

Segunda parte

Doctrina y Jurisprudencia



Revista de la Academia
Colombiana de Jurisprudencia
Julio-diciembre 2022

LA ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE ACCIÓN POPULAR A RECURSO DE CASACIÓN*

Claudia Dangond Gibsone**
Académica correspondiente

Resumen: el control de constitucionalidad, entendido como el conjunto de mecanismos y procedimientos encaminados a garantizar la supremacía constitucional, ha sido desarrollado desde los orígenes del constitucionalismo colombiano estructurando figuras novedosas, que dan cuenta de un sistema avanzado. La acción pública de inconstitucionalidad, uno de los mecanismos contemplados en el ordenamiento constitucional colombiano es no solamente un instrumento jurídico, sino también político, es decir, un mecanismo que pretende promover la participación del ciudadano en el ejercicio de la guarda de la Constitución. A pesar de la clara vocación de la Constitución actual por acercar al ciudadano a la administración de justicia y de contar con él en procura de la guarda de la integridad de la Constitución, los procedimientos establecidos de manera reciente para su utilización parecerían ir en contravía de la naturaleza de la acción y del espíritu del constituyente primario y secundario.

* Discurso de Ingreso como Miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia – Sesión Solemne del 2 de junio de 2022.

** Directora de Posgrados de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana. Directora del Departamento de Derecho Público en DG. & A. Abogados. Abogada, magíster en Relaciones Internacionales de la Pontificia Universidad Javeriana. M. Sc. en Políticas de Desarrollo para América Latina del London School of Economics and Political Sciences. Especialista en Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Planeación Estratégica Urbana del CIDEU. Contacto: cdangond@hotmail.com

Palabras clave: Derecho Constitucional; Constitución política; Corte Constitucional; control de constitucionalidad; acción pública de inconstitucionalidad; derechos políticos; participación ciudadana.

THE UNCONSTITUTIONALITY FROM CLASS ACTION TO APPEAL IN CASSATION

Abstract: The constitutionality control, understood as the set of mechanisms and procedures aimed to guarantee the supremacy of the Constitution, has been developed from the onset of the Colombian constitutionalism, structuring novel figures that evidence a sophisticated system. The unconstitutionality public action, one of the mechanisms contemplated by the Colombian constitutional system, is not only a legal tool, but also a political one, that is to say, a mechanism that seeks to promote the participation of the citizens in the safeguard of the Constitution. Although it has existed since the inception of the Colombian constitutionalism, and in spite of the clear intention of the Constitution currently in force to bring the citizens closer to the administration of justice and to have the citizens as defenders of the constitutional integrity, the procedures that have been recently put into place for its exercise would seem to be contrary to the nature of the action and to the spirit of the primary and secondary constituent.

Keywords: Constitutional Law; Political Constitution; Constitutional Court; constitutionality control; unconstitutionality public action; political rights; citizens' participation.

Introducción

Este estudio tiene por objeto presentar una reflexión crítica del mecanismo de control constitucional, denominado acción pública de inconstitucionalidad, en tanto constituye uno de los aportes más importantes del constitucionalismo colombiano al Derecho Constitucional.

Lo anterior se justifica en cuanto que, a pesar de haber sido concebida desde sus orígenes, que datan del siglo XIX, como un mecanismo de participación ciudadana y un derecho político, las decisiones judiciales provenientes de los altos tribunales que han tenido dentro de sus competencias la guarda de la integridad de la Constitución han traído como consecuencia que la acción pública de inconstitucionalidad haya perdido su carácter de “acción pública”, para convertirse en un recurso de naturaleza restringida, en la medida que los requisitos que se han establecido para su ejercicio implican que ella haya dejado de estar al alcance del ciudadano del común.

Para abordar el asunto planteado será necesario recordar cuáles han sido las posiciones y fórmulas adoptadas a lo largo de los doscientos años de vida independiente en torno al tema, hasta llegar a revisar las propuestas, debates, reflexiones y conclusiones que se dieron en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, y revisar la manera en que el control constitucional y, particularmente, la acción pública de inconstitucionalidad quedó consagrada, de manera original en la Constitución de 1991, para dar cuenta de las posiciones y determinaciones que vía jurisprudencial ha venido adoptando la Corte Constitucional para el ejercicio de este mecanismo.

El escrito se dividirá en tres partes. En la primera se presenta una perspectiva histórica del control de constitucionalidad en Colombia, que permitirá verificar cómo el principio de supremacía constitucional ha prevalecido a lo largo de su vida independiente como nación. Se destacarán los hitos más relevantes para el constitucionalismo colombiano, entre los cuales está la incorporación de la acción pública de inconstitucionalidad, como una de las figuras propias y originales del sistema constitucional, mostrando cómo a partir de cierto momento se fueron incorporando limitaciones para su ejercicio por parte del ciudadano. Posteriormente, en el segundo apartado, se analizará la manera en que el constituyente de 1991 concibió el control de constitucionalidad y la acción pública, para, finalmente, hacer una revisión de las restricciones que por vía de jurisprudencia han ido cerrando el espacio para que el ciudadano contribuya de manera efectiva a la preservación del principio de supremacía constitucional, limitando con ello el derecho político y restringiendo la democracia participativa instituida en la carta política de 1991, todo lo cual ha ido desnaturalizando la acción hasta llegar a convertirla en una figura similar al recurso de casación.

Perspectiva histórica del control de constitucionalidad en Colombia

Un recorrido por la historia constitucional de Colombia muestra cómo a pesar de que cada texto constitucional ha sido fruto de las crisis de diverso orden que ha vivido la nación desde su independencia, la idea de hacer efectiva la Constitución ha sido una constante, aunque no siempre de la misma manera. La acción pública de inconstitucionalidad, una de las herramientas

más importantes para hacer efectivo el principio de supremacía de la Ley Fundamental, ha venido perfeccionándose desde el momento en que empezó a organizarse el Estado soberano.

En efecto, si bien se reconoce que el origen de la acción pública de inconstitucionalidad en Colombia data de 1910, cuando se aprueba el Acto Legislativo 3, lo cierto es que la idea de contrastar las normas vigentes con la Constitución, como norma suprema del ordenamiento jurídico, data del siglo XIX.

Así, desde las constituciones provinciales se incluyó la posibilidad de que cualquier habitante solicitara la anulación de normas provinciales, lo que sugiere que la naturaleza de acción pública y su concepción como mecanismo de participación política, ha estado acendrada desde los mismos orígenes del constitucionalismo colombiano. Este recorrido permite ver que, dependiendo del momento histórico político, se tomaron a veces elementos de la tradición anglosajona, pero también del sistema francés, que se basa en el postulado según el cual la ley, por emanar del órgano legislativo como representante del pueblo, es perfecta.

De esta manera, siendo la acción pública de inconstitucionalidad una figura que debe reputarse original del sistema colombiano, no ha escapado a los debates y discusiones que en otras latitudes y en tiempos remotos se han dado respecto al lugar que ocupa la Constitución dentro de la pirámide normativa que soporta la existencia del Estado y su funcionamiento. Tampoco ha sido ajena a las tendencias que se han dado respecto de los actores que deben estar legitimados para poner en funcionamiento la revisión, eficacia y validez de la constitucionalidad de normas de naturaleza distinta a las de la Ley Fundamental.

El primer documento del que se tiene noticia en ese sentido es la Constitución de Cundinamarca del 30 de marzo de 1811, la segunda carta constitucional reconocida como tal después de la Constitución del Estado Libre e Independiente del Socorro, suscrita el 15 de agosto de 1810.

En dicho texto, si bien se reconocía aún la autoridad del rey Fernando VII de España, se estableció la “tridivisión de poderes” propuesta por Montesquieu y se reafirmó el Estado de derecho –lo que ha sido una constante en el sistema jurídico-político colombiano– adoptando una jerarquía norma-

tiva respecto de leyes y actos administrativos, siempre bajo el supuesto del respeto y la garantía por los derechos del hombre y del ciudadano.¹

Para garantizar la guarda de esa Constitución se previó la creación de un Senado, compuesto por cinco miembros, cuya principal función consistía en garantizar el cumplimiento de la Constitución y los derechos ciudadanos a partir, bien de los reclamos presentados por estos últimos, bien de oficio, cuando alguna de las tres ramas del poder público o sus miembros hubieren usurpado las facultades de otro u otros, o vulnerado notoriamente la Constitución. Se estableció incluso un procedimiento riguroso para determinar la comisión de la presunta vulneración,² con lo cual se adoptó, desde esta época, el principio de supremacía de la Constitución, entendiendo que ella constituye la norma suprema, que debe ser la guía y carta de navegación, en tanto recoge el pacto social de aquellos a quienes se dirige.

