

HACIENDO MEMORIA DE LA DEFENSA JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN*

ANDRÉS BOTERO BERNAL* *

RESUMEN

En el presente texto se hace un análisis del concepto de “defensa judicial de la constitución”, para mostrar cómo, la historia constitucional es mucho más compleja de lo que algunos hitos fundacionales de la literatura especializada – Kelsen o *Marbury vs. Madison*- parecen querer mostrar. Aquí se señalan otros fenómenos jurídicos que igualmente contribuyeron a la formación del control judicial de la constitución.

Palabras Clave: Kelsen, Marbury, Judicial Review, Acción pública de inexecutable, constitución.

ABSTRACT

This text analyzes the concept of “judicial defense of the Constitution” to show how constitutional history is much more complex than certain founding authors of the specialized literature - Kelsen or *Marbury vs. Madison*- seem to want to show. Other legal phenomena that contributed to the formation of judicial oversight of the Constitution are also described.

Keywords: Kelsen, Marbury, Judicial Review, public action of unconstitutional, constitution.

* Resultado de los proyectos de investigación “La cultura jurídica en la Antioquia del siglo XIX” (terminado en el 2007, financiado por la Universidad de Medellín) y “El espacio tiempo vital de la historia del derecho en la América Latina contemporánea” (en ejecución, financiado por la Universidad de Medellín y el Instituto Tecnológico de Monterrey-México). El autor del presente escrito es el investigador principal de ambos proyectos de investigación.

** Abogado, Filósofo, Esp., Magíster, Doctor. Profesor de la Universidad de Medellín (Colombia). Correo electrónico: anbotero@udem.edu.co Adscrito al Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, Línea de Investigación en Teoría del Derecho. Agradezco al Instituto de Estudios Constitucionales “Carlos Restrepo Piedrahita” de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá), toda la ayuda prestada para la culminación del presente texto. Todo texto entre paréntesis, en una frase entre comillas, es agregado nuestro. Los textos entre comillas de las sentencias del siglo XIX fueron actualizados al español contemporáneo.

1. INTRODUCCIÓN: HACIENDO MEMORIA SOBRE HITOS FUNDACIONALES.

Si algo caracteriza el constitucionalismo de posguerra es la defensa judicial de la constitución democrática (Zagrebelsky: 2006; Ferrer: 2005; etc.), de manera tal que el juez constitucional asume una función creativa, integrativa, interpretativa e, incluso, negativa (como sería la posibilidad de excluir o inaplicar, según el caso, normas estatales si chocan con el mandato superior) de cara a la constitución misma sin mayores intermediarios. Pero esta institución tiene su historia, lo que exige del iushistoriador hacer un ejercicio de memoria sobre ella (Petit: 2005), en un diálogo con el jurista constitucionalista, haciendo, pues, una historia de textos (Petit: 1992).

En un diálogo bibliográfico con el jurista constitucionalista, en términos generales, este recurre, al momento de fundar los antecedentes de la institución en comentario (práctica esta –de buscar antecedentes– de poco buen recibo por parte de los iushistoriadores), a dos situaciones emblemáticas que devienen en hitos fundacionales, sin que ello implique que no fueran reales: Kelsen con sus tribunales constitucionales y el caso *Marbury vs. Madison* con su *judicial review*¹.

En relación con el primero de los hitos, la literatura de mis colegas constitucionalistas abunda en extensas referencias y elogios a textos y propuestas de Kelsen en torno a la necesidad de crear tribunales constitucionales como mecanismos de defensa de la supremacía constitucional [en especial a su obra *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (1931), que sumada a su *Staatsform und Weltanschauung* (1933), dan forma a su postura en torno a los tribunales constitucionales, postura que se remonta, valga decirlo, a varios años antes²]. Es por ello que pueden encontrarse expresiones como las siguientes: “[Kelsen] saca del ámbito de la acción legislativa el examen de la constitucionalidad de las leyes” (Ghigliani: 1952, IX); “[...]se le conceden las tareas de defensa de la Constitución a un órgano jurisdiccional especial, cuyo origen se encuentra en la obra jurídica de Kelsen” (Huertas, 1995, 171; en similar sentido: Pereira, 1987, 251; Fix-Zamudio y Valencia, 1999, 169-173 y 191-192; Fernández, 1999, 9-12); “[...]tenemos por cierto que la dimensión exacta de esta disciplina (derecho procesal constitucional) comienza con Kelsen [...]” (Gozaini: 1995, 83); etc.

