



Concepciones sobre el Juez Constitucional en la Reforma de 1910: una cuestión de confianza

Tulio Chinchilla Herrera

Abogado constitucionalista. Profesor del área de Derecho Político
de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad
de Antioquia. Correo electrónico: tuliochi@mitra.udea.edu.co

Resumen

La reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo 3 de 1910, al crear el sistema de control constitucional jurisdiccional concentrado, fue pionera en el mundo en la garantía de la supremacía constitucional, sentando así las bases de un verdadero Estado constitucional. El control constitucional de normas con rango legal o reglamentario por parte de la Corte Suprema de Justicia no sólo se adelantó diez años al modelo kelseniano del tribunal constitucional con su poder anulatorio de la normatividad general contraria a la Carta, sino que aportó un diseño original: el carácter de derecho político de la acción de inconstitucionalidad, el ciudadano raso como el vigilante de la vigencia real de la Constitución.

El estudio de la génesis de tales instituciones revela que éstas fueron el producto de una construcción progresiva en largo proceso histórico de aproximaciones graduales. También revela que en aquellos debates constituyentes de 1910 se plantearon los más acuciantes problemas de teoría y técnica constitucional que hoy son el centro de la discusión de las nuevas corrientes genéricamente cobijadas con el nombre de “neo-constitucionalismo”. Ello se advierte especialmente en la tendencia a depositar una gran confianza del sistema en el poder de los jueces, como un poder racional superior al legislador y al gobierno.

Palabras clave: Reforma Constitucional de 1910; Acto Legislativo 3 de 1910; Juez Constitucional; Sistema de Control Constitucional Jurisdiccional Concentrado; Corte Suprema de Justicia.

Concepciones sobre el Juez Constitucional en la Reforma de 1910: una cuestión de confianza*

Aunque poco se le conmemora y casi nadie festeja su centenario, la Reforma Constitucional de 1910 entraña un especial significado en el constitucionalismo: introdujo la idea de juez constitucional en Colombia y fue pionera en el mundo de la idea de jurisdicción constitucional concentrada (un tribunal con potestad exclusiva de anular una norma legal). En cuanto a este último tema, el Acto Legislativo 3 de 1910 dio un primer paso audaz en el derecho comparado, puesto que sólo hasta 1920 tal forma de control constitucional fue adoptada en la Constitución de Austria a propuesta de Hans Kelsen.¹

¿Cómo se llegó al diseño definitivo de tan original sistema de control constitucional? ¿Qué consideraciones teóricas nutrieron el debate y condujeron a nuestros constituyentes del 10 a adoptar tal modelo judicial de supremacía constitucional? ¿Qué influencias recibieron y qué criterios político-jurídicos los inspiraron? Responder tales inquietudes y reconstruir una discusión de la época es el objeto de este ensayo.

I. Una construcción histórica gradual

Aunque en nuestro país la concepción del juez constitucional –con poderes plenos frente al legislador y al ejecutivo para garantizar la supremacía de la Carta– sólo se consolida en la Reforma de 1910, en realidad tal Reforma es apenas el punto culminante de un largo proceso histórico de construcción y decantación lenta y paulatina, en el que se suceden búsquedas, intentos y aproximaciones, esbozos y escauceos. Sin lanzar hipótesis muy especulativas, puede decirse que el concepto y la denominación de acción ciudadana de inconstitucionalidad –como un derecho

* Este ensayo resume la conferencia dictada por el profesor Tulio Chinchilla Herrera en la Biblioteca Pública Piloto el día 27 de octubre de 2009, bajo el título “*Concepciones del Juez Constitucional en la Reforma de 1910*”, conferencia dictada dentro del ciclo conmemorativo de los cien años de la Reforma de 1910, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia y el Instituto de Estudios Políticos de la misma Universidad. Este ensayo se nutre de algunos resultados de la investigación adelantada por los profesores Bernardita Pérez y Tulio Chinchilla sobre la Reforma Constitucional de 1910, con el apoyo de Melisa Giraldo, Ana María Londoño y Ana María Henao, estudiantes de la Facultad de Derecho de esta Universidad.

¹ Al registrar la Reforma Constitucional de 1910, la historiografía oficial colombiana omite toda referencia a las instituciones de control constitucional que tal Reforma entronizó. Un solo ejemplo basta: al reseñar la obra de la Asamblea Constituyente de 1910, la muy citada *Historia de Colombia*, de Henao y Arrubla, no hace la debida referencia a tan importante tema de la Reforma. El que se instituya por primera vez en nuestra historia la idea de un juez constitucional sobre las leyes y los decretos del Gobierno no atrae la atención de tales autores. Véase al respecto: Henao, Jesús y Arrubla, Gerardo. *Historia de Colombia*. Academia Colombiana de Historia, 1984. pág. 364.

político- parece ser originaria nuestra: está esbozada desde las primeras cartas constitucionales durante la Independencia y se va consolidando a través de todo el Siglo XIX.

