

CONTENIDO

| | |
|----------------------|---|
| AGRADECIMIENTOS..... | 9 |
|----------------------|---|

PRESENTACIÓN

| | |
|---|----|
| ASPECTOS METODOLÓGICOS DE LA LABOR INVESTIGATIVA..... | 18 |
|---|----|

PROLEGÓMENO

DELIMITACIÓN TEÓRICA DE LA INVESTIGACIÓN

| | |
|--|----|
| MARCO TEÓRICO DOCTRINARIO..... | 31 |
| TESIS QUE NO ADMITEN NINGÚN CONTROL A LOS ACTOS POLÍTICOS O DE GOBIERNO | 32 |
| TESIS QUE SÍ ADMITEN CONTROL A LOS ACTOS POLÍTICOS O DE GOBIERNO | 33 |
| MARCO TEÓRICO JURISPRUDENCIAL..... | 37 |

CAPÍTULO PRIMERO

LA TEORÍA DE LOS ACTOS POLÍTICOS O DE GOBIERNO

| | |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN | 43 |
| CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS ACTOS POLÍTICOS O DE GOBIERNO ... | 43 |
| LOS ACTOS POLÍTICOS O DE GOBIERNO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO..... | 49 |
| CONVOCATORIA DEL PRESIDENTE A SESIONES EXTRAORDINARIAS DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA | 50 |
| SANCIONES Y OBJECIONES PRESIDENCIALES A PROYECTOS DE LEY | 51 |
| ACTOS RELACIONADOS CON LAS FACULTADES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EN MATERIA DE MANEJO DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES EN CALIDAD DE JEFE DE ESTADO..... | 53 |
| ACTOS QUE DECRETAN “ESTADOS DE EXCEPCIÓN” | 55 |
| ACTO QUE CONCEDE LA EXTRADICIÓN | 56 |
| MOCIÓN DE CENSURA Y MOCIÓN DE OBSERVACIONES..... | 57 |

CAPÍTULO SEGUNDO
EL CONTROL JUDICIAL AL PODER
PÚBLICO Y A LA ADMINISTRACIÓN

| | |
|--|----|
| INTRODUCCIÓN | 61 |
| EL PODER PÚBLICO: ¿UNA BESTIA MAGNÍFICA?..... | 62 |
| EL CONTROL AL PODER PÚBLICO | 67 |
| LA CLÁUSULA DE “ESTADO DE DERECHO” | 67 |
| <i>Transformación del concepto de soberanía</i> | 70 |
| <i>El sometimiento del poder público al derecho: una manifestación del principio de legalidad</i> | 71 |
| EL CONTROL AL EJERCICIO DEL PODER EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO | 74 |
| <i>El principio de separación de poderes</i> | 79 |
| <i>El sistema de frenos y contrapesos (checks and balances)</i> | 84 |
| EL CONTROL A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: LA INTERDICCIÓN A LA ARBITRARIEDAD DE LA ADMINISTRACIÓN POR PARTE DEL JUEZ | 86 |

CAPÍTULO TERCERO
EL CONTROL JUDICIAL INTEGRAL DE LOS ACTOS
POLÍTICOS O DE GOBIERNO EN COLOMBIA

| | |
|--|-----|
| INTRODUCCIÓN | 97 |
| FUNDAMENTOS CONCEPTUALES DEL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS POLÍTICOS O DE GOBIERNO | 97 |
| PROCEDENCIA DEL CONTROL JUDICIAL INTEGRAL DE LOS ACTOS POLÍTICOS O DE GOBIERNO DENTRO DEL MARCO JURÍDICO DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO COLOMBIANO.... | 102 |
| LA CLÁUSULA DE ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y SU PODER DE ORDENACIÓN DE TODO EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO..... | 102 |
| EL CONTROL INTEGRAL DE LOS ACTOS POLÍTICOS O DE GOBIERNO DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO: LOS LÍMITES DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA EXPEDICIÓN DE TALES ACTOS | 107 |
| DE LA TEORÍA A LA PRAXIS: ELEMENTOS PARA CONSTRUIR UNA HERRAMIENTA DE CONTROL JUDICIAL INTEGRAL DE LOS ACTOS POLÍTICOS O DE GOBIERNO..... | 110 |
| PRIMERA FASE: ANÁLISIS TÉCNICO-JURÍDICO DE LA ACTUACIÓN OBJETO DE CONTROL | 112 |
| SEGUNDA FASE: RAZONABILIDAD ARGUMENTATIVA DE LA ACTUACIÓN O DECISIÓN PÚBLICA (METARREGLAS) | 122 |
| CONCLUSIONES FINALES | 131 |
| REFERENCIAS..... | 137 |

PRESENTACIÓN

Un tema ya clásico del derecho consiste en la necesidad y la forma en que el poder puede ser limitado, en que se le puede controlar y, además, al que se le pueda hacer resistencia, oposición, confrontación. Desde la antigüedad, en la Grecia Clásica con Sófocles y su obra *Antígona*, o Esquilo y su mito de *Prometeo encadenado*, la humanidad ha debatido acerca del límite de la obediencia a la ley, al gobernante, al poder, y de cuándo, bajo ciertas circunstancias, la desobediencia o resistencia es justificada o se encuentra “amparada por los dioses”¹.

