

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho
Maestría en Derecho

El surgimiento de la casación y la acción pública de inconstitucionalidad: una crítica a la doctrina desde una perspectiva histórica

Jorge González Jácome

Director: Diego Eduardo López Medina

AGRADECIMIENTOS

Un trabajo de dos años, como éste, no es solamente una larga recopilación de textos y reflexiones del autor, sino que cada día y cada página está atrevasada por los factores emocionales de quien escribe. Así, en la presentación de este texto tiene mucho que ver mi familia. Papá, mamá, Carlos Eduardo, Alberto, Gladys, Carlos Andrés: mucho tiempo sacrificado sin estar con ustedes para poder escribir esto, pero sepan que nada de esto sería posible sin ustedes...ni la vida misma. Gracias por todo el cariño y no duden que ustedes están en cada página de este texto.

Este trabajo entró en una recta final a lo largo del 2005 cuya concreción hubiera sido imposible sin el soporte emocional de amigos que ayudaron a darme cuenta a lo largo de este año que “un tropezón no es caída”: Juan Jacobo Calderón, Fernando Castillo, Lina Marcela Escobar, Beatriz Espinosa, Danny Marrero, Andrés Medina, Camilo Mendoza Rozo, Carolina Olarte Bácares, Rafael Prieto, Pablo José Quintero, Liliana Sánchez, Ana Paola Tinoco y Carlos Andrés Uribe. Mi admiración por el trabajo de ustedes es enorme y gracias por sus abrazos.

Renglón aparte tengo que dedicar para agradecer a Luis Fernando Álvarez, S.J. y Beatriz Escandón el empujón final necesario que este trabajo necesitaba. Ustedes motivaron enormemente los días finales que rodearon la escritura de este texto con su sana presión que hoy agradezco.

Diego Eduardo López Medina, Roberto Vidal López y Luis Felipe Vergara no son sólo mis amigos, sino mis colegas más queridos. Diego Eduardo, además de haber sido un tutor extremadamente crítico y responsable con este trabajo, ha sido también, para mí, un ejemplo de honestidad y seriedad en sus actividades. Roberto me indujo a los campos de la historia del derecho y ha sido un apoyo constante a lo largo de los últimos cuatro años en los que, generosamente, me ha invitado a ser profesor del Departamento de filosofía e historia del derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana. A ustedes, sobre todo, mil gracias por ser mis maestros que permanentemente me dan las lecciones más recordadas en el derecho y la vida. Con Luis Felipe hemos intentado resistir a las formas tradicionales de enseñar y aprender el derecho soportándonos con una gran amistad de seis años cuando fuimos compañeros de curso. Ustedes tres son unas enormes personas .

<u>A MANERA DE INTRODUCCIÓN</u>	4
<u>I. SOBRE LA CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA EN DERECHO</u>	8
1. INTRODUCCIÓN Y ESTRUCTURA DE ESTE CAPÍTULO	8
2. LA HISTORIA LEGITIMADORA	9
3. PARA UN USO DE LA HERRAMIENTA HISTÓRICA	18
<u>II. LOS ORÍGENES DE LA CASACIÓN EN EL CONTEXTO DE LA CENTRALIZACIÓN DEL PODER</u>	22
1. INTRODUCCIÓN Y ESTRUCTURA DEL CAPÍTULO	22
2. LA CASACIÓN COMO UN PROBLEMA CONSTITUCIONAL HEREDADO DEL ANTIGUO RÉGIMEN	23
3. EL PROYECTO POLÍTICO CENTRALIZADOR DE LA REGENERACIÓN	34
4. LOS OBJETIVOS DE LA CASACIÓN EN EL PROYECTO CENTRALIZADOR-UNIFICADOR Y SU INFLUENCIA EN LA DOCTRINA DEL DERECHO PROCESAL	42
<u>III. EL CONTROL CONSTITUCIONAL COMO GARANTÍA PARA EL EJERCICIO DE LA OPOSICIÓN</u>	54
1. INTRODUCCIÓN Y ESTRUCTURA DEL CAPÍTULO	54
2. LA EXPOSICIÓN DOCTRINAL DEL SURGIMIENTO DE LA ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD	55
3. LOS MOVIMIENTOS POLÍTICOS COLOMBIANOS A INICIOS DEL SIGLO XX	72
4. LA ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL CONTEXTO DE LA COLABORACIÓN BIPARTIDISTA	81
<u>IV. ALGUNAS CONCLUSIONES TEÓRICAS SOBRE LA INDETERMINACIÓN EN LA SEPARACIÓN DE PODERES</u>	87
1. INTRODUCCIÓN Y ESTRUCTURA DE ESTE CAPÍTULO	87
2. POSIBILIDADES DE LECTURA DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS PODERES	88
2.1. <i>TEORÍA CONCENTRADORA DEL PODER</i>	89
2.2. <i>UNA DISTRIBUCIÓN DEL PODER BAJO LOS PESOS Y CONTRAPESOS</i>	92
2.3. <i>LA COLABORACIÓN ARMÓNICA</i>	95
3. PROTECCIÓN DEL LEGISLADOR POR PARTE DE UNA CORTE DE CASACIÓN Y UNA FUNCIÓN POCO DIFERENCIABLE	97
4. LA DESCONFIANZA AL LEGISLADOR A TRAVÉS DE LA ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD	102
<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	109

A manera de introducción

El presente trabajo intenta hacer un uso de la historia para aproximarse a dos instituciones jurídicas relevantes en el contexto colombiano: la casación y la acción pública de inconstitucionalidad. Este escrito se ocupa de hacer una crítica a la forma como algunos textos de clase en derecho procesal y constitucional han explicado el surgimiento de estas dos figuras. Así, la propuesta es hacer uso de los contextos políticos con el fin de desechar la idea de que las instituciones jurídicas aparecen porque son necesarias dados unos hechos y surgen como una respuesta automática y necesaria a una situación social específica. La idea de la necesidad haría que si se dan unas situaciones sociales “x” el derecho necesariamente responderá con la aparición de una institución “y”. El trabajo hace una reconstrucción histórica que critica esta visión y utiliza los contextos políticos para mostrar que las figuras jurídicas expuestas aparecieron para sostener proyectos políticos contradictorios. La idea con esta propuesta de reconstrucción es que el lector perciba que las instituciones jurídicas analizadas aparecieron gracias a decisiones políticas que triunfaron en un momento determinado, pero no por necesidad.

Así las cosas, el primer capítulo de este trabajo intenta hacer una aproximación a las formas tradicionales como se ha usado la historia en el derecho y la forma como este proyecto se distancia de ellas. Allí sostengo que es más productiva para el derecho una narrativa histórica que permita leerlo incorporando los movimientos políticos en los que se inscriben las instituciones jurídicas. Por “más productiva” quiero decir que mi propuesta quiere dar una perspectiva de que las instituciones jurídicas no se reforman cuando la sociedad se transforma producto de una evolución natural. El cambio jurídico será determinado por las luchas políticas que se hace necesario dar si se quieren reformar las instituciones jurídicas.

El segundo capítulo se dedica a indagar sobre el origen de la casación, que pocas veces es presentada en los cursos de derecho procesal, y sostengo que es un problema constitucional sobre la organización del poder. Son pocos autores los que en Colombia han hecho estudios concretos sobre la casación. En este trabajo acudí a los textos que han tratado específicamente el tema, como son los de *Humberto Murcia Ballén*¹, *Alvaro Pérez Vives*² y *Hernando Morales Molina*³. La revisión de los textos tiene como finalidad establecer cuál ha sido la perspectiva dominante en la literatura jurídica colombiana para explicar el surgimiento de la casación. Con el fin de corroborar mis impresiones sobre la forma de tratar el recurso de casación quise acudir a los textos de clase que se utilizan en los cursos de Derecho Procesal Civil de *Hernán Fabio López Blanco*⁴ y *Jaime Azula Camacho*⁵. En todos ellos pude establecer que se ignoraron complejas discusiones constitucionales sobre la organización del poder y el papel del legislativo y judicial en los estados modernos. Considero que estas discusiones son relevantes para una comprensión integral del nacimiento de la casación. Por ello, en el segundo capítulo trato de vincular la aparición del recurso de casación en Colombia con el objetivo político unificador que se dio con la Constitución de 1886 y las políticas de la Regeneración.

En el tercer capítulo se aplica una metodología similar para analizar la aparición de la acción pública de inconstitucionalidad. En el caso de nuestra doctrina del derecho constitucional, la aparición de la acción pública de inconstitucionalidad se explica señalando que su nacimiento era necesaria para proteger los derechos y remediar un absurdo que había traído consigo la

¹ MURCIA BALLÉN, Humberto. *Recurso de Casación*, Bogotá, Temis, 1978.

² PEREZ VIVES, Alvaro. *Recurso de Casación en materias Civil, Penal y del Trabajo*. Bogotá, Temis, 1966.

³ MORALES MOLINA, Hernando. *Técnica de Casación civil*. Bogotá, Lerner, S.F.

⁴ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Parte General Tomo I*. Bogotá, Ediciones Dupré, 1997.

⁵ AZULA CAMACHO, Jaime. *Manual de derecho procesal civil. Tomo II. Parte General*. Bogota, Temis, 1997.

Constitución de 1886 al consagrar la supremacía de la ley y no de la Constitución. Este fue el discurso dominante rastreado en diferentes autores en distintas épocas. Los textos –también utilizados como textos de clase en cursos de derecho constitucional– de *Tulio Enrique Tascón*⁶, *Alvaro Copete Lizarralde*⁷, *Francisco de Paula Pérez*⁸, *Jaime Sanín Greffenstein*⁹, *Luis Carlos Sáchica*¹⁰ y *Juan Carlos Esguerra Portocarrero*¹¹ fueron la base de este estudio para poder identificar la posición dominante. De esta posición critico que pierde de vista que la acción pública de inconstitucionalidad aparece en Colombia como una forma de protección a las minorías políticas –el partido liberal– que quedaban amenazadas en la toma de decisiones de las mayorías en el contexto de una época de uniones partidistas que reaccionaban al carácter excluyente de la Regeneración. Desecho la idea de la doctrina constitucional colombiana que sostiene que la acción pública aparece exclusivamente para remediar un absurdo lógico en nuestro sistema jurídico y como protección de las garantías ciudadanas; se protegió la oposición política institucionalizada.

Las conclusiones teóricas son articuladas en la última parte de este trabajo. Allí intento mostrar que una aproximación histórica como la propuesta revela que en un ordenamiento jurídico existieron dos teorías distintas en torno al papel de la Corte Suprema en la separación de poderes. Si se tiene en cuenta que la casación y la acción pública de inconstitucionalidad convivieron en la Corte Suprema de Justicia por cerca de ochenta años, resulta pretensioso decir

⁶ TASCÓN, Tulio Enrique. *Derecho constitucional colombiano. Comentarios a la Constitución Nacional*. Bogotá, Minerva, 1939.

⁷ COPETE LIZARRALDE, Alvaro. *Lecciones de derecho constitucional colombiano*. Bogotá, Lerner, 1960.

⁸ PEREZ, Francisco de Paula. *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá, Lerner, 1967.

⁹ SANÍN GREFFEINSTEIN, Jaime. *La defensa judicial de la Constitución*. Bogotá, Temis, 1971.

¹⁰ SÁCHICA, Luis Carlos. *La de 1886, una Constitución a la medida*. Bogotá, Temis, 1986 y *Nuevo constitucionalismo colombiano*. Bogotá, Temis, 1994.

¹¹ ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. *La protección constitucional del ciudadano*. Bogotá, Legis, 2004.

que hay una sola visión del juez en la teoría de la separación de poderes desarrollada en nuestro medio. Ello es así en razón a que el papel de la Corte Suprema de Justicia fue determinado por dos procesos políticos quizá antagónicos en su intención; de ellos era de esperar que surgieran contradicciones. Sin embargo, las dos instituciones jurídicas convivieron en un solo organismo mostrando que las pretensiones de coherencia y no-contradicción en el derecho son complejas de sostener si se hace una revisión histórica que trate de dar un contexto a las figuras jurídicas que van siendo adoptadas.

Resta señalar que este trabajo, al desprenderse de la progresividad, puede mostrar cómo los ordenamientos jurídicos no evolucionan en una línea. El paso del tiempo y los proyectos políticos le van añadiendo capas teóricas que se superponen y que no desaparecen por la introducción de una nueva figura; ello pasa cuando aparece la acción pública de inconstitucionalidad. Nuestros tratados de derecho procesal civil sobre la casación encierran una visión del juez distinta a la de algunos tratados de derecho constitucional y ellas conviven en nuestro medio. Como no hay una evolución progresiva y lineal no extrañan las contradicciones que los ordenamientos jurídicos encierran, no como una patología, sino como una característica esencial a ellos.

I. Sobre la construcción histórica en derecho

1. Introducción y estructura de este capítulo

Los abogados, al momento de escribir sus obras, hacen uso de la herramienta histórica con el fin de indagar por los orígenes de las instituciones que están exponiendo. Así, los libros de derecho civil inician por mostrar la forma como los romanos entendían una determinada institución. Como en este trabajo nos ocuparemos de la aparición de la casación y de la acción pública de inconstitucionalidad es conveniente advertir de qué forma se ha utilizado la historia en los textos tradicionales que las explican y la forma como este trabajo se distancia de ellos. A lo largo de este capítulo expondré que nuestra tradición de historia del derecho constitucional ha hecho un uso legitimador de la historia con el fin de mostrar que la aparición de las figuras son fruto de la necesidad. Propongo, entonces, una revisión de los orígenes de la casación y la acción pública de inconstitucionalidad que muestre que su aparición no obedece solamente a una cuestión de necesidades sino de elección política que se da en un momento histórico determinado.

Para ello el capítulo constará de dos partes. En una primera mostraré cuáles han sido los usos legitimadores que el derecho le ha dado a la historia para sustentar y conservar un estado de cosas; en la segunda se precisarán las premisas y objetivos que guían la reconstrucción histórica en los siguientes capítulos.

2. La historia legitimadora

*“(…) Todas estas verdades han sido comprobadas en Colombia por la experiencia de más de ochenta años, y han calado hondamente en la conciencia de los colombianos. Cualquier gobierno que las desconozca y se aparte de ella, no hará más que cometer errores y preparar conflictos y desastres”.*¹²

Este es el párrafo con el cual José María Samper, en 1887, cierra su reconstrucción de la historia constitucional colombiana. Después de narrar los acontecimientos políticos que ocurrieron en Colombia en el siglo XIX, hace un análisis de las características de nuestra historia que lo llevan a descubrir una serie de “verdades”. El texto de Samper reviste una importancia fundamental dentro de nuestra tradición constitucional: en primer lugar se puede decir que el texto representó una especie de interpretación originalista de la constitución de 1886¹³ y en segundo término la estructura del mismo se convirtió en una estructura-tipo de los textos de derecho constitucional de buena parte del siglo XX. Esto es, una primera parte de historia política y una segunda en la cual se hace una exégesis del texto constitucional.¹⁴ El texto de Samper fue, en nuestro medio, un aporte trascendental para la construcción de una tradición de derecho e historia constitucional.

El punto que llama la atención de este aparte extraído del libro de Samper es el papel que le asigna al estudio histórico y es esto sobre lo que se justifica hacer una reflexión más profunda. La historia, para Samper, es una metodología a través de la cual se puede encontrar la verdad y

¹² SAMPER, José María. *Derecho público interno*. Bogotá, Temis, 1982, p. 255.

¹³ Véase por ejemplo en este sentido a VALENCIA VILLA, Hernando. *Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá, Cerec, 1987, p. 35.

¹⁴ Con este tipo de estructura véanse los textos citados en la introducción referentes a la doctrina de derecho constitucional colombiana.

eso justificaría el estudio histórico que antecede a la exégesis de la constitución. Si tenemos en cuenta que la frase transcrita más arriba es con la que cierra su reconstrucción de la historia nacional, podría decirse que de ahí en adelante lo que va a hacer es poner a prueba los textos constitucionales (artículos de la Constitución) para revisar si se acoplan o no a las “verdades” descubiertas¹⁵. Se construye así una relación entre la sociedad y el derecho a través de la herramienta histórica lo cual tiene algunos efectos que pasamos a revisar.

El proyecto de Samper se puede entender en el contexto de la doctrina constitucional que se empieza a construir en Europa en el siglo XIX: Samper parece estudiar la sociedad a través de la historia con el fin de mostrarle al lector unos datos objetivos y verificables que caracterizan la sociedad colombiana¹⁶. Si miramos al otro lado del Atlántico el movimiento constitucional que se presenta especialmente durante la segunda mitad del siglo XIX, encontramos una doctrina constitucional preocupada por la construcción de un discurso que le diera estabilidad a sus instituciones políticas. La idea de un pueblo que ostentaba el poder constituyente primario y que en cualquier momento podía ejercerlo para fundar nuevamente el orden político era problemática para fundar el estado. Ello era así en la medida en la idea de que las instituciones podían ser permanentemente modificadas daba una inestabilidad a los estados nacionales en consolidación. La doctrina constitucional desplaza el eje fundacional de las instituciones políticas del concepto

¹⁵ De hecho, luego de hacer la exégesis de la Constitución, la última reflexión que plantea Samper es la siguiente: “En conclusión la obra constitutiva de 1886, que pudo haber sido muy mala, es, así en su conjunto como en el mayor número de sus pormenores, generalmente buena y, practicada con la lealtad y nobleza, será fecunda en beneficios para Colombia, si el patriotismo y la moderación de todos los colombianos dan tiempo para que ella dé de suyo todo lo que puede dar, y abra a la república a nuevos horizontes”. SAMPER, ob. cit., p. 642.

¹⁶ Parece estar diciéndole al lector cuál es el verdadero espíritu de los colombianos y con base en eso es que se pueden construir las instituciones políticas. Este tipo de aproximación es el mismo que se puede ver en Montesquieu cuando señala que no todos los tipos de gobierno son aconsejables para cualquier sociedad. Habría que mirar las características de cada una de ellas. Véase a MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*. Madrid, Tecnos, 2002.

de “pueblo” al de “nación”; este último va a representar unas características fijas y con poca variabilidad como lenguaje, idioma, religión, etc¹⁷.

De ahí que a Samper en su texto le interese mostrar el verdadero carácter de los colombianos y afirma, por ejemplo: que los colombianos decimos ser demócratas pero que en realidad eso no es una convicción sino una pasión; que a pesar de ser el régimen republicano el más perfecto no podemos practicarlo con todas sus consecuencias por nuestra ignorancia y pobreza; y que por el hecho de existir *una sola religión organizada* que se asiente sobre la conciencia de la mayoría de los colombianos, el gobierno debe respetarla¹⁸. De esto se puede ver que el interés de Samper es enunciar una serie de características propias de los colombianos que se enmarcan en la construcción de una concepción de nación verificada por la historia que se encarga de describir objetivamente a la sociedad. La doctrina de Samper tenía como proyecto buscar una mayor estabilidad de las instituciones políticas y de allí que se ignore que:

“[L]a constitución y las mismas instituciones políticas son generadas por una decisión política fundante, realizada en sentido constituyente o, en cualquier caso, por la voluntad determinada de manera contractualista de los individuos. Las instituciones son, al contrario, fruto de la historia y de la experiencia de una cierta nación; por ello no son ilimitadamente modificables. Tienen unos caracteres y no otros porque así y no de otra manera han sido estructuradas por la historia de la nación, por sucederse de las generaciones”¹⁹.

¹⁷ FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid, Trotta, 1996, pp. 98-103.

¹⁸ SAMPER, (1982), ob. cit., pp. 253-4.

¹⁹ FIORAVANTI (1996), ob. cit., p. 106.

En este contexto que venimos señalando, en los proyectos de la doctrina constitucional el uso conservador de la historia era evidente; la idea era dar estabilidad a instituciones políticas incómodas con la idea de que el pueblo ostentara el poder constituyente primario²⁰. Permeadas por estas ideas es que se empezó a manejar la reconstrucción histórica en un área como la del derecho constitucional desde estrategias conservadoras.

Se ha señalado que las estrategias conservadoras sobre el uso de la historia han tenido como efecto la prevención del cambio legal²¹ a través de discursos legitimadores que pretenden preservar el derecho establecido²². En este punto quisiera seguir las críticas que en el contexto norteamericano y europeo-continental han hecho Robert Gordon y Antonio Manuel Hespanha respectivamente. Siguiendo a estos dos autores se pueden identificar usos conservadores de la historia en el derecho de los cuales llaman la atención dos estrategias narrativas: una que podríamos llamar progresista y otra que se puede llamar naturalizadora.

En cuanto a lo que se puede llamar la estrategia *progresista*, se ha señalado que hay algunas sociedades que han seguido un camino de progreso y evolución y han atravesado una línea de cambios ideales como industrialización, modernización o desarrollo económico²³. Este proceso lineal y progresivo hace ver que hay un derecho, el de nuestros días, que es trabajado por el paso de los años hasta su perfeccionamiento. Así las cosas, el pasado es presentado como lo que efectivamente ocurrió y señalaría que los acontecimientos que han sucedido eran necesarios para que la sociedad se hubiera desarrollado hasta un estado actual en el que somos superiores.

²⁰ Véase supra nota 5

²¹ Véase GORDON, Robert. "Critical legal histories" en *36 Stanford Law Review* 57 (1984)

²² HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura jurídica europea: síntesis de un milenio*. Madrid, Tecnos, 2002, p. 16

²³ GORDON (1984), ob. cit., pp. 62-3

El efecto de esta historia lineal y progresiva es que se pierden de vista aquellas instituciones que no siguieron la línea de cambio que llevó a una sociedad perfecta²⁴. Por ejemplo, en la doctrina del derecho constitucional, hay un esfuerzo por mostrar históricamente la consolidación del estado como el ente político por excelencia. La historia trata de ser reconstruida para mostrar que la línea evolutiva lleva al estado nacional moderno²⁵. Lo que se pierde de vista acá es que hay comunidades que se han organizado distanciándose de la forma del estado nacional y sus reclamos han sido invisibilizados por estar fuera del progreso lineal que se convierte en la narrativa hegemónica. Estas formas de organización coexisten hoy con los estados nacionales²⁶.

Dentro de la estrategia *naturalizadora*, podría decirse que la historia se ha utilizado para mostrar cómo ciertas categorías o soluciones jurídicas han estado siempre presentes en las sociedades “civilizadas”. Dentro de esta estrategia lo que se pretende ver es que los conceptos de hoy se convierten en irrefutables por estar anclados a un pasado remoto que se ha venido legitimando en diferentes momentos de desarrollo histórico²⁷. Un ejemplo de esto puede verse en la construcción de doctrina de derecho civil. Cuando hay una discusión compleja sobre un punto de derecho, por ejemplo atacar la teoría de la imprevisión, el doctrinante cierra la discusión acudiendo a una cita que, se dice, está en el Digesto. La cita le proporcionará elementos para mostrar cómo se ha entendido la figura desde tiempos inmemoriales, dando la idea que una solución contraria estaría vulnerando el orden “natural” de las cosas²⁸.

²⁴ HESPANHA, ob. cit. p. 19

²⁵ NARANJO, Vladimiro. *Teoría Constitucional e instituciones políticas*. Bogotá, Temis, 1994.

²⁶ SETON, Kathy. *Fourth world nations in the era of globalisation. An introduction to contemporary theorizing posed by indigenous nations* en <http://www.cwis.org/fwj/41/fworld.html>, 1999. (Recuperado el 23 de enero de 2005.)

²⁷ HESPANHA, (2002), ob. cit., p. 18

²⁸ URIBE-HOLGUÍN, Ricardo. *Cincuenta breves ensayos sobre obligaciones y contratos*. Bogotá, Temis. 1979, pp. 154-5

Las dos formas del uso del discurso histórico parten de premisas que deben ser revisadas. Se podría decir que el gran problema de estas dos formas de narrativa que tienden a naturalizar y a mostrar como progresivo y lineal el discurso histórico es que toman como presupuesto que

“la narrativa histórica es un relato, fluido y sin conflictos, de aquello que ‘realmente sucedió’. Y es que de hecho los acontecimientos históricos no *están ahí*, independientes de la mirada del historiador y disponibles para ser descritos. Por el contrario, los crea el investigador que, al seleccionar una perspectiva, construye objetos que no tienen una existencia empírica (como curvas de natalidad, universos textuales, etc.) o elabora esquemas mentales para organizar los acontecimientos (como causalidad, influencia, retorno). Los historiadores deben ser conscientes de estos artificios de la *realidad* histórica, del carácter *poiético* (creador) de su actividad intelectual y de las raíces social y culturalmente impregnadas de este proceso de creación”²⁹.

