

*Danilo Rojas Betancourth**

El carácter elitista de la acción pública de inconstitucionalidad y sus principales consecuencias

Fecha de recepción: 23 de Julio de 2010
Fecha de aprobación: 10 de agosto de 2010

RESUMEN

En este ensayo se argumentará que el origen de la acción pública de inconstitucionalidad en Colombia no es ajeno al carácter y vocación elitista del control judicial de constitucionalidad. Develar dicho elitismo –que adquiere las más variadas formas: desde la condición privilegiada de quienes la promueven y apoyan, hasta las técnicas más refinadas para neutralizar o al menos desmotivar su uso–, será importante para evitar que adquiera un carácter superlativo y que, como consecuencia de ello, las bondades y propósitos de la acción se trivialicen. Así, el propósito central del texto será mostrar que la acción de inconstitucionalidad es un instrumento con gran vocación democrática, de ahí que merezca ser preservado, mejorado, difundido y defendido.

Palabras clave: Constitucionalismo, Colombia, Acción Pública de Inconstitucionalidad, Elitismo.

ABSTRACT

This article argues that the origin of the public action of constitutional review in Colombia is not far from the elitist character and vocation of the judicial review of the Constitution. This elitism is upheld in diverse ways –from the privileged condition of those who promote and support it, to the most sophisticated techniques employed to neutralize or reduce its effects– and it is important to reveal these dynamics in order to avoid the manifestation of such behavior which may trivialize the equity and utility of such a public action. Thus, this article argues that the public action of constitutional review is an instrument with noteworthy democratic vocation. Hence, it deserves to be preserved, improved, diffused and defended.

Key-words: Constitutionalism, Colombia, Public Action of constitutional review, elitism.

* Consejero de Estado, República de Colombia. Profesor de la Universidad Nacional de Colombia.

La participación ciudadana en la formación del poder y la toma de decisiones que afectan a la población, es uno de los clichés teóricos más estudiados por especialistas de distintas disciplinas. Particularmente, los juristas encuentran en el fenómeno del control judicial de las normas un campo propicio para el estudio de esa tríada participación-poder-toma de decisiones, pues ante la imposibilidad práctica de garantizar una participación masiva a la hora de decidir, los excluidos suelen reclamar la posibilidad de volver sobre lo decidido, así sea en un escenario diferente.

Quizá sea esa la principal virtud de la acción de inconstitucionalidad, pues una clásica manifestación del poder es la expedición de normas que no siempre atienden lo que ética y jurídicamente deberían; y ante tal circunstancia, la posibilidad de acudir a un juez para que decida quién tiene la razón, es uno de los rasgos de los Estados de Derecho contemporáneos.

La acción de inconstitucionalidad como forma de control del poder es reciente y constituye, sino el principal, uno de los más importantes aportes de las Américas al constitucionalismo. Es conocida la historia del *judicial review* norteamericano que con el tiempo generó el control difuso de constitucionalidad, pero es menos conocida la de la acción de inconstitucionalidad, que también con el tiempo generaría el llamado control concentrado de constitucionalidad.

Mucho antes de que Hans Kelsen propusiera por primera vez su fórmula de control de constitucionalidad para la Constitución austríaca de 1920¹ y a partir de allí se hiciera una gran difusión del fenómeno en las constituciones europeas, en la República de Venezuela ya se habían dado los primeros pasos en torno al tema, tal como consta en su Constitución de 1858². Y aunque esta norma fue derogada por decreto del general José Antonio Páez dos años más tarde, la acción pública de inconstitucionalidad –API– fue luego retomada a partir de la Constitución de 1904³.

¹ Sobre este aporte a la Constitución austríaca de 1920, ver Norbert Leser, “Hans Kelsen y Karl Renner”, en *Teoría pura del derecho y teoría marxista del derecho*, Bogotá, Temis, Instituto Hans Kelsen, 1984, pp. 49 a 77.

² “Art. 113. Son atribuciones de la Corte Suprema: 8. Declarar la nulidad de los actos legislativos sancionados por las Legislaturas Provinciales, a petición de cualquier ciudadano, cuando sean contrarios a la Constitución”.

³ Allan Brewer-Carías (compilación y estudio preliminar), *Las Constituciones de Venezuela*, Caracas, Biblioteca de Ciencias Políticas y Sociales, 1997.

En Colombia la API fue introducida en la reforma constitucional de 1910⁴ y la misma se ha mantenido, sin modificaciones sustanciales, a lo largo de nuestra historia constitucional hasta ser incluida en la vigente Constitución de 1991.

Desde sus orígenes, la API ha tenido defensores y detractores. En ambos bandos existen razones importantes a favor y en contra del mecanismo que, sin embargo, ha pervivido y transformado radicalmente las prácticas de control jurídico del poder, a juzgar por el constante uso ciudadano de la acción y las transformaciones político-jurídicas a las que han contribuido las decisiones de la Corte Constitucional, resultado precisamente del uso de tal acción.

