

# EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA EN COLOMBIA Y ARGENTINA<sup>\*71</sup>

Julián Enrique Pinilla Malagón

Jaime Cubides Cárdenas

## Introducción

Para el mundo del Derecho, la Revolución Francesa trajo consigo cambios sustanciales de gran relevancia. Uno de los más significativos fue la institución del Estado de Derecho<sup>72</sup> fundamentado en la promulgación de leyes generales proferidas por los representantes del pueblo, las cuales se encargaban de reglamentar las relaciones que se presentaban en la sociedad. Dentro de esta figura organizacional, la Constitución solo tenía un poder político, pues muchos autores determinan que esta norma no era más que una Carta Política.

.....  
<sup>\*71</sup> Este capítulo contiene resultados del proyecto de investigación "La convencionalización del derecho: el caso del ordenamiento jurídico colombiano desde la justicia multinivel y el posconflicto" en desarrollo de la línea "Fundamentos e implementación de los Derechos Humanos" del Grupo de Investigación Persona, instituciones y exigencias de justicia, del Centro de Investigaciones Socio jurídicas (CISJUC), de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

<sup>72</sup> El Estado de Derecho es el Estado sometido al Derecho, es decir, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley. El Estado de Derecho consiste en el "imperio de la ley"; Derecho y ley entendidos como expresión de la "voluntad general" (García-Rissi, 2011, p. 21).

Después de la Segunda Guerra Mundial, cuando el mundo con asombro comprendió que toda la maquinaria nazi fue legalmente respaldada en Alemania, se necesitó un cambio en el paradigma del Estado de Derecho y señalar a la Constitución como una norma jurídica superior respecto a la cual deben estar en armonía las normas inferiores; de esta manera, los principios establecidos por el constituyente representarían un límite a cualquier tipo de arbitrariedad. Como forma de materializar dichos preceptos se han creado de forma pretoriana figuras mediante las que se exige la supremacía de la Constitución, como el caso del control de constitucionalidad, cuyos orígenes radican en la decisión del juez John Marshall en el caso *Marbury vs. Madison*<sup>73</sup>. Su desarrollo conceptual en América Latina<sup>74</sup>, en particular, en los Estados de Colombia y Argentina, es el objeto de la presente investigación.

### Acercamiento dogmático-constitucional

Antes de analizar la evolución histórica que ha tenido el control de constitucionalidad, es necesario establecer su noción, como fundamento indispensable para continuar esta investigación. La causa de este tipo de control es asegurar la peculiar forma de Estado creada por la Constitución y contar con un mecanismo que garantizara la supremacía de la Constitución sobre las leyes, los tratados y los decretos sobre las demás normas integradoras de la pirámide jurídica (Duarte y Duarte, 2010); por ello, el control de constitucionalidad consiste en confrontar

73 Además de la trascendencia social y los desastrosos efectos que tuvo esa resolución de la Suprema Corte para Estados Unidos, el asunto tiene una especial importancia jurídica porque en él, por segunda ocasión después de *Marbury vs. Madison*, la Corte declaraba inconstitucional una ley del Congreso de la Unión y es la culminación de varios casos anteriores en los que la concepción sagrada de la propiedad (en estos casos, la propiedad sobre los esclavos) y la protección que la Constitución daba a esa propiedad y al comercio entre los Estados fueron las bases determinantes del razonamiento de la Corte para mantener en la esclavitud a los negros que vivían en determinados territorios y reesclavizar a aquellos que habían vivido durante más de treinta años como hombres libres en las regiones que el Congreso había liberado de la esclavitud. Edward S. Corwin, el notable profesor de la Universidad de Princeton entre 1918 y 1946, defensor convencido de la necesidad del inmenso poder que tiene la Suprema Corte de los Estados Unidos, expresa que en la decisión de *Dred Scott* "la Suprema Corte puso su sello en la santidad de la propiedad privada en la forma de la esclavitud humana" (Valdez, 2005, p. 347).

74 Al comparar históricamente las Constituciones latinoamericanas, ha podido comprobarse que son igual o más progresistas que las más referenciadas. En las últimas dos décadas, las reformas constitucionales de las Constituciones del sur y del centro del continente americano han traído, entre otros cambios, el establecimiento de la fuerza normativa de la Constitución, la expansión de la justicia constitucional y una nueva dogmática de la interpretación constitucional. Estos cambios, impulsados por el neoconstitucionalismo, han aportado la vigencia de un orden interno proclive al respeto de los derechos humanos (Vivas y Cubides, 2012).

•El control de constitucionalidad: construcción dogmática en Colombia y Argentina•

las leyes y normas de carácter general con la Constitución en cada uno de sus sentidos. De acuerdo con la autoridad que lo ejerza y los efectos que produzca, se diferencia entre un control difuso y otro concentrado<sup>75</sup>.

### **Control de constitucionalidad en Colombia. Un análisis histórico jurídico 1811-1991**

No es posible considerar la figura jurídica del control de constitucionalidad como un desarrollo imputable a nuestro Derecho Constitucional, puesto que varios doctrinantes han considerado que la acción pública tiene su génesis en el Derecho colonial español, en concreto, en el recurso de agravio constitucional (Malagón, 2007).

Asimismo, se repasa sobre la fuerte influencia española, habida cuenta de que las primeras Constituciones latinoamericanas de la Independencia siguen en gran medida el modelo constitucional español de 1812 (Cataño, 2007). En ella, a partir de sus Artículos 372 y 373, se contemplaba un ejercicio de control adelantado por un órgano de carácter político, es decir, por una parte del propio órgano legislativo; aquello comportaba gran dificultad, en tanto que al ser ejercido el control sobre la ley por el mismo órgano que la crea, este constituye juez y parte respecto a su criterio de constitucionalidad.

Aunque el control de constitucionalidad colombiano tiene raigambre española, se reconoce la influencia de otros modelos de orden mundial.

Con ocasión del principio de supremacía constitucional, Luis Javier Moreno (2010) refiere:

Este principio estaba reconocido, desde mucho antes, en nuestra propia tradición jurídica y en la de otras naciones civilizadas. Si bien lo que ocurre en la reforma no es algo original, esta sí aporta un sistema de control constitucional singular y propio, que es un digno desarrollo de los sistemas anteriores y que constituye un valioso aporte al constitucionalismo americano, e incluso al constitucionalismo mundial (p. 76).

.....  
75 El control concentrado es el que busca garantizar la constitucionalidad objetiva del ordenamiento jurídico mediante diversos mecanismos como la acción pública de inconstitucionalidad y la acción pública de nulidad, por un órgano judicial de carácter constitucional como lo es la Corte Constitucional. El control difuso tiene por objeto la salvaguarda de la Constitución y apunta a que, en un determinado caso, en el momento de tomar una decisión, el juez o la autoridad que tenga su conocimiento se abstenga de aplicar una norma por considerarse contraria a la Constitución. Esto puede hacerlo cualquier juez, autoridad administrativa o particular que tenga que aplicar una norma jurídica (Aleman, 2009).

Según el autor, es necesario poner de presente que el control de constitucionalidad colombiano ha revestido diferentes características materiales y formales a lo largo de la historia constitucional colombiana, consecuencia de dinámicas sociales, económicas y políticas propias de cada momento, determinantes a su vez de las reformas y la adopción de diversos textos constitucionales.

### *Constitución de Cundinamarca de 1811 y 1812*

De acuerdo con Olano (2002), el 11 de abril de 1811, tras los acontecimientos y movimientos independentistas del 20 de julio de 1810, se proclamó la primera Constitución de la que se tiene registro en el territorio colombiano. Fue elaborada por los diputados del Colegio Constituyente de Cundinamarca, entre quienes se cuentan los señores Jorge Tadeo Lozano, Luis Eduardo Azuola y José María del Castillo y Rada.

Esta Constitución se inspiró en el referente histórico de la época, es decir, la Constitución de los Estados Unidos de América (Osuna, 2006) e instituía una monarquía constitucional que, si bien reconocía el poder de Fernando VII, lo limitaba a las disposiciones consagradas en el texto constitucional. Así, revestía una monarquía moderada, la cual sostenía que el rey de España debía gobernar desde la provincia de Cundinamarca y, en caso de que no lo hiciera, se elegiría un presidente por voto popular. Esta Constitución se caracterizó por la inclusión de una amplia carta de derechos que retomaba los provenientes de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.

Resulta apenas lógico que el sistema de gobierno instituido en la Constitución sea nuevo, toda vez que Colombia se encontraba en un incipiente proceso independentista, influenciado directamente por la independencia estadounidense, la Revolución Francesa de 1789 y el debilitamiento del poder español frente a sus colonias, a raíz de la invasión napoleónica. Olano (2002) precisa el 16 de julio de 1812 como la fecha de la verdadera independencia, comoquiera que Cundinamarca declaró su independencia de España y, de la mano de don Antonio Nariño, el 18 de junio de ese año propuso una reforma constitucional; de ella se desatanca la terminación de una monarquía moderada y el paso a un Gobierno popular y representativo, que le otorgó al Senado el título de “conservador de la Constitución”, de acuerdo con su Artículo 76.

Esta Constitución se caracterizó por la implementación de un control político en cabeza de un Senado de censura (Reyes, 2007), detallado en el Artículo 9, el cual indica:

Artículo 9. Habrá un Senado de censura y protección, compuesto de un Presidente, que lo será el Vicepresidente de la Representación Nacional, y cuatro miembros, para sostener esta Constitución y los derechos del pueblo, a fin de que de oficio o requerido por cualquier ciudadano, reclame cualquiera infracción o usurpación de todos o cada uno de los tres Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial que sea contra el tenor de la Constitución.

Esta disposición presupone la supremacía constitucional frente a cualquier otra norma de Derecho interno y permite que este Senado investigue, de manera oficiosa o por medio de petición de cualquier ciudadano, la infracción de la Constitución por parte de cualquiera de las recién creadas ramas del poder público.

A raíz de las pugnas entre provincias y al proceso de reconquista liderado por Pablo Morillo, bajo órdenes del rey Fernando VII, estas estructuras jurídicas quedaron de lado y solo fueron retomadas después del proceso independentista adelantado por Simón Bolívar.

### *La Gran Colombia. Constitución de Cúcuta de 1821*

En octubre de 1821, en la población de Villa del Rosario, entre la frontera de la antigua Nueva Granada y la Capitanía de Venezuela, fue promulgada la primera Constitución Nacional de la República de Colombia, época denominada la Gran Colombia por la inclusión de Venezuela, Ecuador y Panamá (Restrepo, 2006).

Se trataba de un Estado conformado por todos aquellos pueblos libertados por Simón Bolívar y que reafirmaron su independencia mediante esta Constitución, cuyo Artículo 1 señaló: “Artículo 1. La Nación colombiana es para siempre irrevocablemente libre e independiente de la monarquía española y de cualquier otra potencia o dominación extranjera; y no es, ni será nunca patrimonio de ninguna familia ni persona”.