Además, en este hito fundacional se resalta la propuesta kelseniana en diversos aspectos: 1) Su debate con Schmitt (citado en múltiples oportunidades por el propio Kelsen en: Kelsen, 1995; Córdova: 2006, 47-68), 2) Su influencia en la justicia constitucional checoslovaca y en la austriaca, reconocida, especialmente esta última, por varios personajes de la época (Ejemplo: Eisenmann: 1928 –con prólogo de Hans Kelsen–; Fernández: 1997, 73-81; Stourzh: 1989, 309-334), 3) Su defensa de la constitucionalidad democrática del *Reich*, expresada fundamentalmente en la Constitución de

1 Bielsa: 1958, 18-20; Sanín: 1971, 45-57; Ghigliani: 1952, IX y 9-53; Pereira: 1987, 244-247 y 251-256; Gozaini: 1995, 80-89; Brewer-Carías: 1993, 21-23; Brewer-Carías: 1997, 126-129; Ayala: 1997, 933-936; Aragón: 1993, 1-3; etc.

2 Kelsen: 1995; Neschwara: 2005; Walter: 2005.

Weimar, 4) La posible, pero muy atenuada, oposición que puede presentarse entre una defensa de un legislador negativo con la Teoría Pura del Derecho.

Con respecto al segundo hito fundacional (Marbury vs. Madison: 1803), es el propio Kelsen quien lo menciona en sus críticas a Schmitt (Kelsen: 1995); además, ya circulaban importantes estudios sobre el *judicial review* y, por ende, del caso Marbury, en la Europa de entreguerras (por ejemplo: Lambert: 1921), poniendo en comunicación los dos hitos de los que se viene hablando. Súmese que la literatura constitucional especializada, en no pocas oportunidades, ha resaltado la importancia de la sentencia de 1803 en la configuración de un control judicial a partir de la constitución (Ahumada: 2006, 109-150; Ackerman: 2006, 151-202), que logró para la tradición estadounidense un modelo en el cual es la *Supreme Court* "the ultimate expositor of the constitutional text" (United States v. Morrison, 529 U.S. 598, 616 n. 7: 2000) y que constituyó a los jueces en poderes reales en la determinación de las decisiones estadounidenses a lo largo de la historia de este país (O'Connor: 2003; Roach: 2006; la típica crítica al *judicial review* por la ausencia de representación electoral en los jueces, pero aplicado al caso británico: (Tomkins: 2005); una crítica más interesante la hace Pound, 1910, por (i) los efectos de brecha que este produce entre *law in books* con *law in action*, (ii) la interferencia judicial en la determinación de las políticas públicas estadounidenses y (iii) la abundancia de declaratorias de inconstitucionalidad).

No obstante, si se sigue el ejercicio de hacer memoria del control judicial, de cara al derecho constitucional, habría que decirle al jurista constitucionalista que dichos hitos han tenido, a parte de otras funciones, una tarea silenciadora con otras instituciones y fenómenos jurídicos. Me propongo pues hacer memoria de otros asuntos, tales como: 1) El caso Marbury vs. Madison (1803) no fue una sentencia adanítica, es decir, sin precedente alguno. 2) En el interregno entre 1803 (USA) y 1919 (Centro de Europa), pasaron muchas cosas relativas al tema de nuestro estudio, especialmente en América Latina. 3) Algunos casos de decisiones judiciales de constitucionalidad en Hispanoamérica, específicamente Colombia, México y Venezuela, anteriores a los tribunales constitucionales kelsenianos. 4) El ambiente jurídico previo y concomitante a Kelsen, muy a favor de una defensa judicial de la constitución.

2. HACIENDO MEMORIA SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN

2.1. HACIENDO MEMORIA SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN EN USA

Sobre el tema relativo al control judicial de la constitución, razón tiene Prakash (2006, 1022-1023) al señalar que los más famosos debates sobre la supremacía constitucional son los hechos por los jueces federales, con casos tan renombrados como Marbury vs. Madison, Dred Scott vs. Sandford (que merece un estudio aparte por ser caso de frontera entre diversas tendencias en el *judicial review*: Schwartz: 1993, 105-125), Brown vs. Maryland, y Roe vs. Wade, entre otros. Pero Marbury no fue el primer caso