Este principio es abrazado en algunas otras constituciones provinciales. Entre ellas están la de la República de Tunja del 9 de diciembre de 1811 (artículo 17³), la del Estado de Cartagena del 15 de junio de 1812 (Título VII, artículos 32, 33 y Título VIII, artículo 23),⁴ la del Estado de Mariquita

¹ La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano fue aprobada en 1789 por la Asamblea Nacional Constituyente francesa, el 26 de agosto de 1789, y su primera traducción completa al español fue realizada por Antonio Nariño y publicada en Bogotá en el Nuevo Reino de Granada, en 1793.

² Constitución de Cundinamarca de 1811. *Artículo 9*: “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”. *Artículo 11*: “Aun fuera del caso de residencia, está obligado el Senado a tomar en consideración cualquiera queja o aviso documentado que se le dé por cualquier poder, funcionario público o ciudadano, de haber alguno de los tres Poderes, Ejecutivo, Legislativo o Judicial, o alguno de sus miembros, usurpado las facultades de otro u otros, o quebrantado notoriamente alguno o algunos de los artículos de esta Constitución, y en la materia se procederá bajo las reglas siguiente...”. Diego URIBE VARGAS, *Las Constituciones de Colombia. Historia-crítica y textos* (Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1977), 334-335.

³ Constitución de la República de Tunja de 1811. *Artículo 17*: “Corresponde a esta Sala -de Representantes- privativamente actuar y perseguir ante el Senado a todos los individuos, incluidos los secretarios de los tres poderes, que en ejercicio de sus funciones hayan violado o no observado la Constitución...”. URIBE VARGAS, *Las Constituciones de Colombia. Historia-crítica y textos*, 395.

⁴ Constitución del Estado de Cartagena de Indias del 15 de junio de 1812. Título VII. - *Artículo 32*: “[...] si la ley proyectada infringe la Constitución, y el Consejo de Revisión se desentende

del 21 de junio de 1815, que aunque no contempla la intervención ciudadana para el control constitucional, sí contiene algunas previsiones que indican que, de alguna manera, deberá garantizarse el cumplimiento de la norma de normas (Título X, artículo 1º; Título XIV, artículo 5).⁵

Posteriormente, la carta política de la Nueva Granada de 1853 señaló que la Corte Suprema de Justicia tendría la competencia para resolver sobre la nulidad de las ordenanzas municipales que fueran contrarias a la Constitución y a las leyes (artículo 41, núm. 6). En esta ocasión nada se dijo respecto de quién quedaría facultado para obligar al pronunciamiento del órgano judicial, pero sí hubo claridad acerca de la preeminencia de la Constitución sobre otras disposiciones normativas; principio que regiría cualquier posible discusión con respecto a la vigencia y aplicabilidad de normas dentro del ordenamiento jurídico.

Por su parte, la Constitución de los Estados Unidos de Colombia (1863) sí previó que los ciudadanos podrían solicitar a la Suprema Corte Federal la suspensión o la anulación de los actos legislativos expedidos por las asambleas de los estados federados, por considerar que vulneraban la Constitución, lo que sería decidido, definitivamente, por el Senado (artículo 72).⁶

de ello, ya sea aprobando la ley, o haciéndole otras objeciones que o sean las de infracción, el Senado conservador deberá impedir su ejecución”. *Artículo 33*: “[...] mas, si por el Consejo de Revisión se notase la ley de inconstitucional, devolviéndola al Poder Legislativo, con indicación del artículo o artículos de la Constitución que le son contrarios, la Cámara tomará en consideración la nota objetada, y hallándola justa y fundada, se sobreseerá en ella y quedará archivada. Pero si no la considerase exacta, lo pasará todo, con las razones que motivan su concepto, al Senado conservador, el que examinando y reconociendo el proyecto, terminará el negocio decretando simplemente: *devuélvase para que se publique, o devuélvase para que se archive*”. *Título VIII.- Artículo 23*: “En fuerza del principal objeto de su instituto, que es el de conservar y mantener intacta la Constitución, el Senado es obligado a tomar conocimiento de cualquiera infracción notoria de ella, por alguno de los Poderes o de sus miembros, de que se le dé queja o aviso documentado por cualquier Poder, funcionario público o ciudadano, o que de otro modo le sea conocida y constante.” URIBE VARGAS, *Las Constituciones de Colombia. Historia-crítica y textos*, 499 y 504.

⁵ Constitución del Estado de Mariquita de 1815. *Título X.- Artículo 1º*: “El principal objeto del Senado es velar sobre el exacto cumplimiento de la Constitución, e impedir que sean atropellados los derechos imprescriptibles del pueblo y del ciudadano”. *Título XIV.- Artículo 5*: “En ningún tiempo y por ningún caso podrá suspenderse el imperio de la Constitución”. URIBE VARGAS, *Las Constituciones de Colombia. Historia-crítica y textos*, 616 y 635.

⁶ Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863. *Artículo 72*: “Corresponde a la Corte Suprema suspender, por unanimidad de votos, a pedimento del Procurador General o de cualquier ciudadano, la ejecución de los actos legislativos de las asambleas de los Estados, en

Como consecuencia del debilitamiento que fue sufriendo el sistema federal adoptado por esta última Constitución, período en el que sucedieron hechos de naturaleza política y jurídica que llevaron a la ingobernabilidad del territorio del Estado y de los estados, bajo la presidencia de Rafael Núñez (1884-1886) –por ese entonces de filiación liberal– se desató una cruenta guerra, que no dejó al presidente otro camino que, de acuerdo con los conservadores, convocar un Consejo Nacional de Delegatarios en 1885, a fin de elaborar las bases de una reforma política y de expedir un nuevo texto constitucional.

Así, durante el período conocido como “La Regeneración” se expidió y aprobó la Constitución de 1886, que estaría vigente por más de 100 años y que implantó un modelo centralista y de República unitaria. Sin duda, como el resto de constituciones anteriores, acogió el criterio de la supremacía de la Constitución, que se vio reflejado, entre otras, en aquella previsión contenida en el artículo 151, núm. 4, que otorgó competencia a la Corte Suprema para decidir, definitivamente, sobre la exequibilidad de actos legislativos que hubieran sido objetados por el gobierno como inconstitucionales. Evidentemente, no se dio al ciudadano la posibilidad de enervar una acción para que el Tribunal Supremo estudiara la constitucionalidad de las leyes, pero sí se dejó claro que la Constitución debía ser respetada por normas de inferior jerarquía y, por supuesto, por todos los funcionarios públicos.

Muy rápidamente, al año siguiente, se expidieron dos leyes que dejaron en evidencia un debate en torno a la jerarquía normativa dentro del sistema jurídico colombiano. Por una parte, la Ley 57 de 1887 que recabó sobre la idea de la supremacía constitucional, expresando que en el evento de encontrarse incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, debía preferirse la primera (artículo 5), y, de otro lado, la Ley 153, del mismo año, que, contrario a lo anterior y siguiendo la tradición francesa, consagró la supremacía de la ley sobre la Constitución en los siguientes términos: “Artículo 6: Una disposición expresa de ley posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la

cuanto sean contrarios a la Constitución o las leyes de la Unión, dando, en todo caso, cuenta al Senado para que este decida definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos”.
URIBE VARGAS, *Las Constituciones de Colombia, Historia-crítica y textos*, 951.

Constitución”, lo que llevó a que la Corte Suprema se declarara inhibida para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, con lo cual se generó un vacío y si se quiere una especie de “anarquía jurídica”, que trajo como efecto que normas contrarias a la Constitución fueran aplicadas y estuvieran vigentes, sobre la base de afirmar que la ley, en tanto producto de la voluntad popular representada en el órgano legislativo, debería ser superior a cualquier otro ordenamiento, incluso el constitucional. Señaló la Corte Suprema en aquella oportunidad:

La Corte no puede acogerse a este argumento, y se funda para ello en que al poder Judicial no le está atribuida la interpretación general y auténtica de la Constitución o de las leyes sustantivas, no le es permitido dejar de observar estas porque las juzgue contrarias a la Constitución.