La Carta contó con un total de 191 artículos que establecían un sistema político centralista, mediante un Gobierno popular y representativo de segundo nivel. El pueblo votaba en las asambleas populares por los electores miembros de las

asambleas electorales o de provincia, quienes estaban llamados a elegir presidente, vicepresidente y senadores.

Acerca del control de constitucionalidad, las figuras implementadas con anterioridad no fueron tenidas en cuenta y solo se mencionaba al Congreso en el Artículo 189 como órgano encargado de resolver inquietudes respecto a la interpretación de las cláusulas constitucionales, así: “El Congreso podrá resolver cualquier duda que ocurra sobre la inteligencia de algunos artículos de esta Constitución”.

La reducción del control de constitucionalidad fue sustancial, puesto que la cláusula constitucional solo encargaba al Congreso como intérprete auténtico de la Constitución, mas no indicaba procedimiento alguno en relación con la inobservancia o trasgresión de la Carta por parte de los órganos que componen las ramas del poder público.

Con arreglo a lo consagrado en el texto constitucional y en aras de hacer cumplir sus disposiciones, se tienen antecedentes de actos del poder Ejecutivo que adoptan medidas para hacer efectivos artículos constitucionales y salvaguardar los derechos en sujeción a las cláusulas señaladas.

Por ejemplo, se tiene registro de que el 16 de junio de 1822 el vicepresidente Francisco de Paula Santander ordenó el allanamiento por sospecha de fraude al Resguardo de rentas, de acuerdo con la prohibición del Artículo 178 constitucional (“Interior”, 1822).

Asimismo, mediante documento de fecha 20 de octubre de 1822, el Ejecutivo motiva esta decisión y aduce que los Artículos 5 y 6 de la Ley 14 de enero de 1820 son contrarios al parágrafo 9 del Artículo 2 de la Ley de 2 de octubre de 1822 y a los Artículos 174 y 188 de la Constitución Política (“Interior. Decreto del Gobierno”, 1822).

Entre otras formas de control de constitucionalidad se tienen las objeciones formuladas por el poder Ejecutivo en cabeza del presidente a los proyectos de ley. Se destacan aquellas al proyecto de ley que convoca la Gran Convención de Colombia en la ciudad de Ocaña para el 2 de marzo de 1828, debido a su inconstitucionalidad según el Artículo 191 de la Constitución, el cual disponía que solo después de una práctica de diez años o más el Congreso podría convocar una gran convención con miras a examinar o reformar la Constitución.

A pesar del pobre desarrollo del control constitucional en la época, el Ejecutivo se destacó en varios actos mediante la implementación de medidas tendientes al desarrollo y a la salvaguarda de la protección, con la objeción de proyectos de ley sujetos a su sanción por razones de inconstitucionalidad.

Sin embargo, este modelo Constitucional solo rigió hasta el año 1828 (Osuna, 2006). Uno de los principales problemas del gran Estado creado y de la Constitución reinante fue la falta de representación política y el escepticismo de la sociedad que, acostumbrada a un modelo feudal, veía innecesaria la existencia de un Estado de tales proporciones.

A ello se suma la imposibilidad de gobernar y el sentimiento de los caudillos venezolanos y ecuatorianos; los primeros vieron con malos ojos el señalamiento de Bogotá como la capital y los segundos, la falta de representación política en la capital, lo que llevó a su separación de la Gran Colombia.

### *Constitución del Estado de la Nueva Granada de 1832*

Ante la separación de Venezuela y Ecuador, se hizo necesario adecuar una Constitución a las necesidades propias del territorio de la Nueva Granada. La Constitución del Estado de la Nueva Granada fue promulgada en Bogotá el 1 de marzo de 1832. Según Olano (2002), siguió los lineamientos de la Constitución de 1821, con algunas modificaciones sustanciales relacionadas con los poderes del Ejecutivo, entre ellas, un centralismo unitario, con un presidente elegido por un período de cuatro años no reelegibles y la aparición de un Consejo Estado independiente del Ejecutivo.

Acerca del control de constitucionalidad no existió ningún avance en relación con la Constitución de 1821, más allá de las atribuciones del Ejecutivo y del Congreso frente a las cámaras de provincia señaladas en los Artículos 161 y 162 de la Carta Política.

Artículo 162. El Congreso tiene la facultad de anular todos los actos y resoluciones de las cámaras de provincia: el Poder Ejecutivo tiene la de suspenderlos en los casos de que sean contrarios a la constitución o a las leyes, o que no estén dentro de sus facultades; pero dará cuenta al próximo Congreso para su resolución definitiva; y el gobernador de la provincia tiene también la misma facultad de suspenderlos; pero dando aviso sin demora al Presidente de la República para ejecutar lo que por éste se resuelva.

El Ejecutivo —incluidos los gobernadores— tenía la facultad de suspender sus efectos jurídicos cuando los encontraran contrarios a la Constitución o la ley y el Congreso de la República tenía la decisión final sobre su constitucionalidad. Este control fue ejercido en varias ocasiones por parte del Ejecutivo, por ejemplo:

El Senado y Cámara de Representantes de Estado de la Nueva Granada, reunidos en Congreso.

Considerando:

Que el artículo 157 de la Constitución se previene que las cámaras de provincia se renueven por mitad cada año.

Que la ley de elecciones, dada en cumplimiento de lo que previene la misma Constitución, requiere que las asambleas primarias se reúnan el primer domingo de julio y las cantonales el día 1 de agosto.

Que toda reunión que se haga fuera de los ocho días que expresa la Constitución, se reputa no solamente nula, dicho también atentatoria a la seguridad pública.

Que la cámara de provincia de Mariquita del año de 1832 omitió el sorteo de sus miembros, contra lo proveído en los artículos citados de la Constitución y la ley.

Que en el año de 1833, reunidos los mismos individuos de la cámara anterior, mandaron convocar las asambleas electorales para que hicieran las elecciones de los diputados que debieron reemplazar a los sorteos en dicha cámara, practicando todo esto en un periodo que no era legal.

Decretan

Art. Único. Se declara inconstitucional la reunión de la Cámara de provincia de Mariquita de 1833, y de consiguiente nulos todos sus actos.

Dado en Bogotá, a 7 de abril de 1834 (*Gaceta de la Nueva Granada*, 1834).

En el anterior ejemplo se vislumbra un verdadero control constitucional por vicios de forma, ejercido por el Congreso de la República. Aquí es evidente la violación a la Constitución por parte de la Asamblea Provincial de Mariquita, lo que conllevó a la inconstitucionalidad con efectos de nulidad de todos los actos de esta Cámara de 1833.

Este ejercicio fue frecuente, al igual que la suspensión ejercida por el Ejecutivo frente a los actos de las Cámaras Provinciales, de los cuales existen numerosas muestras en la *Gaceta de la Gran Colombia* entre 1832 y 1843.



De otra parte, también se presentaron objeciones a proyectos de ley por parte del presidente de la República con argumentos de inconstitucionalidad; tal es el caso de las objeciones al Decreto Legislativo sobre pagos a herederos de diplomáticos, el cual fue objetado por el presidente Francisco de Paula Santander, quien alegó que este acto era discriminatorio con los granadinos, porque:

La misma respetable corporación hace observar que, sancionado este proyecto de decreto, solo las desigualdades e injusticias ya referidas, sino aun otra más notable, a saber: que algunos individuos que constitucionalmente no son granadinos, por haber nacido de padres granadinos en país extranjero, y no haber fijado su residencia en la República, serían de mejor condición que los granadinos mismos acreedores de Colombia (*Gaceta de la Nueva Granada*, 1836).

Esta Constitución estuvo vigente hasta 1943, porque estuvo diseñada para tiempos de paz, lo que conllevó a que el modelo vigente no pudiera hacer frente a los conflictos y las guerras civiles que se presentaron (Olano, 2002), entre las que se destaca la guerra de los Supremos (1840-1841) fomentada por intereses de líderes provinciales frente al poder central y cuyo detonante fue el cierre de varios conventos para ser destinados a la educación pública.

Esta guerra desnudó los déficits constitucionales para sobrellevar problemas de orden público, por lo que en 1832 se implementó la Ley de Policía que condujo a la discusión acerca de un nuevo orden que dio origen a la Constitución de 1843.

### *Constitución de la Nueva Granada de 1843*

La Constitución de 1843 tuvo como principales medidas el robustecimiento del Ejecutivo, mediante la facultad de nombrar a sus propios secretarios y gobernadores departamentales; la adopción de la religión católica nuevamente como oficial; la eliminación del Consejo de Estado; abolición del voto popular, derecho exclusivo de las personas que sabían leer o escribir o contaran con un patrimonio superior a los trescientos pesos de renta anual.

En cuanto al control constitucional, el Artículo 33 de la Carta Política señalaba como obligación del vicepresidente y del presidente hacer cumplir la Constitución y la ley; en el mismo tenor, el Artículo 52 situaba al gobernador como agente del Poder Ejecutivo, con la obligación de hacer cumplir la Constitución en la

provincia y, en cuanto a la Rama Judicial, le otorgó la facultad a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de la acción de nulidad de las ordenanzas municipales por razones de inconstitucionalidad:

Artículo 42. La Suprema Corte de la Nación se compone de tres Magistrados elegidos popularmente en propiedad y por el término de cuatro años, y nombrados en las faltas temporales por el Poder Ejecutivo. Corresponde a la Suprema Corte de la Nación: [...]

6. Resolver sobre la nulidad de las ordenanzas municipales, en cuanto sean contrarias a la Constitución y a las leyes de la República.

En el mismo período fue frecuente la objeción de proyectos de ley por parte del Poder Ejecutivo, pero entre las decisiones más importantes de la época resaltan la objeción por inconstitucionalidad del Poder Legislativo a un fallo de la Corte Suprema de Justicia, acaecida el 29 de mayo de 1849; en ella, frente a una sentencia condenatoria en segunda instancia de este máximo tribunal contra el doctor Ramón Villoría argumenta:

Pero aún resta razonamiento, que por sí solo sería suficiente para patentizar la ilegalidad e injusticia de la sentencia que condenó al doctor VILLORIA. En efecto el artículo 1 de la ley 1 parte 4 tratado 2 de la Recopilación Granadina exige como requisito indispensable o circunstancial *sine qua non*, para que haya delito, el que haya voluntad y malicia en la infracción de la ley: la falta de voluntad y malicia, puede probarse o resultar de lo actuado. La Suprema Corte en su sentencia reconoce que el doctor VILLORIA ha dado aunque con toda la buena fe y la honradez que le es propia, y que la Corte reconoce, una mala inteligencia a la ley, luego la misma Suprema Corte ha decidido que el doctor VILLORIA no ha tenido voluntad y malicia si ha infringido la ley y en este caso no ha podido condenarlo (*Gaceta Oficial*, 1849, pp. 403).

