

**EL CONTROL JUDICIAL INTEGRAL DE LOS ACTOS POLÍTICOS O DE GOBIERNO
DENTRO DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO COLOMBIANO**



CARLOS ANDRÉS ZAMBRANO SANJUÁN

UNIVERSIDAD LIBRE

INSTITUTO DE POSGRADOS

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

BOGOTÁ, D.C.; AGOSTO DE 2019

**EL CONTROL JUDICIAL INTEGRAL DE LOS ACTOS POLÍTICOS O DE GOBIERNO
DENTRO DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO COLOMBIANO**

CARLOS ANDRÉS ZAMBRANO SANJUÁN

Trabajo de grado para optar al título de:

Magíster en Derecho Administrativo

DOCENTE ASESOR:

Dr. FERNANDO ANTONIO MORENO GONZÁLEZ

UNIVERSIDAD LIBRE

INSTITUTO DE POSGRADOS

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

BOGOTÁ, D.C.; AGOSTO DE 2019

Nota de aceptación

Firma del director

Firma del jurado

Firma del jurado

A mi esposa y nuestros pequeños, Sofía y Camilo,
a quienes les debo todo lo que soy, por quienes se justifica cualquier sacrificio
y quienes me regalaron el tiempo necesario para alcanzar este logro.
Su amor, paciencia y comprensión fueron el motor y la inspiración
que me permitieron culminar esta labor.

A mis padres y mis hermanos, en cuyo seno aprendí el valor del estudio,
del esfuerzo y del rigor académico e intelectual y me brindaron
las bases ético-morales que han orientado mi vida
y a donde apunta el ideal de sociedad que siempre hemos soñado
y por el que vale la pena luchar.

A Paula y Nicolás, con todo el cariño que siempre les he profesado,
como ejemplo de vida y demostración de que, con dedicación y sacrificio,
todas las metas y los sueños se pueden alcanzar.

Agradecimientos

Agradezco a la Universidad Libre Sede Bogotá D.C. y a todo su grupo humano, por haberme brindado la oportunidad de cursar estos estudios y por toda la valiosa colaboración que para el efecto siempre supieron dispensarme.

Agradezco igualmente a mis docentes, por haber tenido siempre la mejor disposición en la transmisión de sus conocimientos, especialmente al Dr. Fernando Moreno, no sólo por haber sido un excelente y estricto director de investigación sino por que fue gracias a su cátedra, y a los interesantes y muy constructivos espacios de debate que permitía y alentaba, que surgió la inquietud que finalmente dio lugar al presente trabajo.

A la biblioteca de la Universidad Externado de Colombia, ya que fue fundamental para tener acceso a ciertas obras de difícil consecución y sin las cuales no hubiera sido posible llegar al nivel de análisis y profundidad deseados y que logramos verter en este trabajo.

Finalmente, resulta importante manifestar mis más sinceros agradecimientos a mis grandes amigos, William y Álvaro, pues gracias a los constantes e intensos debates académicos que siempre hemos sostenido, pude ir puliendo y nutriendo las posturas, análisis y críticas que hacen parte esencial de esta investigación: gracias a esa paciencia que siempre me han tenido, a la gran amistad que nos une y a la profunda admiración que les profesó, aunado a las valiosas observaciones y precisiones que cariñosamente me indicaban, es que este trabajo pudo ser realizado con todo el esmero y dedicación posibles.

“La desmesura engendra al tirano”

Sófocles, *Edipo Rey* (430 a. C.).

“El peor gobierno es el que ejerce la tiranía en nombre de las leyes”

Montesquieu (1689-1755).

“El poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente”

Dictum de Acton (1887).

“Una democracia sin control será siempre insostenible”

Hans Kelsen, *Esencia y Valor de la Democracia* (1920).

Índice

Introducción.....	9
Presentación de los resultados de la investigación	12
Prolegómeno: Delimitación teórica de la investigación	26
Marco teórico doctrinario	26
Tesis negativa	27
Tesis positiva	28
Marco teórico jurisprudencial.....	32
Capítulo 1: La teoría de los actos políticos o de gobierno.....	36
1.1. Conceptualización de los actos políticos o de gobierno.....	36
1.2. Los actos políticos o de gobierno en el ordenamiento jurídico colombiano	42
1.2.1. Convocatoria del Presidente a sesiones extraordinarias del Congreso de la República	43
1.2.2. Sanciones y objeciones presidenciales a proyectos de ley	43
1.2.3. Actos relacionados con las facultades del Presidente de la República en materia de manejo de las relaciones internacionales en calidad de Jefe de Estado.....	45
1.2.4. Actos que decretan “Estados de Excepción”	47
1.2.5. Acto que concede la extradición.....	48
1.2.6. Moción de censura y moción de observaciones	49
Capítulo 2: El control judicial al poder público y a la administración. Fundamentos teóricos	53
2.1. <i>Excursus</i> sobre el poder público: una breve mirada desde diferentes perspectivas	55
2.1.1. Perspectiva del materialismo dialéctico-histórico	56
2.1.2. Perspectiva sociológica con Boaventura de Sousa Santos	59
2.1.3. Perspectiva sistémica-funcional luhmanniana.....	63
2.1.4. Perspectiva foucaultiana	71
2.1.5. Perspectiva neo-contractualista rawlsiana	75
2.2. El control al poder público.....	86
2.2.1. La cláusula de “Estado de Derecho”	86
2.2.1.1. Cambio en la noción de “soberanía”	89
2.2.1.2. El sometimiento del ejercicio del poder público al derecho: una manifestación del principio de legalidad	90

2.2.2. El control al ejercicio del poder público.....	91
2.2.2.1. El principio de separación de poderes	96
2.2.2.2. El sistema de frenos y contrapesos (<i>checks and balances</i>).....	100
2.3. El control a la administración pública: la interdicción a la arbitrariedad de la administración por parte del juez.....	102
Capítulo 3: El control judicial integral de los actos políticos o de gobierno dentro del Estado Social y Democrático de Derecho colombiano.....	109
3.1. Fundamentos conceptuales del control judicial de los actos políticos o de gobierno	110
3.2. Procedencia del control judicial integral de los actos políticos o de gobierno dentro del marco jurídico del Estado Social y Democrático de Derecho	114
3.2.1. El marco jurídico de la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho y su poder de ordenación de todo el sistema jurídico colombiano.....	114
3.2.2. La posibilidad de control de los actos políticos o de gobierno dentro del marco jurídico general colombiano: los límites de la administración en la expedición de dichos actos	118
Conclusiones	123
Propuesta de la investigación. De la teoría a la praxis: Diseño de una herramienta de control judicial integral de los actos políticos o de gobierno compatible con los principios y reglas del Estado Social y Democrático de Derecho colombiano	129
Lista de referencias	142

Introducción

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 éstas, han ido de manera paulatina estableciendo y estructurando controles al ejercicio del poder de los gobernantes, de la cosa pública: 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 queden revestidas de total inmunidad; cuestionarse y concluir qué tan conveniente es otorgar al poder público esa inmunidad, y en la misma línea, cuál se considera debería ser el

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”.

límite de dicha potestad o inmunidad: ésa es la cuestión cardinal en una sociedad que se precie de ser post-moderna, 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 éstos se caracterizan por una fuerte presencia, actividad e importancia del ejecutivo, en detrimento o desequilibrio frente de las demás ramas -o funciones- 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 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, la ética del discurso y la socialización e interacción de las ideas -según el modelo *habermasiano*-, es que presentamos este trabajo investigativo, el que cuenta con la siguiente génesis, que bien vale la pena recordar en este momento:

En el curso de la Maestría en Derecho Administrativo, a cuyo título se opta con el presente trabajo, al interior de los intensos y muy interesantes debates que se suscitaban en la asignatura de Teoría del Acto Administrativo, se planteó la posibilidad de abordar el tema del control judicial de los actos políticos o de gobierno dentro de nuestro ordenamiento jurídico, pero bajo la premisa de que dicho control debería ser integral, completo, es decir, y contrario a la posición de nuestra jurisprudencia al respecto, que no debería reducirse a un mero control formal sobre los elementos reglados de esta clase de actos, sino que dicho control debería extenderse incluso a su componente discrecional, al elemento de ejercicio de la facultad decisional de contenido político que, legítimamente, la ley le ha conferido al ejecutivo, a la administración.

De hecho, la cuestión en concreto -y reviviendo en este instante uno de aquellos debates mencionados- se planteaba bajo la siguiente inquietud: si una persona determinada, afectada de alguna manera por la expedición de un acto de esta naturaleza (por ejemplo, se decía, con la expedición de un acto que concede la extradición) 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 era posible que no pudiera atacar dicho acto por esa situación, claramente contraria al ordenamiento jurídico?, y más aún, por una supuesta imposibilidad del juez de “inmiscuirse” en la esfera del ejecutivo. Se preguntaba, ¿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 a tener un recurso judicial efectivo?

De esta manera quedó la inquietud sembrada en quien esto escribe, y como la semilla que luego de las vicisitudes termina por germinar, después de largo tiempo de investigación, y muchas e interminables noches de desvelo, 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 enorgullecedor.

Presentamos 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, también permita sembrar más semillas de inquietud, controversia, y, por qué no, de cuestionamiento de lo que acá se plantea, para de tal suerte, no sólo este tema en particular, sino el derecho en general, pueda seguir avanzando, siempre acompasado con el avance 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.

Presentación de los resultados del trabajo investigativo

Para presentar el resultado de la investigación realizada, se ha considerado conveniente realizarlo de la siguiente manera:

En la parte introductoria -en la que nos encontramos en este momento-, se estimó necesario incorporar, además de la introducción propiamente dicha, aquellos aspectos del proyecto de investigación que resultan fundamentales para el lector: bien para ubicarlo conceptualmente, ora para suministrar los elementos necesarios para la comprensión del desarrollo de la investigación, ora para permitirle contar con un mapa, con un norte definido de hacia dónde se quiere llegar con todo esto.

Así las cosas, y retomando lo que se venía exponiendo, surge, como planteamiento del problema, la inquietud de indagar cómo, dentro del marco de un Estado Social y Democrático de Derecho como el colombiano y todo su contenido axiológico y teleológico, sería posible controlar judicialmente los actos políticos o de gobierno de manera integral, esto es, incluyendo el componente discrecional o elemento de decisión política; y además, cuál sería el fundamento conceptual que permitiría defender el ejercicio de dicho control judicial sin romper con ello el principio de separación de poderes. En términos más concretos, la cuestión que se quiso plantear como pregunta de investigación, consiste en establecer **¿cuál es el fundamento, a la luz de los principios del Estado Social y Democrático de Derecho colombiano, para controlar judicialmente y de manera integral los actos políticos o de gobierno?**

Este problema de investigación cuenta con una justificación sólida y bien estructurada que, por lo mismo, amerita ser desarrollada de manera detallada, entre otras cosas, porque permitirá al lector ir adentrándose en el centro del debate, así:

Como es bien sabido, dentro de la teoría del acto administrativo y la tipología que ella comprende en cuanto a la clasificación de los actos administrativos, los denominados “actos

políticos o de gobierno” han suscitado siempre un gran debate respecto de su auténtica naturaleza como acto administrativo, pues hay quienes sostienen que no se trata realmente de actos administrativos en sentido estricto (Marín, 2007, pp. 536-558²; Naranjo, 1995, pp. 257-258), pero sobre todo, por la posibilidad de revisión y control en sede judicial, en razón a que contienen, como nota característica, un elemento más que discrecional, de eminente contenido político, concretamente, de ejercicio legítimo del poder político de la administración en la toma de ciertas decisiones que le han sido atribuidas legalmente³, lo que llevó durante largo tiempo a la doctrina y la jurisprudencia tanto nacional como foránea a sostener que estos actos escapaban totalmente al control judicial, que eran “inmunes” a dicho control⁴.

Así las cosas, se sostuvo por parte de la doctrina⁵ y la jurisprudencia nacional⁶ que esta clase de actos -los políticos o de gobierno- no podían ser objeto de ningún control judicial, en razón a una supuesta falta de competencia, originada en el principio de separación de poderes que impedía a la rama judicial del poder público -o función judicial, para ser más precisos- inmiscuirse en los asuntos reservados para la rama ejecutiva, y juzgar sus “razones”, que resultan estrictamente políticas en esta clase de actos, con lo que, se decía, se podía abrir paso a una supuesta “sustitución” de la administración por parte de los jueces, lo que conllevaría a una

² Quien además hace un extenso y detallado estudio de las diversas corrientes frente al tema, y las razones por las cuales, afirma, resulta necesario y esencial diferenciar los actos administrativos discrecionales de los actos políticos o de gobierno.

³ Cfr., Betancur (2009, p. 139), García, E. (2000, p. 31), Naranjo (1995, p. 258), Palacio (2006, pp. 46-47) y Penagos (2008, t. 2, pp. 708-709).

⁴ Sobre el particular, entre otros, cfr. Betancur (2009, p. 139), García y Fernández (2002, t. 1, pp. 574-576), Gordillo (2013, pp. 419-423), Naranjo (1995, p. 258), Palacio (2006, p. 46), Penagos (2008, t. 2, pp. 82, 707-708, 716-717), Rodríguez (2008, pp. 347-348), Ruiz (2015, pp. 67-68) y Sayagués (1974, pp. 399-401).

⁵ Y que aún hoy en día los hay quienes defienden esta postura, como lo denuncian García, E. (2000, pp. 11-19) y Gordillo (2014, pp. 341-383).

⁶ De la que Penagos (2008, t. 2, pp. 716-719) hace un notable recuento, conciso y bien ilustrativo.

violación al principio de legalidad y, con ello, al pilar del Estado de Derecho, como cláusula general fundante de éste⁷.

Dicha conceptualización ha ido variando con el tiempo, y aun cuando cada vez se acepta más la posibilidad de enjuiciar dicha clase de actos, persisten situaciones en las que nuestras altas cortes han sostenido la imposibilidad de atacar o revisar el contenido político de esta clase de actos, afirmando que su control sólo puede ejercerse sobre los elementos reglados del mismo⁸.

Lo anterior genera múltiples problemas de variada índole, principalmente, en dos aspectos fundamentales: uno teórico, al no haber una sistematicidad de los conceptos y criterios ni una rigurosidad técnica en el tratamiento de la figura; y otro práctico, en la praxis judicial, de afectación de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, que repercute en la defensa de las garantías fundamentales de los asociados y su acceso efectivo a la administración de justicia.