[...]

No está establecido en la República ningún tribunal o autoridad que tenga la facultad de declarar que na ley deja de ser obligatoria por ser contraria a un precepto constitucional [...] (Énfasis agregado)

Al contrario, el artículo 6 de la Ley 153 antes mencionada, dice que una disposición expresa de la ley posterior a la Constitución se reputa constitucional y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución...⁷

Las reacciones a tal posición no se hicieron esperar. Importantes juristas de la época se pronunciaron, y empezaron a plantear la idea de introducir una reforma constitucional que zanjara la discusión y volviera a incorporar el principio de supremacía constitucional, a fin de brindar seguridad jurídica a los asociados y al sistema en general. Varias iniciativas fueron presentadas ante el Congreso de la República con la intención de facultar a la Corte Suprema de Justicia para que ejerciera como juez de constitucionalidad de las leyes, incluso a petición de cualquier ciudadano.

En 1904 el Congreso estableció el control constitucional de los decretos expedidos bajo el estado de excepción a petición de cualquier ciudadano,⁸

⁷ Corte Suprema de Justicia, *Gaceta Judicial* n.º. 155, año III (septiembre 28 de 1889): 403.

⁸ Ley 2ª del 18 de agosto de 1904... “sobre los decretos ejecutivos de carácter legislativo”. *Artículo 2*: “La Corte Suprema de Justicia a solicitud de cualquier ciudadano y previa audiencia del Procurador General de la Nación, decidirá definitivamente, en sala de acuerdo sobre la validez o nulidad de los decretos legislativos, de conformidad con el artículo anterior y con lo dispuesto en la Constitución Nacional en la materia”. *Diario Oficial* 12148, año XL, 1. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1805606>

con lo cual se pretendía evitar abusos que pudiera cometer el Ejecutivo, y poner de manifiesto también el principio de que los poderes no son absolutos, y que en democracia debe imperar la regla de los pesos y contrapesos entre los poderes públicos.

Ello cobró fuerza durante el quinquenio del general Rafael Reyes (1905-1909), quien gobernó bajo la figura del estado de sitio contemplada en el artículo 121 de la Constitución,⁹ que le permitía al Ejecutivo dictar medidas extraordinarias o expedir decretos legislativos de carácter provisional, figura que no tenía límites temporales.

Infortunadamente, la Ley 2 de 1904 derogada de manera rápida, de tal suerte que no operó durante el mandato de Reyes. Más aún, durante este período presidencial y en muchos casos bajo la figura del estado de sitio, fueron aprobadas más de 20 reformas constitucionales.¹⁰

⁹ *Artículo 121*: “En los casos de guerra exterior, o de conmoción interior, podrá el presidente, previa audiencia del Consejo de Estado y con la firma de todos los ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella.

Mediante tal declaración quedará el presidente investido de las facultades que le confieran las leyes, y en su defecto, de las que le da el Derecho de gentes para defender los derechos de la nación o reprimir el alzamiento. Las medidas extraordinarias o decretos de carácter provisional legislativo, que dentro de dichos límites dicte el presidente, serán obligatorios siempre que lleven la firma de todos los ministros.

El Gobierno declarará restablecido el orden público luego que haya cesado la perturbación o el peligro exterior; y pasará al Congreso una exposición motivada de sus providencias. Serán responsables cualesquiera autoridades por los abusos que hubieren cometido en el ejercicio de facultades extraordinarias”. URIBE VARGAS, *Las Constituciones de Colombia. Historia-crítica y textos*, 995.

¹⁰ Acto reformativo 1. “*por el cual se reforman los artículos 147 y 155 de la Constitución de la República*” (27 de marzo de 1905); Acto reformativo 2. “*por el cual se sustituye el artículo 68 de la Constitución de la República*” (28 de marzo de 1905); Acto Reformativo 3. “*reformativo de la Constitución, sobre división general del territorio*” (30 de marzo de 1905); Acto reformativo 4. “*por el cual se deroga el artículo 204 de la Constitución*” (30 de marzo de 1905); Acto reformativo 5. “*por el cual se eliminan la Vicepresidencia de la República y la designatura, se preé el modo de llenar las faltas temporales o la falta absoluta del presidente de la República, y se prorroga el actual periodo del mismo*” (30 de marzo de 1905); Acto Reformativo 6. “*por el cual se sustituye el artículo 32 de la Constitución nacional*” (5 de abril de 1905); Acto reformativo 7. “*por el cual se sustituye el artículo 185 de la Constitución*” (8 de abril de 1905); Acto reformativo 8. “*por el cual se sustituyen los artículos 95, 114, 173, 174, 175, 176, 177 y 178 de la Constitución*” (13 de abril de 1905); Acto reformativo 9. “*por el cual se sustituye el artículo 209 de la Constitución*” (17 de abril de 1905); Acto reformativo 10. “*reformativo de la Constitución, por el cual se deroga el Título XIII de la misma*” (27 de abril de 1905); Acto Legislativo 1. “*por el cual se sustituye el Acto Legislativo 2 de 1905*” (15 de

Fue solo cuando terminó el gobierno del general Reyes que, a partir del Acto Legislativo 3 de 1910, una de las reformas constitucionales de mayor trascendencia que demuestra la madurez adquirida después de 100 años de vida independiente, se introdujo con contundencia, para nunca más irse, el principio de supremacía constitucional, y con él los mecanismos que permitirían al órgano competente dejar sin efecto a aquellas leyes o decretos legislativos que contrariaran la carta política.

El debate fue arduo y protagonizado por excelsos juristas de la época. Las posiciones sobre el tema estuvieron representadas, por una parte, por el doctor Nicolás Esguerra, quien con firmeza y convicción defendió el postulado de supremacía de la Constitución y presentó la propuesta de lo que sería la acción pública de inconstitucionalidad, en los siguientes términos:

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 esta 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.¹¹

A esta tesis se opusieron los doctores Holguín y Caro, quienes no avalaban la intervención ciudadana en el ejercicio del control constitucional y

abril de 1907); Acto Legislativo 2. “*por el cual se sustituyen los artículos 183, 184 y 189 de la Constitución*” (27 de abril de 1907); Acto General Adicional y reformativo de la Constitución nacional “*por el cual se sustituyen los artículos 93, 99 y 178 de la Constitución y 2 del Acto Legislativo 8 de 1905*” (6 de agosto de 1908); Acto Legislativo 3. “*por el cual se sustituye el Título XVIII de la Constitución Nacional y se derogan los Actos legislativos números 7 de 1905 y 2 de 1907*” (12 de agosto de 1908); Acto Legislativo 3. “*por el cual se sustituye el artículo 1º del Acto Legislativo 1. de 1908*” (14 de agosto de 1908); Acto Legislativo 1. “*por el cual se crean los Consejos administrativos departamentales*” (29 de marzo de 1909); Acto Legislativo 2. “*por el cual se sustituyen los artículos 108 y 109 de la Constitución*” (31 de marzo de 1909); Acto Legislativo 3. “*por el cual se sustituye el artículo 3 de la Constitución Nacional*” (2 de abril de 1909); Acto Legislativo 4. “*por el cual se determina el periodo de duración de las sesiones ordinarias del Congreso Nacional*” (7 de abril de 1909); Acto Legislativo 5. “*por el cual se reforma el señalado con el número 5 de 1905*” (14 de abril de 1909).

¹¹ Luis Javier MORENO ORTIZ, “El sistema de control de constitucionalidad en Colombia”. *Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas* 19, n.º. 10 (julio-diciembre 2010): 75-92. <https://doi.org/10.22518/16578953.46>

ni siquiera participaban del reconocimiento del principio de supremacía constitucional, ni del efecto *erga omnes* de las decisiones del Supremo Tribunal. Su propuesta la presentaron en los siguientes 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 que vulneren los derechos civiles garantizados por el Título III de la Constitución.¹²

Tras un acalorado debate en el que se trajo a colación el artículo 6º de la Ley 153 de 1887, ya comentado, finalmente es aprobada la iniciativa del diputado Esguerra, consagrándose de la siguiente manera en los artículos 40 y 41 de la reforma constitucional:

Artículo 40.- En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales.

Artículo 41.- A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución.