La cuestión que se plantea parece bastante obvia pero incluso en intentos más recientes por hacer historia constitucional se ha caído en la misma práctica. Estos intentos más recientes tratan de rechazar la idea implícita en Samper de mostrar una línea evolutiva en la cual las constituciones son unos acuerdos pacíficos a través de los cuales los virtuosos colombianos han ido perfeccionando su estructura política. La idea de quienes se han opuesto a Samper y a una tradición constitucional anclada en nuestra conciencia, radica en mostrar el derecho como un campo de guerra y no de transacción³⁰. Sin embargo, el afán de este intento es mostrar que la *verdad* es que el constitucionalismo *no* es un instrumento pacífico, pero *sí* es un aparato estratégico de lucha.

²⁹ HESPANHA (2002), ob. cit. p. 21-2

³⁰ VALENCIA VILLA (1987), ob. cit.

“Contra la creencia subyacente de muchas escuelas de pensamiento jurídico, el derecho no es la paz sino la guerra, la guerra ritual (...) En la historia constitucional colombiana, una hipótesis tal puede ser verificada de manera paradigmática en la medida en que el proceso de construcción nacional ha sido reducido a y absorbido por la tradición constituyente, y la tradición constituyente no ha sido más que una batalla interminable entre élites y partidos, cartas y enmiendas”³¹.

Valencia Villa intenta construir una nueva forma de lectura de la historia constitucional colombiana. Su propuesta es novedosa cuando intenta señalar que el derecho está más asociado con la idea de la lucha que con la de la paz. Sin embargo, metodológicamente hablando no hace algo distinto a lo de Samper ya que le interesa igualmente haber llegado al discurso verdadero: es decir que en las conclusiones de su obra señala que la revisión histórica ha derrotado una creencia subyacente sobre el derecho. La reconstrucción histórica suya (Valencia) sobre un derecho construido a partir de la lucha de las élites es la verdad; la reconstrucción de Samper ha

Sin embargo, seguimos trabajando con la idea de que una historia derrota a la otra y esto lleva a mostrar que la concepción vencedora ocupe un lugar dominante y sus premisas terminen apareciendo como dogmas incontrovertibles porque han sido verificados empíricamente. El efecto que tiene esta forma de presentar la historia es que los conceptos e instituciones con raigambre empírica sean inmodificables por estar anclados a la tradición o reflejando la verdadera naturaleza de la sociedad. De esta forma, se ha señalado que existe una mitología jurídica en la modernidad ya que hay un

“enmarañado nudo de certezas axiomáticas [que] se ha ido sedimentando en el intelecto y en el corazón del jurista moderno, un nudo que ha sido aceptado pasivamente, que ni siquiera se ha planteado discutir porque aparece fundado sobre un lúcido proyecto originario de mitificación: mitificación como proceso de absolutización de nociones y principios relativos y discutibles, mitificación como traspaso de un proceso de *conocimiento* a un proceso de *creencia*”³³.

Por ello, creo que la historia como método de aproximación al derecho puede servir para evitar este efecto. Como se ha señalado más arriba, los conceptos y nociones que suelen sedimentarse en la conciencia del jurista y que han contribuido a la construcción del mito se ven como soluciones necesarias que el ordenamiento jurídico ha dado a las necesidades sociales que se presentan en un momento determinado. Esta es una idea problemática. Si consideramos que en el ejercicio de construcción histórica las soluciones jurídicas que se dan a los problemas que surgen son simplemente contingentes –y no necesarias–, podemos señalar que la historia del derecho no debería estar interesada solamente en hacer reconstrucciones que legitimen un

³³ GROSSI, Paolo. *Mitología jurídica de la modernidad*. Madrid, Trotta, 2003, p. 15-6.

determinado orden de cosas³⁴. Esta idea ha sido utilizada, por ejemplo, en el campo del derecho comparado cuando se expone la metodología de los trasplantes jurídicos³⁵. Se ha dicho que la causa de trasplante de una determinada institución jurídica tiene que ver menos con las necesidades de una sociedad particular y más con la voluntad de una élite para realizar el trasplante. Al trasplante no lo antecede necesariamente un estudio sobre la pertinencia de la institución jurídica en la sociedad, sino que depende de un acto de autoridad o probablemente de elección política³⁶. [DL1]Así, si aplicamos esta idea a la propuesta histórica que se está construyendo, se podría señalar que una de las fuentes fundamentales del cambio jurídico en una sociedad es la decisión política de quien tiene el poder en un determinado momento. Esto último es lo que en las reconstrucciones legitimadoras que han sido progresistas y naturalizadoras se pierde de vista.

De allí que los ordenamientos jurídicos no vayan “progresando” o “evolucionando” con el objeto de “perfeccionarse” en el transcurso de tiempo. Como las instituciones jurídicas son fruto de elecciones políticas particulares en un determinado momento y no una elección neutral de la necesidad de una sociedad, una institución puede ser contradictoria con otra en razón a que sus orígenes se han dado anclados a proyectos políticos distintos. Por ello, la reconstrucción histórica propuesta en este trabajo trata de dar una perspectiva con el fin de dejar de usar la historia como una herramienta legitimadora y darle una utilización diferente.

³⁴ GORDON (1984), ob. cit., p. 81.

³⁵ Por trasplantes jurídicos se entiende el préstamo que ocurre por parte de un sistema jurídico de instituciones, reglas o doctrina propias de otro sistema jurídico. En Colombia, por ejemplo, se habla de un trasplante a través del cual se ha tomado prestada doctrina civil francesa para explicar el Código Civil. El efecto del trasplante es que en nuestro medio la doctrina francesa en derecho civil es utilizada como si fuera propia sin consideraciones temporales o espaciales.. Al respecto véase: LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá, Legis, 2004.

³⁶ WATSON, Alan. *Legal transplants. An approach to Comparative Law*. Athens & London, The University of Georgia Press, 1993, p. 108

3. Para un uso de la herramienta histórica

La utilización diferente que se le quiere dar a la historia nos debe, entonces, permitir analizar los discursos de poder existentes y las formas como ellos se han ocultado. De esta manera se podrá hacer un examen de las escogencias políticas de una sociedad que no deben ser vistas como si fueran una constante dada³⁷. Así las cosas, se preguntaría: ¿cuál es el camino a seguir en la reconstrucción histórica que se propone? De la sección anterior podemos extractar dos premisas que servirán para estructurar el plan metodológico de la investigación:

1. La propuesta histórica no intenta reconstruir la verdad y negar otras posibilidades de reconstrucción, sino que se presenta como una perspectiva más que tiene unos objetivos distintos a las otras que señalamos anteriormente: una aproximación reformista al derecho.
2. No hay una relación de causalidad necesaria entre las instituciones jurídicas existentes y los cambios sociales. Así, las instituciones jurídicas no aparecen por la progresiva evolución de una determinada sociedad sino por elección voluntaria de los actores políticos relevantes en un momento determinado. De allí, por ejemplo, que la reconstrucción que se propone no es cronológica con el fin de desechar la idea de la necesidad de hacer historias lineales autónomas.

³⁷ BROWN, Wendy & HALLEY, Janet. *Left legalism/left critique*. Durham, Duke University Press, 2002, pp. 26-27.

Las anteriores premisas que se derivan de la crítica realizada a la forma de reconstrucción de la historia constitucional permiten mostrar lo que el presente trabajo no es. Una vez hecha esta crítica sintetizada en las dos premisas anteriores se puede dar paso a la propuesta metodológica del escrito. Así, como consecuencia de lo dicho anteriormente:

3. Si hemos sostenido que las reconstrucciones históricas en Colombia han perdido de vista el elemento político, es necesario revisar nuestra doctrina nacional con el fin de indagar la forma como se ha construido una idea de necesidad en la aparición de la casación y la acción pública de inconstitucionalidad.
4. Con el fin de dar explicaciones acerca del surgimiento de las figuras que se propone analizar, se revisará cuál es el contexto político nacional que rodea el surgimiento de las mismas. Esto permitirá encontrar concordancias con los proyectos políticos y la adopción de instituciones jurídicas.
5. Por último, teniendo en cuenta que los proyectos políticos que sustentan el nacimiento de las dos figuras que se pretenden analizar son antagónicos, la idea será mostrar que dos instituciones jurídicas –casación y acción pública de inconstitucionalidad– ,con discursos constitucionales distintos, coexistieron en nuestro ordenamiento jurídico por cerca de ochenta años en cabeza de la Corte Suprema de Justicia. De allí que los ordenamientos jurídicos tengan conceptos, como el de la separación de poderes, que sean indeterminados. Teniendo en cuenta esta última premisa, por indeterminación del derecho entenderemos en los términos

de Martha Minow el hecho de que un concepto puede ser utilizado para conseguir resultados distintos.³⁸

En este punto, cabe aclarar que la revisión de la doctrina nacional no se hace desde una intención formalista. Por formalista se entiende una corriente de pensamiento jurídico que entiende que el derecho es “una actividad destinada a examinar textos pre-existentes (por oposición a realidades, intereses o necesidades) [y] que la interpretación del derecho produce generalmente resultados definitivos o correctos”³⁹. Es decir que la pregunta que podría quedar es: si el interés no es formalista, ¿cuál es el provecho de hacer una historia doctrinal⁴⁰ de lo que han dicho los manuales tradicionales de derecho constitucional y procesal (textos pre-existentes) acerca de las instituciones que se van a analizar?

La visita a lo que los tratadistas de derecho constitucional y procesal han planteado sobre la casación y la acción pública de inconstitucionalidad pretende mostrar otra cosa. Se trata de ver que las exposiciones que da la doctrina y la construcción ideológica que ella realiza no son la única forma de entender la aparición de las figuras jurídicas. Detrás de una presentación plana y aparentemente poco política por parte de los doctrinantes hay una construcción de un saber jurídico que intenta mostrarse como verdadero y hegemónico en su explicación⁴¹. Así, los doctrinantes pretenden neutralizar los sesgos perspectivistas que tienen sus narraciones y

³⁸ Citada por: RODRÍGUEZ, César. “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces: los estudios jurídicos críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial” en KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*. Bogotá, Siglo del Hombre, 1999, p. 38.

³⁹ LOPEZ (2004), ob. cit.

⁴⁰ Por historia doctrinal quiero decir la revisión de tratados representativos de un área del derecho con el fin de identificar allí la ideología dominante que fue enseñada a los abogados en formación dentro de las universidades. Así las cosas, la revisión es simplemente de las ideas contenidas en los textos.

⁴¹ En este sentido puede verse a FOUCAULT, Michel. *Power/Knowledge: selected interviews and other writings 1972-1977*. New York, Pantheon Books, 1980, pp. 80-3.

esconden detrás de este discurso ciertas luchas por llenar el campo de lo jurídico con su propia perspectiva⁴². Si bien esto último pareciera ser algo que se evita desde Valencia Villa, la dogmática constitucional que se narró en el siglo XX colombiano con una clara influencia de Samper tiene las características de neutralización de las disputas ideológicas en el comentario a la Constitución.

Este trabajo intentará mostrar, en el ámbito de la casación y la acción pública de inconstitucionalidad, estas disputas que se dan gracias a que estas dos figuras estaban ancladas a proyectos políticos diferentes. Se tratará de indagar y cuestionar aquellas creencias que los abogados, intérpretes, doctrinantes, jueces y en general la comunidad jurídica han desarrollado sobre las formas como se deben entender las instituciones jurídicas⁴³. En parte, esos acuerdos son ocasionados por la literatura jurídica que lee una comunidad y por ello este trabajo intenta desestabilizar algunas de esas creencias y de allí que la metodología de estudio pretende contribuir en este sentido.

⁴² Por ejemplo se puede esconder que lo que perseguían en el siglo XIX era la formación de un concepto estabilizador de nación.

⁴³ GORDON, Robert. “Algunas teorías críticas del derecho y sus críticos” en GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (ed.) *Sociología jurídica: teoría sociología del derecho en Estados Unidos*. Bogotá, Universidad Nacional, 2001, p. 207.

II. Los orígenes de la casación en el contexto de la centralización del poder

1. Introducción y estructura del capítulo

A lo largo de este capítulo pretendo dar una mirada alternativa a la casación para verla no solamente como un recurso, sino como un problema constitucional con hondas repercusiones en la teoría de la separación de poderes. El surgimiento de una institución como esta ha sido explicada en nuestra doctrina del derecho procesal desde una perspectiva que le hace perder su categoría política y la muestra como el producto de una aplicación neutral de un simple recurso. En este capítulo se pretende mostrar cómo esta forma de exposición hace perder de vista los objetivos políticos en los cuales se enmarcaba la adopción del recurso de casación.

Para entender estas dinámicas políticas de la casación pretendo revisar la utilidad que los revolucionarios franceses le vieron a una figura como ésta y así tratar de romper la idea de que es un simple desarrollo lógico de lo que los doctrinantes han llamado la teoría de la separación de poderes. Al contrario, mostrando que la casación es un problema constitucional, se puede apreciar que su surgimiento tiene más sentido en la idea de la concentración de poder. Determinadas las razones por las cuales es posible hacer una lectura constitucional de la casación procederé a mostrar lo siguiente: i) la forma como nuestra doctrina del derecho procesal ha expuesto el surgimiento de casación y criticaré su efecto neutralizante. Nuestra doctrina pierde de vista que este recurso formaba parte de un proyecto político que intentaba que Colombia pasara de una organización de tipo federal a una central. ii) Quisiera exponer, en segundo lugar, el proyecto político de la Regeneración para mostrar los nexos con los proyectos centralizadores

que rodearon el surgimiento del Tribunal de Casación francés. Por último iii) la idea es mostrar cuál es la utilidad política de la casación en la Colombia de 1886 y hacer evidente que nuestra doctrina del derecho procesal ha perdido de vista el significado político que rodea a este recurso.

La ventaja que trae una lectura de la casación de este tipo es que puede dialogar con problemas que son ordinariamente tratados en el derecho constitucional como el papel de las altas cortes en el esquema de poder de un estado.

2. La casación como un problema constitucional heredado del Antiguo Régimen

El área del derecho en donde encontramos una exposición de la casación es en el derecho procesal. Allí se estudia la casación como un recurso extraordinario que tienen las partes en un proceso civil, penal o laboral para acudir ante la Corte Suprema de Justicia y ella revise el fallo que se ha proferido por el Tribunal. La Corte Suprema tiene que corroborar que no se haya producido un error en la aplicación o interpretación del derecho o en la apreciación de los hechos que dieron origen a la controversia. La Corte, en su decisión final, optará por “casar” –romper– o no “casar” la sentencia que estaba revisando⁴⁴. Es relevante anotar que la casación sea estudiada como un recurso y por lo tanto como un apéndice pequeño del derecho procesal porque esto tiene una influencia en la forma como es expuesta. Uno de los textos líderes de derecho procesal de nuestro medio⁴⁵, representa en buena manera la forma como se estudia esta área del derecho entre nosotros: se trata de una metodología muy cercana a la exégesis ya que se transcribe el texto normativo pertinente y posteriormente se realiza por parte del autor un

⁴⁴ Uno de los textos más usados en esta materia es: LÓPEZ BLANCO (1997), ob. cit.

⁴⁵ *Ibidem*.

comentario acerca del mismo con un ejemplo que explique dicha norma⁴⁶. El efecto de esto sobre la casación es evidente: lo que una estudiante debería aprender del recurso –y del derecho procesal– es todo aquello que está en el Código ya que a él se limitan todos sus contenidos. Así que, considerando a la casación no solamente como un recurso regulado en el Código sino como una institución política propuesta para fines determinados, se puede abrir la perspectiva que de ella queda al finalizar un curso de Derecho Procesal.

Algunos –pocos– doctrinantes en Colombia han tratado en obras específicas el tema de la casación, eso sí, sin desprenderse de la perspectiva que la trata como un simple recurso que amerita una exposición exegética de las normas que lo regulan en la legislación⁴⁷. En ellos, como es costumbre en nuestra doctrina jurídica, se inicia realizando una exposición de los orígenes históricos de la figura objeto de análisis: la casación no es una excepción a esta estructura de análisis. Allí se pueden percibir dos ideas comunes que ayudan a salirnos de la perspectiva del recurso técnico que domina la gran parte de sus obras y movernos hacia una perspectiva que nos acerca más con el derecho constitucional. Estas ideas se encuentran relacionadas y marcan un escape hacia un análisis de la casación desde la óptica del derecho constitucional: i) la estructura del actual recurso se originó en los acontecimientos que conocemos como la Revolución Francesa de 1789 y, ii) en Colombia el recurso nació en 1886 con la Constitución de Núñez. Expondré en seguida cada una de estas ideas que dominan la exposición de nuestros doctrinantes y cuál es el sentido de que la casación se haya instaurado entre nosotros en el proyecto constitucional de 1886.

⁴⁶ Para una síntesis muy concreta sobre esta metodología de la exégesis, véase TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho*. México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 63-91.

⁴⁷ Las obras particulares que han tratado el tema de la casación en Colombia que se tabajarán en este capítulo son:

En primer lugar, es una idea común señalar en los textos jurídicos la fecha de 1789 como el punto originario a partir del cual se establecen nuestras instituciones jurídicas y, a pesar de que en el mundo anterior a esta fecha existían gérmenes de la figura actual, lo clave es ver que su existencia se debe a los acontecimientos revolucionarios. De ahí hacia atrás existían a lo sumo gérmenes de la institución pero fue el mundo revolucionario el que, con su *genio*, logró estructurar la figura actual. La exposición de la casación por parte de nuestros doctrinantes no escapa a este esquema:

“Es indudable que el análisis de los antecedentes históricos del recurso extraordinario de casación es fundamental para comprender acertadamente su naturaleza, especialmente en cuanto tal análisis se circunscribe a la época de su creación por la Asamblea Constituyente francesa, en el año de 1790”⁴⁸.

En el mismo sentido se expresa Murcia Ballén señalando:

“El recurso de casación, como medio tutelar del derecho objetivo con su primordial finalidad de propender a la recta aplicación de la ley y la uniformidad de la jurisprudencia, es institución relativamente moderna: su origen como tal se encuentra en el derecho francés posterior a la Revolución de 1789.”⁴⁹

Es llamativo el hecho de que, a pesar de señalar que el origen de la institución se da en Francia en la Revolución de 1789, los tratadistas se remiten al mundo pre-revolucionario para poder explicar la institución. El efecto de identificar un origen es que antes de él tenemos una

⁴⁸ PEREZ VIVES (1966), ob. cit., p. 1

⁴⁹ MURCIA BALLÉN (1978), ob. cit., p. 9

imagen del vacío, la nada, el caos o el oscurantismo⁵⁰. Sin embargo, en el punto de la casación, los doctrinantes no logran explicar satisfactoriamente la casación del mundo revolucionario al no reconocer su continuidad con figuras que venían desde la monarquía absoluta. Aquí se percibe una incomodidad del mundo revolucionario francés y del análisis actual de ver en nuestras propias figuras reflejos del mundo pre-revolucionario. Esto es así en razón a que la retórica de la Revolución tiende a hacer perder de vista que ella no es simplemente un acontecimiento histórico particular. De esta forma parece que lo único relevante para la historia de la Revolución fue lo sucedido en 1789 y no se cae en cuenta que lo ocurrido en esta fecha es un acontecimiento que sucede en el marco de un proceso más prolongado. De allí que sea problemático señalar que 1789, por sí solo, representa una ruptura con el mundo anterior. Por ejemplo, para efectos del análisis de la casación, la unificación del orden jurídico se venía dando desde el Antiguo Régimen⁵¹. En ese sentido se puede problematizar la idea de ruptura que trae consigo la Revolución y el establecimiento de la casación se presta idóneamente para ello.[DL2]

Uno de los lugares comunes a donde se dirigen nuestros doctrinantes es a mostrar cómo bajo el antiguo régimen existía una figura que se denominaba el *Conseil des Parties* (Consejo de partes) que era un organismo dependiente del rey y que se puede entender como un antecedente aunque incompleto de la casación. Este Consejo de Partes fue creado por la monarquía como una forma a través de la cual se podía controlar a los *parlamentos* que eran unos organismos

⁵⁰ Ejemplos de ello en historia se pueden ver muchos: antes de Roma el derecho prácticamente no existe, antes de la Constitución de 1886 vivíamos en el caos causado por el mundo federal, antes de la Revolución Francesa no había libertad e igualdad para los seres humanos, antes de la independencia estábamos oprimidos, etc. Un importante debate sobre el origen del campo jurídico latinoamericano en esta perspectiva es abordado por VIDAL LÓPEZ, Roberto. “Propuestas para una ciencia social del derecho” en GARCÍA VILLEGAS, Mauricio & RODRÍGUEZ, César A. (Eds.). *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá, ILSA, 2003, pp. 127-42.

⁵¹ HESPANHA, Antonio Manuel, “La Revolución y los Mecanismos del Poder” en Petit, Carlos. *Derecho Privado y Revolución Burguesa*, Marcial Pons, Madrid, 1990, p.16.

judiciales distribuidos territorialmente en Francia y que tenían la facultad de resolver en última instancia las disputas entre particulares. Dado este gran poder judicial que empezaron a adquirir los parlamentos, se empezó a dar una gran lucha política entre éstos y el monarca, principalmente causado –dice la doctrina sin cita alguna– por **los desmanes** de los parlamentos⁵². Nuestra doctrina hace referencia a un conflicto que se presentaba entre el Rey, titular del poder ejecutivo, y los parlamentos. Éstos eran órganos descentralizados dispersos por el territorio francés que se encargaban de aplicar las ordenanzas del rey a casos particulares. En razón a que esta dispersión de órganos podría ir en desmedro del poder que los monarcas absolutos querían tener, se construyó un aparato administrativo que pudiera hacer que el Rey controlara efectivamente la aplicación de sus propias ordenanzas⁵³. El monarca decidió crear el Consejo Real dividido en dos secciones: el Consejo de Estado para los asuntos de carácter político y el Consejo de Partes para aquellos asuntos privados judiciales; este Consejo de Partes iba a funcionar de oficio controlando que los *parlamentos* cumplieran efectivamente con las ordenanzas del rey.⁵⁴ Hasta acá, esta exposición coincide con otros lugares en donde se ha expuesto en el Consejo de Partes como órgano sometido a la autoridad del rey, un antecedente de la casación⁵⁵.

⁵² MORALES MOLINA (S.F.), ob. cit. p. 26

⁵³ Véase a: MANNORI, Luca y SORDI, Bernardo "Justicia y Administración" en FIORAVANTI, Maurizio (ed). *El estado moderno en Europa*. Madrid, Trotta, 2004.

⁵⁴ MURCIA BALLÉN, (1978), ob. cit. p. 13.

⁵⁵ Al respecto pueden consultarse: GEEROMS, Sofie M.F. "Comparative law and legal translation: Why the terms cassation, revision, and appeal should not be translated" en *50 American Journal of Comparative Law* 201 (2002); GENY, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*. Madrid, Editorial Reus, 1925 y CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*. Tomo I, Volumen 2. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

Lo que va a llamar poderosamente la atención en la doctrina colombiana, es el argumento a través del cual se afirma que la casación de los revolucionarios franceses –y por ende la actual– no es igual a aquella facultad del Consejo de Partes. En este punto afirma Morales Molina

“Como puede apreciarse, en realidad eran razones de orden político las que prevalecían en el instituto de que viene tratándose y no había lugar mediante él a buscar la unidad jurisprudencial, pues la jurisdicción no era propiamente una función pública, de modo que se perseguía mantener la voluntad subjetiva del monarca y no la norma objetiva general. Por esta causa no puede afirmarse que existiera todavía un recurso de derecho, sino que la anulación era el producto de la lucha entre los parlamentos y el soberano”⁵⁶.

En palabras casi idénticas, Murcia Ballén cerca de 10 años después va a señalar en el mismo sentido que

“De este breve resumen se infiere, sin embargo, que en realidad fueron razones de orden político las que prevalecieron inicialmente en el instituto de la casación y que no hubo lugar, entonces, a pretender con él la unidad jurisprudencial, sino que lo que se perseguía era mantener la voluntad del monarca. Por esto no puede decirse inequívocamente que existiera un recurso de derecho, sino que la anulación de las sentencias era el producto de la lucha entre los parlamentos y el soberano”⁵⁷.

Las anteriores citas, además de revelarnos que la construcción de la doctrina en materia de historia de la casación es prácticamente una transcripción de las obras del antecesor⁵⁸, nos muestran la perspectiva que el problema con la revisión realizada por el Consejo de Partes era

⁵⁶ MORALES MOLINA (S.F.), ob. cit., p. 27.

⁵⁷ MURCIA BALLÉN (1978), ob. cit. p. 13.