En el marco del debate de defensores y detractores de la API, quisiera argumentar que el origen de la acción pública de inconstitucionalidad en Colombia no es ajeno al carácter y vocación elitista del control judicial de constitucionalidad. Develar dicho elitismo –que adquiere las más variadas formas: desde la condición privilegiada de quienes la promueven y apoyan, hasta las técnicas más refinadas para neutralizar o al menos desmotivar su uso–, será importante para evitar que el mismo adquiera un carácter superlativo y, como consecuencia de ello, las bondades y propósitos de la acción se trivialicen. Así, el propósito central de mi argumento será mostrar que la acción de inconstitucionalidad es un instrumento con gran vocación democrática y que por lo mismo, merece ser preservado, mejorado, difundido y defendido.

Para desarrollar la tesis, en una primera parte del trabajo se mostrará una síntesis de lo ocurrido en la constituyente de 1910, enfatizando la extraña forma como terminó siendo incluida la API; luego se mostrarán algunos rasgos de la época que ayudan a perfilar la hipótesis que se sostiene sobre el carácter elitista de la acción y, por último, se hará un breve diálogo con algunas de las críticas actuales en torno a la API. El resultado será la descripción del carácter elitista de la acción –conforme a la estructuración de distintos mecanismos– para sugerir, a partir de ello y a manera de conclusión, la necesidad de vigilar el acrecentamiento de tales propiedades elitistas, pues por dicha vía, lo conquistado en 1910, puede desaparecer o desnaturalizarse en extremo.

⁴ Para un estudio comparativo de las diferencias y semejanzas entre las acciones de inconstitucionalidad consagradas en los textos constitucionales de Venezuela y Colombia –en donde se muestran las ventajas de ésta sobre aquella como también sobre la fórmula propuesta por Kelsen–, ver Juan Carlos Esguerra Portocarrero, *La protección constitucional del ciudadano*, Bogotá, Legis, 2004. Valga aquí igualmente una cita de un clásico del derecho constitucional colombiano: “Con el establecimiento del control jurisdiccional de las leyes, Colombia marcó un avance en el derecho público del mundo, y por consiguiente, no es a las Constituciones democráticas de las postguerra –como erradamente lo cree el profesor Boris Mirkine Guetzevitch–, a las que se debe esta cultura de la racionalización del poder”. Tulio Enrique Tascón, *Historia del Derecho Constitucional Colombiano*, Bogotá, Cátedra Ltda N° 1, 1951, p. 216.

1. LA EXTRAÑA INTRODUCCIÓN DEL CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA. LOS AVATARES Y SOBRESALTOS DE LA REFORMA DE 1910

La disputa por el establecimiento del control de constitucionalidad en la reforma del 1910 estuvo marcada por dos propuestas: una orientada a declarar inexecutable las leyes y otra a suspender temporalmente sus efectos. En ambos casos, el competente para hacerlo era la Corte Suprema de Justicia⁵. La primera propuesta la hizo Nicolás Esguerra, diputado –léase constituyente– por las circunscripciones electorales de Bogotá y Antioquia⁶, y la segunda fue elaborada por Hernando Holguín y Caro, diputado por Neiva⁷.

La propuesta de Esguerra logró no solo ampliar los límites temáticos que el decreto de convocatoria imponía⁸, sino que se sobrepuso a la presentada por Holguín y Caro, luego de arduos debates que inicialmente favorecieron la propuesta de éste.

En efecto, respecto de la administración de justicia, el Decreto 126 de 1910 autorizó a la AN a trazar las “bases para la organización de la Corte Suprema de Justicia como Tribunal Ordinario y Tribunal de Casación”. A partir de este “límite”, Esguerra propuso, entre otras normas, la siguiente:

Artículo 24. 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 confieran ésta o las leyes, tendrá las siguientes:

⁵ La reconstrucción que sigue es tomada de *Historia de las leyes. Acto Legislativo N° 3 de 1910*, en donde Lácides Segovia –un general que hizo parte de los constituyentes de 1910, diputado por la circunscripción electoral de Cartagena– cuenta lo ocurrido (parcialmente) en los debates de la Asamblea Nacional (constituyente) –AN–, hecha por Esta publicación fue presentada y publicada en diciembre de 1914 y reeditada luego por la Imprenta Nacional de Bogotá en 1953. Es considerado el texto histórico de mayor difusión que da cuenta de lo sucedido en la AN de 1910. En el Congreso de la República reposan las actas de las sesiones de la AN bajo el nombre de *Anales de la Asamblea Nacional de 1910*.

⁶ Los Diputados a la AN eran tres principales, tres primeros suplentes y tres segundos suplentes y podían representar más de una circunscripción electoral. Las circunscripciones electorales representadas en la AN fueron: Pasto, Popayán, Cali, Manizales, Antioquia, Medellín, Cartagena, Barranquilla, Cúcuta, Bucaramanga, Santa Rosa, Tunja, Facatativá, Bogotá, y Neiva. Varios constituyentes de entonces, fueron notables figuras nacionales: Rafael Uribe Uribe, Carlos E. Restrepo, Pedro Nel Ospina, Benjamín Herrera, José Vicente Concha, Santiago Pérez, Enrique Olaya Herrera.