La presente Constitución tuvo poco tiempo de vigencia y fue reemplazada en 1853. Los motivos que llevaron a esta situación fueron las rivalidades dentro de los movimientos políticos que desembocaron en los partidos representativos colombianos: Partido Liberal y Partido Conservador.

También se buscó el desarrollo de un modelo constitucional en el que se redujeran los poderes del presidente, se incrementaran las atribuciones de las entidades territoriales y se redujera la injerencia de la Iglesia católica, lo que trajo como resultado un proceso constitucional liderado por los liberales.

### *Constitución Política de 1853*

Es considerada como una de las Constituciones más controversiales de la historia nacional. Fue la Carta fundamental de las libertades en la Nueva Granada, entre ellas, libertad religiosa, de pensamiento y del hombre mediante la abolición de la esclavitud. Además, marcó la separación de la Iglesia y el Estado (Ocampo, 2000).

Durante este período, en relación con el ejercicio de control de constitucionalidad, la Corte Suprema de Justicia se volcó sobre las Constituciones provinciales y en varias ocasiones declaró la inconstitucionalidad de diversas cláusulas. Sobresale su decisión del 10 de septiembre de 1855, en la cual, de manera oficiosa, declaró la nulidad de un artículo de la Constitución municipal de la provincia de Ocaña.

Pero habiendo visto últimamente la Corte el artículo 10 de la Constitución de la misma provincia de Ocaña expedida en 1853, que no se acompañó a dicha solicitud ni existía en el archivo y encontrando que por él se estableció que la duración de diputados en la legislatura provincial de Ocaña solo debía durar un año, es claro que los que funcionaron en el año de 1854, aunque de elección popular, solo fueron nombrados por ese término, y entonces, disponiendo ellos mismos por el artículo 54 de la última Constitución, que la duración en su destino se extendiera hasta el 31 de agosto de 1857, vendrían a ser diputados por elección propia y no por elección popular [...] y como el artículo 51 de la Constitución de la República dispone que la Legislatura provincial sea necesariamente de elección popular y no lo sería en este caso por la razón dicha, es indudable que el mencionado artículo 54 es contrario al 51 que acaba de citarse (*Gaceta Oficial*, 1855).

La Constitución de 1853 surgió en un escenario de reformas difícil de asimilar: reformas de carácter económico —libertad para el cultivo de tabaco—, sociales —abolición de la pena de muerte por delitos políticos—, administrativas —redistribución de rentas y gastos entre la Nación y las entidades territoriales— y religiosas —separación del poder político frente al poder religioso—.

A este texto constitucional se le atribuye el inicio del proceso de federalización materializado en la Constitución de 1863; sin embargo, se conservó el centro de Gobierno con el propósito de cumplir funciones como las de orden público y relaciones internacionales, entre otras.

De la autonomía reconocida a las provincias municipales se desprende la necesidad de hacer un ejercicio de control de las ordenanzas municipales consideradas contrarias a la Constitución, a las cuales la Suprema Corte de la Nación podía declarar nulas. Se observa entonces la institucionalización de un control de constitucionalidad y la atribución de tal facultad a un órgano del Estado.

### *Constitución Política de 1858*

El proceso de federación del Estado colombiano empezó a forjarse en la división del Partido Liberal entre Gólgota (comerciantes) y draconianos (artesanos) y de sus intereses económicos contrapuestos. Se estableció un libre cambio frente a un modelo económico proteccionista y surgió la idea de un Estado federal, con el golpe de Estado dado por los draconianos en 1854, de ánimo reformista. Además, se consideró que la forma de Estado reinante hasta el momento (unitario), su organización y distribución territorial no se compadecía de las necesidades de gobernanza, toda vez que se observaba un desamparo institucional y administrativo frente a ciertas áreas municipales.

Osuna (2006) lo refiere así:

Colombia no ha encontrado un arreglo institucional satisfactorio para su diversidad regional. A lo largo de sus dos siglos de historia ha ensayado el centralismo a ultranza, el sistema unitario con diversos grados de descentralización política, administrativa y federalista sin que ningún modelo pueda considerarse consolidado o haya funcionado sin obstáculos. El país posee una rica diversidad regional, afianzada en factores geográficos, económicos, étnicos, históricos y culturales, que han persistido sin necesaria relación con sus sucesivos ordenamientos territoriales (p. 12).

Por este manifiesto descontento se promovió la adopción de un nuevo texto constitucional en 1853. Consagró una organización territorial descentralizada y, con ello, abrió paso al fortalecimiento de la formación de provincias con un amplísimo ímpetu federalista materializado con la reforma de 1855; en ella, además de un régimen especial, le otorgó reconocimiento de Estado federado a Panamá, de donde se desprendió un efecto dominó frente a la misma pretensión de las demás provincias. Esto concluyó en la elaboración de un nuevo documento constitucional en 1858 y en la conformación de la Confederación Granadina.

La Carta contenía temas de carácter político-administrativo frente a los nuevos Estados confederados y, en virtud de la necesidad de salvaguardar el nuevo orden dispuesto, definía un control de constitucionalidad frente a los actos de las legislaturas de los Estados que desconocieran abiertamente la Constitución y las leyes federales. Tal función correspondía a la Corte Suprema Federal, a la que se facultó para suspender los actos anunciados en las circunstancias referidas. Malagón (2007) precisa:

[...] en primer lugar interviene la Corte Suprema, ente judicial que es heredero de la Real Audiencia de la época colonial. Lo anterior se fundamenta en lo que ha estudiado la historiografía venezolana, que ha comprobado que en el momento de producirse la independencia se dio una mutación nominal que convirtió a la Real Audiencia en Corte Suprema de Justicia. A esto se suma que la Real Audiencia se reunía para resolver cuestiones de trascendencia en la denominada Sala de Acuerdo, en la que también se va a reunir la Corte Suprema durante nuestro siglo XIX para solucionar asuntos de suma importancia para el Estado, como las acciones públicas contra los actos legislativos de los Estados Federados (p. 216).

Acerca de la forma como se debe adelantar el control, se debe tener presente que una vez suspendido el acto por parte de la Corte Suprema debía pasar a revisión por el Senado de la Federación, el cual se pronunciaba de manera definitiva sobre su exequibilidad.

### *Constitución Política de 1863: en el marco de un Estado federado*

En ese estado de cosas político-administrativas propias de la organización adoptada en la Constitución de 1858, empezó una serie de movidas gubernamentales con la intención de restringir en alguna mínima medida la autonomía consagrada para los estados confederados, con lo que se atizaron los ánimos de varios de ellos. Se produjo una guerra civil de levantamiento de estos frente al Gobierno federado y culminó en 1861 con el resquebrajamiento del orden jurídico y con la victoria de la oposición, que asumió el poder mediante un Gobierno de facto frente al que el país no tardó en reaccionar y demandó una constituyente.

De esta manera, con ocasión de las pretensiones del pueblo, en 1863 se reunió la constituyente en Rionegro (Antioquia) con el objeto de otorgar un nuevo documento constitucional a los ahora conocidos Estados Unidos de Colombia. Se mantuvo la organización territorial, se integró una lista taxativa —por demás,

amplia— de derechos fundamentales y libertades individuales de los asociados, se adoptaron medidas que contrarrestaran y conjuraran las situaciones objeto de molestia y levantamiento anterior y se devolvió una suerte de autonomía administrativa.

Hasta el momento:

[...] tenemos un control de constitucionalidad parcialmente concentrado para los inicios del constitucionalismo independiente en Colombia, lo que fue de 1811, con las constituciones provinciales, hasta lo que será la Constitución de 1858, para regresar a tomar forma mucho más arraigada y fuertemente concentrado en 1886, cuando se excluye toda participación ciudadana y en el que la Corte Suprema tiene una participación limitada para hacer la revisión de los proyectos de ley que son objetados por el gobierno, para ratificar la fuerte tendencia conservadora y centralista de esta Constitución que confía su guarda sobre todo, al poder ejecutivo; y por otra parte, el otro tipo de control, de estirpe judicial que se presentará para 1863 y 1910, por medio del cual se reparten y equilibran las funciones entre las cortes estatales y la Corte Federal para el control constitucional de los actos federados y se retoma la participación y acceso público a la acción (Gómez, 2011, p. 177).

### *Constitución Política de 1886*

Respecto de la Constitución de 1863 —antecedente inmediato de la Carta de 1886—, hay que decir que no fue ajena a los avatares sociales, económicos y políticos latentes, como tampoco lo fue el documento constitucional de 1886. Si bien las disposiciones adoptadas satisficieron pretensiones de sectores políticos con la adopción de una forma de Estado que se juraba como solución inmediata al descontento político más que social, no sucedió así con las pretensiones de fondo: cobertura y satisfacción de necesidades sociales y territoriales.

En consecuencia, se observaba como panorama social la conservación del latifundio, productores artesanales en quiebra por falta de medidas proteccionistas que hicieran frente a la economía librecambista, resquebrajamiento de las relaciones entre el Estado y la Iglesia debido a la expropiación de bienes raíces y la persistente crisis de orden público mediante levantamientos sociales que trastocaron el orden constitucional de 1863.

En atención a la situación económica del país, sobre todo a la de los artesanos y de todos aquellos afectados por el modelo económico librecambista, emergió

un movimiento denominado regenerador que derrocó el orden constitucional de 1863 y abrió paso a la adopción del nuevo texto en 1886. Este quedó en manos del cuerpo especial designado para el efecto, el Consejo Nacional de Delegatarios, integrado por nueve representantes del Partido Conservador y nueve representantes del movimiento independentista liderado por Rafael Núñez, con el fin de garantizar el equilibrio. Cabe resaltar la participación de Miguel Antonio Caro.

La Constitución de 1886 restableció un Gobierno nacional y central; fortaleció el centro de poder mediante disposiciones como la redistribución de bienes públicos a favor de la Nación y no de las provincias, como en el anterior texto; suprimió la forma de Estado federal y la reemplazó por un Estado organizado a partir de departamentos, municipios y provincias.

El carácter y la naturaleza que revistió este texto constitucional fueron represivos, en tanto se adoptaron medidas limitantes del ejercicio de la democracia, como la restricción del voto a sectores populares, el establecimiento de un sistema indirecto de elección presidencial, aumento del período de Gobierno a seis años, posibilidad de reelección, concentración de atribuciones y facultades que antes estaban en cabeza de los estados federados, disminución de la responsabilidad presidencial, otorgamiento de una facultad colegisladora mediante la figura del estado de sitio y limitación del acceso a canales de expresión e información democrática.