Es así que desde la perspectiva y fundamentación de las nuevas corrientes del derecho administrativo, se erigen como pilares esenciales tres elementos que se traslapan, a saber: mayores garantías a los administrados (i), lo que implica correlativamente un mayor ámbito de responsabilidad del Estado⁹ (ii), situación que conlleva, necesariamente, a un mayor control a la actividad de la administración, para evitar o intervenir la arbitrariedad en que pueda incurrir (iii); razón por la cual, en virtud de lo anterior, no resulta admisible, comprensible ni deseable estos

⁷ Al respecto señala Malagón (2005, p. 179): “se partía de la idea de que juzgar a la administración era también administrar”.

⁸ Por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Quinta, expediente 2012-01514-01(AC), C.P. Alberto Yepes Barreiro, 18 de julio de 2013; y Corte Constitucional, Sentencia C-243 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, 1° de abril de 2009.

⁹ Y en este punto debe hacerse la claridad que no se hace alusión exclusivamente al ámbito de responsabilidad *patrimonial* del Estado, que encuentra fundamento y tronco común en el artículo 90 Superior; sino de manera más general a la responsabilidad frente a los ciudadanos, responsabilidad que implica, entre otras cosas, un mayor grado de compromiso frente a sus cargas y obligaciones ante éstos, y para lo que interesa a este trabajo, de una exigencia mayor y más satisfactoria de tener que argumentar y sustentar -más y mejor- sus decisiones, entre éstas las políticas, para eliminar cualquier duda o sospecha respecto del porqué de su toma, mostrando con claridad y transparencia la “razonabilidad” de tal decisión.

retrocesos en la aplicación de una actual teoría del acto administrativo y sus controles, y que, de todos modos, pugna con los postulados y principios consagrados en nuestra Carta Política¹⁰, y atentan directamente contra los fines del Estado y su propia razón de ser, que no es otra que la del servicio a los coasociados, bajo los principios de prevalencia del interés general, de igualdad material¹¹, de construcción de un orden jurídico y social justo, y dentro de esto último, por supuesto, de sujeción del poder público al derecho y a la voluntad popular y la institucionalización y materialización de los respectivos controles al ejercicio de ese poder público, es decir, de “interdicción a la arbitrariedad de la administración”.

En efecto, resulta evidente¹² que el sometimiento de la actividad de la administración a un control fuerte -y qué mejor que el judicial, que es jurídico y reglado por excelencia (Negri, 1994, p. 220; Jiménez, 2013, pp. 116-117; Tocqueville, s.f., pp. 757-758)- evita que dicha actividad degeneren en arbitrariedad, en especial si del ejercicio de facultades discrecionales o con contenido político se trata, pues indudablemente bajo esa forma se suelen escurrir razones ya no tan “de utilidad pública” o que consulten el interés general, como sí más bien de conveniencia o

¹⁰ Baste con reconstruir lo pertinente desde el mismo Preámbulo (“*marco jurídico democrático... que garantice un orden político... justo*”) y a la luz de los artículos 1 (cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho fundado, entre otros principios, en la prevalencia del interés general), 2 (fines del Estado), 6 (responsabilidad de los servidores públicos), 89 (no taxatividad de los controles a la administración) y 209 (principios que rigen la función administrativa), lo que la asemeja, deductivamente, al paradigmático y magnífico postulado consagrado en el artículo 9 numeral 3 *in fine* de la Constitución Española, que a la letra reza: “La Constitución garantiza (...) la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

¹¹ Entendiendo en este punto la igualdad no sólo “ante la ley”, como cláusula formalista consagrada desde la revolución francesa, carente de verdadero contenido práctico y de capacidad de autorreferenciación y potencialización, sino como igualdad en un aspecto más sustancial y social: una igualdad en oportunidades, en acceso a servicios públicos esenciales y al goce de los derechos de segunda y tercera generación, y en equilibrio en la distribución de las cargas públicas; en un entendimiento similar al que realiza y desarrolla Rawls (1995, pp. 187-196) en su construcción filosófica, esto es, como una *igual libertad* para todos (Mejía, 1997, pp. 35-64; 1998, pp. 177-183).

¹² Y así es sostenido casi de manera unánime por la doctrina, cfr., Bobbio (1989, pp. 17-26), Bodenheimer (1942, pp. 21-25, 109-124), Ferrajoli (2011, pp. 16-18), García y Fernández (2002, t. 1, pp. 454-486), Jiménez (2013, pp. 116-117), Marín (2007, pp. 536-537), Negri (1994, pp. 28, 210-211), Palacio (2006, pp. 30-34), Rodríguez (2008, pp. 21, 296-297), Rojas (2007, p. 70), Ruiz (2010, pp. 372-383; 2015, pp. 3-27, 67-71), Saavedra (2008, pp. 34-38, 56-57, 71-87, 193-197), Santofimio (2003, pp. 156, 189-262), Vidal (2008, pp. 7, 571-572), Vignolo (2009, pp. 93, 97, 100, 105-106), y Younes (2004, pp. 11-12, 142-143, 215-218); entre otros.

con tintes particularistas o meramente caprichosos o arbitrarios (Marín, 2007, pp. 538, 545; Sayagués, 1974, p. 409).

Visto desde otra perspectiva: bajo la vigencia de un Estado Social y Democrático de Derecho como el nuestro, deviene en forzoso e imprescindible la consagración del control judicial a la actividad de la administración, como la herramienta más eficaz e idónea para frenar y corregir cualquier desviación que en dicho ejercicio administrativo pueda incurrir el gobernante, erigiéndose, por tanto, en auténtico instrumento de defensa de la democracia, de la Constitución, del Estado mismo (García, E., 2000; Jiménez, 2013, pp. 116-119; Ruiz, 2015, pp. 12-27; Santofimio, 2003, p. 156). En palabras categóricas del gran jurista Hans Kelsen, y que muestra a las claras la importancia y necesidad de la implementación y ejercicio activo y permanente de estas formas de interdicción a la actividad del Estado: “Una democracia sin control será siempre insostenible” (Kelsen, 1934, p. 107).

Lo anterior, para significar el riesgo y la delgada línea que existe entre el ejercicio legítimo de potestades discrecionales, la posibilidad de ejercer control de las decisiones políticas de la administración, y la arbitrariedad: sólo resulta posible conjugar estas variables, y encontrar el balance perfecto entre las dos primeras, evitando caer en la última, a través de los controles y la interdicción, ejercidos por la función judicial dentro del marco de las competencias que el propio ordenamiento jurídico le ha asignado, y, se reitera, con el único propósito de determinar la conformidad o no de la actuación de la administración con el derecho, esto es, sin pretensión alguna de querer sustituir la voluntad y las competencias del gobernante.

Y es que claramente la finalidad de este control por parte de los jueces debe constituirse como garantía de que los actos expedidos, y para ser más precisos, que las razones aducidas por la administración para adoptar una u otra decisión política, se ajustan al ordenamiento jurídico, de la

misma manera que deben sujeción al derecho todas las demás ramas del poder público (Ferrajoli, 2010, p. 210; 2011, pp. 16, 24; Vignolo, 2009, p. 106).

Como bien lo señala García, E. (2000, p. 111), el hecho de que los gobernantes sean elegidos por el pueblo no les confiere inmunidad frente a las exigencias de fundamentar razonada y razonablemente sus decisiones, ni mucho menos los dispensa de tener que explicarlas y justificarlas, a través del ejercicio legítimo que de los respectivos controles les hagan los ciudadanos, ora por vía administrativa, ora por la judicial (Jiménez, 2013, p. 116; Younes, 2004, pp. 142-143); de tal suerte que, so pretexto de estar ejerciendo una facultad discrecional o adoptando una decisión de contenido eminentemente político, no se vaya a disfrazar la arbitrariedad o se pueda desviar de los objetivos que el ordenamiento jurídico le impone y que no son otros que la consecución de los fines del Estado y la prevalencia del interés general.

Parafraseando al maestro García Amado (García, J., 2017, p. 30): si bien la decisión política es de la administración, ésta la adopta con el derecho que es de todos... ¡pues que se vea!, que justifique y argumente suficientemente sus razones, pues nada más transparente que mostrar las cartas, sin temor alguno, y pasar tales argumentos por el tamiz de la opinión y el escrutinio públicos, ya que ello, en vez de afectar o debilitar las potestades y el ejercicio del poder de la administración, muy por el contrario, le brindará un revestimiento aún mayor de legalidad, de certeza y de legitimidad a tales decisiones¹³ (Habermas, 1988, pp. 38-45).

¹³ Sobre la conveniencia de justificar las decisiones, cfr., Atienza (2003, pp. 4-7); García, E. (2000); García, J. (2017). En sentido amplio, señala el maestro García de Enterría: “[p]or ello la oposición al poder, la crítica del mismo -eventualmente, añadimos nosotros, la impugnación judicial de sus actos (...)- lejos de suponer un obstáculo a la democracia se integra a su misma esencia” (García, E., 2000, p. 69). En la misma línea, pero desde una perspectiva neo-contractualista consensual, Mejía (1997, pp. 149-168): acá, el autor desarrolla y demuestra cómo la argumentación y el proceso constructivo consensual juega un papel esencial dentro de la estructura contractualista de Rawls y deviene en fundamento básico de una democracia constitucional, al ser un elemento transversal a los cuatro ejes en que se erige dicha construcción política de sociedad bien ordenada, próxima a la justicia: la concepción política de la justicia, el constructivismo político, el “consenso entrecruzado” y la “razón pública”, de donde encuentra sustento un control al ejercicio del poder público (pp. 49, 63-64, 151, 166), al punto que señala lo siguiente: “La connotación de la ciudadanía democrática impone el deber moral de explicar de qué manera los principios y políticas que se defienden pueden ser congruentes con los valores políticos de la razón pública” (p. 165).

Teniendo en cuenta lo desarrollado hasta ahora, podemos ya tener una idea mucho más clara y precisa de las razones que motivaron a formular y desarrollar el trabajo investigativo que ahora se presenta, así como los resultados que se esperan de él en cuanto a su importancia, impacto e interés en la comunidad jurídica y académica: nuestro ordenamiento jurídico, y concretamente el derecho administrativo colombiano, si bien ha avanzado considerablemente respecto de la eliminación de esas “inmunidades” que se presentaban a favor de la administración bajo la tesis de los denominados “actos políticos o de gobierno”, todavía subsisten algunos temas muy puntuales en donde aún se vislumbran los vestigios de dicha teoría, cada vez más superada; temas o situaciones en los que, por increíble que parezca, algunas de nuestras altas cortes aún declaran abiertamente la imposibilidad de estudiar y juzgar los componentes políticos de esta clase de actos, según dicen, por escapar de la órbita de la administración de justicia, invadiendo o sustituyendo -supuestamente- la competencia de la administración.

Así las cosas, la importancia y relevancia -jurídica, académica y dogmática- de la investigación adelantada se revela por sí misma: es, nada más y nada menos, que derribar el último muro, traspasar la última frontera, tomar la última fortaleza que le queda a la concepción

Desde una perspectiva procedimental, circunscrita en el marco de una teoría cognoscitivista de la prueba, también se ha señalado lo siguiente:

[L]a motivación constituye una garantía de cierre de un Estado de Derecho, como enemigo de la arbitrariedad (...) la obligación legal de motivar sus decisiones descarta espacios de arbitrariedad -principio de interdicción de la arbitrariedad- en las actuaciones de la Administración, por lo que la apreciación en conciencia que realiza la Administración, se sujetará a los criterios de racionalidad que exigen la argumentación de las valoraciones realizadas, a fin de otorgar medios de control intersubjetivos de esas decisiones. (Orellana, 2015, pp. 64, 71).

decimonónica del Estado¹⁴, claramente de corte autoritario, y del concepto clásico de “soberanía”, sinónimo en ese contexto de “arbitrariedad” e “irresponsabilidad”¹⁵.

Haber acometido esta investigación, haberla desarrollado y, por supuesto, presentarla a la luz, constituye una de las últimas conquistas de la democracia y el derecho por sobre esas concepciones arcaicas, no sólo lesivas de los derechos e intereses de los asociados sino que erosionan gravemente los pilares mismos de nuestro actual Estado Social y Democrático de Derecho: de la sujeción del poder a la ley y al derecho, de interdicción de la arbitrariedad de la administración y de un auténtico poder público al servicio de los ciudadanos, encauzado a la consecución de sus fines y que tiene como único propósito la prevalencia y satisfacción del interés general.

Lograr avanzar con pasos decididos hacia la dirección propuesta, es tener la certeza de querer superar definitivamente la traza que aún nos queda del *Ancien Régime*, del modelo atávico de teoría del acto administrativo que se resiste al cambio, y con ello, acompasar estas tendencias con la realidad iuspublicista que a nivel global ya se ha ido estructurando y decantando hace varias décadas, modernizando nuestras instituciones jurídicas y apuntando a un Estado y una sociedad discursivos, donde la fuerza de la autoridad por la autoridad ceda el paso a la fuerza de los argumentos y a la conveniencia de las razones, siempre públicas, siempre conocidas, siempre

¹⁴ En palabras de los maestros Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: “El gran tema del derecho administrativo contemporáneo es, precisamente, el de juridificar este último reducto de la antigua arbitrariedad” (García y Fernández, 2002, t. 1, p. 458). En idéntico sentido y casi con las mismas palabras: Malagón (2005, p. 168; 2007, p. 19), quien señala que “...el Derecho Administrativo será la lucha constante para controlar las potestades discrecionales de la Administración”. También Villar (1994, p. 62), quien anota: “Preservar los derechos humanos y enmarcar la actividad del Estado dentro de las reglas democráticas que permitan controlar su ejercicio y evitar la arbitrariedad, es la consigna en esta época”; e igualmente Vignolo (2009, p. 97), cuando sostiene que toda la historia del derecho post-revolucionario o moderno se encuentra marcado o caracterizado por el esfuerzo en legalizar y limitar las actuaciones del Estado, de la administración. Asimismo Cordón (2003, p. 143), quien en la misma línea considera el control a la discrecionalidad administrativa como uno de los “temas clásicos del Derecho Administrativo”, cuya evolución la define como “la lucha por eliminar las zonas de la actuación administrativa exentas de control jurídico”.

