionado por la autoridad, y es obligatorio para todas las partes a partir de su promulgación, aún para los disidentes y opositores” (67).

TERCERA PARTE

4. LA NOCIÓN CONTRACTUAL Y LAS TESIS SOCIALES.

CONCEPCIONES MODERNAS

4.1 LA TEORÍA SOCIALISTA DEL CONTRATO

Las Tesis Sociales, a las cuales hemos hecho tantas referencias, presentan una variedad innumerable, y se distinguen por muchos matices doctrinarios. Es materia de este ensayo examinar su proyección en la transformación de la teoría del contrato, en ese fenómeno jurídico aceptado unánimemente por la doctrina moderna. Las tendencias sociales siguen una trayectoria que va desde una superación de las ideas individualistas, sin traspasar su lindero doctrinario, hasta las que predicán el socialismo como sistema, y que en el mundo de nuestros días están representadas por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (U.R.S.S.). Para estas doctrinas, el fundamento del Derecho no está en el individuo, como lo predicaban la Escuela Clásica y el pensamiento individualista, sino en el grupo social, es decir, en el hombre en cuanto es parte de un grupo. El origen de la regla de Derecho no puede buscarse en el individuo solitario, libre por naturaleza, sino en la interdependencia entre el grupo, en el orden dentro del grupo, en su solidaridad.

Derecho sin sociedad es proposición indemostrable, y por eso las doctrinas individualistas no solo son ilógicas con la realidad sino verdaderamente fantásticas. Como lo dice Duguit, el eminente autor de la teoría de la función social: “Existe un derecho necesariamente social, que domina nuestras voluntades, un derecho objetivo, y ese derecho objetivo no es la voluntad, que se limita por sí sola, es la consecuencia ineluctable de la vida común” (68).

De estas afirmaciones fundamentales se desprende que la máxima preocupación del Derecho no debe ser la tutela del individuo y de sus “derechos naturales” sino la protección de las necesidades sociales. De ahí que todas estas teorías persigan, antes que todo, una auténtica igualdad jurídica, que se exprese en el hecho y no en el derecho. Y de ahí que su severa e intensa crítica al sistema individualista, que hemos reseñado en el conjunto de este estudio, respondiera a las aspiraciones y a las modalidades de las nuevas transformaciones económicas.

Creemos oportuno ahora citar nuevamente a Julliot de la Morandière, para hacer una síntesis de su exposición sobre la doctrina socialista de la teoría del contrato, tal como lo hicimos en la primera parte de este ensayo. De la Morandière expone cómo, para las tesis sociales, el acto jurídico y los contratos no encuentran su fundamento en las voluntades individuales, como lo predicaban los individualistas, sino en las necesidades sociales; que en esta doctrina se le atribuye un papel principalísimo a los elementos objetivos o materiales, hasta tal punto que el acto jurídico no tiene valor sino en cuanto se conforme a los elementos objetivos o sociales. Las reglas de derecho nacen así de determinados imperativos sociales, y no de la expresión de las voluntades individuales. De esta manera se dice que la idea esencial en el contrato no es la voluntad de consentimiento sino la idea del cambio de las cosas materiales; es la equivalencia de las prestaciones; y toda la teoría del contrato se afirma que podría ser construida en torno a la teoría del enriquecimiento sin causa. Naturalmente la voluntad individual no puede desaparecer dentro de este sistema jurídico porque es ella, y solo ella, la que pone en movimiento las previsiones y soluciones del derecho objetivo; pero

la doctrina social cuida muy bien de proclamar invariablemente que, hasta cuando se exige una manifestación de la voluntad individual, no es ésta la que crea la regla de derecho objetivo, ni tampoco la que crea las relaciones de derecho entre acreedor y deudor, la situación jurídica personal, sino que ella es únicamente, la condición de aplicación de reglas de derecho que no existen sino porque son conformes a las necesidades sociales. Así, por ejemplo, cuando la ley concede determinado ámbito a las libertades individuales, no es porque se consagre que ellas tienen algún derecho natural o facultad individual para crear relaciones jurídicas, sino porque el Estado considera que por ese medio se pueden satisfacer adecuadamente las necesidades sociales.

En cuanto a la formación del acto jurídico observamos cómo la Escuela Clásica le atribuía el papel principal al consentimiento de las partes. Las tesis socialistas, por el contrario, minimizan el papel del consentimiento, aunque de todas maneras es requisito indispensable, y le asignan la mayor importancia a los elementos materiales u objetivos, por medio de los cuales se podrá controlar la expresión de las voluntades individuales para que se ajusten a las necesidades sociales. Estos elementos objetivos son el objeto y la causa, y, por otra parte también tienen su importancia los elementos de forma.

Respecto al objeto, los autores socialistas sostienen que lo que da nacimiento al efecto jurídico en el contrato no es el consentimiento de las partes, sino el servicio prestado, la “res”, la cosa. Si el derecho garantiza la existencia del contrato no es en homenaje a la voluntad individual, cuya solitaria expresión no tiene ninguna eficacia, sino por un principio superior de justicia o de equidad sociales. De ahí que estas tesis tengan tanta predilección por la teoría de los contratos reales, a diferencia de los autores clásicos que la combatieron decididamente. En verdad la noción de la equivalencia entre las prestaciones contractuales, que tanto predominio reconoce al aspecto económico o material en su contenido, ha sido investigada y analizada atentamente por algunos expositores individualistas.

En relación con la causa, noción examinada anteriormente, los autores socialistas rechazan las concepciones tradicionales para afirmar que ella es el mejor instrumento para controlar las voluntades individuales, y para someterlas a las necesidades sociales. Y proclaman así que el Juez, a quien se le inviste de una misión contralora y creadora en la interpretación, no solo podrá comprobar si el contenido contractual no es contrario al interés público y a las buenas costumbres, sino que aun podrá averiguar la finalidad que ha determinado a las partes a obrar, sin restricciones. La consideración de finalidad del derecho y de los contratos es consagrada así en su mayor proporción, y alcanza una plenitud soberana en la doctrina y en la legislación.

En cuanto al retorno al formalismo es suficiente observar que las tendencias socialistas consideran, a diferencia de lo que pensaban los autores clásicos, que “la forma es un medio de control por parte del Estado, e, igualmente, un medio de seguridad para los individuos”. El formalismo se justifica, así, no como una protección a las voluntades individuales sino como una garantía de los intereses generales, como una protección de las necesidades sociales, como una tutela de la seguridad de los derechos.

En lo que se refiere a la interpretación de los contratos, las tendencias socialistas establecen que “el Juez no será un servidor de las voluntades individuales sino un servidor de las necesidades sociales. Ya vimos que la ley le inviste de un poder incomparable en la aplicación de las nociones de objeto y causa. Pero es más, en la interpretación de un contrato el Juez se encontrará ante varios casos: si la expresión de las voluntades individuales se ajusta a las prescripciones de la ley y responde a los intereses sociales, él no hará otra cosa que garantizar esa expresión; pero si ella contraría en alguna forma los intereses sociales, o hay alguna duda sobre los términos del contrato, el Juez tiene el deber de interpretarlo de acuerdo con las necesidades sociales, aunque se aleje de los efectos queridos por las partes. El contrato es un acto social que no puede interpretarse únicamente en función de las finalidades perseguidas por los individuos, sino en función de los intereses comunes que

deben tutelarse primordialmente en el sistema socialista. Así, mientras los clásicos concibieron las nociones de equidad y buena fe como la expresión del querer de las partes, los socialistas dicen que ellas se traducen en las necesidades sociales vigentes, con lo cual le dan un sentido objetivo a esos principios.

De este modo el Juez puede, en virtud de las necesidades sociales, modificar el contenido de un contrato. Y es obvio, además, que estas reglas solo funcionan para aquel sector de la sociedad en donde se permite alguna libertad contractual, pues en el sector socializado de la nación rigen reglas distintas, que responden directamente a las necesidades del plan económico, y que más bien tienen un carácter administrativo.

En cuanto al dominio de los efectos jurídicos del contrato, mientras que los clásicos lo restringían al afirmar, de acuerdo con su pensamiento doctrinario, que no podía tener efectos sino entre las partes que lo celebraron, y que, por regla general no podía tenerlos respecto de terceros, las tendencias socialistas expresan que “no existe razón alguna, en el terreno del Derecho Privado, para que el acto jurídico sea irrelevante en orden a terceros, por lo menos si las necesidades sociales lo exigen”.

De esta síntesis de la teoría socialista del contrato, basada en la obra del eminente profesor francés De la Morandière, se deduce claramente cuál es la orientación adoptada por esa doctrina respecto de la esencial institución. Los autores socialistas, a diferencia de los clásicos, restringen el papel que ella cumple en la vida jurídica. Estos últimos, llevados de su mística por los valores individuales, la elevaron al grado máximo en el conjunto del sistema; se habló entonces, y con razón, de la soberanía del contrato. Pero las modernas tendencias sociales han buscado, más bien, derrumbar el imperio de la noción contractual. Se reconoce su valor jurídico, claro está, pero únicamente en virtud de las necesidades sociales que son la norma suprema del sistema, y el principio director que gobierna la vida de la colectividad.

4.2 LA TRANSFORMACIÓN DE LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES: PERSONA (DERECHO SUBJETIVO), PROPIEDAD Y LIBERTAD

Creemos que, en lo que se refiere a la significación y el sentido de las nociones fundamentales, de Persona, Propiedad y Libertad Jurídica, se pueden sacar conclusiones precisas, después de haber hecho un análisis tan detenido de las transformaciones económicas y sociales proyectadas en el campo del derecho. En realidad, esas conclusiones se han perfilado en los diversos temas de este estudio, pero a manera de resumen las apretamos ahora en una síntesis clara y concreta.

En cuanto al concepto de persona, estudiamos cómo las ideas individualistas estaban impregnadas de muchas ficciones que se agudizaron en el periodo místico de la Escuela Clásica. La igualdad proclamada por el individualismo, y elemento esencial de la noción, era una ilusión; una igualdad formal, legal, que al sufrir la prueba de los hechos sociales, se derrumbó ante el poderoso desarrollo del sistema capitalista, y creó situaciones de aberrante injusticia económica. Por eso la evolución a este respecto se concreta en desechar los conceptos abstractos, para adoptar tesis completamente realistas. Así, en el concepto moderno de persona resalta la “peculiaridad individual”. No se alude a una premisa abstracta, con operancia formal únicamente, sino que se llega hasta el fondo de la realidad social para reflejarla en la norma jurídica. Por eso el Derecho Laboral o Social no considera las personas exclusivamente, sino que se refiere a patronos y trabajadores, y a cada una de estas categorías les da un tratamiento específico. Por eso el Derecho Laboral no entra a sentar un orden conceptual entre los hombres, no se apoya sobre la idea de la igualdad de las personas sino que trata de “nivelar las desigualdades que entre ellas existen”. Como lo dice Radbruch, a quien hemos seguido en esta parte del análisis, “la igualdad deja de ser, así, punto de partida del Derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico” (69).

De esta orientación se desprenden las diversas características del nuevo Derecho, del Derecho Social, especialmente que el Estado interviene por medio de una legislación protectora para nivelar las

desigualdades sociales; y en el Derecho se manifiesta lo que han llamado los autores la tendencia “publicística”, producto de la evolución de las funciones del Estado, y que es secuela explicable de los nuevos criterios que predominan en el campo de la política y de la economía.

También el concepto de derecho subjetivo, tan vinculado al de persona, ha sido objeto de una gran transformación jurídica. Analizamos ya someramente su contenido, y adelantamos la superación alcanzada en la definición del derecho subjetivo, por las mismas tendencias individualistas. Pues bien, las escuelas modernas, las tesis sociales, extreman aún más sus concepciones sobre el derecho subjetivo, en tal forma que se oponen radicalmente a la antigua orientación clásica. Para estas tendencias, ya sea el universalismo sociológico, ya el idealismo filosófico, ya el socialismo, el derecho subjetivo deja de ser el poder del individuo, con el cual éste viene al mundo, para convertirse en una función social, en un “fenómeno de delegación de la comunidad”, en un medio concedido por la sociedad para la satisfacción de los propios intereses sociales. En la teoría de algunos autores alemanes, los derechos subjetivos tienen su única fuente y justificación en la comunidad. Y así, por ejemplo, la autonomía de la voluntad es concebida como un fenómeno de delegación. El individuo tiene derechos subjetivos, y goza de libertad, porque la comunidad le concede aquéllos y le garantiza ésta. Y por eso, el Estado debe respetar su libre actividad, solo en la medida en que su conducta respete los derechos de la comunidad.

Esta tendencia se desarrolla por varios aspectos. Para el profesor Dikoff, el idealismo filosófico ve en el contrato “una relación jurídica entre ciertos miembros de la comunidad de derecho, relación que se establecía por vía de consentimiento recíproco, pero que supone la existencia de la comunidad y no puede tener lugar sino en el marco del orden nacional”. Según esta orientación ideológica, el elemento esencial de la relación jurídica no es la voluntad individual sino la voluntad de la comunidad, y la libertad de los individuos está condicionada al imperio de los intereses comunes. (Véase Dikoff, ensayo citado) (70).

