

Al conmemorarse hoy, 25 de mayo, el centenario de haberse expedido el estatuto constitucional del 1860, los autores de esta obra y los fundadores de la Constitución en su momento, y hasta hoy, se merecen un homenaje por un amplio sector de la opinión pública, los constituyentes de un plebiscito, o de una asamblea constituyente, que se propusieron esta reflexión sobre dos aspectos fundamentales de la forma de gobierno política, en relación con el estatuto del 86, su vigencia y sus límites.

Cuando decimos conmemorar el centenario de la Constitución de 1860, bien podemos significar dos contenidos diferentes: de un lado, que se celebran o conmemoran cien años de vigencia permanente de ese estatuto o de otro, simplemente, que hace cien años se expidió una Constitución, la del 86, en uno y en otro sentido, la aserción no es completamente acertada.

L. Son diferentes los argumentos que pueden justificar la aserción, "la Constitución de 1860 no es la vigente hoy" fundamentalmente puede decirse que de los 210 artículos del texto adoptado por el constituyente del 86, hoy sólo muy pocos mantienen intacto su contenido original, y habiéndose variado la mayoría de las disposiciones, mal podríamos seguir predicando su vigencia.

VIGENCIA DE LA CONSTITUCION DE 1886 HOY?

Esta determinación no por la permanencia temporal en forma indefinida de sus textos, sino más bien, por un aspecto formal, como es el que se mantenga sin ruptura la continuidad institucional, es decir, que la constitución puede evolucionar y variar sus contenidos pero sólo a partir de sus propias reglas, toda ruptura que desconozca el orden institucional anterior es una nueva constitución, así en nuestro caso, el acto legislativo 3 de 1910 y el del 3 de mayo de 1957 con que se solucionaron las rupturas.

Las dictaduras del presente siglo, la de Reyes (1908-1909), la de Rojas (1953-1957) son verdaderas nuevas constituciones; por la misma razón, si bien en ambos casos, se desconocieron los procedimientos institucionales de reforma, si la Constitución de 1860 rigió, sólo fue parcialmente y hasta 1905, de ahí en adelante y hasta 1910 no imperó un régimen constitucional propiamente y la llamada reforma contenida en el acto legislativo 3 de 1910 entró

Carlos Alberto Atehortúa Ríos
Abogado de la U. de A.
Profesor U. de A.

1. De 1860 a hoy 1985, se han expedido 63 actos legislativos modificatorios de la Constitución, cuyos contenidos no han sido anulados por posteriores reformas o por sentencias de la Corte Constitucional.

2. "La reforma puede ser tan radical que se crea una nueva Constitución, pero una vez formada, ha nacido un nuevo Estado, sólo si la reforma constituyente tiene un carácter de ruptura". KILSEN, Hans: "Teoría general del Estado".

"Los problemas constitucionales no son, primordialmente, problemas de derecho, sino de poder".
"La verdadera constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen".

Fernando Lassalle

Al conmemorarse por estos días el centenario de haberse expedido el estatuto constitucional de 1886, tramitarse importantes actos reformativos de la Constitución en su segunda legislatura ordinaria y venirse solicitando por un amplio sector de la opinión pública la convocatoria de un plebiscito, o de una asamblea constituyente, vale la pena plantear una reflexión sobre dos aspectos fundamentales de la teoría jurídico-política, en relación con el estatuto del 86, su vigencia y supremacía.

Cuando decimos conmemorar el centenario de la Constitución de 1886, bien podemos significar dos contenidos diferentes, de un lado, que se celebran o conmemoran cien años de vigencia permanente de ese estatuto o de otro, simplemente, que hace cien años se expidió una Constitución, la del 86; en uno y en otro sentido, la aseveración no es completamente acertada.

