Conclusiones

Ana Carolina Mercado Gazabón

SciELO Books / SciELO Livros / SciELO Libros

MERCADO GAZABÓN, A.C. Conclusiones. In: *La influencia de León Duguit en la reforma social de 1936 en Colombia: el sistema jurídico, la función social de la propiedad y la teoría de los servicios públicos* [online]. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2015, pp. 65-73. Textos de Jurisprudencia collection, Maestría serie. ISBN: 978-958-738-638-7.
<https://doi.org/10.7476/9789587386387.0006>.

All the contents of this work, except where otherwise noted, is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International license](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Todo o conteúdo deste trabalho, exceto quando houver ressalva, é publicado sob a licença [Creative Commons Atribuição 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Todo el contenido de esta obra, excepto donde se indique lo contrario, está bajo licencia de la licencia [Creative Commons Reconocimiento 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Conclusiones

La recepción en Colombia de las ideas del francés León Duguit fue amplia e influyente, pero, sobre todo, fundamental en la transformación del derecho público, ocurrida en virtud de la reforma constitucional de 1936. Como se ha demostrado, el influjo del autor va más allá de la mera enunciación; a nivel local su teoría fue, aunque no exclusiva, sí determinante en la renovación del derecho público.

Para llegar a tal fin se han expuesto argumentos que se resumen a continuación:

Primero. El discurso “realista, positivista, social y antimetafísico” de León Duguit.¹ La construcción teórica de Duguit se fundó en consideraciones de colectivismo social e implicó la ruptura del modelo liberal clásico propio de la revolución francesa —basado en apreciaciones jurídicas y económicas individualistas— y la construcción del derecho público fundamentado en el interés general —gobernantes y gobernados con deberes en el conglomerado social—.

Tal planteamiento llevó a reconsiderar nociones de la teoría del Estado y del derecho como la soberanía y los derechos subjetivos. De estos últimos negó su existencia y, con fundamento en esta negación, de contera, desconoció el carácter de derecho subjetivo de la propiedad privada a la que simplemente ubicó como una función dentro del contexto colectivo.

A la soberanía la sustituyó por la noción de servicio público, es decir que en lo sucesivo los servicios públicos fueron la columna básica en el papel de la administración pública: la administración en función de los servicios públicos,

¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del derecho en las bases del concepto de servicio público. En: Revista digital de derecho administrativo, primer semestre, 2011, nº 5, p. 52.

lo que sin duda representó una revisión del derecho administrativo, ahora en pro de la sociedad y sus necesidades.

Segundo. Desde los primeros días de nuestra historia republicana y durante todo el siglo XIX la ideología del liberalismo clásico enseñoreaba el ordenamiento jurídico local; pero en la década de los años treinta del siglo XX el derecho social de Duguit, con sus principios y reglas de tipo “solidarista” fue recibido a nivel constitucional en la reforma social adelantada, no con pocas vicisitudes, a la Constitución de 1886, por el Presidente Alfonso López Pumarejo.

Esta entrada de Duguit en el ordenamiento nacional no aparece por casualidad, los académicos de la época conocían sus obras —las que habían sido traducidas al español inmediatamente después de su publicación en Francia—, lo que, es muy probable, ayudó en su cometido a los impulsores de la enmienda. De hecho, en los textos con los que los intelectuales impartían sus lecciones o en las conferencias eran frecuentes las referencias a los libros del plurimencionado francés. La ponencia de Marco Naranjo López sobre Duguit (1927), el libro de derecho constitucional de Tulio Enrique Tascón (1934) son un claro ejemplo de ello. Tascón en la “advertencia” que hace al lector al inicio del texto, señala cómo el ejemplar que le sirve de guía a los estudiantes de su clase es el *Manual de derecho constitucional* de M. León Duguit, hecho que se corrobora con las múltiples evocaciones y transcripciones del catedrático a lo largo del escrito al comentar el contenido de los artículos de la Constitución de 1886.²