⁵⁸ En el transcurso de este rastreo he podido encontrar más párrafos prácticamente transcritos textualmente de uno a otro de los tres manuales que se vienen analizando, al menos en lo que se refiere a la historia de la casación.

que se constituyó como un reflejo de la tensión política entre reyes y *parlamentos*. En cambio, nuestro recurso de casación, heredado de la revolución, tendría un objetivo más jurídico-objetivo que es el de la unidad jurisprudencial. Es decir, era necesario que la voluntad política fuera expresada por el órgano legislativo –resultado de la Revolución Francesa–, para que su protección no fuera algo eminentemente político. Resulta llamativo el poder neutralizante del orden democrático-burgués que se establece como producto de la Revolución Francesa, ya que le da a la casación una imagen de neutralidad siendo que, como dijimos más arriba, la unidad jurisprudencial y en general la unidad jurídica fue uno de los objetivos políticos fundamentales del Antiguo Régimen que fue aprovechado por la burguesía⁵⁹. La creación de un Tribunal de Casación tenía un lazo de continuidad evidente con las facultades detentadas por el Consejo de Partes en la época de la monarquía. El lazo de continuidad entre una y otra institución es evidente porque en últimas las dos pretenden proteger la voluntad que se entiende como “máxima” al interior de un estado: en las épocas del monarca la de sí mismo y en la posterior a la revolución burguesa la del cuerpo legislativo. De ahí que se haya dicho que:

“El Tribunal de Casación fue así, más que el heredero universal del *Conseil des parties* rejuvenecido y vivificado de los nuevos principios: pero cuando, en una de las discusiones de la Asamblea Nacional, el abate Royer, antiguo consejero del *Conseil du roi*, quiso poner de relieve la analogía que existía entre los dos institutos, la Asamblea lo hizo callar en medio de siseos pues la misma quería crear, autosugestionándose, que había ideado en el *Tribunal de cassation* un instituto perfectamente original, libre de toda derivación del ordenamiento precedente. Pero en realidad también los miembros de la asamblea partícipes de tal sugestión caían inconscientemente, en sus discursos, en continuas referencias al *Conseil des parties*: y en la discusión del 10 de noviembre de 1790, el abate Maury, para definir bien el carácter que habría tenido tener el nuevo *Tribunal de cassation*, no sabía encontrar

⁵⁹ HESPANHA (1990), ob. cit. p. 17.

frase más eficaz que aquella que el canciller D'Aguesseau había empleado para el *Conseil des parties*:

'*la garde du corps des lois*'"⁶⁰

Como se puede ver de lo que se dice que ocurrió en los debates sobre la casación, hubo un afán de los revolucionarios por ocultar un rasgo de continuidad entre uno y otro instituto principalmente, como se ha explicado más arriba, por una coyuntura política. Sin embargo, el objetivo de uno y otro instituto era guardar la ley producida por un órgano central para que se aplicara correctamente por organismos que se podrían llamar descentralizados. Sin embargo, en nuestra doctrina, a pesar de reconocer la influencia del Consejo de Partes, se muestra un rompimiento entre dicha entidad y el nacimiento de la casación. En nuestra doctrina, la casación como producto de la revolución no se presenta como una institución objeto de una especie de vaivén caprichoso de la voluntad personal y por lo tanto con marcados tintes políticos, sino como la idea del mejor orden de cosas posibles.

El lugar estratégico neutralizante desde donde se defiende la pertinencia de la casación es la teoría de la separación de poderes aplicada por los burgueses revolucionarios. Presentar el resultado de la revolución o la aplicación de instituciones que se hicieron populares con ella como el mejor estado de cosas posible es una estrategia que aparece en nuestra doctrina cuando se señala: “resulta cuestionable, al menos teóricamente, que después de Montesquieu la imaginación sea capaz de descubrir otra vía que conduzca, como el método montesquiano, a la *solución* del gran problema que plantea el poder”⁶¹. Se resalta entonces como lo que hace la teoría de la separación de poderes es solucionar el problema teórico del poder y estos términos lo

⁶⁰ CALAMANDREI (1945), ob. cit. pp. 19-20.

⁶¹ VÉLEZ GARCÍA, Jorge. *Los dos sistemas del derecho administrativo*. Bogotá, Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1994, p. 381.

vuelven algo más científico que político. Nuestra doctrina procesalista defiende un esquema de separación de poderes así:

“la institución, tal y como ha sido conocida en nuestros días, solo puede explicarse dentro del proceso histórico de la revolución burguesa de 1789. Solo entonces nació el parlamento democrático-burgués que se ha perpetuado hasta nuestros tiempos y que ahora tiende a desaparecer. Y puesto que a partir de aquella época la ley fue obra del organismo que se decía encarnar la voluntad soberana del pueblo, es comprensible que solo en las repúblicas cuyas instituciones se fundamenten en la separación de poderes que preconizara Montesquieu, este recurso tenga algún sentido y un preciso e inconfundible carácter”⁶²

Lo anterior muestra cómo se empieza a desarrollar la unión de la casación con la teoría de la separación de poderes. El presupuesto de esta reconstrucción es que la teoría de la separación de poderes tiene un contenido específico que la hace tener una necesaria conexión con la casación. A grandes rasgos –y sin perjuicio de lo que se profundizará sobre este punto en las conclusiones de este trabajo– la casación, al ser un recurso que pretende proteger la ley, tiene como presupuesto un esquema de separación de poderes que hace preponderar al órgano que tenga a su cargo la expedición de esta fuente de derecho. El órgano a quien le corresponde decidir sobre el recurso de la casación se encargara de revisar si quienes tienen a su cargo la aplicación de la ley lo han hecho correctamente. El órgano legislativo será protegido por los otros órganos en razón a que se estima que, bajo este esquema de separación de poderes, las otras funciones son menos importantes. Este esquema de separación de poderes se fundamenta en el supuesto de que la ley es la expresión de la voluntad popular y por ende debe ser protegida⁶³.

⁶² PEREZ VIVES (1966), ob. cit. p. 1.

⁶³ Véase *infra* las conclusiones de este trabajo articuladas en la parte IV.

Pero, como veremos más adelante, señalar que la casación tiene como presupuesto **un** esquema de separación de poderes es distinto a señalar que ella es necesaria para que se respete la separación de poderes como tal; esto último es lo que hace nuestra doctrina de derecho procesal. Es más, incluso en el nacimiento del Tribunal de Casación no se tiene la idea de crearlo como un mecanismo para separar el poder sino precisamente para hacer prevalecer el poder legislativo sobre los otros. La Asamblea Legislativa, a través de la ley y sólo a través de ella, puede expresar la voluntad general y por ello merece la protección de todo el andamiaje político institucional⁶⁴. De ahí que, de conformidad con la intención de los revolucionarios franceses, el Tribunal de Casación que se propuso crear no era uno de tipo judicial sino que debía estar, de conformidad con el artículo 1 de la ley del 27 de noviembre de 1790, **cerca del poder legislativo**. Se resalta entonces que en las discusiones que se tuvieron en torno a la creación del tribunal, los miembros debían entenderse como ajenos al orden judicial y dependientes del cuerpo legislativo. El Tribunal de Casación no iba a tener funciones judiciales en el sentido de resolver las disputas que se le presentaran, sino que debería decir si una sentencia de un juez se acoplaba o no a la ley expedida por la Asamblea Legislativa. En caso de no serlo, el tribunal casaba –rompía– la sentencia pero no fallaba de fondo; devolvía el “expediente” al juzgado respectivo para que éste proferiera la respectiva sentencia⁶⁵. El Tribunal de Casación y su conexión con el *Conseil des Parties* puede verse como un mecanismo de control para hacer respetar la fuente de derecho que políticamente se quiera hacer prevalecer en un sistema jurídico: en la época de la monarquía las ordenanzas reales y después de la revolución la ley en sentido formal.

⁶⁴ GROSSI (2003), ob. cit., pp. 42-43.

⁶⁵ GENY (1925), ob. cit., pp. 74-78

De lo que se ha expuesto hasta acá se podría sintetizar lo siguiente: a través de la revisión histórico-doctrinal que se ha realizado, podemos afirmar que el origen de la casación no parecen ser los acontecimientos surgidos como consecuencia de la Revolución Francesa, sino que es una herencia del Antiguo Régimen. Éste, como gran parte de las monarquías absolutas que contribuyeron decididamente a la consolidación de los estados nacionales europeos, buscaba la centralización del poder político y de la producción del derecho. Los revolucionarios de 1789 usan esta idea con el fin de centralizar el poder y decir el derecho oficial, sólo que el sujeto de concentración de poder no será solamente el monarca sino la Asamblea Legislativa que iba a proferir la ley. Tanto a las monarquías absolutas como a los revolucionarios les preocupaba la existencia de fuentes de derecho que no fueran producidas por el gobierno central; esta preocupación fue la causa de que se adoptaran herramientas como la codificación del derecho que intentaba establecer una fuente de derecho completa, sistemática y coherente que hiciera tabula rasa con el disperso mundo jurídico medieval anterior⁶⁶. Lo mismo puede decirse sobre la casación que intentaba proteger la fuente que se estaba haciendo primar por los revolucionarios – la ley-. El Tribunal de Casación, como heredero del Consejo de Partes, cumpliría la función de velar para que se aplicara la ley correctamente y de esta manera hizo prevalecer la “voluntad del pueblo” emanada de la Asamblea Legislativa. De ahí que sea cuestionable que nuestros doctrinantes aten el recurso de casación a las ideas de separación de poderes en el sentido de entender una división del poder para evitar su abuso, porque en el surgimiento de esta figura se pueden ver nexos con intereses centralizadores que intentaban concentrar el poder en los monarcas o en los órganos legislativos postrevolucionarios.

⁶⁶ CARONI, Pio. *Lecciones catalanas sobre el derecho de la codificación*. Madrid, Marcial Pons, 1990, pp. 54-56.

Resulta especialmente significativo el hecho de que el nacimiento de la casación en Colombia estuviera permeado por un proyecto constitucional similar que se puede asociar con la idea de la concentración y centralización del poder. La casación aparece en Colombia marcado con unas ideas constitucionales particulares que han sido obviadas en la exposición de nuestros textos de derecho procesal. Es posible, entonces, entender que la casación en Colombia sirve para cumplir ciertos fines centralizadores y ordenadores que se propusieron hacia 1886 en el contexto de la Regeneración. Así las cosas, el siguiente paso para seguir desvinculando la idea de que la casación es un simple recurso y más un problema constitucional es explorar cuál fue el sentido de establecerla en el cambio constitucional colombiano de 1886.

3. El proyecto político centralizador de la Regeneración

Dentro de la historia política nacional se ha planteado que en 1886 ocurre un acontecimiento político de singular naturaleza: se expide una Constitución Política verdaderamente nacionalista que intentaba apaciguar los ánimos de los partidos que se habían enfrentado a lo largo del siglo XIX. La Constitución Política de 1886 estaba reaccionando contra el texto constitucional de la Constitución federal de Rionegro de 1863 que había dado nacimiento a los Estados Unidos de Colombia. Los Estados Unidos de Colombia era una organización federal compuesta por nueve estados soberanos –Bolívar, Antioquia, Cundinamarca, Boyacá, Santander, Cauca, Tolima, Panamá y Magdalena- que tenían amplias competencias. Una de las características con la cual nuestra historia constitucional ha descrito la Constitución de 1863 ha sido con la idea de que consagraba un excesivo catálogo de libertades

lo cual la hacía una constitución para *ángeles*⁶⁷. Se señalaba que había un absoluto respeto por las libertades públicas hasta el punto que “los ciudadanos podían hacer acusaciones falsas, clamar por el derrocamiento violento de un gobierno y otras cosas por el estilo, contando con protección constitucional”⁶⁸. Al propender por una protección de las libertades públicas y los derechos, los estados soberanos no podían imponer la pena de muerte como castigo y tampoco se podía establecer una pena superior a diez años por atroces que fueran los crímenes⁶⁹. Sin embargo, las críticas sobre la Constitución de 1863 fueron mucho más allá del excesivo catálogo de libertades en la medida en que había también problemas económicos y político-administrativos.

En materia económica, la crítica fundamental que se hacía era que la Carta había relegado a un segundo plano las actividades del estado central y por ende no se podía hacer una administración efectiva desde el ejecutivo nacional⁷⁰. De hecho, gracias a que bajo el régimen federal se había protegido el credo del *laissez faire*, se había dejado en libertad a que cada uno de los estados soberanos dirigiera el comercio como mejor le pareciera. Los estados manejaban las rutas de comercio por sí solos y al gobierno central sólo le correspondía administrar el transporte interoceánico⁷¹. Ello iba en contra de la consolidación de un gobierno central fuerte que pudiera tener el control sobre las entidades territoriales; uno de los efectos de este estado débil era su imposibilidad de controlar efectivamente el orden público, en la medida en que no existían los suficientes ingresos para poder formar un ejército nacional fuerte. El ejército empezó a ser posible solamente cuando las críticas al federalismo fueron llevadas a la realidad en el primer

⁶⁷ PALACIOS, Marco & SAFFORD Frank. *Colombia. País fragmentado, sociedad dividida*. Bogotá, Norma. 2002, p. 456.

⁶⁸ BUSHNELL, David. *Colombia: Una nación a pesar de sí misma*. Bogotá, Planeta, p. 198.

⁶⁹ PEREZ (1967), ob. cit., p. 94.

⁷⁰ BUSHNELL (1997), ob. cit., p. 176.

⁷¹ *Ibidem*, p. 175.

gobierno de Rafael Núñez. Éste, a través de ciertas medidas, logró imponer aranceles sobre algunos productos con el fin de proteger la industria nacional, pero también de lograr mayores ingresos para el ejecutivo nacional⁷².

La crítica económica que se hacía al *laissez faire* derivaba en una crítica político-administrativa referente a las competencias de los estados soberanos. Uno de los puntos más polémicos contenidos en la Constitución de 1863 era la distribución de competencias entre el estado nacional y los nueve estados soberanos que componían la unión⁷³. Durante la vigencia de esta Constitución se cuestionaba hasta qué punto tenía derecho el gobierno central de intervenir militarmente en los estados soberanos cuando en ellos hubiera una perturbación del orden público. Esta potestad no había quedado claramente establecida en el texto de la Constitución de 1863. En algunos casos el gobierno central se negó a intervenir cuando ocurrieron revueltas en los estados –como en el caso de Antioquia en 1864– invocando la neutralidad del gobierno central en los conflictos locales. En otras ocasiones el gobierno intervino militarmente con el fin de apaciguar revoluciones en otros estados –como en el caso de Magdalena en 1867–⁷⁴. Esta última intervención llevó a que grupos partidarios de la autonomía y soberanía de los estados presionaran con el fin de que se expidiera una ley en el Congreso Nacional que garantizara la neutralidad del gobierno central en casos de conflictos locales⁷⁵.

Este punto fue uno de los más polémicos y a la postre iba a ser un lugar desde donde el movimiento de la Regeneración iba a atacar el régimen federal. De hecho Rafael Núñez, en la

⁷² *Ibidem*, p. 200.

⁷³ PALACIOS & SAFFORD (2002), ob. cit., p. 427

⁷⁴ *Ibidem*, p. 428.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 456

primera de sus administraciones en 1880, logró que el Congreso aprobara una iniciativa presidencial que señalaba que el gobierno central adquiriría la potestad de intervenir en los conflictos de cada uno de los estados soberanos; ello siempre y cuando se encontrara que había una grave perturbación al orden público que amenazara la paz nacional⁷⁶. El uso de esta potestad en un conflicto interno que se dio en Santander en 1885 fue una de las causas que llevaron a una guerra civil que haría triunfar al gobierno central. En Santander se habían dado unas dudosas elecciones para escoger al presidente de dicho estado soberano; ante los debates y acusaciones que hubo en dicha elección se desató un conflicto armado entre las partes en conflicto. El gobierno central presidido por Núñez, aplicando la ley de 1880 anteriormente mencionada, envió tropas a Santander y les obligó a firmar un acuerdo para que cesaran los actos de guerra. Sin embargo, una vez se dispersó la amenaza del conflicto armado, los santandereanos decidieron incumplir el acuerdo porque el gobierno central no tenía derecho de haberse inmiscuido. Se acusaba a Núñez de querer controlar políticamente el estado de Santander para poder iniciar un proceso de reforma constitucional a la Carta de 1863⁷⁷. Al incumplir el acuerdo firmado se declararon en insurrección contra el gobierno central y se inició la guerra civil que culminaría con el triunfo militar de la Regeneración⁷⁸.

La Regeneración representaba una coalición entre los conservadores que siempre habían visto con recelo el gobierno federal y los liberales moderados que se aliaron al gobierno de Núñez. Quienes habían quedado excluidos de esta coalición eran los liberales radicales los cuales

⁷⁶ Se trató de la Ley de Orden Público proferida en la primera administración de Rafael Núñez en 1880. Véase LIÉVANO AGUIRRE, Indalecio. *Rafael Núñez*. Bogotá, Intermedio, 2002, p. 227.

⁷⁷ Bajo la Constitución de 1863 se requería que todos los estados soberanos aprobaran la reforma constitucional. Núñez, se dice, controlaba políticamente siete de los nueve estados y con Santander hubiera sido el octavo. Los radicales no estaban dispuestos a otorgarle a Núñez ninguna oportunidad de controlar Santander y facilitarle el camino hacia una reforma constitucional. Véase MELO (2004), ob. cit.

⁷⁸ LIÉVANO AGUIRRE (2002), ob. cit., pp. 211-235.

seguían apoyando un régimen federal que permitiera a los estados soberanos manejar sus asuntos. Estos sectores liberales radicales eran grupos de comerciantes que se oponían a las altas tarifas aduaneras que quería imponer el gobierno central al comercio, así como grupos financieros que sentían amenazado su poder económico si se creaba un Banco Nacional centralizado⁷⁹. Estos grupos radicales fueron derrotados y para algunos sectores de nuestra historia política, el proyecto de la Regeneración expresado a través de la Constitución de 1886, puso fin a un caótico mundo federal: “Evidentemente, el propósito fundamental buscado por [los] redactores [de la Constitución de 1886], a saber, cerrar la página de desorden y de debilidad institucional que generó el régimen federal que rigió en el país durante la segunda parte del siglo XIX, se cumplió a cabalidad”⁸⁰.

Habiendo rescatado estos puntos del mundo federal anterior a 1886, se puede señalar que la dispersión de competencias que se escapaban del estado central era uno de los elementos centrales contra los cuales iba a reaccionar la Regeneración. Por ello, una de las características fundamentales del proyecto político de la Regeneración fue la eliminación del desorden político y administrativo que supuestamente había creado el régimen federal que se había consolidado en Colombia con la Constitución de 1863. Una expresión de ese desorden político eran las amplias competencias que tenían los estados soberanos. Para el movimiento de la Regeneración, la debilidad de la Constitución de 1863 radicaba en el hecho de que había fortalecido de tal manera

⁷⁹ MELO, Jorge Orlando. *Colombia Hoy* en www.lablaa.org/blaavirtual/historia/colhoy/colo5.htm (Febrero 17 de 2004). Recuperado el 18 de enero de 2005.

⁸⁰ RESTREPO, Juan Camilo. “La decisión regeneradora” en AA. VV. *50 días que cambiaron la historia de Colombia*. Bogotá, Planeta, 2004, p. 134.

a los estados federales y debilitado tanto al estado central que no había un régimen administrativo eficiente⁸¹.

En nuestra historia constitucional se señala que las reformas de 1886 “abolieron el pernicioso sistema de la federación, sin raíces ni cabida en Colombia, postulando como única existente la soberanía de la nación: el término Estados soberanos había perecido con la Constitución de Rionegro”⁸². Esta era la idea de Núñez, líder del movimiento regenerador, quien en diversos discursos que pronunció en la época de la reforma constitucional muestra una imagen de un caótico país de lo cual era responsable el proyecto federal. En palabras de Núñez ante el Consejo de Delegatarios que tenía a su cargo la redacción de una nueva Constitución, aquél responsabiliza del desorden institucional a la federación, proponiendo la centralización del poder.

“La [Constitución] de 1858 –netamente federal– preparó y facilitó evidentemente la desastrosa rebelión de 1860, la cual nos condujo al desgraciado régimen establecido en 1863, sobre la base deleznable de la soberanía seccional. En el funesto anhelo de desorganización que se apoderó de nuestros espíritus, avanzamos hasta dividir lo que es necesariamente indivisible; y además de la frontera exterior, creamos nueve fronteras internas, con nueve Códigos especiales, nueve costosas jerarquías burocráticas, nueve ejércitos, nueve agitaciones de todo género casi remitentes. [...] Después de la Constitución de 1863 –que fue mucho más adelante de las precedentes en descentralización de todo– los trastornos del orden se volvieron normales, como es notorio; y al cabo de años de batallar sin tregua, la necesidad de una completa reconstrucción política se ha impuesto en todas las conciencias honradas”⁸³.

⁸¹ BUSHNELL, (1997), ob. cit., p. 198.

⁸² ZAFRA ROLDÁN, Gustavo. *El derecho a la constitución*. Bogotá, Javegraf, 1998, p. 55.

⁸³ ESPAÑA, Gonzalo (comp.) *Rafael Núñez: escritos políticos*. Bogotá, El Áncora, 1986, pp. 77-78

En esta cita se sintetizan en buena parte las pretensiones del movimiento regenerador colombiano sobre la centralización como un modelo político-administrativo que neutralizara los vicios que se alcanzaron a causa de la Constitución federal de 1863. De este discurso de Núñez quisiera resaltar tres aspectos que interesan para efectos de la reconstrucción histórica que se ha venido realizando en este documento: i) se teje un manto negro sobre el pasado federal. De una manera muy significativa el proyecto federal jamás volvió a ser establecido en la constituciones colombianas del siglo XX. ii) Hay una naturaleza de la nación colombiana que le hace imposible adoptar un régimen federal; según Núñez, el problema de 1863 fue que intentamos volver divisible algo que es **necesariamente** indivisible⁸⁴ y ello hace necesaria también la reconstrucción política. iii) Una de las consecuencias de la “insensata” división fue la creación de nueve códigos o legislaciones distintas para cada uno de los estados.

Estos tres elementos explican de una buena manera el por qué de la centralización en la Constitución de 1886 y la razón por la cual en buena parte del siglo XX se defendió con tanto ahínco, por algunos historiadores⁸⁵, la obra de Núñez y por ende dichas ideas centralizadoras. La obra constitucional aparece en algunos de nuestros libros de historia como un pacto político que había logrado pacificar el país identificando el verdadero espíritu de la nación colombiana, en lugar de copiar doctrinas extranjeras –norteamericanas– como había hecho la Constitución de 1863⁸⁶.

⁸⁴ En este punto también puede verse lo señalado por BUSHNELL (1997), ob. cit., pp. 198 y ss.

⁸⁵ LIÉVANO AGUIRRE (2002), ob. cit.

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 254 y ss.

Teniendo en cuenta que una de las soluciones identificadas por Núñez para la eliminación del caos creado por el mundo federal era la centralización, dicha decisión iba a producir un efecto importante sobre la teoría de las fuentes del derecho y su unificación. Ello era una de las preocupaciones de Núñez en las ideas que resaltamos de su discurso de instalación del Consejo Nacional de Delegatarios de 1885 que a la postre redactó la Constitución de 1886. La federación propuesta por la Constitución de 1863 había creado nueve estados distintos los cuales, gracias a sus atribuciones, expidieron nueve códigos o regulaciones distintas que se aplicaban solamente dentro de sus fronteras. Para Núñez, según lo que más arriba dijimos, representaba una fuente de desorden la existencia de diferentes Códigos en cada uno de los estados y por tanto había que solucionar ese problema. La centralización legislativa, bajo esta perspectiva, era necesaria y una consecuencia de ella era que se debían establecer instrumentos para conservarla.

Así las cosas, las herramientas jurídicas para lograr esta centralización y producción de fuentes desde el gobierno central fueron de dos clases: i) normativas y ii) institucionales. Por normativas se hace referencia a la expedición de legislación que unificara las dispersas fuentes que se habían constituido en el “país federal”. Ellas fueron las leyes 57 y 153 de 1887 en donde se adoptaban unas codificaciones nacionales y se reglaba la interpretación jurídica; estas normas pretendían fundar un nuevo origen de nuestra conciencia jurídica⁸⁷. Las institucionales se refieren a la creación de mecanismos que sirvieran para cuidar la correcta aplicación de las normas ordenadoras nacionales. La institución que se introduce en la Constitución de 1886, y se confirma en la Ley 61 de 1886, es la casación que iba a estar a cargo de la Corte Suprema de Justicia. Teniendo en cuenta que esta herramienta institucional es el centro de este escrito, las herramientas normativas aparecerán mencionadas porque es imposible no acudir a ellas. Sin

⁸⁷ LÓPEZ MEDINA (2004), ob. cit., p. 134

embargo, con la explicación no pretendo agotar, ni mucho menos, la utilidad de las herramientas normativas proferidas por la Regeneración.