Esta tendencia llega a su plenitud en la teoría según la cual “el contrato no es una suma mecánica de dos voluntades accidentalmente concertadas, sino la unidad de la voluntad subjetiva y objetiva, incluida como tal en el orden jurídico nacional y haciendo parte del Derecho de la Comunidad”. El contrato, en el cual se reconoce el papel incontestable que tiene la voluntad individual, es la unidad de la voluntad subjetiva y objetiva. Por eso, al examinar estas teorías, el profesor Dikoff termina su ensayo con las siguientes palabras: “Así nosotros constatamos que, en el espacio de menos de un siglo, la ciencia del Derecho ha hecho un cambio completo: nosotros volvemos hoy a la idea de la identidad entre la ley y el contrato, con esta diferencia, sin embargo, que antiguamente se identificaba la ley con el contrato – los derechos subjetivos tenían una prioridad lógica sobre el derecho objetivo- mientras que en el presente, por el contrario, se afirma que el contrato se incorpora en el orden jurídico y se identifica con la ley, y el derecho es considerado únicamente como Derecho Objetivo” (71).

Todas estas concepciones siguen el impulso que las doctrinas jurídica y filosófica le han dado a esta cuestión, y por eso hay muchas coincidencias ideológicas entre las diversas escuelas. Coincidencias que, en lo que hace a la evolución doctrinaria, se manifiestan en una total contradicción con los postulados clásicos. Ya Savigny, por ejemplo, pensaba que la fuerza que se le atribuye a la voluntad para crear los derechos subjetivos no es originaria, sino una fuerza secundaria otorgada por la ley.

Hemos visto que esta idea central es característica de las tendencias socialistas, las cuales tampoco le confieren un valor por sí mismo a la voluntad individual, que únicamente cumple en la sociedad colectivizada una función social, de acuerdo con los intereses generales. Y hemos analizado también que la construcción moderna de los derechos subjetivos, aún en los países donde predomina el derecho individualista, como consecuencia de todas las transformaciones estudiadas y de la superación alcanzada por los juristas alemanes, ha puesto al lado del poder de la voluntad, ínsito en la noción, el aspecto del deber jurídico, con lo cual se integra

definitivamente el concepto, al establecer el deber de respetarlo por parte de las demás personas del grupo social. De ahí que el profesor Valencia Zea, recogiendo toda esta evolución doctrinal, defina al derecho subjetivo como “un poder de la voluntad que emana del orden jurídico, y sirve para la satisfacción de los intereses humanos imponiendo a otra u otras personas el deber de respetar tal poder” (72).

Como es obvio, todo este cambio en el enfoque de los problemas jurídicos se proyecta también en los conceptos de propiedad y libertad jurídica. En verdad, el sistema se derrumba por entero en sus nociones fundamentales, y su crisis da lugar al surgimiento de los nuevos criterios. La propiedad deja de ser el derecho absoluto y exclusivo, definido por los romanos, para convertirse en “una función social que implica obligaciones”, como lo establece la Constitución colombiana. Toda la teoría de la función social, expuesta magistralmente por Duguit, se incorpora a nuestro Derecho, y renueva las tesis tradicionales con los nuevos conceptos de intervencionismo de Estado, que implica, y que son consagrados igualmente en la norma suprema. Los derechos subjetivos se impregnan de la idea del “deber social”, que ya no tiene una naturaleza ética, sino precisamente jurídica. El Estado, lógicamente, entra a intervenir en la economía para asegurar el cumplimiento de sus funciones sociales, con lo cual, en alguna forma, recorta invariablemente el libre ejercicio de la propiedad.

Y, por vía de consecuencia, el concepto de libertad se llena de un nuevo sentido. Transformadas las bases esenciales en que se fundaba en el sistema individualista, se transforma él por la fuerza misma de los hechos. La evolución económica abre paso a un nuevo concepto de libertad, que busca su fundamento en la igualdad efectiva de los hombres, y no en la mera igualdad formal. De ahí que el derecho socializado no mire ya solamente a los individuos aislados sino al individuo socializado y concreto. Entonces el Estado orienta su actividad a imponer una cierta igualdad económica, la única que puede lograr la garantía de una vida humana decorosa y libre. Y por eso los fenómenos de economía dirigida dan nacimiento a las

nuevas figuras jurídicas en que el Estado, como representante de los intereses de la colectividad, interviene para garantizar una operación más libre y más equitativa, con lo cual se concreta en la vida jurídica todo un nuevo criterio de la libertad. Éste es el fenómeno que se caracteriza en la noción de los derechos humanos, cuya esencia, al decir de Radbruch, “se cifra precisamente en garantizar la libertad exterior del hombre, haciendo posible con ello la libertad interior de su conducta moral” (73).

4.3 EL CONTRATO EN LA PLANEACIÓN CAPITALISTA

Ya apuntamos anteriormente cómo la socialización de los contratos hace uso muchas veces de los conceptos de institución y empresa, y cómo los autores consideran que este movimiento culmina lógicamente con la tendencia a integrar las instituciones en los planes económicos. Adelantamos, también, que la política de la planeación domina la vida económica de nuestro tiempo, como la característica más expresiva y típica de la economía dirigida. El plan es el producto de toda esta tendencia económica que vive el mundo moderno, y por eso, en mayor o menor proporción, él entra a hacer parte de la vida de los pueblos que quieren ajustar racionalmente sus relaciones económicas.

El plan, como es lógico advertirlo, es una técnica que puede ponerse al servicio de cualquier filosofía política. Por eso no es raro que haya una planeación capitalista o liberal, y una planeación socialista. Estudiaremos en esta parte el papel del contrato en la planeación capitalista, y reservaremos el examen del mismo punto en la planeación socialista, para cuando analicemos el tema en el Derecho Soviético.

Casi todos los países del mundo aplican el concepto de la planeación en sus economías. En Colombia hemos visto cómo se ha consagrado el intervencionismo de Estado y las relaciones económicas son dirigidas cada vez más por el Estado. Actualmente, y como un síntoma significativo de la tendencia de la política económica, existe un Consejo de Planeación Nacional, que tiene el carácter de cuerpo consultivo del gobierno nacional, para la realización de la política

económica oficial. Además, existe una ley que determina ciertos límites a la actividad legislativa, con el objeto de que se ajuste a las directivas de la planeación económica, pues dispone que ningún proyecto de ley sobre una obra de fomento municipal que sea estudiado y votado en el Congreso de la República, tendrá efecto si antes no se hace la planeación necesaria de la obra, que asegure su viabilidad y utilidad social.

En la planeación capitalista, el contrato conserva toda su categoría e importancia. El concepto de empresa, que está en la base de la economía sometida al plan, hace uso incesantemente del contrato, aunque en la estructura de éste se reflejan todas las transformaciones a que hemos hecho referencia. Como lo dice Savatier, la empresa tiene que contraer con extrema frecuencia dos clases de contratos: el de mandato, que regula la organización directiva de la empresa, y por medio del cual se ejecutan la mayoría de sus actos jurídicos; y el de trabajo, que vincula a la empresa con sus funcionarios y sus trabajadores. El hecho de que el contrato de trabajo tenga el carácter de un “contrato dirigido”, es decir, que no sea libre a la antigua usanza, no le disminuye la jerarquía que le corresponde en la organización social.

La planeación capitalista, aunque necesariamente implica un recorte a las libertades individuales, no destruye por completo el papel de la iniciativa privada. Se lleva a cabo en un régimen de libertad política, y respeta en mucha parte el papel de las voluntades individuales. Ejemplos de planeación capitalista son el Plan Monet y la T.V.A. (Tennessee Valley Authority), el primero, desarrollado en Europa, y el segundo, en los Estados Unidos de América.

Savatier, a quien vamos a seguir en la exposición del tema de las relaciones entre el contrato y el Plan, observa cómo la T.V.A. respeta las iniciativas privadas, por lo que solo se limita a guiarlas y a facilitarles su desenvolvimiento. Sin embargo, llega un momento en que es indispensable sacrificarlas, pero ello se hace con el objeto de tutelar más eficazmente los intereses comunes propios del plan.

El experimento llevado a cabo por medio de la T.V.A., que al principio despertó tantos recelos y protestas de los liberales norteamericanos, es hoy unánimemente aceptado por todos los partidos políticos, porque demostró que la técnica de la planeación no es incompatible con un régimen de libertad. Y comprobó, además, que por medio de la planeación se pueden corregir muchos de los abusos del capitalismo, al coordinar la actividad económica y social en un plan en que, al mismo tiempo que se llevan a cabo grandes obras de progreso y fomento material, se protegen los intereses comunes, y no solo los puramente individuales. Es entonces muy fácil deducir que la noción contractual mantiene en una organización de esta índole su alta misión de instrumento de las relaciones económicas y sociales.

4.4 EL CONTRATO EN DERECHO SOVIÉTICO. SU PAPEL EN LA PLANEACIÓN CAPITALISTA

La doctrina marxista niega en absoluto el concepto de la libertad contractual, a nombre del determinismo económico que la sustenta. Dentro de este sistema ideológico la libertad contractual es condenada por ser “el instrumento de la explotación del hombre por el hombre”. Las injusticias sociales que tienen su fuente en el régimen de libertad jurídica son aprovechadas en gran parte por los marxistas para sus campañas de proselitismo político e ideológico.

Existe sin duda una gran diferencia entre las conclusiones doctrinales del sistema y las construcciones propiamente legales que la realidad de la vida social en la historia de las naciones, hasta ahora socializadas, ha ido imponiendo al Estado. Ya tuvimos ocasión de analizar cómo, dentro del sistema ideológico marxista, cuyos diversos e importantes aspectos tampoco podemos estudiar a espacio, la noción de contrato está destinada a desaparecer, porque la meta final de esta doctrina es la destrucción del Derecho y del Estado. Pero también observamos que esta meta es una aspiración, porque para llegar a ella es indispensable vivir una fase transitoria, la fase del socialismo o de la dictadura del proletariado, en la cual por el hecho de existir un Estado es preciso que exista un Derecho,

y, lógicamente, la noción de contrato conserva todavía parte de su vitalidad y de su fuerza. Esta fase transitoria es la que se está viviendo actualmente en la URSS y es la única que podemos tomar como objeto de examen intelectual. Las previsiones sobre el porvenir son arriesgadas de suyo, y, por tal motivo, es mejor dejar de lado temas sumamente cuestionables, y cuyo análisis nos desviaría del objeto central de este estudio.

En las primeras épocas del régimen socialista o “comunista”, para emplear la terminología que se ha impuesto, aunque, como es obvio, ella no es nada apropiada, la doctrina jurídica, influida todavía por las concepciones ideológicas ortodoxas del marxismo, enseñaba la supresión completa del comercio civil; entonces se condenaba en absoluto a las instituciones jurídicas tradicionales y se habla, en el sentido despectivo, de los “fetichismos jurídicos de la vida burguesa”. En esta época, que se prolonga hasta 1921, la doctrina jurídica oficial estaba representada por la Escuela del Derecho Económico, la cual traducía al campo del Derecho los postulados del materialismo económico: el hombre era puesto al servicio de la economía, él era un instrumento al servicio de la economía colectiva. Pero esta doctrina cae bien pronto en desgracia, y es calificada de desviación doctrinal cuando es necesario liquidar el experimento del comunismo militar y surge la formulación de la Nueva Política Económica (N.E.P.). Es interesante, al respecto, transcribir las palabras de condena de Vichinsky contra esta escuela, para observar la superación de un criterio formado a base de las experiencias sociales, y que desecha ya en la terminología los excesos en que se incurrió primeramente bajo la influencia de los postulados clásicos del marxismo. Dijo así, en discurso citado por Eliachevitch: “Ellos no han comprendido el carácter socialista del derecho soviético. Substituyendo el derecho económico al derecho civil, ellos han rendido gran servicio a los enemigos del comunismo. Ellos han hecho del hombre viviente, con sus derechos personales, y patrimoniales, un accesorio del mecanismo económico. Ellos no han comprendido que el socialismo supone el desenvolvimiento y el reforzamiento de los derechos personales y patrimoniales de

los trabajadores. Ellos ignoran la importancia de la propiedad individual” (74).

La N.E.P., producto de la crisis económica, sucedió a la etapa del comunismo militante, y significó una transacción entre las formas del socialismo y las del capitalismo. Este periodo duró de 1921 a 1928, y durante este lapso se excluyó la economía del campesino del Plan del Estado, y se garantizó el resurgimiento de algunas factorías que fueron manejadas por sus antiguos dueños. Esta situación se reflejó en una revitalización de los conceptos jurídicos, tan denostados. En esta época se redactaron los Códigos, entre ellos el Código Civil de 1922, que entró en vigencia en el año de 1923, y que actualmente rige en la URSS, con las grandes modificaciones características de la legislación socialista.

A la N.E.P. la sucede una tercera etapa comprendida entre 1928 y 1933, que se distingue por la industrialización del país y la realización del Primer Plan Quinquenal. En este periodo los campesinos fueron colectivizados, el derecho fue considerado casi con el mismo criterio de la primera época, y la libertad individual, limitada en forma extrema.