¹⁵ Cfr., Bodenheimer (1942, pp. 70-91), Naranjo (1995, pp. 208-225), Ruiz (2015, pp. 67-71), Villar (1998, p. 61) y Zagrebelsky (1995, pp. 10-12).

suficientes, y con ello, siempre pasibles de ser controvertidas y controladas dentro de la institucionalidad y bajo el marco jurídico pertinente.

Ahora bien, teniendo en cuenta el problema de investigación formulado, al igual que su justificación, se considera de manera preliminar, como hipótesis a ser corroborada y demostrada en el desarrollo del presente trabajo, que en virtud de los principios, fundamentos y fines esenciales de nuestro actual Estado Social y Democrático de Derecho, consagrados desde el propio texto Constitucional, no sólo resulta posible contemplar la posibilidad de controlar judicialmente y de manera integral los denominados “actos políticos o de gobierno”, incluyendo su componente discrecional o propiamente político, de ejercicio de la facultad decisional política, sino que, más aún, se torna necesario, pues como herramienta más eficaz que se encuentra consagrada en nuestro ordenamiento jurídico para ejercer una verdadera interdicción a la actividad de la administración, el control judicial ejercido sobre dicho componente -y que actualmente escapa a éste- permitiría reducir considerablemente, y en todo caso combatir más eficazmente, el riesgo del ejercicio arbitrario de las potestades de la administración, brindando con ello más garantías a los ciudadanos y tornando más transparentes las actuaciones de la administración, evitando que ésta, escudada bajo el aparente ejercicio de sus potestades discrecionales, y particularmente, de sus contenidos o decisiones políticas, se desvíe de sus propósitos y finalidades, que no son otros que la consecución de los fines del Estado, la prevalencia del interés general y el continuo mejoramiento del servicio público y de la función administrativa.

A efectos de corroborar la hipótesis, y con el fin de orientar el trabajo investigativo, se planteó como objetivo general establecer si a la luz del ordenamiento jurídico colombiano resulta posible controlar judicialmente los actos políticos o de gobierno de manera integral, esto es, incluyendo su componente discrecional o de ejercicio del poder político decisional. Para llegar a

dicho objetivo general, se establecieron los siguientes objetivos específicos, a modo de etapas o escalones que se consideraron necesarios evacuar esquemáticamente para tal propósito:

- a) Identificar la naturaleza y características de los actos políticos o de gobierno, de manera general y dentro del ordenamiento jurídico colombiano.
- b) Establecer el estado actual normativo y jurisprudencial del control judicial del componente discrecional o de ejercicio del poder político de los actos políticos o de gobierno en Colombia.
- c) Analizar la situación actual en Colombia del control judicial del componente discrecional o de ejercicio del poder político de los actos políticos o de gobierno con los fundamentos, fines y principios de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho.
- d) Determinar la procedencia o no del control judicial integral de los actos políticos o de gobierno dentro del marco jurídico del Estado Social y Democrático de Derecho colombiano, y en caso afirmativo, la manera en que podría ser realizado por parte del juez.

De otra parte, el diseño metodológico seleccionado para desarrollar el trabajo investigativo propuesto consiste en una investigación jurídica de tipo cualitativo, en razón a que lo que se busca es, en primer lugar, identificar el estado actual de los actos políticos o de gobierno en el ordenamiento jurídico colombiano, su consagración y tratamiento a nivel normativo y jurisprudencial, a fin de comprender con exactitud tal situación, para luego de ello lograr determinar si ese estado actual de la cuestión, respecto de aquellos actos que aún escapan al control jurisdiccional, podía ser reconducido a un punto en el cual no fuera posible seguir sosteniendo dicha tesis de inmunidad al control, y por el contrario, sentar las bases para su control integral por parte del aparato jurisdiccional del Estado.

El alcance de la investigación es, por tanto, descriptivo y exploratorio. Lo anterior, por cuanto en una primera fase la investigación se centra en analizar y estudiar en detalle el concepto general de los actos políticos o de gobierno, así como de cada uno de los tipos de actos políticos que se presentan en nuestro ordenamiento jurídico colombiano, para lograr comprender su naturaleza, características, elementos y efectos; y posteriormente, se hace necesario establecer el estado actual de la posibilidad de revisión y control del elemento político o discrecional de los actos políticos o de gobierno en nuestro ordenamiento jurídico, así como la contextualización del tema frente a los postulados y principios que fundamentan el Estado Social y Democrático de Derecho colombiano. A tal propósito y en aras de evacuar correcta y suficientemente los aspectos señalados, claramente estaríamos frente a una investigación de corte descriptivo.

Luego de lo anterior, el paso siguiente es abordar una manera de dar solución al problema de investigación formulado, problema para el cual la situación o estado actual de nuestra jurisprudencia no permite aún una respuesta positiva, de allí que sea necesario recurrir entonces a un alcance exploratorio, a fin de poder plantear una solución acertada y propositiva a nuestro problema investigativo, que logre compaginar y corresponder los principios, fines y postulados de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho colombiano, con la posibilidad de revisión y control judicial, integral, de esos actos políticos o de gobierno.

En cuanto a los instrumentos de recolección de la información, resultó necesario acudir a algunas fuentes primarias tales como la Constitución Política de Colombia, la codificación y normativa pertinentes -interna y foránea- aplicable al asunto y sobre todo la jurisprudencia vigente respecto de los actos políticos o de gobierno, tanto de modo general como específico, esto es, frente a cada uno de aquellos actos que la judicatura y la doctrina consideran como tales. Igualmente, y de manera importante, se tuvo que recurrir a fuentes de carácter secundario, esto es, la doctrina que sobre la materia pudimos identificar para su respectivo estudio y

procesamiento intelectual; todo lo anterior en aras de efectuar acertadamente una labor de caracterización y desagregación del problema investigativo, que nos permitiera estructurar su solución más adecuada.

Asimismo, resulta pertinente anotar que, frente a los instrumentos de procesamiento de la información, dicha labor se adelantó mediante un análisis dogmático de todas las fuentes consultadas: normativas, doctrinarias y jurisprudenciales, con base en el cual pudimos evacuar exitosamente las etapas descriptivas y exploratorias señaladas hace un momento, cumpliendo de manera estricta con los objetivos propuestos para el efecto.

Fue así como, una vez obtenida y recopilada toda la información y documentación necesaria, se llevó a cabo el respectivo proceso de revisión, análisis, depuración, selección y procesamiento, para su incorporación dentro del producto intelectual que se presenta ahora.

Ahora bien, los resultados de la investigación adelantada se presentarán y desarrollarán en tres capítulos, de tal suerte que se pueda, de manera ordenada, esquemática y coherente, ir avanzando en las temáticas y llegar al final con una respuesta clara frente al problema de investigación propuesto:

En el primer capítulo, llevaremos a cabo la conceptualización de la teoría de los actos políticos o de gobierno: primero, en un aspecto general, tomando su origen y evolución; y luego, su recepción por parte de nuestro ordenamiento jurídico, indicando cuál es el estado de la cuestión actualmente en nuestro país.

El capítulo segundo constituye toda la base conceptual “dura” o de contenido iusfilosófico-político que se requiere abordar y analizar, aun cuando de manera muy concisa, a efectos de poder desentrañar, identificar y estructurar el fundamento del control y la posibilidad de revisión integral de los actos políticos o de gobierno, incluyendo su contenido decisonal netamente

político, por parte de otra de las ramas del poder, cual es, la judicial. Este capítulo constituye el eje axial sobre el cual podremos entonces absolver el problema de investigación y llegar a las conclusiones respectivas, para lo cual se evacuará en tres temáticas estructurales, en claro esquema deductivo: primero, iniciaremos con un *excursus* acerca del poder, su estudio y necesidad de limitación, desde las áreas, perspectivas o matrices de análisis modernas más relevantes; segundo, abordaremos el tema del control al poder público en general y el fundamento para ello; y tercero, estudiaremos el control a la administración pública y la facultad de los jueces de controlar a la administración, esto es, la posibilidad de control de una rama del poder sobre otra.

Finalmente, en el capítulo tercero ya descenderemos a la situación concreta del ordenamiento jurídico colombiano respecto a esa posibilidad de controlar judicialmente y de manera integral los actos políticos o de gobierno, a la luz de los postulados y los principios de nuestra Constitución Política y dentro del marco jurídico que implica la fórmula de “Estado Social y Democrático de Derecho” que allí se consagra, para lo cual iniciaremos, a modo de enlace con el capítulo anterior, con el fundamento para esbozar la tesis del control judicial integral de los actos políticos o de gobierno, para luego compaginar ese fundamento normativo y filosófico con las facultades y el rol que el juez debe desempeñar dentro del marco de nuestro ordenamiento jurídico.

Luego de lo anterior, y como resulta lógico, se presentarán las conclusiones a las que hemos llegado luego de toda esta labor adelantada y de obtener los resultados esperados, y por último, en un acápite específico, se desarrollará la fase exploratoria de esta investigación, como propuesta derivada de ella, en donde se planteará y estructurará una forma de operativizar dicho control judicial integral a los actos políticos o de gobierno dentro de nuestro ordenamiento jurídico, compatible con el marco de la referida fórmula de “Estado Social y Democrático de Derecho”; es decir, se intentará dar una respuesta práctica, una propuesta para la praxis judicial,

de cómo podría llevarse a cabo tal revisión y control, y a través de qué parámetros o estructuras de análisis judicial.

No obstante lo anterior, se ha considerado oportuno y útil, antes de dar inicio a toda esta labor, incluir a continuación -y a modo de prolegómeno- el marco teórico de la investigación, de tal suerte que sirva de ubicación, contextualización y referente para lo que será todo el desarrollo del presente trabajo.

Así pues, demos inicio sin más preámbulos al desarrollo de la labor adelantada, la que esperamos sea del agrado e interés del lector, y sirva de base para dar continuación e impulso al debate académico, jurídico y social.

Prolegómeno:

Delimitación teórica de la investigación

Señalábamos hace un instante que, antes de dar inicio formal al desarrollo de la investigación realizada, consideramos importante referir y contextualizar, a modo de prolegómeno, lo atinente al marco teórico investigativo, en razón a que se trata de un basamento fundamental en aras no sólo de ubicar al lector dentro de la temática a que se contrae este trabajo, sino que resulta muy útil para ir decantando y reafirmando conceptos, nociones, corrientes doctrinarias y estados de arte que nos permitan comprender mejor la labor adelantada y la dirección a la que apunta.

Así las cosas, y entrando en materia de delimitación teórica, respecto de la naturaleza jurídica de los actos políticos o de gobierno y su posibilidad de enjuiciamiento o control judicial podemos de manera general identificar las siguientes tesis que existen actualmente sobre la materia, según se trate del campo doctrinario, donde confluyen posiciones tanto nacionales como foráneas, o a nivel jurisprudencial, en donde por obvias razones ha de circunscribirse dicho marco al ámbito nacional.

Marco teórico doctrinario

Dentro de la doctrina iuspublicista más relevante, tanto nacional como extranjera, podemos identificar ocho tesis o posturas respecto de la posibilidad de enjuiciar los actos políticos o de gobierno: dos de ellas que niegan tajantemente tal potestad, cinco que la admiten pero con condicionamientos o limitantes, y una que la acepta de manera abierta e irrestricta. Dichas posiciones doctrinales las podemos sintetizar de la siguiente manera:

Tesis que no admiten ningún control a los actos políticos o de gobierno.

En este primer grupo, decíamos, se presentan de manera general dos posturas diferentes, a saber:

Un primer subgrupo afirma que los actos políticos o de gobierno no son propiamente ni en sentido estricto actos administrativos como tal, y para llegar a tal afirmación, defienden la tesis de la diferencia conceptual y práctica que, sostienen, se presenta entre “gobierno” y “administración”, de donde devienen los conceptos, igualmente diferentes y diferenciables -continúan afirmando- entre “discrecionalidad política” y “discrecionalidad administrativa”(Marín, 2007, p. 538; Zúñiga, 2008, p. 273), por lo que esta clase de actos, al ser manifestación de la actividad y la función política o de desarrollo de los intereses superiores del Estado, encargada constitucionalmente al gobierno (ejecutivo), no puede ser entonces revisada ni enjuiciada por otra rama del poder público como lo es la rama judicial, sea el juez administrativo o incluso el constitucional, toda vez que, sostienen, se rompería con el principio de separación de poderes, que es elemento integrante del principio de legalidad y de la cláusula de Estado de Derecho.

A esta tesis adhieren diversos autores reconocidos, entre ellos, los clásicos franceses René Chapus, Maurice Hauriou y Édouard Laferrière, secundados por Vivien, Ducrocq, Le Courtois y Aucoc; en tanto que en España son partidarios el gran maestro Díez Picazo, así como Garrido Cuenca y José María Boquera (Marín, 2007, pp. 539-550). En nuestro medio, el único autor que se evidencia sostuvo esta tesis, fue Vladimiro Naranjo Mesa (Naranjo, 1995, pp. 257-258).

Un segundo subgrupo que defiende la tesis de la inviabilidad de control judicial a los actos políticos o de gobierno, señala que esta clase de actos, si bien es cierto, y contrario a lo afirmado por la tesis anterior, son -o pueden ser- considerados actos administrativos propiamente dichos, no por ello se puede predicar su enjuiciabilidad, toda vez que, sostienen, por su contenido y

finalidad eminentemente política, no jurídica, y por ende, al tratarse del ejercicio de una función reservada de manera exclusiva a la administración, no pueden ser revisados o controlados por la jurisdicción contencioso administrativa. A esta postura adhieren grandes doctrinantes como Rivero, Waline, Capitant, Vedel y Benoit, seguidos por De Laubadère, Weil, Venezia y Gaudamet; y en España, por García Fernández (Marín, 2007, pp. 543-544, 551). En Colombia no se ha podido constatar quien haya defendido esta postura.

Tesis que sí admiten control a los actos políticos o de gobierno pero con limitantes.

Ahora bien, como decíamos hace un momento, dentro de las corrientes que admiten la enjuiciabilidad de los actos políticos y de gobierno, se presentan dos grandes posturas: quienes sostienen que dicho control está sujeto a algunos condicionamientos, y quienes en cambio afirman que ese control no debe tener ninguna restricción y, por ende, resulta abierto e ilimitado en todos sus componentes o elementos, incluido el contenido mismo de la decisión política.