⁷ Un tercer proyecto de acto legislativo presentado ante la AN, el del diputado Pedro Carreño, nada dijo sobre el punto que aquí interesa.

⁸ El Decreto 126 de 1910 no solo convocó la AN sino que señaló las materias respecto de las cuales dicha asamblea podía operar, todo conforme a las previsiones establecidas en el Acto Legislativo 9 de 1905. En su discurso de presentación de la propuesta, realizado el mismo día de instalación de la AN –mayo 15 de 1910–, Esguerra se quejaba de los límites impuestos y los atribuía “a que aún nos envuelven las redes que tejó el Gobierno del Quinquenio [de Reyes] para apresar las libertades públicas” (L. Segovia, ob. cit., p. 45).

Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre la de las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.

Cinco días después –mayo 20/10–, Holguín y Caro presentó su propuesta en los siguientes términos:

Título XV. Artículo. Corresponde a la Corte Suprema de Justicia suspender, para cada caso particular, a solicitud de la parte agraviada y con audiencia del Procurador General, el efecto de las leyes que vulneren los derechos civiles garantizados por el Título III de la Constitución.

Luego de algunos debates en torno a la competencia de la AN en relación con los límites impuestos por el decreto de convocatoria, ambos proyectos fueron aprobados en primer debate y pasaron “al estudio de la Comisión de Reformas Constitucionales”.

El 8 de junio, esta comisión presentó su informe a la AN y “se abrió el segundo debate, teniendo en cuenta la discusión por base el proyecto presentado por el doctor Esguerra⁹ y el siguiente pliego de modificaciones...”. Sin embargo, en lo relacionado con el control de constitucionalidad la comisión incluyó a la postre, sin ninguna modificación, la propuesta de Holguín y Caro, y no dio razón alguna de la supresión de la propuesta de Esguerra¹⁰.

La AN entró a debatir cada uno de los artículos propuestos por la comisión a partir de junio 13 y solo un mes más tarde volvió sobre el tema que nos ocupa. Según el registro de L. Segovia¹¹, el 13 de julio “se puso en discusión el artículo 34 de la Comisión¹². Fue aprobado, y, al adoptarse, lo submodificó el Diputado Espinosa¹³ en estos términos: ‘Corresponde a la Corte Suprema suspender, para cada caso particular, a solicitud de la parte agraviada y con audiencia del Procurador General, el efecto de las leyes y decretos que vulneren los derechos civiles garantizados por el Título III de la Constitución’”.

⁹ Que la comisión hubiese tomado este proyecto como base de su propuesta de modificaciones se explicó así en la exposición de motivos: “Habiendo sido el proyecto que redactó el honorable Diputado Nicolás Esguerra el primero que vino a nuestro estudio, tenemos el honor de proponeros: Dése segundo debate al proyecto de Acto Legislativo presentado por el honorable Diputado Esguerra, con las modificaciones que constan en los adjuntos pliegos”.

¹⁰ Muy seguramente influyó el hecho de que en la Comisión de Reformas Constitucionales, compuesta por cinco diputados, se encontraba precisamente Hernando Holguín y Caro, autor de la propuesta sobre la suspensión del efecto de las leyes.

¹¹ L. Segovia, op. cit., p. 214 y ss.

¹² Como se dijo, corresponde al texto íntegro presentado por Holguín y Caro.

¹³ Carlos J. Espinosa fue primer suplente de la lista de diputados a la que pertenecía Nicolás Esguerra en la circunscripción por Bogotá. Se subraya la sub modificación propuesta.

Durante la discusión, Clemente Salazar –diputado por Barranquilla– insistió en considerar la propuesta de Esguerra, lo cual fue negado, al igual que la sub modificación sugerida por Espinosa¹⁴.

Al día siguiente –junio 14–, “se adoptó el artículo 34 de la Comisión, aprobado en la sesión del 13. Quedó como: *Artículo 40. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales*”¹⁵.

El debate quedó en tales términos y solo pasados dos meses –septiembre 19– se volvió sobre el tema cuando Juan Pinzón¹⁶ propuso volver a considerar la iniciativa de Esguerra, con resultados nuevamente fallidos. En el debate, Carlos J. Espinosa volvió sobre la propuesta de Holguín y Caro, con los ajustes sugeridos en su momento por Carmelo Arango sobre el control en últimas ejercido por el Congreso¹⁷ y así quedó aprobado¹⁸. Al día siguiente –septiembre 20–, Holguín y Caro propuso revocar el artículo aprobado y sustituirlo por uno muy semejante al artículo 40 aprobado en la sesión del 14 julio¹⁹.