En consecuencia, además de las facultades que le confieren esta y las leyes, tendrá la siguiente:

Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.¹³

Dicha facultad se le dio, entonces, a la Corte Suprema de Justicia que, para esos efectos y en palabras de Hans Kelsen,¹⁴ debería fungir de legislador negativo indicando cuándo una norma aprobada por el órgano legislativo o con fuerza material de ley debe salir del ordenamiento jurídico por vulnerar los preceptos constitucionales. Se erigió así al Alto Tribunal de Justicia como el guardián de la integridad y supremacía de la Constitución y, en tal calidad, con la competencia para:

- Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que hubieran sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o

¹² *Ibidem*, 85.

¹³ *Ibidem*, 86.

¹⁴ Hans KELSEN, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* 3ª. ed. (Madrid: Tecnos, 1993), 37.

sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.¹⁵

La idea del Tribunal Constitucional, que fue lo que realmente se instituyó para los efectos señalados por la reforma constitucional en comento, constituye una contribución de la mayor trascendencia para el constitucionalismo universal. Se trata de un control abstracto en tanto no se resuelve un conflicto particular, sino que, por el contrario, evita que el mismo se verifique, y cuyos efectos son *erga omnes*, esto es frente a todo el conglomerado social y no solo respecto de unos pocos. Como si lo anterior fuera poco, trayendo lecciones del constitucionalismo inicial, se le dio el carácter de pública y popular a la acción bajo estudio, al “poner en manos de cualquier ciudadano el poder enfrentarse, en defensa de la Constitución, con el Congreso, al someter la ley a juicio. Y esto que, sin duda es audaz, ocurre poco tiempo después de considerar que la ley, merced a una presunción de derecho, se reputa constitucional”.¹⁶

Casi veinte años después de que la figura se hubiera introducido en el constitucionalismo colombiano, con la claridad y contundencia de la reforma de 1910, dos de los más destacados juristas del siglo XX debatían acerca de a qué órgano o institución le debía corresponder la guarda de la Constitución, en aras de preservar el Estado democrático. Fue el famoso debate entre Hans Kelsen y Carl Schmitt. Para el primero, que para entonces ya había avanzado en su doctrina sobre la identidad del Estado y su relación con el derecho y la creación jerárquica del orden jurídico, la garantía de las previsiones constitucionales debía confiarse a un órgano independiente de la política, a un Tribunal especializado; mientras que para el segundo, la razón indicaba que era al presidente, en tanto su poder

¹⁵ Acto Legislativo 3. “*reformatorio de la Constitución Nacional*” de 31 de octubre de 1910. *Diario Oficial 14131*, año XLVI, 3.

<http://suinjuriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1825559#:~:text=E1%20Presidente%20de%20la%20Rep%C3%BAblica%20no%20es%20reelegible%20en%20ning%C3%BAAn,inmediatamente%20anterior%20a%20la%20elecci%C3%B3n>.

¹⁶ Juan Carlos ESGUERRA PORTOCARRERO, “La reforma constitucional de 1910”, en *Historia Constitucional de Colombia. Siglo XX* (Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2010).

MORENO ORTIZ, “El sistema de control de constitucionalidad en Colombia”, 86. <https://doi.org/10.22518/16578953.46>

emanaba del pueblo, quien tenía la legitimidad para custodiar la esencia de la carta fundamental, cuando ella estuviera amenazada o se confirmara alguna vulneración a la misma. La postura de Hans Kelsen fue recogida en la Constitución de Austria de 1920 que atribuyó a un órgano especializado el monopolio del control constitucional de las leyes; la de Carl Schmitt fue adoptada en la Constitución de Weimar en la Alemania de 1919. Las posturas en uno y otro sentido fueron el centro de la discusión, incluso con ocasión de los sucesos políticos y el tipo de regímenes que protagonizaron la Segunda Guerra Mundial.

No obstante, como se indicó atrás, en Colombia el debate fue zanjado en 1910, adelantándose, pero ubicándose en la perspectiva planteada por Kelsen años después.

La misma reforma volvió a mencionar la jurisdicción de lo contencioso administrativo que había sido anulada en la administración del general Reyes mediante una de las reformas constitucionales de 1905. Con la de 1910 se delegó en la ley la facultad de establecer nuevamente dicha jurisdicción (artículo 42).

Así, la Ley 130 de diciembre 13 de 1913,¹⁷ que desarrolló el artículo 42 mencionado, señaló:

... la jurisdicción contencioso-administrativa tiene por objeto la revisión de los actos de las corporaciones o empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas, a petición del Ministerio Público, de los *ciudadanos en general*, o de las personas que se crean vulneradas en sus derechos, en los casos y dentro de los límites señalados en la presente ley. (Énfasis agregado)

Asimismo, le confirió la facultad de revisar por razones de constitucionalidad, legalidad o por ser lesivos de los derechos civiles, los actos de gobierno o de los ministros, que no fueran de competencia de la Corte Suprema de Justicia (artículo 78).

De esta manera, la jurisdicción de lo contencioso-administrativo se consolidó como una jurisdicción independiente de la ordinaria, autónoma del poder ejecutivo, pero además con funciones de control constitucional.

¹⁷ Congreso de la República de Colombia. Ley 130 de 1913.
<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1647792>.

Habiéndose revivido el Consejo de Estado, en desarrollo del Acto Legislativo del 10 de septiembre de 1914, bajo la presidencia del doctor José Vicente Concha se expidió la Ley 167 de 1941 sobre organización de la jurisdicción contencioso-administrativa, estableciéndose la posibilidad de que se acusaran ante el Consejo de Estado los decretos, resoluciones y otros actos de gobierno, así como a los ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad.

Ya en 1945, a través del Acto Legislativo 1 del 16 de febrero, se estableció que dicha jurisdicción tendría la función de

... conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno, cuando no se tratara de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los ordinales 11¹⁸ y 12¹⁹ del artículo 69 y el artículo 117 de esta Constitución.²⁰

Lo anteriormente expuesto es muestra clara de cómo el control de constitucionalidad abstracto se configuró desde entonces en cabeza de dos órganos y de dos jurisdicciones, dando lugar al denominado control bifurcado o dual de constitucionalidad, y con ello permitir que todas las normas jurídicas, aun las de rango infralegal, fueran objeto de control de constitucionalidad por petición o solicitud del ciudadano.

Lo anterior termina de moldearse con el Acto Legislativo 1. del 11 de diciembre de 1968, mediante el cual se modifica la competencia de la Corte Suprema de Justicia y se crea la Sala Constitucional de esa corporación, compuesta por cuatro magistrados expertos en derecho público, encargados de proyectar los fallos de constitucionalidad. Con esta reforma, los decretos expedidos en estado de sitio dejaron de ser objeto de la acción pública de inconstitucionalidad, pues pasaron a tener un control automático y de oficio por parte de la corporación, pero se incorpora expresamente el control de constitucionalidad de la ley por vicios en el procedimiento de su

¹⁸ Se refiere a “conceder autorizaciones al gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional”.

¹⁹ Se refiere a “revestir *pro tempore*, al presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen”.

²⁰ Artículo 41 del Acto Legislativo 1 de 1945. URIBE VARGAS, *Las Constituciones de Colombia. Historia-crítica y textos*. Madrid. Ediciones Cultura Hispánica, 1977, 1136.

formación, asunto sobre el cual la propia Corte había evadido de manera sistemática un pronunciamiento de fondo. Señaló el artículo 71 del Acto Legislativo de 1968:

Artículo 71.- El artículo 214 de la Constitución Nacional quedará así:

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 esta y las leyes, tendrá las siguientes:

1. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

2. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de todas las leyes y los decretos dictados por el gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los artículos 76, ordinales 11 y 12, y 80 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano.

En las acciones de inexecutableidad, deberá intervenir siempre el procurador general de la nación. En los casos de los artículos 121 y 123, cualquier ciudadano puede intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad de los decretos a que ellos se refieren.

La Corte Suprema de Justicia cumplirá estas funciones en Sala Plena, previo estudio de la Sala Constitucional compuesta de magistrados especialistas en Derecho Público.

El procurador general de la nación y la Sala Constitucional dispondrán, cada uno, de un término de treinta días para rendir concepto y ponencia, y la Corte Suprema de Justicia de sesenta días para decidir. El incumplimiento de los términos es causal de mala conducta que será sancionada conforme a la ley.²¹

Adicionalmente, en el mismo texto de la reforma de 1968 se señaló como función de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo la de “conocer las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades” extraordinarias, la Ley del Plan de Desarrollo, el estado de sitio y el estado de emergencia económica.