Investigadores de nuestra historia constitucional –entre los que sobresale Carlos Restrepo Piedrahita– sitúan el primer antecedente de nuestro control constitucional en la Constitución de la Provincia de Cundinamarca (4 de abril de 1811).² En efecto, en el Título I, su artículo 9 rezaba:

“Habrá un Senado de Censura y Protección, compuesto de un Presidente, que lo será el Vicepresidente de la representación nacional, y cuatro miembros, para sostener esta Constitución y los derechos del pueblo, a fin de que de oficio o requerido por cualquier ciudadano, reclame cualquiera infracción o usurpación de todos o cada uno de los tres poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial que sea contra el tenor de la Constitución”.

De este Senado de Censura se decía también: “El primer Tribunal de la Provincia, preferente a todos los demás es el Senado” (artículo 3). La función de tal Senado consistía en “velar por el cumplimiento exacto de la Constitución e impedir que se atropellen los derechos imprescriptibles del pueblo y del ciudadano” (artículo 4).

Cabe destacar en estos primeros atisbos la idea de un control constitucional de naturaleza judicial o cuasi-judicial y de tipo concentrado y especializado. Es explícita esa naturaleza judicial del Senado de Censura al ser calificado como “el primer tribunal de la Provincia”. Puede decirse también que esta institución se perfiló muy tempranamente en Colombia respecto del resto del mundo, ya que por aquella época apenas comenzaba a consolidarse el sistema del *judicial review* en la jurisprudencia estadounidense. Otros dos rasgos que merecen destacarse también en este primer atisbo de control constitucional son: la consagración de una jerarquía funcional del juez constitucional sobre los demás jueces de la República (incluidas las hoy llamadas “altas cortes”) y la visión de que corresponde al ciudadano raso el papel activador de la defensa de la Constitución.

Aún careciendo de documentos históricos que la hagan palmaria, se advierte cierta probable influencia del pensamiento constitucional francés revolucionario de finales del Siglo XVIII sobre estos primeros textos. Esta hipótesis tiene alguna plausibilidad por el uso de expresiones afrancesadas tales como “la representación nacional”. Igualmente, se advierte una extraordinaria similitud entre la configuración del Senado de Censura (“Senado conservador”) de nuestros primeros textos constitucionales y la propuesta de Sieyès sobre el Tribunal en la

² Restrepo Piedrahita, Carlos. *El principio de supremacía de la Constitución en el derecho constitucional colombiano*. En: *Tres ideas constitucionales*. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986. págs. 12-16.

Asamblea Nacional, aunque dicha propuesta no tuvo eco en los debates constitucionales de entonces.³

Luego de un tiempo en que el tema desaparece del primer plano de las discusiones constitucionales, la preocupación de cómo asegurar la supremacía constitucional revive en la Constitución de Rionegro de 1863. Como se verá, la solución que sobre supremacía constitucional se ensaya en esta Carta refleja el fuerte acento federalista que constituía el eje central del modelo canonizado. El artículo 72 de esa Constitución establecía:

“Corresponde a la Corte Suprema de Justicia suspender, por unanimidad de votos, a pedimento del Procurador General de la Nación o de cualquier ciudadano, la ejecución de los actos legislativos de las asambleas de los Estados, en cuanto sean contrarios a la Constitución o las leyes de la Unión, dando, en todo caso, cuenta al Senado para que éste decida definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos.”⁴

Disposición esta que acusa una mixtura entre la idea, todavía embrionaria, de jurisdicción constitucional y el poder de control definitivo de constitucionalidad en manos de un órgano político-representativo o parlamentario. De allí que sólo le confía al supremo juez del país –la Corte Suprema de Justicia– una potestad de decidir **provisionalmente** sobre la inaplicabilidad de las leyes estatales que contrariaran la Constitución federal (sólo se le otorga el poder de suspenderlas). Pero reserva al Senado –cámara de representación de los Estados soberanos– la potestad de verificar la nulidad o validez constitucional de tales leyes y pronunciarse sobre su vigencia definitiva.

Llama la atención en la disposición transcrita la exigencia de unanimidad para adoptar la decisión suspensiva que correspondía proferir a la Corte Suprema, toda vez que ello parece traducir la intuición de que la verificación de inconstitucionalidad no puede ser una simple opinión jurídica discutible, sino una verdad evidente, racionalmente aceptable como solución única correcta. De alguna manera también la comentada norma traduce una presunción reforzada de validez de la ley, presunción que sólo puede ser desvirtuada por una certeza jurídica plena de la inconstitucionalidad, lo cual comporta una generosa carta de confianza a favor del poder legislativo en cuanto a la interpretación correcta de la norma fundamental.

³ Sieyès, Emmanuel. *Opiniones de Sieyès sobre la Organización y las Atribuciones del Tribunal Constitucional, pronunciado en la Convención Nacional el 18 de Thermidor del Año III de la República*. Publicado en: *Escritos y Discursos de la Revolución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990. págs. 290-293.