4. Los objetivos de la casación en el proyecto centralizador-unificador y su influencia en la doctrina del derecho procesal

En cuanto a la cabeza del poder judicial, la Corte Suprema Federal que había sido consagrada en 1863, además de juzgar a funcionarios del estado que contarán con algún fuero especial, tuvo a su cargo funciones típicas de una corte en un sistema federal. Ello implicaba que la Corte tenía a su cargo precisar las competencias de los estados soberanos y del estado central. El artículo 71 de la Constitución de 1863 señalaba lo siguiente con respecto a la delimitación de competencias entre organismos del gobierno central y los estados soberanos: “Son atribuciones de la Corte Suprema federal (...) 6. Decidir las cuestiones que se susciten entre los Estados, o entre uno o algunos Estados, y el Gobierno general de la Unión, sobre competencia de facultades, propiedades, límites y demás objetos contenciosos”⁸⁸.

El tránsito constitucional hacia la Carta Política de 1886, tal como lo hemos señalado, tuvo como marco un proyecto político centralizador y de unidad nacional, el cual influyó en la forma de concebir la función principal de la Corte Suprema como cabeza del poder judicial. La Corte Suprema, en un estado centralizado al estilo de la propuesta de la Regeneración, iba a ser usada para que se articulara dentro de este proyecto y una de las formas sería la adopción de la casación.

⁸⁸ Véase: RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Constituciones Políticas Nacionales de Colombia*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 365.

El punto originario de la casación es este arreglo político-insitucional que no es profundizado en sus significados políticos por algunos sectores de nuestra doctrina del derecho procesal. Como el énfasis de nuestra doctrina es la óptica del recurso, el problema constitucional de la casación ha sido ignorado en unas ocasiones y en otras tratado de manera muy liviana. Las exposiciones que ignoran este problema de poder que envuelve el establecimiento de la casación señalan que “en Colombia se implantó por vez primera en 1886 y a partir de entonces pocas son las variaciones que había tenido de fondo [hasta el Decreto 2651 de 1991], pues en verdad, su regulación ha sido de las más completas”⁸⁹. En esta explicación de uno de los libros más importantes en la actualidad en el área de derecho procesal, se puede ver que la estabilidad en la regulación de la casación entre 1886 y 1991 se le atribuye a una legislación completa. Sin embargo, salta a la vista que el cambio atribuido a la casación ocurre, al menos en una primera mirada de fechas, simultáneamente al cambio constitucional de 1991 que intentaba flexibilizar los procesos judiciales.

En el mismo sentido de ignorar el proyecto político que se enmarcaba bajo la intención de los regeneradores, se pueden ver textos donde hay un intento de reconstrucción histórica –por lo demás legitimadora– amplia de la casación, pero al momento de abordar la “evolución histórica” del recurso en nuestra legislación, se despacha el problema diciendo simplemente: “La Constitución Política de Colombia, dictada por la Constituyente de 1886, atribuyó en su art. 151 a la Corte Suprema de Justicia la facultad de actuar como Tribunal de Casación”⁹⁰.

⁸⁹ LÓPEZ BLANCO (1997), ob. cit., p. 764.

⁹⁰ PEREZ VIVES (1966), ob. cit. p. 29.

Por otra parte, en los textos que tratan de manera muy liviana esta óptica constitucional de la casación aparecen pistas del problema y los fines políticos que pretende alcanzar la casación. Sin embargo, ellos no profundizan en el aspecto constitucional porque la óptica técnica es la que domina la exposición de los textos de derecho procesal. En esta forma de exposición algunos señalan que “entre nosotros, la casación se estableció al producirse la unificación de los Estados federales de 1886”⁹¹. Esta perspectiva de la casación que trata de mostrar la imposibilidad de que ella exista en un ordenamiento jurídico federal se encuentra un poco más explícita en otros lugares:

“Antes de 1886 no existió en Colombia el recurso de casación, porque el régimen federal imperante era contrario a la unificación jurisprudencial, ya que los Estados Soberanos, tenían su legislación propia. El artículo 151 de la Constitución del mencionado año expresó por primera vez que la Corte Suprema operaría como Tribunal de Casación. En desarrollo de este precepto la ley 61 de dicho año organizó el recurso, el cual tuvo como fin principal unificar la jurisprudencia, pero también enmendar los agravios inferidos a las partes”⁹².

A pesar de que la referencia al problema constitucional es muy corto en el párrafo anterior, existen diversos elementos que nos ayudan a entender las razones por las cuales el recurso de casación se establece en el marco del proyecto de la Regeneración. De ello se puede resaltar la idea de que el régimen federal es un impedimento para el logro de la unificación jurisprudencial. De hecho, esta es una de las preocupaciones de la misma Corte Suprema de Justicia en los años de su establecimiento, tal como quedó consagrado en la primera Gaceta Judicial de la historia nacional. En una especie de editorial que abre el primero número de la Gaceta, se muestra que la

⁹¹ AZULA CAMACHO, (1997), ob. cit., p. 328.

⁹² MORALES MOLINA (S.F.), ob. cit. p. 30.

Corte Suprema de Justicia estaba comprometida con el proyecto de eliminar los males que trajo para el país el proyecto del federalismo. El proyecto unificador-centralizador de la Regeneración tenía como uno de sus ejes fundamentales la expedición de una legislación nacional⁹³ y de allí que sea importante un mecanismo como la casación que se encargue de vigilar la observancia de la fuente de derecho preponderante para el momento –la ley nacional por oposición a las leyes estatales–. El desastre de la federación y la solución traída por las herramientas –entre ellas la casación– de la Constitución de 1886 se recrea en palabras de la Corte así:

“El régimen federal absoluto que imperó en la República desde 1863, había creado diferencias más o menos profundas y sustanciales en la legislación de los nueve Estados que al presente son Departamentos nacionales, produciendo discordancias en la vida social, en la familia, en la constitución de la propiedad y en los procedimientos judiciales de los colombianos que á la verdad no tenían razón de ser en el seno de un pueblo natural é históricamente unido por comunes sentimientos, caracteres y necesidades. Al mal de la diversidad de nueve cuerpos de legislación se añadía toda la legislación propiamente nacional, y nada era más difícil que hacer imperar en Colombia la unidad del Derecho y la uniformidad de la Justicia. Procediendo con la necesaria consecuencia [el Consejo Nacional Constituyente] dio nuevas formas al Poder Judicial, y admitió los recursos de casación, entre los nuevos procedimientos judiciales, con el fin muy loable de asegurar justicia en todas partes y abrir campo á la fijación, por medio del más alto Tribunal, de principios y reglas que, estableciendo una Jurisprudencia nacional, sirviesen de sólida garantía á todos los intereses que tienen en la ley su vigencia”⁹⁴.

En este editorial de la Gaceta Judicial se percibe la especial importancia que iba a tener la casación en el marco del proyecto jurídico de la Regeneración. Por una parte se afirma que los

⁹³ De ello se había encargado la ley 57 de 1887 especialmente en sus artículos 1 y 5. En el artículo 1º estableció cuáles eran los códigos que iban a regir en la nación, mientras que en el artículo 5º dejó ver cuál era la jerarquía de esa legislación nacional en casos de conflictos de interpretación.

⁹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Gaceta Judicial No. 1*, Bogotá, Febrero 12 de 1887, p. 1.

recursos aprobados por el Consejo de Delegatarios,⁹⁵ como la casación, iban a cumplir un objetivo importante a la luz de la unidad del derecho y uniformidad de la Justicia. En segundo lugar esta afirmación de la Corte confirma la visión de que la ley proferida por el Congreso nacional era la fuente de derecho digna de protección por parte de la Corte. Por último, para la Corte Suprema de Justicia uno de los loables fines del poder judicial a través de una figura como la casación era el de asegurar la justicia a las partes.

A pesar de que el Tribunal de Casación francés era originalmente una extensión del poder legislativo⁹⁶, existen importantes similitudes en cuanto a la intención de los proyectos que se perseguían por éste –y lógicamente por el Conseil des parties– y el establecimiento del recurso de casación a cargo de la Corte Suprema en Colombia. La correspondencia de sus proyectos radica en que ellos se encuentran anclados a unos modelos de estados liberales que intentan eliminar la dispersión de órganos capaces de producir normas generales en lugares alejados del centro de gobierno. Su objetivo fue el de unificar la legislación⁹⁷ y ello era una forma de reaccionar a modelos constitucionales anteriores. La llegada de la casación a nuestro ordenamiento jurídico no es el encuentro de la perfección jurídica o en otras palabras, la unidad jurídica nacional no es el modelo más natural, como lo hacen ver los discursos de la Regeneración. Por el contrario la casación, la protección de la ley como fuente y la unidad nacional del derecho es fruto de una decisión política de reacción ante situaciones de dispersión normativa. Ver la casación como algo necesario se deriva del hecho de que un sector de nuestra doctrina ha visto que la Constitución de 1886 fue una obra que realizó una lectura adecuada de la

⁹⁵ Era el cuerpo que se había reunido para redactar una nueva Constitución en 1886.

⁹⁶ Cabe anotar que para 1836 el Tribunal pasó a ser parte del poder judicial. Véase CALAMANDREI. (1945), ob. cit.

⁹⁷ Véase supra notas 49 y 50.

realidad. Uno de los efectos de una reconstrucción histórica de este tipo es que nos ha hecho ver la centralización como una característica necesaria de nuestra historia y, de la mano de ella, nos ha mostrado como esenciales algunos instrumentos jurídicos que la hacen posible: uno de ellos es la casación. Esta, como hemos dicho en el primer capítulo, es una de las formas a través de las cuales se utiliza la historia para legitimar un particular estado de cosas. Así, se ha dicho que la virtud de la Constitución de 1886 fue el haber identificado el verdadero espíritu nacional colombiano, dentro del cual se encontraban, entre otras cosas, el catolicismo y la centralización.⁹⁸

Más allá de señalar que ello fue cierto o no, el punto que me interesa resaltar es el hecho de que esta necesidad del centralismo no es la única forma como se pueden leer los cambios traídos por la Regeneración. Por ejemplo, otros autores han señalado que la centralización fue una necesidad económica de unas elites que, con la caída mundial de los precios del tabaco, necesitaban un gobierno proteccionista y no liberal que les protegiera sus intereses⁹⁹. Una interpretación de este tipo desprendería a la idea centralizadora de la Regeneración, la característica de necesidad para el momento y la pondría como una decisión política cualquiera que hubiera podido ser derrotada. Una de las pocas críticas a esta historia conservadora que hay en nuestro medio ha tratado de minar las virtudes de la Regeneración señalando que no solucionó el problema regional, sino que lo ocultó porque Colombia aún tiene un conflicto pendiente entre el centralismo y el regionalismo¹⁰⁰. Igualmente, se ha dicho que la Regeneración fue un

⁹⁸ ZAFRA (1998), ob. cit. p. 52-53

⁹⁹ Al respecto véase a GUILLÉN MARTÍNEZ, Fernando. *El poder político en Colombia*. Bogotá, Planeta, 2003.

¹⁰⁰ VALENCIA VILLA (1987), ob. cit. p. 147

movimiento políticamente reaccionario –no necesario– al federalismo, lo cual desmitifica un poco lo que sus líderes y la historia constitucional nos han hecho ver¹⁰¹.

Señalando que la adopción de la casación buscaba satisfacer un fin político unificador, se abre la posibilidad de revisar de manera crítica la doctrina: aparentemente de una forma apolítica y neutra defendió el fin unificador de la casación y se distanció del fin de dar justicia a las partes en los casos particulares. Nuestra doctrina se refugió en la unidad del derecho y la jurisprudencia como si este fuera un fin apolítico en la casación, sin reparar las implicaciones constitucionales que ello podía tener. La Ley 61 de 1886 en el artículo 36 señalaba que el objeto del establecimiento de la casación era la unificación de la jurisprudencia nacional y enmendar los agravios causados a las partes. El fin unificador de la casación era tan importante para el momento que la Ley 61 de 1886 consagraba que tres fallos de la Corte Suprema como Tribunal de Casación constituían doctrina legal y por lo tanto su violación era causal de casación. En el mismo sentido se había pronunciado la ley 105 de 1890 pero señalando que dos fallos conformaban la doctrina legal.¹⁰²

A pesar de contar con una doble finalidad en su consagración inicial, los doctrinantes colombianos quisieron defender la casación principalmente desde la perspectiva de la unidad del derecho y la defensa de la ley, dejando en un segundo plano el problema de enmendar los agravios que se hubieran inferido a las partes en los casos particulares. Nuestra doctrina procesalista sobre la casación expone con especial énfasis dos fines: i) la protección de la ley y

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 147

¹⁰² LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Desarrollos recientes en la doctrina del precedente judicial en Colombia*. (mimeo).

ii) la unificación del derecho y la jurisprudencia. Estos dos fines se encuentran mezclados en la exposición de los doctrinantes de derecho procesal tal como pasamos a ver.

A pesar de que para la época en la que se estableció la casación en Colombia el recurso ya había pasado a ser resuelto por el poder judicial, podemos encontrar que no perdió el objetivo de proteger la voluntad popular emanada del legislativo. Así, el papel fundamental que debe desempeñar una Corte que resuelva este recurso es hacer un control sobre entes que son sus inferiores jerárquicos; el control no se hace sobre otra rama del poder sino sobre sí misma. Así las cosas, se señala en nuestros textos de casación civil que

“El principal objetivo de la casación es el restablecimiento de la ley de modo que por medio de la institución se ejerce un control jurisdiccional sobre los actos de los tribunales de instancia que estén sujetos al recurso. (...) El fin primordial del instituto es, pues, contener a los tribunales y jueces en la estricta observancia de la ley de manera que la Corte de Casación casa o rompe la sentencia cuando el tribunal de instancia no juzga *secundum jus* (...)”¹⁰³.

En esta cita de nuestra doctrina de derecho procesal es claro que los jueces debían tener un gran respeto por la ley. De allí que se señalara que la Corte debía revisar que los jueces inferiores guardaran una *estricta observancia* con respecto a la ley. La función de protección a la ley es explicada de manera más amplia por Morales Molina cuando, citando una sentencia de la propia Corte Suprema de Justicia, señala que la actividad de casación muchas veces es entendida menos como una de tipo judicial porque no está resolviendo cuestiones entre las partes. La casación se estableció, según la Corte, para que se interpretara adecuadamente la ley por los tribunales de

¹⁰³ MORALES MOLINA (S.F.) ob. cit. p. 40.

instancia y que éstos la aplicaran de forma estable¹⁰⁴. Como puede apreciarse, en el recurso existe una litis que se traba entre una parte que se ve agraviada por una decisión y el tribunal de instancia que la ha proferido, probablemente en desconocimiento de la ley. El objetivo, según nuestra doctrina y la propia Corte, no era enmendar los agravios inferidos a las partes, sino que era la protección de la ley.

Si se tiene en cuenta la organización judicial resulta importante resaltar cómo estos intereses defendidos por la casación confluyen de una manera significativa con los proyectos centralizadores que fundó la Regeneración a partir de la Constitución de 1886. Así, nuestra doctrina no estaba defendiendo algo apolítico sino el proyecto centralizador como forma de organización política. Si para la Regeneración la centralización política era un objetivo fundamental, la casación colaboraba con ella en la medida en que una Corte Suprema de carácter nacional –decidiendo en Bogotá– intentaba controlar la forma en que los tribunales de instancia –cuya competencia correspondería más o menos con los departamentos– aplicaran la ley. El control realizado por una Corte de casación es político en la medida en que trata de mantener un modelo de ordenamiento consagrado en la Regeneración. La protección de la ley proferida por un Congreso nacional no es simplemente un tecnicismo sino una aceptación de un modelo de organización particular donde el centro prevalece representando el interés nacional a través de la ley. De ahí que nuestra doctrina hubiera visto en la casación una necesidad para lograr la unidad del derecho en los mismos términos que la Regeneración veía la necesidad de la centralización:

“(…) De aquí nació la codificación que tuvo grande auge en las épocas de Justiniano y Napoleón, quienes por razones políticas y factores de unidad nacional trataron de reunir las normas vigentes en

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp. 40-41.

sus respectivos países. En este camino, inclusive se ha pretendido la unificación internacional de normas por razones de tráfico económico. Los estados federales, en cambio, no pueden conseguir esta unidad cuando los territorios que los forman tienen legislación propia. Pero cuando Estados que han sido federales se reconstituyen en forma unitaria, aparece la necesidad de la casación, como ocurrió en Alemania, Italia y Colombia”¹⁰⁵.

Para nuestra doctrina, la casación apareció como la única forma a través de la cual se podía lograr una reconstitución de la unidad nacional porque a través de ella se podía fijar una unidad en la interpretación jurisprudencial. El objetivo debía ser principalmente uniformar la jurisprudencia y su interpretación para que una misma norma fuera entendida de la misma forma en los diferentes lugares del territorio nacional; ello era lo que cumplía la casación y, según nuestra doctrina del derecho procesal, como mecanismo único al ser catalogada como necesaria para cumplir los fines de unidad¹⁰⁶.

Los fines de unidad perseguidos por la casación son sobre los que se produce un mayor énfasis en los textos de derecho procesal. Si a una de las partes se le causaba un agravio enmendarlo no era una de las finalidades de la casación porque se entendía que, si así lo fuera, el recurso tendría un interés particular y no colectivo. Al menos esta fue la retórica utilizada por nuestra doctrina que trataba de hacer prevalecer la idea de unidad del derecho y uniformidad de la jurisprudencia. Legislativamente, la finalidad de enmendar los agravios inferidos a las partes desapareció en el artículo 519 del Código Judicial (Ley 105 de 1931)¹⁰⁷ y algunos doctrinantes celebraban el hecho de que ello hubiera sido así. Dando respuesta al argumento de que el recurso

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 46 (subrayado fuera de texto).

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 49.

¹⁰⁷ Dicho artículo señalaba que “con el fin principal de unificar la jurisprudencia nacional, pueden ser acusada por medio de recurso de casación las siguientes sentencias de los Tribunales Superiores en segunda instancia (...)”.

se había vuelto muy técnico, nuestra doctrina, en defensa de la casación señalaba que por ello no se podía desconocer que su fin primordial era el de la unificación de la jurisprudencia nacional defendiendo la ley. Así se expresaban al respecto:

“Desvirtúan pues la naturaleza del recurso y su objeto primordial aquellos magistrados que consideran su misión cumplida al defender los intereses de las partes en litigio, y creen que administran sana justicia cuando proceden conforme a esa consideración de enmendar los agravios inferidos a las partes contendientes, sin recapacitar en que este es uno de los fines, y por cierto el de menos trascendencia, de la casación; y que hay otros más graves y de influjo más general y permanente v. gr., la defensa de la ley y la proclamación de la doctrina en abstracto”¹⁰⁸.

Se puede ver el tono con el que la doctrina del derecho procesal defendió el recurso poniendo el énfasis en un objetivo político que tenía mucho que ver con los que se habían planteado en la Regeneración: defensa de la ley nacional y uniformidad del derecho a través de la interpretación jurisprudencial realizada por un órgano central como la Corte Suprema de Justicia. El hecho de que nuestra doctrina hubiera puesto el énfasis de la casación en dicho objetivo nos muestra una protección al balance institucional que se logró con el acuerdo de 1886. La retórica de necesidad del proyecto político centralizador de la .395 0

Sin embargo, con la aparición de la acción pública de inconstitucionalidad se iba a generar un proyecto político de control de la Corte Suprema ya no hacia adentro del poder judicial, sino hacia afuera de él. Ello generó una retórica distinta en doctrina de derecho constitucional que no necesariamente encajaba muy bien con el papel que se le había adjudicado a la Corte Suprema como Tribunal de Casación por nuestra doctrina de derecho procesal. La segunda retórica va a estar influenciada igualmente por un nuevo pulso constitucional en Colombia: la reforma de 1910.

III. El control constitucional como garantía para el ejercicio de la oposición

1. Introducción y estructura del capítulo

Luego de haber entendido el surgimiento de la casación en el contexto de la concentración de poderes en 1886, una de las primeras reformas constitucionales del siglo XX – concretamente la de 1910– le dio un nuevo papel a la Corte Suprema de Justicia. Se trataba de la posibilidad de decidir sobre las acciones públicas de constitucionalidad que interpusieran los ciudadanos contra las leyes de la república. El surgimiento del control constitucional a través de la acción pública de inconstitucionalidad tiene como contexto la formación de un pacto bipartidista que reaccionaba contra algunos de los postulados de la Regeneración. Igualmente la acción pública de inconstitucionalidad se constituyó como una forma a través de la cual las minorías políticas podrían controlar las actuaciones de las mayorías representativas en el Congreso o del propio legislador extraordinario. En este sentido, se quiere mostrar en este capítulo que la acción pública institucionaliza la oposición política de las minorías para hacer parte en el proceso legislativo. El nuevo proyecto no iba a funcionar de manera armónica con los postulados teóricos de la Regeneración ya que presenta una forma distinta de concebir la relación entre la cabeza del poder judicial y el legislativo frente a la organización derivada de la casación. El control constitucional sobre las leyes a través de la acción pública choca directamente contra la idea de la omnipotencia legislativa que inspiraba el proyecto de 1886 y que fundamentaba la casación. A la Corte Suprema le correspondía ahora volver más débil la presunción de constitucionalidad que se establecía con respecto a las leyes proferidas por el legislativo.

Tratando de seguir una línea de análisis similar a la propuesta para el capítulo anterior, este capítulo consta de las siguientes tres partes: i) se explorará cómo ha expuesto nuestra doctrina la consagración del control constitucional a través de la acción pública de inconstitucionalidad y la forma como se ha perdido de vista su conexión con intereses de los partidos políticos; ii) posteriormente se expondrá cuál era el contexto político predominante de la época con el fin de iii) entender que la aparición de la acción pública encajaba dentro del proyecto político que quería ser guardado por los reformadores de 1910.

2. La exposición doctrinal del surgimiento de la acción pública de inconstitucionalidad

Teniendo en cuenta que se ha señalado que la acción pública de inconstitucionalidad es “la única contribución significativa del derecho colombiano al derecho occidental”¹⁰⁹ y que se le “debería dar un rótulo de *Hecha en Colombia*”¹¹⁰, no es extraño encontrar discursos apologéticos sobre la misma. La defensa de un mecanismo como la acción pública de inconstitucionalidad se ha expuesto en nuestra doctrina del derecho constitucional mostrando que en su origen dicha figura era necesaria. Y esa necesidad de la figura es expuesta desde dos frentes: uno que podríamos llamar teórico y otro político. En el frente teórico la doctrina constitucional se encarga de mostrar que el nacimiento de la acción pública de inconstitucionalidad era necesario para mantener el principio de la suprallegalidad de la Constitución que había quedado en entredicho por unas regulaciones del artículo 6 de la Ley 153 de 1887. De conformidad con dicho artículo, “una disposición expresa de ley posterior á la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria á la Constitución”. Así las cosas, de conformidad con este texto

¹⁰⁹ VALENCIA VILLA (1987), ob. cit. p. 46.

¹¹⁰ ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. *La protección constitucional del ciudadano*. Bogotá, Legis, 2004, p. 331.

legal, la presunción de constitucionalidad que operaba sobre las leyes era muy fuerte hasta el punto que se podía aplicar la ley aunque aparentemente fuera contraria a la Constitución. Por su parte, desde el frente político, la doctrina muestra que esta figura era importante para que se respetaran las libertades y garantías ciudadanas establecidas en la Constitución de 1886 las cuales, otra vez, habían sido vulneradas por los regeneradores. A estas dos formas de defensa de la acción como instrumento necesario me refiero a continuación.

2.1 El problema del absurdo

Como hemos señalado en el capítulo anterior, la adopción de la casación en los términos planteados por la Constitución de 1886 y la Ley 61 del mismo año quería proteger la ley. No es extraño entonces que nos encontremos en la Ley 153 de 1887, con otro de los pilares jurídicos de los regeneradores: como señalamos atrás, el artículo 6 de la mencionada ley ordenaba al intérprete aplicar la ley aun cuando pareciese contraria a la Constitución. Para la reforma de 1910, ésta iba a ser una de las disposiciones atacadas según la doctrina del derecho constitucional en Colombia.