²¹ Acto Legislativo 1 de 11 de diciembre de 1968... “*por el cual se reforma la Constitución Política de Colombia*”. URIBE VARGAS, *Las Constituciones de Colombia*, Historia-crítica y textos”. Madrid. Ediciones Cultura Hispánica, 1977. pp 1232-1233.

De las limitaciones y restricciones impuestas por vía jurisprudencial al ejercicio ciudadano de la acción pública de inconstitucionalidad

De la revisión antecedente queda claro que en el sistema jurídico colombiano se acepta, se defiende y se incorpora el principio de supremacía constitucional; que la defensa y guarda de la carta política le es atribuida a un órgano jurisdiccional especializado, y que al ciudadano se le confía y convoca para que contribuya a tal propósito a través de la acción pública de inconstitucionalidad.

Tan es así que, en uno de los primeros pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, posteriores a la entrada en vigencia de la reforma de 1910, se afirma contundentemente que debido a esta última, el artículo 6º de la Ley 153 de 1887, que privilegiaba la aplicación de la ley sobre la Constitución, era insubsistente y no producía efectos (inconstitucionalidad sobreviniente).²²

De las normas transcritas que perfeccionan la incorporación de la acción pública de inconstitucionalidad es claro que al ciudadano no se le exigía en su ejercicio nada diferente de presentar el conflicto entre la Constitución y una norma legal para que fuera resuelto por quien tiene la guarda de la integridad de la Constitución. En otras palabras, cualquier persona que ostentara la calidad de ciudadano, es decir, que tenga unas calidades de índole política y territorial, sin importar su grado de educación, formación, conocimiento del derecho o cualquier otra circunstancia, tenía la posibilidad y, el derecho de someter al juicio de constitucionalidad de la Corte lo

²² “Dados los términos en que están concebidos los preceptos legales transcritos, y muy especialmente el artículo 9 de la Ley 153 de 1887, resulta claramente que el artículo 6 de la misma ley, como anterior al 40 del Acto reformativo 3 de 1910, y como contrario en su letra, en su espíritu, debe considerarse insubsistente y, por lo tanto, sin que pueda producir efecto”.

“El artículo 41 del mismo Acto reformativo, el que hoy hace parte de la Constitución nacional, que confiere a la Corte la facultad de decidir sobre la inexecutable de los actos legislativos objetados como inconstitucionales, o sobre las leyes acusadas ante ella por cualquier ciudadano como contrarias a la Constitución, parte, necesariamente, de la base de que estas últimas se hallen produciendo efectos, como mandatos emanados del Poder que, según la carta fundamental, puede expedirlos”. Corte Suprema de Justicia. Auto del 17 de agosto de 1911. MORENO ORTIZ, “El sistema de control de constitucionalidad en Colombia”, 86-87.

<https://doi.org/10.22518/16578953.46>

que él considerara como una eventual contradicción entre la Constitución y una norma con fuerza material de ley. Ello supone, por supuesto, que si el ciudadano no era experto en leyes ni tenía una formación jurídica, podría acudir a esa acción, sin necesidad de plantear unos argumentos muy elaborados desde el punto de vista jurídico ni demostrando una sapiencia en el arte de las leyes ni en la argumentación lógica que ello implica.

En este sentido vale la pena mencionar que, dependiendo del modelo que se adopte, la acción de inconstitucionalidad puede ser catalogada en uno de dos grupos, dependiendo de quién puede instaurarla, es decir, de quién tenga la legitimación por activa para hacer uso de ella.

Así, si solo puede ser enervada por algunas autoridades del Estado, como, según se vio atrás, quedó consagrado en algunas de las Constituciones iniciales, será una acción de carácter restringido.²³

Pero, si se otorga la posibilidad de instaurarla a cualquier ciudadano o incluso a cualquier persona, se está frente a una acción de naturaleza popular, que constituye un derecho político y un mecanismo de participación, que es donde se ubica la institución consagrada definitivamente desde la reforma constitucional de 1910.²⁴

El régimen procedimental que sirvió para regular el procedimiento para interponer la acción pública de inconstitucionalidad estaba contenido en el Decreto 432 de 1969: "... por el cual se dictan normas relativas al funcionamiento de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y procedimentales para el estudio y despacho de los asuntos a su cargo", en el que se exigía al ciudadano que quisiera acusar de inexecutable a una ley o un decreto con fuerza de ley, unos requisitos mínimos que resultaban lógicos y razonables para que la Corte pudiera asumir el conocimiento de la demanda. Indicaba el artículo 16 del mencionado ordenamiento que era menester que el escrito de demanda incluyera:

- La transcripción literal de la disposición o disposiciones acusadas como inconstitucionales.

²³ Este modelo de acción restringida es adoptado también por el sistema italiano, el alemán –salvo en Baviera–, el español, el peruano, entre otros.

²⁴ El modelo de acción popular es incorporado en las Constituciones de El Salvador (1983), Nicaragua (1987) y Ecuador (2008).

- El señalamiento o designación de los textos constitucionales que se consideren infringidos.
- Las razones por las cuales dichos textos se estiman violados, y
- Cuando fuere el caso, la declaración de si al expedirse el acto demandado se quebrantó el trámite impuesto por la Constitución y en qué forma.

No obstante, fue ese mismo guardián de la Ley Suprema, quien incorporando por vía de jurisprudencia otros requerimientos impidió que el uso de la acción fuera pleno y realmente popular. En efecto, la Corte Suprema de Justicia al ejercer la función de garante de la Constitución fue imponiendo algunas limitaciones al ciudadano, exigiéndole cumplir con ciertos requisitos ajenos a la Constitución e incluso a la norma que la reglamentaba.

Ejemplo de lo anterior son las declaratorias de ineptitud de las demandas presentadas por ciudadanos, con la excusa de que ellas no cuestionaban varias normas y por ende presentaban lo que se ha denominado la “Proposición jurídica incompleta”,²⁵ o por no precisar las razones de la violación o por hacerlo vagamente, con lo cual se limitó el uso de la acción a especialistas y conocedores en profundidad del ordenamiento jurídico colombiano.

²⁵ “Tal es el caso del libelo que se examina, en el que aparece acusada solamente una (norma), la cual con el inciso primero (de otra norma no acusada), configura una proposición jurídica completa, formada por regla punitiva y su excepción, estrechamente unidas, y tanto que esta conexión resultaría rota de la causa si la Corte procediera a dar un fallo de fondo. Existe, pues, ineptitud de la demanda de tal naturaleza, que impide resolver el asunto sometido a estudio. Por este motivo, el fallo será de carácter inhibitorio”. Véase, Corte Suprema de Justicia, *Gaceta Judicial*, Sentencia del 28 de agosto de 1970: “... indudablemente, si se trata de la existencia de una relación de conexidad con la norma acusada respecto de otras no mentadas en la demanda, saltaría los ojos el carácter incompleto de la citada proposición; lo mismo en aquellos casos en que la norma demandada, por constituir solamente un aspecto parcial o incompleto de un todo normativo, de un mandato integral del legislador, impide por ello que pueda captarse plenamente su sentido”. Véase, Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 4 de marzo de 1981. Citado en: David MENDIETA GONZÁLEZ, “La acción pública de inconstitucionalidad: A propósito de los 100 años de su vigencia en Colombia”. *Revista Universitas n.º 120* (enero-julio de 2010): 61-84.

La discusión al interior de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, la Constitución de 1991 y los primeros desarrollos legislativos en la materia

El proceso surtido durante la Asamblea Nacional Constituyente

El tema de la justicia en general, la forma de organizarla dentro de la estructura del Estado, la asignación de competencias a los distintos órganos, pensando siempre en la manera de hacerla eficaz, cercana al ciudadano y funcional, ocupó un lugar importante en las deliberaciones de la Asamblea Nacional Constituyente.

Fueron muchos los proyectos que abordaron la temática del control constitucional, provenientes tanto de los propios constituyentes y del Gobierno nacional, como de las organizaciones de la sociedad civil y también de las instituciones del Estado colombiano.

Las iniciativas partieron, sin excepción, del principio de supremacía de la Constitución, y se refirieron tanto al órgano que debía tener la competencia para ser el guardián de la integridad y supremacía de la Constitución, como a los mecanismos adecuados para hacer efectivo ese control. En este sentido, había consenso respecto de que el control constitucional en Colombia debería seguir teniendo acento en el derecho público, centrarse en el juicio jurídico para hacer respetar la carta política y que, por tanto, debería ser independiente del quehacer y del interés político.