En este punto del debate, se presentó un giro tan inesperado como confuso²⁰: “Nuevamente en discusión la proposición del Diputado Holguín y Caro, el

¹⁴ También fue negada una nueva modificación propuesta por el diputado por Cartagena Carmelo Arango en la que, básicamente, se pedía la unanimidad de votos de la Corte y se dejaba al Congreso como el último examinador de la cuestión constitucional de las leyes. La propuesta decía: “Corresponde a la Corte Suprema suspender las leyes por unanimidad de votos, a solicitud de cualquier ciudadano o del Procurador General en cuanto sean violatorias de los derechos civiles, dando en todo caso cuenta al próximo Congreso para que éste decida definitivamente sobre la inconstitucionalidad declarada”. Holguín y Caro vio de buen recibo esta atribución al Congreso e intentó una nueva propuesta en sentido semejante, pero también fue negada.

¹⁵ Ver L. Segovia, op. cit., pp. 215 y 216 y ss. Sobre esta evidente incoherencia entre lo que se aprobó el 13 de julio –la competencia de la Corte para suspender leyes– y lo que se aprobó al día siguiente –lo que en el futuro se llamaría excepción de inconstitucionalidad–, no aparece registro alguno en el texto de L. Segovia. En la citada obra *La protección constitucional del ciudadano* (p. 411), Juan Carlos Esguerra Portocarrero afirma que en las actas oficiales de la asamblea “se ve claramente que el texto que se adoptó el 14, en el curso del segundo debate, fue sin duda el aprobado el día anterior”. Sobre más pormenores de la introducción y desarrollo de la excepción de inconstitucionalidad –que no será abordado en este trabajo–, ver el capítulo XII del mencionado libro.

¹⁶ Suplente por la circunscripción de Manizales.

¹⁷ Ver supra nota 14.

¹⁸ El artículo hasta ese momento aprobado quedó así: “La Corte Suprema de Justicia tiene la facultad de suspender temporalmente en cada caso particular las leyes acusadas ante ella por el Poder ejecutivo o por cualquier ciudadano, como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación. Corresponde al Congreso decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de las leyes acusadas”.

¹⁹ La nueva propuesta decía lo siguiente: “En las controversias judiciales, y en caso de incompatibilidad manifiesta entre la Constitución y una disposición legal, se aplicará lo dispuesto en la Constitución; pero toda decisión en tal sentido habrá de ser consultada con la Corte Suprema. Si la incompatibilidad no fuere manifiesta, se aplicará la ley en el sentido más conforme con lo que la Constitución preceptúe”.

²⁰ Siempre atendiendo el registro histórico hecho por L. Segovia.

Diputado Pinzón pidió se votara por partes, y señaló como tales la revocatoria y lo restante de la proposición. En consideración la primera parte, el Diputado Salazar M.²¹ propuso lo siguiente, que explicó, y sustentado por el Diputado Arbeláez²², se aprobó y adoptó:

Revócase la aprobación dada al artículo 6° del Título XV, y sustitúyase con el siguiente

Artículo. 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 o 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 la de las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación*²³.

Es decir, en un cambio sorpresivo, se revivió y aprobó finalmente la propuesta original de Nicolás Esguerra, a pesar de no haber sido considerada por la Comisión de Reformas Constitucionales en su texto para segundo debate en la AN.

La controversia generada se vio parcialmente reflejada en la solicitud de revisión de lo aprobado a la luz del reglamento: “Como el Diputado Pinzón solicitara se dejase constancia de que la modificación aprobada el día anterior, referente a lo que se había estado discutiendo, y propuesta por el Diputado Espinosa, no había sido negada, el Diputado Salazar M. hizo leer el artículo 275 del Reglamento²⁴, y la presidencia manifestó que la aludida modificación quedaba retirada e implícitamente negada; pero que si la Asamblea no encontraba acertada esta resolución, podía revocarla. La Asamblea confirmó lo resuelto por la Presidencia²⁵.”

Lo aprobado pasó finalmente a una Comisión de revisión compuesta por los diputados Gabriel Rosas y José A. Llorente, quienes no hicieron observación alguna, con lo cual quedó cerrado el segundo y último debate de la reforma²⁶.

²¹ Clemente Salazar, diputado principal por Barranquilla.

²² Juan C. Arbeláez, diputado principal por la Circunscripción de Facatativa, compañero de fórmula de Enrique Olaya Herrera y Gabriel Rosas.

²³ *Ibíd.*, pp. 217 y 218. En la versión final solo se cambió la expresión “o sobre la de las leyes...” por la expresión “o sobre todas las leyes...”.

²⁴ “Artículo 275: La proposición o proyecto suspendido para tomar en consideración otra proposición o proyecto distinto, lo estará hasta que se hubiere dispuesto de la nueva proposición o proyecto. Si éste se adoptare, el primero quedará suspendido indefinidamente, y no podrá volver a considerarse sin expresa resolución del Senado; en el caso contrario, se le considerará cuando la Comisión de la Mesa lo hubiere puesto al orden del día”.

²⁵ *Ibíd.*, p. 218.