Así, esa primera corriente, la que sostiene que el control o revisión de los actos políticos o de gobierno por parte de los jueces debe hacerse bajo ciertas condiciones o limitantes, se encuentra conformada a su turno por cinco posturas cuya diferenciación radica, precisamente, en el tipo o clase de condicionamientos que predicán del papel del juez a la hora de efectuar la revisión de esa clase de actos.

Una postura dentro de este grupo señala que el control judicial de los actos políticos o de gobierno sólo puede efectuarse por medio del juez o tribunal constitucional, debido precisamente al contenido de esta clase de actos que encierra un fin superior o unos intereses de Estado que escapan del juez contencioso administrativo, pero que por tratarse de actos jurídicos proferidos por una autoridad, deben entonces tener la posibilidad de ser revisados en cuanto a su constitucionalidad, es decir, dentro del marco de la Constitución esos actos políticos o de

gobierno no podrían, bajo ninguna circunstancia, desconocer o afectar derechos, garantías y libertades consagradas en el texto Superior.

Entre quienes defienden esta posición encontramos a un gran tratadista como Tomás Ramón Fernández, secundado por los también españoles Xifra Heras, Sánchez Agesta y Aragón Reyes (Marín, 2007, pp. 550-552); así como al profesor argentino José Roberto Dromi, quien ha sostenido que el poder judicial siempre debe tener la posibilidad de controlar la constitucionalidad de toda la actividad del Estado, incluyendo sus actos de poder (Dromi, 1983, pp. 37-39, 170-171, 193-197). También podemos considerar como partidario de esta tesis al gran jurista Hans Kelsen, según algunos de sus escritos al respecto, en especial los puntos de vista que expone en su obra *Esencia y valor de la democracia* (1934, p.106).

En Colombia son partidarios de esta tesis dos de nuestros grandes doctrinantes de derecho administrativo y de la teoría del acto administrativo como lo son Libardo Rodríguez (Rodríguez, 2008, p. 348) y Gustavo Penagos (Penagos, 2008, t. 2, pp. 742-743), este último, debiendo hacerse la precisión de que si bien es cierto fue su deseo llegar al punto del control integral e irrestricto de esta clase de actos, consideró que en nuestro ordenamiento jurídico no estaban reunidas aún las condiciones para que ello fuese posible, dados los inconvenientes prácticos que una postura así de amplia podría suscitar (pp. 721-741).

Otra tesis dentro de este gran grupo considera que, siendo los actos políticos o de gobierno auténticos actos administrativos -lo que en ningún momento ponen en duda-, éstos pueden y deben ser revisados por el juez administrativo pero solamente sobre sus elementos reglados, excluyendo de tajo la posibilidad de revisarse en su contenido político o de la expresión de la decisión política que implican. A esta postura adhieren los franceses Michoud y Duez y los españoles Saiz Arnaiz, Carro Fernández-Valmayor, Lozano Cutanda, Uriarte Torrealday, Cano

Mata e Isabel Perelló Doménech (Marín, 2007, pp. 540-541, 551, 557), así como Faustino Cordón Moreno (Cordón, 2003, p. 146-147).

Existe además una corriente mixta o híbrida, diferente a las dos posturas anteriormente relacionadas, y a la que pertenecen tres criterios que presentan sutiles diferencias. Así, esta línea mixta se caracteriza por defender la idea de que los actos políticos o de gobierno pueden ser revisados y controlados judicialmente tanto por su correspondencia con los mandatos constitucionales, labor que adelantaría el respectivo tribunal constitucional, como por sus aspectos o elementos reglados, lo cual estaría en cabeza del juez de lo contencioso-administrativo.

Ahora bien, esas tres corrientes referidas, aun cuando sostienen esa posibilidad de control dual -constitucional y legal, este último sólo en sus elementos reglados-, se diferencian en los siguientes aspectos:

La primera de ellas, que podríamos denominar como la tesis mixta “pura” o “simple”, recoge sin condicionamientos las dos posturas inicialmente vistas, es decir, defienden la idea de ese control constitucional y legal -se insiste, este último sólo en su componente reglado-, sin introducir a su posición ningún elemento adicional. A esta corriente pertenecen los españoles Sánchez Morón y Andrés Ibáñez (Marín, 2007, p. 551), y en nuestro medio, los tratadistas Carlos Betancur Jaramillo (Betancur, 2009, pp. 137-140), Juan Ángel Palacio Hincapié (Palacio, 2006, pp. 46-47) y Jaime Vidal Perdomo (Vidal, 2008, pp. 581-583).

Una segunda variante se adhiere a la corriente anterior (control constitucional y legal), pero incluye en el análisis y conceptualización de los actos políticos o de gobierno el hecho de que éstos no son propiamente actos administrativos, sino que son una especie diferente y que deben ser diferenciados. A esta postura pertenecen, de nuestro medio, el propio Marín (2007, p. 551), y foráneos tenemos a los eminentes tratadistas argentinos Juan Carlos Cassagne (Cassagne, 2013,

pp. 155-166) y Alberto Bianchi (Cassagne, pp. 161-165). Incluso Cassagne, para justificar y fundamentar la tesis de la diferencia entre actos administrativos y actos de gobierno, crea la categoría de “actos constitucionales” que pueden expedir el gobierno o el congreso (pp. 155-166).

Aquí también podemos ubicar al ilustre profesor Miguel Marienhoff, para quien los actos políticos o de gobierno no contienen ninguna característica especial que les permita ser excluidos de control jurisdiccional, mas sin embargo, recurre al concepto de “acto institucional” y su diferenciación con aquéllos, para sostener que, de todos modos, dichos actos institucionales, en los cuales ubica, entre otros, la declaratoria de estado de excepción, sí escapan a tal posibilidad de enjuiciamiento, al atribuirles un carácter *interadministrativo* o de relación entre los diferentes poderes u órganos del Estado, y que, como tal, no podrían afectar los derechos subjetivos de los asociados (Marienhoff, s.f., t. 2, pp. 309-317), lo que en últimas termina permitiendo alguna actividad de la administración inmune al control judicial. También podríamos identificar como afín a esta tesis al clásico tratadista latinoamericano de derecho administrativo, el profesor uruguayo Enrique Sayagués Laso, con sus particularidades del caso (Sayagués, 1974, t. 1, p. 402).

La tercera variante de esta tesis “mixta” o “híbrida”, de corte claramente restrictivo, y que la doctrina denomina de “insustituibilidad de la decisión administrativa” (Marín, 2007, p. 559), señala que aun cuando los actos políticos o de gobierno pueden ser objeto de revisión y control dual (constitucional y legal), la decisión judicial que se profiera, en caso de que se evidencie la irregularidad del acto en cuestión, sólo puede ser de carácter anulatorio, esto es, la actividad judicial operaría como una suerte de “administración negativa” (Marín, pp. 559-560), descartando o rechazando la posibilidad de que el juez, una vez anulado el acto, pueda establecer la medida o decisión que la administración deba adoptar en el caso, o en términos más controversiales, que pueda “sustituir” a la administración en la toma de la decisión cuestionada.

Son defensores de esta postura eminentes juristas españoles como Luciano Parejo Alfonso, Mariano Bacigalupo, Juan Antonio Xiol Ríos y Beltrán de Felipe (Marín, pp. 558-561).

Finalmente, tenemos una última corriente dentro del gran grupo que sostiene la posibilidad de revisar o controlar judicialmente los actos políticos o de gobierno, y es aquella más abierta o garantista, que sostiene que dichos actos pueden ser, siempre y en todo momento, objeto de revisión y de control por parte del juez contencioso-administrativo, no sólo por sus elementos reglados, sino además por su contenido político o por la decisión adoptada por la administración, sin que se excluya la posibilidad de entrar a tomar una decisión sobre el caso, si las circunstancias y características de éste lo permiten o ameritan. Esta tesis del control ilimitado o irrestricto es defendida por auténticas autoridades en materia de doctrina administrativista a nivel mundial, entre ellos, Gastón Jèze (Marienhoff, s.f., p. 310), Agustín Gordillo (Gordillo, 2014, pp. 341-383), el maestro Eduardo García de Enterría (García, 2000), y en nuestro medio, por el jurista Jaime Orlando Santofimio Gamboa (Santofimio, 2003, t. 1, pp. 154-155).

Marco teórico jurisprudencial.¹⁶

Para culminar ya nuestro marco teórico, hemos de indicar cuál es la tesis que jurisprudencialmente se aplica o tiene vigencia actualmente en nuestro ordenamiento jurídico colombiano.

Si bien es cierto no existe en nuestro sistema jurídico ningún impedimento para permitir la revisión y control integral, completo e ilimitado de los actos políticos o de gobierno, atendiendo a lo establecido en el numeral 5 del artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de

¹⁶ Aquí se reitera la aclaración que, frente al marco teórico de índole jurisprudencial, por evidentes razones prácticas y de concisión de este trabajo, hemos circunscrito su desarrollo únicamente al ámbito nacional, y además, porque el presente estudio no es de derecho comparado.

lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹⁷ que no limita o restringe dicha facultad del juez contencioso-administrativo, y de hecho, habiendo sido así entendido hace algún tiempo por la propia Corte Suprema de Justicia¹⁸, en su famosa sentencia del 15 de noviembre de 1984¹⁹, en la cual declaró la inexecutable de un aparte del contenido original del artículo 82 del anterior

¹⁷ Expedido por medio de la Ley 1437 de 2011.

¹⁸ Cuando tenía a su cargo el control de constitucionalidad de las normas, antes de que se promulgara la Constitución Política de 1991, y con ésta, la creación y entrada en funcionamiento de la Corte Constitucional, como guardiana de la Carta Fundamental.

¹⁹ Decisión que, valga la pena poner de presente, tuvo como antecedente importante la Sentencia de la misma Corporación, de fecha 5 de agosto de 1982, número 57, dentro del proceso 978 (111-E), con ponencia del gran jurista tristemente inmolado en el holocausto del Palacio de Justicia, Dr. Manuel Gaona Cruz. Por la relevancia y pertinencia de este caso, se considera muy oportuno traer a colación el siguiente aspecto que la Corte Suprema de Justicia tuvo en cuenta, y que sirvió de fundamento para proferir posteriormente la sentencia del 15 de noviembre de 1984 aludida, y además, para abrir paso a la tesis del control integral de todos los actos proferidos por la administración, incluidos los denominados “políticos” o “de gobierno”: el caso acá estudiado por la Corte Suprema trataba del examen de constitucionalidad del Decreto Legislativo número 1674 del 9 de junio de 1982, por el cual el gobierno nacional había declarado restablecido el orden público y, por ende, levantado el estado de sitio en todo el territorio nacional. Aunque los accionantes fundaban su demanda en un aspecto sustancial, diferente al que nos atañe en esta investigación (violación de derechos y garantías fundamentales por la declaración y permanencia del estado de sitio durante un largo periodo de tiempo), el tema que va a llamar la atención de la Corte, y que nos interesa, es la posición que esgrime la Procuraduría dentro del proceso: básicamente, como uno de sus argumentos centrales para oponerse a la demanda incoada, señala el Ministerio Público que el Decreto objeto de estudio constitucional “es un acto de gobierno esencialmente político”, cuyo examen y apreciación corresponde únicamente al propio gobierno, “quienes son los responsables ante el Congreso”, y por ende, “la Corte carece de competencia para enjuiciarlo, así sea por el aspecto puramente formal”. La Corte Suprema de Justicia centra su análisis en este argumento de la Vista Fiscal, y sobre el particular, establece con claridad y contundencia:

[T]anto el acto político o de gobierno como el acto administrativo discrecional, son actos jurídicos (...) Acto de gobierno y acto jurídico no son incompatibles: simplemente, aquél es una modalidad especial de éste. El poder discrecional o el poder gubernamental no son poderes arbitrarios o incontrolables jurídicamente sino reglados (...) El nuestro es un Estado de Derecho, no un Estado Suprajurídico o solamente Político. Ordena a las claras el artículo 2º superior que “los poderes... se ejercerán en los términos que esta Constitución establece”, y no por fuera de estos [sic] Desde hace rato la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, y nuestra Constitución nos han mandado recoger velas en asunto de tanta monta como el inhibitorio de juzgamiento y a las claras nos exigen que aun los actos de gobierno o los actos discrecionales están sometidos al control de constitucionalidad y de la legalidad en cuanto a sus aspectos de validez, sus presupuestos de orden normativo, a su competencia de expedición y de control y a su conexidad en lo relativo a los móviles y a las finalidades invocadas que los justifiquen frente al orden jurídico como válidos y eficaces (...) Ante todos aquellos “actos de gobierno”, ¿qué organismo, si no [sic] la Corte, tendría que cumplir con su deber de guarda de la integridad de la Constitución? No hay para qué, ni cómo, asumir el enorme e incalculable albur de la inhibición por parte de la Corte al respecto. No sólo porque la Constitución la obliga expresamente a revisar este tipo de actos (...) sino porque aun doctrinariamente, como ha quedado demostrado, es insostenible su rara calificación jurídica y la inhibición.

Es a partir de este análisis que se dan los primeros pasos, firmes y decididos, encaminados a defender y prohijar la tesis que propugna la posibilidad de revisión judicial de los actos políticos o de gobierno, y que en la sentencia del 15 de noviembre de 1984 ya se consolida. Sin embargo, y como lo afirmamos en este trabajo, nuestras altas cortes decidieron volver sobre sus pasos, retrocediendo en la postura y adoptando, nuevamente, la tesis conservadora de la improcedencia de la revisión judicial de esta clase de actos, al menos en su componente discrecional, de oportunidad, de ejercicio del poder político.

Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), que restringía el conocimiento por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa de los actos políticos o de gobierno “pero sólo por vicios de forma”, aduciendo que esa limitación a la justicia administrativa resultaba contraria a los postulados y principios contenidos en la entonces vigente Constitución de 1886; de manera inexplicable -y casi que contradictoria, diríamos-, con la entrada en vigencia de nuestra actual Constitución Política de 1991, y con ella, de un mayor y más nutrido catálogo de libertades, garantías y derechos para los asociados, y a su turno de una mayor carga obligacional en cabeza de las autoridades, nuestras altas cortes han dado un paso atrás nuevamente frente al tema.