La discusión correspondió, en primer término, a la Subcomisión Segunda de la Comisión Cuarta, integrada por los doctores José María Velasco Guerrero y María Teresa Garcés Lloreda, quienes, después de organizar las propuestas y escuchar las opiniones del entonces presidente de la Corte Suprema de Justicia, doctor Pablo Cáceres Corrales y otros expertos en la materia, presentaron la ponencia para primer debate a los demás integrantes de la Comisión. El escrito se centró en tres aspectos: i) el alcance o contenido del control; ii) el o los organismos competentes para realizarlo, y, iii) la composición y origen del órgano encargado del control de constitucionalidad.

Sobre el primer punto, el alcance del control, se indicó que algunos proyectos proponían que fuera el mismo que hasta el momento venía realizando la Corte Suprema de Justicia, y que otros adicionaban a lo ya existente la posibilidad de que el control se ejerciera sobre los actos reformativos de la Constitución, solo por vicios de forma.

En cuanto a los organismos competentes, las posiciones estaban divididas. Para unos debería mantenerse el control dual o bifurcado en cabeza de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, como hasta entonces venía haciéndose; para otro grupo debía crearse un organismo especializado, que se llamaría Corte Constitucional, y para un tercer grupo, independientemente de la creación del órgano especializado, lo importante era que el control lo hiciera un único órgano, de tal manera que el Consejo de Estado debería perder competencia para realizar examen de constitucionalidad sobre cualquier acto.

El último asunto, concerniente a la manera como se eligieran los magistrados, se refirió, particularmente, a la manera como ese mecanismo de designación debía asegurar la independencia con respecto a cualquier otra rama del poder público, así como el tipo de control que se realizaría.

Como se puede ver, las deliberaciones nunca llevaron a plantear o a dudar acerca de la legitimación que hasta el momento tenían los ciudadanos para incoar la acción pública de inconstitucionalidad. Se dio como un hecho y se reconoció la conquista que había hecho el derecho constitucional colombiano con la figura, tal y como había sido concebida y perfeccionada desde 1810 y jamás se puso en duda el carácter de derecho político que el ejercicio de tal acción ciudadana tenía.

De hecho, dadas las expresiones recogidas a lo largo de los cinco meses de trabajo constituyente, en el sentido de reconocer la necesidad, primero de acercar al ciudadano a la justicia y luego de profundizar la democracia a través de mecanismos de participación ciudadana, se entendió que la acción pública de inconstitucionalidad contribuía de manera decisiva a uno y otro propósito.

La Constitución de 1991

Finalmente y luego de interesantes disquisiciones que se realizaron, primero en el seno de la Comisión Cuarta y luego, en las plenarias de la

Asamblea, efectivamente, se aprobó la creación de la Corte Constitucional como órgano especializado y cabeza de la jurisdicción constitucional, a quien se le confió la guarda de la supremacía e integridad de la Constitución, confiriéndole la tarea de ejercer el control constitucional con más o menos el mismo alcance con que venía haciéndolo la Corte Suprema de Justicia pero añadiendo la posibilidad de hacerlo sobre actos reformativos de la Constitución por vicios en su formación, a solicitud de cualquier ciudadano.

Por supuesto, ello implicó, no solo reafirmar el principio de supremacía Constitucional, sino mantener la acción pública de inconstitucionalidad en tanto derecho político y mecanismo de participación ciudadana, para:

- Demandar los actos reformativos de Constitución, solo por vicios de procedimiento.
- Demandar las leyes, tanto por su contenido material, como por vicios de procedimiento en su formación.
- Demandar los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno, con fundamento en los estados de excepción y el Plan Nacional de Desarrollo (PND).

En todo caso, se indicó que, adicionalmente, los ciudadanos, en ejercicio de su derecho político, podrían intervenir como impugnadores o defensores de las normas sometidas a control en todos los procesos que se adelantasen ante la Corte Constitucional, todo lo cual sería regulado a través de una ley (artículo 242 de la Constitución)

Los primeros desarrollos legislativos

Proclamada la Constitución de 1991, se instaló la Comisión Especial Legislativa, creada por la Asamblea Nacional Constituyente para desarrollar la nueva carta política, de conformidad con los artículos transitorios que hicieron parte de ella.

Dicha comisión, conocida también como el “Congresito” sesionó entre el 15 de julio y el 1° de diciembre de 1991. Entre sus atribuciones estaba la de “improbar por la mayoría de sus miembros, en todo o en parte, los proyectos de decreto que prepare el Gobierno Nacional en ejercicio de las

facultades extraordinarias concedidas al presidente de la República por el artículo anterior y en otras disposiciones del presente Acto Constituyente, excepto los nombramientos” (artículo transitorio 6, Constitución).

Uno de los proyectos que debía proponer el gobierno a la Comisión, era el referente al régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional,²⁶ que reemplazaría al Decreto 432 del 26 de marzo de 1969, por el cual se dictaban normas relativas al funcionamiento de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y las procedimentales para el estudio y despacho de los asuntos a su cargo.

De esta manera, el gobierno nacional presentó el proyecto de estatuto legal que dio origen al Decreto 2067 de 1991, cuyo estudio le correspondió a los comisionados Jesús Pérez González Rubio, Jaime Calderón Bruges, Fernando Coral Villota y Juan Manuel Charry Urueña, quienes recomendaron a la plenaria reformar 17 de los 52 artículos que contenía la propuesta.

Entre las disposiciones objeto de discusión estuvieron, precisamente, las que contenían los requisitos para que el ciudadano pudiera ejercer la acción pública de inconstitucionalidad. Para el Gobierno, siguiendo la jurisprudencia proveniente de la Corte Suprema de Justicia, era imperativo que el ciudadano incluyera todas las normas necesarias para conformar una proposición jurídica completa y así evitar que la demanda fuera rechazada.

Los ponentes, por su parte, señalaron que no era admisible incluir tal previsión puesto que *“es de la naturaleza de la acción de inconstitucionalidad el ser pública y al incluir como requisito para admitir una demanda que se constituya proposición jurídica completa, se restringe el acceso a esta acción a un grupo limitado de personas –aquellas que tienen un conocimiento y manejo de la normativa– lo que no se da en el ciudadano común”*.²⁷ En criterio de los comisionados, *“equivaldría así la acción pública a la instaurada ante un tribunal de casación que exige una técnica especial y conocimientos específicos, desvirtuando así la naturaleza misma de la acción”*²⁸ (Énfasis agregado).

²⁶ Constitución Política de 1991, artículo transitorio 23.

²⁷ Informe para debate en plenaria de la ponencia “Régimen de Procedimiento ante la Corte Constitucional”. *Gaceta Legislativa* n.º 8 (2 de septiembre de 1991): 2.

²⁸ *Ibíd.*

Consideraron, además, que se haría prevalecer lo formal, dejando de lado el derecho sustancial que, en amparo de los derechos ciudadanos, debe primar conforme al artículo 228 de la carta política.

En la discusión entre ponentes y gobierno se optó por una fórmula que atendiera la inquietud de evitar que hubiera un excesivo formalismo en el trámite de este tipo de procesos; también, coincidieron en que era conveniente eliminar cualquier referencia a un vocabulario que pudiera implicar la incorporación de una técnica propia de los procesos de casación, que exigen un conocimiento especializado, que no es el que posee el ciudadano del común. No obstante, se consideró importante reconocer que muchas veces un fallo proferido sobre una proposición jurídica incompleta lleva a hacer inocuo el control de constitucionalidad, quitándole sus efectos y generando confusiones en el ordenamiento jurídico.

Así las cosas, se optó por redactar este punto en particular, de una manera tal que se privilegiara lo sustantivo sobre lo formal, pero al mismo tiempo para que se entendiera la necesidad, por razones de técnica y también de eficacia de los fallos de la Corte Constitucional de que se introdujera un principio, según el cual era obligatorio para el demandante citar todas las normas que debían ser demandadas para que el fallo de constitucionalidad no fuera inocuo.