⁴ Pueden consultarse estos textos constitucionales históricos en la compilación *Constituciones de Colombia*, de Manuel Antonio Pombo y José Joaquín Guerra. Editorial Banco Popular, 1986, cuatro tomos.

Verdaderamente llamativo, por original, es el mecanismo de control constitucional ejercido por los Estados federados sobre la legislación y las actuaciones del Ejecutivo central en defensa de los derechos constitucionales y de la “soberanía” de los Estados federados. El artículo 25 rezaba:

“Todo acto del Congreso Nacional o del Poder Ejecutivo que viole los derechos garantizados en el artículo 15, o ataque la soberanía de los Estados, es anulable por el voto de éstos, expresado por la mayoría de sus respectivas legislaturas.”⁵

Se concluye que la Carta de 1863 dio un paso tímido pero destacable en la construcción de una jurisdicción constitucional con poder sobre la voluntad legislativa soberana federal estadual, al establecer un mecanismo judicial concentrado de **cuestionamiento y suspensión** de las leyes estaduales. Recuértese que en aquélla Carta la más amplia potestad legislativa se reservaba a los nueve Estados Soberanos. Con todo, aquélla Constitución, muy en el espíritu del Siglo XIX, optó por confiar al Senado –cámara alta de representación federal– pronunciar la última palabra sobre la inconstitucionalidad de la legislación descentralizada que fuera objeto de cuestionamiento y suspensión provisional por parte de alto poder judicial. Y en ese mismo orden de ideas, confió a las legislaturas estaduales la función de ser guardianes de los dos ejes del modelo constitucional: los derechos individuales de libertad y la “soberanía” de los Estados federados frente al poder nacional.

Solución esta que asume tres premisas teóricas: a) todavía en la Convención de Rionegro seguía campeando el dogma casi incuestionable de la ley como voluntad general, expresión incontestable de la voluntad soberana en el Estado (originaria, suprema, incondicionada); b) desde entonces se vislumbraba la sospecha conceptual de que la operación intelectual de verificación de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma legal comporta tanto una valoración política como un juicio lógico-normativo, pero tal vez con predominio de lo primero; y c) asumir la operación lógico-jurídica como soporte de la inconstitucionalidad, implicaba que la decisión de “suspender” puede confiarse a un organismo judicial pero con la exigencia de una muy alta cuota de confianza: la unanimidad hermenéutica que conduce al cuestionamiento de la ley revisada.

Infortunadamente los registros históricos no dan cuenta de actos de control constitucional dentro del régimen rionegrino en ninguno de sus dispositivos.

⁵ Restrepo Piedrahita, Carlos. *Op. cit.* pág. 25. Llama la atención que este mecanismo de la Constitución de Rionegro estableció un sistema inédito de control constitucional, llamado a operar de abajo hacia arriba, es decir, desde los Estados federados sobre los poderes federales. Tal sistema fue concebido como garantía de lo que en esa Carta se consideró como la esencia del modelo constitucionalizado: los derechos individuales y la estructura federal (versión radical) del Estado.

La Constitución de 1886 avanza y al mismo tiempo retrocede en materia de jurisdicción constitucional. Da un importante paso al otorgarle a la Corte Suprema de Justicia la potestad de decidir sobre la inconstitucionalidad de los proyectos de ley. Una potestad de esta naturaleza en manos del supremo juez ordinario implica confiar en que éste posee una autoridad científica o competencia profesional en esta materia, en los casos de discrepancias entre la interpretación constitucional del legislativo y el ejecutivo sobre un proyecto de ley. Comienza entonces a erosionarse el mito dieciochesco del legislador sabio e infalible, pero no por una sobrevenida deslegitimación del poder representativo del Congreso sino por la confianza que ahora bajo esa nueva Carta se le otorga al Gobierno como cabeza del ejecutivo. El poder presidencial, acrecido y sacralizado encarna suficiente legitimidad y autoridad como para frenar al parlamento. Frente a la soberanía legislativa de éste, sólo el Presidente –casi monarca constitucional– tiene el poder de ponerla en entredicho a fin de que el supremo juez del país decida la controversia de naturaleza jurídica (no de valoración política).

Sin embargo, un año después la balanza comenzó a inclinarse a favor de la confianza plena en el legislador y la venerable Ley 153 de 1887, en su artículo 6, estableció que “Una disposición expresa de ley posterior a la Constitución se reputa constitucional y se aplicará aún cuando parezca contraria a la Constitución.”