judicial de supremacía constitucional, pues ya había cierto ambiente institucional (no solo judicial) favorable a tal medida. Bien podrían citarse algunos casos, como el debate sobre la constitucionalidad de la Decisión de 1789 en torno a la creación de un *Department of Foreign Affairs*, las legislaturas de Virginia y de Kentucky, que resolvieron la inconstitucionalidad de la *Alien and Sedition Acts*, y la contienda recogida en *The Federalist* [especialmente los No. 10, 37, 48 y 56, en los textos de James Madison y Alexander Hamilton (Founding America: 2006, 485-492 y 519-524)] en torno al sistema de pesos y contrapesos como refinación al modelo de separación de poderes con el fin de evitar que un poder se superponga a los otros o que dos poderes se unan en contra del tercero (Bowman: 2005). Por su parte, Treanor (2005, 455-562) analiza treinta y ocho casos previos a la decisión de 1803, que marcaron un fuerte precedente de control judicial a la constitución, concluyendo " *that judicial review was dramatically better established in the years before Marbury than previously recognized*" (Treanor: 2005, 457; igualmente Blanco: 1998) e incluso Pereira y Ahumada, quienes señalan que Marbury dio inicio al *judicial review* en Estados Unidos, reconocen la presencia de circunstancias precedentes que marcarían indefectiblemente el camino tomado por Marshall en 1803 y continuado a lo largo de estos años en dicho país (Pereira: 1987, 245-246; Ahumada: 2006, 112 y ss; otros estudios sobre los antecedentes del caso Marbury: Fernández: 1997, 51-57).

2.2. HACIENDO MEMORIA SOBRE LA DEFENSA JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN DURANTE EL SIGLO XIX E INICIOS DEL XX HISPANOAMERICANO

En lo que respecta al interregno del siglo XIX, bien vale recordar que la jurisprudencia estadounidense avanzó considerablemente en lo que toca a un ejercicio de interpretación directa de la constitución, con implicaciones limitativas a la actividad estatal, asunto que analiza Frickey para el caso de las naciones indígenas (Frickey: 2005, 431-490). Ya, en lo que toca a la realidad hispanoamericana, debe señalarse que no fue poco lo que se hizo en este sentido, aunque no se trata de un control judicial en el sentido contemporáneo del término, pero sí es algo de lo que debe hacerse memoria³. En primer lugar, debo mencionar lo relativo al recurso de amparo mexicano, especialmente tal como se estableció en la Constitución del Estado de Yucatán el 16 de mayo de 1841, ampliamente analizado por varios constitucionalistas por su papel en el desarrollo de una aplicabilidad directa de ciertos derechos constitucionales a una (limitada) supremacía constitucional⁴. En segundo lugar, a pesar del asombro de no pocos

3 Sobre el caso europeo, hay varios trabajos constitucionalistas que indagan por instituciones, normativas, debates, etc., en los que se podría deducir algo interesante para una memoria de la justicia constitucional como el *jury constitutionnel* de Sieyès o *las infracciones a la Constitución de Cádiz* (Lorente: 1988); véase la síntesis hecha por Fernández: 1997, 68-73; también: Dítese: 1957.

4 Fix-Zamudio y Valencia: 1999, 797-802; Eder: 1960, 570-615; etc. No obstante, Fairén (1969 y 1971) quiere ver –anacrónicamente– al “amparo” como fruto de la influencia de la Firma y la Manifestación del antiguo régimen aragonés, a un punto tal de considerar que el Justicia Mayor y el Consistorio actuaron como tribunal constitucional.

colegas constitucionalistas⁵, no es difícil encontrar diversas providencias judiciales del siglo XIX que citaban directamente la constitución, ya sea para limitar competencias estatales o para aplicar sus mandatos de manera inmediata⁶. Esto queda pues en evidencia con el siguiente caso: de 181 procesos judiciales transcritos tomados de una muestra aleatoria, correspondientes al período 1812-1899 de la provincia de Antioquia (Colombia), diez citan directamente la constitución en un punto de derecho. Estas citaciones de la constitución en providencias o solicitudes, que no implican necesariamente una defensa de la supremacía constitucional (pues defender la juridicidad de la constitución no supone indefectiblemente una supremacía constitucional, aunque esta última requiera de suyo una constitución como norma jurídica), si sugieren, por lo menos, una vivencia jurídica de la misma (“la constitución vive en tanto se aplica por los jueces” Couture: 1978, 95). Tales providencias y solicitudes son:

- Solicitud de los ciudadanos Miguel y Rafael Fernández para que se provea el pago de unos créditos, asunto que el Fiscal recomienda siempre y cuando no se viole la constitución vigente (Archivo Histórico Judicial de Medellín, Documento 3300, 1815).
- Solicitud de Juan de Dios Uribe para que fuese eximido de un empleo concejil, 1825 (Archivo Histórico Judicial de Medellín, 1825, Documento 361). Allí el ayuntamiento informa al Sr. Gobernador y Comandante de Armas de la elección de los alcaldes ordinarios conforme a la constitución y a las leyes, a la vez que interpretan un silencio constitucional sobre el monto de los bienes que deben tener los escogidos para ocupar tal encargo.
- Proceso ordinario de queja del Sr. Crus Muñoz contra el Alcalde de Quirimara, 1833, por “haber violado en mi persona la Constitución del Estado” al privarlo de la libertad en el cepo de la casa del Alcalde (Archivo Histórico Judicial de Medellín, sentencia 6735, 1833).
- Proceso ordinario de queja de Miguel Pelaez contra el Alcalde de Titiribí, 1833 (Archivo Histórico Judicial de Medellín, 1833). Allí se puede leer una misiva del Alcalde solicitando concepto letrado con base en lo ordenado por la Constitución.
- Incidente civil sobre intereses entre “Francisco A. Gónima y Pablo Pizano, José María Uribe Restrepo, José Antonio Gaviria y Manuel José Manuel Tirado fiadores de Manuel Latorre interventor que fue de la tesorería de hacienda de la provincia, Juez Letrado de Hacienda y de este circuito” (1845) donde una de las partes funda su alegato en la vigencia del artículo 158 de la Constitución vigente (“el libro santo

5 En septiembre de 2006, en una reunión con reconocidos colegas constitucionalistas y iusfilósofos, les replicaba ciertas afirmaciones que eran comunes en ellos, como decir que una diferencia entre las constituciones decimonónicas con las surgidas luego de la II Guerra Mundial era la falta de juridicidad de las primeras. Este tipo de afirmaciones deben ser matizadas, si se hace un ejercicio de memoria como el que ahora se propone.

6 Restrepo, por ejemplo, compila diversos actos jurídicos y sentencias judiciales que aplican directamente las constituciones neogranadinas del XIX, para sugerir –algo apresurado, por cierto– la existencia de un control de constitucionalidad estricto: Restrepo, 2006; una conclusión similar tiene Molina, 2006, 173-196.

de la constitución”) sobre la sentencia del juez de primera instancia, además de otras citas recurrentes a la constitución en puntos de derecho (Archivo Histórico Judicial de Medellín, Documento 1473, 1845).

- Juicio de responsabilidad contra José María Escobar porque “como juez del circuito de Sopetrán demoró un expediente”, para lo cual se anexa copia de la escritura de posesión que a su vez certifica la realización del “juramento constitucional de desempeñar bien y fielmente su cargo” requerido para posesionarse como juez y secretario (Archivo Histórico Judicial de Medellín, Documento 1831, 1860).
- En la “Articulación promovida por Miguel Jaramillo relativa al juicio que sigue contra Joaquina Upegui, tiene por objeto el que se declare ejecutoriada la sentencia de primera instancia” (Archivo Histórico Judicial de Medellín, documento 94, 1864), tanto una de las partes como el propio Tribunal citan la constitución en sus fundamentos de derecho, especialmente para determinar la constitucionalidad o no de la retroactividad de la ley.
- En el proceso por el delito de hurto (Archivo Histórico Judicial de Medellín, documento 2073, 1870), Reo: Rosa Chaverra, los testimonios y la indagatoria inician con fórmulas en las que se señala el respeto por mandatos constitucionales.
- En la “Solicitud de Julio López en que pide se le rehabilite en los derechos políticos”, 1880 (Archivo Histórico Judicial de Medellín, 1880, Documento 936) se lee que los actos de testimonio y de indagatoria son regidos por fórmulas constitucionales que son de aplicación judicial.
- Sumario para averiguar si el director del presidio y otros empleados del establecimiento han cometido algún delito, iniciado el 5 de enero de 1882 por la prefectura del departamento, donde se cita y se aplica directamente el inciso 4º, artículo 3º del acto legislativo reformativo de la Constitución del Estado, y en el cual a todos los testigos se les advierte de sus derechos constitucionales y se acatan las formalidades constitucionales para la indagatoria (Archivo Histórico Judicial de Medellín, Documento 4815 (2790), 1882).