²⁶ Cuando el texto completo de la reforma fue enviado para su sanción al presidente de la República, éste se arrogó la potestad de hacerle objeciones –procedimiento que fue rechazado por

2. EL ESCENARIO QUE RODEÓ LA REFORMA DE 1910

La exitosa propuesta de acción pública de inconstitucionalidad si bien fue el resultado de un inesperado giro de la AN, de lo que no existe un registro claro sobre lo ocurrido²⁷, no fue producto del azar o de una extravagancia jurídica, sino de la confluencia de una serie de circunstancias políticas e incluso teórico-normativas de la época que hicieron propicio el resultado. Un intento de aglutinamiento de las mismas sería el siguiente:

2.1. Rasgos teórico-normativos

- a. La propuesta de Esguerra pudo estar inspirada en el *judicial review* norteamericano a juzgar por lo dicho por el entonces ministro del Tesoro Antonio José Cadavid para quien el control constitucional aprobado fue una intromisión equívoca de “la idea fundamental del americanismo....”²⁸.
- b. Tampoco debe descartarse la influencia que pudo ejercer el control judicial ya establecido en la Constitución Venezolana de 1858 y, especialmente, en las posteriores de 1904 y 1909.
- c. En este punto, una línea teórica sobre la racionalización del poder, parece haber sido igualmente decisiva:

“Es claro que esta idea de que los actos de la administración estuvieran sujetos a un control jurisdiccional, solo pudo surgir cuando el derecho había penetrado todas las actividades del Estado, y la racionalización del poder había culminado –como fue el caso en Colombia– con el control jurisdiccional de las mismas leyes normativas del derecho. Antes, bajo la influencia perniciosa del concepto de soberanía, se dificultaba comprender que el Estado se autolimitara, para valernos de la expresión cara a Georg Jellinek; que

la AN luego de un intenso debate sobre el punto–, sin que se refiera al tema del control constitucional aprobado.

²⁷ “He ahí otro de los arcanos de nuestra historia constitucional. Porque no solo ocurre que no hay certeza sobre cuál fue la causa próxima de la acción pública de inconstitucionalidad y sobre los pormenores de su construcción, sino que tampoco se sabe con precisión qué fue lo que llevó a que, por obra de un inesperado giro del viento, una propuesta que parecía irremisiblemente enterrada lograra a la postre salir triunfante de la asamblea”. Juan Carlos Esguerra, op. cit., p. 336.

²⁸ Esta y otras preocupaciones son formuladas en carta de septiembre 20 de 1914 dirigida por el ministro Cadavid a Lácides Segovia, con ocasión de la lectura que aquel hiciera del texto que Segovia preparaba y que aparece –junto con otras cartas– al inicio del texto finalmente publicado. El ministro Cadavid formó parte del gobierno del presidente Ramón González Valencia que convocó, mediante Decreto 126 de febrero 25 de 1910, la AN que dio origen al Acto Legislativo 3 de ese año. En esta misma línea crítica se encontraba José Vicente Concha quien en su Tratado de Derecho Constitucional insistía en que “la presunción de acierto y rectitud debería estar a favor del juicio de los dos Poderes legislativo y ejecutivo que intervinieron en la expedición de la ley, y no de un solo tribunal que si forma parte del Poder Judicial, no es el Poder judicial mismo”, citado por Antonio Escobar Camargo (Consejero de Estado), en *Los decretos leyes ante el Consejo de Estado*, Bogotá, Librería Voluntad S.A., 1942, p. 33.

*la administración bajo el imperativo de normas superiores, pudiera anular sus propios actos y restablecer el derecho del particular que había sufrido agravio, condenando al Estado a indemnizaciones y prestaciones, como cualquier persona responsable de la violación de derechos privados*²⁹.

2.2. Rasgos políticos

- a. Como lo recuerda Esguerra Portocarrero, la idea ya rondaba desde 1907 en la Cámara de Representantes y fue formalmente presentada como propuesta de reforma constitucional en 1909 por el entonces representante y presidente de la Cámara Nicolás Esguerra. Algo semejante hicieron en el mismo año los representantes Joaquín A. Collazos y Manuel A. Bonilla³⁰.
- b. Existía un ambiente hostil al mandato establecido en el art. 6° de la Ley 153 de 1887 que establecía la presunción de constitucionalidad de las leyes y ordenaba su aplicación “aun cuando parezca contraria a la Constitución”³¹.
- c. Al igual que Núñez en su momento, la administración del presidente Reyes había dado muestras de un manejo antojadizo del legislador³².
- d. Con todo, el Quinquenio de Reyes también había mostrado interés de dar participación a los liberales en su gobierno y, especialmente, de entronizar la noción más generalizada de participación de minoritaria³³. Esta noción, pudo servir de base para abrir el camino ciudadano a participar en la cadena legislativa, en el sentido de poder someterla a examen de constitucionalidad en un órgano judicial.
- e. El surgimiento de la Unión Republicana como el escenario político que pudo hacer ver la propuesta no como algo insular, sino con una base política que propiciaba un nuevo escenario jurídico-político³⁴. Para lo que aquí interesa,

²⁹ Tulio Enrique Tascón (presidente del Consejo de Estado), *Derecho contencioso-administrativo colombiano. Comentarios al nuevo código de la materia - (Ley 167 de 1941)*, Bogotá, Minerva, 1942, p. 4.