Lo anterior implicaba asumir que: o el legislador nunca viola la Constitución (es un imposible lógico y fáctico) o que, aún frente al riesgo de leyes inconstitucionales, ninguna autoridad constituida puede estar “por encima” del depositario de la representación nacional como para invalidar la obra de éste. Bajo esta concepción, la idea del juez constitucional sobre la ley es impensable, concepción muy a tono con la idea liberal revolucionaria de que la función del juez se circunscribe al de fiel servidor de la ley, nunca la de cuestionarla. Además esta especie de “inversión” de la pirámide jurídica (la ley por “encima” de la Constitución) refleja el concepto de Constitución del Siglo XIX en Europa: más un conjunto de principios políticos dirigidos al legislador y al alto gobierno que una verdadera norma vinculante para todos los operadores jurídicos. Bajo esta concepción, la fuente formal de derecho es la ley no la Constitución.⁶

Tal vez debido a las convulsas circunstancias políticas del país y la precariedad del régimen de derecho durante la Regeneración, al despuntar el nuevo Siglo fue abriéndose paso la idea de que la superación de tales males pasaba por erigir un poder judicial salvador al que se confiara el arbitraje de las agudas controversias inter-partidistas. Para esa época las fuerzas opositoras –liberales radicales y

⁶ Un desarrollo más amplio de esta concepción decimonónica del concepto de Constitución como Carta Política sin plena fuerza jurídica vinculante, se encuentra en mi artículo *Introducción a una teoría constitucional colombiana*, publicado en la Revista Estudios de Derecho número 117-118 (1991), de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

“conservadores históricos”- han acumulado una profunda desconfianza en el poder conquistado por las mayorías en el Congreso y temen lo peor del ejecutivo. Un nuevo mito comienza a tejerse, el de la racionalidad judicial. En efecto, el documento elaborado por Carlos E. Restrepo y Fidel Cano, y adoptado por la Junta de Conciliación de Antioquia (Medellín, 1904) bajo el nombre de Bases de Reconciliación, fijó como uno de los pilares del nuevo proyecto político el siguiente:

“Organizar los poderes públicos, garantizando la independencia y separación recíproca entre ellos, y hacer a la Corte Suprema de Justicia árbitro e intérprete de la inteligencia y constitucionalidad de las leyes, a pedimento del Ministerio Público o de los ciudadanos.”⁷

La propuesta anotada perfila ya el modelo de Estado que propugnaría el Movimiento Republicano en 1910.

El momento preparatorio del gran salto constitucional se concreta en el Congreso de la República, convocado y reunido en 1909 para buscar una salida institucional, luego de la caída del Gobierno autoritario de Rafael Reyes.

Desde una visión más ortodoxa -visión decimonónica del orden jurídico-, el constitucionalista José Vicente Concha presentó ante la Cámara de Representantes un proyecto de reforma constitucional que confiaba a la Corte Suprema de Justicia decidir definitivamente sobre la validez o nulidad de los decretos del Gobierno Nacional, dictados bajo Estado de Sitio, control que se realizaría mediante la acción ciudadana y con intervención del Procurador General de la Nación. La propuesta de Concha concebía el control constitucional como una defensa de la Constitución ante el peligro autoritario derivado de nuestro régimen presidencialista, pero lo desecha como garantía frente al poder legislativo. Para este jurista, quien en 1914 sería Presidente de Colombia, carece de fundamento político colocar un juez por encima del legislador, en tanto que tiene plena plausibilidad que una suprema autoridad judicial pueda declarar la “validez o nulidad” de los actos del Gobierno.

El proyecto de reforma constitucional de los representantes Joaquín Collazos y Manuel Bonilla es definitivamente el puntillazo final de este proceso constructivo, contiene todos los elementos de lo que sería el control constitucional a partir de 1910, incluso con el texto que desde entonces hasta nuestros días se conserva sin mayores cambios.⁸ Tal propuesta atribuía a la Corte Suprema de Justicia la competencia plena para:

⁷ Documento referido por Carlos Restrepo Piedrahita (*Op. cit.* pág. 51) con remisión a la obra *Orientación Republicana*, Tomo I.

⁸ Del perfil intelectual de estos juristas-políticos poco se sabe. Joaquín Collazos reaparece como integrante de la Asamblea Constituyente de 1910, como delegado del Departamento del Valle del Cauca.

“Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, o sobre las leyes acusadas ante Ella por cualquier ciudadano, o sobre los decretos que dé el Gobierno en ejercicio de las facultades conferidas a él por el artículo 121, también a petición de cualquier ciudadano, previa audiencia del Procurador General de la Nación.”

Esta propuesta fue aprobada por la Cámara, pero los avatares de la coyuntura política y ciertas dudas sobre la competencia constituyente de ese Congreso, impidieron convertirla en norma constitucional. La norma que la Asamblea Constituyente de 1910 acogió como artículo 41 del Acto Legislativo 3 de 1910 viene a ser una simple reedición de dicha propuesta. Es decir, cuando la Asamblea Constituyente del 10 creó la acción de inconstitucionalidad, todo apuntaba hacia esa decisión, porque ella estaba preparada como objetivo del Republicanismo.