Otros aspectos que quiero destacar y que no podrán pasarse por alto son, lo concerniente a la acción popular de inconstitucionalidad sobre los actos de las legislaturas provinciales –art. 113, ord. 8º de la Constitución venezolana de 1858–, y luego, sobre todos los actos jurídicos estatales –art. 110, ord. 8º de la Constitución venezolana de 1893 y art. 95 ord. 10º de la Constitución venezolana de 1904–, así como la aplicación preferente de la constitución sobre la ley, según el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil venezolano de 1897⁷; la acción pública de inconstitucionalidad, consagrada en la reforma constitucional de 1910, por medio de la cual se otorga a la Corte Suprema de Justicia en Colombia, la facultad de excluir del ordenamiento jurídico leyes que contraríen la Constitución, asunto que algunos juristas colombianos analizan con

7 Brewer-Carías, 1996, 163-243; Brewer-Carías, 1997, 125-135; Ayala, 1996, 247-284; Ayala, 1997, 933-936.

efusividad sentimental⁸; y, la acción de inaplicabilidad de una norma inconstitucional, así como la de nulidad de los actos jurídicos municipales contrarios a la constitución, establecida en Panamá, en 1917 (Molino: 1998, 158-169); entre los casos más renombrados.

2.3. HACIENDO MEMORIA SOBRE EL CONTEXTO ACADÉMICO DE LA PROPUESTA DE Kelsen

En relación con el contexto de la obra de Kelsen, pues debe señalarse que si bien él desempeñó un papel crucial como organicista, no por ello puede afirmarse que no había en la misma época otras melodías que con similar ritmo pero menor volumen retumbaban en el escenario (algunas analizadas en: Cruz: 1987, Primera parte y 232-245). Recuérdese, por ejemplo, los casos de defensa judicial de la constitución en la jurisdicción contencioso-administrativa en varios estados alemanes durante el siglo XIX así como los enconados debates entre constitucionalistas conservadores y liberales germanos a inicios del siglo XX, todo lo cual tuvo un impacto relevante en la constitución de Weimar y en las posturas que se asumieron en torno a *judicial review* bajo el mandato de dicha Carta, asunto que relata Stolleis (2003). No pasemos por alto que el propio Kelsen se ocupó de la experiencia suiza del control federal de la legislación cantonal antes de proponer un tribunal constitucional (Cruz: 1987, 49-70), o el caso de la Constitución republicana portuguesa anterior a Weimar y muy importante para el tema. Rafael Bielsa, en la Argentina de 1935, escribía la primera edición de *La protección constitucional y el recurso extraordinario*, con una segunda edición en 1958 (Bielsa: 1958).

Ya en 1915, en Montevideo, se conocía la obra de Jiménez de Aréchaga denominada *Sobre inaplicabilidad de leyes inconstitucionales*. En Colombia circulaba una importante bibliografía que defendía y elogiaba la acción pública de inexequibilidad (siendo un caso Rodríguez: 1927, 336-337).

En España, encontramos los trabajos de Pérez Serrano: *El proyecto de tribunal de garantías y el recurso de inconstitucionalidad* de 1933, así como *La Constitución española* editado en 1932; Fernández de Velazco *Cuestiones prácticas. El Tribunal de Garantías Constitucionales* de 1933; De Arcaya: *El tribunal de Garantías Constitucionales* de 1934; etc.

En Alemania están los trabajos de Buhler, destacándose su análisis a favor de una justicia constitucional: *La Constitución alemana* (con traducción de Rovira Armengol, 1931). Súmese que llega a España e Hispanoamérica diversa bibliografía sobre el control judicial de la constitución (siendo un caso interesante la lectura asidua de Holcombe con su texto *State Government of the United States*, editado en New York

8 Por ejemplo: Rodríguez, 1927, 336-337; Yepes, 1956, 93-94; Uprimny, 1957, 16; Uprimny, 1971, 255-256; Henao, 1976, 58-59; Sanin, 1971, 109-118; Cifuentes, 1997, 473-474; etc.

en 1916, etc.) junto a los textos que constituyen el debate Kelsen-Schmitt, a finales de la década del veinte y principios de la década del treinta (es el caso de Sánchez Sarto quien traduce *Der Hüter der Verfassung* de C. Schmitt como *La defensa de la constitución* en 1931, siendo editado en Barcelona; así como la amplia circulación de "*La garantie juridictionnelle de la Constitution*" del propio Kelsen, editado en 1928), que ayudó a decantar la mirada que se tejía sobre el Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española de 1931 (Fernández: 1999, 9-10; Cruz: 1987, 309-317).

Además, estamos justo en un período de reivindicación de la labor judicial frente a la crisis del código, que bien venía al caso en defensa de un modelo de *judicial review*, lo que explica, en alguna medida, el éxito de la recepción de Geny (López: 2006, 7-28) y la naciente literatura sobre la jurisdicción constitucional (para Colombia, por ejemplo: Araújo: 1936).