³⁰ Op. cit., p. 332, nota 30.

³¹ Lo cual no era extraño frente a la inexistencia del control de constitucionalidad. Quizá ello llevó a José María Samper a sostener una defensa acérrima de lo establecido en dicha norma. Ver *Derecho Público Interno de Colombia*, T. II, Bogotá, Biblioteca Banco Popular, 1974, p. 187.

³² Rafael Reyes había cerrado el Congreso que le era adverso y creado una asamblea constitucional y legislativa que manejaba a su antojo.

³³ Tal como lo indicaba el art. 4 del Acto Legislativo 8 de 1905: “...en toda elección popular que tenga por objeto constituir corporaciones públicas y en el nombramiento de Senadores, se reconoce el derecho de representación de las minorías, y la Ley determinará la manera y términos de llevarlo a efecto”.

³⁴ “La causa común que se organizó para poner fin a la dictadura de Reyes facilitó los caminos de la reconciliación que culminaron en la Reforma Constitucional de 1910 y en el gobierno de la llamada Unión Republicana, presidido por Carlos E. Restrepo”. Antonio José Rivadeneira V.,

dos rasgos de la Unión Republicana deben resaltarse: el primero de carácter político ideológico³⁵ y el segundo de carácter económico³⁶.

- f. En línea con lo anterior, la desconfianza en un ejecutivo y un legislativo capaces de pasar por encima de la Constitución –como lo habían demostrado claramente Núñez y Reyes–, llevó a pensar en el poder judicial –concretamente en la Corte Suprema de Justicia– como aquel en donde podría hallarse la seguridad jurídica perdida.

De modo que a la importante tesis que privilegia como leitmotiv de la acción pública de inconstitucionalidad la defensa de las minorías –ambientada por las manifestaciones populares, agrego-³⁷ y por esa vía, la institucionalización de la desobediencia civil³⁸, no está demás agregarle el deseo de fortalecer la seguridad jurídica por parte de una élite industrial, exportadora y financiera naciente³⁹, por

Historia Constitucional de Colombia. 1510-1978, Bogotá, editorial Horizontes, 1978, p. 142. Además de Carlos E. Restrepo –quien fue elegido presidente por la AN para el período 1910-1914, otras personalidades nacionales integraron la Unión Republicana, tales como Nicolás Esguerra, Benjamín Herrera, Miguel Abadía Méndez, Antonio José Cadavid, Ramón González Valencia, Enrique Olaya Herrera, Eduardo Santos, Carlos Arturo Torres, Adolfo León Gómez y Carmelo Arango.

³⁵ “Ante el riesgo de desarticulación total del territorio nacional, la Unión Republicana surgió como un grupo político ideológico que buscaba forjar la paz mediante un acuerdo que incluyera a los partidos políticos –liberal y conservador que implicaba enmendar la Carta Suprema y garantizar su continuidad”. María Luisa Rodríguez Peñaranda, *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 224 y 225.

³⁶ “Conformado por los sectores más civilistas y transaccionales de ambos partidos, se apoyaba en muy buena parte en los grupos empresariales antioqueños y en otros sectores afines, más interesados en una administración eficiente y en la creación por el Estado de un ambiente propicio para el desarrollo económico que en aspectos doctrinales de la política”. Jorge Orlando Melo, “De Carlos E. Restrepo a Marco Fidel Suárez. Republicanismo y gobiernos conservadores”, en *Nueva Historia de Colombia, Historia Política I 1886-1946*, Bogotá, Planeta, 1989.

³⁷ Con ocasión de la exitosa marcha de marzo de 1909 contra el tratado con los Estados Unidos y Panamá –que llevó a una primera renuncia de Reyes–, Jorge Orlando Melo recuerda el clima de agitación popular que en la época debió enfrentar el presidente, “sobre todo en Bogotá, donde el pueblo quedó aficionado a las manifestaciones, los discursos callejeros, los gritos de protesta”. Op. cit., p. 220.

³⁸ Que es una de las tesis centrales de María Luisa Rodríguez: “En resumen, la desobediencia civil como test de constitucionalidad es el derecho que tiene el ciudadano de desafiar aquellas leyes que considera violatorias de la Carta magna –el acuerdo supremo– y la democracia deliberativa es el mecanismo por el cual se garantiza esa legitimidad de la autoridad de la Constitución y las leyes. Por ello, el punto de contacto entre la desobediencia civil y la democracia deliberativa es la cuestión de la legitimidad. Si en medio logramos introducir un mecanismo que fortalezca la crítica ciudadana, pero que a la vez no genere un costo político tan alto como el de subvertir el orden que el mismo ciudadano desea proteger, la acción pública resulta ser una fórmula tremendamente ingeniosa para combinar opciones a primera vista inconciliables”. Op. cit., p. 261.