Entre otras cosas, intentó fortalecer al Legislativo con el aumento de los períodos ordinarios y reivindicarse con la Iglesia, mediante la celebración de un concordato con el Vaticano, por el cual se reconocieron privilegios a los clérigos y se aportaron efectos civiles al matrimonio; además, en el Artículo 38 se definió a la religión católica como fundante y oficial del Estado colombiano.

Artículo 38. La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la de la Nación; los Poderes públicos la protegerán y harán que sea respetada como esencial elemento del orden social. Se entiende que la Iglesia Católica no es ni será oficial, y conservará su independencia.

El control de constitucionalidad fue apenas considerado y se abordó de manera ligera e indirecta. Reconocía una mera “responsabilidad personal”, es decir, ya no frente a actos legislativos, leyes o proyectos de ley, sino a personas que afrentaban y desconocían el orden constitucional, con lo que violaba los derechos y las

libertades de la población colombiana, con excepción de los militares en ejercicio de sus funciones. A su vez, se conserva la posibilidad de que el presidente objetara los proyectos de ley por considerarlos inconstitucionales.

Sin embargo, se desconoció la supremacía constitucional, al expresar en la Ley 153 de 1887 que se debía aplicar la disposición legal en caso de ser contraria a la Constitución, así como también que se reputaría conforme a la Constitución toda ley expedida luego de su promulgación de la misma; esto limitaba el ejercicio del control constitucional. Según los doctrinantes, “aunque la Constitución de 1886 había establecido una forma de control constitucional previo, el principio de supremacía legislativa que imperó en la época impidió que la Corte anulara leyes” (Cajas, 2005, p. 21).

Luis Gómez (2011) considera:

De igual forma, el control constitucional que existe para 1886, además del control y unificación de la jurisprudencia para la que se diseña el recurso de casación, parte de un modelo de control de estirpe ejecutiva, en el cual el presidente tiene un amplio control de la ley cuando considera que esta se opone a la Constitución [...]. En este modelo, el legislador tenía la última palabra para pronunciarse sobre el destino de la ley y si encontraba fundadas las objeciones, procedía a hacer el ajuste legislativo pertinente. En caso de que el legislador no estuviese de acuerdo con las objeciones, este las remitía a la Corte Suprema para que decidiese en última instancia (p. 174).

### *Acto Legislativo 03 de 1910*

Un gran número de constitucionalistas colombianos coinciden en que el control de constitucionalidad fue institucionalizado en Colombia a partir de la reforma constitucional de 1910, consideración rebatida fuertemente y hartamente esclarecida a partir del presente estudio.

Otros, en cambio, concuerdan en que:

[...] el desarrollo de esta figura jurídica ha sido paulatino, inicialmente se configuró el control a cargo de la Corte Suprema de Justicia, pero tan solo el conocimiento de las objeciones de inconstitucionalidad presentadas por el Presidente, posteriormente se consagró la acción pública de inconstitucionalidad y la excepción, en el año 1910 (Ochoa, 2010, p. 159).



La reforma constitucional de 1910 se caracterizó por verse en gran medida sobre el Ejecutivo, en aras de revertir las extralimitaciones que se habían previsto en el texto de 1886, que atentaban contra los derechos y las libertades de la población, así como contra el orden democrático, del cual se propuso el restablecimiento con base en la garantía de la participación de las minorías en las corporaciones públicas. Esto permitió que los partidos tuvieran una medida de prestancia política para aligerar tensiones entre conservadores y liberales.

Jorge Augusto Tirado (2010), en alusión al control constitucional, sostiene:

La creación de la acción pública tenía un claro propósito político: establecer una instancia de balanceo y discusión institucional (adicional a las clásicas) entre los partidos políticos, que sirviera de garantía de la paz alcanzada. Contrario a lo que se creería, la jurisprudencia constitucional que va de 1910 a 1930 no tiene como denominador común una defensa de las reformas constitucionales logradas en el Acto Legislativo No. 3 de 1910 por parte de los actores o accionantes, pues la mayoría de casos litigados en el período examinado se sustraen del gran objetivo político con el que fue creada la mencionada acción de inconstitucionalidad (p. 129).

Las disposiciones de la Ley 153 de 1887 referidas se consideran como una de las principales afecciones sufridas por la supremacía constitucional.

La supremacía de la Constitución y su carácter normativo implican el tránsito a un modelo inverso: aquel en el que la enseñanza y la aplicación del Derecho están regidas por la Constitución, de modo tal que los asuntos legales pasan a ser constitucionalizados, es decir, mediados hermenéuticamente por la comprensión y la aplicación de la Constitución. De esta manera, al primitivo control de legalidad le es superpuesto el control de constitucionalidad, el control desde la Constitución (Quinche, 2013, p. 179).

Se observa una reivindicación de la supremacía constitucional mediante el Artículo 40, el cual estableció: “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”; esto materializó el tránsito referido por Manuel Fernando Quinche.

Asimismo, se consagró el control de constitucionalidad. Cualquier ciudadano podía demandar una disposición que se considerara contraria a la Constitución, como acción pública de inconstitucionalidad.

A la Corte Suprema de Justicia se le otorgó la facultad de examinar la constitucionalidad de las normas acusadas con ocasión de las demandas adelantadas

por ciudadanos y declarar su exequibilidad o inexecutable. En un primer momento, la Corte iniciaba su labor apoyada en lo que se denominó “doctrina de la incompetencia”, en tanto se abstiene de pronunciarse frente a normas acusadas de inconstitucionalidad por vicios de forma, porque a consideración del demandante no se surtía el proceso previsto para el efecto.

En 1912 se empezó a apartar de la “doctrina de la incompetencia” desarrollada por la Corte Suprema y algunos de los magistrados sentaban sus posturas mediante el salvamento de voto.

### *El control de constitucionalidad en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991*

La Constituyente de 1991 en Colombia tuvo un carácter particular, pues se instauró para introducir una serie de reformas al texto constitucional de 1886. Actuó como constituyente originario, puesto que adoptó un nuevo texto constitucional e hizo cambios de gran envergadura, entre ellos, creó un Tribunal Constitucional encargado de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (República de Colombia, 1991, art. 4).

En la Constitución de 1991 se creó la Jurisdicción Constitucional en cabeza de la Corte Constitucional, que concentra dos funciones de vital importancia: revisión de los fallos de tutela expedidos por operadores judiciales de inferior jerarquía y control de constitucionalidad de las leyes (Insignares y Molinares, 2011, p. 194).

Antes de la Carta de 1991, el control de constitucionalidad reposaba en la Corte Suprema de Justicia, designada por el Acto Legislativo 03 de 1910; más que un sistema control de defensa de la Constitución, funcionaba como un escudo político para los intereses del partido opuesto al del Gobierno nacional (López, 2009). Con posterioridad al Acto Legislativo 03, en 1968, se creó la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

El control de constitucionalidad ejercido hacia 1910 se limitaba a decidir la exequibilidad de proyectos de ley objetados por el Gobierno como inconstitucionales y decidir sobre las demandas promovidas por ciudadanos sobre la exequibilidad de todas las leyes y los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de funciones extraordinarias (Congreso de la República, 1968, art. 71), así que tal control era limitado y el control de otras normas que podían ser contrarias a la Constitución de 1886 quedaba fuera de su alcance.

•El control de constitucionalidad: construcción dogmática en Colombia y Argentina•

La nueva constituyente consagró un sistema de control de tipo dual y paralelo (García, 2001), en el que coexisten el control de constitucionalidad concentrado —pues la Corte Constitucional lo ejerce sobre los actos normativos enunciados en el Artículo 241 constitucional (Corte Constitucional, 2010)— y el control difuso, que emana de diferentes normas constitucionales y es predicado por el Consejo de Estado, el cual puede declarar la nulidad por inconstitucionalidad (República de Colombia, 1991, art. 237) de los decretos cuya competencia no le corresponda a la Corte Constitucional. La competencia del Consejo de Estado es residual (Corte Constitucional, 2008a). Todos los jueces de la República conocen de acciones de tutela para proteger derechos fundamentales (República de Colombia, 1991, art. 86) y *habeas corpus* (República de Colombia, 1991, art. 30).

Además de los sistemas de control concentrado, se ha configurado la excepción de inconstitucionalidad o control por vía de excepción (Blanco, 2010), desarrollada por el Artículo 4 de la Constitución. En virtud de esta, cualquier juez de la República puede inaplicar una disposición que resulte contraria a la Constitución. Por este hecho, una norma que haya sido exceptuada por cualquier autoridad judicial, administrativa o por un particular cuando tenga que aplicar una norma, puede ser demandada ante la Corte Constitucional, que ejerce el control de constitucionalidad y decide en forma definitiva, abstracta, general y con efectos *erga omnes* si la norma exceptuada es constitucional o no (Corte Constitucional, 2011). La jurisprudencia de la Corte Constitucional (1995; 2000; 2002; 2005; 2008b; 2011; 2013) se ha encargado de crear las reglas de aplicación para esta institución, debido a que si bien el mandato constitucional es claro en establecer que se deben inaplicar disposiciones contrarias a la Carta, en Colombia no hay desarrollo procedimental de la aplicación de la excepción más allá de lo que la Corte ha logrado precisar.

Así lo anota Quinche (2006):

Tras 18 años de vigencia, la Carta de 1991 ha sido sometida a 27 reformas, las últimas, sobre aspectos neurálgicos, especialmente a partir del año 2002, con un promedio de dos reformas por año. Esta dinámica trae consigo dos consecuencias indeseables: en primer lugar, articula un proceso de progresiva desestructuración de la Carta, que la aleja del proyecto de constitucionalismo democrático previsto por los Constituyentes de 1991; y en segundo lugar, crea la falsa conciencia de pensar que los cambios normativos deben darse por la vía de las reformas constitucionales y no

por la acción legislativa, con lo cual se evade el control constitucional y se desubstancia la función legislativa (p. 60).

Sin duda alguna, la Constitución Política de 1991 comporta un gran avance frente a la consagración de un orden constitucional respetuoso de un orden democrático, participativo e incluyente, en tanto va a hacer extensivo el ejercicio de control al pueblo colombiano a partir de la institucionalización de mecanismos populares, entre los que se cuentan el control de constitucionalidad ya no solo por vía de acción, sino también de excepción<sup>76</sup>.

### *Control de convencionalidad en Colombia*

El fenómeno de la constitucionalización también puede evidenciarse en el ámbito internacional a partir de un bloque de constitucionalidad<sup>77</sup>. No obstante, se ejerce un control denominado control de convencionalidad<sup>78</sup> por parte de órganos internacionales pertenecientes al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Estos son la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuyo objetivo es brindar seguridad jurídica a los Estados parte que han ratificado las convenciones y los tratados internacionales en su ordenamiento jurídico interno y Colombia no es ajena a ello.