1. Son diferentes los argumentos que pueden justificar la aseveración, "la Constitución de 1886 no es la vigente hoy"; fundamentalmente puede decirse que de los 210 artículos del texto adoptado por el constituyente del 86, hoy sólo muy pocos mantienen intacto su contenido original, y habiéndose variado la mayoría de las disposiciones, mal podríamos seguir predicando su vigencia¹. Se argumenta también, que la vigencia de una constitución está determinada no por la permanencia temporal en forma indefinida de sus textos, sino más bien, por un aspecto formal, como es el que se mantenga sin rupturas la continuidad institucional, es decir, que la constitución puede evolucionar y variar sus contenidos pero sólo a partir de sus propias reglas; toda ruptura que desconozca el orden institucional anterior es una nueva constitución², así en nuestro caso, el acto legislativo 3 de 1910 y el plebiscito de 1957 con que se solucionaron las rupturas institucionales generadas por las dictaduras del presente siglo, la de Reyes (1905-1910) y la de Rojas (1953-1957) son verdaderas nuevas constituciones; por la fuerza de los hechos en ambos casos, se desconocieron los procedimientos institucionales de reforma, si la Constitución de 1886 rigió, sólo fue parcialmente y hasta 1905, de ahí en adelante y hasta 1910 no imperó un régimen constitucional propiamente y la llamada reforma contenida en el acto legislativo 3 de 1910 entra-

1. De 1886 a hoy 1985, se han expedido 63 actos legislativos reformativos de la Constitución, cuyos contenidos muchas veces han sido derogados o extirpados por posteriores reformas o por sentencias de la Corte Suprema de Justicia.
2. "La reforma puede ser tan radical como se quiera, pero si se verificara por los medios legales, no hay ningún fundamento para afirmar que con la Constitución reformada ha nacido un nuevo Estado. Únicamente podría hablarse de nuevo Estado si la reforma constituyera una verdadera violación de la Constitución". KELSEN, Hans; "Teoría general del Estado".

ña una verdadera nueva constitución; del mismo modo, la Constitución de 1910 expedida por una "Asamblea nacional constituyente y legislativa" sólo rigió hasta 1953, con el nuevo rompimiento institucional que genera la dictadura y en 1957 por última vez hasta hoy se pronunció el poder constituyente pleno o primario³, es decir, la Constitución vigente es la de 1957 y hace ya mucho tiempo la del 86 dejó de regir. Puede también argumentarse que el problema de la vigencia de la constitución no es jurídico-formal como lo venimos planteando, se trata mejor de un problema de carácter fundamentalmente político; la vigencia de la constitución se determina por el contenido de los valores que el orden jurídico tutela, si varían en forma esencial los valores que constitucionalmente el Estado protege, sin lugar a dudas, estamos en presencia de una nueva constitución, es el caso del acto legislativo 1 de 1936 que varió en forma fundamental la orientación del Estado colombiano al pasar del liberalismo clásico a un Estado solidario de derecho; bajo esta perspectiva, la Constitución del 86 dejó de regir en 1936 y esta es la Constitución vigente⁴. Se plantea además, un importante cuestionamiento sobre si el estatuto de 1886 constituye en rigor una constitución de un Estado de derecho⁵; dos argumentos que hacen referencia a la supremacía

3. Desde 1957 a hoy, se ha mantenido la continuidad institucional formal y las reformas posteriores han seguido el trámite del art. 218 de la C. N. El acto legislativo 2 de 1977 que pretendió establecer un procedimiento de reforma diferente al del art. 218 de la C. N., fue declarado inexecutable en un discutido fallo de la Corte Suprema de Justicia de mayo de 1978.

4. El tema, nueva Constitución o Reforma constitucional, no fue extraño al constituyente del 36 y aunque se impuso el criterio de reforma propuesto por el gobierno contra la voluntad expresa del Congreso de expedir una nueva constitución, lo cierto es que como se ha dicho, la reforma del 36 desvertebró el perfil ideológico-político de la del 86 al introducir importantes modificaciones al régimen de propiedad, intervencionismo de Estado, relaciones entre el Estado y la Iglesia y las libertades ideológicas.

TIRADO MEJIA, Alvaro y VELASQUEZ TORO, Magdalena; "Reforma constitucional de 1936"; colección Pensadores políticos colombianos, fondo de publicaciones Cámara de Representantes.

Sobre la Reforma de 1936 Gerardo Molina ha dicho, "la expresión, reforma constitucional de 1936, sugiere que se trata de una enmienda a la Carta que venía rigiendo, pero nosotros creemos que se trata de una Constitución nueva, aunque a ella se hayan incorporado algunos preceptos de 1886".