Bien podría seguir citando la recepción de textos concomitantes (y seguramente influidos por Kelsen), pero que nos dan la idea certera de que no se trató de un concierto solista del austriaco sino de toda una orquesta retumbando (por lo menos) en la Península y en Hispanoamérica.

3. PEQUEÑA Y DISCRETA CONCLUSIÓN

En conclusión, este pequeño texto me sirve para un doble propósito: continuar con una propuesta de lo que podría ser una buena iushistoria (ya sentada por Petit, por ejemplo) y dejar sentadas las bases para estudios posteriores sobre el tema del control judicial en el siglo XIX. Sobre lo primero, habría que decir que el historiador del Derecho, en su misión de hacer memoria, debe no solo dialogar con sus colegas de disciplina sino, ante todo, con los juristas dogmáticos, lo que exige entonces un ejercicio doble: de un lado, hacer una ontología bibliográfica (conocer la esencia de los debates de otras áreas jurídicas contemporáneas) y de otro, realizar una historia de textos, para así proponer una conexión entre el pasado de una institución, sus debates, su normativa, etc., con el presente del dogmático. Esto supone pues concebir la historia del Derecho como una disciplina jurídica (eso sí: la más jurídica posible) no fragmentada sino en comunicación con las demás, sirviendo así en su función de memoria más que de historia profesional.

Respecto a la defensa judicial de la constitución, vale la pena señalar que no puede pensar el colega constitucionalista que el control judicial contemporáneo estaba ya presente en el siglo XIX. Esto sería un cruel anacronismo que en no pocas oportunidades se camufla (impunemente) en varios textos dogmáticos con el apodo de "antecedentes". Sería más apropiado hablar, por lo menos en el caso colombiano, de mecanismos e intentos jurídico-políticos de garantizar cierta supremacía constitucional, mecanismos que no solo abarcan la función judicial sino que se amplían a otras ramas del poder, pero que, por un problema de espacio, no se han comentado en este texto. Claro está que sí podrá hablar-

se, en alguna medida, de una defensa judicial de la constitución a lo largo del siglo XX, pero volviendo al XIX, existen casos interesantes de relación directa juez-constitución que si bien no constituyen una defensa judicial de la supremacía constitucional según el actual sistema hispanoamericano, sí son de relevancia para analizar esta institución. Pero a fin de cuentas, ese *judicial review* del XIX, con los limitantes de su época, va más allá del caso *Marbury*, tocando el amparo mexicano, la acción político-jurídica de la constitución en la Hispanoamérica del XIX, la acción pública de inconstitucionalidad colombiana, etc. El hacer memoria hace necesario recordar estas cosas, así como no creer que la defensa judicial de la constitución es un tema simple.

Entonces, propongo a los constitucionalistas debatir con los iushistoriadores las siguientes hipótesis conciliadoras de los hitos fundadores con las otras realidades silenciadas: 1) El *judicial review* comienza en USA, a finales del XVIII y principios del XIX, como sistema de preferencia de la constitución frente a la ley, en un caso concreto y con alcance limitado. 2) Se expande por la Hispanoamérica del XIX, fundamentalmente como mecanismo de protección a derechos civiles y de preferencia de la constitución sobre la ley, en casos concretos. Esta expansión puede rastrearse, aunque de manera más débil, en la Europa del XIX. 3) El proceso judicial constitucional de revisión de la ley y con carácter general (*erga omnes*) comienza en Hispanoamérica, especialmente en Venezuela y Colombia, lo que implica una supremacía constitucional en el más estricto de los sentidos. Pero... ¿se expandió esta propuesta en otras latitudes? 4) Los tribunales especializados de revisión de la ley y con carácter general emergen de las propuestas de Kelsen acordes con la época.

BIBLIOGRAFÍA

- Ackerman, Bruce, artículo "*Marbury Versus Stuart*", en *Fundamentos*, No. 4, p. 151-202, 2006.
- Ahumada Ruíz, María Ángeles, artículo "*Marbury Versus Madison, Doscientos años (y más) después*", en *Fundamentos*, No. 4, p. 109-150, 2006.
- Aragón Reyes, Manuel, artículo "*El significado de la corte constitucional*", en CEPEDA, Manuel José (editor), *La carta de derechos: su interpretación y sus implicaciones*, Bogotá, Ed. Temis, 1993.
- Araújo Grau, Alfredo, Tesis Jurisdicción constitucional, Bogotá, 1936.
- Ayala Corao, Carlos M., artículo "*Origen y evolución del control constitucional en Venezuela*", en AA.VV., *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Medellín, Fundación Konrad Adenauer, CIEDLA, Asociación Venezolana de derecho constitucional, Asociación costarricense de derecho constitucional y Diké, 1996.
- Ayala Corao, Carlos M., artículo "*La jurisdicción constitucional en Venezuela*", en García Belaunde, D. Y Fernández Segado, F. (Coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.
- Bielsa, Rafael, *La protección constitucional y el recurso extraordinario. Jurisdicción de la Corte Suprema*, 2ª ed, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1958.