Esta figura, diseñada por la Corte IDH, “busca que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para este determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006, p. 124).

76 Como características de este fenómeno encontramos: i) una Constitución rígida; ii) la garantía jurisdiccional de la Constitución; iii) la fuerza vinculante de la Constitución; iv) la sobreinterpretación de la Constitución; v) la aplicación directa de las normas constitucionales, y vi) la interpretación conforme de las leyes (Cubides, 2012).

77 Podemos advertir que se trata de un bloque de constitucionalidad, derivado de una constitucionalización del Derecho Internacional, sea por las reformas que las propias Constituciones nacionales han venido realizando o por medio de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado (Cubides, Sánchez y Pérez, 2013).

78 “El concepto es mencionado plenamente por la Corte IDH en 2006, en el caso Almonacid Arellano y otros contra Chile. Este caso marca el punto de evolución del concepto de CCV. La Corte IDH sostuvo que: “[...] el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘CCV’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH” (párr. 124). En el caso de trabajadores cesados del Congreso contra Perú, en 2006, expresó: “[...] los órganos del Poder Judicial deben de ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de ‘convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la CADH” (párr. 128). Aquí se remarcó la obligación que tienen los órganos del Poder Judicial y ya no como en el caso de Chile, en donde señaló que el Poder Judicial debía hacer una “especie” de CCV” (Cubides y Martínez, 2015, p. 98).

•El control de constitucionalidad: construcción dogmática en Colombia y Argentina•

Asimismo, Cubides, Sánchez y Pérez (2013) expresan que el control de convencionalidad se manifiesta de dos maneras: como control concentrado y como control difuso. El primero es ejercido por la Corte IDH, encargada de garantizar el goce de sus derechos a aquel sujeto a quien se le haya quebrantado alguna libertad o un derecho protegido en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) y el segundo apunta a que cualquier órgano jurisdiccional del Derecho interno de cualquier Estado parte valore la compatibilidad entre una norma nacional y las decisiones proferidas por la Corte IDH, para así garantizar el amparo de los derechos en el caso concreto<sup>79</sup>.

Cubides y Martínez (2015) sostienen que los órganos judiciales de cada Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos tienen una doble función y es ejercer los dos controles, tanto el de constitucionalidad como el de convencionalidad<sup>80</sup>. El primero opera en el Derecho interno, garantiza la supremacía de la Constitución y preserva la coherencia del sistema jurídico<sup>81</sup>, mientras el control de convencionalidad permite la garantía, el respeto y la eficacia de la protección de los derechos humanos contenidos en el Pacto de San José, con lo que traspasa el orden jurídico interno. No obstante, a pesar de sus diferencias<sup>82</sup>,

79 "Asimismo, en el control de convencionalidad concentrado, disponer si fuese procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada; de otro lado en el control difuso de convencionalidad, el cual busca que todo órgano jurisdiccional interno, que profiera decisiones de carácter vinculante, realice parámetros de compatibilidad entre una norma nacional y las decisiones que hayan sido proferidas por la Corte IDH, en la cual se encargue de aplicar y ofrecer un marco de protección en el caso concreto, teniendo como resultado que las normas nacionales que hacen relación a derechos humanos deberán interpretarse de acuerdo con la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, favoreciendo en todo caso a las personas en una protección efectiva" (Cubides *et ál.*, 2013, p. 47).

80 Al no tomar en cuenta que cada Estado posee un sistema constitucional diferente, la Corte IDH alentó las críticas hacia esta Institución. Contesse (2013) señala que, mientras en Argentina el control de constitucionalidad es difuso, vale decir, recae como potestad constitucional sobre todos los jueces, Chile y Colombia tienen modelos de control constitucional concentrado, en los cuales solo una corte especializada tiene la potestad de inaplicar leyes que contravienen la Constitución. En Colombia existe la posibilidad de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, lo que constituye una modalidad del control de constitucionalidad difuso (Cubides y Martínez, 2015).

81 Por medio de los controles abstractos que, al constatar el enfrentamiento entre las normas, evitan su aplicación simultánea. Los controles de carácter concreto sirven para superar los conflictos que se producen en el marco de un sistema jurídico y afectan situaciones jurídicas específicas (Huerta, 2003; Cubides, 2013).

82 El control de constitucionalidad consiste en hacer una comparación entre la Constitución y las normas que, por su rango, están por debajo de ella y darle prioridad a la primera (Hitters, 2009). De acuerdo con Bazán (2011), el control de convencionalidad consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de Derecho interno resulta incompatible con la CADH y disponer la reforma o la abrogación de dichas prácticas o normas, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal Convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo (Cubides y Martínez, 2015).

son mecanismos que complementan y facilitan la armonización entre el Estado social de Derecho y el principio fundante de la dignidad humana que están incorporados en la Constitución de los países latinoamericanos.

El caso colombiano hito en el que se esboza la materialización del control de convencionalidad es el de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, en el que a causa del conflicto armado interno que ha vivido el país, un helicóptero de la Fuerza Aérea Colombiana lanzó artefactos con destino a una avioneta que llevaba armas y dinero para actividades ilícitas como el narcotráfico. Afectó directamente a la población civil, pues causó la muerte a diecisiete personas y ocasionó el desplazamiento de familias a lugares aledaños del municipio<sup>83</sup>. En el año 2012, la Corte IDH intervino en el caso, pero Colombia alegó la falta de agotamiento de recursos internos y además la falta de competencia *ratione materiae* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, párrs. 16-18); las razones se basaban en que la Corte IDH no podía pronunciarse respecto a hechos objeto de un conflicto armado, porque no le son atribuibles los asuntos de Derecho de Guerra. En respuesta<sup>84</sup>, la Corte IDH expresó que, a la luz de la Convención Americana, tiene la facultad de interpretar otros tratados de derechos humanos y, por ende, cualquier acción u omisión del Estado que permita la vulneración de aquellas garantías admite la intervención de este órgano internacional. Por último, resolvió

83 En 1998, en la vereda de Santo Domingo, municipio de Fortul (Arauca), se produjo una masacre que dejó diecisiete personas muertas y veintisiete heridas. El 12 de diciembre, las Fuerzas Armadas de Colombia y la guerrilla de las FARC protagonizaron un enfrentamiento, luego de que una avioneta Cessna aterrizara con dinero y armas para actividades de narcotráfico. Las Fuerzas Armadas planearon una operación militar aerotransportada que se prolongó por varios días, de la que participaron la XVIII Brigada y el Batallón de Contraguerrilla No. 36. El 13 de diciembre, a las 10:02 a. m., un helicóptero UH1H 4407 de la Fuerza Aérea Colombiana lanzó un dispositivo clúster de tipo AN-M1AA2, compuesto por seis granadas o bombas de fragmentación AN-M41A, sobre la calle principal de Santo Domingo y asesinó a diecisiete personas e hirió a veintisiete, entre niños y mujeres. Además, la población de Santo Domingo tuvo que abandonar su lugar de origen en busca de refugio. Después del lanzamiento del clúster, las aeronaves de la Fuerza Aérea Colombiana iniciaron ametrallamientos en contra de las personas que huían del enfrentamiento (Cubides y Martínez, 2015).

84 "La Corte desestimó las excepciones preliminares del Estado colombiano teniendo en cuenta que: '[...] si bien a la Convención Americana se le ha atribuido la competencia de determinar la compatibilidad entre la norma de los Estados con la Convención como interprete última de la misma CADH [...]' (Figueroa, 2012, p. 133), y no con las disposiciones de tratados o normas en el ejercicio de dicho examen, tiene la facultad de interpretar a la luz de otros tratados derechos que han sido reconocidos en la Convención, específicamente la protección de derechos humanos. De esta manera, la Corte rechaza las excepciones propuestas, puesto que solo utiliza otras disposiciones de carácter internacional para interpretar la Convención a la luz de estos; de igual manera, sobre la falta de agotamiento de los recursos en la vía interna, se desestima, teniendo en cuenta, que si bien es cierto que los procesos contenciosos administrativos son pertinentes en la calificación de la responsabilidad del Estado y la posible reparación, para casos como el presente no es un requisito indispensable el agotamiento de dicha vía" (Cubides, Chacón, Sánchez y Pérez, 2015, p. 36).

condenar al Estado colombiano por la violación de derechos humanos como la vida, la integridad personal, la propiedad privada y el derecho a la circulación y residencia.

Con lo anterior, se puede evidenciar la eficacia y existencia de una armonización del control de convencionalidad con el Estado social de Derecho que han adoptado los países latinoamericanos, puesto que con este mecanismo se hace efectiva la protección a los derechos humanos y al principio de la dignidad humana.

### **La Constitución de 1853. El control de constitucionalidad en Argentina**

Dentro de la historia constitucional argentina resulta de gran relevancia la expedición de la Constitución del 1 de mayo de 1853 por parte del Congreso General Constituyente y se sitúa como uno de los momentos más importantes de su historia, puesto que, transcurridos más de 163 años, sus principales componentes y la esencia del Estado argentino sigue vigente.

La referida Constitución ha tenido varias reformas de relevancia, con miras a actualizar su contenido a los momentos históricos trascendentales argentinos y a las nuevas corrientes político-jurídicas, como la Convención Nacional *Ad Hoc* el 25 de septiembre de 1860 y las reformas de las convenciones de 1866, 1898, 1957 y 1994. De ninguna manera su construcción y estructuración pueden verse sencillas, pues se han ido moldeando con el pasar de los años y gracias a los esfuerzos mancomunados de diversas personalidades argentinas.

En la Constitución se asentó por primera vez el modelo constitucional y de control de constitucionalidad imperante en la Argentina, el cual ha sido retocado por disposiciones normativas añadidas en las reformas aplicadas, sobre todo la reforma de 1994.

En aras de determinar el contenido y el modelo constitucional vigentes en Argentina, se analizarán los principales acontecimientos históricos argentinos y mundiales que dieron paso a la Carta de 1853, entre ellos, el modelo de Constitución de Alberdi; en segundo lugar, se examinarán los principales avances constitucionales que fueron incluidos en la Constitución de 1953 y los elementos clave para su creación; en tercer lugar, se revisarán los modelos y los principales postulados que inspiraron el control de constitucionalidad en Argentina y, por

último, los cambios y las modificaciones del control de constitucionalidad con las reformas posteriores.

### *Antecedentes de la Constitución argentina de 1853*

El estado de Buenos Aires quería obstaculizar el desarrollo de la Constitución de las provincias mediante la realización y promoción de invasiones en cabeza del general Urquiza (López, 1996). El Congreso General Constituyente fue instalado en Santa Fe el 20 de noviembre de 1852, representado por hombres de todos los niveles socioeconómicos, de todas las provincias (excepto la de Buenos Aires) y de distinto orden político, incluso guerreros y frailes (López, 1995).