La última etapa, según la clasificación que hace José Julio Santa Pinter en su obra “Sistema del Derecho Soviético”, comienza en 1936 con la Constitución de Stalin, y ella prolonga su influencia todavía, en lo que hace al Derecho. Se caracteriza por la concepción a la cual nos hemos referido anteriormente: para llegar al comunismo total es indispensable vivir una fase socialista, durante la cual las formas capitalistas son aniquiladas, la propiedad privada es reemplazada por la forma socialista de la propiedad y el Estado se convierte en una dictadura del proletariado, para defender el nuevo sistema de vida. Lógicamente, en estas condiciones, el Derecho recobra su lugar de importancia en la sociedad. Stalin, en un discurso pronunciado en 1936, dice que “ahora es más importante que nunca la estabilidad de las leyes” y rechaza la teoría de Marx sobre la muerte del Derecho y el Estado a causa de que el Estado es necesario mientras dure el cerco capitalista “que estaría continuamente amenazando la

existencia del joven Estado Soviético”. Pero todavía entonces algunos doctrinantes socialistas le hacen un sitio al Derecho porque, como lo dice Galanza, “Sin embargo no puede concluirse de ningún modo de la fórmula staliniana que el periodo de la desaparición comience inmediatamente en el instante en que deje de existir la amenaza capitalista del cerco” (75).

El Derecho Soviético, por ser la expresión de una economía socializada, presenta muchos aspectos característicos y rasgos específicos, porque, el cuadro de las transformaciones económicas y sociales se refleja directamente en el sistema jurídico. Como lo dice el profesor René David, quien a este respecto establece las diferencias entre las tendencias socializadoras manifestadas en el Derecho Individualista y el fenómeno integral y definido que representa el Derecho Soviético: “el derecho civil soviético, a consecuencia de la estructura socialista de la economía soviética, posee una originalidad considerable en relación con todos los derechos de los países capitalistas” (76).

Aunque ésta es una realidad incontestable, también ese derecho refleja, en forma notable, las orientaciones e influencias del Derecho tradicional. Es apenas natural, porque los procesos de la cultura no pueden establecer nunca bruscas y absolutas soluciones de continuidad. Por eso también el Código Civil Soviético refleja en mucha parte las influencias del Derecho Alemán. Como lo dice Eliachevitch, los juristas rusos fueron formados en la Escuela Alemana. Y esto sin contar con que Duguit también parece haber influido particularmente en el pensamiento jurídico soviético con su doctrina de la función social, especialmente en lo que se refiere a la teoría de los contratos, pues el Código Civil dispone que la fuerza obligatoria de los contratos depende de su utilidad social. El derecho soviético es ajeno a la idea de Estado de Derecho, expuesta también por Duguit, porque, en él, el Derecho no es sino un medio de realización de los fines sociales del Estado, y de allí que a este propósito fundamental se subordinen las actividades de las autoridades y los ciudadanos.

Basile Eliachevitch, en su “*Traité de droit civil et commercial des Soviets*”, escrito con la colaboración de Paul Tager y el Barón Boris Nolde, describe con gran autoridad las nuevas características jurídicas del derecho Soviético en materia de obligaciones y contratos. Observa él cómo el derecho de las obligaciones es tratado de la manera más detallada en el Código Soviético, lo cual es apenas natural, debido a la importancia que han conservado todavía en esa sociedad los cambios económicos y sociales. Y el contrato no es otra cosa que el instrumento de los cambios. Hasta en la definición del creador de la doctrina marxista aparece esta característica, cuando habla de que las relaciones jurídicas suponen la existencia de los propietarios y de que “esta relación jurídica, que tiene por forma de expresión el contrato, es, hállese o no legalmente reglamentada, una relación de voluntad en que se refleja la relación económica. El contenido de esta relación de voluntad en que se refleja la relación económica misma” (77).

Eliachevitch, después de decir que el derecho de las obligaciones se compone de 310 artículos en el Código Civil (artículos comprendidos entre el 106 y el 115), establece una de las características del sistema: mientras que en los derechos tradicionales el comercio civil constituye el fundamento de toda la economía, o, por mejor decir, es la expresión jurídica misma de esa economía, la organización económica de la Rusia Soviética, aún después de la adopción de la N.E.P., es totalmente diferente. El verdadero fundamento de esta economía es la economía estatal, basada en el plan único, que forma el sector socialista. El Plan Socialista comprende especialmente el sector socializado de la producción nacional, y por eso quedan en manos del Estado la tierra, los medios de producción, los medios de transporte, las principales empresas industriales y todo el comercio exterior, en tanto el comercio civil no es admitido sino como una categoría secundaria y debe desenvolverse dentro de los límites que le fija la ley.

De modo que por eso es indispensable considerar en la economía socialista dos sectores bien diferenciados, y respecto de los cuales el tratamiento jurídico es distinto. Por un lado, el sector público o

socializado, que comprende todos los instrumentos de producción y los monopolios del Estado; y por el otro, el sector privado, bastante restringido, como es natural, en el cual se ha considerado que las necesidades sociales dejan a los ciudadanos un margen de libertad para que hagan sus intercambios económicos por medio de contratos, que prolongan en mucha parte, pese a las necesarias transformaciones del estilo de vida, las características de esta figura jurídica. Este sector privado se refiere especialmente al mercado de consumo, pues los bienes corrientes de consumo no han sido colectivizados. Como lo dice Savatier, la existencia de un mercado se vincula a la noción de contrato, así como la existencia de la moneda, que solo sirve para garantizar cambios económicos, los cuales no se explicarían sin la supervivencia de la noción de contrato (78).

Como lo ha puntualizado la doctrina, la coexistencia de estos dos sectores en la economía delimita la aplicación de las reglas del derecho civil en forma muy decisiva. Estas reglas no pueden aplicarse, o se aplican solo en mínima parte, en el sector socializado, el más extenso e importante sector de la economía soviética. Como lo pudimos examinar cuando estudiamos la teoría del acto jurídico de las escuelas socialistas, aunque el contrato no desaparece, su papel se restringe notablemente, y surgen entonces nuevas figuras jurídicas en las cuales la voluntad no es sino “la condición de aplicación de estatutos imperativos y de instituciones”.

Aunque es notorio que en el sector público priman sobre todo las necesidades del Plan y la voluntad del Estado, es preciso decir que la noción contractual cumple todavía un papel en el sistema. No se nos escapa que aquí surgen condiciones que destruyen el esquema clásico del contrato. Pero es interesante observar que, a pesar de las exageraciones de quienes pronostican la total desaparición del contrato, en la planeación socialista se recurre a esta figura para buscar el cumplimiento de las previsiones del Plan. Aquí ya no se trata de contratos entre individuos, pero sí de contratos entre los diversos organismos y empresas del Estado, es decir, entre colectividades. Son contratos, lógicamente, que no se concluyen al amparo de la antigua libertad contractual sino al amparo de las disposiciones

establecidas por el Plan del Estado, y cuyos objetos y características son controlados por las autoridades oficiales. En este sentido tienen razón los autores tradicionales al negarles a estos actos el carácter de contratos, porque son “actos impuestos” por el Estado; pero no se puede negar tampoco que son actos jurídicos, porque hay una manifestación de voluntad encaminada a producir efectos jurídicos, así estos actos estén impregnados de un nuevo contenido doctrinario. Entonces, no obstante la profunda transformación que se opera en la naturaleza jurídica del fenómeno, hay a manera de un rescoldo de la institución, que prolonga la influencia de su significación en un sistema social que al principio proclamó la total extinción de los contratos. Y este nombre es conservado en el Derecho Soviético, en la terminología oficial, aunque los autores soviéticos le atribuyen apenas una misión psicológica a su supervivencia. Es decir, que así apela a la conciencia de los ciudadanos para que pongan todo su interés en el cumplimiento del contrato, y consecuentemente en el éxito del plan económico de la nación. Para eso, no solo se hace un llamado a los motivos del honor individual – el respeto a la palabra empeñada, al cual el individualismo rinde un culto tan fervoroso – sino a que se estimula principalmente el honor socialista: se invoca el sentimiento cívico del pueblo para que contribuya a la construcción de la sociedad socialista por medio de una conducta diligente y cuidadosa, en la realización del trabajo social.

Los efectos jurídicos de esta clase de contratos se diferencian profundamente de los que distinguen a los contratos tradicionales. En este régimen jurídico no puede funcionar, por ejemplo, la resolución por inexecución de las obligaciones de un contrato. Si ello se permitiera, el plan podría fracasar; todo en este régimen está subordinado a la suprema necesidad social del éxito del Plan. Por lo cual, si el contrato no es necesario, las autoridades pueden modificarlo en cualquier tiempo, pues los intereses sociales mantienen en este sentido un primado indeclinable.

El contrato, en estas condiciones, tiene una naturaleza y una técnica muy diferentes, como lo anota el profesor Savatier. Pero es un acto jurídico porque recurre a la manifestación de las voluntades,

no importa el grado de su eficacia ni el papel restringido que les asigne el sistema social. Tan cierto es ello, que el plan contempla en Rusia lo que se ha dado en llamar la “campaña de los contratos”, según lo describe Eliachevitch, que es “un período durante el cual las diferentes instituciones soviéticas discuten las condiciones de sus contratos”. Durante estas discusiones, cada una de ellas busca para sí el mejor provecho, y es natural que se asomen fenómenos de competencia comercial que no han dejado de preocupar a las autoridades socialistas.

Es interesante observar que, en la economía socialista, el contrato ha prolongado su influencia porque aún las mismas empresas nacionalizadas tienen una organización comercial. Por eso dice Savatier que ello se explica por razón de “la contabilidad”. Es por este carácter comercial y por la autonomía contable que se concede a las empresas, que se puede saber si ellas producen pérdidas o ganancias, así como también si están bien manejadas, y si los funcionarios a su cargo cumplen con la plenitud de sus responsabilidades. Las ganancias o las pérdidas de las empresas no pertenecen sino al Estado. Este fenómeno económico comprendido por los autores soviéticos bajo los términos del “cálculo económico”. Savatier, en su obra trae unas citas de Eliachevitch, que se refieren a palabras pronunciadas por el ex canciller Molotov, y que dicen así: “El contrato es el mejor medio de combinación del Plan Económico con los principios del cálculo económico...”. “El Consejo de Comisarios del Pueblo decreta que las relaciones del contrato entre las organizaciones económicas deben ser reforzadas, porque es una de las condiciones más importantes de la realización del cálculo económico y del cumplimiento del Plan” (79). Como demostración del papel cumplido por la noción contractual en el Derecho Soviético, y de la jerarquía que se le concede por sus teóricos y dirigentes principales, nada más significativo y elocuente. Si la noción contractual se ha transformado profundamente, ella conserva todavía parte de su antigua importancia jurídica y social.

Esto se refiere, naturalmente, a los contratos del sector socializado, porque en el sector privado la importancia de la noción es más

respetada. Aunque, como tuvimos ocasión de anotar, el contrato no conserva la categoría que goza en los Derechos tradicionales, y su campo de aplicación y efectos jurídicos son limitados por consideración a las supremas necesidades sociales.

En el Código Civil de la URSS, los contratos conservan su jerarquía de fuente principal de las obligaciones, dentro de las características y limitaciones que hemos descrito anteriormente. Los principios jurídicos que rigen el derecho de los contratos están contenidos en los arts. 1º y 4º de ese estatuto. El primero dice que “la ley protege los derechos civiles, excepto en los casos en que se ejercen en un sentido contrario a su finalidad económica y social”. Esta disposición esencial del régimen de los contratos y definidora del espíritu general que anima al sistema jurídico, es complementada por el art. 4º que expresa lo siguiente: “Con el fin de desarrollar las fuerzas productoras del país la República Socialista Federativa de los Soviets de Rusia reconoce la capacidad civil, la capacidad de tener derechos y obligaciones, a todos los ciudadanos no disminuidos en sus derechos por la justicia”.

El precepto consagrado en el art. 4º constituye una concepción nueva y original en la doctrina jurídica porque se aparta completamente del concepto tradicional sobre la capacidad de las personas. El Derecho Individualista reconoce a la persona humana en razón de la igualdad, que es uno de sus atributos, la capacidad, y ella es considerada como un derecho absoluto que le asegura el ejercicio de todos sus derechos, cuando no son contrarios a la ley. Pero esta nueva concepción de capacidad la concibe como un derecho relativo, porque los derechos patrimoniales concedidos por el orden jurídico existen mientras cumplen con el fin de desarrollar las fuerzas productoras del país; si dejan de cumplir con este fin, se extinguen y no se les garantiza. Como lo dice Horacio Castro, “son capaces las personas que cumplen, con su aportación, la obligación que se les había impuesto (cooperar con su trabajo a la producción nacional). Se les impone la siguiente norma: obra de modo que tus actos no perturben a las fuerzas productoras del país” (80).

Como lo adelantamos en su lugar, esta concepción consagra en el Derecho las tesis objetivas, las cuales le atribuyen la primacía al Estado sobre el individuo, y que únicamente reconocen los derechos subjetivos cuando satisfacen las superiores exigencias de las necesidades sociales.