5. "No es, pues, una Constitución cualquier Constitución, lo que está implícito en la noción del Estado de derecho. La Constitución que es fundamental en el Estado de derecho debe contener ciertas normas y estar defendida por ciertos procedimientos".

SANIN GREIFFENSTEIN, Jaime; Defensa judicial de la Constitución, pág. 19.

normativa, característica ésta fundamental en toda constitución, se presentan en contra de ese estatuto, de un lado, el contenido de las cláusulas transitorias K y L de la propia codificación "constitucional" que otorgaban al presidente facultades que en la práctica lo colocaron por encima de la propia constitución⁶, y la ausencia de efectivos controles de constitucionalidad de los actos del legislador y del gobierno, y de otro lado, el precepto contenido en el artículo 6 de la ley 153 de 1887 expedido por el constituyente, convertido transitoriamente en legislador ordinario que estableció en Colombia un régimen de supremacía legal, y cuyo tenor literal era el siguiente: "art. 6. Una disposición expresa de ley posterior a la constitución se reputa constitucional, y se aplicará aún cuando parezca contraria a la constitución", lo cual sólo vino a ser modificado en el acto legislativo número 3 de 1910. La Constitución de 1886 que apenas planteaba la supremacía en forma implícita y aparente, a partir de su propia vigencia no fue norma de superior jerarquía y por lo tanto no fue una verdadera CONSTITUCION, obviamente en el sentido en que lo entendieron los revolucionarios liberales.

2. A pesar de partir de la aseveración "la Constitución de 1886 no tiene cien años de vigencia", no es preocupación fundamental de este ensayo precisar cuál es la constitución vigente, es decir, no se utiliza como razonamiento negar la vigencia a partir de la demostración de que es la vigente tal o cual constitución concreta, no, el método que se utiliza es bien diferente, se trata simplemente de desvirtuar razones que tengan los doctrinantes del derecho constitucional colombiano para sostener la vigencia de esa constitución, aunque es necesario reconocer el hecho de que la Constitución del 86 se da como la vigente sin más justificación⁷, y que no se ha

6. Del texto original de la Constitución de 1886. Título XXI. Disposiciones transitorias. . . "Art. K. Mientras no se expida la ley de imprenta, el gobierno queda facultado para prevenir y reprimir los abusos de la prensa. Art. L. Los actos de carácter legislativo expedidos por el presidente de la República antes del día en que se sancione esta Constitución, continuarán en vigor, aunque sean contrarios a ella, mientras no sean expresamente derogados por el Cuerpo legislativo o revocados por el gobierno".

7. Algunas opiniones de doctrinantes sobre el asunto son éstas:
"La Constitución de la regeneración, preparada por don Miguel Antonio Caro y promulgada por don Rafael Núñez es la vigente hasta hoy en Colombia". ROZO ACUÑA, Eduardo; "Sistema constitucional colombiano, 1982.
"La ordenación institucional actual es la Constitución de 1886, todavía vigente con las reformas realizadas, cumplirá próximamente un siglo". SAA VELASCO, Ernesto;
"Teoría constitucional colombiana".
"La Carta del 86, que básicamente sirve todavía de norma fundamental de la Repu-

construido una teoría del poder constituyente aplicable a nuestra forma de organización política, tarea que apenas sí comienza⁸.

No obstante, ante la pregunta, ¿cuál es la constitución vigente? debe aceptarse que la respuesta a esta pregunta aparentemente sencilla no lo es tanto, por cuanto en ella va involucrada necesariamente una concepción del derecho y del Estado y además, porque son innegables las connotaciones de carácter ideológico de la respuesta. De cada uno de los argumentos esgrimidos para negar la vigencia de la Constitución de 1886, podría deducirse una respuesta lógica, así, podemos afirmar en forma más o menos válida que la constitución vigente es la contenida en la codificación ordenada por el acto legislativo 1 de 1945, que corresponde a la última codificación ordenada por el constituyente y que con las "reformas" de 1957 y 1968 corresponde al texto constitucional actual, o podría afirmarse que la Constitución vigente es la de 1957, que corresponde a la última expresión del constituyente primario⁹. También podría decirse que la constitución vigente es la contenida en el acto legislativo 1 de 1936 y la codificación del mismo año, pues en ellos se sentaron las bases fundamentales de la dogmática constitucional vigente, asuntos como la función social de la propiedad, el intervencionismo de Estado en la economía, la protección al trabajo y el derecho de huelga y la libertad de cultos, que hoy apenas sí tienen algún desarrollo legislativo y que son pilares de nuestro constitucionalismo, provienen de la llamada "Reforma del 36". Con fundamento en la circunstancia de que la Constitución de 1886 sólo logró adquirir supremacía en el acto legislativo 3 de 1910, y además de ser ese acto legislativo el producto de un proceso de institucionalización no logrado desde 1885, puede afirmarse que fue en 1910 donde comienza la continuidad constitucional ratificada en 1957 después de un receso institucional originado desde 1949, cuando el presidente Ospina Pérez