Sin duda, la obra de Juan Francisco Forero N. (1935) es una clara demostración de un estudio concienzudo, más no abstracto, de la teoría duguitiana. En el plano del derecho administrativo, con posterioridad a la reforma, en 1938, Pareja fue el más autorizado exponente del “solidarismo”, en sus disertaciones

² Pueden revisarse los comentarios al artículo 19 (p. 76), sobre la libertad de conciencia (p. 105), sobre instrucción pública (p. 109), derecho de petición (p. 116), separación de poderes (p. 131) y conceptos del derecho, la soberanía, etc. (p. 347 y ss.)

sobre derechos civiles,³ el papel de los gobernantes,⁴ servicios públicos,⁵ la definición de derecho administrativo⁶ y la concepción del Estado.⁷

Tercero: Pese al difícil camino que debió recorrer la reforma constitucional de 1936, para su aprobación, debido a la fuerte oposición del Partido Conservador y del clero colombiano, fue sancionada el 5 de agosto de 1936, exactamente cincuenta años luego de la expedición de la Carta de 1886, y desde entonces merece ser considerada como la enmienda a dicha Constitución de mayor contenido ideológico, aquella que implicó “un audaz avance en la vida social de la República”.⁸

Son varios y trascendentales los puntos de encuentro del Acto Legislativo nº 01 de 1936 con la teoría social de Duguit, el primero, el sistema jurídico que a partir de entonces se edificó y que consistió en la sustitución del individualismo

³ “En virtud de esa transformación que ha estudiado ampliamente Duguit, los derechos civiles clásicos han dejado de ser medios de acción puestos al servicio del individuo para su servicio personal y se han convertido en instrumentos de servicio público”. PAREJA, Carlos H. Derecho administrativo teórico y práctico. Bogotá: ABC, 1937, p. 19.

⁴ “El Derecho Administrativo ha surgido, pues como una consecuencia de la evolución que la noción de Estado ha sufrido a partir de la revolución francesa, y principalmente de la revolución rusa. Estos movimientos políticos permitieron descubrir que la esencia del poder público no reside en la noción de soberanía ni en el concepto metafísico del derecho divino, sino en el principio de que el estado se constituye para servir y los gobernantes son los “gerentes de los servicios públicos” —según feliz expresión de Duguit— y, a consecuencia de esto, tienen derechos, que son deberes para con los gobernados [...] Esa obligación de los gobernantes, que se les impone como una condición esencial para la legitimidad del poder, constituye una función social; esta función es el servicio público. Más que para mandar el gobierno se organiza para servir. El Estado, por consiguiente, no es ya un simple gendarme encargado de guardar un orden establecido únicamente en beneficio de un grupo privilegiado de ciudadanos, sino un organismo de cooperación destinado a prestar servicios públicos. Estos servicios, a la vez que justifican la permanencia del grupo dominante en el poder, son también el límite de su autoridad”. Ibid., p. 23 y ss.

⁵ “Concretamente considerado, el servicio público es la actividad del Estado, ejecutada directamente o por medio de concesionarios, encaminada a satisfacer las necesidades de interés general en forma regular y continua”. Ibid., p. 105.

⁶ “El Derecho Administrativo es sustancialmente el derecho de los servicios públicos”. Ibid., p. 103

⁷ “Todos estos principios que la Constitución establece, constituyen la concepción nueva que, hemos dicho, cambia el eje de rotación de las actividades del Estado, sacándolo del punto de apoyo de la noción metafísica de la soberanía nacional, al hecho vivo del servicio público”. Ibid., p. 125.

⁸ Así la calificó Carlos Lozano y Lozano en el prólogo de la ya citada obra sobre la Reforma Constitucional de 1936 de José Gnecco Mozo. Un interesante apunte biográfico de Lozano y Lozano puede verse en: MAYORGA, Fernando. Carlos Lozano y Lozano. Obra escogida. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

de la Constitución del 86⁹ por las ideas del derecho social. Así las cosas, el texto del 36 superó la noción de Estado-agente e impuso obligaciones positivas a los particulares y al Estado, lo primero, a través de deberes para favorecer el bienestar común y lo segundo, mediante el intervencionismo de Estado.