II. Un modelo criollo de control constitucional

Como se ha expuesto, el modelo de jurisdicción constitucional adoptado por la Asamblea Constituyente de 1910 representa la fase conclusiva de un proceso previo de ensayos, escarceos y aproximaciones que poco a poco condujeron a ella. Ello explica en buena medida que la institución naciera con ciertas señales particulares, con su sello propio y su original diseño que la identifican y distinguen perfectamente de otros modelos de control constitucional vigentes en la época. Originalidad criolla sorprendente en un país caracterizado por la arraigada inclinación a importar figuras seductoras que funcionan (bien o mal) en otras latitudes.⁹

En los debates de 1910 afloraron dos líneas discursivas: a) el debate teórico sobre temas tales como la supremacía constitucional y el mejor guardián para garantizarla sin desnaturalizar la estructura de separación de poderes; y b) el debate pragmático sobre cuál debía ser la salida institucional que las circunstancias colombianas aconsejaban frente a la disfunción crónica de nuestro Estado de derecho.

La fórmula normativa con que ese Acto Legislativo 3 de 1910 adoptó el mecanismo del control objetivo o abstracto de constitucionalidad –detectar la “incompatibilidad” entre dos normas generales: la legal o reglamentaria y la fundamental–, permanece hoy esencialmente invariada. Su texto, que corresponde al actual artículo 441 C.P., fue el siguiente:

⁹ La tendencia imitadora se aprecia desde la Constitución de 1821, inspirada en la estadounidense en cuanto al modelo presidencial. La de 1863 copia la estructura federal norteamericana. La Reforma de 1936 fue muy influenciada por las corrientes constitucionales francesas y la Constitución Española de 1931. La Reforma de 1968 tomó como modelo la Constitución francesa de 1958 y la Carta de 1991 importó muchas instituciones de la española de 1978. En cambio, hay originalidad en la configuración de nuestra Acción de Tutela, muy distinta al recurso de amparo y a la tutela judicial ordinaria del constitucionalismo español. Tal vez por eso esta última institución ha tenido buen éxito.

“A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá las siguientes: 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.”

Se destacan de esta fórmula ciertos ángulos interesantes:

- a) La utilización del verbo *confiar*, que sugiere la lúcida idea de que entregarle al juez constitucional el papel de garante de una Carta es ante todo un voto de confianza (“en vos confiamos”, como dice la jaculatoria). Confianza que se yergue sobre la desconfianza en el poder legislativo y en el Gobierno.
- b) La utilización de la expresión *guarda* sugiere que el control constitucional representa una nueva función del Estado, un poder vigilante -centinela- y conservador para defender el orden fundamental frente a quien puede desnaturalizarlo mediante normas generales. Idea que nos recuerda la tesis doctrinaria de que la llamada jurisdicción constitucional participa de la naturaleza de *función de control*.
- c) El que el objeto guardado sea *la integridad* de la norma suprema sugiere que el juez constitucional garantiza la vigencia no sólo de un texto sin también de sus profundos significados. La función de control no se circunscribe a la salvaguardia de la supremacía lógico-formal (supremacía en sentido kelseniano), sino la misión de evitar que ese orden fundamental se desmorone por obra y gracia de decisiones políticas de los supremos poderes constituidos.
- d) El control que ejerce la Corte Suprema de Justicia se ubica dentro del modelo que el derecho comparado denomina *sistema concentrado*, como competencia plena y exclusiva de un único juez constitucional para revisar todos los actos de producción normativa de los poderes nacionales. Es una competencia que abarca la revisión constitucional de los proyectos de ley (*actos legislativos*, según la denominación de la época), las decisiones legislativas del Congreso (leyes en sentido formal), los actos del Gobierno Nacional con rango y fuerza de ley (decretos legislativos y decretos-leyes) y los actos generales del Gobierno Nacional (decretos reglamentarios). Aunque no es explícito el texto de la Reforma respecto del control constitucional de los actos administrativos particulares del Gobierno, cabría interpretar extensivamente la competencia de la Corte Suprema y abarcar bajo ella a los decretos ejecutivos del Presidente. No quiso el Constituyente del 10 bifurcar la jurisdicción constitucional en dos altas corporaciones judiciales: Corte Suprema y Consejo de Estado, sólo a la primera le atribuye

el monopolio del control objetivo. La actual dualidad de la jurisdicción constitucional apareció mucho más tarde: inicialmente en norma de rango legal –artículo 62 de la Ley 167 de 1941, Código Contencioso Administrativo– y luego, al ser declarada inexecutable esta disposición legal, por decisión constituyente de la Reforma de 1945.¹⁰