blica, . . ." HENAO HIDRON, Javier; "Panorama de derecho constitucional colombiano". "De conformidad con el plebiscito del 1 de diciembre de 1957 y la Constitución política de Colombia es la de 1886, . . ." PEREZ ESCOBAR, Jacobo; "Derecho constitucional colombiano", 1982, p. 25.

8. Es importante la labor que Luis Carlos SÁCHICA ha adelantado en este sentido en sus escritos, "Esquema para una teoría del poder constituyente y Reforma constitucional y constituyente".
9. Aunque no debe pasarse por alto que el propio texto del plebiscito expresa: "La Constitución política de Colombia es la de 1886, con las reformas de carácter permanente introducidas hasta el acto legislativo número 1 de 1947 inclusive, y con las siguientes modificaciones. . .".

haciendo uso de facultades de estado de sitio decidió cerrar el Congreso¹⁰. Lo que sí es más simplista, es sostener como lo hace la mayoría de los doctrinantes, que la Constitución de 1886 es la vigente, bien, porque lo que se ha hecho con posterioridad a su entrada en vigencia son "meras reformas" o bien, porque aceptando que en 1957 hay una ruptura institucional, ésta se supera con el plebiscito que ratifica como vigente a la Constitución del 86.

Nos mantenemos en el mismo plan de no reconocer vigencia a la Constitución de 1886, cuando tratamos de dar solución al problema planteándonos las preguntas, ¿qué hace a un estatuto constitucional una nueva Constitución?, ¿dónde radica su diferencia con una simple reforma constitucional? También podrían plantearse en este caso diversas respuestas, pero se reducirán básicamente a dos; la primera, es sostener que la reforma se diferencia de la nueva constitución fundamentalmente en que la reforma es el producto del ejercicio de una competencia constitucional reglada, y en cambio la nueva constitución es el ejercicio de un poder constituyente ilimitado y soberano; si estamos en lo cierto tanto el acto legislativo 3 de 1910 y el plebiscito de 1957, no son verdaderas reformas, sino, nuevas constituciones; la segunda respuesta, parte de desatender el anterior criterio por ser fundamentalmente formal y se basa en que la identidad constitucional se desprende de los valores que el Estado pretende defender, y de la forma general como se ejerce el poder público en la defensa de esos valores, decimos entonces que lo que da vigencia a una constitución es su permanencia en defender una determinada forma de organización social o en otros términos, un determinado modo de explotación del aparato productivo y la forma de ejercerse el poder público para satisfacer los intereses del Estado, en este caso, nos vemos obligados a concluir que la Constitución de 1886, que es una reelaboración de las constituciones de 1843 y 1821 no es una nueva constitución y sólo las reformas de 1936 y la de 1863 vendrían a ser un intento de nueva constitución en toda la historia del constitucionalismo colombiano, tomando como punto de partida las constituciones republicanas de 1821 y 1832. De todos modos, no estamos en vigencia de la Constitución de 1886 por cuanto ella no representa una variación fundamental al modo de ser del Estado colombiano tal como fue concebido su mode-

10. "El presidente Ospina mediante el Decreto 3518 del 9 de noviembre de 1949, declara el estado de sitio, suspende el Congreso y todas las asambleas departamentales e impone una censura rígida a la prensa; al mismo tiempo confiere a los gobernadores amplias facultades para el control del orden público y modifica la Corte Suprema de Justicia. Se habla entonces de un verdadero golpe de Estado presidencial". URAN, Carlos; "Rojas y la manipulación del poder, 1983.

lo original, y sería más correcto pensar que aún persisten los primeros estatutos constitucionales con algunas modestas reformas.