En 1910 se dio una reforma a la Constitución de 1886 la cual introdujo cambios trascendentales en materia de las funciones que le correspondían a la Corte Suprema de Justicia. De la mano de la casación protectora de la ley, la cual no fue modificada, el Acto Legislativo No. 3 de 1910 señaló que a la Corte le correspondería la guarda de la integridad de la Constitución y que por lo tanto tenía que decidir definitivamente sobre las leyes y decretos acusados como inconstitucionales por los ciudadanos. Era el surgimiento de una acción pública de

inconstitucionalidad¹¹¹. Ahora bien, ello no quiere decir que en Colombia no existía ningún tipo de control constitucional sobre las actuaciones del legislativo; de acuerdo con el numeral 1 de la sección 3 del artículo 21 de la Ley 61 de 1886 la Corte Suprema de Justicia podía decidir sobre los proyectos de ley que fueran aprobados por el Congreso y objetados por el Ejecutivo. Esto nos muestra que este control constitucional anterior a 1910 es que, al menos así había quedado establecido en la ley, quien podía hacer un uso estratégico del mismo era el Ejecutivo¹¹². Así las cosas, es necesario aclarar que lo que se gana con la reforma de 1910 es un control ciudadano y no sólo por parte del Ejecutivo.

Para nuestra naciente doctrina del derecho constitucional de principios del siglo XX esta figura de la acción pública de inconstitucionalidad trataba de enmendar lo señalado por la ley 153 de 1887 y darle una prioridad a la Constitución. Nuestra doctrina veía con preocupación que el Congreso había expedido generosas leyes de facultades al Ejecutivo. Así las cosas, el surgimiento de esta figura es leída por nuestra doctrina, en sus inicios, como una forma de controlar actos del legislativo y el ejecutivo que habían desconocido las garantías establecidas en la Constitución de 1886¹¹³. Tascón, uno de los primeros constitucionalistas del siglo XX tal como él lo reconoce en el prólogo de su texto¹¹⁴, resalta que Colombia fue el primer país en

¹¹¹ Esto quedó establecido en el artículo 149 de la Constitución de 1886.

¹¹² Esto está en concordancia con el espíritu presidencialista que se ha identificado en la Constitución de 1886. Esto era claro en la forma como se elegían los magistrados de la Cortes Suprema de Justicia por parte del propio Presidente de la República.

¹¹³ TASCÓN, (1939), ob. cit., p. 265.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 5. En el prólogo a su primera edición de 1933, Tascón muestra cómo la construcción de la doctrina nacional ha sido fértil en derecho privado, pero poco productiva en derecho público. Aparte del tratado escrito por José María Samper que es catalogada como una exposición de motivos de la Constitución de 1886, no hay textos de derecho constitucional. Por ello es que he dicho que es una percepción inicial de nuestra doctrina sobre los alcances de la acción pública de inconstitucionalidad.

establecer esta acción y ello explica por qué no hay una historia nacional muy extensa respecto a su surgimiento como sí ocurría en la explicación del nacimiento de la casación.¹¹⁵

La exposición de este texto inaugural sobre el control constitucional a través de la acción pública y la función de guardián de la Constitución en cabeza de la Corte, nos revela que éste era una reacción a los abusos que se habían dado en el periodo de la Regeneración gracias a la propia ley 153 de 1887 que había establecido la presunción de constitucionalidad sobre todas las leyes. Las observaciones de Tascón no son las únicas que criticaron esta disposición de la ley 153, sino que este es un lugar común de nuestros textos de doctrina constitucional, incluso los más recientes. Se ha mostrado que dicha ley anulaba hasta su más mínima expresión el principio de la superlegalidad de la Constitución y que por lo tanto era algo completamente absurdo señalar que la Constitución estaba por debajo de la ley en sentido formal¹¹⁶. La presentación de la doctrina de derecho constitucional colombiano muestra que el establecimiento de una norma en el sentido de la ley 153 de 1887 no tenía ningún asidero jurídico y que era una contradicción con principios del derecho constitucional; la presentación desde el absurdo intentaba resaltar las contradicciones que se podían dar con una norma del estilo de la ley 153. Así, la doctrina se expresaba en los siguientes términos:

amparada en el sofisma de y escudada en el espíritu de partido, desquiciaba el principio de razonable rigidez y permanencia que todo constituyente ha de darle a su obra, de largas proyecciones hacia el futuro y de supremacía en el orden jurídico”¹¹⁷.

Además de ser una norma que reñiría con la lógica, hay un peligro que se resalta por el anterior doctrinante y es la poca estabilidad constitucional a la que puede llevar una disposición de este estilo. Nótese cómo Francisco de Paula Pérez resalta que uno de los problemas de esta disposición era la posibilidad que daba a que la Constitución fuese reformada por la ley, atentando nuevamente contra el principio de la superlegalidad del texto constitucional. Sin duda, esta presentación de los textos de derecho constitucional dejaban ver que era lógicamente insostenible una disposición al estilo de la consagrada en la ley 153 de 1887 a la cual se le había calificado de *extravagante*¹¹⁸ y que por lo tanto su reforma era absolutamente necesaria. Incluso, doctrina más reciente ha mostrado esta perspectiva de la necesidad de la reforma para romper con el absurdo que se presentaba en esta época y señala que con la reforma de 1910 se culminó la batalla para establecer de una vez por todas la suprallegalidad de la Constitución¹¹⁹.

El tono apologético a través del cual se defiende el establecimiento del control de constitucionalidad por vía de acción ha llevado a los constitucionalistas colombianos a presentar esta reforma como aquella que hizo primar al derecho superando “la tesis de que el Congreso, representante del pueblo, era un poder soberano”¹²⁰. Bajo esta perspectiva se ahonda aún más en la posición de mostrar como insostenible la situación jurídica anterior en donde operaba la

¹¹⁷ PEREZ (1967), ob. cit. p. 440.

¹¹⁸ En este sentido véase a ESGUERRA PORTOCARRERO (2004) ob. cit., p. 342.

¹¹⁹ GÓMEZ, LAUREANO. *El control constitucional en Colombia. Evolución histórica*. Bucaramanga, UNAB, 2001, p. 127.

¹²⁰ SÁCHICA, (1986), ob. cit., p. 139.

presunción de constitucionalidad de las leyes. Se está tratando de mostrar entonces que el establecimiento del control constitucional es un punto positivo en la evolución de lo jurídico –de ahí que se utilice un verbo como *superar*– hacia un régimen más adecuado. La nueva reforma debilita la presunción de la ley como el acto soberano y hace prevalecer algo abstracto llamado “derecho”. La perspectiva acá es que la Constitución es el verdadero derecho mientras que la ley simplemente es un acto político proferido por un grupo de personas asentadas en un Congreso. Las implicaciones que puede adquirir una afirmación de este tipo resultan llamativas y vale la pena detenerse en ellas: hablar de hacer prevalecer el derecho sobre la simple ley (voluntad política) es algo que legitima cierto tipo de decisiones en la medida en que las hace ver como algo neutral y desprovisto de una valoración subjetiva¹²¹. Las valoraciones subjetivas amenazan a los sistemas jurídicos al volverlos poco previsibles e inestables lo cual iría en contra de la seguridad jurídica, que es un valor que intentan proteger los ordenamientos jurídicos¹²². Así, decir que antes de 1910 no primaba el derecho sino solamente la ley puede dar la imagen de un periodo en el cual el ordenamiento jurídico colombiano no cumplía su cometido esencial de dotar de seguridad jurídica a las situaciones creadas. La reforma de 1910 y la aparición de la acción pública de inconstitucionalidad se convierte en un paso necesario para establecer el reinado del derecho y así éste podrá cumplir con sus notas esenciales. La doctrina constitucional nos muestra que la gran labor del constituyente de 1910 fue haber superado el absurdo de la situación planteada por la Ley 153 de 1887 que hacía perder al derecho una de sus notas esenciales –

¹²¹ Un ejemplo de lo anterior puede verse en el debate que se dio en la Corte Constitucional en octubre de 2005 alrededor del fallo sobre la constitucionalidad del Acto Legislativo de 2004 que permitía la reelección presidencial. El presidente de este alto tribunal insistió en los medios de comunicación que el fallo de la Corte sería en derecho y no en política. La actuación en derecho en este caso legitima su decisión como algo correcto y no fruto de vaivenes personales que pueden volver inseguro el sistema jurídico. La idea, para quienes sostienen esta posición, es que el sistema jurídico sea estable y previsible.

¹²² Para la protección de los positivistas a la idea de seguridad jurídica véase a BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. Barcelona, Debate, 1992. Para la defensa de un iusnaturalista de la seguridad jurídica véase a FULLER, Lon. “Positivism and fidelity to law: a reply to professor Hart” en *71 Harvard Law Review* 631 (1958).

seguridad jurídica—; esta exposición pierde de vista que había más intereses que la simple lucha por el reinado del derecho.

Presentada esta interpretación de nuestra doctrina constitucional, podría hacerse otra lectura con el fin de demostrar que los textos constitucionales y legales no necesariamente llevaban al absurdo. En primer lugar podría señalarse que tal como se ha mencionado anteriormente, el control constitucional no apareció en la reforma constitucional de 1910, sino que era un dispositivo que podía ser utilizado por el ejecutivo a través de la objeción de los proyectos de ley¹²³. No parece ser preciso afirmar que antes de 1910 se había echado al traste el principio de la superlegalidad de la Constitución; existió en 1886 otra forma a través de la cual se podía ejercer dicho control. Se trataba de un control previo que se ponía en funcionamiento por parte del ejecutivo al tener la posibilidad de objetar los proyectos de ley. Podría leerse que la Constitución de 1886 también tenía atado un discurso de supremacía, sino que el filtro era el poder ejecutivo. Como existía este filtro en cabeza del ejecutivo, la presunción de constitucionalidad de las normas había quedado establecida de una manera fuerte en los términos del artículo 6 de la Ley 153 de 1887¹²⁴. En este sentido, quisiera resaltar que el discurso que la doctrina constitucional presentó sobre la supremacía de la ley en el periodo entre 1886 y 1910, no es coherente con el hecho de que el gobierno nacional pudiera objetar los proyectos de ley. Si el discurso de la supremacía de la ley sobre la Constitución hubiera sido tan fuerte, es probable que ni siquiera existiera la posibilidad de que el presidente presentara objeciones.

¹²³ Esta era una facultad establecida en la Ley 61 de 1886 que había organizado temporalmente el poder judicial de la cual habíamos hecho mención en el capítulo anterior.

¹²⁴ De hecho, un argumento de este estilo defendiendo la supralegalidad de la Constitución se puede encontrar en

Ahora bien, es importante resaltar que una idea común dentro de nuestra doctrina constitucional e incluso dentro de la Corte Suprema de Justicia de inicios del siglo XX fue que ese control constitucional sobre los proyectos de ley era una función legislativa en cabeza de la Corte. De esta forma se diferenciaba por algunos entre este control y el que se atribuía con la reforma de 1910: este último se catalogaba como el ejercicio propio de la función judicial mientras que el primero no¹²⁵. En cierto sentido esta misma interpretación fue la acogida por la Corte Suprema de Justicia en sus primeros años de control constitucional en razón a que señaló que en aquellos casos en los cuales se demandaba una ley en ejercicio de la acción, su pronunciamiento no podía remitirse a la forma. Esto era así en la medida en que remitirse a la regularidad de los trámites usados en la expedición de la ley era ir a un momento en el cual ésta no existía. De esta forma, el control no era sobre la ley sino sobre el procedimiento para crearla; como el procedimiento para crearla se refiere al trámite legislativo, la Corte ejercía una función legislativa que estaba reservada únicamente a los casos en los cuales el Presidente objetara los proyectos de ley¹²⁶.

Teniendo en cuenta que el control constitucional hecho con anterioridad a 1910 se hacía sobre un proyecto de ley –es decir un control previo– el control constitucional de la época tenía la particularidad de no ser catalogado como judicial. El problema del control de la Constitución antes de 1910 era una responsabilidad del Congreso, el Presidente y de una especial atribución legislativa que tenía la Corte. La guarda de la Constitución no se realizaba por el ejercicio de la función judicial sino de la legislativa y por ello los proyectos de ley debían haber pasado anteriormente por un filtro de constitucionalidad que estaba encabezado por el Presidente. La

¹²⁵ COPETE LIZARRALDE (1960), ob. cit. p. 219.

¹²⁶ TASCÓN (1939), ob. cit., pp. 268-269.

doctrina del derecho constitucional optó por la estrategia de mostrar lo absurdo que era la situación precedente y por lo tanto señalaba la imposibilidad lógica de sostener un arreglo institucional de este tipo por ser errado. Mal haría un ordenamiento jurídico al basarse sobre el error y por ello, al determinar que hay figuras erróneas, su modificación se vuelve algo necesario. La aparición del control de constitucionalidad por vía de la acción pública es una figura que se defiende de esta manera perdiendo de vista que la función legislativa de la Corte y la potestad del Presidente eran la forma escogida por los regeneradores para sostener la preponderancia de la Constitución en el arreglo institucional de 1886.

En este punto de discusión teórica se ha podido ver cómo la doctrina presentó el arreglo jurídico de la Regeneración como absurdo en razón a no tener una forma de sostener la supralegalidad de la Constitución. La doctrina va a defender que el cambio constitucional de 1910 remedia esta situación “absurda”; sin embargo, hemos visto cómo es posible entender de una forma distinta la situación presentada con la Ley 153 de 1887. Se consagraba una presunción fuerte de constitucionalidad de las leyes por el hecho de que pasaba por un filtro de constitucionalidad radicado en cabeza del ejecutivo gracias a su posibilidad de presentar objeciones. En este punto, nuestra doctrina ha perdido de vista que en el discurso constitucional de la Regeneración no se rechazaba la supralegalidad de la Constitución. Simplemente la forma de hacerlo y la entidad encargada no satisfizo a los posteriores reformadores. Esto nos muestra el tipo de discursos protectores sobre figuras jurídicas que usa nuestra doctrina y que ellos no son las únicas posibilidades de explicación, siquiera formal, de las mismas. Pero la táctica del absurdo no fue ni ha sido el único discurso protector usado por la doctrina del derecho constitucional para presentar la necesidad en la aparición de la acción pública de

inconstitucionalidad; ahora pasamos a revisar la defensa de esta reforma desde la idea de la protección de los derechos de la ciudadanía.

2.2 La protección de los derechos

El otro lugar desde donde se ha defendido la aparición de la acción pública de inconstitucionalidad es desde la óptica de la protección de los derechos. Esta forma de exposición que también es posible encontrar en nuestra doctrina constitucional intenta mostrar que la aparición de la acción pública de inconstitucionalidad es la forma a través de la cual se iban a proteger los derechos y las garantías ciudadanas. De allí que se señale que la acción pública de inconstitucionalidad “es ante todo una de las más hermosas y trascendentales garantías concebidas por el Estado de derecho: la acción que habilita al ciudadano para impugnar nada menos que la propia ley, en defensa de sus derechos y sus libertades fundamentales”¹²⁷. Tal como se venía mencionando, el tono apologético de esta figura con la cual nuestra doctrina la explica ha girado igualmente en torno a mostrar que su aparición es una consecuencia de un discurso más democrático de protección a las garantías ciudadanas. En este punto, se afirma que antes de la reforma constitucional de 1910 que consagró la acción pública de inconstitucionalidad, la protección de los derechos fundamentales había sido prácticamente nula en Colombia. De ahí que la reforma de 1910 fuera necesaria para consolidar la Constitución.

“Se trataba, pues, fundamentalmente, de ganar para la Carta de 1886 la aceptación general que no había logrado conquistar en un cuarto de siglo, procurando que, antes que el autoritario instrumento de

¹²⁷ ESGUERRA PORTOCARRERO (2004), ob. cit., p. 320.

poder que había venido siendo, se irguiera como una Constitución genuinamente pluralista que fuera el sagrario de los derechos de todos y un vehículo eficaz para asegurar su protección y efectividad”¹²⁸.

Según estas exposición, la preocupación fundamental había sido, entonces, darle una verdadera validez a los derechos consagrados en la Constitución los cuales no se habían respetado. Y de hecho esta exposición del control de constitucionalidad se presentó desde sus inicios, específicamente en la obra de Eduardo Rodríguez Piñeres que se convirtió en uno de los principales defensores de la acción pública de inconstitucionalidad en su obra *Por el reinado del derecho*¹²⁹. El establecimiento de una jurisdicción constitucional podría traer diversas críticas; una de las principales es que, dada la primacía del cuerpo legislativo bajo el esquema de separación de poderes de la Regeneración, no iba a articularse de una manera sencilla una figura a través de la cual la Corte corregía las funciones del Congreso. En palabras de uno de los textos de derecho constitucional utilizados en este trabajo, concretamente el de Francisco de Paula Pérez, se señalaba que contra este proyecto se objetaba “que [iba] en contra la separación de las funciones del poder público; que [hacía] prevalecer la rama judicial sobre la legislativa e invalida[ba] las actuaciones de esta última; que conced[ía] atribuciones a la Corte Suprema, no hermanadas con su índole propia”¹³⁰.

Ante estas críticas que recibía el establecimiento de una jurisdicción constitucional en cabeza de la Corte Suprema de Justicia la doctrina constitucional respondió en su momento que era “la jurisdicción política de los jueces la que viene a garantizar los derechos fundamentales

¹²⁸ *Ibidem*, p. 336.

¹²⁹ RODRIGUEZ PIÑERES, Eduardo. *Por el reinado del derecho*. Bogotá, Imprenta La Luz, 1927.

¹³⁰ PEREZ (1967), ob. cit., p. 441

contra posibles atentados legislativos”¹³¹. Así las cosas, en el surgimiento de la acción pública de inconstitucionalidad y en la competencia jurisdiccional para declarar inexecutable normas con fuerza de ley pesó de una manera importante la justificación de su origen por el hecho de que se protegían los derechos y garantías ciudadanas. Sin embargo, esta justificación se hizo mostrando la existencia de un período anterior a la aparición de la acción pública de inconstitucionalidad en donde los derechos pasaban a un segundo plano, o simplemente no eran tenidos en cuenta por el gobierno: ello había ocurrido en la Regeneración. Se señalaba, entonces, que el sistema de control previo de la Constitución de 1886 no impidió que

“precisamente se expidier[a]n leyes inconstitucionales, algunas debidas nada menos que a la iniciativa del Poder Ejecutivo, [y por ello] la opinión pública se uniformó en el sentido de que debía buscarse una fórmula constitucional que pusiera coto a mal tan grave, la cual quedó consignada en la reforma de 1910”¹³².

Uno de los ejemplos que utiliza nuestra doctrina para mostrar la posibilidad de que el legislativo expidiera leyes inconstitucionales que habían sido de iniciativa del ejecutivo es la ley de los caballos –Ley 61 de 1888–. Esta ley se convierte en uno de los lugares más atacados por la doctrina del derecho constitucional en razón a que fue una ley cuyo fin fue la persecución de opositores políticos. El artículo 1 de la “ley de los caballos” señalaba lo siguiente:

“Facúltase al Presidente de la República: 1) Para prevenir y reprimir administrativamente los delitos y culpas contra el Estado que afecten el orden público, pudiendo imponer, según el caso,

¹³¹ *Ibidem*, p. 443.

¹³² RODRÍGUEZ PIÑERES (1927), p. 350.

las penas de confinamiento, expulsión del territorio, prisión o pérdida de derechos políticos por el tiempo que crea necesario. 2) Para prevenir y reprimir con iguales penas las conspiraciones contra el orden público y los atentados con la propiedad pública o privada, que envuelvan a su juicio, amenaza de perturbación del orden o mira de infundir terror entre los ciudadanos”.

Complementando las facultades que el Congreso Nacional le otorgaba al Presidente, el artículo 4 de la misma ley continuaba:

“El Presidente de la República ejercerá el derecho de inspección y vigilancia sobre las acciones científicas e institutos docentes; y queda autorizado para suspender, por el tiempo que juzgue conveniente, toda Sociedad ó Establecimiento que bajo pretexto científico o doctrinal sea foco de propaganda revolucionaria ó de enseñanzas subversivas”.

Teniendo en cuenta estas amplias facultades que se le habían otorgado al Presidente, se ha mostrado que el arreglo de las fuentes del derecho de la Regeneración, además de ser absurdo, tenía como consecuencia práctica el hecho de que a los regeneradores nada les importaban los derechos:

“Con relación a los derechos civiles y garantías ciudadanas, los regeneradores proyectaron **su concepción real** a través de la ley 61 de 1888, denominada por la prensa liberal como ‘Ley de los caballos’ [...] la cual con **el pretexto de combatir la anarquía** se convertiría en el instrumento jurídico de la reacción conservadora, para imponer la pena de destierro, la confiscación de bienes, la pérdida de los derechos ciudadanos que los radicales pretendían mantener [...] y la Constitución despojada de cualquier mecanismo de defensa sucumbía ante el embate de los detentadores del poder que **sólo** pretendían perpetuarse en su ejercicio”¹³³.

¹³³ GÓMEZ SERRANO (2001), ob. cit., p. 118 (el resaltado es añadido).

En las palabras que resaltamos se puede ver una especie de mito negro sobre el papel de la Regeneración en la protección de derechos¹³⁴. De forma similar a como se expone la cura de la Regeneración al caótico mundo federal, se señala la problemática situación generada por ella misma y el remedio al que se había llegado era la aparición de la acción pública de inconstitucionalidad en 1910. Para Laureano Gómez Serrano, en una de las pocas obras que existe en nuestro medio sobre el control constitucional desde una perspectiva histórica, parece que los regeneradores tenían una especie de conspiración para acabar con los liberales radicales, que eran quienes habían sido los opositores políticos de la Regeneración y partidarios de la federación. Al parecer, acabar con esta oposición política era lo único que motivaba las reformas de la Regeneración: la visión del autor llevaría a pensar que, por el hecho de que no había un control constitucional al estilo del de la acción pública, un deplorable gobierno autoritario se consolidaba con el único fin de perpetuarse en el poder eliminando la oposición. Como esa era su intención, en nada le preocupaban los derechos de los ciudadanos.

La mención a la “ley de los caballos” puede encontrarse en textos de principios del siglo XX¹³⁵ y en otros más recientes como el que citamos anteriormente, lo cual deja ver que la doctrina constitucional ha utilizado un mismo argumento en materia de derechos para sustentar la aparición de la acción pública de inconstitucionalidad. Este argumento señalaría que la existencia del artículo 6 de la ley 153 de 1887 sobre la presunción de constitucionalidad de las leyes fue la razón de la existencia de la “ley de los caballos”. De una manera importante, en el texto de Tascón, en cierta forma inaugural de la doctrina de derecho constitucional colombiano,

¹³⁴ Aclaro en este punto que no es extraño que así haya sido en la realidad. Sin embargo, las técnicas discursivas del ensombrecimiento de periodos pueden simplificar lo ocurrido en ese momento.

¹³⁵ Véase TASCÓN (1939), ob. cit., p. 265.

no se resalta ninguna ley más cercana a 1910 en donde se hubiera podido ver este tipo de abusos. En otras palabras, en la doctrina constitucional colombiana, al señalarse que la acción pública de inconstitucionalidad era la forma ideal de garantizar los derechos y las libertades que no se daban bajo la Regeneración, el ejemplo preferido fue la de la ley de los caballos, una ley proferida veintidós años antes de la reforma de 1910¹³⁶.

Así las cosas, lo que se quiere manifestar en este punto y respecto del argumento señalado por la doctrina es que al menos es probable sospechar que la expedición de la “ley de los caballos” no fue la única causa de la aparición de la figura que estamos trabajando. Como lo veremos más adelante, con posterioridad a la Guerra de los Mil Días –finalizada en 1902– Colombia entró en un periodo de colaboración política entre los dos partidos tradicionales que ni siquiera fue afectado por la presunta dictadura que se dio entre 1904 y 1909¹³⁷. En este periodo se garantizó, por ejemplo, la representación de las minorías políticas en el aparato estatal a tal punto que los ministros del gabinete eran miembros de los dos partidos colombianos. Si por un lado vemos cómo la situación de la Regeneración de eliminación de la oposición política fue reemplazada en 1904 por una colaboración entre los partidos, una simple causalidad con la “ley de los caballos” para la aparición de la acción pública de inconstitucionalidad pareciera estar simplificando un proceso jurídico-político dado en estos años en Colombia.

¹³⁶ Esto se puede constatar en los libros de derecho constitucional consultados y ya citados: TASCÓN (1939), (1962), COPETE LIZARRALDE (1957), SÁCHICA (1986), GOMEZ SERRANO (2001), ESGUERRA PORTOCARRERO (2004), ZAFRA ROLDÁN (1998). Igualmente ocurre con SANÍN GREFFEINSTEIN, (1971), ob. cit.

¹³⁷ Véase BERGQUIST, Charles. *Café y conflicto en Colombia (1886-1910). La Guerra de los Mil Días, sus antecedentes y consecuencias*. Bogotá, Banco de la República – El Áncora, 1999, pp. 293-392.