- e) Que el pronunciamiento del juez constitucional debía versar sobre la *exequibilidad* de la norma legal o reglamentaria cuestionada, implicaba que la Corte Suprema recibía únicamente la potestad de declarar *inexecutable*, es decir, *inejecutables por vía general y con efectos hacia el futuro* aquellas normas *incompatibles* con la Norma Fundamental. La voz *inexecutable* deriva del verbo latino *exequare* (*exeavi, exeatum*), que significa ejecutar, por lo que *inexecutable* designa la condición de no ejecutable y la norma *inexecutable* es la que se torna inaplicable. Aunque tal declaración de *inexecutableidad* produce radicales efectos *erga omnes*, atípicos para ser un pronunciamiento judicial, el Constituyente evitó conscientemente la figura de la *nulidad* de la norma revisada con sus efectos retroactivos. Al parecer, en la visión de aquellos constituyentes, una potestad anulatoria de las normas con rango y valor de ley comportaba erigir al juez constitucional en un órgano jerárquicamente superior al poder legislativo de la nación y a la autoridad normativa del Jefe de Estado.
- f) La expresión *definitivamente* sugiere que estamos frente a un “órgano límite” (pronuncia la última palabra en una controversia) y que el pronunciamiento genera cosa juzgada (aunque en sus comienzos no fue evidente que la Corte decidía mediante sentencia).¹¹
- g) La concepción de que el control constitucional opera mediante acción ciudadana puede evaluarse como una de las mayores originalidades de la Reforma de 1910 (aunque es una idea constante en los ensayos anteriores). En contraste con el modelo austriaco –ideado por Kelsen en 1920– que legitima sólo a ciertos órganos para provocar el control, la acción de

¹⁰ El artículo 62 de la Ley 167 de 1941, que otorgó competencia al Consejo de Estado para revisar la constitucionalidad de los decretos administrativos del Gobierno, fue inicialmente inaplicable como inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia (Auto de Sala Plena de 13 de mayo de 1942) y luego declarada *inexecutable* por Sentencia de la Sala Plena del 7 de julio de ese mismo año. Ante tales decisiones, el Acto Legislativo 1 de 1945 elevó dicha norma legal a rango constitucional y allí nació nuestro control constitucional bifurcado.

¹¹ El modelo ideado por Hans Kelsen en 1920 para Austria tiene grandes similitudes con el nuestro, pero se diferencia de éste, entre otros, en que aquél otorga un poder anulatorio pleno sobre las leyes al Tribunal Constitucional. Nuestro sistema de control sólo le permite al supremo juez constitucional declarar *inexecutable* la ley contraria a la Constitución, lo cual significa: *inejecutable hacia el futuro*; es decir, en principio la *inexecutableidad* no produce efectos hacia el pasado, salvo que la propia Corte Constitucional retrotraiga tales efectos en el tiempo (Sentencia C-037 de 1996).

inconstitucionalidad fue concebida como derecho político de participación, cuyo titular es el ciudadano raso y en la cual el Procurador General como vocero de los intereses públicos (Ministerio Público) debe expresar su opinión orientadora.

- h) Como texto complementario e inseparable del artículo 41 de la Reforma, el artículo 40 de la misma contiene el fundamento o, si se quiere, la esencia lógica de nuestro control constitucional en la siguiente fórmula: “En todo caso de *incompatibilidad* entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales” (Cursivas y negrillas fuera del texto).
- i) Que la verificación que corresponde hacer al juez constitucional se centra en la revisión de *incompatibilidad* entre dos textos –el legal vs. el fundamental– sugiere que la declaratoria de inexequibilidad sólo procede cuando es absolutamente imposible la vigencia simultánea de la norma revisada y los preceptos de la Carta. Subyace también a ese riguroso texto la idea de que la función del control constitucional debe resolver, ante todo, un problema de precedencia de fuentes formales de derecho, lo cual difiere de la idea de que mediante dicha función se asegura que la Constitución es el germen vital de todo el ordenamiento (en ella está concentrado todo el universo del orden jurídico).

III. Debate conceptual y político en la Reforma del 10

Como se anotó arriba, el importante debate que se dio en la Asamblea Constituyente de 1910 tocó temas de mucha relevancia en el constitucionalismo. Varios problemas conceptuales concentraron la atención de los polemistas y dos problemas políticos institucionales prácticos acicatearon al Constituyente a diseñar un sistema de control jurisdiccional *sui generis*.

El foco del debate constituyente sobre la creación de la nueva jurisdicción –la constitucional–, con inéditos poderes anulatorios sobre la expresión de la voluntad general, fue la cuestión de quién es el mejor guardián de la Constitución. A decir de Eduardo Rodríguez Piñeres, jurista cercano a las deliberaciones de la Asamblea Constituyente y a sus integrantes, examinados diferentes modelos de control constitucional de la época (estadounidense o de control judicial difuso, suizo por referendo y el francés o parlamentario), se optó por una “solución colombiana”: depositar tal confianza en el poder judicial, pero no como potestad difuminada en todos los jueces sino como competencia exclusiva concentrada en una alta corte.¹²

¹² Rodríguez Piñeres registra los términos de este gran debate en aquel momento histórico. Véase al respecto el ensayo *Relaciones entre los poderes Judicial y Legislativo*, trabajo laureado en el concurso abierto por el Gobierno para la provisión de las delegaciones de Colombia en el Segundo Congreso Científico Panamericano (Capítulo I), publicado en la Revista Estudios de Derecho de