El principio de la libertad contractual no es consagrado en el Código por el Derecho Soviético, como es obvio. En el Código Civil existen, al lado de las muchas normas imperativas, las normas dispositivas – entre las cuales están las que se refieren a los contratos tipos o principales -, que, como su nombre lo indica, solo rigen a falta de acuerdo expreso de las partes contratantes. Esto es lo que ha llevado a algunos autores a afirmar que “la libertad contractual existe en Derecho Soviético, ciertamente, no en una forma absoluta, sino como un principio que permite a las partes fijas libremente, en los límites del derecho imperativo, el contenido de sus relaciones jurídicas” (Eliachevitch, ob. cit. 81). Este concepto es corroborado por Alessandri Rodríguez: “... En la actualidad los ciudadanos de ese país gozan de la autonomía de la voluntad en los términos que el propio Código determina, y puede por lo tanto, pactarse toda clase de contratos, sean o no de los reglados por la ley” (82).

Es entendido que las reglas imperativas son innumerables, y que las restricciones al libre juego de la voluntad individual alcanzan el grado eminente de una intervención del Estado que dirige autoritariamente los principales resortes de la economía y de la vida social. Eliachevitch apunta al respecto que las restricciones que el derecho aporta a la autonomía de las voluntades son dobles. En primer lugar, ciertos contratos como ciertas condiciones contractuales son prohibidas, de otra parte, la ley ordena reglar ciertas relaciones no como bien le parezca a las partes contratantes, sino de acuerdo con disposiciones imperativas (83).

El mismo autor observa, con sobrada razón, que este último aspecto no es desconocido en los Derechos tradicionales, como nosotros lo hemos analizado. Es, pues, una diferencia formal, no sustancial, porque los fenómenos del intervencionismo del Estado y de la economía dirigida se han reflejado en una transformación

similar en las relaciones contractuales de los países individualistas. Y termina su análisis diciendo que el Derecho Soviético se caracteriza por un entorno del formalismo, porque el orden público del Estado aparece siempre como un espectro en las regulaciones contractuales.

Este análisis somero nos ha servido para fijar el papel que desempeña el contrato en el Derecho Soviético. A pesar de las grandes transformaciones que él presenta en su naturaleza y en su técnica, no se puede negar que, pese a los propósitos iniciales de desterrarlo completamente de la vida jurídica, demostrados sobre todo en las primeras épocas, el Derecho Soviético se ha visto obligado a reconocerlo, y a garantizar a la libertad individual un cierto ámbito, dentro de los límites ideológicos del sistema social. Claro que se trata de otro tipo de contrato, producto de una economía y una sociedad nuevas, pero ya expusimos cómo no hay que pensar que la idea de contrato corresponde a un esquema inmutable y eterno, porque entonces ni los contratos civiles modernos, propios de los Derechos Individualistas, podrían aspirar a recibir ese nombre.

De este estudio se deduce que el contrato sobrevive como noción jurídica, aún en una sociedad socialista. Julliot de la Morandière confirma esta conclusión al afirmar que “se trata entonces de hacer actuar a hombres dotados de una cierta voluntad, pero en lugar de que la regla de derecho nazca de la voluntad individual, se impone a ésta como imperativo la necesidad social, y el acto jurídico carece de valor más allá de la medida en que se ejercita conforme a las necesidades sociales (84).

Por su parte, René Savatier, desde su insospechable punto de vista liberal, aunque influido por las tendencias sociales, dice que el contrato es un testimonio de la libertad del hombre y una prenda de la seguridad jurídica; y que su supervivencia en la economía socialista, hasta en el sector socializado, se explica porque “el contrato da él solo la seguridad, no en verdad al particular, sino a la sociedad misma. Es por esto que es un instrumento necesario del cálculo económico” (85).

5. CONCLUSIONES

Hemos llegado al término de esta investigación sobre las transformaciones jurídicas y sociales que se han operado en la noción de contrato. ¿Será preciso insistir nuevamente en las apreciaciones que nos han provocado estas transformaciones, a lo largo de este ensayo? No creemos indispensable repetir una argumentación que se ha perfilado con suficiente extensión e intensidad, y de acuerdo con convicciones bien meditadas. Por eso apenas consideramos oportuno hacer un breve resumen de las tesis centrales, a manera de conclusiones.

Creemos que es indiscutible un desplazamiento de la doctrina hacia la socialización de los contratos, que se ha reflejado ya en consagraciones legislativas. Esa socialización no es un fenómeno nuevo, por cuanto ha sido analizada brillantemente por Josserand, pero indudablemente, a medida que se desenvuelven los hechos sociales, ella se desarrolla en mayor grado. Esta socialización de los contratos, producto de los fenómenos de la economía contemporánea, ha traído consigo su colectivización y una serie de nuevos fenómenos jurídicos que han transformado radicalmente los postulados clásicos individualistas. Naturalmente esta socialización no es un hecho aparte sino que se vincula a un fenómeno general que afecta todo el sistema jurídico, y que, responde también a una transformación política representada en la evolución de las funciones del Estado, que deja de ser el personero de las ideas del “laissez faire” y del “laissez passer” para convertirse en el instrumento de las necesidades sociales y, por lo tanto, interviene cada vez más en la vida económica, para nivelar las desigualdades existentes y asegurar a todos los miembros de la nación una auténtica libertad y una justicia efectiva. Esta intervención estatal se refleja directamente en las relaciones contractuales, para crear el tipo del “contrato dirigido”, de que habla Ripert, y el cual invade todas las legislaciones, aún las más caracterizadamente individualistas. Y ello implica, como es lógico, limitaciones de gran alcance al antiguo principio de la autonomía de la voluntad, que ya no es más el desiderátum del derecho de los contratos, porque la presencia del Estado se concreta

en una legislación imperativa, que tiende a proteger a las clases desfavorecidas de la fortuna y que, en tal virtud, establece un control del libre juego de las voluntades privadas.

Este dirigismo contractual se distingue porque le atribuye al Juez una misión casi creadora en sus fallos judiciales. El Juez puede entonces entrar a calificar el contenido de la relación contractual por medio de la aplicación de las nociones de orden público, buenas costumbres, causa ilícita, vicios del consentimiento, lesión, revisión por imprevisión, las cuales le permiten examinar a fondo la finalidad de los actos jurídicos en una extensión tal que nunca imaginaron los autores clásicos.

Este es el proceso que Josserand describe así: “Un Régimen de reglamentación, de control, ha sucedido al reino de la autonomía de la voluntad privada y de la libertad contractual; la concepción del proteccionismo tiende a sustituir la del libre cambio; el individualismo revolucionario queda atrás; el derecho nuevo realiza una socialización al mismo tiempo que una ‘pubicisation’ del contrato” (86).

Esta tendencia ha sido examinada por eminentes autores. Ripert la analiza con admirable sagacidad en su obra: “El régimen democrático y el derecho civil moderno”, y afirma que ella ha dado lugar a un derecho de clase, surgido como consecuencia de los factores económicos y de la organización de los trabajadores en sindicatos, y que se distingue, según sus propias palabras, por “la idea de que la legislación civil debe ensayar corregir, por una desigualdad de tratamiento, las desigualdades sociales” (87). Savatier también estudia este aspecto y llega a acuñar una nueva terminología: la de la proletarización del derecho civil, que para él está representada en la crisis de los principios civilísticos burgueses, y que se expresa en el debilitamiento del derecho de la fortuna adquirida, en la preponderancia actual de la persona sobre los bienes y en la valorización del trabajo en relación con el capital.

De modo, pues, que estos hechos nuevos se imponen a la consideración del estudio científico, con la fuerza de su propio

dinamismo. El intervencionismo de Estado se expresa en el campo del derecho en el sentido de alcanzar la meta de una justicia efectiva y no puramente abstracta; la meta de la “justicia concreta” de que hablan los autores y que se deduce del caso particular de la vida real o del conflicto de intereses, concepto con el cual se le atribuye también al Juez una tarea particularmente difícil y de inocultable eficacia social.

Es innegable de otra parte que, dentro de las transformaciones que se han traducido en los contratos, y que los impregnan de sentidos nuevos, en el derecho civil de los países en que rigen las ideas democráticas liberales, la institución alcanza un auge inusitado en proporción al prodigioso desarrollo de la economía capitalista.

En ese Derecho individualista cumplen hoy una altísima función los principios generales de derecho, que hemos estudiado, y cuyo desarrollo ideológico sufre un impulso extraordinario. A la noción de la buena fe, por ejemplo, se le concede una categoría de principio superior que impregna todas las relaciones jurídicas. Los contratos modernos se rigen por la buena fe, y en ellos obligan a las partes los usos, la equidad y todo lo que pertenezca a su naturaleza, como lo dice Jossierand. Y la doctrina se desenvuelve con aplicaciones concretas, hasta el punto de que se “distingue” el principio de la buena fe - creencia, vinculado a las múltiples hipótesis del derecho aparente, del principio de la buena fe - probidad, con el que procura determinar el honesto contenido de los actos y proveer una norma flexible para su interpretación y ejecución” (88). La noción vulnera el principio de la fuerza obligatoria de los contratos, y busca su operancia práctica por medio de la aplicación de las teorías de la lesión, de la causa ilícita, de la imprevisión, etcétera.

En fin, sobre la polémica que se ha trabado en la doctrina acerca de la desaparición o supervivencia del contrato, creemos haber expresado en medida suficiente nuestra opinión. Al no distinguir en el contrato una naturaleza inmutable y rígida, tampoco admitimos su desaparición por el hecho de que se haya nutrido su contenido con los nuevos factores económicos y sociales. Su supervivencia aún en

el sistema político socialista, no obstante los pronósticos de muerte que contra él se hicieron, es la prueba más palmaria y elocuente de que, mientras sea indispensable recurrir a la manifestación de las voluntades humanas, el contrato conservará su significación en la historia del derecho y de la cultura universal. No se comprende entonces en qué tipo de sociedad podrá darse la aventurada hipótesis aludida si no es en aquella criatura de utopía que pertenece a los planteamientos de las filosofías políticas.

En el Derecho Colombiano, el contrato del Derecho Civil conserva su naturaleza y sentido tradicionales, aunque la jurisprudencia ha recibido con generoso criterio las grandes corrientes modernas y las tendencias socializadoras. En leyes especiales, también las nuevas orientaciones jurídicas se han expresado en nuestro Derecho. Y en el Derecho del Trabajo, tanto en el Individual como en el Colectivo, las nuevas realidades se han impuesto soberanamente, no solo en la doctrina jurídica sino en la legislación. En este aspecto, el Derecho Colombiano marcha al día con las más avanzadas corrientes doctrinarias. Y la orientación ideológica es francamente progresista. Un significativo síntoma de este aserto es el movimiento de opinión para que sea abolida la cláusula de reserva en los contratos de trabajo, con lo cual se haría una nueva y radical limitación a la expresión de la voluntad patronal en el contrato. Y esto se hace en nombre de muy respetables intereses sociales para prevenir conflictos muy difíciles y asegurar al trabajo nacional la garantía de su estabilidad.

Es que un nuevo concepto de libertad, fiel al dinamismo social, domina en el pensamiento contemporáneo. Más auténtico, más real, más aterrizado. El profesor Luis López de Mesa, en reciente conferencia en el Teatro Colón de Bogotá, hacía eco de esta evolución filosófica, al glosar la célebre frase de Benedetto Croce: “La historia es el proceso de la libertad”. El ilustre pensador colombiano expresó que la frase de Croce no es comprensiva del verdadero fenómeno porque, más bien, lo evidente es que la historia es el proceso de la liberación. Para buscar esta meta de la liberación cedemos hoy un poco de libertad, y entonces anhelamos, ante todo, la conquista de un bienestar eficaz. Cambiamos, en verdad, libertad por eficacia. Y

por eso comprometemos todos nuestros esfuerzos en la liberación de la miseria, la ignorancia y la injusticia. Recordemos, al efecto, que Radbruch, en su admirable definición de los Derechos Humanos, transcrita anteriormente, consagra esta posición doctrinaria.

Sin duda, al oír esas ideas de labios del profesor López de Mesa, cuando ya estábamos dando término a esta Tesis de Grado, pensamos que a las doctrinas y pensamientos que aquí hemos expuesto les había surgido otro ilustre patrocinio, porque ellas resumen, en alto grado, la orientación que ha dominado en nuestro ensayo, que no pretende nunca señalar como meta el sacrificio de la libertad, sino que aspira a que ésta se llene ahora de un contenido eficaz y que, a su lado, como expresión inmarcesible de lo más grande que alienta en la inteligencia humana, se ponga la justicia económica y social, para que, en el marco de una rigurosa autenticidad, la libertad nuestra pueda ejercerse junto a la libertad de los demás.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(1) Rocamora Valls, Pedro. Libertad y voluntad en el derecho. Madrid: Gráficas Valera, 1947. p.25.

(2) *Ibíd.*, p. 26.

(3) Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, s.f. Tomo I. (A). p. 963.

(4) Risolia, Marco Aurelio. Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil. Buenos Aires: Editorial Valerio Abeledo, 1945. p. 64. Nota que cita a Rudolf Von Ihering a su obra *El Espíritu del Derecho Romano*.