- Blanco Valdés, Roberto L., *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del estado liberal*, Madrid, Ed. Alianza, 1998.
- Bowman, III, Frank O., "Mr. Madison Meets a Time Machine: the political science of federal sentencing reform", en *Stanford Law Review*, Vol. 58, No. 1, Octubre, 2005.
- Brewer-Carías, Allan R., *El amparo a los derechos y libertades constitucionales y la acción de tutela a los derechos fundamentales en Colombia: una aproximación comparativa*, en Cepeda, Manuel José (editor). *La carta de derechos: su interpretación y sus implicaciones*, Bogotá, Ed. Temis, 1993.
- Brewer-Carías, Allan R., *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, en AA.VV. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Medellín, Fundación Konrad Adenauer, CIEDLA, Asociación Venezolana de derecho constitucional, Asociación costarricense de derecho constitucional y Díké, 1996.
- Brewer-Carías, Allan R., *La jurisdicción constitucional en América Latina*, en García Belaunde, D. Y Fernández Segado, F. (Coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Ed. Dykinson, 1997.
- Buhler, Tomar, *La Constitución alemana*, Trad. de Rovira Armengol, Barcelona, Ed. Labor, 1931.
- Cifuentes Muñoz, Eduardo, *La jurisdicción constitucional en Colombia*, en García Belaunde, D. Y Fernández Segado, F. (Coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid, Ed. Dykinson, 1997.
- Córdova Vianello, Lorenz, artículo "La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt", en *Cuestiones constitucionales*, No. 15, Julio-Diciembre, 2006.
- Couture, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal civil. Tomo I: La constitución y el proceso civil*, 2ª ed. Buenos Aires, Desalma, 1978.
- Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- De Arcaya, Francisco, *El tribunal de Garantías Constitucionales*, Madrid, Reus, 1934.
- Dietze, Gottfried, artículo "Judicial review in Europe", en *Michigan Law Review*, Vol. 55, Febrero, No. 4, 1957.
- Eder, Phanor J., artículo "Judicial review in Latin American", en *Ohio State Law Journal*, 1960.
- Eisenmann, Charles, *La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1928.
- Fairen Guillen, Víctor, *Temas del ordenamiento procesal. Tomo I. Historia. Teoría general*, Madrid, Ed. Tecnos, 1969.
- Fairén Guillén, Víctor, *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, México, Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, 1971.
- Fernández De Velazco, artículo "Cuestiones prácticas. El Tribunal de Garantías Constitucionales", en *Revista de Derecho Público*, T. II, 1933.
- Fernández Segado, Francisco, *La jurisdicción constitucional en España*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

- Fernández Segado, Francisco, *Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad*, en García Belaunde, D. Y Fernández Segado, F. (Coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Nota introductoria*, en: AA.VV. *Interpretación Constitucional*, México: Porrúa-UNAM, 2005.
- Fix-Zamudio, Héctor Y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Ed. Porrúa y UNAM, 1999.
- Founding America, *Documents from the Revolution to the Bill of Rights. Introduction and Notes by Jack N. Rakove*, New York, Barnes & Noble Classics, 2006.
- Frickey, Philip P., artículo "*(Native)American Exceptionalism in Federal Public Law*", en *Harvard Law Review*, Vol. 199, Diciembre, No. 2, 2005.
- Ghigliani, Alejandro E., *Del control jurisdiccional de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1952.
- Gozaini, Osvaldo Alfredo, *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (vínculos y autonomías)*, México, UNAM, 1995.
- Henoa Hidrón, Javier, *Diez temas sobre la constitución colombiana*, Bogotá, Temis, 1976.
- Huertas Contreras, Marcelo, *El poder judicial en la constitución española*, Granada, Universidad de Granada, 1995.
- Jiménez De Aréchaga, Justino, *Sobre inaplicabilidad de leyes inconstitucionales*, Montevideo, El siglo ilustrado, 1915.
- Kelsen, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Trad. Roberto J. Brie, Madrid, Ed. Tecnos, 1995.
- Lambert, Edouard, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États – Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Marcel Giard & Cie, 1921.
- López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Ed. Legis, 2006.
- Lorente, Marta, *Las infracciones a la constitución de 1812: Un mecanismo de defensa de la constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- Molina Betancur, Carlos Mario, "*El control constitucional colombiano del siglo XIX*", en Botero Bernal, Andrés (editor), *Origen del constitucionalismo colombiano: Ponencias del III Seminario Internacional de Teoría General del Derecho*, Medellín, Universidad de Medellín, 2006.
- Molino Mola, Edgardo, *La jurisdicción constitucional en Panamá*, Medellín, Ed. Díké, 1998.
- Neschwara, Christian, *Kelsen als Verfassungsrichter. Seine Rolle in der Dispensehen-Kontroverse*, En Paulson, Stanley Und Stolleis Michael (eds.), *Hans Kelsen Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 2. Jahrhunderts*, Tübingen, Mohr Siebeck, (Grundlagen der Rechtswissenschaft 3, ed. por Horst Dreier, Ulrike Seif y Michael Stolleis), 2005.
- O'Connor, Sandra Day, *The majesty of the law: Reflections of a Supreme Court Justice*, Random House, 2003.
- Pereira Menaut, Antonio Carlos, *Lecciones de teoría constitucional*, 2ª ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1987.
- Pérez Serrano, Nicolás, artículo "*La constitución española*", en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1932.