En ese sentido, el artículo 10 de la reforma consignó una regla —y este es el segundo punto de coincidencia— : la propiedad no es un derecho absoluto sino una función social o, lo que es lo mismo, la propiedad entraña obligaciones, por ello, el dueño de las tierras tiene que cultivarlas, el dueño de solares urbanos tiene que edificar en ellos, etc., toda vez que la condición de propietario implica la obligación de emplear la riqueza detentada en aumento de la riqueza general y contribuir con ello al bienestar común.

Igualmente, a partir del 36 el ámbito de acción estatal se amplía en virtud de la tutela del servicio público, el mecanismo fue el de la intervención, en ese orden de ideas se dotó al Estado de herramientas para reglamentar y dirigir la actividad económica y social.

Cuarto. Más de cien años han pasado desde que el profesor bordelés expuso su teoría solidarista, transformando ciertas nociones del derecho en el modo como eran entendidas cotidianamente. Pese al tiempo transcurrido, la relevancia de sus planteamientos se mantiene en Colombia, debido, de una parte, a que recientes pronunciamientos jurisprudenciales fundamentan su resolución a través de los postulados de Duguit¹⁰ y, asimismo, la doctrina aún debate en torno a ellos.

⁹ “Enseña la doctrina individualista que el hombre al venir al mundo posee ciertos derechos subjetivos, que son los derechos individuales naturales; que el hombre nace libre, esto es, con el derecho a desarrollar libremente su actividad física, intelectual y moral y que todos los hombres tienen naturalmente la obligación de respetar el desenvolvimiento físico, intelectual y moral de cada uno de ellos, y de esta obligación se deriva el fundamento mismo del derecho [...] La Constitución de Colombia [refiriéndose a la Carta del 86] y todos nuestros Códigos se inspiran en esta doctrina”. TASCÓN, Tulio Enrique. Derecho constitucional colombiano. Comentarios a la Constitución Nacional. Bogotá: Minerva, 1934, p. 352.

¹⁰ Son variadas las sentencias de la Corte Constitucional en las que se evocan las teorías del profesor francés, verbigracia la Sentencia C- 006/93 en la que se estudia la demanda de inconstitucionalidad contra un artículo del anterior Código de Minas (Decreto 2655 de 1988), trae una copiosa cita del fallo de la Corte Suprema de Justicia de 10 marzo de 1938 con ponencia del doctor Juan Francisco Mújica, basada en la noción de propiedad utilidad social de Duguit. Asimismo en la Sentencia T- 427 de 1998, al revisar la Corte la acción de tutela promovida por una ciudadana contra la Asociación de Padres de Familia del Colegio Anglo Colombiano, propietaria de un predio anexo al mencionado colegio y respecto del cual la Asociación realizó un cerramiento, por considerar que el mismo se adelantó en un terreno que forma parte de su propiedad privada, la Corte, reivindicando el concepto de la función social, se refiere a las

Quizás la sentencia más significativa sobre la función social del dominio, en vigencia de la actual Constitución, es la C-595 de 1999,¹¹ pronunciamiento que declaró la inexequibilidad del término “arbitrariamente” contenido en el artículo 669 del Código Civil sobre propiedad. En la providencia señala la Corte cómo uno de los momentos más significativos en materia de dominio en el constitucionalismo colombiano es la reforma de 1936 en la que “prestó un servicio invaluable la teoría solidarista del jurista bordelés León Duguit, que sustituyó a la noción tradicional de ‘derecho subjetivo’ la de ‘función social’”. A lo largo del texto de la sentencia puede advertir el lector el análisis de la Corte de los postulados de Duguit para concluir, con fundamento en ellos, que el adverbio ‘arbitrariamente’ del artículo 669 del Código Civil, según el cual, el propietario puede ejercer las prerrogativas implícitas en su derecho, arbitrariamente, es inconstitucional, toda vez que enfatiza una concepción marcadamente individualista de la propiedad. Así recurre la Corte a las teorías del profesor francés:

Ahora bien: toda la teoría del derecho subjetivo se había construido, tradicionalmente, teniendo en mente el derecho tipo, paradigmático por excelencia, de contenido patrimonial: la propiedad. Analizado con criterio duguitiano, el derecho de dominio deviene función social, lo que significa que el propietario no es un sujeto privilegiado,

restricciones que el legislador le puede imponer al propietario en aras de la preservación de los intereses sociales. En providencia C – 474 de 2005, con ponencia de Humberto Sierra Porto, al estudiar la constitucionalidad del artículo 128 de la Ley 769 de 2002 (Código Nacional de Tránsito Terrestre), hace un recuento sobre la contribución decisiva de las teorías de Duguit en el establecimiento de la función social de la propiedad en el ordenamiento jurídico colombiano. Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado de época reciente al referirse a la función social de la propiedad continúa acudiendo al catedrático de Burdeos como referencia doctrinal obligatoria e inspiradora de la reforma de López Pumarejo de 1936. Pueden consultarse las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá: 7 de febrero de 2011, Radicación número: 08001-23-31-000-1993-07655-01(19597); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, 7 de febrero de 2011, Radicación número: 08001-23-31-000-1993-07655-01(19597); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, 26 de julio de 2011, Radicación número: 11001-03-26-000-1996-00011-1(16131); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, 18 de febrero de 2010, Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00023-00(33934).

¹¹ Magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

como hasta el momento lo había sido, sino un funcionario, es decir alguien que debe administrar lo que posee en función de los intereses sociales (prevalentes respecto al suyo), posesión que sólo se garantiza, en la órbita individual, a condición de que los fines de beneficio colectivo se satisfagan.

Se observa cómo la configuración del derecho de propiedad contenida en el Acto Legislativo nº 01 de 1936 perdura hasta hoy día, sin embargo, la misma no está exenta de debates en el plano doctrinal. Para autores como Fabricio Mantilla y Mauricio Terner¹² la discusión en torno al alcance de la “función social” del dominio sigue vigente y parece “que todavía no conoce fin”, y se ha exacerbado, a tal punto, que en ocasiones las limitaciones al dominio han terminado desdibujando el derecho real. Para los autores, la expresión función social se ha tornado demasiado amplia, las restricciones que el legislador y el juez imponen al propietario en pro de los intereses sociales y la consideración por el juez, del dominio como un derecho relativo y no absoluto, han llevado a considerar una “metamorfosis” de este derecho real, en la medida en que en ocasiones se limitan de tal forma los atributos de la propiedad (*ius utendi, ius fruendi, ius disponendi*) que terminan confundiendo los conceptos de dominio con otros derechos reales de menor entidad en cuanto a prerrogativas para su titular. Es el caso del artículo 13 de la ley 2 de 1959 disposición que establece que en aquellas áreas que sean declaradas “Parques Nacionales Naturales” por el gobierno nacional, quedarán sometidas a restricciones tales como “la adjudicación de baldíos, *las ventas de tierras, la caza, la pesca y toda actividad industrial, ganadera o agrícola, distinta a la del turismo o a aquellas que el Gobierno Nacional considere convenientes para la conservación o embellecimiento de la zona*” (Resaltado fuera de texto).

De acuerdo con ello, el propietario de un bien que sea declarado parque nacional natural ve su condición de dueño tan menoscabada que más que de un propietario nos encontraríamos frente a un mero usuario o habitacionario. De allí la pregunta obligada: ¿podemos denominar esto ‘propiedad’? ¿O, más bien ‘pseudo propiedad’? ¿Un “propietario que no puede disponer de su bien

¹² MANTILLA, Fabricio y TERNER, Francisco. “Propiedad” o “Pseudopropiedad”, el cuchillo sin hoja al que le falta el mango. En: Controversias Constitucionales, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009, p. 387-413.

es un verdadero propietario? ¿Y si su goce se limita a la explotación turística? ¿Un cuchillo sin hoja sigue siendo un cuchillo? ¿Y un cuchillo sin mango? ¿Y si se trata más bien, del famoso cuchillo sin hoja al que le falta el mango?”¹³