Además debe tomarse en cuenta que en su génesis el constituyente de 1885-86, no plantea propiamente la expedición de una "NUEVA CONSTITUCION" sino más bien, la elaboración de unas "reformas" al texto de la hasta entonces vigente de 1863, pues dada su rigidez era imposible de hacer en forma intrasistemática, es decir, siguiendo el complejo procedimiento que contenía el art. 92 de esa constitución que la hacía en la práctica pétrea y cuyo texto expresaba: "Reforma, art. 92. Esta constitución podrá ser reformada total o parcialmente con las formalidades siguientes:

1. Que la reforma sea solicitada por la mayoría de las legislaturas de los estados.
2. Que la reforma sea discutida y aprobada en ambas cámaras conforme a lo establecido para la expedición de las leyes.
3. Que la reforma sea ratificada por el voto unánime del Senado de plenipotenciarios, teniendo un voto por cada Estado.

"También puede ser modificada por una convención convocada al efecto por el Congreso, a solicitud de la totalidad de las legislaturas de los estados, y compuesta de igual número de diputados por cada Estado".

En la práctica, la anterior disposición hacía a la constitución inmodificable y una reforma del funcionamiento del Estado requería procedimientos extraconstitucionales.

El Consejo nacional de delegatarios reunido en Bogotá el 30 de noviembre de 1885, aprobó "el acuerdo sobre reforma constitucional" que si bien, decidió expedir una nueva constitución, fue sólo en relación con su antecedente inmediato la de 1863 y fundamentalmente en sentido jurídico formal¹¹. La Constitución de 1886 representa una reforma regresiva que nos vuelve a 1843; el propio Miguel Antonio Caro citado por Jaime Betancur Cuartas, llegó a expresar de la Constitución de 1886 "puede considerarse como resurrección de la de 1843, con algunas modificaciones y temperamentos

11. Se ratifica que sólo las constituciones de 1863 y 1936 representan un intento modificador a fondo en nuestro modelo constitucional.

aconsejados por la experiencia más dilatada o por las necesidades de los tiempos¹²".

El constitucionalismo colombiano ha mantenido desde la independencia hasta hoy un hilo unificador, que nos permite la identidad constitucional, no ha habido "nuevas" constituciones, y es válido el pensamiento de Tascón que en su obra Derecho Constitucional Colombiano, expresa:

"A pesar de tan numerosas mutaciones, hay en nuestro derecho constitucional mucho que ha permanecido invariable a través de toda clase de cambios y vicisitudes y que, por lo mismo, podemos considerar como una tradición constante de nuestro derecho público, incorporadas en nuestras costumbres o hábitos políticos hasta formar ya una especie de derecho consuetudinario. Tales son, por ejemplo, la forma de gobierno, republicana y democrática, practicada desde el comienzo de la revolución de la independencia; la separación de las funciones, legislativa, ejecutiva y jurisdiccional, en el ejercicio de los poderes públicos; el poder ejecutivo unitario, con un presidente que es al mismo tiempo jefe del Estado y jefe del poder ejecutivo, elegido popularmente, unas veces por elección directa, y otras, indirecta, pero siempre temporal e irreelegible; un régimen rígidamente presidencial, jamás parlamentario; el poder legislativo ejercido por un Congreso compuesto de dos cámaras, . . . en cuanto a la parte dogmática, desde 1811 hasta hoy los derechos individuales y las garantías sociales consagradas, han sido los proclamados en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, hechos por la asamblea francesa de 1789, con contadas variaciones¹³".

Es innegable que desde 1811 pasando por las constituciones de 1821, 1843 y 1886, no hay variaciones de fondo en nuestro constitucionalismo. Cuál entonces sería el argumento válido para sostener que la Constitución vigente es la de 1886 y que constituye un nuevo ordenamiento frente a los que le antecedieron? En rigor, ese argumento no existe, pues si sostenemos que la constitución del 86 es una nueva constitución desde el punto de vista de su proceso de creación frente a la de 1863, tendremos que aceptar que las del 10 y 57 son también nuevas constituciones y por lo tanto la del 86 no es la vigente.