(5) Rocamora, *Op. cit.*, p. 40.

(6) Radbruch, Gustav. Introducción a la filosofía del derecho. México- Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1955. p. 110.

(7) *Ibíd.*, p. 109.

(8) Rocamora, *Op. cit.*, p. 45.

- (9) *Ibíd.*, p. 46.
- (10) Rousseau, Jean Jacques. *El contrato social*. Libro II. Capítulo IV.
- (11) Duguit, León. *Las transformaciones del derecho público*. Madrid. p. 45.
- (12) Risolia, *Op. cit.*, p. 54. Cita a Kant.
- (13) Sánchez Viamonte, Carlos. *Democracia y socialismo*. Buenos Aires: Claridad, 1947. p. 83.
- (14) D'Aguzzo, José. *Génesis y evolución del derecho*. Buenos Aires: Impulso, 1943. p. 572.
- (15) Cabanellas, Guillermo. *Los fundamentos del nuevo derecho*. Buenos Aires: Americanas, 1945. P. 86. Cita a Bekkerath.
- (16) Radbruch, *Op. cit.*, p.160.
- (17) *Ibíd.*, p. 89.
- (18) Risolia, *Op. cit.*, p. 58.
- (19) Rocamora, *Op. cit.*, p. 59.
- (20) Risolia, *Op. cit.*, p. 41.
- (21) Duguit, León. *Las transformaciones del derecho privado*. Francisco Beltrán, p. 70.
- (22) Cabanellas, *Op. cit.*, p. 179.
- (23) Rocamora, *Op. cit.*, p. 90.
- (24) Risolia, *Op. cit.*, p. 196.
- (25) De la Morandiere, Julliot. *La noción de orden público en derecho privado*. (Francisco Blasco y Fernández de Moreda, tr.). Bogotá: Alberto González Ortiz y A. Hernández Mora editores, 1956.
- (26) Ripert, Georges. *La regla moral en las obligaciones civiles*. Comentarios de Hernando Devis Echeandía. Bogotá: La Gran Colombia, 1946. p. 62 y 63.

(27) Devis Echandía, Hernando. Comentario en el libro de Ripert. p. 61.

(28) Risolia, Op. cit., p. 50.

(29) De la Morandiere, Op. cit., p. 37 y ss.

(30) Risolia, Op. cit., p. 78-79.

(31) *Ibíd.*, p. 79.

(32) Valencia Zea, Arturo. Conferencias de obligaciones.

(33) Jossierand, Louis. Derecho civil. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores, 1950. Tomo II, Vol. I. p. 109.

(34) Ripert, Georges. Le régime de démocratie et le droit civil moderne. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1948. p. 4.

(35) Duguit, Op. cit., p. 22.

(36) Rocamora, Op. cit. p. 194.

(37) Cabanellas, Op. cit., p. 137.

(38) Cosentini, Francisco. La reforma de la legislación civil y el proletariado. Madrid: Francisco Beltrán, 1921. p. 401.

(39) Savatier, René. Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui. Paris: Dalloz, 1948. p. 13.

(40) Cabanellas, Op. cit., p. 100.

(41) Dikoff, L. La evolución de la noción de contrato. En: Estudios de Derecho Civil a la memoria de Henri Capitant. p. 206.

(42) Risolia, Op. cit., p. 63.

(43) Cosentini, Op. cit., p. 434.

(44) Cosentini, *Ibíd.*, p. 435.

(45) Von Thur, Andreas von. Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán. Buenos Aires: Depalma, 1948. vol. III.

(46) Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil. Bogotá: Temis, 1957. p. 85. Tomo I.

(47) Risolia, Op. cit., p. 100.

(48) Josserand, Louis. L'essor moderne du concept contractuel, en: Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Géný. : Librairie du Recueil Sirey, Tomo II. p. 337 a 346.

(49) Valencia Zea, Arturo. Conferencias, cit, pp. 150 y ss.

(50) Cabanellas, Op. cit., p. 78.

(51) *Ibíd.*, p. 114.

(52) Ripert, Georges. Aspects juridiques du capitalisme moderne. París: Librairie ge ne rale de droit et de jurisprudence, 1951. p. 256.

(53) Savatier, Op. cit., p. 35.

(54) Duguit L., Las transformaciones del derecho privado. Op. cit., p. 40.

(55) Cabanellas, Op. cit., p. 109.

(56) Risolia, Op. cit., p. 112.

(57) Savatier, Op. cit., p. 71.

(58) Josserand, Derecho civil, p.p. 285 y 288.

(59) Rocha Antonio. Conferencias.

(60) De la Morandiere, Op. cit., p. 319.

(61) Ripert, Georges. El orden económico y la libertad contractual. En: Recueil d'études sur "Les sources de Droit Civil", Op. Cit. p. 352 y ss.

(62) De la Morandiere, Op. cit., p. 202.

(63) Planiol, M., Ripert G. Compendio de Derecho Civil. Ediciones Iberoamericanas. México.

(64) Valencia Zea, Op. cit., p. 380.

(65) Radbruch, Op. cit., p. 161.

(66) Duguit, Las transformaciones del derecho privado. Op. cit., p. 154.

(67) Cabanellas, Op. cit., p. 296.

(68) Duguit L., Op. cit., p. 107.

(69) Radbruch, Op. cit., p. 162.

(70) Dikoff, Op. cit., p. 211.

(71) *Ibíd.* p. 217.

(72) Valencia Zea, Op. cit., p. 231.

(73) Radbruch, Op. cit., p. 165.

(74) Savatier, Op. cit., p. 40.

(75) Santa Pinter, José Julio. Sistema del Derecho Soviético: análisis esquemático. Buenos Aires: Depalma, 1957. p. 2 y 5.

(76) David, René. Derecho Civil Comparado. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1953. p. 328.

(77) Aguirre, Manuel Agustín. Lecciones de Marxismo, Imprenta de la Universidad de Quito, Ecuador 1950. Vol II. p. 213.

(78) Savatier, Op. cit., p. 85.

(79) *Ibíd.*, p. 102.

(80) Cabanellas, Op. cit., p. 196.

(81) Eliachevitch, Basile; TAGER, Paul; NOLDE, Boris, Barón. En colaboración con B. Elkin, et al. *Traité de droit civil et commercial des soviets*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1930. Tomo I. p. 53.

(82) Cabanellas, Op. cit., p. 198.

- (83) Eliachevitch, Op. cit., Tomo II. p. 56.
- (84) De la Morandiere, Op. cit., p. 122.
- (85) Savatier, Op. cit., p. 87.
- (86) Risolia, Op. cit., p. 129.
- (87) Ripert, Le regime democratique et le droit civil moderne, Op. cit. p. 351 y 352.
- (88) Risolia, Op. cit., p. 165.



Luis Carlos López y la poesía moderna¹

TESTIMONIO PERSONAL

Para complacer a tan distinguido auditorio y para colaborar con la feliz iniciativa del presidente del Club de Abogados, doctor Jorge Enrique Molina, decidí analizar sin muchas pretensiones, porque no soy crítico literario, la figura y la obra del poeta Luis Carlos López, que desde mi juventud me suscitó profunda admiración, y les voy a explicar por qué con una anécdota:

Corría el año de 1954 y en el mes de junio se produjo el trauma político y social que dio término a la luna de miel con el gobierno militar imperante. Los estudiantes de la Universidad Nacional estábamos comprometidos en la celebración de los carnavales, con reinado estudiantil incluido y en el programa no se desconocía la actividad cultural. Se previó un ciclo de conferencias en la Biblioteca Nacional y a mí se me asignó una cuyos carteles de propaganda llegaron a publicarse. El día señalado para la conferencia era el 9 de junio de aquel año trágico y el tema que para esas calendas quizá tenía alguna novedad se titulaba “La poesía social de Luis Carlos López”. Pero de pronto el asesinato de Uriel Gutiérrez el 8 de junio y al día siguiente el de los catorce compañeros estudiantes convirtieron a la universidad, a sus residencias estudiantiles y al país en un campo de batalla, en el que se formalizaron las primeras auténticas actitudes de oposición al régimen de la naciente dictadura.

¹ Conferencia dictada en el Club de Abogados.

El ensayo juvenil, que estaba escrito se perdió en los extravíos y mudanzas de aquellos días angustiosos y plenos de incertidumbre. Por las mismas circunstancias no fue reconstruido, ya que los tiempos no eran propicios para volver sobre los pasos perdidos. Pienso que de entonces a este tiempo algunas de las tesis que incipientemente se esbozaban en ese ensayo sobre la poesía de Luis Carlos López, han sido desarrolladas con lucidez y fortuna de críticos literarios profesionales, como Jorge Zalamea en su “Comedia tropical” (1962), Guillermo Alberto Arévalo en su “Obra poética de Luis Carlos López”, (1976), y en “La sátira y la antipoesía de Luis Carlos López” de James J. Alstrum (1986), entre otros.

Posteriormente, dediqué muchos años de mi vida en el periodismo a *El Universal*, el diario de Cartagena, fundado por el doctor Domingo López Escauriaza, ilustre político y periodista, hermano del poeta Luis Carlos López. Por eso durante mucho tiempo pude obtener testimonios de viva voz del insigne periodista sobre su hermano, su vida y su obra, algunos de los cuales expresó en una excelente columna que escribió en su propio diario, en forma de cartas al Director, con el pseudónimo de Nonagenario, desde el 10 de julio hasta el 20 de agosto de 1966. Es una lástima que tan valioso testimonio literario y humano no haya sido recogido en forma editorial, que permita su consulta permanente a los estudiosos de la obra del poeta.

De modo que estas circunstancias son las que me permiten traerles aquí el testimonio personal sobre un poeta cuya obra ha recibido el reconocimiento de la crítica especializada y cuyos valores literarios se proyectan por fuera de las fronteras patrias y en el prestigio de varias lenguas universales, sin que por ello en este país de don Rafael Núñez y Antonia la Pelada - como él mismo lo dijo- sea mucho el conocimiento que se tiene de la vida y la obra de Luis Carlos López, el singular e inimitable “Tuerto” de Cartagena de Indias.

II. César Fernández Moreno, en su excelente ensayo sobre “América Latina en su literatura” destaca cómo luego de la eclosión del modernismo en la poesía con su máximo pontífice Rubén Darío

y con esa obra inmortal que es “Azul” y aquella nueva sensibilidad que se reiteró en *Cantos de vida y esperanza* porque era:

Y muy siglo dieciocho y muy antiguo
y muy moderno: audaz, cosmopolita
con Hugo fuerte y con Verlaine ambiguo y
una sed de ilusiones infinita

Surgen a partir de los años veinte dos tendencias: la de aquellos poetas que reaccionaban contra ciertos actos del modernismo, para enmendar excesos o defectos, a la que se llamó posmodernista y la de otros, más audaces, que querían llevar hasta sus más radicales consecuencias las tendencias del modernismo hacia la reacción individual y la libertad del artista, negando y destruyendo el pasado, a la que llamó ultramodernismo. Las formas de reacción de los primeros búsqueda de la simplicidad y la intimidad lírica, reacciones contra la tradición clásica, contra el romanticismo, contra el prosaísmo sentimental o contra la sensibilidad y las formas modernistas por medio de la ironía, nos advierten ya que en esta línea figuraban quienes preferían variaciones moderadas del gusto y de los temas, aunque ello no excluya que en este grupo aparezcan poetas tan originales e interesantes como los colombianos Porfirio Barba Jacob (1883-1942) y Luis Carlos López (1883-1950)²

Este concepto del destacado crítico citado también es compartido por un juicioso y meritorio analista de la obra de López, James J. Alstrum, en su ensayo titulado *La sátira y la antipoesía de Luis Carlos López*, publicado por el Banco de la República. Este autor, si bien reconoce que entre los modelos literarios que suscitaron la escritura antipoética de López figuran en primer plano los nombres de José Asunción Silva, Julio Herrera y Reissig, Guillermo Valencia, y desde luego, Rubén Darío, señala cómo la actitud de López es la del poeta rebelde por excelencia a toda la tradición lírica nacional, como lo enfatizó el maestro Rafael Maya al decir “en este país de abundante

² César Fernández Moreno, *América Latina en su literatura*, México, Siglo XXI Editores, 1986, pag. 87

lirismo y de caudaloso ritmo sentimental, los versos de Luis Carlos López constituyen un reto y un desafío. Desentonan abiertamente con toda la tradición poética colombiana”.³

Original, antirromántico, rebelde a toda la tradición lírica colombiana, realista y con connotaciones de poesía política y social, son las notas que destacaremos de la obra formidable del poeta cartagenero, con fama ciertamente universal.

III. Recojamos los principales datos biográficos. Luis Carlos López Escauriaza nació en Cartagena el 11 de junio de 1879, hijo de don Bernardo López Besada y de doña María Concepción Escauriazaza Iriarte. Fue el mayor de once hijos, entre los que se destacó el ya mencionado doctor Domingo López Escauriaza, insigne periodista, político, exgobernador del Departamento, exembajador de la República y uno de los más reconocidos dirigentes liberales de Cartagena y de Bolívar por su ilustración y rectitud. Luis Carlos López hizo sus estudios de medicina en la Universidad de Cartagena, que se vio obligado a suspender por las incidencias de la guerra civil de los mil días. López contrajo matrimonio con doña Aura Marina Cowan Tono, con quien tuvo tres hijos: Bruno, Marina y Carlos José.