Así las cosas, y para concretar el punto, nuestra jurisprudencia actual y vigente, tanto de orden constitucional como contencioso-administrativa, ha reiterado y ratificado la postura de que los actos políticos o de gobierno sólo pueden ser revisados, enjuiciados y controlados por los elementos o aspectos reglados del acto, mas no por su contenido político o por la manifestación y expresión de la decisión política que la ley le ha deferido a la administración. Como ejemplos paradigmáticos y relevantes de esta tesis, tenemos, de la Corte Constitucional, el Auto D-241 del 21 de abril de 1993 y las Sentencias C-249 de 1994 y C-243 de 2009; y del Consejo de Estado, las sentencias de la Sección Primera de fechas 28 de noviembre de 1975, en el expediente 304, C.P. Dr. Alfonso Arango Henao; del 28 de enero de 1976, expediente 1496, C.P. Dr. Carlos Galindo Pinilla; del 22 de julio de 1991, expediente 1144, C.P. Dr. Miguel González Rodríguez; del 23 de octubre de 1992, expediente 325, C.P. Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz; del 25 de noviembre de 1993, expediente 2105, C.P. Dr. Miguel González Rodríguez; de la Sección Quinta la sentencia del 18 de julio de 2013, en el expediente 2012-01514-01, C.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro; y de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, la sentencia del 17 de julio de 2001, en el expediente 2001-0904-01 (AC), C.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

En todas estas decisiones citadas, nuestras máximas corporaciones tanto de orden constitucional como contencioso-administrativo han reiterado la intangibilidad del elemento político o de ejercicio de la facultad decisional de la administración al examinar un acto político o de gobierno, y la posibilidad de ejercer su control y anulación pero sólo por vicios configurados sobre sus elementos reglados.

* * *

Evacuado como ha quedado este prolegómeno atinente a la delimitación teórica de la investigación realizada, es momento entonces de, ahora sí, dar paso al desarrollo y exposición de los resultados obtenidos con ella, para desentrañar la cuestión planteada desde el inicio, dar respuesta satisfactoria a la pregunta de investigación -corroborando de paso la validez de la hipótesis formulada- y verificar si se alcanzaron los objetivos propuestos.

Capítulo 1:

La teoría de los actos políticos o de gobierno

A efectos de presentar y desarrollar de manera adecuada, lógica y coherente el objeto de la investigación realizada, que nos permita alcanzar los objetivos propuestos y, sobre todo, dar respuesta al problema planteado, hemos de iniciar con el estudio de la cuestión atinente a lo que la doctrina administrativista ha denominado como la “teoría de los actos políticos o de gobierno”.

Así, en este primer capítulo vamos a abordar dos temáticas fundamentales al propósito del objeto de investigación: en primer lugar llevaremos a cabo una sucinta conceptualización de dicha teoría, dentro de un marco general e histórico que nos permita identificar su origen y comprender su fundamento y efectos, para posteriormente revisar su recepción en nuestro ordenamiento jurídico y su implementación y estado actual, según el desarrollo que la jurisprudencia ha elaborado hasta el momento.

1.1. Conceptualización de los actos políticos o de gobierno

Como acabamos de referir, y teniendo en cuenta el objeto y la finalidad de la presente investigación, resulta necesario abordar la cuestión de los actos políticos o de gobierno de una manera sintética, esto es, lo más concisa pero completa posible, que nos permita contar con un basamento, una cognición suficiente como para, luego de que desarrollemos todo el fuerte conceptual de orden ius-filosófico que se expondrá en el Capítulo 2 del presente trabajo, lograr dar respuesta adecuada y satisfactoria al problema de investigación formulado.

Atendiendo a lo anterior, podemos iniciar señalando que la teoría de los actos políticos o de gobierno, o mejor, el acto político o de gobierno, como especie de acto de la administración, históricamente se ha pretendido definir no por medio de un concepto sino más bien por una

característica particular: por su ausencia de revisión y control jurisdiccional, por la inmunidad que ostentan frente a dicho control (Palacio, 2006, p. 46; Penagos, 2008, t. 2, p. 707; Vidal, 2008, pp. 581-582). Sin embargo, al realizar un análisis detallado de esa teoría, podemos evidenciar que más que una estructura dogmática o una teoría propiamente dicha, se trata realmente de una ficción elaborada en Francia a principios del siglo XIX²⁰, en plena época de la restauración borbónica (Malagón, 2005, pp. 179-182; y 2007, p. 42; Ortegón, 2010, p. 55) como mecanismo de autoconservación ideado por el Consejo de Estado, institución que, a la sazón, había sido recientemente creada por Napoleón Bonaparte.

En efecto -y así coinciden los estudiosos de la materia²¹- fue una forma en la que el *Conseil d'État* se ingenió evitar entrar en conflicto con la administración: teniendo en claro que gozaba de enemigos poderosos dado su origen napoleónico, se percató de que un ejercicio de control judicial y eventual anulación de una clase de actos muy particulares, concretamente, aquellos en los cuales el gobierno manifestaba la expresión de su voluntad “política”, podría llevar consigo una situación de confrontación que, seguramente, resultaría definiéndose con la desintegración y extinción de dicho cuerpo colegiado, de tal suerte que se dio a la tarea de intentar justificar la inmunidad de aquellos actos en los que, dijeron, intervenía un “interés superior”, que contenían

²⁰ Aun cuando es importante poner de presente que este origen cuenta, además, con un antecedente remoto, en lo que se conoció como el "Edicto de Saint-Germain" de 1641, por el cual se prohibió a los magistrados ordinarios conocer de los asuntos que concernían al Estado y a la administración, los cuales quedaban reservados única y exclusivamente al propio Rey, y en atención a que éste se apoyaba precisamente en el Consejo de Estado, como órgano consultivo, muchos tratadistas encuentran en esta situación el origen del derecho administrativo, mucho antes, por supuesto, de la Revolución francesa, la que se ha tenido como mito fundacional de esta rama del derecho. Sobre este aspecto, cfr. Castaño y Pinilla (2019, pp. 19-20). Para profundizar en el origen y evolución histórica de la teoría de los actos políticos o de gobierno, cfr., entre otros, García y Fernández (2002, t. 1, pp. 574-575), Gordillo (2013, t. 8, pp. 419-422), Malagón (2005), Ortegón (2010, pp. 55-66), Penagos (2008, t. 2, pp. 707-718) y Zúñiga (2008, pp. 274-276).

²¹ Sobre el particular, cfr., García y Fernández (2002, t. 1, p. 575), Gordillo (2014, p. 347), Malagón (2005, pp. 179-181), y Penagos (2008, t. 2, pp. 707-708).

una “finalidad suprema” o, en general, cuyo móvil era estrictamente político, del manejo de las cuestiones políticas tanto internas²² como externas²³.

No obstante lo anterior, esta teoría fue tomando fuerza y ganando adeptos con el tiempo, claramente, de quienes abogaban por la defensa de las prerrogativas del Estado, de los gobernantes, y de la superioridad de los intereses que ellos -Estado y gobierno- representan, por sobre la defensa del ciudadano y la protección de sus derechos e intereses; a tal punto, que incluso todavía hay quienes hoy en día la defienden, por lo que aún sobrevive -y a veces con mayor fuerza en ciertas épocas de crisis sociales o institucionales-, en una suerte de -como dice la célebre frase- “muerto que goza de excelente salud”.

Sin embargo, es importante resaltar lo siguiente: tan evidente resulta que se trata de una ficción y no de una auténtica construcción teórica o dogmática, que no existe realmente frente a dicha figura una labor de definición, conceptualización y abstracción, con pretensión de universalidad, sino que su desarrollo ha sido estrictamente jurisprudencial, como una construcción vía praxis judicial, o mejor, es el resultado de una caracterización caso a caso, con lo cual no hay definidos elementos estructurales que permitan identificar con precisión cuándo se está en presencia de un acto de tal naturaleza, y en vez de ello, lo que se cuenta es con un mero listado de lo que la jurisprudencia -y la doctrina, también- ha entendido como tales, como actos típicos políticos o de gobierno, pero sin ahondar mucho en la cuestión ni fundamentar suficientemente dicha catalogación (Penagos, 2008, t. 2, p. 731; Zúñiga, 2008, p. 275).

Atendiendo a lo anterior, una gran parte de la doctrina ha señalado que la figura de los actos políticos o de gobierno se trata de un anacronismo, viciado desde su origen por un error

²² Entre ellas, por ejemplo, el manejo de relaciones interadministrativas y entre órganos del poder público, así como del uso de la fuerza y la preservación del orden público y la institucionalidad.

²³ V. gr., celebración de tratados e instrumentos internacionales, representación del Estado, declaración de guerra exterior, entre otros.

conceptual derivado de un equivocado entendimiento y aplicación del principio de separación de poderes, cual es, el de pretender también separar, tajante y radicalmente, las funciones de gobierno y las funciones administrativas, diferenciación que, claramente, resulta artificiosa y que se muestra más bien como simple excusa o justificación para perpetuar, bajo esa noción, la antigua *razón de Estado*, es decir, la tesis según la cual los intereses del Estado, del “gobernante”, se encuentran por encima de los asociados, a quienes, por ende, se les ve como simples subordinados -súbditos- o instrumentos al servicio de aquéllos (Betancur, 2009, p. 139; Dromi, 1983, pp. 30-31; Ferrajoli, 2010, pp. 208-209; García y Fernández, 2002, t. 1, p. 457-458; Luhmann, 2003, p. 313; y Zúñiga, 2008, pp. 272, 275)²⁴.

Evidentemente se trata de una postura anacrónica y claramente incompatible con las corrientes actuales del derecho y con el estadio social y cultural de las sociedades contemporáneas, al menos en Occidente. Es así que, para demostrar no sólo lo anterior, sino además lo antitécnica de esta teoría “clásica” de los actos políticos o de gobierno, Gordillo (2014), al efectuar un análisis crítico de ella, pone en evidencia que para su fundamentación y labor de caracterización -caso a caso-, y a efectos de diferenciarlos de los actos administrativos ordinarios, tanto tribunales como doctrinantes defensores de ella, incurren en un argumento circular: intentan explicar que un acto es político por escapar al control judicial, pero a una misma vez, señalan que un acto es inmune al control judicial por el hecho de ser político o de gobierno; es decir, caen en una clara falacia argumentativa de *petición de principio*, que, por supuesto, afecta la validez de ese argumento, y además, que permite inferir una verdad a la que

²⁴ En el mismo sentido Gordillo, quien además afirma que esta teoría -la de los actos políticos o de gobierno- no es sino un “rezago del *Ancien Régime*” (2014, p. 357). También Malagón (2005, p. 181), quien al hacer un recuento histórico de la figura del “acto de gobierno”, en su aparición primigenia en Francia, señala que “[s]e crea así una categoría distinta a la de acto administrativo (...) que responderá a vestigios de la razón de Estado más que a expresiones del Estado de Derecho”.

dichos defensores de esta teoría se oponen categóricamente y que se niegan a reconocer, pero que brilla por su propia luz, y es la siguiente: que eliminada esa “especial característica” de -supuesta- no justiciabilidad, tales actos pierden entonces su naturaleza y, por tanto, ya no se podrían diferenciar de cualquier otro acto administrativo común (Gordillo, 2014, pp. 346-347)²⁵.

Pese a lo anterior, hay que reconocer que una parte de la doctrina ha llevado a cabo una ardua labor de justificación, intentando sustentar esa “especial” característica y naturaleza de los llamados actos políticos o de gobierno, entre ellos, reconocidos tratadistas como Miguel Marienhoff y Juan Carlos Cassagne, quienes, en ese esfuerzo por defender una esfera de actuación de la administración exenta o inmune al control judicial, han creado una categoría especial de actos de la administración que llaman “actos institucionales” (Marienhoff, s.f., t. 2, pp. 309-317) o “actos constitucionales” (Cassagne, 2013, pp. 155-166), y que hacen consistir básicamente en la misma noción de los políticos o de gobierno, pues sostienen que se tratan de actos que guardan relación con la “organización y subsistencia del Estado” y que no generan relaciones directas con los administrados (Cassagne, p. 153; Marienhoff, pp. 318-319).

Sin embargo, a pesar de ese intento por justificar la no justiciabilidad de aquellos actos en los que se dice que no se afectan situaciones jurídicas concretas de los administrados o que se encuentra de por medio unos “intereses superiores” del Estado, tal esfuerzo resulta insuficiente e insatisfactorio, a tal punto, que el ilustre profesor Enrique Sayagués Laso, quien adhiere a la tesis de la diferenciación entre los actos administrativos y los actos de gobierno -pero en el sentido de que los segundos son una especie de los primeros, mas no excluyentes o que pertenezcan a esferas diferentes de la actuación de la administración-, señala de manera categórica que, por ese solo hecho, por esa diferenciación, no pierden su naturaleza de actos administrativos y, por ende,

²⁵ Zúñiga (2008, p. 273) también coincide con esta aseveración, al afirmar que no existe realmente una diferenciación sustancial entre los actos administrativos “ordinarios” y los actos políticos.

nada impide la posibilidad de ser impugnados en sede administrativa o judicial, así como de reclamar las indemnizaciones a que hubiere lugar si resultan ilegales y con ellos se causa un agravio o afectación negativa a los derechos subjetivos de los administrados (Sayagués, 1974, t. 1, p. 402).

En virtud de lo antecedente, cobra importancia la conclusión a la que llega Gordillo (2014), cuando afirma que, al final, no importa cómo se les denomine a este tipo de actos: si políticos, de gobierno, institucionales, constitucionales, de poder o como quiera llamárseles, pues “[e]l trasfondo político es siempre el mismo: cómo retacear el control judicial, cómo permitir que la administración actúe fuera de la ley, en contra de la Constitución, de la racionalidad, impunemente” (p. 345)²⁶; de allí que lance la advertencia²⁷ de que estas teorías que le permitan a la administración, al gobernante, contar con un ámbito de inmunidad en su actuación, con zonas vedadas o de impunidad, exentas de control, apuntan es, simple y llanamente, a consignar la privación de la justicia “que es uno de los derechos humanos fundamentales en una sociedad democrática” (p. 346), lo que resulta evidentemente incompatible con los principios y garantías propios de los Estados y las sociedades constituidos bajo la forma democrática y dentro de un contexto de prevalencia y protección de los derechos de los asociados.