3. Un asunto de especial importancia y que hoy se rediscute, es el de la supremacía de la constitución y los mecanismos para garantizarla, desde constituciones anteriores a la de 1886 se había planteado este

12. BETANCUR CUARTAS, Jaime; "Derecho constitucional colombiano", p. 16.

13. TASCÓN, Tulio Enrique; Ob. cit., 1944, p. 19.

asunto fundamental, no sólo de técnica jurídica, sino, que constituye el núcleo central de existencia del “Estado de Derecho”, pues de nada vale que la constitución reserve una parte dogmática donde se enuncian las garantías individuales y los derechos sociales, —como es el caso nuestro— si a la vez no estableciera mecanismos suficientes y eficaces para garantizar su supremacía¹⁴.

El asunto de la supremacía de la constitución fue planteado entre los redactores del texto original de 1886 y a pesar de las iniciativas presentadas por los delegatarios Felipe F. Paúl, José Domingo Ospina Camacho, Miguel A. Vives, Miguel Antonio Caro y Carlos Calderón Reyes que proponían como artículo 21 la siguiente disposición:

“La potestad reglamentaria no constituye derecho contra las leyes, ni las leyes contra la constitución. En consecuencia, los tribunales que hayan de actuar en asuntos contencioso-administrativos prestarán defensa a los particulares agraviados por providencias de la administración; y la autoridad judicial protegerá a las personas contra los abusos de cualquiera de los poderes públicos”.

Y de que el delegatario José María Samper propuso que fuera incluida la siguiente disposición:

“Cuando hubiere discordancia entre la constitución y las leyes o los decretos o actos reglamentarios, los jueces y entidades públicas que deban decidir algún punto, aplicarán en primer lugar, la constitución y en segundo lugar, la ley.

“Las leyes que hubieren sido declaradas exequibles por la Corte Suprema antes de obtener la sanción ejecutiva serán aplicadas sin confrontarlas con la constitución”.

A la postre logró imponerse como sucedió en casi todos los casos el criterio de don Miguel Antonio Caro, quien a pesar de su propuesta inicial, finalmente optó porque se estableciera el principio de la supremacía implícita deducida de los artículos 21 y 91 del texto aprobado, y el de la imposibi-

14. Carlos Restrepo Piedrahíta en su obra, “Tres ideas constitucionales”, p. 45 expresa: “En la historia del derecho constitucional colombiano el período llamado la Regeneración se destaca como el único durante el cual el principio de la supremacía de la Constitución no tuvo vigencia”.

lidad moral de las leyes inconstitucionales, al respecto anota César Ayerbe Cháux:

“Prevaleció en la asamblea nacional de 1886 el criterio de la primacía legal sobre la constitución y de la presunción de constitucionalidad de las leyes. Dentro de la concepción lógica y constitucionalista del señor Caro era un imposible moral que el Congreso pudiera llegar a expedir una ley inconstitucional. Para eso estaba consagrado el mecanismo de la objeción y de la sanción de la ley. Si la norma pasaba esas formas de control y estaba promulgada, necesariamente había que obedecerla.

“Si el soberano, (decía Caro), dicta una ley constitucional, esta ley sancionada y promulgada debe ser obedecida mientras no haya, como no lo hay, un poder superior que tenga facultad de anularla. No puede dejarse al ciudadano la facultad de desobedecer una ley porque la juzgue contraria a la constitución. Tal principio sería anárquico; pero sí debe tener el derecho de exigir que no se cumpla en su daño; y los tribunales no deben aplicarla cuando lesiona derechos garantizados por la constitución. Nadie anula la ley; así se salva el principio de autoridad; pero el ciudadano tiene el derecho de defensa, ejercitada por las vías legales, y el poder judicial le dispensa protección; así se salva la libertad bien entendida y ambos principios quedan conciliados¹⁵”.

Así, la ley, los decretos leyes y los decretos legislativos, específicamente los dictados en vigencia del estado de sitio, podían resultar contrarios a la constitución, sin que se contara en el ordenamiento jurídico de mecanismos en defensa ciudadana contra los atropellos originados en decisiones de los organismos del poder público.