Por eso se acogió en su contenido esencial el texto inicialmente propuesto por Don Nicolás Esguerra (antiguo militante del liberalismo radical) en los siguientes términos:

“A la Corte Suprema de Justicia se le encarga la guarda de la Constitución, por ende la declaratoria de la exequibilidad de los actos legislativos objetados por inconstitucionales, y sobre las leyes o decretos que cualquier ciudadano haya acusado como tal ante el Procurador General de la Nación.”¹³

Para sustentar esa modalidad de jurisdicción constitucional concentrada (con poderes anulatorios sobre las leyes y los decretos con rango de ley), el problema más debatido fue, sin duda, el de las relaciones entre el poder legislativo y el poder judicial. No fue ajena a esta polémica la pregunta sobre cuál de estos dos poderes condensa mayor legitimidad y cuál de ellos ocupa lugar prevalente en la estructura del Estado: ¿en virtud de qué título se legitima a un pequeño grupo de magistrados –no electivos, no seleccionados democráticamente ni responsables ante el pueblo – para dejar sin efectos una expresión normativa de la voluntad general expresada en el Congreso?

Según Rodríguez Piñeres, el fundamento de sistema que se creaba radica en los poderes moderadores de los jueces y en el papel del juez constitucional como supremo intérprete de la Carta. Según este jurista, la señalada discusión exige considerar la

“determinación de los efectos que ejerce sobre el derecho del Poder Legislativo para decretar leyes, la fuerza moderadora que el Poder Judicial mantiene respecto de los actos que emanan de aquél, en virtud de las facultades de interpretación y explicación de las leyes que le concede la Constitución”¹⁴

La premisa socio-política que, según Rodríguez Piñeres, cimentó el salto institucional hacia una jurisdicción constitucional, fue la decadencia del mito del poder legislativo, la visión pesimista sobre la infalibilidad de la voluntad general. En Colombia, esa decadencia del mito legislativo tomaba la forma de desconfianza en la moderación del Congreso de la República y en la independencia de éste frente al poder ejecutivo. Retomando el texto de Herbert Spencer, este autor nos dice que “la superstición política de lo pasado era el derecho divino de los Reyes; la gran superstición política de hoy es el derecho divino de los Parlamentos.”¹⁵ Por ello, la discusión arribó a la siguiente conclusión:

“En Colombia es necesario defender al pueblo contra la acción conjunta del legislativo y del ejecutivo, ya que el primero es inducido por el segundo a expedir

la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, números 41 y 42, correspondientes al año 1916. págs. 1007 y siguientes.

¹³ Así aparece transcrito en las actas de la Asamblea Constituyente de 1910.

¹⁴ Rodríguez Piñeres. *Op. cit.* pág. 1008.

¹⁵ *Ibidem.* pág. 1011.

leyes contrarias al propio Estatuto que aprobaron cuando el respectivo partido triunfó, tratándose de perpetuarse en el poder pero que a la larga le resulta estorboso”.¹⁶

Las experiencias de gobiernos autoritarios y congresos homogéneos manipulados por el ejecutivo durante la época de la Regeneración fueron el referente histórico inmediato que alimentó esta visión pesimista sobre el poder legislativo. La utilización prolongada de facultades de Estado de Sitio, con su legislación de excepción (decretos legislativos) y la generosa concesión de facultades extraordinarias al Gobierno por parte del Congreso (decretos-leyes), daban pábulo a la creación de un poder “moderador” sobre tan amplias competencias normativas del ejecutivo. En este punto, los delegatarios de visión constitucional más conservadora –como José Vicente Concha–, aunque vacilantes en la revisión judicial de las leyes, propugnaron el control judicial inmediato sobre el ejercicio de los poderes excepcionales del Presidente, control que conllevaba la facultad de declarar inexecutable los decretos legislativos.

Pero la poca fe en una suprema competencia de interpretación constitucional en manos del poder legislativo fue expresada por quien fuera inspirador y promotor de la Reforma, Carlos E. Restrepo, en los siguientes términos:

“Convertir al legislativo y al ejecutivo en ‘árbitros del derecho’ es convertirlos en constituyentes de cada año, teniendo los jueces que aplicar una ‘ley inicua’ y los particulares no les quedaría ‘otro recurso que sufrirla y callar’”.¹⁷

IV. Actualidad del debate: Neo-constitucionalismo y el mito del Juez

Resulta llamativo que en estas latitudes, tan lejos de los centros del pensamiento universal, los constituyentes de 1910 lograron tocar el núcleo del constitucionalismo contemporáneo. Se tomaron en serio la fuerza normativa de la Constitución y su corolario: el control constitucional jurisdiccional. Tuvieron clara la actual identificación entre Constitución normativa y juez. Sin trasplantar acríticamente las discusiones de Estados Unidos, Inglaterra, Francia o Alemania sobre la supremacía constitucional, los juristas criollos se aproximaron a algunas de las más acuciantes discusiones del Neo-constitucionalismo: la plena fuerza vinculante de los preceptos fundamentales y su irradiación a todo el ordenamiento, los amplísimos poderes que se ponen en manos del juez constitucional, la jerarquía de legitimidades en el Estado constitucional, la naturaleza del acto intelectual de revisión constitucional –acto de lógica jurídica o valoración política–, la naturaleza del pronunciamiento de inconstitucionalidad de la ley (si nulidad o más bien la inejecutabilidad), el titular del derecho a cuestionar la validez de las leyes, entre otros.