El otro gran tema expuesto por Duguit, la teoría de los servicios públicos, también continúa siendo objeto de pronunciamientos jurisprudenciales pero, a diferencia del dominio función social que sigue ocupando una posición privilegiada como sustento de decisiones judiciales, la teoría de los servicios públicos asimilada a “función pública”, concebida así por Duguit, es referenciada para señalar que la misma ha sido completamente superada a partir de la Constitución de 1991:

El modelo constitucional económico de la Carta Política de 1991 está fundado en la superación de la noción ‘francesa’ de servicio público, conforme a la cual éste era asimilable a una función pública, para avanzar hacia una concepción económica según la cual su prestación está sometida a las leyes de un mercado fuertemente intervenido; así se deduce del artículo 365 constitucional [...]. Nótese que la norma es clara en señalar que el Estado debe asegurar la prestación (no prestar forzosamente) al tiempo que permite la concurrencia de Agentes (públicos, privados o mixtos) en su prestación (Resaltado fuera de texto).¹⁴

En términos similares el Consejo de Estado también indicó en otra ocasión:

Las reformas legales del año 1994, en desarrollo del modelo económico constitucional previsto en el capítulo V del Título XII de la Carta de 1991, comportaron la sustitución del viejo esquema de prestación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia —que, siguiendo muy de cerca las enseñanzas de la escuela realista de Burdeos liderada por el profesor DUGUIT, asimilaba la noción de servicio público a la de función pública y que había entrado en crisis— por un modelo de mercado en competencia

¹³ Ibid., p. 405.

¹⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sección Tercera. Sentencia AP 020 de 2004, C.P.: María Elena Giraldo Gómez. En el mismo sentido, COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 254 de 2005, C.P.: María Elena Giraldo Gómez y COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia número: 20001-23-31-000-1999-00764-01(21178), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

que concentró en el Estado, en su condición de director general de la Economía, las atribuciones de regulación y control. Se trata, pues, de un “cambio de modelo de Estado” (Resaltado fuera de texto).¹⁵

De acuerdo con lo expuesto la noción de servicio público, concebido este como sinónimo de función pública, ha quedado pulverizada, desde el texto constitucional de 1991. En ese sentido, una materia es el ejercicio de las funciones públicas y otra la prestación de los servicios públicos. Estos últimos regulados en el marco de la Constitución Económica (Título XII), las primeras dentro del apartado de la Constitución dedicado a la organización del Estado (Título V a X). Otra disposición ratifica lo expresado, el numeral 23 del artículo 150 Superior, distingue las leyes que “regirán el ejercicio de las funciones públicas” de aquellas que se ocupan de la “prestación de los servicios públicos”. Por último, es contundente la jurisprudencia cuando señala que

[...] si bien los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 365 Superior, el mismo precepto indica que la función estatal estriba en asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (servicio universal) y *asegurar no significa prestar*. Es por ello que luego de señalar que los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, el artículo 365 Constitucional establece que en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.¹⁶

Así las cosas, resultan claras la relevancia y el significado actual de las ideas de Duguit, sea para citarlas como una afirmación que no puede refutarse, la función social de la propiedad, o como una teoría desueta que hace ya más de veinte años el ordenamiento jurídico colombiano superó. Creemos que el

¹⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sección Tercera, Sentencia AP 1470 de 2005, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sección Tercera, Sentencia número: 88001-23-31-000-2005-00004-01(AP), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

mismo Duguit se habría sorprendido de la trayectoria de sus ideas en nuestro país y en los países latinoamericanos en general.¹⁷

¹⁷ Resultan interesantes los debates y estudios que aún hoy se presentan en torno a las teorías del profesor bordelés, verbigracia hace poco más de dos años en la Universidad de Buenos Aires en Argentina se llevaron a cabo unas conferencias sobre la presencia de sus ideas, con ocasión del centenario de su visita a dicha casa de estudios (1911). También los recientes (2011) estudios sobre la influencia en Chile de su teoría del dominio con función social ha realizado el estadounidense Mathew Mirrow, bajo el título *Orígenes de la función social de la propiedad en Chile*, que puede seguirse en el enlace <http://ssrn.com/abstract=2307102>