Ante tales circunstancias, Luis Carlos López y sus hermanos se dedicaron al comercio con su padre, trabajando en el Almacén “Bernardo López e Hijos” y al morir el progenitor el establecimiento cambió su nombre por el de “López Hermanos”. El almacén también participaba del concepto de librería, en donde finalmente se formó una tertulia literaria. Es fama que allí se mantenía una vinculación con lo último que se publicaba en Europa, especialmente en Madrid y París, y de ahí que tanto Luis Carlos como su hermano Domingo mantuviesen una muy vasta y profunda información literaria y política, y que allí llegaran, según las reglas de la época, fácilmente las importaciones de los libros de las grandes capitales europeas y de Latinoamérica. Por eso Luis Carlos y Domingo especialmente

³ James J. Alstrum. *La sátira y la antipoesía de Luis Carlos López*, Bogotá, Colección Bibliográfica del Banco de la República, 1986.

tenían un conocimiento de primera mano de la obra de Unamuno y Machado y de todos los grandes escritores de la generación del 98. Además conocían muy a fondo los clásicos, y los escritores franceses, alemanes y rusos. De ahí que no fuera malicioso el gracejo que apuntaba que los mejores clientes de los libros importados eran los propios hermanos López Escauriaza.

Como todo colombiano que se respete, Luis Carlos López estuvo tentado por el demonio de la política. En 1913 fue candidato a la Cámara de Representantes por el partido republicano que lideraba el expresidente Carlos E. Restrepo, de quien fue admirador y amigo. Sin embargo, con las costumbres electorales de la época, que después se han agudizado en el sentido que todos conocen, no tuvo la oportunidad de llegar al Congreso, lo que sí pudo alcanzar su hermano Domingo, pero en otra época y bajo excepcionales circunstancias.

Superado este episodio, Luis Carlos López dirige sus energías al periodismo. Funda revistas literarias como Líneas y Rojo y Azul, y el periódico Juventud, en donde según Arévalo, publicó sus primeros poemas. En 1915 fundó en Cartagena La Unión Comercial, dirigida por él y por sus hermanos Domingo y José Guillermo López Escauriaza, y que tenía la particularidad de que se editaba en español y en inglés, lo que da la medida de las cosas singulares que ocurren en Colombia, sobre todo si se tiene en cuenta que apenas cifraba el año de 1915. Si bien el periódico tenía un objetivo comercial, como lo indicaba su nombre, no por ello no se incluyeron temas y debates sobre los aspectos económicos y sociales.

La primera versión de *Por el atajo*, la editó Luis Carlos López en 1920, que tiene una edición definitiva en 1928. Mientras tanto, colabora con su hermano Domingo que ya había fundado La Patria, hasta cuando en 1928 es nombrado cónsul en Múnich. A su regreso dirige la Imprenta Departamental de Bolívar y la Biblioteca Fernández de Madrid, tan vinculada a la tradición y ejecutorias de la Universidad de Cartagena. En 1937 ocupa un nuevo consulado, esta vez, el de Baltimore, por gestión del expresidente Eduardo

Santos. En estos intermedios su presencia es vital en El Bodegón, una tertulia que bajo la dirección del rey don Jacob Del Valle reunía lo más granado de la inteligencia y de la bohemia de la ciudad amurallada y colonial.

Los últimos años de su vida fueron apacibles, rodeado del afecto de su familia y de quien se constituyó finalmente en el jefe de todos sus hermanos: el doctor Domingo López Escauriaza, quien por sus virtudes personales dirigía con su autoridad las relaciones familiares. En Cartagena murió el 30 de octubre de 1950.

La obra de López, como aparece reseñada por sus últimos autorizados comentaristas, apareció publicada así:

De mi villorio, Madrid, Imprenta de la Revista de Archivos, 1908.

Posturas difíciles, Madrid, Librería de Pueyo, 1909.

Varios a varios, publicado conjuntamente por Luis C. López. Abraham Z.

López Penha, y Manuel Cervera, Madrid, Librería Pueyo, 1910.

Por el atajo, Cartagena, J.V. Mogollón & Cía. 1920.

Por el atajo, segunda edición, Cartagena, s.p.s. 1928.

Poe el atajo, México, Librería y Ediciones Botas, S.A. 1966.

Por el atajo, Cartagena, Editora Bolívar, 1975.

Además existen numerosas antologías, entre ellas la *Comedia Tropical*, de Jorge Zalamea, pero sorprendentemente a los críticos y estudiosos se les ha escapado mencionar la primera quizá, por la que la poesía de Luis Carlos López empezó a divulgarse y que es la de los cuadernillos de Poesía de Simón Latino. pseudónimo que correspondió en vida al escritor, profesor y jurista Carlos H. Pareja.

IV. Luis Carlos López y Cartagena

Para tener una mejor comprensión de la personalidad de Luis Carlos López hay que situarlo en la Cartagena de Indias en donde desarrolló su parábola vital. La Cartagena de principios de siglo era una pequeña ciudad de más o menos treinta mil habitantes, como lo apuntan los exégetas de su obra. Y eso dentro del contexto del país que también demoraba en su crónico subdesarrollo y atraso, aumentado con las secuelas de las continuas guerras civiles. Era un país de economía pastoril, apenas en el proceso de dar sus primeros pasos en la organización institucional, pues la célebre Constitución de 1886 que lo había definido como una República unitaria casi que no se cumplía por la prevalencia de unas disposiciones transitorias y el hecho político y social de una guerra civil que destruyó toda seria política de integración y progreso y produjo a poco el doloroso cercenamiento de Panamá, como secuela de tantos errores históricos de ambos partidos tradicionales. Es, precisamente en 1910, en donde se produce una solución típicamente colombiana entre los partidos para tratar de superar la crisis institucional y política, con un entendimiento entre ellos para garantizar elementales derechos políticos y el respeto a las normas de la Constitución Política, con el establecimiento de un régimen de control constitucional por vía de acción pública y de excepción, con todo lo cual se adelanta este sistema jurídico inclusive a la obra de las naciones más civilizadas de Europa. Son estas las sorpresas y enormidades que se producen en el trópico y a las cuales no son ajenas las originalidades de un poeta como Luis Carlos López.

Naturalmente, no a título de homenaje y exaltación, sino como objetivo juicio histórico, es preciso reconocer que Cartagena tiene un papel protagonista en la vida de la nación, desde los tiempos coloniales. Allí están las investigaciones históricas de ese gran humanista que es don Eduardo Lemaitre Román, en su magna *Historia de Cartagena*, de don Nicolás del Castillo Mathieu y de don Ramón de Zubiría, para demostrar este aserto. Pero así como los pueblos tienen un alto periodo de desarrollo, lo encuentran también de decadencia y atraso. Y, por desgracia, la época bajo la que vivió y escribió Luis Carlos López es una de decadencia.

La que se ha llamado ciudad-museo apenas suspiraba por el recuerdo de las glorias pretéritas. Por eso la ciudad no desarrolla sus potencialidades económicas y sociales y queda convertida en una modesta parroquia.

Un villorrio, como dijo su poeta, que ni siquiera tuvo la capacidad de comprenderlo

Pero no solo era Cartagena para decirlo en términos que tengan alguna objetividad y ponderación. Desde comienzos de siglo y apenas llegado a 1930, el país vivió un período en suspenso, casi detenido, no obstante que en el interregno se produce nada menos que un episodio tan fundamental como la primera guerra mundial. Pero la política y el gobierno vivían “un dejar hacer y un dejar pasar” que carecían de dirección y estímulo, para una nación que no se integraba a la dinámica de la vida económica, social y política del mundo, y ni siquiera de Latinoamérica.

Hay un soneto de Luis Carlos López que retrata magistralmente esta situación, y que recoge su protesta cuando se ve obligado a clausurar su revista Líneas, y que representa la connotación política y social, que constituye sin lugar a dudas uno de los méritos fundamentales de su poesía: Helo aquí:

“Mi burgo”

(Con motivo de tu muerte, Líneas)

“Señor, ten piedad de tu pueblo y sálvalo de la ruina”

Jeremías cap. V, VII.

Los mismos rudimentos de hace tres siglos...

Nada de una protesta. Todo completamente igual:

callejas, caserones de ventruda fachada

un sopor, un eterno sopor dominical.

Población anodina, roñosa, intoxicada

de incuria - aquella incuria del tiempo colonial

con su falsa nobleza de acéfalos, minada

por el fraile y la hueca política venal.

*Pobre tierra, caduca tierra que tanto quiero,
que hoy rumia mansamente su estolidez, venero
de las intransigencias del medio parroquial,*

*que aún vive —si es acaso vivir en la atonía
de lo incurable— bajo la risueña ironía
de un cielo azul, de un cielo siempre primaveral...*

Pero también, en contraste con esta actitud, que amor a su ciudad demostró siempre el poeta de la sátira incorregible. Si no que lo diga su soneto cuando lo nombraron cónsul en Múnich:

*“...abandoné mis lares
Marcando rumbo hacia
Remotos climas”.
Núñez de Arce*

*“Adiós”
¡Adiós, rincón nativo!... Me voy y mi pañuelo
parece un ave herida que anhela retornar
mientras singla el piróscapo, bajo el zafir del
cielo, cortando la infinita turquesa de la mar.*

*¡Nunca podré olvidarte, noble y heroico suelo de
mis antepasados!... No te podré olvidar ni aun
besando a una chica que sepa a caramelo ni
aun jugando con unos amigos al billar...*

*Pero al imaginarme que yo no pueda un día
tornar a tu recinto, ¡con qué melancolía
contéplote a lo lejos, romántico rincón!...*

*Porque ¡ay! todo es posible, no exótico y extraño;
si el destino de pronto me propina un buen baño
para darle una triste pitanza a un tiburón!...*

V. López, el estilo y el paisaje

La poesía de López es para gustarla y regustarla. No es una sola característica la que hace de él un poeta singular y ejemplar. Si pensamos en su época, en la tradición que le antecedió, en el contexto de la literatura, López aparece como protagonista de una gran innovación literaria. Y que haya sido en la Colombia de Guillermo Valencia, con una obra poética que por otros aspectos merece respeto, pero también de Julio Flórez, de Roberto Mac Douall, aquel de “Permite Dios Poderoso que yo clave esta bandera, donde se mece altanera la del español odioso” que todos aprendimos en la edad primera, o de tantos valores que merecen la consagración colectiva, sin duda alguna hay que admitir que Luis Carlos López es insular, singular, descubridor de nuevos horizontes en la tierra de la literatura y de la poesía, no solo a nivel nacional sino universal.

Apenas como una alusión para el caso, recordemos la manera ejemplar como pinta el paisaje tropical:

“Una viñeta”

*Tarde sucia de invierno. El caserío,
como si fuera un croquis al crayón,
se hunde en la noche. El humo de un bohío,
que sube en forma de tirabuzón,
mancha el paisaje que produce frío,
y debajo de la genuflexión
de la arboleda, somormuja el río
su canción, su somnífera canción.*

*Los labradores, camellón abajo,
retornan fatigosos del trabajo,
como un problema sin definición.*

*Y el dueño del terruño, indiferente,
rápidamente, muy rápidamente,
baja en su coche por el camellón.*

VI. Luis Carlos López y los personajes

¿Por qué Luis Carlos López es inmortal y está destinado a conservar esta difícil condición a través de los años, quizá de los siglos? Porque transcurrirá el tiempo inexorablemente, desaparecerán las vidas y las cosas, pero el testimonio que el dejó sobre la realidad de su parroquia aparecerá indemne, como documento precioso para reconstruir lo que fue la sociedad de su tiempo. Y eso se advierte especialmente, en los personajes cuyas características, vivencias, emociones, triunfos, amarguras y frustraciones diseñó para la historia. El alcalde, el barbero, el zagalón de Pepe, su española raza, sus burdos vecinos, el noble amigo Juan de Dios, el condiscípulo, las muchachas solteronas, sus propios contertulios, los políticos, todos sus personajes forman a manera de un gran catálogo, con sus virtudes y sus defectos, clavados sin misericordia en esa óptica invulnerable del genial humorista doblado de poeta.

Como un ejemplo que recoge en breves trazos el fenómeno, recordemos:

*“Mi española raza”
Del seminario,
mientras las campanas
citan para el rosario,
van saliendo sotanas y sotanas...*

*Después, tras la eminente
nulidad de un político, en la acera
de enfrente
Luce su desparpajo una ramera.*

*Y delante de mí, cerca a un mendigo
de hosco sombrero
y de peludo ombligo,
pasan dos militares y un torero.*

VII. Luis Carlos López y la crítica social

Hay un sector de la crítica literaria que quiere presentar a Luis Carlos López —el “Tuerto López”, como se le conoce familiarmente, a pesar de que no era tuerto sino bizco, como una figura adocenada, formal, cuya literatura era un puro divertimento, sin mayor trascendencia en la descripción y análisis de su sociedad y de su tiempo. A eso nos referíamos en aquel incipiente ensayo de la juventud que se extravió en los tremendos sucesos de 1954. Pero creemos que es oportuno retomar la línea de ese pensamiento, sin llegar a exageraciones que no se explican con una debida ponderación de las circunstancias y la vida de Luis Carlos López. Aquí es donde se presenta la dicotomía entre la vida del artista y de su obra. No importa que Luis Carlos López no haya sido un militante de la política, ni un revolucionario frente al sistema de vida en que desarrolló su existencia. Pero su obra —su poesía singular y ejemplar-- queda como un testimonio crítico de una situación de injusticia social y de un sistema de antivalores que de seguro se proyecta con trascendencia en la literatura y en la historia de Colombia.