¹³⁸ Posiciones en este sentido pueden verse en la obra de BERGQUIST (1999), pero igualmente en: PALACIOS & SAFFORD. (2002), ob. cit., pp. 493 y ss, GUILLÉN MARTÍNEZ (2003), ob. cit. pp. 406-412 y SANTOS MOLANO, Enrique. “El quinquenio de la modernización” en *Revista Credencial Historia No. 175*. Bogotá, Julio de 2004.

Por otra parte, si bien dentro del discurso constitucional de la Regeneración era claro que la Constitución gozaba de una limitadísima aplicación a los casos concretos, también es cierto que había existido una discusión en la época que había intentado darle validez a los derechos. De hecho en la Ley 57 de 1887, que junto con la 153 de 1887 eran las leyes que organizaban las fuentes del derecho en Colombia, se consagró en el artículo 5 que “cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella”. Si bien la norma quería darle preponderancia a la Constitución y por ello a los derechos y garantías en ella consagrados, el discurso constitucional de la Regeneración con Samper a la cabeza le negó parte de su eficacia práctica¹³⁹. En efecto, sobre la aplicación directa de la Constitución se dijo que: “Reinaría en todas las cosas la inseguridad, nadie sabría a que atenerse, y ni aun habría razón para exigir responsabilidad a los que, por entender de cierta manera la constitución, violasen o dejasen sin su ejecución o aplicación las leyes que se les antojasen inconstitucionales”¹⁴⁰. Esta afirmación se entiende en la medida en que, como lo señalamos en el capítulo anterior, la fuente que adquirió preponderancia y había sido objeto de protección para sustentar la unidad nacional era la Ley.

Con el fin de proteger los derechos y evitar la aplicación caótica de la Constitución, se entendió que la norma debería aplicarse de manera restrictiva señalando que sólo se podía aplicar la Constitución cuando hubiera una violación de un derecho que ocasionara algún perjuicio. De este artículo 5 de la Ley 57 de 1887 se ha dicho que

¹³⁹ Recuérdese que la Ley 153 de 1887 había sido expedida con posterioridad a la Ley 57 de 1887 y en aquélla se establecía la presunción de constitucionalidad de las leyes y la obligación de los jueces a aplicarla aun cuando parecieran contrarias a la Constitución.

¹⁴⁰ SAMPER (1982), ob. cit., p.

“se restringió grandemente su alcance y se interpretó que solo en caso de violación del título III que redundase en perjuicio de alguna persona, podía el juez acatar la Constitución y no aplicar la ley contraria, y esto simplemente por la razón de que la Carta hace que un empleado público sea responsable de su infrigimiento solo en cuanto perjudique a ‘alguna persona’”¹⁴¹.

En este punto se da una pista de cuál era el discurso de la Regeneración en cuanto a derechos si se tiene en cuenta la tensión existente entre la preponderancia de la ley o la Constitución. En el título III que menciona Sanín se establecían los derechos civiles y garantías así que, incluso desde el escenario más restrictivo que se imaginara dentro de la Regeneración, las cláusulas referentes a los derechos iban a tener una especial preponderancia dentro de la Constitución.

Ahora bien, bajo el espíritu legalista que animaba a la Regeneración en su afán de lograr la unidad nacional, el artículo 52 de la Constitución de 1886 señalaba lo siguiente: “Las disposiciones del presente título [III] se incorporarán en el Código Civil como Título preliminar y no podrán ser alteradas sino por acto reformativo de la Constitución”. La preponderancia –al menos formal– que se le quería dar al capítulo sobre los derechos y la insistencia en la no aplicación a los casos concretos de la Constitución llevó a que se optara por esta solución: incorporar los derechos y garantías al Código Civil para que ellos pudieran ser aplicados¹⁴². Igualmente, si se tiene en cuenta que según el mismo artículo 5 de la ley 57 de 1887 se establecía una jerarquía entre los Códigos y se señalaba que el Civil prevalecía sobre los demás, se puede

¹⁴¹ SANÍN GREFFEINSTEIN (1971), ob. cit., p. 106.

¹⁴² En razón a que se le había quitado la posibilidad a los jueces de aplicar la Constitución directamente a los casos.

ver que la intención, al menos en un análisis formalista de los textos legales y constitucionales era dar una prevalencia a los derechos y garantías civiles¹⁴³.

De lo anterior se puede señalar que la Regeneración, en el arreglo institucional no guardaba silencio en cuanto a la protección de los derechos como gran parte de nuestros sectores de la doctrina lo han querido ver. Desde una interpretación textualista podría deducirse que quisieron guardar la preponderancia de los derechos y de allí que se incorporaran al Código Civil. Nuestra doctrina del derecho constitucional trata de basar su exposición en dos argumentos –el del absurdo y el de la nula protección de los derechos– que parecen ignorar un problema más de fondo que estaba en los proyectos políticos de 1910 y que puede ayudar a dar otra perspectiva de la aparición de una figura como la acción pública de inconstitucionalidad. El autoritarismo traído por la Regeneración so pretexto de ordenar el caótico mundo federal no era ya de recibo por los partidos políticos desde principios del siglo XX. En la siguiente sección pasamos a explorar el ambiente político que rodeó la reforma constitucional de 1910 con el fin de mostrar que en la aparición de esta figura hay más que una corrección a una situación absurda en donde los derechos no se protegían.

3. Los movimientos políticos colombianos a inicios del siglo XX

En la historia política colombiana, el periodo entre 1886 y 1930 se ha conocido como el de la hegemonía conservadora. Con ello se ha querido hacer referencia a un periodo en el cual

¹⁴³ Véase una posición tímida en donde se señala que de hecho sí hay una preponderancia de los derechos así sea reducida en SANÍN GREFFEINSTEIN (1971), ob. cit., p. 107.

estuvo en el poder este partido político¹⁴⁴. Sin embargo, la dinámica que adquirió este periodo se puede ver claramente diferenciada entre lo que ocurrió antes y después de la Guerra de los Mil Días. El periodo que va hasta el final de la Guerra de los Mil Días se entiende como un periodo donde se deja ver la secuela de la Regeneración, mientras que de 1903 en adelante se entiende como un periodo próspero y pacífico en Colombia¹⁴⁵. De allí que, para el periodo histórico en el que aparece la acción pública de inconstitucionalidad sea importante entender el conflicto armado entre 1899 y 1902 que se conoció como la Guerra de los Mil Días.

Este fue un conflicto entre la coalición que representaba la Regeneración y la oposición a ella representada por los liberales radicales que conservaban la intención de sostener un proyecto político de un estado federado. Algunos historiadores han señalado que este conflicto armado fue una de las consecuencias más funestas de las reformas centralistas y autoritarias que trajo consigo la Regeneración¹⁴⁶. Fue uno de los conflictos bélicos más violentos que atravesó Colombia en su historia y de hecho marcó un cambio entre la forma como se habían conducido las guerras civiles durante el siglo XIX. Éstas generalmente eran breves conflictos que terminaban al poco tiempo de iniciados, entre otras por la escasez de recursos de los bandos en conflicto. Sin embargo, esta guerra civil se prolongó, entre otras, por la táctica de guerra de guerrilla utilizada por la oposición al gobierno y de ahí que durará más de dos años, murieran aproximadamente cien mil personas y se vieran amenazados los fundamentos sociales de la vida en Colombia¹⁴⁷.

¹⁴⁴ PALACIOS & SAFFORD (2002), ob. cit., p. 493.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 495.

¹⁴⁶ BUSHNELL (1997), ob. cit., p. 207

¹⁴⁷ BERGQUIST (1999), ob. cit., pp. 206-207.

Una de las causas señaladas como detonadoras de la Guerra de los Mil Días fue la Constitución de 1886 como expresión del proyecto regenerador. La Constitución de 1886 se había visto como un arreglo institucional que había dejado excluido a los liberales radicales que habían sido derrotados militarmente en 1885 cuando Núñez declaró “muerta” la Constitución de 1863. Con respecto a este factor excluyente que dominó el arreglo constitucional de la Regeneración se ha dicho lo siguiente:

“Pero la Constitución fracasó como base de ese acuerdo, al excluir a un importante sector de la clase dirigente de toda posibilidad de participar en la dirección del Estado y al ser utilizada por los conservadores e independientes como un instrumento que permitiera mantener indefinidamente el poder en sus manos, y en particular el control de un estado cuya función tradicional de dispensador de cargos público y prebendas no era fácil de descartar. [...] Además, el hecho de que la oposición liberal quedara en la práctica sin posibilidades de ganar por medios electorales el poder, convertía la guerra civil en una tentación permanente”¹⁴⁸.

Así las cosas, si la idea que movió a la Regeneración para revisar la Carta Política de 1863 había sido el desorden y la dispersión de competencias en cabeza de los estados soberanos que aquella había traído, en los primeros años del siglo XX el problema identificado con la Constitución de 1886 era la exclusión de la oposición. De allí que se señale que una de las razones para que la oposición viera en la guerra civil una constante tentación era que no encontrara forma de ejercer la política dentro de los canales institucionales del estado. En términos generales, el estallido de esta guerra ha sido asociado con una incapacidad en materia

¹⁴⁸ MELO (2004), ob. cit., www.lablao.org/blaavirtual/historia/colhoy/colo5.htm

económica y política de la Regeneración de lidiar con la caída en los precios internacionales de café y la oposición liberal respectivamente¹⁴⁹.

En cuanto a la crisis económica, la caída de los precios del café había hecho que hubiera menos dinero circulante para comprar producto y por lo tanto las importaciones cayeron radicalmente hacia 1899. Al caer las importaciones, el estado dejó de percibir el dinero que cobraba por derechos de aduanas, lo cual a su vez generó una imposibilidad del gobierno central de pagar sus empleados¹⁵⁰. Los compromisos de pago del estado habían crecido debido a las políticas de Regeneración que habían aumentado las responsabilidades del gobierno central al haber llevado a cabo su proyecto centralizador. De allí la crítica a la política fiscal de la Regeneración¹⁵¹.

En lo que se refiere a la crisis política se reiteraba hacia 1899 la incomodidad de los liberales al no encontrarse representados en los cuerpos de elección popular. Por ello, dicho partido había presionado al gobierno para que cursara en el Congreso un proyecto de ley de minorías políticas que pudiera asegurar la representación de ellas en los cuerpos colegiados. Sin embargo, la ley propuesta por los liberales se debía discutir en el Congreso en sesiones extraordinarias que el presidente se había comprometido a convocar. El presidente finalmente no convocó a dichas sesiones y ello dejó a una representativa ala de los liberales con el convencimiento de que los cambios políticos no se iban a poder dar por las vías institucionales¹⁵².

¹⁴⁹ BERGQUIST (1999), ob. cit., p. 166.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 167.

¹⁵¹ PALACIOS & SAFFORD (2002), ob. cit., p. 461.

¹⁵² Al respecto se puede ver MELO (2004), ob. cit. y también BERGQUIST (1999), ob. cit., p. 179.

De esta forma, una de las motivaciones de la Guerra de los Mil Días fue el enfrentamiento contra el esquema de poder y las políticas que se habían implantado en la Regeneración. Entre 1899 y 1902 se desarrolló este conflicto armado que tuvo como consecuencia el triunfo del gobierno y la derrota de los liberales, pero igualmente mostró que el esquema de la Constitución de 1886 tenía que ser reformado para evitar esta clase de conflictos. Lo anterior si se tiene en cuenta que a la terminación de la Guerra de los Mil Días se dio otra consecuencia desagradable para las elites colombianas que habían pregonado hacia finales del siglo XIX la idea de la unidad nacional: la pérdida de Panamá lo cual representaba, más allá de la integración cultural de Panamá con el resto del territorio y población colombiana, un desmembramiento del territorio en desmedro de la identidad nacional en construcción¹⁵³. La responsabilidad se le atribuía a la Regeneración que había sido especialmente intolerante con sus competidores políticos de lo cual da fe la “ley de los caballos” que mencionamos anteriormente. Así que los gobiernos con posterioridad a la Guerra de los Mil Días decidieron hacer una coalición bipartidista con el fin de poner por encima de los intereses del partido los de la Nación y gobernantes del partido conservador invitan al partido opositor, el liberal, a formar parte del gobierno. La movida no era nueva en Colombia ni iba a ser la última: “Como ya había ocurrido medio siglo antes y volvería a ocurrir medio siglo después, la inflexión autoritaria provocada por los desvaríos de los refinados *gentlemen and scholars* que capitaneaban los partidos colombianos se veía frustrada por la reconciliación de éstos en un esfuerzo común por salvar las instituciones”¹⁵⁴.

¹⁵³ BUSHNELL (1997), ob. cit., p. 212.

¹⁵⁴ HALPERIN DONGHI, Tulio. *Historia contemporánea de América Latina*. Madrid, Alianza Editorial, 1998, p. 353.

De esta forma, se ha dicho que después de la pérdida de Panamá los odios sectarios pasaron a un lado para lograr una colaboración bipartidista en el poder y por ello quienes se perfilaban como intransigentes con la oposición no podían tener cabida en este nuevo arreglo institucional. Una muestra de lo anterior se puede ver en 1903 cuando el Ministro de Gobierno objetó a través de un decreto el nombramiento hecho por el Tribunal Superior de algunos jueces para el circuito de Cundinamarca porque estos últimos se habían levantado en armas contra el Gobierno en la época de la guerra. El Presidente de la República inaplicó el decreto y su ministro terminó saliendo del gabinete ministerial. Lo anterior deja en claro el espíritu de concordia que al parecer los políticos estaban dispuestos a aplicar para esa época¹⁵⁵.

La preocupación inmediata de los gobiernos en esta primera etapa del siglo XX fue la recuperación económica de Colombia después de la Guerra, la posibilidad de que el país se insertara dentro de las redes económicas mundiales y que se diera inicio a un proceso de industrialización. Esto fue lo que ocupó al gobierno que se conoció como “el quinquenio de Reyes” entre 1904 y 1909. A pesar de señalarse que en este periodo hubo una dictadura por parte del presidente del quinquenio y que por ello fue derrocado, se menciona igualmente que el avance de este periodo hacia la industrialización en Colombia fue notable y que fue hecho bajo unas ideas de cooperación bipartidista¹⁵⁶. Igualmente, hacia este periodo en el que gobernaba Reyes se empezó a negociar un tratado entre Estados Unidos, Colombia y Panamá con el fin de aclarar los términos de la indemnización que se le pagaría a Colombia por la pérdida del istmo¹⁵⁷. Lo que parece importante resaltar en este punto es que no hay un consenso en torno al

¹⁵⁵ BERGQUIST (1999), ob. cit., pp. 314-315.

¹⁵⁶ GUILLÉN MARTÍNEZ (2003), ob. cit., p. 408.

¹⁵⁷ PALACIOS & SAFFORD (2002), ob. cit., p. 515.

carácter autoritario del gobierno de Reyes quien, más allá de haber clausurado el Congreso¹⁵⁸, se valió de una Asamblea Constituyente de representación bipartidista para llevar adelante sus proyectos políticos¹⁵⁹. Por otra parte, resulta llamativo el hecho que Reyes sale del poder cuando pretende perpetuarse en él –aunque la propia Asamblea bipartidista había aceptado que se quedara en el poder– y renuncia tomando un exilio voluntario, justamente en el momento en el cual la economía colombiana empezaba por una senda de progreso. En algunas interpretaciones se señala que las elites partidistas se desprenden de él por no ser una persona de elite sino un militar experimentado que había ganado enorme popularidad después de la Guerra de los Mil Días y podría ser peligroso para los intereses de las elites¹⁶⁰.

Depuesto Reyes, el espíritu colaboracionista entre partidos sigue siendo una parte fundamental de la política colombiana. Tanto es así que para 1910 se convoca a una Asamblea Nacional Constituyente con el fin de que reformara la Constitución de 1886. A pesar de que podría pensarse que la Asamblea Constituyente le estaba contestando a la dictadura de Reyes entre 1904 y 1909, ésta lo que intentó fue llevar al nivel de una reforma constitucional los cambios que se habían empezado a presentar con posterioridad la Guerra de los Mil Días y como reacción a la Regeneración. Y, tal como Tascón lo afirma tímidamente en 1939, la idea era tratar de blindarse contra el orden institucional de la Regeneración que se representaba a través de la “ley de los caballos”¹⁶¹. Las prácticas del quinquenio se consolidaron con posterioridad a 1910 en razón a que, para la época, los partidos habían desarrollado un acuerdo ideológico que se

¹⁵⁸ Cabe señalar que el motivo de la clausura del Congreso fue por el hecho de que sus reformas económicas modernizadoras que catalogaba como prioritarias se habían estancado. (SANTOS MOLANO, ob. cit.).

¹⁵⁹ RIOS PEÑALOZA, Gilma. “Las constituyentes de 1905 y 1910” en *Revista Credencial No. 13* <http://www.banrep.gov.co/blaavirtual/credencial/enero1991/enero1.htm>. Bogotá, Enero de 1991. (Recuperada el 13 de octubre de 2005).

¹⁶⁰ HALPERIN DONGHI (1998), ob. cit., p. 353.

¹⁶¹ Véase supra nota 95.

caracterizaba por su oposición a la Regeneración: se denominó la Unión Republicana y abogaba por ideales de gobiernos bipartidistas, tolerancia religiosa y el modelo del *laissez faire* económico¹⁶². Es decir que se intentó reaccionar contra las prácticas que se habían catalogado como viciosas en la Regeneración y que habían sido identificadas como la causa de la iniciación de la Guerra de los Mil Días y la pérdida de Panamá.

El resultado final de esta época en la cual se trató de establecer la unión y la concordia entre los partidos fue el Acto Legislativo No. 3 de 1910 en donde se reformó la Constitución de 1886 en puntos esenciales que la habían inspirado. Por ejemplo: suprimió la pena de muerte, consagró la reunión anual del Congreso y los magistrados de la Corte Suprema de Justicia ya no iban a ser vitalicios –sino elegidos por un periodo de cinco años– . Modificó el artículo 121 al disponer que en el estado de sitio el presidente no podía derogar las leyes vigentes, sino sólo suspenderlas y los decretos legislativos que hubiere dictado dejarían de regir al restablecerse el orden público. Y, como ha sido tema de este capítulo, estableció la acción pública de inconstitucionalidad para que la Corte Suprema hiciera prevalecer el principio de supralegalidad de la Constitución 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 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”.

¹⁶² BERGQUIST (1999), ob. cit., p. 370.

Hay posiciones que en nuestro medio han afirmado que la reforma de 1910 es una simple corrección que complementa a la Constitución de 1886. [DL3]Estas visiones relatarían una especie de continuidad entre la reforma de 1886 y la de 1910 ya que esta última eliminó lo malo y sacó a relucir lo bueno: “En medio de esta atmósfera se reunió la Convención Nacional de 1910; su tarea era **complementar** la Constitución de 1886 y darle la vida que el art. 6 de la ley 153 de 1887 y la connivencia pecaminosa del ejecutivo y legislativo dictatoriales habían impedido”¹⁶³. Incluso, en algunos lugares se puede encontrar que la “verdadera” vigencia de la Constitución de 1886 empezó a partir de la reforma de 1910.

“Muchas de las reformas llevadas a cabo durante el quinquenio no tuvieron trascendencia, las que efectuó la Constituyente de 1910 fueron de importancia capital. Podría decirse que la verdadera Constitución de Colombia, producto del consenso nacional, fue la resultante de esta reunión. La Constitución del 86 sólo empezó a tener vigencia real cuando de ella se eliminaron elementos autoritarios y los colombianos dejaron de verla como el triunfo de los vencedores sobre los vencidos, y esto sólo se logró en 1910”¹⁶⁴.

Sin embargo, como lo hemos sostenido a lo largo de esta sección, los arreglos políticos que dieron como resultado la reforma de 1910 no eran necesariamente compatibles con los de la Regeneración. En el capítulo anterior veíamos que una de las metas de este movimiento político había sido el de la centralización del poder a través de unos mecanismos autoritarios que pretendían lograr la unidad que se había perdido con el régimen federal. En el punto que venimos tratando sobre la acción pública de inconstitucionalidad se quiere proponer una lectura distinta y

¹⁶³ SANIN GREIFFEINSTEIN (1971), ob. cit., p. 109 (resaltado fuera de texto).

¹⁶⁴ RIOS PEÑALOZA (1991), ob. cit.

es que ésta no era un complemento a la Constitución de 1886, sino una reacción, como aparece más claramente de la revisión de historia hecha.

Si la Regeneración basaba su unidad en la interpretación uniforme de la ley y en la protección de ella a través de la casación, la desconfianza hacia el legislativo aparece en este periodo y se diseña un instituto para atacar la misma fuente jurídica desde donde la Regeneración y la Corte parecían defender el proyecto unificador. La acción pública de inconstitucionalidad se convirtió en una forma de hacer un control sobre las fuentes del derecho incluso si se estaba fuera del gobierno. La omnipotencia legislativa era algo contra lo que los reformadores de 1910 estaban luchando; dicha omnipotencia legislativa se articulaba muy bien con el recurso de casación cuya resolución estaba a cargo de la Corte Suprema. Dicho recurso protegía la ley. El discurso que se presentaba ahora era distinto: se tenía que luchar contra el legislador que podía proferir leyes que atentaban contra los intereses políticos de la oposición.

4. La acción pública de inconstitucionalidad en el contexto de la colaboración bipartidista

Si para el movimiento de la Regeneración que dio como resultado la Constitución de 1886 el discurso del orden y la unidad fue su bandera política, para el de 1910, como hemos señalado, la preponderancia fue de un discurso de colaboración de los partidos en el poder y de la democratización de la Constitución de 1886. Más allá de lo absurdo jurídicamente de la igualdad formal entre la ley y la Constitución o la inconveniencia de la no protección de los derechos por la Constitución de 1886 –argumentos que no necesariamente son los únicos correctos como sostuvimos más arriba–, la aparición de la acción pública de inconstitucionalidad se constituyó principalmente en un mecanismo para que la oposición tuviera las posibilidades de censurar los

actos que podían ser orquestados por el Ejecutivo o el Legislativo. De esta forma se intentaba institucionalizar un espacio para ejercer legalmente la oposición política. De allí que se haya sostenido que en 1910 se termina escribiendo en el texto constitucional las reformas que ya eran un clamor desde hacía una década¹⁶⁵.

Ahora bien, teniendo en cuenta la época en que aparecía la posibilidad para un ciudadano de interponer la acción pública de inconstitucionalidad, es trascendental para el argumento resaltar que esto debía ser una discusión de las elites representantes de los partidos que habían visto las consecuencias de estar excluidos del gobierno en el periodo de la Regeneración. Como la acción solamente la podían ejercer los ciudadanos ante la Corte Suprema de Justicia que funcionaba en Bogotá, ello quería decir que la apertura en la participación no era hacia cualquier persona que quisiera demandar la norma. Las normas sobre la ciudadanía señalaba que para ser ciudadanos se requería:

1. Ser colombiano varón, mayor de veintiún años;
2. Ejercer profesión, arte u oficio, o tener ocupación lícita u otro medio legítimo y conocido de subsistencia¹⁶⁶.

Ahora bien, si bien las normas sobre ciudadanía parecen ser amplias –sin perjuicio de la exclusión de las mujeres–, es necesario señalar que para poder ejercer esta acción directamente era necesario saber leer y escribir, se podría encontrar que las personas que podían ejercer esta

¹⁶⁵ Esto era lo que se señalaba en el acta inaugural de la Asamblea Nacional de 1910 citada por ESGUERRA PORTOCARRERO (2004), ob. cit., p. 336.

¹⁶⁶ PEREZ (1967), ob. cit., p. 161.

acción era un número reducido teniendo en cuenta las tasas de analfabetismo en el país¹⁶⁷. Bajo esta perspectiva, la acción pública de inconstitucionalidad se convertía en una forma de control ciudadano a la actividad de legisladores y el Presidente de la República, pero con las posibilidades reales de ser ejercida por un reducido grupo de la población¹⁶⁸. No sería errado afirmar que la acción pública se convertía en el lugar en el cual, un partido político o una facción de ellos que quedara excluida de un régimen iba a poder estar controlándolo a través de esta figura. El legislador, que había sido capaz de expedir en algún momento la “ley de los caballos”, iba a ser objeto de control político de aquellos que quedaran fuera del gobierno.