²⁶ En la misma línea, García, E. (2000, pp. 38-43, 68-75, 110-111, 150-156), quien incluso anota la siguiente consideración, que bien vale la pena citar textualmente, dada su importancia y pertinencia con el tema:

Nada, por tanto, más contrario a la esencia misma de la democracia que pretender que el origen electivo de los gobernantes les dispense de control o les legitime ante los ciudadanos frente a cualquier reclamación o exigencia de justificación que éstos puedan judicialmente pedirles. (p. 111).

²⁷ Muy válida y muy necesaria, sobre todo en momentos de crisis institucional, social o política, donde siempre surgirán caudillos con ínfulas de redentores y, en línea con esa imagen “mesiánica”, con ansias de poder de una magnitud directamente proporcional a su rechazo a ser sometidos a algún control, límite o escrutinio. Como bien lo denunciaba Kelsen en su época: “Para la ideología autocrática, el caudillo encarna un valor absoluto” (1934, p. 147).

1.2. Los actos políticos o de gobierno en el ordenamiento jurídico colombiano

La teoría de los actos políticos o de gobierno constituye una fórmula que ha gozado de aceptación y que se ha recogido e implantado de buen agrado por parte de prácticamente todos los ordenamientos jurídicos que tienen origen o que han sido influenciados por el derecho francés, entre éstos, los países latinoamericanos y, concretamente, Colombia, básicamente -como ya lo hemos referido reiteradamente en este trabajo- en razón a que le brinda al gobierno un margen de maniobra exento de control, una zona de actuación inmune a la posibilidad de ser revisada y cuestionada y, en consecuencia, abre de manera conveniente la puerta de que pueda actuar con total impunidad, sin importar el mayor o menor grado de arbitrariedad que con tales actos pueda incurrir, lo cual siempre resultará atractivo y útil para los gobernantes, aun cuando bastante peligroso e inconveniente para los asociados, para las instituciones y para la legitimidad del Estado mismo.

Decíamos, pues, que esta teoría de los actos políticos o de gobierno ha sido bien recibida por parte de aquellos ordenamientos jurídicos influenciados en el derecho francés, en su revolución y en las instituciones que surgieron con ocasión de ella, y Colombia, dada su historia, no ha sido ajena a dicha situación. Durante prácticamente toda la historia republicana, los gobernantes de turno han echado buena mano de estas potestades y, por la razón que fuere, los jueces generalmente, unas veces más que otras, han secundado tal atribución.

Pero para lo que interesa a este trabajo, y dado que no se trata propiamente de una investigación de corte histórico²⁸, podemos -y así lo consideramos más conveniente- abordar

²⁸ Lo que, hemos de confesar, nos permite contar con ciertas, diríamos, “licencias”, respecto a las labores de recuento o ubicación históricos que se hacen, pero que, de todos modos, se ha tratado de hacer de la manera más rigurosa y exigente, pero concisa posible, se insiste, pues se trata de un ejercicio de mera contextualización general, dado que la finalidad de la investigación es otra y damos por sentado que el lector cuenta con las bases históricas y conceptuales suficientes como para abordar esta lectura sin necesidad de extendernos en esto aspectos.

directamente el estado actual de la cuestión bajo un marco específico, desglosado por cada uno de los diferentes actos que en nuestro ordenamiento jurídico, más propiamente la jurisprudencia nacional, ha enlistado o catalogado como típicos políticos o de gobierno.

1.2.1. Convocatoria del Presidente a sesiones extraordinarias del Congreso de la República.

Esta figura se encuentra consagrada en la Constitución Política, en sus artículos 138 incisos 3 y 4, 189 numeral 8 y 200 numeral 2.

Jurisprudencialmente fue analizada en la Sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de fecha 16 de febrero de 2010, expediente 2009-00344-00 (IJ), C.P. Dra. María Claudia Rojas Lasso. En esta decisión se sostuvo que, si bien es cierto esta convocatoria que hace el Presidente de la República al Congreso se trata de un acto netamente político o de ejercicio de las funciones de gobierno, en todo caso constituye un acto de trámite, del agotamiento de una etapa en la formación de las leyes y, por ende, que no puede ser demandado ante la jurisdicción contencioso administrativa, ni controlado por parte de ésta.

1.2.2. Sanciones y objeciones presidenciales a proyectos de ley.

Las facultades conferidas al Presidente de la República tanto para sancionar los proyectos de ley como para presentar objeciones a los mismos, se encuentran establecidas, para lo primero (sancionar proyectos de ley), en el artículo 189 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con sus artículos 157 numeral 4, 165 y 200 numeral 1; y para lo segundo (objetar proyectos de ley) en los artículos 166 y 167 ibídem, en concordancia con los referidos artículos 165 y 200 numeral 1; así como en la Ley 5ª de 1992, artículos 79 numeral 4 y 196 a 199.

Para ser concretos, hemos de señalar que, jurisprudencialmente, se ha establecido que ninguno de estos dos casos -sanciones y objeciones presidenciales a proyectos de ley- es posible controlarlos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por lo siguiente:

Respecto de la sanción presidencial a los proyectos de ley, en sentencia C-172 de 2006, la Corte Constitucional sostuvo que se trata de un acto de trámite, y por ende, no pasible de control jurisdiccional de legalidad. Y en cuanto a la objeción presidencial a los proyectos de ley, la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia del 11 de mayo de 2000, dentro del expediente 6130, con ponencia de la Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, estableció que dicho acto ni siquiera constituye un acto administrativo, en razón a que no comporta una auténtica manifestación de la voluntad de la administración, sino que simplemente se trata de una etapa dentro del trámite de formación de la ley.

No obstante lo anterior, consideramos importante efectuar la siguiente precisión respecto de la objeción presidencial a los proyectos de ley: en nuestro criterio, si bien estamos de acuerdo en que se trata, en términos generales, de una etapa dentro del trámite de formación de las leyes, tal y como lo ha sentado el Consejo de Estado, existen situaciones particulares en las que, eventualmente, dicha objeción presidencial puede llegar a adolecer de algún vicio, por ejemplo, de falsa motivación, desviación de poder o violación de las normas en que debía fundarse, en cuyo caso, y en aras de preservar el ordenamiento jurídico, debería ser posible demandar tal decisión, cuando menos, en su constitucionalidad.

Y es que la situación respecto de las objeciones difiere sustancialmente frente a las sanciones presidenciales de los proyectos de ley, pues con aquéllas, y contrario a lo que sucede con éstas, se puede trancar o imposibilitar la entrada en vigencia -materialización- de una iniciativa de gran importancia jurídica, económica o social; de una política pública esencial; de una medida que podría reportar beneficio a la sociedad o a un sector vulnerable de ésta; en fin, mediante el uso de

esta facultad bien podría suceder que el ejecutivo, en cabeza del Presidente de la República, y ocultando sus verdaderas motivaciones, impida la promulgación de un proyecto de ley por capricho, rédito electoral, agenda política, compromisos o por lo que sea, y que, si se sostiene de manera inflexible esta posición de la imposibilidad de control judicial, no podría ser remediada, o al menos no de manera más efectiva y precisa, afectando con ello la función pública y la consecución de los fines del Estado.

1.2.3. Actos relacionados con las facultades del Presidente de la República en materia de manejo de las relaciones internacionales en calidad de Jefe de Estado.

De conformidad con el numeral 2 del artículo 189 Superior, es atribución conferida al Presidente de la República, entre otras, el dirigir las relaciones internacionales y representar al Estado colombiano en la celebración y suscripción de tratados y convenios de tal naturaleza.

Jurisprudencialmente se ha establecido que este tipo de actos, por trascender el derecho interno, no pueden ser objeto de control jurisdiccional, salvo por un vicio de falta de competencia o “exceso de poder”. Al respecto, se tienen las siguientes decisiones de los respectivos Órganos de Cierre:

De la Sección Primera del Consejo de Estado, Sentencia del 22 de julio de 1991 dentro del expediente 1144, con ponencia del Dr. Miguel González Rodríguez, en un caso en que se examinó la competencia para celebrar tratados internacionales.

De la misma Sección Primera del Consejo de Estado, sentencias del 28 de enero de 1976, en el expediente 1496, con ponencia del Dr. Carlos Galindo Pinilla; y del 25 de noviembre de 1993, en el expediente 2105, con ponencia del Dr. Miguel González Rodríguez; y de la Corte Constitucional, el Auto D-241 del 21 de abril de 1993 y la Sentencia C-249 de 1994; todos ellos

atinentes a las notas diplomáticas, la competencia para celebrarlas y su naturaleza de instrumentos internacionales que, por tanto, escapan del control jurisdiccional interno.

Respecto de la posibilidad de enjuiciar las notas diplomáticas solamente por defecto de exceso de poder, esto es, falta de competencia de quien interviene (en el caso estudiado, el Ministerio de Relaciones Exteriores en vez del Presidente de la República), tenemos la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Primera, de fecha 23 de octubre de 1992, en el expediente 325, C.P. Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

Igualmente podemos traer a colación diversos pronunciamientos realizados por la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Plena, durante la época en que tenía a su cargo el examen de constitucionalidad de las leyes que incorporaban a nuestro ordenamiento jurídico los instrumentos internacionales celebrados por el Estado colombiano, entre ellos, las sentencias del 6 de julio de 1914, del 18 de marzo de 1941, del 30 de enero de 1958, del 23 de octubre de 1975, del 1° de septiembre de 1983, del 12 de febrero de 1987 y del 9 de abril de 1991: en todas estas decisiones, la Corte Suprema de Justicia, a la sazón guardiana de la Constitución, se declaró siempre inhibida para pronunciarse al respecto, bajo la tesis de ser asuntos que escapan del control judicial, al tratarse de actos de “Estado”, concernientes al manejo de la política exterior y, por tanto, de competencia exclusiva del ejecutivo.

Sin embargo, resulta importante rescatar una decisión que tuvo la Corte Suprema de Justicia, que constituye una curiosa -y casi anecdótica- excepción a la línea jurisprudencial unívoca que tuvo siempre sobre este tema, incluso después de proferir esta misma providencia en cuestión: se trata de la Sentencia 111 del 12 de diciembre de 1986, en el proceso 5-R, con ponencia del Dr. Jairo Duque Pérez, en donde, al analizar la constitucionalidad de la Ley 27 de 1980, aprobatoria del tratado de extradición celebrado entre Colombia y los Estados Unidos de Norteamérica, la Corte aceptó el estudio del caso y estableció que tenía la competencia para efectuar un análisis no

sólo de forma sino también de fondo respecto de esa Ley, bajo una teoría bien particular: la de los actos separables.

En efecto, señaló la Corte que la ley que aprueba un tratado internacional resulta diferenciable -separable- del tratado mismo, esto es, que se trata de dos actos totalmente diferentes: uno de carácter internacional -el tratado en sí- sobre el cual no podría pronunciarse por escapar de sus competencias, al ser el manejo de las relaciones exteriores del país un asunto exclusivo del ejecutivo; y otro de carácter interno -la ley aprobatoria del tratado- respecto del cual, éste sí, puede realizar su examen a la luz de las normas y principios constitucionales. Esta tesis no tuvo mayor acogida ni fue reiterada posteriormente, y con la promulgación de la Constitución de 1991, y con ésta, la creación de la Corte Constitucional quien asumió dicha función de guardiana del texto Superior, la posición siguió siendo de declararse inhibida, salvo por vicios en su formación, tal y como lo señalamos al inicio.

Para finalizar este tipo de acto político, hemos de reiterar una observación similar a la que se hizo respecto de la objeción presidencial a los proyectos de ley, en el sentido de que, insistimos, si una decisión del Presidente de la República, actuando como Jefe de Estado en representación del Estado colombiano, llega a adolecer de algún vicio, o con ella se ocasiona un perjuicio grave contra el Estado o contra los intereses de la nación, consideramos que nada impediría que un acto así, por más que se trate de un asunto del resorte exclusivo del ejecutivo (manejo de las relaciones exteriores), pueda ser revisado, controlado y eventualmente anulado por el juez, al menos bajo un examen de constitucionalidad.

1.2.4. Actos que decretan “Estados de Excepción”.

Los denominados “Estados de Excepción”, como facultad en cabeza del Ejecutivo para conjurar situaciones que atentan “[...] contra la soberanía nacional, la seguridad del Estado, la

integridad de las instituciones [...]” (Ortegón, 2010, p. 3), o para afrontar calamidades de orden económico, social o ecológico, se encuentran consagrados en la Constitución Política en sus artículos 212 (estado de guerra exterior), 213 (conmoción interior), 214 (condiciones, requisitos y efectos del trámite y declaratoria de aquéllos) y 215 (estado de emergencia económica y social); y su reglamentación se efectuó a través de la Ley Estatutaria 137 de 1994.

Jurisprudencialmente, es única y exclusivamente la Corte Constitucional, por mandato Superior expreso contenido en el numeral 6° del artículo 214 y el párrafo de su artículo 215, quien puede y debe revisar la constitucionalidad de dichos actos, y en ese sentido, ha reiterado que tal examen no sólo se lleva a cabo sobre los elementos reglados o condiciones formales del acto en cuestión, sino que también se extiende a su contenido material, verificando incluso la veracidad o exactitud de las razones que se aducen para la declaratoria respectiva. Al respecto, la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre estos actos en múltiples oportunidades, destacándose entre ellas, las sentencias C-004 y C-556 de 1992, C-031 de 1993, C-300 de 1994, C-466 de 1995, C-027 de 1996, C-122 de 1997, C-122 y C-216 de 1999, C-802 de 2002 y C-063 de 2003, en donde, se repite, la Corte, al examinar las respectivas declaratorias de estos estados “exceptivos”, reitera que su examen de constitucionalidad se extiende tanto a los aspectos puramente formales como a aquellos sustanciales o materiales.

1.2.5. Acto que concede la extradición.

La facultad para solicitar, conceder u ofrecer la extradición se encuentra establecida en el artículo 35 de la Constitución Política, el cual fue modificado por el Acto Legislativo 01 de 1997, así como en el artículo 18 de la Ley 599 de 2000, por la cual se expidió el Código Penal que se encuentra vigente a la fecha.

Igualmente, lo concerniente a su trámite y, en especial, la naturaleza discrecional de la decisión del gobierno nacional al respecto, se encuentra consagrada en los artículos 491 a 494 y 501 a 503 de la Ley 906 de 2004, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Penal vigente en la actualidad, y que implementó en nuestro país el denominado “sistema acusatorio”.