³⁹ Este rasgo de banqueros e industriales de las élites políticas puede verse ilustrado en la narración de Melo, ob. cit., p. 218. Los industriales antioqueños –encabezados por Carlos E. Restrepo–, veían en Reyes un defensor del intervencionismo de Estado. Ver Humberto Vélez, “Rafael Reyes: Quinquenio, régimen político y capitalismo (1904-1909)”, en *Nueva Historia de Colombia, Historia Política I 1886-1946*, Bogotá, Planeta, 1989, p. 209. También puede consultarse con provecho a Javier Ocampo López, *Historia Básica de Colombia*, Bogotá, Plaza y Janés, quinta edición, 2007, particularmente el capítulo IV “Consolidación nacional, siglos XIX y XX”; a David Bushnell, *Colombia. Una nación a pesar de sí mismo. Nuestra historia desde los tiempos precolombinos hasta hoy*, décima primera impresión, Bogotá, Planeta, 2009, específicamente el capítulo 7: “La nueva

la vía del control al poder del ejecutivo y al del legislativo usualmente cooptado por aquél.

A favor de nuestra hipótesis se encuentra el hecho de que si bien la acción pública de inconstitucionalidad fue uno de los más importantes aportes del constituyente de 1910 al constitucionalismo en general⁴⁰, también es cierto que el uso efectivo de la acción fue escaso, no popularizado:

*El desconocimiento de la acción pública por parte de la mayoría de los ciudadanos haría de esta institución un instrumento de la élite intelectual, política y jurídica, cuyos verdaderos efectos, cualidades e implementación resurgieron como un ave fénix de entre las cenizas de la Constitución de 1886, o mejor, con el nacimiento de la Constitución de 1991*⁴¹.

3. LO NUEVO DEL DEBATE Y LA REEDICIÓN DEL ELITISMO

El carácter elitista de la acción aún hoy no cesa. Bien miradas algunas de las críticas que se hacen a la API, lo que a la postre se pone de presente es el temor al uso excesivo de la misma por parte del ciudadano, pues con ello se correría el riesgo de que éste congestionara innecesariamente el aparato judicial, o se meta en asuntos que no le corresponderían –especialmente los económicos–, o canalice judicialmente una acción que tendría mejores efectos en la arena política; esto es, se afecte la acción colectiva.

El espacio de este trabajo no permite ahondar en el punto y terciar en el debate existente⁴². Aquí solo baste indicar que los remedios propuestos⁴³, en todo

era de paz y café (1904-1930); y a Marco Palacios/Frank Safford, *Colombia. País fragmentado, sociedad dividida. Su historia*, Bogotá, Norma, 2002, especialmente el capítulo XII: “Colombia cafetera, 1903-1946”.

⁴⁰ Sin perjuicio de lo ya dicho sobre el aporte del constitucionalismo venezolano.

⁴¹ Rodríguez Peñaranda, ob. cit., p. 268. En todo caso, la Gaceta Judicial de la época –Órgano oficial de la Corte Suprema de Justicia– registra el uso por parte del gobierno del control de constitucionalidad recientemente aprobado –por la ruta de las objeciones presidenciales–, como también por parte de algunos ciudadanos. Sobre lo primero ver Acuerdo 3 de noviembre 29 de 1913, Acuerdo N° 4 de diciembre 4 de 1913 y la decisión de octubre 9 de 1914, todas de la Corte Suprema; y sobre las acciones de inconstitucionalidad interpuestas por ciudadanos ver las siguientes decisiones de la misma corporación: septiembre 18 de 1912, octubre 30 de 1912, julio 12 de 1913, julio 15 de 1913, julio 6 de 1914 –en el que se acusó un tratado internacional, y aunque la demanda fue rechazada por falta de competencia, hubo varios magistrados que salvaron el voto–; noviembre 17 de 1914 y febrero 15 de 1915.

⁴² Para un buen acercamiento a este debate, ver el capítulo IV del texto citado de María Luisa Rodríguez que trata, precisamente de las “Críticas a la acción pública de inconstitucionalidad”. También ver el debate que plantea Rodrigo Uprimny con los economistas en “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”, en Revista de Derecho Público N° 12 de junio de 2001. Justicia Constitucional y política económica, Bogotá, Ediciones Uniandes, Facultad de Derecho, pp. 145 a 183.

⁴³ Establecer caducidad, canalizar el control jurídico por la vía de tutela, reformar la titularidad de la acción –que es la vía por la que se han resuelto gran parte de las constituciones latinoamericanas–, volver más exigente la admisibilidad de la demanda, entre otras.

caso, pueden afectar sensiblemente la razón de ser del instrumento como forma de participación en el control del poder y, en todo caso, ponen de presente nuevamente y al parecer de manera inevitable, el carácter elitista al que hemos hecho referencia.