El espíritu colaboracionista entre los diferentes partidos abrió la posibilidad de que se institucionalizaran campos para el ejercicio de una eventual oposición política en Colombia a principios de siglo. Si bien a partir de 1910 se había establecido la colaboración entre los dos partidos y existía el principio de la representación minoritaria que aseguraba la existencia de representantes de ambos partidos en los cuerpos legislativos del país¹⁶⁹, no se debe ignorar el hecho de que la propuesta de la acción pública de inconstitucionalidad era de los liberales, quienes desde 1890 habían abogado por la introducción de esta acción¹⁷⁰. Ellos mismos habían quedado excluidos en la Regeneración y además eran una minoría electoral en el país y de hecho lo fueron hasta la elección popular del primer presidente liberal del siglo XX en 1930¹⁷¹. Así las cosas, al ser una minoría en el Congreso existía el riesgo de no poder impedir la aprobación de

¹⁶⁷ Se señala que para las primeras décadas del siglo XX las tasas de analfabetismo en Colombia eran superiores al 70%. Véase KALMANOVITZ, Salomón & LOPEZ, Enrique. *Instituciones y desarrollo agrícola en Colombia a principios del siglo XX* en <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra197.pdf>, S.F. Recuperado el 23 de enero de 2006.

¹⁶⁸ Recuérdese que para esta época no existía el Consejo de Estado y el control estaba concentrado en la Corte Suprema de Justicia.

¹⁶⁹ BERGQUIST (1999), ob. cit., p. 369

¹⁷⁰ ESGUERRA PORTOCARRERO (2004), ob. cit., p. 332.

¹⁷¹ PALACIOS & SAFFORD (2002), ob. cit., p. 535. Incluso la elección de Enrique Olaya Herrera se le atribuye a la división del conservatismo para las elecciones.

leyes que fueran en contra de sus intereses. Ante esto, la acción pública de inconstitucionalidad podría ser un remedio a la posición minoritaria del liberalismo. De allí se entiende la defensa enconada que el liberalismo hizo de esta figura.

En efecto, el partido liberal que había sido el promotor de esta reforma mostraba un desencanto con la idea de que el legislativo quedara sin frenos a sus actuaciones; de allí que se criticara el hecho de que se tuviera una desmedida fe en las asambleas legislativas como representantes de la voluntad de todos los intereses¹⁷². La queja con respecto a las asambleas legislativas era el hecho de que en nuestros países suramericanos aquellas quedaban controladas por el ejecutivo y podían ir en perjuicio de los intereses de sectores minoritarios. Así, Rodríguez Piñeres se pronunciaba en 1927 con respecto a este problema, señalando que se debía poner un freno a las actuaciones del Congreso ya que éste es “elegido bajo la decisiva influencia del Poder Ejecutivo, que encarna el triunfo armado de un partido político sobre otro u otros. En tales países [suramericanos] hay que buscar en la integridad de la Constitución, como lo dice Martínez Silva ‘el único recurso contra todos los absolutismos y todas las usurpaciones’”¹⁷³. Así, esta defensa se constituye como una con tinte más político en el sentido de entender que la acción pública podría garantizar una forma de hacer control político por parte de los ciudadanos cuyas voluntades no quedarán expresadas en el proceso democrático de las mayorías. Era el caso de los liberales de la época.

En este sentido se podría decir que la aparición de la protección constitucional a través de la acción pública no se constituye tanto como la forma de proteger al verdadero pueblo, sino la

¹⁷² RODRIGUEZ PIÑERES (1927), p. 337.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 346.

manera como las minorías logran protegerse de las decisiones mayoritarias. Esta conclusión va de la mano con aquello que señala Fioravanti respecto de la aparición de los controles constitucionales en Europa al señalar:

“La nueva supremacía constitucional de la constitución y el consiguiente amplio papel del control de constitucionalidad que, como hemos visto, caracterizan a los Estados constitucionales modernos, no parecen derivar tanto de la pretendida superioridad del sujeto autor de la constitución, el pueblo o la nación, cuanto de la necesidad, fuertemente sentida en las sociedades pluralistas contemporáneas, de individualizar un *límite seguro* a las pretensiones de la mayoría”¹⁷⁴.

Los efectos que este arreglo político tiene en la teoría del estado no son tan lógicos como la doctrina del derecho constitucional colombiano muestra. La discusión que se presenta sobre el control de constitucionalidad era una cuestión de decidir quién era el cierre del sistema; si el Congreso de la República o la Corte Suprema luego de una demanda ciudadana. En este sentido, la discusión doctrinal era una respuesta a cuál era el cierre del sistema. De ahí que sostener una continuidad entre el proyecto Regenerador y el de la Unión Republicana de 1910 resulte complejo. Las posiciones jurídicas de estas dos son antagónicas ya que la primera sostendría que:

“El Congreso no podía expedir leyes inconstitucionales, por simple imperativo moral, ya que los legisladores se hallaban vinculados por juramento a la salvaguardia de la carta constitucional, así como el hecho de que sólo al Congreso competía interpretar la Constitución, y por consiguiente no le era dable a ningún individuo enjuiciar sus actos, so pena de traspasar el umbral hacia la anarquía”¹⁷⁵.

¹⁷⁴ FIORAVANTI, Maurizio. “Estado y Constitución” en FIORAVANTI, Maurizio (ed). *El estado moderno en Europa*. Madrid, Trotta, 2004, p. 40.

¹⁷⁵ GÓMEZ SERRANO (2001), ob. cit., pp. 127-128.

Esta posición de defensa de la ley subyacente al establecimiento de la casación, se oponía a aquella del ataque a la misma por parte de los ciudadanos –y entiéndanse éstos especialmente como opositores– representada por la acción pública de inconstitucionalidad. La defensa de la ley era una cuestión que se veía reflejada en la casación. Estas dos herramientas jurídicas, inspiradas por dos momentos políticos distintos, el uno centralizador y concentrador del poder y el otro garantizador de la oposición política, convivieron en nuestro ordenamiento jurídico a través del tiempo inspirando la función de una institución: la Corte Suprema de Justicia. No resulta del todo sorprendente, después de esta revisión histórica, que el contenido del concepto “separación de poderes” en Colombia no sea fijo y haya distintas formas de entendimiento. A ello pasamos en la siguiente parte de este trabajo con el fin de revisar la teoría de la separación de poderes subyacente a la casación y a la acción pública de inconstitucionalidad que conviven en nuestro ordenamiento jurídico en una permanente tensión y que se expresan en las diferentes exigencias que se hacen respecto de la función judicial.

IV. Algunas conclusiones teóricas sobre la indeterminación en la separación de poderes

1. Introducción y estructura de este capítulo

Hasta acá hemos visto que los textos de derecho procesal y constitucional han utilizado diversos dispositivos que hacen perder de vista que la aparición de la casación o de la acción pública de inconstitucionalidad no fue simplemente cuestión de hacer evolucionar un sistema jurídico. Se trataba del surgimiento de instituciones que tenían que ver con concepciones políticas específicas que una comunidad proyectaba con respecto al órgano que debía ser el cierre del sistema jurídico. Hemos visto que la casación, a través de la defensa de la ley, se entiende en Colombia bajo la voluntad política de la Regeneración de querer centralizar y concentrar el poder bajo el argumento de que el federalismo había traído el caos a la nación. Por su parte, hemos visto que la aparición de la acción pública de inconstitucionalidad hace parte de un proyecto político de reacción contra la intransigencia política heredada de la Regeneración y hace parte de la idea de una colaboración amplia en el control de poder por parte de los partidos políticos colombianos. La acción aparece como una garantía para las minorías políticas para hacer frente a leyes o decretos legislativos que resultasen en su perjuicio.

Así las cosas, en el presente capítulo se quiere sostener que tal como los proyectos políticos eran disímiles en 1886 y 1910, también cada uno de ellos traía distintas concepciones en torno a la separación de poderes y al papel de la Corte Suprema en ella. La idea de separación de poderes que sustenta una y otra institución no necesariamente es la misma. La casación es una

herramienta protectora de la ley mientras que la acción pública es un instrumento a través del cual se parte de la sospecha de la misma. Estas dos concepciones generan muchas contradicciones en lo que pedimos sobre la labor de las altas cortes y de ahí que se genere una tensión. Habiendo ya revisado los proyectos políticos que sustentaron el nacimiento de los recursos más importantes que desarrolló la Corte Suprema de Justicia durante el siglo XX, es posible rastrear de una manera más fácil estas distintas concepciones.

Para ello el capítulo tendrá tres partes: en una primera se mostrarán diferentes esquemas sobre la organización del poder difundidos en nuestro medio. Posteriormente se explorará cuál es el papel atribuido a la Corte Suprema de Justicia de acuerdo con un esquema de separación de poderes que se ataba a los proyectos revolucionarios franceses y a la introducción de la casación en Colombia. Este esquema está ligado con la perspectiva de la superioridad del cuerpo legislativo heredada de la Revolución Francesa. En una última parte se tratará de revisar otra posición sobre el papel del juez en el marco de un esquema distinto de la separación de poderes en la cual se desenvuelve la aparición de la acción pública de inconstitucionalidad. Este esquema obedece al encontrado en textos clásicos como el de Montesquieu o *El federalista* que expresan la idea de pesos y contrapesos.

2. Posibilidades de lectura de la organización de los poderes

Existen diferentes esquemas a través de los cuales se ha concebido la organización de los poderes al interior de los estados modernos. Uno de los lugares obligados desde donde se habla generalmente de este tema es el texto de Montesquieu llamado *El espíritu de las leyes*. Sin

embargo, no solamente es en este escrito donde se fundamenta la organización de los poderes en los estados modernos. En esta sección expondré tres esquemas que se han concebido para la distribución de los poderes en el estado: i) el primero de ellos se deriva de los postulados de Rousseau y de lecturas que se hicieron de *El contrato social* concentrando el poder en el cuerpo legislativo; ii) la segunda forma que expondré es una que aparece en *El espíritu de las leyes* de Montesquieu que es el sistema de los pesos y contrapesos; iii) la tercera y última forma a la cual se hará alusión en esta sección es a la idea de la colaboración armónica, típica manera como los estados dirigistas del siglo XX afrontaron el problema del poder al interior del estado.

2.1. Teoría concentradora del poder

La idea de la preponderancia de la ley es una lectura que se ha desarrollado a partir de lo señalado por Rousseau en *El contrato social*. En dicha obra se puede percibir la gran importancia concedida a la expresión de la voluntad general: la ley es un acto de la voluntad general y ésta la expresión de la voluntad de cada uno de los ciudadanos. Podría señalarse, según Rousseau, que no hay diferencia entre la voluntad general y la de cada uno de los ciudadanos y de allí que nadie pueda estar por encima de las leyes: “no son éstas sino manifestaciones externas de nuestras voluntades”¹⁷⁶.

Un punto en el cual Rousseau quiso resaltar la importancia de la ley fue en lo referente a la idea de la representación del pueblo. La teoría de Rousseau expuesta en *El contrato social* señalaba que se podía garantizar que cada una de las leyes expedidas por el legislativo fuera una verdadera expresión de la voluntad general en la medida en que el pueblo las ratificara. Si no

¹⁷⁶ ROUSSEAU, Jean Jacques. *El contrato social*. Madrid, Espasa, 1998, pp. 69-70.

había una ratificación directa por parte del pueblo y se dejaba que sus representantes expidieran la ley que quisieran, esta última difícilmente podía ser considerada como la representación de la voluntad general:

“Toda ley no ratificada en persona por el pueblo es nula; no es una ley. El pueblo inglés cree ser libre: se equivoca mucho; no lo es sino durante la elección de los miembros del Parlamento; pero tan pronto como son elidos es esclavo, no es nada. [...] La idea de los representantes es moderna: procede del gobierno feudal, de ese inicuo y absurdo gobierno en el cual la especie humana se ha degradado y en la cual el nombre de hombre ha sido deshonrado. [...] De cualquier modo que sea, en el instante en que un pueblo se da representantes ya no es libre, ya no existe”¹⁷⁷.

Para Rousseau la representación era una forma a través de la cual los ciudadanos cedían parte de su libertad y de allí que cuando la ley se expedía solamente por los representantes, este acto ni siquiera podía llamarse ley. El énfasis en la ley se da por ser la propia expresión de quienes componen el cuerpo político.

Ahora bien, esta idea de la preponderancia de la ley se fue desplazando también hacia la supremacía del cuerpo legislativo en la organización del poder. De allí que cuando se ha tratado de revelar cuáles son las estructuras características de los estados que se construyeron inspirados en las ideas de la Revolución Francesa, se señale como rasgo esencial la supremacía de las Asambleas Legislativas.

“La nueva organización socio-política [tenía] que ser democrática, en oposición a la decrepita organización estamental, es decir, [tenía] que expresar la voluntad general de la nación, al cual tiene

¹⁷⁷ *Ibidem*, pp. 125-126.

su único y conveniente instrumento de expresión en la representación de la voluntad; el nuevo Parlamento es por tanto el depositario de la voluntad general y su voz en el terreno normativo –la ley– se identifica con la voluntad general; el principio de legalidad, es decir, la conformidad con la ley de toda manifestación jurídica, se convierte en regla fundamental de toda democracia moderna”¹⁷⁸.

La ley –y con ella la rama legislativa– ha sido vista en la modernidad como una piedra angular de las democracias por representar la voluntad general y de allí la inclinación a proteger los logros de los revolucionarios franceses. Igualmente, en lecturas que querían cuestionar la metodología de la exégesis que había rendido un especial culto al producto del legislador, se hicieron críticas –al menos indirectamente– a la preponderancia del cuerpo legislativo. La crítica hecha por Geny a principios del siglo XX nos confirma el lugar preponderante de la ley y el legislador.

“La codificación moderna, por lo tanto, cambia las posiciones en la obra de la elaboración jurídica. Hace de la ley la única verdadera y legítima base del derecho, y reduce la ciencia a un papel puramente mecánico. Toda norma jurídica tiene hoy su origen necesario y exclusivo en la voluntad soberana del legislador, sintetizada en los Códigos. El intérprete, magistrado, práctico o sabio, debe limitarse a comprobar o deducir la solución legal para aplicarla matemáticamente a los casos concretos”¹⁷⁹.

De lo dicho en este punto, se puede señalar que el primer esquema expuesto sobre la concepción de los poderes públicos consagra una supremacía del cuerpo legislativo. Estas ideas pueden ser rastreadas desde Rousseau quien otorgaba una gran importancia a la ley como expresión de la voluntad general. Es posible identificar, igualmente, que en lecturas posteriores

¹⁷⁸ GROSSI (2003), ob. cit., p. 43.

¹⁷⁹ GENY (1925), ob. cit., p. 68-69.

la preponderancia no fue solo de la ley sino de los cuerpos legislativos. Esta organización del poder concentra el poder en el legislativo y como se verá más adelante, es la teoría organizativa detrás de la creación de una Corte de casación en 1886.

2.2. Una distribución del poder bajo los pesos y contrapesos

Un segundo esquema que se ha usado para fundamentar la organización del poder del estado es la de los pesos y contrapesos que se encuentra en *El espíritu de las leyes* de Montesquieu. La teoría de la separación de poderes es uno de los lugares comunes desde donde se explica la separación de poderes y algunos le han dado el carácter de doctrina irrefutable¹⁸⁰. A pesar de que, como han dicho algunos¹⁸¹, el texto de Montesquieu no deja establecido de forma unívoca cómo deben organizarse los poderes públicos del Estado, las ideas que se encuentran en el texto dan pie para pensar que se podría hablar de una independencia entre el legislativo, el ejecutivo y el judicial, estructurados como un sistema de pesos y contrapesos.

La idea de una independencia entre los poderes se podría desprender de una lectura aislada del siguiente párrafo que se encuentra en la obra de Montesquieu:

“Cuando el poder legislativo está unido al poder ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad porque se puede temer que el monarca o el Senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente. Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los

¹⁸⁰ Véase supra nota 48.

¹⁸¹ SABINE, George. *Historia de la teoría política*. México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 428.

ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor”¹⁸².

En nuestro medio esta lectura de división y autonomía de los poderes se podía ver en el texto original de la Constitución de 1886. Según el texto de 1886 existe la separación de funciones en el artículo 57: “Todos los poderes públicos son limitados, y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones”. Este era el artículo que regulaba, hasta 1936, la idea de la separación de poderes y ponía un eje en la idea de la independencia y autonomía de todos ellos.

La segunda idea que debe ser revisada para complementar lo anterior es la que se conoce como pesos y contrapesos y aparece en el texto de Montesquieu leyendo el siguiente aparte en donde se resalta una idea de control entre los diferentes poderes. Se resalta en él la idea de que los poderes en un estado necesitan que los demás frenen las aspiraciones de otro en algún determinado momento.

“Si el poder ejecutivo no posee el derecho de frenar las aspiraciones del cuerpo legislativo, éste será despótico, pues, como podrá atribuirse todo el poder imaginable aniquilará a los demás poderes. Recíprocamente el poder legislativo no tiene que disponer de la facultad de contener al poder ejecutivo, pues es inútil limitar la ejecución, que tiene sus límites por naturaleza; y además, el poder ejecutivo actúa siempre sobre cosas momentáneas. Era éste el defecto del poder de los tribunos de Roma, pues no sólo ponía impedimentos a la legislación, sino también a la ejecución, lo cual causaba graves perjuicios. Pero si en un Estado libre el poder legislativo no debe tener derecho a frenar al poder ejecutivo, tiene, sin embargo, el derecho y debe tener la facultad de examinar cómo son cumplidas las leyes que ha promulgado (...) Cualquiera que sea este examen, el cuerpo legislativo no debe tener potestad para juzgar la persona, ni por consiguiente la conducta del que ejecuta. Su persona

¹⁸² MONTESQUIEU. (2002), ob. cit., p. 107.

debe ser sagrada, porque, como es necesaria al Estado para que el cuerpo legislativo no se haga tiránico, en el momento en que sea acusado o juzgado ya no habrá libertad.”

2.3. La colaboración armónica

Por último, otro esquema sobre la distribución del poder que existe en nuestro medio es el que se ha denominado colaboración armónica entre las ramas del poder público. Este esquema fue el que empezó a aparecer a partir de la tercera década del siglo XX en algunos países como Estados Unidos y Colombia para afrontar problemas económicos. Dada la crisis económica del periodo entreguerras y el cuestionamiento al paradigma de la economía del libre mercado, se optó por modelos económicos en donde hubiera una mayor regulación del estado en el mercado¹⁸⁵. Así las cosas, al requerir una mayor regulación, igualmente “se requería un gobierno central fuerte que pudiera actuar menos bajo las restricciones de la división de poderes y los pesos y contrapesos y más bajo el esquema de la armonía y cooperación entre las ramas, en cuya base se establecía un ejecutivo fuerte”¹⁸⁶.

Ella también ha podido verse usada en nuestro medio tanto en la doctrina como en el texto de la reforma de constitucional de 1936. Esta visión ha tratado de alejarse de la idea de funciones separadas para decir que

“Mas que de una verdadera separación, se trata de una distribución teórica, ya que la práctica acepta una colaboración mutua en la tarea general del gobierno. Por ejemplo, la rama ejecutiva colabora en la función legislativa, pudiendo presentar proyectos de ley, participar en su discusión o ejercer facultades extraordinarias [...]. La distribución se basa, pues, en el objeto que primordial o preferentemente realiza cada rama, pero no es que ese objeto sea de su competencia exclusiva”¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Véase al respecto: HOBBSAWM, Eric. *Historia del siglo XX. 1914-1991*. Barcelona, Crítica, 2001, pp. 92 y ss.

¹⁸⁶ LOBEL, Jules. “The political tilt of Separation of Powers” en KAIRYS, David (ed.) *The politics of law. A progressive critique*. New York, Basic Books, 1998, p. 602 (traducción libre).

¹⁸⁷ SÁCHICA, (1994), ob. cit., pp. 172-173.

Como se puede ver en esta afirmación de nuestra doctrina, el eje está en la colaboración de poderes hasta el punto de afirmar que las ramas no tienen por objeto labores exclusivas que otra rama no pueda desempeñar. Se trata de decir que el objeto de sus labores puede ser desempeñado por otra. En este sentido, podría decirse que la consecuencia práctica de una declaración de este tipo sería, por ejemplo, el hecho de que las funciones judiciales generalmente se le atribuirán a esta rama, sin perjuicio de que el Senado ocasionalmente tenga competencias de tipo judicial. En el artículo 21 del Acto Legislativo No. 1 de 1936 se señaló que “El congreso, el gobierno y los jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del estado”¹⁸⁸. En este artículo que se convirtió en el texto constitucional sobre la separación de poderes se puede ver cómo se aborda la visión de que las ramas colaboran armónicamente entre sí a pesar de tener funciones separadas. Es importante resaltar que para cuando se adoptó en Colombia este texto constitucional sobre la cooperación armónica, estábamos en presencia de un estado intervencionista que intentaba crecer en sus regulaciones económicas¹⁸⁹.

Teniendo en cuenta que el marco de este trabajo no analiza la Corte Suprema en este periodo, se deja simplemente enunciado este esquema difundido en nuestro medio pero que para 1886 y 1910 no era aplicable por los marcos temporales que se acaban de fijar. Por su parte, de las otras dos ideas sobre la separación de poderes se pueden empezar a revisar por qué ellas

¹⁸⁸ Esta idea de colaboración armónica aparece igualmente en nuestro actual texto constitucional en el artículo 113 al señalar que: “Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.

¹⁸⁹ Véase al respecto: PÉCAUT, Daniel. *Orden y violencia. Evolución socio-política de Colombia entre 1930-1953*. Bogotá, Norma, 2001, pp. 229 y ss.

sustentan teóricamente el nacimiento de la casación y la acción pública de inconstitucionalidad en nuestro medio. Cuando se adoptaron estas figuras en nuestro ordenamiento jurídico, ellas se entendían como parte de proyectos políticos distintos: la casación como una forma de concentración de poder y la acción pública de inconstitucionalidad como forma de control a las mayorías políticas. Así las cosas, el papel de una Corte Suprema o lo que se quería de ella iba a ser distinto en uno u otro proyecto político. Para sustentar dicho papel se puede acudir a estos diferentes esquemas sobre la organización del poder. Sobre la lectura preponderante bajo la idea de la casación pasamos a verlo en la siguiente sección.

3. Protección del legislador por parte de una Corte de Casación y una función poco diferenciable

Bajo las ideas de la Revolución Francesa y de la concentración del poder propia de la modernidad como reacción al mundo medieval, se puede decir que el principio de la separación de poderes tenía que luchar contra una contradicción: una idea de los poderes limitados a pesar de la preponderancia que se le quería atribuir, y de hecho se atribuyó, al legislativo¹⁹⁰ como ya lo hemos visto. Bajo esta perspectiva, se esperaba que el juez solamente aplicara la ley pero sin interpretar ni añadirle nada. Esto era así en razón al factor legicentrista que se entendió como una de las características fundamentales de la Revolución Francesa en razón a que el producto de la Asamblea Legislativa representaba la propia voluntad del pueblo:

“En efecto, para los revolucionarios franceses y para la misma Declaración de derechos, la ley es algo más –y distinto– que un *instrumento técnico* para garantizar mejor los derechos y libertades que ya se

¹⁹⁰ SABINE (1994), ob. cit., p. 428.

poseen. La ley es más bien *un valor en sí* y no un mero instrumento, porque sólo gracias a su autoridad *se hacen posibles* los derechos y las libertades de todos; con su ausencia, faltando un legislador firme y autorizado, se caería en el detestado pasado de la sociedad de los privilegios del antiguo régimen”¹⁹¹.

Para los revolucionarios franceses la ley se constituía en el lugar a través del cual podían proteger el orden constitucional que se habían encargado de construir, de tal forma que su protección fue leída por ellos como la protección de la revolución misma. De ahí que el balance institucional que desarrollaran protegiera especialmente esta fuente de derecho. El objetivo de la revolución francesa fue el de construir un legislador virtuoso quien necesariamente iba a proteger las libertades y los derechos ciudadanos al ser la expresión de la voluntad general¹⁹². Igualmente la protección a la ley en Colombia tenía como marco la idea de una sapiencia absoluta del legislador como lo señalamos en el capítulo tercero ya que las leyes gozaban de la presunción fuerte de constitucionalidad¹⁹³.

Si la ley era el lugar por excelencia desde donde se expresaba la revolución y el orden de cosas alcanzado, no es extraño que se consagrara un mecanismo a través del cual se revisara que en lugares que no estuvieran en el centro del poder, se aplicara la ley. La casación, como lo vimos en el segundo capítulo, fue la herramienta a través de la cual se iba a proteger este nuevo estado de cosas. En el caso colombiano de la Regeneración es igualmente entendible que se instaurara la casación como un recurso que concentrara el poder y vigilara la aplicación de la ley producida por el Congreso. En el tránsito del mundo federal –que había imperado en Colombia desde la segunda mitad de siglo XIX– hacia el centralismo, era fundamental que se protegiera la

¹⁹¹ FIORAVANTI, (1996), ob. cit., p. 62.