A partir del momento de entrada en vigencia del estatuto constitucional de 1886, difícilmente puede predicarse la existencia en Colombia de un Estado de derecho; en ese período histórico se aunan las siguientes circunstancias:

1. La constitución en su texto original, no le confirió poder anulatorio de las disposiciones constitucionales a ningún organismo del Estado, el único control de constitucionalidad que se confirió a la Corte fue el de decidir sobre la exequibilidad de los “proyectos de ley” pero siempre y cuando el presidente los hubiese objetado por razones de inconstitucionalidad, y las

15. AYERBE CHAUX, César. Salvamento de voto a la sentencia del 3 de noviembre de 1981 que declaró inexecutable el acto legislativo 1 de 1979.

cámaras insistieran en él. Toda ley podía ser derogada por el Congreso pero nunca anulada, excepcionalmente cuando una disposición causaba detrimento a una persona, podía inaplicarse, siempre y cuando su inconstitucionalidad fuera manifiesta, pero sólo para casos particulares y la disposición no perdía su vigencia¹⁶.

2. La inaplicación de normas inconstitucionales, por vía de excepción, tuvo una vida jurídica bastante efímera, pues a pesar de que el artículo 5 de la ley 57 de 1887 en su primer inciso establecía:

“Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla”.

La ley 153 de 1887, en su artículo 6, antes citada, estableció el principio de la supremacía legal, quedando entonces por acción del legislador, Consejo nacional legislativo en que se había convertido el Consejo nacional de delegatarios, “constituyente”, por prescripción de las bases aprobadas por las municipalidades para la reforma constitucional, el régimen constitucional colombiano pasó a ser un sistema flexible y de supremacía legal¹⁷.

3. Como si fueran pocos los poderes constitucionales del presidente contenidos en la Carta y en especial a través de las facultades de estado de sitio y de las transitorias, el propio Consejo nacional legislativo expidió la ley 61 de 1888, más conocida como “ley de los caballos” con la que a decir de Tulio Enrique Tascón “puede afirmarse que Colombia dejó de ser un Estado de derecho”; el siguiente era el contenido de esa disposición¹⁸:

“Artículo 1. Facúltase al presidente de la República;

16. C.N. art. 21. “En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad a la gente que lo ejecuta.

Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad caerá únicamente en el superior que da la orden”.

17. El art. 2 de la segunda parte del acuerdo sobre reforma constitucional en 1985 en su numeral 1o. convirtió al Consejo nacional de delegatarios en cuerpo legislativo, una vez terminara su función de constituyente.

18. TASCÓN, Tulio Enrique; “Historia del derecho constitucional colombiano”, p. 120.

1. Para prevenir y reprimir administrativamente los delitos y culpas contra el Estado que afecten el orden público, pudiendo imponer según el caso, las penas de confinamiento, expulsión del territorio, prisión o pérdida de los derechos políticos por el tiempo que crea necesario.

2. Para prevenir y reprimir con iguales penas las conspiraciones contra el orden público y los atentados contra la propiedad pública o privada que envuelvan, a su juicio, amenaza de perturbación del orden o mira de infundir entre los ciudadanos.

3. Para borrar del escalafón a los militares que por su conducta se hagan indignos de la confianza del gobierno, a juicio de aquel magistrado.

“Artículo 2. El presidente de la República ejercerá el derecho de inspección y vigilancia sobre las asociaciones científicas e institutos docentes; y queda autorizado para suspender por el tiempo que juzgue conveniente, toda sociedad o establecimiento que bajo pretexto científico doctrinal sea foco de propaganda revolucionaria o de enseñanzas subversivas”.

Recojo nuevamente a Tascón para decir con él: “esta ley, escandalosa, borró de una sola plumada todo el título III de la constitución, sobre derechos civiles y garantías sociales”¹⁹.

4. A lo anterior debe necesariamente agregarse la falta de eficacia del estatuto conservador de 1886, que desde su expedición desconoció al liberalismo y por lo tanto obtuvo el rechazo del sector radical de ese partido; la guerra de los mil días, el golpe de Estado del 31 de julio de 1900, la separación de Panamá y la dictadura del general Reyes en el llamado quinquenio, son los hechos políticos sobresalientes que suceden a la expedición del estatuto de 1886.

Sólo a partir del acto legislativo 3 de 1910, es que el estatuto del 86 adquiere la característica de norma de superior jerarquía, al consagrarse en nuestro derecho instituciones como son, la acción pública de inconstitucionalidad y la excepción de inconstitucionalidad que aún perduran

19. *Ibidem*. p. 121.

sin modificaciones esenciales y representan importantes garantías ciudadanas²⁰.