Valgan apenas, como muestras, estas poesías de Luis Carlos López; qué mejor definición de un burgués que la siguiente:

Canción burguesa

*Procura, mientras muere la mies en la cizaña,
flexible cual felino que avizora el ratón, medir
el salto... Y luego... ¡que gire la cucaña de la
vida! — No hay fuerza contra la tradición*

*Flota como la espuma, zurce tu telaraña y
se tan multiforme como un líquido. Con la
improbable paciencia del pescador de caña,
subirás poco a poco de escalón a escalón.*

*Después, atiborrado de honores y dinero,
gasta gorro y pantuflas cabe la lumbre. Pero
para hacer estas cosas sujétate a la ley*

*de todas las divinas y humanas tonterías, sin
asomo de pena, sin torpes rebeldías, fingiendo
la indulgente pasividad del buey.*

Y que tal la esposa del banquero en:

*“De sociedad”
“Maldita sea mi serte y el día sea maldito”
Bartrina*

*La esposa del banquero, flaca y fría,
que hace música. Yo
junto al Pleyel, tenía toda la
flema de un anglosajón.*

*Se prolongaba con alevosía
y premeditación
la sonata. Mi tedio me decía
bostezando: ¿por qué no anda el reloj?
Y luego, para colmo
de peras en el olmo,
tuvimos que aplaudir*

*a la señora del señor pudiente,
pensando injustamente:
¿pero por qué Mozart no fue albañil?*

Arévalo dice en su obra que el “Despilfarro VI” nada tiene que envidiar a las mejores poesías españolas de la guerra civil, pero ¿será necesario recurrir a la referencia extranjera, si se tienen en cuenta los

horridos episodios transcurridos en Colombia, en la década de los ochentas? He aquí esa poesía:

*Le fusilaron esta
madrugada,
como si fuese un criminal.
¿Y la social
protesta?
Ninguno dijo nada.*

*Y aún vibra todavía
dentro de mí —¡qué amarga
tontería!—
la descarga de la fusilería.*

Si tenemos en cuenta la biografía de López, la época difícil, desde el punto de vista político y social en que le tocó vivir, para qué hay que buscarles segundas intenciones a estos versos:

*Tarde de verano
“El rico es un bandido”
San Juan Crisóstomo*

*La sombra, que hace un remanso
sobre la plaza rural,
convida para el descanso
sedante, dominical...*

*Canijo, cuello de ganso, cruza
leyendo un misal,
dueño absoluto del manso pueblo
intonso, pueblo asnal.*

Ciñendo rica sotana,

*de paño, le importa un higo
la miseria del redil.*

*Y yo, desde mi ventana,
limpiando un fusil, me digo:
¿Que hago con este fusil?*

Y si del problema específicamente social se trata, que mejor que esta descripción del usurero de la parroquia:

*“Fabulita”
¡Pax vobis!
Wilson*

*“¡Viva la paz, viva la paz!...
Así
trinaba alegremente un colibrí
sentimental, sencillo,
de flor en flor...”*

*Y el pobre pajarillo
trinaba tan feliz sobre el anillo
feroz de una culebra mapaná.
Mientras que en un papayo
reía gravemente un guacamayo bisojo y medio cínico:
- ¡Cuá, cuá!*

y finalmente para reproducir tipos y costumbres de la política en boga, qué mejor que recordar:

*“Mitin”
Se salió de plomada la colectiva estupidez, camino del
rebenque, del atajo y la picota.*

*Apóstol del Derecho, un petardista de frac y cubilete
volcó sobre la turba de los descamisados todo un cajón de,
frases...*

*Su vibrante discurso causa fue de apoplético entusiasmo,
que tuvo que sangrar tranquilamente la científica
guardia pretoriana, con el cañón y con la bayoneta.*

*Y yo, del caballete de un tejado, miré la rebujiña
—como no soy Apóstol del Derecho— con toda la
frialidad de un erudito.*

*“A un perro”
“Todo es igual a lo mismo”
“Ah, perro miserable,
que aún vives del cajón de la bazofia,
—como cualquier político — temiendo
las sorpresas del palo de la escoba!*

*¡Y provocando siempre
que hurtas en el cajón pleno de sobras
—como cualquier político— la triste
protesta estomacal de ávidas moscas!*

*Para después ladrarle
por las noches, bien harto de carroña,
—como cualquier político— a la luna,
creyendo que es algún queso de bola...*

*¡Ah, perro miserable,
Que humilde ocultas con temor la cola,
—como cualquier político del día—
¡y no te da un ataque de hidrofobia!*

VIII. Luis Carlos López, poeta universal

Luis Carlos López, el poeta de Cartagena de Indias, original, singular realista, crítico social, cada vez aparece más vivo en la literatura. Tiene un valor universal intransferible, por haber sido tan auténtico, tan pegado a su “corralito de piedra”, con residencia en la tierra, hasta el punto que, en cualquier parte del mundo, el pequeño universo que describe y sus personajes se incorporan a la propia realidad. La parroquia de su tiempo tiene sus equivalencias económicas y sociales en cualquier parte del mundo y también idénticos personajes. Por eso sus personajes tienen aliento vital tanto en Argentina, como en España y en China o en Rusia. Un lenguaje universal, creado a partir de la autenticidad para describir un mundo real, pasea hoy por el mundo en el lenguaje de humor de Luis Carlos López.

Es la comprobación de un concepto de Guillermo de Torre, citado por Otto Morales Benítez, en uno de sus más lúcidos ensayos: “Todo el proceso intelectual de hoy, puede resumirse aceptando que lo que existe son obras vivas y artistas más vivientes aún”.

Cada vez más, Luis Carlos López desplegará el nombre de Cartagena y de Colombia a nivel universal, con sus versos inmarcesibles:

“A mi ciudad nativa”

“Ciudad triste, ayer reina del mar”

J.M.Heredia

*Noble rincón de mis abuelos: nada
como evocar, cruzando callejuelas, los tiempos de la cruz
y de la espada, del ahumado candil y las pajuelas...*

*Pues ya pasó, ciudad amurallada,
tu edad de folletín... Las carabelas se
fueron para siempre de tu rada...
¡Ya no viene el aceite en botijuelas!*

*Fuiste heroica en los años coloniales,
cuando tus hijos, águilas caudales,
no eran un caterva de vencejos.*

*Mas hoy, plena de rancio desaliño,
bien puedes inspirar ese cariño
que uno les tiene a sus zapatos viejos...*

HOMENAJE PÓSTUMO

República de Colombia



Corte Constitucional

La Corte Constitucional de la República de Colombia

Considerando:

Que el día diecisiete de junio del presente año falleció en la ciudad de Cartagena de Indias,

el Doctor

Fabio Morón Díaz

Quien fuera Magistrado de esta Corporación de 1992 a 2001, Vicepresidente y Presidente de la misma, en cuyo ejercicio contribuyó de manera notable a la consolidación y desarrollo jurisprudencial de la Constitución Política, tanto en la Corte Constitucional como en la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Que el doctor Morón Díaz a lo largo de su trayectoria vital como profesional del Derecho, como periodista y como funcionario del Estado, desplegó las más excelsas virtudes, siendo en todo ejemplo de sus conciudadanos.

Que el doctor Morón Díaz desarrolló una importante actividad docente y formativa de las nuevas generaciones de juristas en importantes universidades del país.

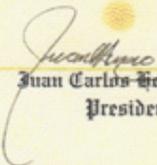
Que la Sala Plena de la Corte Constitucional considera necesario exaltar la vida y obra del doctor Fabio Morón Díaz y su aporte al constitucionalismo colombiano.

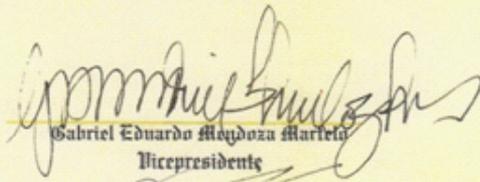
Resuelve:

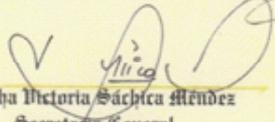
Artículo primero: Lamentar el fallecimiento del ilustre hombre público, doctor Fabio Morón Díaz, exaltar su memoria y destacar su invaluable contribución a la configuración, el desarrollo y la consolidación del Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho en Colombia.

Artículo segundo: Expresar al doctor Darío Morón Díaz, a los Familiares y allegados, el sentimiento de condolencia y consideración por el lamentable fallecimiento del doctor Fabio Morón Díaz.

Moción aprobada por la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sesión celebrada el veintiuno (21) de junio de dos mil once (2011).


Juan Carlos Henao Pérez
Presidente


Gabriel Eduardo Maydoza Martínez
Vicepresidente


Martha Victoria Sánchez Méndez
Secretaría General

República de Colombia



La Corte Suprema de Justicia

Considerando que el Doctor

Fabio Morón Díaz

Falleció en Cartagena de Indias el pasado 17 de junio de 2011, en su memoria, con especial respeto, profiere la siguiente

Proposición

La Corte Suprema de Justicia, expresa su profundo pesar por el fallecimiento del doctor Fabio Morón Díaz, quien fue Presidente de la Corporación y de la Sala Constitucional, cargos que desempeñó con consagración, honestidad y rectitud.

Falta su nombre como ejemplo de una vida dedicada al servicio de la justicia y de la integración institucional; destaca sus valiosos esfuerzos tendientes a la reconstrucción de la Corte Suprema de Justicia luego de los nefastos acontecimientos de noviembre de 1985.

Ante este luctuoso acontecimiento, hace llegar a su hermano Darío Morón Díaz y a los demás miembros de su distinguida familia, su más sentida condolencia y voz de solidaridad, por tan irreparable pérdida.

Transcribese en nota de estilo y comuníquese al Dr. Darío Morón Díaz y Familia.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Camilo Jarquino Gallego', written in a cursive style.

Camilo Jarquino Gallego

Presidente

*Dr. Cristina Duque G.
María Cristina Duque Gómez
Secretaria General*



AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

SENADO DE LA REPUBLICA
RESOLUCION NO. ____ DE 2011

“POR MEDIO DE LA CUAL SE CONFIERE UNA MENCIÓN DE RECONOCIMIENTO DE MANERA PÓSTUMA AL DOCTOR FABIO MORÓN DÍAZ”

La Comisión de la Mesa del Honorable Senado de la República, en uso de sus facultades legales, reglamentarias y

CONSIDERANDO:

Que entre sus atribuciones el Senado de la República tiene la de reconocer la labor destacada que desarrollan las personas e instituciones en beneficio del país.

Que el 17 de Junio del presente año falleció en Cartagena de Indias, el doctor Fabio Morón Díaz, hijo ilustre de la ciudad Heroica, Ex Presidente de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia y uno de los gestores de la Constitución Política de Colombia de 1991.

Que el Doctor Fabio Morón Díaz, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Colombia, con la Tesis laureada “El Principio de la Autonomía de la Voluntad”, la cual le mereció una beca de Especialización en Derecho Constitucional en la República Francesa.

Que el Doctor Fabio Morón Díaz, en los cargos que desempeño como Director del Diario El Universal de su ciudad natal, Rector de la Universidad Tecnológica de Bolívar, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena, Diputado a la Asamblea Departamental de Bolívar y Representante a la Cámara a nombre del Partido Liberal; Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, corporación en la cual sus destacadas intervenciones dieron lugar a la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente que adoptó la Constitución Política de 1991 y la Modernización institucional que hoy enaltece a nuestro país, desarrolló una excelsa labor, digno ejemplo de resaltar por las presentes y futuras generaciones

Que el Doctor Fabio Morón Díaz, como culminación de su trayectoria ejemplar de vocación de servicio a Colombia, fue designado Magistrado de la Primera Corte Constitucional, la que tuvo el honor de presidir con su acendrada formación académica, su sensibilidad social y su convicción de que el Estado Social de Derecho, es un explícito mandato de transformación de la estructura del Estado hacia la Equidad.

Que es deber del Senado de la República exaltar la labor del Ex Presidente de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia el doctor Fabio Morón Díaz.



AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

SENADO DE LA REPUBLICA
RESOLUCION NO. ____ DE 2011

PÁG. 2

**“POR MEDIO DE LA CUAL SE CONFIERE UNA
MENCION DE RECONOCIMIENTO DE MANERA
PÓSTUMA AL DOCTOR FABIO MORÓN DÍAZ”**

La presente Mención de Reconocimiento fue solicitada por el Honorable Senador Lidio Arturo García Turbay.