¹⁹² *Ibidem*, p. 73.

¹⁹³ Esta era la idea consagrada en el artículo 6 de la ley 153 de 1887.

ley proferida por parte del legislativo central. El éxito del proyecto centralizador que proponía la Regeneración también estaba en la protección de la ley como herramienta unificadora y en su aplicación homogénea que sería garantizada

Después del federalismo se consagró la casación como la herramienta en cabeza de la Corte Suprema para el logro de la unidad. La Corte Suprema se convirtió, con la casación, en una entidad que protegía principalmente lo señalado por la ley y colaboraba con el objetivo de la unidad nacional promulgada por la Regeneración¹⁹⁴. El papel que desempeña la Corte se empieza a ver enmarcado bajo la idea de una aplicación de la ley y así lo empieza a leer nuestra doctrina del derecho procesal. El fin unificador es el más importante –dicen ellos–, mientras que el enmendar los agravios causados a las partes es un objetivo distorsionador de los naturales límites de la casación. La Corte Suprema actúa entonces bajo la idea de protección a la ley y de allí que se señale sobre la función de los jueces en Colombia como si estuvieran “subordinados a la voluntad del legislador, a las regulaciones que quiere imponer el Congreso al formular las leyes [...] concurr[iendo] a garantizar el respeto de las leyes con la policía”¹⁹⁵.

Dicho esto, la ley representaba en el movimiento regenerador –así como en el revolucionario francés– la idea de una centralización y concentración del poder. Teniendo en cuenta que este era el objetivo político de la Regeneración, la casación en cabeza de la Corte Suprema de Justicia en Colombia, establecida como un control del supremo órgano judicial a sus instancias inferiores y alejadas del centro de la producción de las decisiones, intentaba hacer prevalecer aquello que se estableciera en la ley. Es decir que se podría pensar que la casación

¹⁹⁴ Véase supra nota 80.

¹⁹⁵ ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA. *Derecho Constitucional: curso para jueces de la república*. Bogotá, Ministerio de Justicia, 1988, p. 15

como un recurso judicial –al estilo del adoptado en Colombia– era una forma a través de la cual la rama judicial tenía como función la protección de las decisiones tomadas en el cuerpo legislativo. La función de casación encomendada a la Corte Suprema se entendía en el marco del proyecto político de la Regeneración. A la Corte le correspondería revisar que los jueces inferiores aplicaran adecuadamente la ley sin preocuparse por las lagunas o problemas interpretativos con los que se enfrentaran al momento de juzgar. Tanto es así que el numeral 15 de la sección tercera del artículo 21 de la Ley 61 de 1886 señalaba que en caso de que la propia Corte Suprema de Justicia encontrara vacíos debía informar de ello al Consejo de Estado y al legislador para que éstos solucionasen el problema¹⁹⁶.

Este primer discurso sobre el papel de una Corte Suprema pone el énfasis en una idea de concentración del poder en el órgano legislativo inspirados en la forma organizativa derivada de la propuesta encontrada en *El Contrato Social* de Rousseau. En este texto se puede apreciar una elaboración de una teoría de la legislación que inspiró a la Francia revolucionaria al señalar que la ley era una expresión de la voluntad general a la cual el pueblo debía estar sumiso. Así las cosas, la finalidad que se pretendía alcanzar con esta teoría de Rousseau sobre este esquema de poderes era la de considerar la ley como la fuente fundamental de derecho en el ordenamiento jurídico¹⁹⁷.

Cabe recordar en este punto la similaridad de los proyectos políticos unificadores de la Regeneración y la revolución francesa; éstos generaron un discurso de separación de poderes

¹⁹⁶ El texto mencionado de la Ley 61 de 1886 señalaba lo siguiente: “En sala de acuerdo o de siete Magistrados, [la Corte] tiene las atribuciones siguientes (...) 15. Dar cuenta al Congreso y al Consejo de Estado de las dudas, vacíos, contradicciones e inconvenientes que haya notado en la aplicación de las leyes”.

¹⁹⁷ FIORAVANTI (1996), ob. cit., p. 73.

particular: el juez iba a estar circunscrito a la autoridad del legislador. Es explicable que en Francia se subordinara al juez a la autoridad del cuerpo legislativo en la medida en que a aquéllos se les asociaba con el Antiguo Régimen y podían representar una amenaza a las nuevas reformas¹⁹⁸. Igualmente, la oposición de los revolucionarios al pasado fue determinante para que la ley empezara a entenderse como la fuente fundamental de derecho. La rebelión se hacía contra toda una estructura anterior que quería ser desmontada por los burgueses¹⁹⁹.

Dentro del proyecto regenerador colombiano es posible hacer una lectura del mismo tipo. La oposición al pasado es fundamental en el discurso de Núñez que mencionamos anteriormente en el capítulo segundo: no se quería el retorno al “caótico” país federal.²⁰⁰ Se debía, entonces, garantizar la centralización del poder a través de la unificación de la legislación y para ello era necesario su homogénea aplicación en todo el territorio del país. La casación como uno de los recursos fundamentales que manejaba la Corte era una forma de concentrar el poder a través de la centralización y ello se enmarcaba dentro del proyecto de derrotar las ideas federales en Colombia. En uno y otro caso, los órganos que tuvieron a su cargo la casación tenían como objetivo la protección del proyecto político expresado en la ley.

No es extraño que después de la pérdida de Panamá, la Guerra de los Mil Días y en general la reacción al proyecto excluyente de la Regeneración se fuera en contra de este estado de cosas con un discurso sobre el papel de la Corte que no fuera simplemente sumiso al legislador. La Corte se iba a convertir en un actor político fundamental a través de la acción

¹⁹⁸ SWEET, Alec Stone. “Why Europe rejected American judicial review: and why it may not matter” en *101 Michigan Law Review* 2744 (2003).

¹⁹⁹ FIORAVANTI (1996), ob. cit., p. 78.

²⁰⁰ Véase supra nota n 65.

pública de inconstitucionalidad y es apenas entendible que, dados los distintos contextos políticos en los que se consagraron en Colombia la casación y la acción pública, los esquemas sobre separación de poderes fueran distintos.

4. La desconfianza al legislador a través de la acción pública de inconstitucionalidad

Mientras en la casación como recurso se refleja una confianza en la correcta interpretación de la voluntad del pueblo por el legislador, la aparición de un recurso de inconstitucionalidad refleja una posición antagónica: la desconfianza en el legislador. Una mirada al surgimiento de la Constitución como fuente de derecho aplicable a casos particulares desde el *judicial review* puede aclarar este punto que se intenta sostener.

En algunos lugares se ha dicho que el uso del texto de la Constitución Política como un material jurídico directamente aplicable a los casos particulares es algo que ha surgido de la experiencia del sistema jurídico implantado después de la revolución de independencia de los Estados Unidos en razón a que se construye como un ordenamiento jurídico desconfiado del legislador²⁰¹. La razón histórica de esta desconfianza al legislador se había construido en torno al cumplimiento efectivo del principio del *no taxation without representation*. La actuación jurídico-política que se cita como la causante de la revolución norteamericana es el hecho de que la Corona inglesa hubiera gravado a las colonias sin que se les hubiera consultado a las asambleas en las que los habitantes de ellas se encontraban representados. La incomodidad de

²⁰¹ FIORAVANTI (1996), ob. cit., p. 83

los colonos no era con su ordenamiento jurídico predecesor sino con el hecho de no estar representados en las decisiones tomadas por el Parlamento inglés²⁰².

En otras palabras, este hecho histórico diferenciador marca la distinción que va a existir entre una y otra fundamentación de la revolución. Mientras en una de ellas se va a señalar que el legislador es el protector de los derechos de las personas, en la otra el legislador es el que puede violarlos y de ahí que se necesite un control sobre sus actuaciones. “La cultura revolucionaria francesa tiende a legitimar a los legisladores representantes; la americana de la primera fase revolucionaria tiende a desconfiar de ellos”²⁰³.

Siguiendo de cerca esta hipótesis, es posible encontrar que la teoría de la separación de poderes y la posición del juez bajo esta construcción jurídico-política va a ser distinta. La fundamentación norteamericana de la concepción del papel de la rama judicial va a partir del texto de Montesquieu poniendo el énfasis en el sistema de pesos y contrapesos. Bajo esta perspectiva resulta entendible que el alto tribunal tenga que controlar la actuación, no de sus propios jueces inferiores para hacer respetar la primacía legislativa, sino del legislativo ya que éste puede vulnerar ciertos derechos. En *El federalista*²⁰⁴ esta visión aparece de manera clara cuando Hamilton acepta en una cita directa de Montesquieu la separación de los poderes en el sentido de la división de sus funciones²⁰⁵. Sin embargo, reconoce igualmente que el legislativo tiene sus límites consagrados en la Constitución que es la verdadera representación del querer del

²⁰² *Ibidem*, p. 86.

²⁰³ *Ibidem*, p. 87.

²⁰⁴ El *federalista* es una colección de ensayos cortos publicados por Alexander Hamilton, James Madison y John Jay bajo el seudónimo de Publio. Los ensayos fueron publicados en periodicos locales permanentemente y el fin era explicar a la ciudadanía de los diferentes estados el contenido de la Constitución que debía ser aprobada por los estados para que entrara a regir.

²⁰⁵ HAMILTON, Alexander, MADISON, James & JAY, John. *The federalist papers*. New York, Mentor, 1961, p. 466.

pueblo; el legislador aparece como un delegado que puede sobrepasar las funciones de su mandato y que será controlado en los términos de la Constitución. Así las cosas, cuando Hamilton explica la posición del judicial en la organización del poder señala:

“Es mucho más razonable suponer que las cortes han sido diseñadas con el fin de ser un cuerpo intermedio entre el pueblo y poder legislativo con el fin, entre otras cosas, de mantener a este último dentro de los límites de sus poderes constituidos. Una constitución es, de hecho, y debe ser entendida de esa forma por los jueces, como una norma fundamental. Así las cosas, ellos son los encargados de precisar su significado así como el significado de cualquier acto que provenga del cuerpo legislativo”²⁰⁶.

En esta cita se puede apreciar el papel que se asignaba a las cortes poniendo al judicial en una posición muy distinta a lo señalado para la revolución francesa. El papel del judicial no es el de un vigilante de la ley en este texto fundacional del constitucionalismo norteamericano. El juez es quien decide si un acto del legislativo está o no de acuerdo con el querer del pueblo representado por la Constitución. La solución por la que habían optado los revolucionarios franceses era otra al dar preponderancia a un legislativo centralizado. En cambio, en los Estados Unidos los jueces se constituyeron como control a los abusos que podía cometer el poder legislativo. Las leyes no eran una norma fundamental mientras que la Constitución sí lo era²⁰⁷. De allí que, bajo esta interpretación el valor de la Constitución era otro y la función del juez también.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 467. (La traducción es libre. El texto original dice lo siguiente: ““It is far more rational to suppose that the courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature in order, among other things, to keep the latter within the limits assigned to their authority. A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges as, a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body”).

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 469.

Tal como en la revolución norteamericana existe una razón política para consagrar un papel del juez distinto, tal cosa podemos decir de lo ocurrido en 1910 en Colombia cuando aparece la acción pública de inconstitucionalidad. Dijimos en su momento que la aparición de esta acción podría explicarse en el afán de una minoría por tener una forma legítima de controlar los actos de la mayoría y de allí que fuera defendido en la época por el partido liberal. El cambio se da porque los partidos tradicionales tienen un acuerdo fundamental de reaccionar ante algunos puntos del arreglo de la Regeneración.

Curiosamente, tanto en Estados Unidos como en Colombia, existió una incomodidad con el legislador y de allí que apareciera el control constitucional por vía de acción en nuestro caso. En el caso colombiano la incomodidad que vimos en algunos libros de derecho constitucional era con el Congreso por haber proferido la “ley de los caballos”. Es importante hacer notar que en nuestro medio una de las ideas fundamentales que influye en la aparición de la acción pública de inconstitucionalidad es la pretensión del partido liberal de crear un espacio legítimo a través del cual se podía hacer oposición política contra un legislador (en el caso del Congreso o de legislador extraordinaria) que no le permitía obtener el triunfo de sus intereses. El interés de la oposición en hacer aparecer la acción pública de inconstitucionalidad genera automáticamente un discurso de separación de poderes distinto al sostenido desde la casación.

De la contradicción que se empezó a dar en los diferentes discursos de separación de poderes se puede encontrar la posición de nuestra doctrina nacional de la época al señalar. “Cierto es que la misión natural de la corte es la de aplicar la ley, pero no es menos natural la de aplicar la Constitución, y por consiguiente, al decidir ella en virtud de la petición que le haga

“Este meritorio y tempestivo trabajo en el cual se utilizó por fortuna documentación reducida hoy a cenizas, podría ser un valioso punto de partida para la elaboración de la historia profunda de nuestro martirizado pero digno poder judicial. De una historia que tenga en cuenta la evolución de la jurisprudencia (alma de la ley), los abatares (sic) de nuestro avanzadísimo control constitucional (único freno a los otros poderes), la fidelidad y celo de la Corte en la guarda de la integridad de la Constitución (resumen de los anhelos nacionales)”²¹⁰.

Este discurso sobre el papel de la Corte quiere enfatizar su función como freno y contrapeso de los otros poderes. Véase como en esta cita la importancia de la Corte radica en que la protección del interés nacional estaba principalmente en la Constitución y no en la ley. Como ella era la guardiana de la Constitución, ella era la garantía para el pueblo. Sin embargo, el discurso opuesto es el que sustenta la casación y la forma como se constituye presupone que el interés del pueblo está representado en la ley y no en la Constitución.

Esta tensión de discursos es también perceptible en el análisis que en ocasiones se hace sobre el estado europeo. Al respecto se ha dicho que se ha pasado en el siglo XX a una fase que se llamaría el Estado Constitucional en donde se ha ido de una idea de la soberanía absoluta e incontrolable del legislador hacia un sistema de control²¹¹. En este sentido, en Europa se establecieron en el siglo XX cortes constitucionales separadas de la jurisdicción ordinaria²¹², mientras que en Colombia se mantuvo en cabeza de la misma Corte las dos funciones por algo menos de ochenta años. Sin embargo, cuando se analiza la historia europea que ha recorrido un

²¹⁰ ARRIETA DE NOGUERA, María Luz. *Corte Suprema de Justicia. Organización, estructura y funciones*. Bogotá, Librería del Profesional, 1988, (prólogo).

²¹¹ FIORAVANTI (2004), ob. cit., p. 38.

²¹² SWEET (2003), ob. cit.

camino hacia el control constitucional se señala que se van atravesando fases y se van superando los discursos tradicionales²¹³. No comparto esta idea.

Creo que la superación de fases no se da una manera integral, o al menos no ha sido así en Colombia, en razón a que pudimos rastrear en doctrina del siglo XX cómo los libros de derecho procesal eran propensos a sostener una tesis sobre la separación de poderes y los de derecho constitucional otra. El tema de la protección al legislador no es un tema superado del todo porque de hecho vuelve a aparecer en nuestro medio muchas veces. Esta visión existe en los libros de derecho procesal mientras que el fundamento de la acción de inconstitucionalidad privilegia la labor del juez constitucional al darle la potestad para decidir sobre el ataque a la ley.

Pero 1910 no acabó con el discurso de la supremacía legislativa sino que añadió una pieza que entra en tensión con la teoría tradicional. Teniendo en cuenta esto, el trabajo que se ha iniciado con este escrito podría complementarse identificando puntos de inflexión en la labor de la Corte Suprema de Justicia a lo largo del siglo XX, con el fin de explicar por qué la labor constitucional se terminó independizando en 1991. Por ejemplo, en 1968²¹⁴, con la creación de una Sala Constitucional se empezó a dar independencia a esta jurisdicción y con la reforma de 1979 se había intentado crear una Corte Constitucional independiente. Por ende, estas preguntas quedan abiertas para indagaciones posteriores con el fin de seguir estableciendo los proyectos políticos que influyeron en la estructura de las Altas Cortes colombianas.

²¹³ FIORAVANTI (2004), ob. cit., p. 39

²¹⁴ Al respecto puede verse: GONZALEZ JACOME, Jorge. “¿Para qué una Corte Constitucional en la Colombia de 1968?” en SANIN, Ricardo (ed.) *Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*. Bogotá, Legis, 2006.

BIBLIOGRAFÍA

ARRIETA DE NOGUERA, María Luz. *Corte Suprema de Justicia. Organización, estructura y funciones*. Bogotá, Librería del Profesional, 1988.

AZULA CAMACHO, Jaime. *Manual de derecho procesal civil. Tomo II. Parte General*. Bogota, Temis, 1997.

BERGQUIST, Charles. *Café y conflicto en Colombia (1886-1910). La Guerra de los Mil Días, sus antecedentes y consecuencias*. Bogotá, Banco de la República – El Áncora, 1999.

BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. Barcelona, Debate, 1992.

BROWN, Wendy & HALLEY, Janet. *Left legalism/left critique*. Durham, Duke University Press, 2002.

BUSHNELL, David. *Colombia: Una nación a pesar de sí misma*. Bogotá, Planeta, 1997.

CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*. Tomo I, Volumen 2. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

CARONI, Pio. *Lecciones catalanas sobre el derecho de la codificación*. Madrid, Marcial Pons, 1990.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Gaceta Judicial No. 1*, Bogotá, Febrero 12 de 1887.

ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA. *Derecho Constitucional: curso para jueces de la república*. Bogotá, Ministerio de Justicia, 1988.

ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. *La protección constitucional del ciudadano*. Bogotá, Legis, 2004.

ESPAÑA, Gonzalo (comp.) *Rafael Núñez: escritos políticos*. Bogotá, El Áncora, 1986.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid, Trotta, 1996.

----- “Estado y Constitución” en FIORAVANTI, Maurizio (ed). *El estado moderno en Europa*. Madrid, Trotta, 2004.

FOUCAULT, Michel. *Power/Knowledge: selected interviews and other writings 1972-1977*. New York, Pantheon Books, 1980, pp. 80-3.

FULLER, Lon. “Positivism and fidelity to law: a reply to professor Hart” en *71 Harvard Law Review* 631 (1958).

GEEROMS, Sofie M.F. “Comparative law and legal translation: Why the terms cassation, revision, and appeal should not be translated” en *50 American Journal of Comparative Law* 201 (2002)

GENY, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*. Madrid, Editorial Reus, 1925

GÓMEZ, LAUREANO. *El control constitucional en Colombia. Evolución histórica*. Bucaramanga, UNAB, 2001.

GONZALEZ JACOME, Jorge. “¿Para qué una Corte Constitucional en la Colombia de 1968?” en SANIN, Ricardo (ed.) *Justicia Constitucional El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*. Bogotá, Legis, 2006.

GORDON, Robert. “Critical legal histories” en *36 Stanford Law Review* 57 (1984).

------. “Algunas teorías críticas del derecho y sus críticos” en GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (ed.) *Sociología jurídica: teoría sociología del derecho en Estados Unidos*. Bogotá, Universidad Nacional, 2001.

GROSSI, Paolo. *Mitología jurídica de la modernidad*. Madrid, Trotta, 2003.

GUILLÉN MARTÍNEZ, Fernando. *El poder político en Colombia*. Bogotá, Planeta, 2003.

HALPERIN DONGHI, Tulio. *Historia contemporánea de América Latina*. Madrid, Alianza Editorial, 1998.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James & JAY, John. *The federalist papers*. New York, Mentor, 1961.

HENAO HIDRÓN, Javier. *Panorama del derecho constitucional colombiano*. Bogotá, Temis, 1994.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura jurídica europea: síntesis de un milenio*. Madrid, Tecnos, 2002.

----- “La Revolución y los Mecanismos del Poder” en Petit, Carlos. *Derecho Privado y Revolución Burguesa*, Marcial Pons, Madrid, 1990, p.16.

HOBSBAWM, Eric. *Historia del siglo XX. 1914-1991*. Barcelona, Crítica, 2001.

KALMANOVITZ, Salomón & LOPEZ, Enrique. *Instituciones y desarrollo agrícola en Colombia a principios del siglo XX* en <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra197.pdf>, S.F. (Recuperado el 23 de enero de 2006).

LIÉVANO AGUIRRE, Indalecio. *Rafael Núñez*. Bogotá, Intermedio, 2002.

LOBEL, Jules. "The political tilt of Separation of Powers" en KAIRYS, David (ed.) *The politics of law. A progressive critique*. New York, Basic Books, 1998

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Parte General Tomo I*. Bogotá, Ediciones Dupré, 1997

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá, Legis, 2004.

----- *Desarrollos recientes en la doctrina del precedente judicial en Colombia*.
(mimeo).

MANNORI, Luca y SORDI, Bernardo "Justicia y Administración" en FIORAVANTI, Maurizio (ed). *El estado moderno en Europa*. Madrid, Trotta, 2004.

MELO, Jorge Orlando. *Colombia Hoy* en www.lablaa.org/blaavirtual/historia/colhoy/colo5.htm
Febrero 17 de 2004. (Recuperado el 18 de enero de 2005).

MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*. Madrid, Tecnos, 2002.

MORALES MOLINA, Hernando. *Técnica de Casación civil*. Bogotá, Lerner, S.F.

MURCIA BALLÉN, Humberto. *Recurso de Casación*, Bogotá, Temis, 1978.

NARANJO, Vladimiro. *Teoría Constitucional e instituciones políticas*. Bogotá, Temis, 1994

PALACIOS, Marco & SAFFORD Frank. *Colombia. País fragmentado, sociedad dividida*. Bogotá, Norma. 2002.

PÉCAUT, Daniel. *Orden y violencia. Evolución socio-política de Colombia entre 1930-1953*. Bogotá, Norma, 2001.

PEREZ, Francisco de Paula. *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá, Lerner, 1967.

PEREZ VIVES, Alvaro. *Recurso de Casación en materias Civil, Penal y del Trabajo*. Bogotá, Temis, 1966.

RESTREPO, Juan Camilo. “La decisión regeneradora” en AA. VV. *50 días que cambiaron la historia de Colombia*. Bogotá, Planeta, 2004.

RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Constituciones Políticas Nacionales de Colombia*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004

RIOS PEÑALOZA, Gilma. “Las constituyentes de 1905 y 1910” en *Revista Credencial No. 13*. <http://www.banrep.gov.co/blaavirtual/credencial/enero1991/enero1.htm>, Enero de 1991. (Recuperada el 13 de octubre de 2005).

RODRÍGUEZ, César. “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces: los estudios jurídicos críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial” en KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*. Bogotá, Siglo del Hombre, 1999.

RODRIGUEZ PIÑERES, Eduardo. *Por el reinado del derecho*. Bogotá, Imprenta La Luz, 1927.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *El contrato social*. Madrid, Espasa, 1998.

SABINE, George. *Historia de la teoría política*. México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

SÁCHICA, Luis Carlos. *La de 1886, una Constitución a la medida*. Bogotá, Temis, 1986.

----- *Nuevo constitucionalismo colombiano*. Bogotá, Temis, 1994.

SAMPER, José María. *Derecho público interno*. Bogotá, Temis, 1982

SANÍN GREFFEINSTEIN, Jaime. *La defensa judicial de la Constitución*. Bogotá, Temis, 1971.

SANTOS MOLANO, Enrique. “El quinquenio de la modernización” en *Revista Credencial Historia No. 175*. Bogotá, Julio de 2004.

SETON, Kathy. *Fourth world nations int the area of globalisation. An introduction to contemporary theorizing posed by indigenous nations* en <http://www.cwis.org/fwj/41/fworld.html>, 1999. (Recuperado el 23 de enero de 2005.)

SWEET, Alec Stone. “Why Europe rejected American judicial review: and why it may not matter” en *101 Michigan Law Review* 2744 (2003).

TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho*. México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

TASCÓN, Tulio Enrique. *Derecho constitucional colombiano. Comentarios a la Constitución Nacional*. Bogotá, Minerva, 1939.

URIBE-HOLGUÍN, Ricardo. *Cincuenta breves ensayos sobre obligaciones y contratos*. Bogotá, Temis. 1979.

VALENCIA VILLA, Hernando. *Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá, Cerec, 1987.

VÉLEZ GARCÍA, Jorge. *Los dos sistemas del derecho administrativo*. Bogotá, Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1994.

VIDAL LÓPEZ, Roberto. “Propuestas para una ciencia social del derecho” en GARCÍA VILLEGAS, Mauricio & RODRÍGUEZ, César A. (Eds.). *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá, ILSA, 2002.

WATSON, Alan. *Legal transplants. An approach to Comparative Law*. Athens & London, The University of Georgia Press, 1993.

ZAFRA ROLDÁN, Gustavo. *El derecho a la constitución*. Bogotá, Javegraf, 1998.