¹⁶ *Ibidem.* pág. 1014.

¹⁷ Citado por Rodríguez Piñeres en: *Op. cit.* págs. 1023 y 1024.

Así, por ejemplo, la desconfianza en el legislador y el ascenso del nuevo mito: el juez sabio e imparcial para decirnos lo que la Constitución dice (o no dice), son postulados que hoy ocupan la atención de lúcidos autores tales como Prieto Sanchís,¹⁸ Robert Alexy¹⁹ y otros de igual talla. Tal vez los reformadores del 10 no concibieron unos poderes omnímodos del juez constitucional. Como muestra: la preferencia por la expresión “inexequibilidad” en vez de la de “nulidad” sugiere una fórmula restrictiva de simple inaplicabilidad hacia el futuro y con ello la idea de simple “legislador negativo” a la manera kelseniana. Pero al mismo tiempo, el texto de la norma le asigna a la Corte Suprema la misión de guardar la “integridad de la Constitución”, expresión que sugiere una potestad amplia de supremo intérprete: integridad como algo más significativo que simple supremacía lógico formal.

Como conclusión, los constituyentes colombianos de hace cien años necesitaban depositar la confianza del sistema en alguien distinto al poder legislativo, confiaron en el juez. En el fondo, el contexto socio-político así lo aconsejaba y con ello expresaban su fe en la cultura jurídica como elemento civilizador y pieza necesaria de la cultura política. El teórico estadounidense John Hart Ely enfatizó la relación entre el control constitucional y la desconfianza en los cuerpos representativos. ¿Qué tanto cabe alimentar el mito del poder judicial y hacer de éste el estamento salvador del sistema político? Y fue ese mismo autor quien dio una respuesta sugerente:

“Pero el derecho constitucional propiamente existe para aquellas situaciones en las cuales no puede confiarse en el gobierno representativo, no para aquellas en las que sabemos que podemos hacerlo”.²⁰

También en aquel debate hubo voces de desconfianza en ese nuevo poder del juez constitucional y se esgrimieron argumentos muy cercanos a los que hoy, en dura crítica al “neo-constitucionalismo”, invitan a descreer del juez constitucional. Rodríguez Piñeres cita a Carlos Martínez Silva, quien al criticar las nuevas competencias que se habrían de atribuir a la Corte Suprema de Justicia sostuvo que ello:

“Equivale a considerar como soberano a un Tribunal que, por respetable que sea, no tiene carácter representativo (...) La Corte Suprema puede equivocarse y estar sometida a influencias, ya sea que este supremo Tribunal tenga su origen en el poder Ejecutivo o en cualquiera de las Cámaras”.

Esa misma postura fue adoptada también por el delegatario conservador José Vicente Concha, siendo este partidario de un estricto control jurisdiccional

¹⁸ Prieto Sanchís, Luis. *Ley, principios, derechos*. Editorial Dickinson, 1998. págs. 5-38.

¹⁹ Alexy, Robert. *Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático*. En: *Neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, 2003. pág. 43.

²⁰ Hart Ely, John. *Democracia y desconfianza*. Universidad de los Andes, 1997. pág. 217.

concentrado, pero únicamente respecto del poder normativo excepcional del ejecutivo.²¹

Finalmente, aquella audacia de crear la acción de inconstitucionalidad como derecho ciudadano o “acción popular” fue sustentada en que “hace de cada ciudadano un celoso guardián de su seguridad”.²² Institución totalmente desconocida en cualquier otro sistema de control constitucional en el mundo. Algunos autores contemporáneos como María Luisa Rodríguez Peñaranda enlazan conceptualmente el modelo de ciudadano y de virtud cívica canonizado por nuestro constituyente del 10, con la nueva visión que hoy adopta el nombre de “republicanismo”. También esta autora ve la acción de inconstitucionalidad como un mecanismo de defensa de las minorías (control “contra-mayoritario”) y una anticipación de lo que hoy se denomina “democracia deliberativa” como modelo participativo renovador de la gastada legitimidad representativa.²³ En realidad comienza allí, hace cien años, el debate sobre la pluralidad de legitimidades que operan simultáneamente dentro del modelo de Estado constitucional.

²¹ Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1910.

²² Rodríguez Piñeres. *Op. cit.* pág. 1022.

²³ Véase el capítulo *Republicanismo y origen de la acción pública*. En Rodríguez Peñaranda, María Luisa. *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*. Editorial Universidad Externado de Colombia, 2005.