Ahora bien, frente al acto que concede o niega la solicitud de extradición, la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional ha señalado que sólo es demandable respecto de sus elementos reglados, mas no por su elemento político o de conveniencia, en razón a su carácter estrictamente discrecional y de liberalidad del gobierno en la toma de dicha decisión. Al respecto, encontramos las sentencias del Consejo de Estado de su Sección Primera del 28 de noviembre de 1975, en el expediente 304, C.P. Dr. Alfonso Arango Henao; y de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de fecha 17 de julio de 2001 en el expediente 2001-0904-01 (AC), con ponencia del Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; y de la Corte Constitucional, la Sentencia C-243 de 2009.

1.2.6. Moción de censura y moción de observaciones.

Para finalizar la ubicación jurídica específica de los actos políticos o de gobierno en nuestro ordenamiento jurídico, tenemos la figura de la moción de censura y una variante que se presenta a nivel territorial, cual es, la moción de observaciones.

Respecto de la moción de censura en cabeza del Congreso de la República, podemos señalar que ésta se encuentra consagrada de manera expresa en el artículo 135 de la Constitución Política, en sus numerales 8 y 9; y desarrollada por la Ley 5ª de 1992, en sus artículos 29 a 32; al facultar a dicha Corporación, en cada una de sus cámaras, para citar, requerir, hacer comparecer y proponer moción de censura a los ministros, superintendentes y directores de departamentos administrativos por asuntos relacionados con las funciones propias de sus cargos y/o por la

desatención a los requerimientos y citaciones que se les haga. Esta facultad proviene directamente -y es ejercicio práctico- de la función de control político que el referido Congreso de la República debe ejercer sobre el gobierno y la administración, de conformidad con lo consagrado en el artículo 114 Superior.

En el ámbito jurisprudencial, el Consejo de Estado, en sentencia de su Sección Quinta adiada el 18 de julio de 2013, dentro del expediente 2012-01514-01, con ponencia del Dr. Alberto Yepes Barreiro, hizo un análisis de esta figura y su posibilidad de control judicial, limitándola o admitiéndola únicamente sobre sus elementos reglados, mas no por el componente discrecional o eminentemente político, situación que encontramos como discutible, según desarrollaremos en lo largo del presente trabajo.

De otra parte, en cuanto a la moción de censura y la moción observaciones que se lleva a cabo en el nivel territorial por parte de las asambleas departamentales y los concejos municipales para citar, requerir, hacer comparecer y proponer dichas mociones contra los secretarios del despacho de la respectiva autoridad territorial, tenemos que se trata igualmente del ejercicio de sus funciones de control político de la administración que se encuentran establecidas en los artículos 299 (para las asambleas departamentales) y 312 (para los concejos municipales) de la Constitución Política.

Asimismo, tal facultad está prevista, de manera expresa, para las asambleas departamentales, en el artículo 300 Superior, numerales 13 y 14; y para los concejos municipales, en el artículo 313 ibídem, numerales 11 y 12; así como en la Ley 136 de 1994, artículos 38 y 39.

Jurisprudencialmente, esta figura de la moción de observaciones fue estudiada por la Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad número 405 de 1998, en donde hizo un marco comparativo y diferencial con la moción de censura que ejerce el Congreso de la República, y a este efecto, siendo el objeto de la respectiva demanda de constitucionalidad que

dio origen al fallo en comento, declaró la exequibilidad condicionada del aparte normativo acusado (art. 38 de la Ley 136/94), en el entendido de que, si bien es cierto se trata del ejercicio de esa función de control político que le es inherente a estas corporaciones frente a la administración, ello no resulta aplicable de manera particular frente a los contralores y personeros municipales, toda vez que éstos no son propiamente funcionarios o subordinados de la autoridad administrativa territorial respectiva (gobernador o alcalde).

* * *

El anterior desarrollo corresponde a lo que jurisprudencialmente se han entendido como actos típicos políticos o de gobierno, es decir, es el “catálogo” o caracterización que nuestras cortes han establecido de lo que, según nuestro ordenamiento jurídico, constituyen esta clase de actos dentro de la actividad del Estado.

De conformidad con lo anterior, de las seis grandes clases de actos políticos que nuestra jurisprudencia ha logrado establecer, y que acabamos de relacionar, tenemos que solamente uno de ellos -el atinente a la declaratoria de los estados de excepción- es pasible de ser revisado y controlado de manera integral, esto es, por aspectos formales y materiales; en tanto que de los otros cinco, tres²⁹ sólo pueden ser controlados por sus elementos reglados o por aspectos puramente formales, y los restantes dos³⁰ ni siquiera admiten la posibilidad de ser controlados judicialmente, por ningún motivo, al entenderlos como simples actos de trámite, como meras etapas en la formación de las leyes.

²⁹ Los actos relativos al manejo de las relaciones internacionales del Estado, los que conceden la extradición y la moción de censura y/o de observaciones.

³⁰ La convocatoria del Presidente de la República al Congreso para sesiones extras y las sanciones y objeciones presidenciales a los proyectos de ley.

Con este panorama, la cuestión a plantearse es cómo lograr revertir esa situación, cómo permitir que aquellos actos que actualmente se encuentran excluidos de control judicial o sobre los cuales solamente se permite debatir sus elementos reglados, y que en últimas no hacen más que otorgar a quien los expide un ámbito de inmunidad, de actuación exenta de límite y control respecto de su elemento de contenido político decisional -que es, precisamente, el que podría fácilmente desviarse o verse afectado por alguna circunstancia que atente contra los principios de la función pública y de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho-, puedan ser revisados por el juez respecto precisamente de ese elemento discrecional o de contenido político.

Así pues, y teniendo en claro cuáles son los actos que hoy en día escapan de control judicial, sean totalmente o sean en su elemento discrecional o político, el aspecto que sigue es desentrañar el fundamento de orden iusfilosófico-político bajo el cual sea posible argumentar, sustentar, defender y materializar la posición del control integral a estos actos de contenido político, y más aún, a todo el ejercicio del poder público, a toda la actividad del Estado, aspecto que, entonces, abordaremos a continuación, en el capítulo siguiente.

Capítulo 2:

El control judicial al poder público y a la administración. Fundamentos teóricos

Como segundo gran aspecto a desarrollar en el curso de la presente investigación, necesario en aras de lograr los objetivos propuestos y dar respuesta al problema de investigación formulado, tenemos la estructuración del basamento o fundamento de orden filosófico-político con el cual, al descenderlo a la realidad jurídica colombiana -que constituye el tercer y último capítulo de este trabajo-, podamos verificar y sustentar adecuadamente la hipótesis que desde un inicio se estableció al respecto, cual es, que de conformidad con ese sustrato, y teniendo en cuenta los principios de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, no es posible defender la tesis de la intangibilidad o inmunidad de los actos políticos o de gobierno respecto de su componente discrecional o de contenido decisorio político, y por el contrario, se torna en una exigencia la posibilidad de revisar y controlar, de manera integral, no solamente dicha clase de actos administrativos, sino en general, toda la actividad del Estado.

A tales efectos, resulta esencial descomponer el problema investigativo en sus principales elementos, para a partir de allí efectuar una labor descriptiva respecto de cada uno de ellos, que nos permita establecer los aspectos más importantes abordados por la doctrina. En ese orden de ideas, lo primero que hemos de realizar en este punto es la descomposición misma del problema investigativo en sus principales elementos de orden conceptual, lo cual podemos sintetizar de la siguiente manera:

La cuestión principal del presente trabajo radica en el control al ejercicio del poder público, control que se ejerce por vía judicial. De este modo, siguiendo esa línea de desfragmentación, tenemos como elementos básicos estructurales de la problemática investigativa, los siguientes:

Por un lado, respecto del poder público y su ejercicio, hemos de revisar la cláusula y principio de “Estado de Derecho” en dos de sus principales dimensiones: como reformulación de la vieja noción de “soberanía” del Estado, en cuanto concepto absoluto e ilimitado; y como sometimiento del ejercicio de dicho poder al derecho, en lo que constituye una manifestación del principio de legalidad.

De otra parte, frente al control al ejercicio del poder público, y consonante con esa cláusula y principio de “Estado de Derecho”, hemos de realizar una mirada desde dos perspectivas diferentes³¹ a la forma en que, bajo dicha fórmula, opera el control y límite al poder: de una parte, el principio de separación de poderes, que tomó forma y fuerza en las tesis de Montesquieu y que fue reivindicado en la revolución francesa; y de otra, el sistema de “frenos y contrapesos” norteamericano, incorporado en el movimiento independentista y en la posterior expedición de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, y desarrollado luego en varios trabajos de El Federalista (Hamilton, Madison y Jay, s.f.).

Luego de lo anterior, y dando continuidad a la reconstrucción de la temática desagregada, pasaremos al estado de cosas respecto del control judicial a la administración, o como se refiere por parte de la doctrina especializada, a la “interdicción a la arbitrariedad de la administración”, control que se ejerce por parte de una de las ramas o funciones del poder público (judicial) sobre otra (ejecutiva).

Sin embargo, se estima pertinente que antes de dar inicio formal a la temática propuesta abordemos, a modo de excursus y de manera muy puntual, concreta y focalizada, un aspecto que será de gran utilidad para la mejor comprensión de toda la exposición a adelantar y del objetivo

³¹ Aun cuando no excluyentes sino, como lo veremos, complementarias la una a la otra y que, así armonizadas en la práctica, permiten potenciar las virtudes y beneficios de la referida cláusula y supraprincipio de “Estado de Derecho”.

propuesto, cual es, un análisis del poder público (político-jurídico) desde algunas de las más relevantes corrientes o perspectivas -o que se han considerado como las más pertinentes y útiles para la investigación-, y los diferentes enfoques respecto de sus estructuras o relaciones entre las personas y las instituciones: sintetizaremos entonces, las posturas que nos brindan las tesis materialista histórico-dialéctica³², sociológica, sistémica-funcional, neo-contractualista y desde la óptica foucaultiana³³.

Así pues, procederemos de inmediato a desarrollar cada uno de los temas propuestos, de la forma como sigue:

2.1. *Excursus* sobre el poder público: una breve mirada desde diferentes perspectivas

Como lo señalamos hace un instante, se ha considerado útil y pertinente salirnos un poco del cauce en que se está presentando este trabajo a efectos de adentrarnos, de manera breve y concisa, en la problemática del poder que es el gran tema que subyace y atraviesa toda la investigación adelantada, problemática -o análisis, mejor- que no será abordado de manera general, es decir, no es la intención tratar de acotar todo lo que el término “poder” implica, de la manera como, por ejemplo, Foucault lo entiende y desarrolla perfectamente (2000, pp. 143-174;

³² Evitaremos etiquetar esta corriente del pensamiento como “marxista” por ser no sólo, en algunos escenarios, peyorativa y polarizadora, sino por que adolece de un grave simplismo, cual es, creer que el materialismo histórico o dialéctico es obra exclusiva de Marx, siendo que en su construcción fueron determinantes muchos otros pensadores y, en todo caso, quizá el menos marxista fue precisamente Marx (Leonhard, 2008; Stedman, 2018). Con la denominación que acá adoptamos, se “desideologiza” en consecuencia esta importantísima corriente del pensamiento, cuyas matrices de análisis resultarán siempre muy valiosas en todo momento y lugar, y se resalta el énfasis y esencia que la caracteriza: una dialéctica material (en oposición a la idealista) a través de los fenómenos históricos.

³³ Siendo este enfoque uno de los más interesantes pues, como sabemos, Foucault fue una de las personas que estudió con mayor profundidad el fenómeno del poder y sus estructuras y relaciones en todos los ámbitos del ser humano: en su esfera interna, en aspectos como la religión, la sexualidad, la formación moral y hasta el psicoanálisis; así como en su esfera externa, en su interacción y/o como “sujeto” de instituciones tales como la familia, la sociedad, la iglesia, el derecho y, por supuesto, el Estado.

2014), esto es, como toda manifestación -visible, invisible y/o invisibilizada³⁴- de aquellos “...mecanismos capaces de inducir comportamientos o discursos (...) [como aquellas] relaciones complejas [que] involucran un conjunto de técnicas racionales que deben su eficacia a una integración sutil de tecnologías de coerción y tecnologías de sí” (2014, pp. 306, 309), relaciones de verdad/poder y de saber/poder (pp. 73-74) en donde caen además “(...) todas las coacciones extrajurídicas que pesan sobre los individuos y atraviesan el cuerpo social” (pp. 40-42).

En absoluto. Y no se pretende tal labor, entre otras cosas, porque ello escapa lógicamente al propósito y los límites que a esta investigación se han trazado. La idea es, más bien, focalizar este análisis al fundamento de aquellas estructuras o relaciones de poder que, desde la autoridad política y/o “estatizada”, se imponen al individuo y a la sociedad, circunscrito tal examen a tres aspectos que resultan pertinentes a nuestra labor: respecto al origen de tal poder así entendido³⁵, su manifestación y efectos (riesgos), y la necesidad de su limitación o control.

Teniendo en cuenta la anterior precisión-delimitación, veamos entonces qué nos aportan aquellas perspectivas o matrices de análisis que hemos considerado útiles y pertinentes para nutrir el presente trabajo y llevar a cabo la estructuración y formulación de nuestra postura final.

2.1.1. Perspectiva del materialismo dialéctico-histórico.

Como bien es conocida la conceptualización que esta corriente filosófica hace de la sociedad y de todo el devenir histórico de la humanidad, su enfoque radica en tratar de demostrar cómo las tensiones o fuerzas materiales que constantemente están en choque (dialéctica materialista) hacen

³⁴ En el mismo sentido Santos (1998, pp. 148-149, 152), al señalar que todas las formas de poder “no estatales” se encuentran “(...) diluidas en el concepto de relaciones privadas y de competencia entre intereses particulares”; esta es la situación o condición a la que Foucault califica como “invisibilizadora” del poder (2000, pp. 168-170; 2012, pp. 42, 163-165; 2014, pp. 285, 308-309) o de hacer invisible lo visible (2014, p. 325), con lo cual se “normaliza”. En la misma línea Luhmann (1995), quien hace referencia a esa “normalización” del poder por medio de lo que denomina “sustitutos de poder” (pp. 15-17).

³⁵ Reiteramos, de las estructuras de poder político y/o estatal y sus relaciones con la sociedad y las personas.

que la humanidad vaya discurriendo de un estadio o etapa histórica a otra (Cerón, 2014; Engels, 2002 y Nikitin, s.f.).