Previo a su instalación, fue elegido como presidente del honorable Congreso General Constituyente el doctor Facundo Zuviría, de la provincia de San Luis y como secretarios, el doctor Juan Francisco Seguí, de la provincia de Santa Fe y Delfín Huergo, de la Provincia de Tucumán. Más adelante se encargó redactar el proyecto de ley fundamental a los diputados Manuel Leiva, Juan María Gutiérrez, Pedro Díaz Colodrero, José Benjamín Gorostiaga, Pedro Ferré, Martín Zapata y Santiago Derqui (Lorenzo, 1997).

El proyecto fue puesto a consideración en la sesión del 18 de abril de 1853 y fue aprobado en sesión del 20 de ese mes, la cual tuvo significativa importancia:

Decíamos en otro trabajo que así como el Cabildo abierto del 22 de mayo de 1810 representaba la verdadera revolución argentina, su íntima estructura, así también la sesión del día 20 de abril de 1853 es la piedra angular donde descansa la Constitución Nacional (López, 1996, p. 470).

La relevancia de la citada sesión recae en la aprobación del proyecto general, pese a la resistencia del presidente del honorable Congreso, Facundo Zuviría, quien solicitó el aplazamiento de la sesión del 18, debido a la necesidad de terminar primero el conflicto con el estado de Buenos Aires. Su moción tuvo fuertes opositores, quienes arguyeron que la Constitución era el único camino hacia la paz. Entre las alocuciones se destacaron las de los representantes Juan Francisco Seguí, Juan María Gutiérrez, Salustiano Zavalía, Martín Zapata y Delfín Huergo.

En las siguientes sesiones se debatieron los artículos, en especial el Artículo 2, cuyo texto original reza: “El gobierno federal sostiene el culto católico apostólico y romano”. Las discusiones en torno a este surgieron por su carácter poco



explícito, por lo que hubo varias posturas a favor de ampliar su contenido y dejar establecida a la religión católica como la única del Estado. Resultaron notorias las intervenciones del presbítero Benjamín Lavaise y el fray Manuel Pérez, pero fueron superadas por la explicación del articulado realizada por el representante José Benjamín Gorostiaga, quien sostuvo que no se podía instituir el catolicismo como la religión del Estado, toda vez que no todo el pueblo argentino era católico y este acto implicaba la implementación de un dogma, lo cual escapaba a las facultades del Congreso. Se mantenía la relación entre Estado e Iglesia católica, pero con respeto por la libertad de culto.

Otro artículo que presentó fuerte oposición, fue el Artículo 4 relacionado con la formación del tesoro nacional en cuanto que suprimía el derecho de las provincias sobre las exportaciones e importaciones, oponiéndose especialmente el representante Manuel Leiva, quien argumentaba que la referida disposición escapaba de las esferas del Congreso, teniéndose en defensa de la misma al representante Juan Francisco Seguí, quien insistió en la necesidad de la presente cláusula con miras a la creación de la Nación y del poder federal que se pretendía implantar.

Durante los días siguientes, hasta el 30 de abril, se aprobaron los 107 artículos constitucionales sin grandes debates y se programó la firma de la Constitución para el día siguiente, es decir el 1 de mayo de 1853, en conmemoración del pronunciamiento del general Urquiza en 1851.

En sesión del 3 de mayo, se puso de presente una declaración relacionada con la sanción de la Constitución y luego se discutió el proyecto de ley mediante el cual se legislaba la capital de Buenos Aires.

Al ser conocido el proyecto por el general Urquiza, se dispuso la expedición del Decreto de promulgación el día 25 de mayo, fecha de gran relevancia por la conmemoración de los acontecimientos de 1810 como aquellos relativos al inicio del proceso independentista. La Constitución fue jurada por las provincias el día 9 de julio de 1853.

En cuanto a las fuentes que inspiraron el texto constitucional, López (1996) manifiesta que la Constitución no puede ser entendida como una simple copia de la Carta estadounidense, sino que obedece a un proceso histórico iniciado desde 1810 y que tiene como conclusión el texto de 1853. Cuenta entre sus principales fuentes con el pensamiento de Mayo; el pensamiento federal; el pensamiento

unitario; el pensamiento del 37; el pensamiento porteño de la organización; las Constituciones, los reglamentos y los decretos nacionales y provinciales emitidos desde 1810; los proyectos constitucionales del mismo período y, en especial, el de Alberdi; los pactos provinciales o confederacionales del período independiente; la doctrina nacional y extranjera y las Constituciones de otros países, en especial, la de Estados Unidos de América.

El pensamiento de Mayo hace alusión al inicio del movimiento independentista. Comienza por los debates del Cabildo abierto del 22 de mayo, en el que Juan José Castelli pone de manifiesto que “El gobierno de España ha caducado” por parte de (Cabildo abierto, s. f.) y el reglamento del 25 de mayo, mediante el cual se elige una nueva Junta de Gobierno mientras se establece la nueva Corte del Virreinato (Cabildo, justicia y regimiento, 1810). En estos acontecimientos es notorio el pensamiento de Mariano Moreno, Manuel Belgrano, Gregorio Funes, Monteagudo, Gorriti y Saavedra.

En cuanto al pensamiento federal, López (1995) subraya la labor de José Gervasio Artigas, Estanislao López, Francisco Ramírez, Manuel Dorrego, Facundo Quiroga, Pedro Ferré, Manuel Leiva, Domingo Cullen, Nicolás Laguna, Manuel Moreno y Juan Francisco Seguí, quienes mantuvieron esa bandera en alto hasta la consolidación de la Constitución pese a las dificultades.

Y en contra posición pero no menos importante también influenciado por el pensamiento unitario, enmarcado según Lorenzo (1997) por el centralismo porteño y sus numerosas obras, que también se ven reflejadas en las disposiciones constitucionales, destacando el pensamiento de Bernardino Rivadavia, Valentín Gómez, Julián Segundo de Agüero, los Varela, Castro, Frías, José María Paz, y Lavalle, creadores del Congreso de 1824-1827 que derivó en una Constitución, la cual al incorporar a la provincia oriental o también llamada banda oriental (hoy Uruguay y parte de Brasil) dentro del territorio argentino, generó por parte de Brasil la declaratoria de guerra y el bloqueo del puerto de Buenos Aires territorio por el que desde 1816 siempre estuvieron en disputa, situación que generó una división entre los porteños entre unitarios y federales, apoyando los primeros que apoyaban al electo presidente Bernardino Rivadavia y la proclama de la Constitución, y los segundos buscaban la separación de la provincia de Buenos Aires y la pérdida de control frente a la aduana.

Hubo un cúmulo de marcadas circunstancias frente al modelo de Nación que se deseaba construir, agravadas por la firma del llamado “Tratado deshonroso”. El delegado de Rivadavia, Manuel José García, suscribió un acuerdo en busca de la paz, en el cual se reconocía la banda oriental como propiedad de Brasil, situación que Rivadavia denunció más adelante. Sin embargo, ante el descontento de las Provincias Unidas, terminó por renunciar a la presidencia y fue sucedido por el federalista Manuel Dorrego. Debido a los problemas económicos, se vio obligado a acordar la paz con Brasil, para lo que se firmó la llamada preconvencción de paz; en ella se reconocía la independencia de la banda oriental tanto del imperio del Brasil como de las Provincias Unidas del Río de la Plata.

Dentro de las provincias estalló la guerra civil en diciembre de 1928, por cuenta de Juan Galo Lavalle, quien destituyó a Dorrego y ordenó su fusilamiento; fue derrotado el 26 de abril de 1829 por el general Rojas en la batalla del puente de Márquez.

Con su victoria sobre Lavalle, el general Rojas se convirtió en el gobernador de Buenos Aires (considerado históricamente como una dictadura) hasta que fue vencido en la batalla de Caseros, ocurrida el 3 de febrero de 1852 a manos del llamado Ejército grande.

En la generación del 37 se distinguen la figura del tucumano Juan Bautista Alberdi y la sociedad secreta Joven Argentina, fundada por Echeverría en 1838. Esta generación trata de conciliar las pugnas entre federalistas y centralistas. Según López (1996), bajo los principios de democracia y progreso, se pretendía restaurar el pensamiento de Mayo y combatir la anarquía y la dictadura, ya no con las armas, sino con un programa de reconstrucción nacional y un nuevo planteamiento del problema argentino.

Alberdi (1915) señala con claridad la necesidad de forjar una nueva Constitución, fuera de los parámetros definidos en la época de la independencia de los países de América Latina, puesto que la misma se estructuró a la luz de las necesidades imperantes en la época y tenía como punto de partida la Revolución Francesa y la independencia estadounidense, que no obedecen a las mismas condiciones de los pueblos latinoamericanos.

De otra parte, hace una fuerte crítica a la Constitución de 1826, porque surgió de las circunstancias de la Argentina de su época, pues su fundamento está en la Carta de 1819, cuando las condiciones sociales, económicas y políticas

del naciente pueblo argentino eran distintas. Señala: “La Constitución unitaria de 1826, copia confesada de una constitución del tiempo de la guerra de la Independencia, carecía igualmente de garantías de progreso. Ninguna seguridad, ninguna prenda daba de reformas fecundas para lo futuro” (Alberdi, 1915, p. 403).

Los pensamientos de Alberdi son justificados, en tanto los modelos constitucionales imperantes en la época independentista obedecían a un contexto político global en donde los pueblos de América Latina no contaban con un reconocimiento expreso como Naciones frente a las potencias europeas. Esto dificultaba, entre otras cosas, cualquier intercambio comercial con esa región.

Como eje de la obra de Alberdi está la premisa de que las Constituciones latinoamericanas atentan contra su propio progreso industrial y material. Cabe destacar una de las conclusiones de Alberdi (1915) en cuanto a lo que debería reflejar una Constitución:

Nuestros contratos o pactos constitucionales en la América del Sud deben ser especie de contratos mercantiles de sociedades colectivas, formadas especialmente para dar pobladores a estos desiertos, que bautizamos con los nombres pomposos de Repúblicas; para formar caminos de fierro, que supriman las distancias que hacen imposible esa unidad indivisible en la acción política, que con tanto candor han copiado nuestras constituciones de Sud América de las constituciones de Francia, donde la unidad política es obra de 800 años de trabajos preparatorios (p. 403).

De acuerdo con López (1995), a pesar de que el pensamiento de Alberdi constituye una de las principales fuentes de inspiración de la llamada generación de 1853, es claro que, más que verse reflejado el pensamiento conciliador, la Constitución desarrolló en gran medida los postulados de la élite preponderante, es decir, los postulados del federalismo.