En ese sentido, para que el ciudadano pudiera corregir el yerro se estableció que en el auto de inadmisión debían señalarse los vicios en que incurría el demandante y así permitirle enmendar la demanda de acuerdo con las sugerencias de la propia Corte Constitucional. De esa manera, se atendió la petición de que el formalismo no se constituyera en un obstáculo para el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad en cabeza de ciudadanos, que no son expertos en disciplinas jurídicas.

En dicha ponencia y durante los debates se hicieron afirmaciones que no dejaban duda acerca de la voluntad del constituyente o del legislador, en cuanto a que la acción pública de inconstitucionalidad era un derecho político, un mecanismo de participación ciudadana y una herramienta que permitía al ciudadano acercarse a la justicia y contribuir a la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

Así, los requisitos que, de acuerdo con el Decreto 2067 de 1991, debía tener en cuenta el ciudadano a la hora de solicitar a la Corte Constitucional que examine la constitucionalidad de un acto reformativo, de una ley o de un decreto con fuerza de ley, eran:

- El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas.
- El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas.
- Las razones por las cuales dichos textos se estiman violados.
- Cuando fuere el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado, y
- La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda.
- Deben incluirse como demandadas todas aquellas normas que permitan que el fallo no sea inocuo.

Puede afirmarse, entonces, que lo señalado por el Decreto 2067 de 1991, recoge, no solo lo dispuesto en el Decreto 432 de 1969, que resultaba medianamente razonable, sino, también, aquellas exigencias impuestas por las providencias de la Corte Suprema de Justicia, estas sí restrictivas del derecho político al ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, si se considera que quien tendría la legitimidad por activa para incoar una acción de esta naturaleza es el ciudadano común y no un experto jurisperito especialista en leyes. Sobre todo, con el último requisito se limita el alcance a la acción.

Las restricciones impuestas por vía jurisprudencial para el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad

A partir de 1992, cuando entró en funcionamiento la Corte Constitucional, ha habido varios pronunciamientos relativos al alcance, naturaleza y formalidades de la acción pública de inconstitucionalidad.

Tal vez uno de los primeros, que vale la pena mencionar, se refiere a que dicho mecanismo de participación puede ser ejercido por ciudadanos, en

cuanto se trata de un derecho político y una manifestación de la democracia participativa. La Corte invoca en esta ocasión el artículo 40 de la carta política que indica: “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político” [para lo cual puede, entre otras cosas] “interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley” (núm. 6).

En ese caso, se trata de reconocer la titularidad de los derechos políticos a las personas naturales, nacionales colombianos que gozan de la ciudadanía, razón por la cual, las personas jurídicas quedan excluidas del ejercicio de la acción.²⁹

Igualmente, se señala que, aunque ciudadanos, aquellos nacionales colombianos mayores de 18 años a los que se les ha sancionado con la interdicción de los derechos políticos como pena accesoria de una sanción penal, tampoco podrían, por esa razón, enervar la acción pública de inconstitucionalidad.

La naturaleza política del ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, así como la legitimación por activa del ciudadano se reitera, de manera posterior, en 1998,³⁰ afirmando que su ejercicio “tiene por objeto la preservación del orden institucional en sí mismo, con independencia de intereses individuales propios o ajenos”. Es decir, que ella está reservada para “los nacionales colombianos y, entre estos, a quienes hayan alcanzado la ciudadanía y estén en el ejercicio de ella”, siempre que no hayan sido afectados con una pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por decisión judicial.

Ya había indicado el máximo órgano de la jurisdicción constitucional que teniendo claridad acerca de que la legitimación por activa para incoar la acción pública de inconstitucionalidad, considerándola como un derecho político en cabeza del ciudadano, era menester hacer prevalecer el derecho sustancial frente a las exigencias de índole puramente formal; ello, teniendo en cuenta el espíritu y la integralidad de la Constitución que profundizó y fortaleció los mecanismos propios de la democracia participativa y, por

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-003 de 1993. M. P. Alejandro Martínez Caballero. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-003-93.htm>

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-536 de 1998. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

tanto, el significado que tiene el que sea el propio ciudadano el que contribuya a la defensa del orden jurídico que encuadra y limita el ejercicio del poder, lo que impacta de manera directa la estructura política básica del Estado colombiano, tal como fue concebido desde 1991.³¹

Hasta ese momento, salvo el requisito de incluir una proposición jurídica completa, so pena de ser inadmitida y luego rechazada la demanda, todos los demás formalismos parecen razonables para que la Corte Constitucional pueda entrar al examen de constitucionalidad a petición del ciudadano interesado.

Infortunadamente, con el siglo XXI aparecieron una serie de pronunciamientos que le fueron quitando aún más espacio y alcance al ejercicio de este derecho político, en la medida que fueron imponiendo nuevos requisitos que han hecho que la acción pública de inconstitucionalidad pierda su naturaleza de “pública”, que no esté al alcance del ciudadano del común, y con ello que se limite el derecho político y se impida la participación ciudadana para colaborar con el ejercicio del control de constitucionalidad y la preservación del principio de supremacía constitucional.

Por vía de ejemplo, en la Sentencia C-652 de 2001 la Corte se declara inhibida para fallar, sobre la base de que el ciudadano no presentó cargos concretos contra las normas demandadas, sino que se refirió a otras contra las cuales no dirigió su acusación.

En realidad, al examinar la providencia se constata que el ciudadano no parece ser experto en leyes y mucho menos en derecho público. No obstante, sí se pueden vislumbrar las razones por las cuales él considera que el texto demandado vulnera la Constitución. Una simple labor para extraer estas razones a partir del conocimiento, ese sí experto de la Corte, hubiera bastado para identificar las razones de la presunta violación. En estos casos, la naturaleza popular de la acción exigiría del Alto Tribunal una tarea mucho más acorde con ello. Por supuesto no se trata de permitir que se presente cualquier escrito ininteligible por parte del ciudadano, pero sí de comprender que se está frente a un esfuerzo de alguien que, teniendo la capacidad

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-275 de 1996. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

para ejercer la acción, busca proteger el interés colectivo y contribuir de manera activa a que la Corte cumpla con su función de guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución.

En el mismo año fueron incorporados nuevos y exigentes requisitos para la presentación de la demanda de inconstitucionalidad. No solo se recabó en los ya existentes a los que se les imprimió mayor rigor. Así, a pesar de que en la Sentencia C-1052 de 2001 se reconoce, claramente, que el ejercicio de la acción constituye una manifestación de un derecho político en cabeza del ciudadano, se desconoce que este último no necesariamente es un experto en las lides jurídicas.

La providencia, aparte de elaborar de manera poco clara unos nuevos requisitos, utiliza un lenguaje de difícil comprensión para quien no tiene una formación jurídica.

Específicamente, se le pide al actor que exponga “qué *elementos materiales del texto constitucional* son relevantes y resultan vulnerados por las disposiciones legales que se impugnan”, con lo cual es claro, entonces, que no es suficiente con transcribir la norma constitucional que se dice violentada y que es lo que indica el Decreto 2067 de 1991.

También, se señala que el demandante debe presentar las razones por las que considera que los textos acusados transgreden la Constitución, pero no de cualquier manera, sino que esos motivos deben ser “claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes”.

Cuando pasa la Corte a explicar en qué consiste cada uno de esos adjetivos, lo hace de tal manera que desincentiva el uso de la acción por cualquier ciudadano, por cuanto pone en un nivel tan elevado los términos de la argumentación que, realmente, solo puede ser presentada por los más expertos en la ciencia jurídica.

Cómo explicarle al ciudadano del común, por ejemplo, que cuando la Corte se refiere a que debe presentar “razones ciertas”, lo que quiere decir es que la demanda debe recaer “sobre una proposición jurídica real y existente.” O, que deben ser tan “específicas”, que debe demostrarle al juez que hay realmente “una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política”, y que, también, debe omitir

cualquier consideración subjetiva, legal y doctrinal para que sus razones sean “pertinentes”.

No solo eso, el ciudadano debe exponer “todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad”, para siquiera despertar una duda razonable en el juzgador, con lo cual estaría cumpliendo con la exigencia de suficiencia en sus argumentos.

Lo anterior permite afirmar que lo que otrora fuera una acción pública ha pasado a ser una acción restringida, en los términos señalados en el presente estudio. Más aún, podría incluso concluirse que de acción pasó a ser un recurso tan o más exigente que el de casación y, por tanto, susceptible de ser incoada solo por doctos en técnica jurídica constitucional.