Ello para no hablar del carácter antidemocrático que suele atribuírsele al control constitucional, en donde el carácter elitista se entrefiera con profundos debates jurídicos y filosóficos⁴⁴.

No deja de ser significativo que cuando la API trata de desprenderse de su lastre elitista –como lo mostraría un uso cada vez más generalizado en Colombia⁴⁵, se encienden las alarmas y hacen causa común sectores que en otras circunstancias difícilmente se juntarían. El propio sistema judicial es el primero en resentirse por la congestión efectiva que soporta y las consecuencias de ello –mora, poca construcción dogmática, fallos poco razonados, etc.–; pero también se unen los legisladores que sienten intromisión en su quehacer, los economistas que ven sus tecnicismos tratados malamente por juristas y, en fin, todo aquel sector poderoso que potencialmente pueda ser controlado.

4. CONCLUSIÓN

Se ha querido mostrar la cara menos amable de la API –sus rasgos elitistas–, pero no para hacerle un panegírico a los mismos, sino porque así caracterizada la API, quizá sea posible defenderla mejor. Si bien no puede negarse que ese carácter elitista le es consubstancial desde sus orígenes –como trató de mostrarse en los dos primeros capítulos– y que ello puede explicar el escaso uso de la acción en sus inicios, también debe resaltarse que la tendencia a usarla a partir de la Constitución de 1991 ha ido incrementándose –con lo cual el carácter elitista se vio minimizado, aunque no desaparecido– a tal punto que para muchos la API debe racionalizarse, con lo cual vuelven a aparecer las propiedades elitistas de la acción, ahora con nuevos ropajes.

Desde el comienzo se mostró la pertinencia de resaltar éstas propiedades con el único objeto de alertar sobre el peligro de su sobredimensionamiento y con ello la erosión de la API y su carácter de auténtico instrumento democrático para ejercer el poder de control.

⁴⁴ A manera de ejemplo, pueden citarse los textos de J. Habermas –*Facticidad y Validez*, Valladolid, Trotta, 2000– y R. Gargarella –*La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel, 1996.

⁴⁵ Ver p.e. las estadísticas que muestran ese crecimiento en el texto de Rodríguez Peñaranda, op. cit., pp. 299 y 345.

BIBLIOGRAFÍA

- Brewer-Carías Allan (compilación y estudio preliminar), *Las Constituciones de Venezuela*, Caracas, Biblioteca de Ciencias Políticas y Sociales, 1997.
- Bushnell David, *Colombia. Una nación a pesar de sí mismo. Nuestra historia desde los tiempos precolombinos hasta hoy*, décima primera impresión, Bogotá, Planeta, 2009.
- Escobar Camargo Antonio (Consejero de Estado), *Los decretos leyes ante el Consejo de Estado*, Bogotá, Librería Voluntad S.A., 1942.
- Esguerra Portocarrero Juan Carlos, *La protección constitucional del ciudadano*, Bogotá, Legis, 2004.
- Gargarella Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel, 1996.
- Habermas Jürgen, *Facticidad y Validez*, Valladolid, Trotta, 2000
- Lese Norbert, “Hans Kelsen y Karl Renner”, en *Teoría pura del derecho y teoría marxista del derecho*, Bogotá, Temis, Instituto Hans Kelsen, 1984.
- Melo Jorge Orlando, “De Carlos E. Restrepo a Marco Fidel Suárez. Republicanismo y gobiernos conservadores”, en *Nueva Historia de Colombia, Historia Política I 1886-1946*, Bogotá, Planeta, 1989.
- Ocampo López Javier, *Historia Básica de Colombia*, Bogotá, Plaza y Janés, quinta edición, 2007.
- Palacios Marco y Frank Safford, *Colombia. País fragmentado, sociedad dividida. Su historia*, Bogotá, Norma, 2002.
- Rivadeneira V Antonio José, *Historia Constitucional de Colombia. 1510-1978*, Bogotá, editorial Horizontes, 1978.
- Rodríguez Peñaranda María Luisa, *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Samper José María, *Derecho Público Interno de Colombia*, T. II, Bogotá, Biblioteca Banco Popular, 1974.
- Segovia Lácides, *Historia de las leyes. Acto Legislativo N° 3 de 1910*, Bogotá, 1914, reedición Imprenta Nacional de Bogotá, 1953.
- Tascón Tulio Enrique, *Derecho contencioso-administrativo colombiano. Comentarios al nuevo código de la materia - (Ley 167 de 1941)*, Bogotá, Minerva, 1942.

_____, *Historia del Derecho Constitucional Colombiano*, Bogotá, Cátedra Ltda N° 1, 1951.

Uprimny Rodrigo, “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”, en *Revista de Derecho Público* N° 12 de junio de 2001. Justicia Constitucional y política económica, Bogotá, Ediciones Uniandes, Facultad de Derecho.

Vélez Humberto, “Rafael Reyes: Quinquenio, régimen político y capitalismo (1904-1909)”, en *Nueva Historia de Colombia, Historia Política I 1886-1946*, Bogotá, Planeta, 1989.