Según la doctrina, prueba de esta circunstancia se encuentra en que los postulados básicos de progreso, libertad, educación e igualdad desarrollados en la obra de Alberdi ya habían sido fijados en el Pacto federal del 4 de enero 1831 —formado con el fin de hacer frente a la llamada Liga Unitaria— y en el Acuerdo de San Nicolás del 31 de mayo de 1852 —antecedente directo de la Constitución de 1853—.

Se presentaron cuatro proyectos de constitución: i) Proyecto de Constitución del genovés Pedro Antonio Diego Enrique Estanislao de Angelis, en 1852, quien

fue encargado por Urquiza, pero su aparente cercanía con Rosas ocasionó que su proyecto fuera inobservado (Dalla, 2009); ii) Proyecto de Constitución de Juan Bautista Alberdi; iii) Proyecto constitucional de Gorostiaga, y iv) Proyecto anónimo que fue encontrado en el Archivo General de Indias, dirigido al Congreso de 1853, pero no fue puesto en conocimiento de la Asamblea y no fue presentado por alguno de los miembros (López, 1995).

Los proyectos de Alberdi y Angelis eran prácticamente idénticos (Dalla, 2010). El primero era una Constitución sin Preámbulo que constaba de 137 artículos; admitía la posibilidad de reintegro de Paraguay y proponía el establecimiento de una comisión permanente en los períodos de receso del Parlamento, así como un modelo de elección popular de segundo nivel para el presidente de la Nación, consistente en la elección de dos electores por provincia que procederían a la elección presidencial y dotaba a la Corte Suprema de facultades para adelantar juicios políticos al presidente, al vicepresidente, a los legisladores y a los gobernadores de la provincia.

Los principios, los derechos y las garantías aprobados en la Constitución de 1853 corresponden con el modelo de Constitución de Alberdi, cuyo proyecto se divide en dos grandes acápites titulados “Principios, derechos y garantías” y “Autoridades argentinas” (Alberdi, 1852).

Es innegable el aporte de Alberdi a la Constitución de 1853, pues ambos textos tienen el mismo número de artículos y comparten la división y estructura de la Constitución; no obstante, el proyecto de Alberdi no es la Constitución de 1853, sino apenas una guía (Ferreya, 2012).

Frente a la estructura de la Constitución, el maestro Ferreyra (2012) considera que, en materia de derechos fundamentales, las ideas de Alberdi son pulcras, pero abiertas: “[...] imagino extensamente los derechos civiles para todos aquellos que podían titularizar derechos civiles. Imagino los derechos políticos no para todos los que podían ejercerlos. Pese a ellos el modelo es francamente superior a muchos existentes en su tiempo” (p. 222).

En cuanto al proyecto de Constitución de Gorostiaga (1852), se tiene que no fue una fuente en sí misma, sino que se trata del proyecto de ley fundamental, porque el autor era uno de los encargados de su redacción. Es importante resaltar que los aportes relacionados con la declaración de derechos y garantías estuvieron inspirados por Juan María Gutiérrez, miembro de la provincia de Entre Ríos

de la Convención Constituyente de 1853 y lo referente a la estructura del Estado sí fue escrito por Benjamín Gorostiaga (López, 1995).

### *Control de constitucionalidad en la Constitución de 1853*

En aras de introducir el tema del modelo de control constitucional vigente e instituido en Argentina, una de las principales fuentes de la Constitución argentina fue la estadounidense, de la cual se tomaron sesenta artículos que sirvieron como punto de partida (Lorenzo, 1997).

Los principales pensadores y artífices de la Constitución estuvieron bajo la influencia directa o indirecta de las ediciones de *El Federalista*, de Hamilton, así como del proyecto de Constitución Federal para la Confederación Suiza de Pellegrino Rosso, entre el vasto número de autores que pudieron influir a los pensadores de 1853.

En palabras de Juan María Gutiérrez y Gorostiaga:

[...] nuestra Constitución eminentemente federal está vaciada en el molde de la de los Estados Unidos, única Federación que existe en el mundo digna de ser imitada [...] la Constitución norteamericana había servido de molde y modelo a la nuestra (citado en López, 1995, p. 22).

En relación con el modelo de control constitucional imperante, Sola (2010) es claro en exponer la influencia de la jurisprudencia estadounidense tanto en el modelo constitucional como en el control constitucional ejercido por la honorable Corte Suprema de Justicia; se subrayan las repercusiones del famoso caso *Marbury vs. Madison* (Carbonell, 2005).

D'Auria (2008) cita a Sarmiento (2004) y asimila una tisana comprada en una farmacia —la cual viene con sus instrucciones— con el Derecho Constitucional, puesto que, debido a la gran similitud entre el sistema constitucional argentino y el estadounidense, se deberían incorporar los precedentes judiciales dictados en Estados Unidos, lo que podría garantizar una fórmula de éxito.

El famoso caso resuelto por el juez Marshall es el primer antecedente para que Argentina adopte el mismo sistema de control; incluso, la Corte Suprema argentina hace uso permanente y reiterado de precedentes estadounidenses para resolver sus asuntos (Quiroga, Benedetti y Cenicacelaya, 2009).

•El control de constitucionalidad: construcción dogmática en Colombia y Argentina•

Se caracteriza por un control concreto, toda vez que este se ejerce siempre en el trámite de causas judiciales, es decir, solo en casos o litigios en los cuales una de las partes tenga interés de defender. Asimismo, como regla general, se aprecia el efecto interpartes, o sea, la inaplicación de la norma para el caso concreto, situación que fue modificada con la reforma de 1994 (Quiroga *et ál.*, 2009).

A pesar de que la Corte Suprema fue instalada en 1863, este Tribunal no se pronunció respecto a la constitucionalidad de leyes de orden nacional sino en 1887<sup>85</sup> con el caso Sojo (Corte Suprema, s. f.). Se trató de un caso similar a *Marbury vs. Madison*, porque la cuestión en disputa era la presunta inconstitucionalidad de una ley que aparentemente ampliaba las competencias otorgadas por la Constitución a la Corte Suprema, de acuerdo con el Artículo 101 de la Constitución de 1853 y se argumentaba una falta de competencia para conocer de los recursos de *habeas corpus* interpuestos por particulares.

Así, se pone de presente la facultad de control constitucional por parte del máximo Tribunal para inaplicar una norma contraria a la Constitución. No obstante, la Corte halló infundada la pretensión y desestimó la acción, por considerar que la norma demandada era acorde con la Carta.

No fue sino en 1888, con el caso *Municipalidad de la Capital c. Elortondo*, que por primera vez en la historia argentina se declaró la inconstitucionalidad de una ley del Congreso Nacional (Bouzact, 1997), toda vez que la Corte encontró que el tratamiento dado por la municipalidad a los terrenos adyacentes y la declaratoria de su utilidad pública atentaba contra el derecho de propiedad de la viuda Elortondo.

La estructura del Poder Judicial en Argentina se ha mantenido casi intacta desde la Constitución de 1853 hasta la vigente reforma de 1994, aunque con las reformas —en especial la de 1957 y la de 1994— la Carta de derechos y, por ende, los parámetros de control de constitucionalidad se han ampliado.

85 Respecto a esta situación, Quiroga y otros autores (2009) sostuvieron: "No obstante, en ese período hubo algunas declaraciones sobre otras normas: en una temprana decisión (causa V) de 1863 (caso 'Ríos', F. 1:32) así lo hizo con un decreto del Poder Ejecutivo de la Confederación por arrogarse funciones legislativas; sin teorizar respecto de la facultad judicial de control de constitucionalidad, dijo brevemente que 'no tiene ningún valor legal' con arreglo al 'principio fundamental de nuestro sistema político' de división de poderes y por el artículo 31 CN. En 1865, también con cita del artículo 31 CN, declaró 'contraria' a la CN y por tanto 'nula y de ningún efecto en la presente causa' una ley impositiva local por considerar que establecía aduanas interiores (caso 'Mendoza c/Prov. San Luis' -1865, F. 3:131), y en 1871 volvió a hacerlo con un decreto local (caso 'Sociedad de Beneficencia de Sras.', F. 11:139)" (p. 3).

*Inclusión de la Carta de derechos sociales en la Constitución de 1857*

Con el fin del mandato del presidente Juan Domingo Perón, quien fue derrocado por civiles y militares en la Revolución Liberadora del 16 de septiembre de 1955, se promulgó un decreto con fecha 27 de abril de 1957, mediante el cual el nuevo Gobierno desconoció las reformas constitucionales de 1949, pues consideraban que el fin de la referida reforma era la reelección indefinida (López, 1996). Así, quedó vigente la Carta de 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898.

Para reformar la Constitución en consonancia con los nuevos tiempos, se promulgó el Decreto 38338 del 12 de abril de 1957, con el fin de convocar al pueblo a la elección de diputados constituyentes.

El desarrollo de las sesiones estuvo torpedeado por la banca del Partido Radical, que se retiró de la Asamblea; con ello, generó un quórum ajustado y, junto con algunos partidos de la oposición, impidió una reforma de mayor envergadura.

En materia de derechos sociales, figura la incorporación del actual Artículo 14 bis, que trae al escenario nacional una serie de derechos relacionados con el trabajo en condiciones dignas; el salario mínimo vital y móvil; igual remuneración por igual tarea; protección contra el despido injustificado; el derecho de huelga; las organizaciones sindicales; principios de seguridad social; protección a la familia y derecho a la vivienda digna.

Esta reforma obedeció a las corrientes jurídicas vigentes en la época relacionada con el constitucionalismo social imperante en la Constitución mexicana de 1917, la Constitución rusa de 1918 y la Constitución de Weimar de 1918, modelos que influyeron en los procesos constitucionales centro y suramericanos (García, 1993).

En consonancia con esta situación, se tienen las palabras del miembro informante de la Comisión redactora de la reforma constitucional, quien expresó:

[La] etapa que significa poner nuestra realidad en la hora social y política que vive el mundo; etapa que es la serena y proficua esperanza de contribuir al bienestar general y colocar en forma duradera, la piedra fundamental de una verdadera paz social argentina (citado en López, 1996, p. 22).

Varios derechos laborales y prestacionales implementados con la reforma de 1957 tienen sus antecedentes más inmediatos en la IX Conferencia Interamericana, la Carta internacional americana de garantías sociales, adoptada en Río de Janeiro



•El control de constitucionalidad: construcción dogmática en Colombia y Argentina•

en 1947 y en la Declaración universal de los derechos del hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 (esta última en cuanto a los derechos sociales económicos y culturales y los derechos de seguridad social).

Pese a los grandes avances, la reforma no acogió todos los criterios de modernización que se pensaban incorporar y, por eso, desde 1957 se expresaron voces a favor de la reforma de la Constitución nacional (Banedi, 2004).

### *La reforma constitucional de 1994*

Esta situación solo tomó forma cuando el presidente Raúl Alfonsín, mediante el Decreto 2446 del 24 de diciembre de 1985, creó el Consejo para la Consolidación de la Democracia, quien determinó la viabilidad de realizar una reforma parcial de la Constitución (Banedi, 2004).