Conclusiones

La estructura del control de constitucionalidad en Colombia es vanguardista y además permite que el principio de supremacía constitucional sea garantizado, plenamente, en la medida que entre más controles se introduzcan y sean ejercidos por una diversidad de órganos especializados, mayor seguridad habrá para el Estado de derecho.

La acción pública de inconstitucionalidad es una importante institución jurídica que da cuenta de las tempranas y avanzadas conquistas del derecho colombiano. Si bien se introduce en el ordenamiento jurídico, de manera definitiva a partir de 1910, los elementos que le dan forma se pueden encontrar desde las primeras constituciones provinciales del período independentista de la nación.

Aunque en algunas cartas fundamentales se encuentra que quien tiene la facultad para iniciar el proceso de revisión de constitucionalidad de las normas son ciertas autoridades y por tanto, se trata de una acción restringida desde 1910, no cabe duda que el alcance de dicho instrumento se amplía, calificándose así como una acción pública. Es al ciudadano a quien se le entrega la facultad para demandar una norma por vicios de inconstitucionalidad.

En este sentido, la acción pública de inconstitucionalidad constituye uno de los derechos políticos con que cuenta el ciudadano, además de un mecanismo de participación.

Ni la Constitución, ni las normas que establecen el régimen procedimental de los juicios y actuaciones ante el órgano que tiene a su cargo la guarda de la integridad de la Constitución, establecen límites irracionales que permitan afirmar que se cercena el derecho político del ciudadano en lo que concierne a la acción pública de inconstitucionalidad.

Es a partir de la jurisprudencia, emanada primero de la Corte Suprema de Justicia y últimamente de la Corte Constitucional, que se van añadiendo requisitos, muchas veces desproporcionados, para que el ciudadano del común pueda contribuir, a través de su actuar, con la defensa de la supremacía de la Constitución.

Se trata, sin duda, de exigencias que desconocen por completo al ciudadano sin mayor formación jurídica y por supuesto a aquellos que ni se acercan a ella, pero que bien podrían tener el interés de contribuir con su acción a fortalecer el Estado de derecho, el sistema jurídico y por ende, el buen funcionamiento de la organización social.

No se necesita ser jurisconsulto para detectar que una norma no es compatible con la carta política. Mucho menos después de que entró en vigencia la Constitución de 1991, que constitucionalizó el derecho y produjo en la sociedad el efecto de querer aferrarse a la norma de normas que es garantista, que ofrece el reconocimiento de derechos, que invita al ciudadano a ejercer sus derechos y a cumplir con sus deberes.

Ese ciudadano activo o de “alta intensidad”, como lo denominó Guillermo O’Donnell,³² capaz, vibrante, solidario y actuante, actor central de Estado democrático de derecho, ha sido desdibujado, opacado y cercenado en sus derechos políticos por la propia Corte Constitucional. Hoy, ese ciudadano, debido a la excesiva carga argumentativa que se le exige, ve limitado el derecho a ejercer la acción pública de inconstitucionalidad.

Existe en todo este proceder de la Corte una palpable contradicción. Mientras el guardián de la Constitución, de manera permanente profiere decisiones de tutela, que obligan a otras ramas del poder público y a los particulares a emprender acciones o incluso a dejar de actuar so pretexto

³² Guillermo O’DONNELL *et al.* “Hacia un Estado de y para la democracia en América Latina”, en *Democracia/Estado/Ciudadanía* coordinado por Rodolfo Mariani (Lima-Nueva York: Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, 2007).

de la defensa de los derechos fundamentales y con el objeto de garantizar que el Estado social sea una realidad; bloquea, al mismo tiempo la posibilidad de que ese ciudadano, empoderado por la misma Constitución, ejerza uno de sus derechos políticos más importantes, cual es la interposición de acciones de inconstitucionalidad.

Ese derecho político hoy, por disposición de este organismo está restringido a unos pocos, muy pocos, que cuentan con la formación y los medios para entender de forma precisa y especializada los vericuetos del derecho constitucional, trayendo como consecuencia que por esta vía se caiga en un acto de discriminación palmario contra el ciudadano y, por supuesto, desnaturalizando esa gran conquista del derecho constitucional colombiano que es la acción pública de inconstitucionalidad. La acción ha dejado de serlo para convertirse en un recurso más, similar al de casación.

Tanto es así que la Corte, consciente de su error, en la misma providencia, últimamente comentada, señala:

... el rigor en el juicio que aplica [...] al examinar la demanda no puede convertirse en un método de apreciación tan estricto que haga nugatorio el derecho reconocido al actor y que la duda habrá de interpretarse a favor del demandante es decir admitiendo la demanda y fallando de fondo.

Lo cierto es que, si se examina la evolución de las demandas de inconstitucionalidad radicadas ante la Corte año tras año desde 1992, es fácil ver cómo la relación entre estas y las que realmente terminaron en un pronunciamiento de fondo han ido decayendo, mientras que los autos de inadmisión y rechazo por no cumplimiento de las exigencias anteriormente señaladas han ido en aumento y que el principio *pro actione* pocas veces es concedido y aplicado.

Es lo que se puede deducir de la observación estadística en la que, por ejemplo, se tiene que en el año 1992, cuando comenzó a operar la Corte, se presentaron 224 demandas de inconstitucionalidad, de las cuales terminaron en sentencia el 77,33%; para 1993, se radicaron 490, de las cuales el 74,28% culminaron en fallo.

Después de las providencias en las que se fue restringiendo el acceso a la justicia por esta vía, fueron aumentando las solicitudes de revisión de constitucionalidad por parte de los ciudadanos, pero el número de deman-

das que terminaron en sentencia fue cada vez menor: en 2001 se presentaron 507 demandas, pero solo terminaron en sentencia el 64,29%. Ya para 2017, por ejemplo, de 643 procesos iniciados a solicitud de ciudadanos, el porcentaje de sentencias proferidas fue de 25,19%, es decir, que fueron archivados 481 demandas, mientras que, en el 2019, último año del cual se puede establecer la estadística,³³ fueron archivadas 411 demandas de las 590 interpuestas, es decir, que se produjo fallo solo sobre el 29% de los casos.

Bibliografía

- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-003 de 1993. M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-536 de 1998. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-275 de 1996. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-652 de 2001. M. P. Jaime Córdoba Triviño.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1052 de 2001. M. P. Manuel José Cepeda.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Gaceta Judicial* 155, año III. Septiembre 28 de 1889, 403.
- Acto Legislativo 3 “*reformatorio de la Constitución Nacional*” de 31 de octubre de 1910. *Diario Oficial 14131*, año XLVI. <http://suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1825559#:~:text=El%20Presidente%20de%20la%20Rep%C3%BAblica%20no%20es%20reelegible%20en%20ning%C3%BAn,inmediatamente%20anterior%20a%20la%20elecci%C3%B3n>
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 130 de 1913. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1647792>

³³ Esto por cuanto, en un gran porcentaje, para las demandas interpuestas en 2020 y 2021 no ha habido aún pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional.

- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 2 “sobre los decretos ejecutivos de carácter legislativo” del 18 de agosto de 1904. *Diario Oficial* 12148, año XL. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1805606>
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de 1991. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4125>
- COMISIÓN ESPECIAL LEGISLATIVA. *Gaceta Legislativa* 8. Ponencia para Debate en Plenaria, “Régimen de Procedimiento ante la Corte Constitucional”. Santa Fé de Bogotá, lunes 2 de septiembre de 1991.
- KELSEN, Hans. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? 3 ed. Madrid: Tecnos, 1993.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.
- LOWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1983.
- MENDIETA GONZÁLEZ, David. “La acción pública de inconstitucionalidad: A propósito de los 100 años de su vigencia en Colombia”. *Revista Universitas* n°. 120 (enero-julio de 2010), 61-84.
- MORENO ORTIZ, Luis Javier. “El sistema de control de constitucionalidad en Colombia”. *Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas* 19, n°. 10 (julio-diciembre de 2010), 75-92. <https://doi.org/10.22518/16578953.46>
- O’DONNELL, Guillermo *et al.* “Hacia un Estado de y para la Democracia en América Latina”. En *Democracia/Estado/ciudadanía*, coordinado por Rodolfo Mariani. Lima-Nueva York: Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, 2007.
- RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1978.
- URIBE VARGAS, Diego. *Las Constituciones de Colombia. Historia. Historia-crítica y textos*, II. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1977.