El estatuto constitucional de 1886, no fue en su momento una constitución de un Estado de derecho, pues no fue norma de superior jerarquía, tampoco es la constitución vigente, ya que no existe en rigor un hilo continuo de permanencia institucional que de alguna manera la haya hecho perdurar en el tiempo ni formal, ni materialmente como constitución originaria; si se predica su vigencia centenaria es sólo por razones indígenas que pretenden legitimar el ejercicio del poder público en Colombia en una decisión "aparentemente" tomada en forma democrática, por la consulta que se hizo a las municipalidades de las bases para la reforma, pero no es más.

Hoy, cuando diversas fuerzas políticas y sociales plantean la necesidad de una variación fundamental de nuestro régimen institucional, y por diversos medios se exige una apertura democrática y la convocatoria de una Asamblea constituyente, que permita a todos los sectores de opinión pública participar en la creación de un nuevo orden, más que celebrar el centenario del estatuto de 1886, es hora de la desmitificación creada; nuestra mirada debe estar dirigida a la elaboración de una teoría constitucional que permita el reordenamiento social que corresponda a nuestra realidad histórica, que halle su justificación en el concenso entre las diversas fuerzas políticas de nuestra sociedad y que sea respuesta a la aspiración de transformación necesaria, de lo contrario los hechos harán lo que se pretende impedir alegando la legitimidad centenaria del derecho.

Se ha querido significar que hoy nuestro problema fundamental, radica en la ausencia de una teoría constitucional rigurosa y de mostrar como el querer de distinta manera trasplantar teorías extrañas a nuestra realidad histórico-constitucional, nos lleva a confusiones y dilemas como los planteados. El ejercicio del poder constituyente a partir de nuestra teoría constitucional en construcción, no es claro, porque no hemos partido de una noción real de constitución y la vaguedad doctrinaria y jurisprudencial, con la cual se ha tratado el asunto, es prueba clara de la incertidumbre por la cual

20. Acto legislativo 3 de 1910. "Art. 40. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales. "Art. 41. A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confiere ésta y las leyes, tendrá la siguiente: Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.

atraviesa actualmente nuestra teoría constitucional, creándose sí un importante reto para que a partir de la investigación sobre nuestro ser histórico y el de nuestras "instituciones", elaboremos nuestra teoría política.

Hoy más que nunca, se ha hecho notoria la crisis de las teorías superpuestas, para explicar adecuadamente el ejercicio del poder constituyente en nuestro caso y se hace necesaria la elaboración de una teoría constitucional, la invocación a la soberanía nacional, como fuente legitimadora de nuestra voluntad política originaria, no es suficiente para mantener el llamado "orden institucional" y la democracia de participación se abre paso en nuestra realidad política. No podemos seguir invocando el constituyente de 1886 como originario y legitimador del "orden" en que vivimos y como válida expresión de la Nación, pues no lo fue, ni podemos aceptar que a partir de 1886 se inicia sin solución de continuidad, la permanencia de un orden jurídico porque tampoco eso ha sucedido.

No podemos mirar el centenario de la Constitución del 86 a partir de los textos que nos impuso la regeneración, simplemente no. Son cien años de historia donde la "Constitución", no ha garantizado entre nosotros la existencia de un Estado de derecho, la incidencia del imperialismo americano manifestado en forma permanente, la suspensión de las garantías constitucionales por el permanente estado de sitio, la violencia política generalizada, la subordinación a organismos internacionales, el irrespeto continuado a los más elementales derechos humanos y el militarismo en el manejo del Estado, entre otros fenómenos, son la luz que debe iluminar el camino de nuestra verdadera historia institucional y es sólo a partir del análisis de la realidad como podemos llegar a lo que necesitamos saber. Lo demás es una simple ilusión ideológica con la que nos hemos engañado.

La vigencia y supremacía de la Constitución del 86, están en entredicho hoy, y porqué no decirlo, siempre lo han estado, porque la constitución no ha sido respuesta de derecho a la realidad que Colombia ha vivido.

Carlos Alberto Atehortúa Ríos

Octubre de 1985