Entre las principales temáticas se resaltan el período y las facultades del presidente de la Nación y frente al tema de derechos humanos, el reconocimiento constitucional de los tratados de derechos humanos<sup>86</sup> ratificados por Argentina, catalogados como superiores a las leyes nacionales (Serna, 2009).

De acuerdo con Banedi (2004), el desarrollo del proyecto se vio truncado por la pérdida de mayorías en los comicios para el año de 1987 y fue retomado tan solo con la promulgación de la Ley 24309 de diciembre de 1993 que dio paso a la Convención reformadora de 1994, la cual comenzó a funcionar el 25 de mayo de 1994 (Gelli, 1994) y concluyó el 23 de agosto de 1994. Fue publicado en el *Diario Oficial*, con 129 artículos incorporados al texto constitucional que entraron en vigencia al día siguiente.

Acercas del análisis del control de constitucionalidad<sup>87</sup>, se tiene que la facultad del Poder Judicial (Corte Suprema y los tribunales inferiores de la Nación) de declarar la inconstitucionalidad de las normas no se desprende exclusivamente del

.....  
86 El acercamiento a la temática de los derechos humanos desde una perspectiva académica requiere abarcar las rutas y los alcances en el camino de una mejor comprensión y protección. Las dos primeras divisiones internas del tema, en su perspectiva teórica constitucional y de Derecho Procesal Constitucional transnacional, responden a la protección interna fijada entre la relación Estado-ciudadano (Cubides, Vivas y Pulido, 2013).

87 Ello no es concebible sin el acatamiento nacional e internacional del Estado a los tribunales especializados que garanticen los derechos humanos de todas las personas. Sin duda, una de las notas trascendentales de este nuevo modelo de Estado es la convicción acerca de la preponderancia de la dignidad humana, alrededor de la cual giran los derechos humanos que le dan sustento y fundamento (Cubides, 2013).

Artículo 110 de la Constitución de 1853 o del Artículo 116 de la reforma de 1994, sino que también tiene sustento en los Artículos 5; 27; 28; 31; 43; 75, inciso 22 y 99, inciso 3, párrafo 2. Se distingue la inclusión del Artículo 43, relacionado con la acción constitucional de amparo, la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos expresamente señalados en el texto constitucional ratificados por Argentina, la posibilidad de incorporar otros mediante el voto favorable de 2/3 partes de los miembros del Congreso y la habilitación del efecto *erga omnes* de las providencias de la Corte Suprema de Justicia en los casos del Artículo 99, inciso 3, párrafo 2. En el Cuadro 2 se comparan las normas mencionadas.

Cuadro 2. Comparativo constitucional\*

Ítem	Constitución de 1853	Constitución con la reforma de 1994
Ejercicio del Poder Judicial	Art. 94. El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación.	Art. 108. El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación.
Supremacía constitucional	Art. 5. Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.	Art. 5. Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.
Supremacía constitucional	Art. 27. El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de Derecho Público establecidos en esta Constitución	Art. 27. El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de Derecho Público establecidos en esta Constitución.
Supremacía constitucional	Art. 28. Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.	Art. 28. Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

•El control de constitucionalidad: construcción dogmática en Colombia y Argentina-

Ítem	Constitución de 1853	Constitución con la reforma de 1994
Supremacía constitucional	Art. 31. Esta Constitución, las leyes de la Confederación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales.	Art. 31. Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, <u>salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.</u>
Acción de amparo	N/A	Art. 43. Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.
Aprobación de tratados internacionales	Art. 64. inciso 19. Corresponde al Congreso: 19. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás Naciones y los concordatos con la Silla Apostólica; y arreglar el ejercicio del patronato en toda la Confederación.	Art. 75. inciso 22. Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. <u>Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración americana de los derechos y deberes del hombre; la Declaración universal de derechos humanos; la Convención americana sobre derechos humanos; el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales; el Pacto internacional de derechos civiles y políticos y su Protocolo facultativo; la Convención sobre la prevención y la sanción del delito de genocidio; la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; la Convención sobre los derechos del niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo</u>

Ítem	Constitución de 1853	Constitución con la reforma de 1994
		<u>alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.</u>
Disposiciones con carácter legislativo	Artículo 83. inciso 4. El presidente de la Confederación tiene las siguientes atribuciones: [...] 4. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las sanciona y promulga.	Artículo 99. inciso 3, párrafo 2. El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: [...] 3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. <u>El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.</u> Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

Fuente: elaboración propia

\*Los apartes subrayados son las adiciones constitucionales vigentes con la Constitución de 1994.

Según Zarza (1994), el objetivo primordial de la reforma era modificar aquellas cláusulas que impedían la reelección presidencial. No cabe duda de que la reforma constitucional constituyó un gran avance hacia la modernización del modelo constitucional argentino frente al tema de derechos y garantías, pero de acuerdo con Jiménez (2004), un gran desequilibrio de poderes.

Se enumeraron los instrumentos internacionales de rango constitucional y la posibilidad de aprobar otros, siempre que, como señala el Artículo 75, numeral 22, se cuente con el voto favorable de las 2/3 partes del Congreso, es decir, el

•El control de constitucionalidad: construcción dogmática en Colombia y Argentina•

Congreso tiene una función semiconstituyente, pues se le permite hacer cambios a la estructura constitucional sin la modificación del texto (Quiroga *et ál.*, 2009).

Quiroga y otros autores (2009) destacan dos importantes cláusulas derivadas del mismo articulado, relacionadas con la expresión “en las condiciones de su vigencia”, la cual ha sido interpretada por la Corte Suprema (*Caso Girolodi*, 2010) y entiende que implica la aplicación de las convenciones de derechos humanos y los tratados a los que alude el Artículo 77, numeral 22, como efectivamente rige en el ámbito internacional.

En segundo lugar, la regla del individuo más favorecido, en tanto el criterio de armonización entre el Derecho Internacional y el Derecho interno se enmarca en la regla interpretativa de la norma más favorable para el ser humano.

## Conclusiones

El control de constitucionalidad es un mecanismo que tiene influencia española, heredado mediante la acción pública de inconstitucionalidad. En el Derecho colombiano, este concepto fue desarrollado y ejercido por varias autoridades. A partir de 1811 y 1812, empieza a tomar fuerza en el país, ejercido por un Senado de Censura; luego, con la Constitución de Cúcuta de 1821, al Congreso le correspondía la interpretación de la norma fundamental, con lo que el control de constitucionalidad quedó en sus manos. En la era de la Constitución de 1832, este mecanismo se manifestó mediante la declaración de nulidad por vicios de forma de los actos proferidos que fueran contrarios a la Constitución. En 1843, la Constitución le otorgó la facultad a la Corte Suprema de Justicia de declarar la acción de nulidad por razones de inconstitucionalidad a las ordenanzas municipales y el control de constitucionalidad recayó sobre un órgano de carácter jurisdiccional. Años más tarde, a partir de la Constitución de Rionegro de 1863, se observó un control de constitucionalidad concentrado y ya no frente a leyes federales, sino a leyes del Congreso y del Gobierno nacional.

A pesar de que tras la Constitución de 1886 Colombia era un Estado de Derecho caracterizado por la supremacía de la ley, el control de constitucionalidad no se evidenció, pues no garantizaba la protección de los derechos y las libertades contenidos en el texto fundamental. Fue a partir de la reforma de 1910 cuando se materializó todo lo dicho referente al control de constitucionalidad. En

primer lugar, se garantizaba el acceso de cualquier persona a la acción pública de inconstitucionalidad cuando una norma que no tiene carácter de constitucional no esté acorde a la ley fundamental (Constitución). En segundo lugar, la Corte Suprema de Justicia estaba facultada para revisar las acciones públicas de inconstitucionalidad instauradas por particulares y así empezó a decidir la declaración de exequibilidad o inexecutable.

Es notoria la transición del control de constitucionalidad desde la Corte Suprema de Justicia a la Corte Constitucional instaurada como órgano jurisdiccional a partir de la Constitución de 1991 para salvaguardar la Constitución y garantizar la coherencia del ordenamiento jurídico.

A partir de la Constitución Política de 1991, el control constitucional se manifiesta de diversas formas: por vía de acción, por vía de excepción, abstracto, concreto, concentrado y difuso.

En la actualidad, a la jurisdicción colombiana no solo le compete el control de constitucionalidad, sino también el control de convencionalidad, para brindar mayor seguridad jurídica al ordenamiento interno y procurar la materialización tanto del Estado social de Derecho como del principio de la dignidad humana que son aplicables a los países latinoamericanos.

La Constitución argentina de 1853 se consolidó luego de un fuerte proceso de luchas internas por la determinación del mejor modelo de gobierno entre unitarios y federalistas, pugnas que conllevaron a la pérdida de innumerables vidas. Al final de esta etapa histórica, se impusieron los ideales y postulados federalistas, los cuales fueron decantados en el texto constitucional. Tuvo como fuente los procesos históricos y políticos originados desde 1811 y contó con la influencia de Juan Bautista Alberdi, quien formó parte de una generación de juristas que buscaron un punto de encuentro entre las ideas aparentemente inconciliables entre federalistas y unitarios; varios de sus postulados fueron recogidos en el texto constitucional argentino.

La Carta Magna argentina de 1853 tuvo una fuerte influencia de la Constitución de Estados Unidos y de varios precedentes de sus Cortes y tribunales; de esta forma, el modelo constitucional imperante en el Estado comparte grandes rasgos con el estadounidense, pero adecuado a la necesidad y situaciones acaecidas en Argentina.

El modelo de control de constitucionalidad argentino conserva las bases señaladas en la Constitución de 1853. El catálogo de derechos se extendió con la reforma de 1957 y la reforma de 1994, puesto que implementaron importantes medidas.

La reforma de 1957 amplió los parámetros de control de la Corte Suprema de Justicia, porque agregó nuevos derechos de índole social relacionados con el trabajo en condiciones dignas, salario mínimo vital y móvil, la garantía de las prestaciones sociales y de la seguridad social, reforzado por algunos derechos propios de la familia y el derecho a la vivienda digna.

La reforma de 1994 concluyó el proceso de modernización de 1957 y añadió nuevos elementos al control de constitucionalidad. Se enfatizan la inclusión de los tratados de derechos humanos ratificados por Argentina que se indican taxativamente en el texto, así como la posibilidad de incluir nuevos tratados por un mecanismo agravado ante el Congreso, pero con independencia de otras ramas. Una vez aprobados, los tratados internacionales forman parte del ordenamiento interno. En ese momento, es necesario hacer uso del principio *propersona*, con la finalidad de resolver las incompatibilidades que surjan entre la Constitución y los derechos humanos.