Por las anteriores consideraciones,

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Otorgar Mención de Reconocimiento de Manera Póstuma al Ex Presidente de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, insigne doctor Fabio Morón Díaz, como exaltación a los excelsos y altruistas servicios prestados a la Nación.

ARTÍCULO SEGUNDO: La presente Mención de Reconocimiento en Nota de Estilo será entregada en acto especial a su distinguida familia por el Honorable Senador, doctor Lidio Arturo García Turbay, delegado de la Mesa Directiva.

ARTICULO TERCERO: Esta Resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá, a los cuatro (4) días del mes de octubre del 2011

JUAN MANUEL CORZO ROMÁN
Presidente

ANTONIO GUERRA DE LA ESPRIELLA
Primer Vicepresidente

ALEXANDER LÓPEZ MAYA
Segunda Vicepresidente

EMILIO OTERO DAJUD
Secretario General



Universidad de Cartagena

Cartagena - Colombia

Resolución No. 2275

- 18 de junio de 2011 -

El Rector de la Universidad de Cartagena

en uso de sus facultades legales, estatutarias y

Considerando:

- A. Que el día 17 de junio de 2011, falleció el destacado jurista, doctor Fabio Augusto Morán Díaz, hijo ilustre de Cartagena de Indias.
- B. Que el doctor Fabio Augusto Morán Díaz prestó innumerables servicios en el ámbito académico, jurídico, periodístico y político a la Universidad de Cartagena, a su ciudad nativa, a la región Caribe y al país.
- C. Que el doctor Fabio Augusto Morán Díaz se desempeñó durante 20 años como docente de las Facultades de Derecho y Ciencias Políticas y de la Facultad Ciencias Económicas de la Universidad de Cartagena, y ostentó durante 8 años el decanato de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de nuestra gloriosa Institución y Rector encargado.
- D. Que el doctor Fabio Augusto Morán Díaz se desempeñó con altas competencias y claridad ética e ideológica como Diputado a la Asamblea de Bolívar, Representante a la Cámara por Bolívar, Alcabero y Presidente de la Honorable Corte Suprema de Justicia, miembro y Presidente de la Honorable Corte Constitucional y Director del diario El Universal de Cartagena.
- E. Que el doctor Fabio Augusto Morán Díaz se destacó, además, como un ferviente defensor de los derechos humanos, de las libertades públicas e individuales, y en tal sentido laboró innumerables sentencias que contribuyeron al desarrollo del Estado Social de Derecho.
- F. Que el doctor Fabio Augusto Morán Díaz dejó a las nuevas generaciones un invaluable legado de coherencia política, competencias académicas, claridad jurídica y comportamiento ético, con el cual desarrolló cada acto de su vida.

Resuelve:

- Artículo 1.º: Anunciarlo al sentimiento de pesar por el sensible fallecimiento del ilustre jurista, doctor Fabio Augusto Morán Díaz, ocurrido el día 17 de junio de 2011 en la ciudad de Cartagena.
- Artículo 2.º: Rendir tres días de duelo, con bandera a media asta, a la memoria del destacado jurista, doctor Fabio Augusto Morán Díaz, hijo ilustre de Cartagena de Indias, profesor y decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena, Diputado a la Asamblea de Bolívar, Representante a la Cámara por Bolívar, miembro y Presidente de la Honorable Corte Suprema de Justicia, miembro y Presidente de la Honorable Corte Constitucional y Director del diario El Universal de Cartagena.
- Artículo 3.º: Señalar su nombre, vida y obra, como alto modelo de hombre digno y ejemplar ciudadano, que debe ser imitado por las generaciones de jóvenes que en nuestra institución formamos.
- Artículo 4.º: Entregar la presente resolución en nota de estilo a los hermanos y demás familiares del ilustre jurista, doctor Fabio Augusto Morán Díaz, en ceremonia de cuerpo presente, organizada el día 18 de junio de 2011 en el Aula Máxima de Derecho de la Universidad de Cartagena.

Comantíquese y cúmplase.

Dado en Cartagena, a los 18 días del mes de junio de 2011.

Germán Arturo Sierra Anaya
Rector

Karly Karolín Jarama
Secretaria General

COLEGIO DE ABOGADOS DE BOLIVAR

Resolución N° 01

La Junta Directiva del Colegio de Abogados de Bolívar
En uso de sus facultades estatutarias, y

CONSIDERANDO:

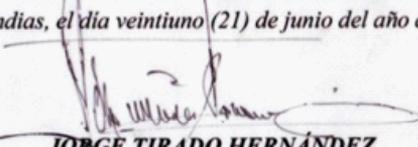
- A. Que el doctor **FABIO MORÓN DÍAZ** fue un muy distinguido miembro de honor del Colegio de Abogados de Bolívar, a quien en vida la colegiatura le otorgó su máxima distinción como ciudadano y abogado ilustre.
- B. Que el doctor **FABIO MORÓN DÍAZ** egresó de la Universidad Nacional de Colombia con tesis en derecho público que mereció y fue laureada.
- C. Que el doctor **FABIO MORÓN DÍAZ** sobresalió en el periodismo al lado de grandes periodistas como Domingo López Escauriaza, Clemente Manuel Zabala, Gabriel García Márquez y Héctor Rojas Herazo, entre otros.
- D. Que el doctor **FABIO MORÓN DÍAZ** se destacó en la política, con la convicción de que en este campo la meta suprema tiene que ser el interés social general, antes que el interés personal del elegido.
- E. Que el doctor **FABIO MORÓN DÍAZ** fue un excelso y ponderado jurista, que se distinguió por sus trascendentes fallos en las Cortes Suprema y Constitucional, dando paso con su simiente a un Estado Social de Derecho y a una Constitución antropocéntrica en Colombia que ha posibilitado la real aplicación de los derechos fundamentales del ciudadano, con la dignidad humana como principio fundante de aquél.
- F. Que el doctor **FABIO MORÓN DÍAZ** fue Presidente de ambas Cortes, logrando con sus gestiones una fuerte independencia, autonomía y modernización de la administración de justicia en Colombia, siempre con su indeclinable pretensión de que el carácter, la honradez y el criterio jurídico sigan primando en cada uno de sus administradores.

RESUELVE:

Artículo 1º. LAMENTAR, con el corazón dolido de todos los colegiados y abogados del Departamento de Bolívar, el fallecimiento del ilustre e insustituible colegiado **HONORIS CAUSA** del **COLEGIO DE ABOGADOS DE BOLÍVAR**, doctor **FABIO MORÓN DÍAZ**, y **RECONOCER** sus grandes aportes a la abogacía y a la juridicidad del país.

Artículo 2º. ENTREGAR la presente Resolución en nota de estilo a sus familiares, en manos de su hermano: el apreciado doctor **DARION MORÓN DÍAZ**, a continuación de la misa de cenizas a realizarse en la Catedral Primada de Cartagena el día 21 de junio de 2011.

Dada en Cartagena de Indias, el día veintuno (21) de junio del año dos mil once (2011).


JORGE TIRADO HERNÁNDEZ

Presidente


WILSON TONCEL GAVIRIA
Primer Vicepresidente


ANDRÉS PÉREZ BATISTA
Segundo Vicepresidente



Resolución No. 122

Por La Cual Se Impone La Orden Civil al Mérito
"Cartagena Patrimonio Histórico y Cultural de la Humanidad"
El Grado de Gran Oficial de Quien en Vida Fuera Un Ilustre Ciudadano"

El Honorable Concejo Distrital de Cartagena de Indias D. T. y C.

En uso de sus facultades constitucionales, legales y reglamentarias, especialmente las contenidas en el
Parágrafo Tercero, Artículo Tercero del Acuerdo 32 de 1999.

Considerando

- Que el 17 De Junio de 2.011 Falleció en esta Ciudad, El Jurista Fabio Morón Díaz;
- Que El Doctor Fabio Morón Díaz, Ocupó El Cargo de Presidente de La Corte Constitucional
Y de La Corte Suprema De Justicia.
- Que El Doctor Fabio Morón Díaz, Profesor y Formador de Generaciones de Profesionales del
Derecho, Autor de Varias Publicaciones Relacionado con El Derecho Contencioso Administrativo
Que Fue Consulta obligada para muchos Profesionales.
- Que El Doctor Fabio Morón Díaz, Se Desempeñó como Docente de la Universidad Externado
de Colombia, Asimismo de la Universidad de Cartagena de la Cual Fue Decano. Rector de la
Universidad Tecnológica de Bolívar.
- Que El Doctor Fabio Morón Díaz, Ejerció El Periodismo, Fue Columnista y Director del
Periódico El Universal de Cartagena.
- Que El Doctor Fabio Morón Díaz, Incursionó en el Campo de la Política por lo cual Fue
Elegido Representante a la Cámara por el Departamento de Bolívar
- Que El Honorable Concejo Distrital De Cartagena De Indias D. T. y C., para el caso de las
personas y entidades que se hayan distinguido extra-ordinariamente por sus servicios a la ciudad,
dispuso el otorgamiento de la Orden Civil al Mérito "Cartagena Patrimonio Histórico y Cultural de
la Humanidad" en el Grado de Gran Oficial.

Que en mérito de lo expuesto anteriormente,

Resuelve:

- Artículo Primero:** Otorgar La Orden Civil Al Mérito "Cartagena Patrimonio Histórico y
Cultural de La Humanidad", en el Grado de Gran Oficial al **Doctor
Fabio Morón Díaz.**
- Artículo Segundo:** Esta Orden y una copia de esta Resolución, en Nota de Estilo, serán
entregada a los familiares del **Doctor Fabio Morón Díaz,** por una
comisión integrada para tal fin por la Mesa Directiva de la Corporación.

Publíquese Y Cúmplase

Dado En Cartagena De Indias A Los Dieciocho (18) Dias Del Mes De Junio De 2011.

Antonio Quinto Herrera Varela
Presidente

Boris Anaya Gordup
Segundo Vicepresidente

Andrés Betancourt González
Primer Vicepresidente

Rodrigo Reyes Pereira
Secretario General



Universidad de Cartagena

Cartagena - Colombia

Acuerdo No. 01

15 de enero de 1989

Por el cual se otorga la Medalla del Sesquicentenario de la Universidad de Cartagena.

El Consejo Académico de la Universidad de Cartagena
en uso de sus facultades legales, y

Considerando:

- A) Que la señora rectora y el honorable Consejo Superior, han solicitado a este organismo se otorgue la Medalla del Sesquicentenario de la Universidad de Cartagena al doctor Fabio Morón Díaz, por los servicios que le ha prestado a esta Institución como Profesor Titular en las cátedras de Instituciones Políticas, Derecho Constitucional y Derecho Administrativo en la facultad de Derecho y Ciencias Políticas, durante más de 23 años, distinguiéndose siempre por su alto espíritu académico, lo cual le ha merecido el respeto de toda la comunidad universitaria.
- B) Que en los últimos años de servicios a la Universidad desempeñó el cargo de decano de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas, logrando elevar su nivel académico y científico.
- C) Que igualmente ejerció ante el Consejo Superior de la Universidad, la representación de los decanos de las distintas facultades, cargo que desempeñó con ecuanimidad y probada eficacia.
- D) Que cuando ejercía las funciones de decano de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas, fue llamado para ocupar la magistratura de la Sala Constitucional de la honorable Corte Suprema de Justicia, en la cual se ha distinguido por sus amplios conocimientos jurídicos, los que le han merecido su exaltación a la Presidencia de esa Corporación.
- E) Que es deber de la Universidad de Cartagena, destacar la labor de quienes consagran su vida en forma desinteresada al servicio de la educación y la justicia.

Acuerda:

Artículo Único. Otorgar al doctor Fabio Morón Díaz la Medalla del Sesquicentenario de la Universidad de Cartagena, en reconocimiento a su labor docente cumplida en esta institución.

Parágrafo: La Medalla del Sesquicentenario y copia de este Acuerdo, en nota de estilo, serán entregados en acto solemne que se realizará el día 17 de marzo de 1989, en el Paraninfo de la Universidad.

Dado en Cartagena, el día dieciocho (18) de enero de mil novecientos ochenta y nueve (1989).


BEATRIZ BECHARA DE BORGE
Presidenta


MANUEL SIERRA NAVARRO
Secretario General

La impresión de esta obra se realizó en papel bond blanco 90 grs. para páginas interiores y propalcote de 280 grs. para la portada con plastificado mate. Para la composición general de textos, y subtítulos se utilizó la fuente Adobe Garamond Pro 12 pt, y para títulos la Adobe Garamond Pro 16pt. Se aplicaron los programas Adobe InDesign CS2 para la composición de páginas. Illustrator CS2 para el diseño de carátula. Con un tiraje de 300 ejemplares. *El libro "FABIO MORÓN DÍAZ, Un jurista de excelencia"* del compilador Darío Morón Díaz se diseñó y diagramó en la Editorial Universitaria - Sección de Publicaciones de la Universidad de Cartagena y se terminó de imprimir en el año 2014 en la empresa Alpha Impresores en la ciudad de Cartagena de Indias, Colombia.