Es así como las sociedades, y el derecho como constructo de estas, han ido de manera paulatina estableciendo y estructurando controles al ejercicio que del poder hacen gobernantes: como bien lo afirma FERRAJOLI (2010, p. 208), «[t]oda la historia del derecho puede ser entendida como la progresiva minimización del poder por medio de la regulación jurídica».

Teniendo en cuenta la realidad anotada, así como la necesidad que a ella subyace, la cuestión fundamental radica en la forma en que se debe diseñar ese control: en cabeza de quién podría estar, la forma de llevarlo a cabo y, sobre todo, las materias o temas que deberían estar sometidos a él, y por principio de exclusión, qué asuntos entonces no podrían estar bajo dicho control o límite. En términos más concluyentes: el debate que toda sociedad debe plantearse es *qué zonas de la actividad pública, de los gobernantes, del Estado, se considera ameritan que escapen a todo control, que*

¹ Sobre este asunto, señala acertadamente FOUCAULT (2000, p. 64): [La] dramatización de la historia del derecho griego [en obras como *Antígona* y *Electra*] compendia una de las grandes conquistas de la democracia ateniense: la historia del proceso a través del cual el pueblo se apoderó del derecho de juzgar, de decir la verdad, de oponer [esa] verdad a sus propios señores, de juzgar a quienes los gobernaban.

queden revestidas de total inmunidad; cuestionarse y concluir qué tan conveniente es otorgar al poder público –a los gobernantes, en últimas– esa inmunidad y, en la misma línea, cuál se considera entonces debería ser el límite de dicha potestad o inmunidad. Esa es la cuestión cardinal en una sociedad que se precie de ser postmoderna, democrática, social, constitucional y de derecho.

Y dicha problemática adquiere aún mayor relevancia en sociedades cuyos gobiernos están organizados en forma de sistemas presidencialistas –como el caso colombiano–, pues estos se caracterizan por una fuerte presencia, actividad e importancia del ejecutivo, en detrimento o desequilibrio frente de las demás ramas –o funciones, para ser más precisos– del poder público. En sistemas de gobierno como el colombiano, la cuestión de controlar el poder del gobernante –del ejecutivo, de la administración– cobra notable relevancia y se constituye en una necesidad apremiante para no sólo evitar los posibles excesos en el ejercicio de ese poder público, operando como una interdicción a la arbitrariedad, sino para la protección y defensa de los derechos y las garantías de los asociados y el aseguramiento de los fundamentos y fines del Estado.

Pues bien, a tal efecto, y con el propósito de contribuir a la construcción de conocimiento a través del debate y la deliberación, bajo las reglas de la argumentación, es que se presenta este trabajo, el cual nació de una inquietud académica interesante y que bien vale la pena traer a colación: hablando de controles al poder público y a la actividad de los gobernantes, como materialización de los principios y fines de nuestro estado colombiano y su Constitución Política², ¿cómo entender entonces que nuestro ordenamiento jurídico aún prohíje la tesis del control judicial restringido de los actos políticos o de gobierno?, esto es, que sólo admite un mero control formal sobre los elementos reglados de esta clase de actos excluyendo de tajo la posibilidad de revisar su componente discrecional, el elemento de ejercicio de la facultad decisional de contenido político que, legítimamente, la ley le confiere a la administración para expedir este tipo de actos administrativos.

² Véase su Preámbulo y los artículos 1 y 2.

La cuestión en concreto, y de manera más práctica e ilustrativa, bien puede plantearse de la siguiente manera: si una persona determinada, afectada de alguna manera por la expedición de un acto de esta naturaleza³, lograba reunir la evidencia suficiente como para demostrar un vicio en la toma de la decisión política, valga decir, una desviación de poder o de la finalidad que la ley ha asignado al acto en cuestión, entonces ¿cómo es posible que, a la luz de nuestra Constitución Política, esta persona se encuentre imposibilitada para atacar dicho acto por esa situación, claramente contraria al ordenamiento jurídico, y más aún, bajo el peregrino argumento de la imposibilidad del juez de –supuestamente– “inmiscuirse” en la esfera del ejecutivo? ¿Acaso no constituye esto una clara vulneración de los derechos fundamentales del afectado con esa decisión “irregular”, principiando por el de acceso a la administración de justicia y el de contar con un recurso judicial efectivo?

Así pues, la inquietud quedó sembrada en quien esto escribe y, como la semilla que luego de las vicisitudes termina por germinar, después de largo tiempo de investigación y de arduo trabajo, también la idea fue creciendo y tomando forma hasta ver la luz, en un proceso que, aunque lleno de dificultades, ha sido asimismo gratificante y enorgullecido.

Se presenta pues, en las líneas que siguen, los resultados de toda esa labor investigativa, de análisis y de reflexión, con el fin de que, a su turno, permita igualmente sembrar más semillas de inquietud, controversia y, por supuesto, de cuestionamiento y crítica de lo que acá se plantea, para que de ese modo no sólo este tema en particular sino el derecho en general puedan seguir avanzando, siempre acompasado con el desarrollo mismo de la sociedad y con la progresividad del reconocimiento y protección de los cada vez más complejos derechos y garantías de las personas, y de la colectividad en su conjunto.

³ Piénsese, por ejemplo, en un acto que autoriza y concede la extradición de esta persona.