- Pérez Serrano, Nicolás, artículo "El proyecto de tribunal de garantías y el recurso de inconstitucionalidad", en *Revista de Derecho Público*, T. II, 1933.
- Petit, Carlos, artículo "Oralidad y escritura, o la agonía del método en el taller del jurista historiado", en *Historia, instituciones, documentos*, No. 19, 2002.
- Petit, Carlos, artículo "De la historia a la memoria. A propósito de una reciente obra de historia universitaria", en *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de historia de la universidad*, 8, 2005.
- Pound, Roscoe, artículo "Law in books and Law in Action", en *American Law Review*, 44, 1910.
- Prakash, Saikrishna, artículo "New Light on the decision of 1789", en *Cornell Law Review*, Vol. 91, Julio, No. 5, 2006.
- Restrepo Piedrahita, Carlos (compilador), *Control de constitucionalidad: Colombia y República de Nueva Granada 1821-1860*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- Roach, Kent, artículo "Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States", en *I-Con. International Journal of Constitutional Law*, Vol. 4, No. 2, April, 2006.
- Rodríguez Piñeres, Eduardo, artículo "Relaciones entre los poderes judicial y legislativo", en Rodríguez Piñeres, Eduardo, *Por el reinado del derecho: escritos varios*, Bogotá, Imprenta de la Luz, 1927.
- Sanín Greiffenstein, Jaime, *La defensa judicial de la constitución*, Bogotá, Temis, 1971.
- Schwartz, Bernard, *A history of the Supreme Court*, New York – Oxford, Oxford University Press, 1993.
- Stolleis, Michael, artículo "Judicial review, administrative review, and constitutional review in the Weimar Republic", en: *Ratio Juris*, Vol. 16, No. 2, June (2003); p. 266-280.
- Stourzh, Gerald, "Hans Kelsen, die österreichische Bundesverfassung und die rechtsstaatliche Demokratie", en Gerald Stourzh, *Wege zur Grundrechtsdemokratie*, Böhlau Verlag, Wien, (*Studien zu Politik und Verwaltung*, ed. por Christian Brünner, Wolfgang Mantl, Manfred Welan, vol. 29), 1989.
- Tomkins, Adam, *Our republican constitution*, Oxford, Hart, 2005.
- Treanor, William Michael, artículo "Judicial review before Marbury", en *Stanford Law Review*, Vol. 58, No. 2, Noviembre, 2005.
- Uprimny, Leopoldo, artículo "La jurisdicción constitucional de la Corte a la luz de la reforma constitucional de 1968", en *Foro Colombiano*, Tomo V, Año 3, Septiembre, No. 27, 1971.
- Uprimny, Leopoldo, artículo "¿Puede una reforma de la constitución ser inconstitucional?", en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, No. 174, 1957.
- Walter, Robert, artículo "Hans Kelsen als Verfassungsrichter", Wien, Manz, (*Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts*, vol. 27), 2005.
- Yepes, Jesús María, artículo "Una política internacional para Colombia" en *Universitas*, No. 10, mayo-junio, Bogotá, 1956.
- Zagrebel'sky, Gustavo, artículo "Corti costituzionali e diritti universali", en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, No. 2, 2006.