Así, esta corriente del pensamiento concibe a toda sociedad como un complejo entramado de relaciones, las que dan origen no sólo a las instituciones y las formas de organización, sino que además legitiman el poder y el uso de la fuerza, relaciones que se organizan en dos fases o niveles: una “estructura”, que es la que da fundamento, que es el cimiento y base de lo que se construye a partir de ella y que se denomina “superestructura”.

Pues bien, señala el materialismo histórico-dialéctico, y es éste el gran aporte que hizo al pensamiento, que la base de toda sociedad, a lo largo de la historia, es la economía: la estructura de toda organización social, política y jurídica es la economía, son las relaciones económicas, concretamente, la referida a los modos de producción; y la superestructura estaría conformada por dos ámbitos o esferas que se traslapan: la ideológica y la jurídico-política, y que no son sino la proyección de la propia estructura económica³⁶.

Teniendo en cuenta lo anterior, el poder económico -entendiendo éste como la apropiación o detentación de la propiedad de los modos de producción-, como estructura de la sociedad, determina el poder político del Estado, y éste a su turno constituye el origen y fundamento del derecho, como instrumento de clase, que implica además la coerción y uso de la fuerza o violencia organizada del aparato estatal.

Vemos de este modo cómo el poder político y el derecho “(...) tienen su origen y fundamento en los fenómenos económicos de producción” (Cerón, 2014, p. 159); de tal suerte que ese poder político, así entendido, se erige como una forma de “violencia organizada de una clase para la opresión de otra” (Engels y Marx, 2011, p. 58); y el derecho, dentro de esta teoría, resulta ser una

³⁶ Al respecto, cfr., Cerón (2014, pp. 159-168), Engels (2014, p. 71), Engels y Marx (2011, pp. 29-46) y Nikitin (s.f., pp. 1-8).

creación de la clase dominante “para instituirse como medio legitimador de su poder económico, y constituirse como factor instrumental para la culminación de un propósito esencial: la perpetuación de su dominación, no sólo económica, sino política, ideológica y social (...)” (Cerón, 2014, p. 171).

De este modo, para esta corriente del pensamiento resulta incuestionable que todo el tema del poder, incluido el político y jurídico, puede reducirse a relaciones de clase, a conflictos económicos (materialistas), a luchas de clases antagónicas y, por consiguiente, si seguimos esa dinámica del poder que plantea el materialismo dialéctico-histórico, encontramos la necesidad imperiosa de poner límites al ejercicio de dicho poder, toda vez que, como instrumento de clase, se convierte en herramienta para la opresión de una clase a manos de otra, incluyendo el uso de la coerción o de la violencia organizada del Estado.

Así las cosas, si tenemos en cuenta la matriz de análisis que nos ofrece el materialismo dialéctico-histórico, podemos evidenciar cómo, por la naturaleza, origen y efectos del poder político que plantea esta corriente, resulta necesario contar con un mecanismo que permita ejercer un control a su ejercicio, a efectos de evitar que, sin importar el modelo económico o político, o el estadio de la sociedad en concreto, se convierta en un instrumento de dominación, de explotación, de opresión o de violencia de clase, pero entendiendo “clase” no en los términos en que esta corriente del pensamiento lo entiende, sino de manera más sustancial: con referencia a una dinámica “gobernantes-gobernados” o “administración-administrados”, que es lo que interesa y resulta útil a esta investigación.

2.1.2. Perspectiva sociológica con Boaventura de Sousa Santos.

Desde una óptica de corte sociológico, enmarcada dentro de un paradigma emancipatorio diseñado para sociedades etiquetadas como emergentes y de periferia o semi-periferia³⁷, como es el modelo que plantea y desarrolla Santos (1998), el poder en general, es decir, aquellas estructuras o relaciones de autoridad o de sujeción que se presentan en la interrelación o desenvolvimiento de la sociedad, se materializan o evidencian en cuatro escenarios o, como lo señala este autor, existen “cuatro modos básicos de producción del poder que se articulan de maneras específicas” (p. 149), que a su turno, generan cuatro formas básicas de poder “(...) que, aunque interrelacionadas, son estructuralmente autónomas” (p. 149), escenarios o modos básicos de producción de poder que son: el espacio doméstico³⁸, el espacio de la producción³⁹, el espacio de la ciudadanía⁴⁰ y el espacio mundial⁴¹ (p. 150).

De estos cuatro modos de producción de poder, vamos a tomar solamente el tercero, el del “espacio de la ciudadanía”, pues es aquel que interesa a esta investigación: aquellas relaciones de poder “estatizadas”, entre gobernantes y gobernados o, como lo refiere Santos, “relaciones sociales de la esfera pública entre los ciudadanos y el Estado” (1998, p. 151).

Esta clase de poder que se crea o genera a partir del “espacio de la ciudadanía”, y que Santos califica como “dominación” (1998, pp. 150-151), es el poder político-jurídico y tiene como lugar específico de ejercicio el Estado mismo. Su manifestación en forma de derecho es el “derecho

³⁷ Como es el caso de toda Latinoamérica, incluido nuestro país.

³⁸ Cuya forma institucional es la familia, el matrimonio y el parentesco; y el mecanismo o forma de poder es el patriarcado.

³⁹ Que tiene como forma institucional la empresa y como mecanismo o forma de poder la explotación.

⁴⁰ Su forma institucional por excelencia es el Estado, y su mecanismo o forma de poder es la dominación.

⁴¹ Cuya forma institucional no está muy bien definida, pero que el autor plantea como tal los acuerdos, contratos, convenios y demás formas de adquisición de compromisos entre Estados, así como su interacción con organismos de carácter internacional, pudiendo sumarse, hoy en día, aquellos organismos que se han creado a partir de los diversos instrumentos internacionales tanto en materia de Derechos Humanos como en materia de integración regional y de cooperación comercial.

territorial” (pp. 151-152), es decir, el derecho de producción estatal, como objeto de estudio de la dogmática jurídica.

Ahora bien, acá es donde se presentan dos particularidades que generan unos quiebres en el funcionamiento del sistema no sólo Estatal sino de toda la sociedad, y que resulta ser de los aportes más interesantes de la teoría que desarrolla Boaventura de Sousa Santos:

En primer lugar, este escenario o modo de producción de poder que denomina “espacio de la ciudadanía” se caracteriza por una dicotomía que va a ser el germen de un primer gran choque, y es el siguiente: si bien la forma institucional de este espacio estructural es el Estado, su unidad de práctica social es el individuo, lo que genera un contraste casi que irreconciliable entre ambas unidades o fuerzas que, naturalmente, han de contraponerse dados sus intereses igualmente contradictorios⁴²; choque o tensión que se ve desproporcionado y desigual por el instrumento con que cuenta el Estado para someter al individuo, que es el derecho y la coacción por medio del uso de la violencia legalizada, de ahí que la manifestación del poder que surge de este escenario es en forma de “dominación”; dominación -o sujeción- que tiene como objetivo que el individuo acepte tal manifestación, interiorice su legitimidad, consienta en su imposición e, incluso, defienda su ejercicio autoritario⁴³.

Pero en segundo lugar, y para tornar aún más drásticas las cosas, está el hecho de que, según Santos, cada uno de esos espacios estructurales se caracteriza por una gran heterogeneidad interna, que conlleva a que sus respectivos mecanismos de poder se ejerzan de modo combinado, particularmente, el del Estado frente a los demás espacios estructurales, distorsionándose a sí

⁴² Señala Santos (1998), parafraseando a Kant y su obra *Proyecto de paz perpetua*, que “como hoy lo reconoce comúnmente la teoría política, el interés general no puede coincidir, casi por definición, con el interés de todos” (p. 289).

⁴³ Es lo que el autor denomina, dentro de su cuadro analítico de estas estructuras de poder, como la “maximización de la lealtad” como modo de “racionalidad” de este poder (Santos, 1998, pp. 150-151). Este fenómeno corresponde a lo que Foucault (2000, 2012, 2014) denomina “normalización” y Luhmann (1995) como “sustitutos de poder”.

mismo, lo que hace que, en la práctica, se presenten problemas graves que atentan contra los intereses de la sociedad civil y del Estado, como por ejemplo, el nepotismo, el clientelismo y la corrupción (1998, p. 156). Pero este fenómeno de combinación y consecuente afectación negativa se presenta en doble vía: es así que, por tal situación, la “dominación” -como mecanismo de poder del Estado dentro del espacio estructural de la ciudadanía- permea e influye las otras formas de poder en los demás espacios estructurales, alterando y afectando gravemente esas otras relaciones sociales, imprimiéndoles un carácter igualmente autoritario y excluyente.

Si a todo lo anterior sumamos el hecho de que los “factores de centralidad en los Estados semiperiféricos”, como lo llama Santos (1998, pp. 156-157)⁴⁴, son a su turno “factores de su ineficacia” (p. 156), entre otras cosas, por la misma heterogeneidad interna de los diferentes espacios estructurales, vemos entonces que, tarde o temprano, se empiezan a crear espacios de ruptura⁴⁵ que terminan por subvertir o transformar la actuación del Estado, bloqueando su ejercicio e impidiendo su materialización. Es la gran paradoja de este tipo de sociedades actuales bajo el paradigma dominante: cuanto más quiere el Estado hacer presencia en la sociedad y controlar todo lo que sucede en ella, más ineficaz se torna.

Es de ese modo como, en todos los sistemas “democráticos” actuales de corte liberal⁴⁶, se hace presente lo que Santos denomina el “potencial autoritario” (1998, p. 451): todos, en mayor o menor medida, lo incuban, lo reproducen, lo latentizan y lo manifiestan de manera vedada o

⁴⁴ Y que hace referencia al mal hábito de la administración en este tipo de Estados de querer canalizar por una sola vía la satisfacción de los diversos requerimientos de la sociedad, es la casi nula flexibilidad de este tipo de Estados y sus ansias de querer dominarlo todo desde un eje, imposibilitando que se presenten las racionalidades locales (que llama “mini-racionalidades”) que son las que permite la “democratización” de los fenómenos, las problemáticas y sus soluciones; y en últimas, de los espacios estructurales y sus mecanismos de poder. Como señala el autor: “[cuanto] más global sea el problema, más locales y más múltiplemente locales deben ser las soluciones” (Santos, 1998, p. 131).

⁴⁵ Que Santos plantea como “autonomías relativas” al interior de los núcleos de los espacios estructurales de la sociedad (1998, p. 156).

⁴⁶ “Paradigmas dominantes”, como los denomina Santos (1998, p. 451).

solapada bajo formas más sutiles: para Santos, “[h]oy ese autoritarismo se reproduce bajo nuevas formas menos visibles y por eso tal vez más peligrosas y difíciles de erradicar” (p. 451), manifestándose en violaciones sistemáticas no sólo de los derechos y garantías individuales o de las personas, sino de los derechos sociales y colectivos, tales como el de participación política, el de ejercicio del control del poder público y los derechos al medio ambiente sano y la protección de los recursos y riquezas naturales.

Para lograr superar este estadio problemático, autoritario, excluyente y violatorio de los derechos de las personas y de la colectividad, Santos propone como eje central de su tesis la autoridad compartida, esto es, plantea que la cuestión radica en lograr “construir formas de compartir la autoridad” (1998, p. 453) en cada uno de los cuatro espacios estructurales⁴⁷. Esto se logra, según la tesis de Santos, por medio de una “democracia participativa”, que contrario a la teoría liberal clásica de la democracia y la sociedad, que se basa en una relación vertical entre Estado-ciudadano, se debe construir la sociedad es a partir de unas relaciones horizontales ciudadano-ciudadano: de esta manera, señala Santos, se logra sortear la antinomia entre ciudadanos -libres y autónomos- y el Estado, pues la sociedad civil (principio de ciudadanía) regula la tensión que surge de la relación ciudadano-Estado, permitiendo, al compartirse la autoridad, que los ciudadanos controlen y limiten el poder del Estado.

Es a partir de tal control y límites que la ciudadanía -la sociedad civil- ejerce sobre el poder del Estado, que resulta posible transformar el paradigma; y es la lucha por controlar y limitar las diferentes formas en que se manifiesta el poder dentro de la compleja estructura de relaciones sociales, entre ellas las del espacio de la ciudadanía que es donde aparece la figura omnipotente

⁴⁷ Señala Santos, al definir “politización” como herramienta para lograr ese cambio paradigmático de la sociedad: “[se trata de] identificar relaciones de poder e imaginar formas prácticas de transformarlas en relaciones de autoridad compartida” (1998, p. 332).

del Estado, la manera en que tal cambio o transformación del paradigma dominante resulta posible para sociedades emergentes y semi-periféricas.

Así pues, vemos en este punto la necesidad e importancia de establecer, proteger y alentar el ejercicio de ese control al poder público, al poder del Estado: es a través de dicho mecanismo que resulta posible cambiar de paradigma, es la única manera de discurrir o dar el salto de una sociedad autoritaria, llena de desigualdades y con los innumerables y graves vicios que caracterizan a todas las democracias de corte tradicional liberal -y que se evidencia de manera más dramática y profunda en las sociedades emergentes y periféricas como las latinoamericanas- a una sociedad y a un Estado más igualitarios, discursivos y participativos, en donde la autoridad como ejercicio compartido y consensuado permita y garantice que las diferentes formas de poder, principiando por el público o estatizado, estén al servicio de todos, no de unos pocos, y siempre sujetos al escrutinio, control y límites cada que se desvíen de sus propósitos, que desconozcan esos postulados deliberativos y consensuales, o que alteren u omitan la participación activa de todos los grupos a quienes llegue a afectar su ejercicio, que ha de ser siempre compartido.

2.1.3. Perspectiva sistémica-funcional luhmanniana.

Como es bien conocido, Luhmann se erigió como un referente y uno de los más grandes sociólogos no sólo de nuestra época sino de toda la historia. Su amplio y muy elaborado trabajo de análisis de la sociedad y de sus sistemas -y subsistemas- permitió comprender de otra manera, y con mayor profundidad y rigor, la forma en que funciona la sociedad, que por medio de la comunicación, va construyendo diferentes niveles de estructuras que terminan configurando el entramado complejo que describe, todo ello a través de su innovador enfoque funcional-

estructuralista⁴⁸ y de la mano con elementos semánticos⁴⁹ -de notable importancia, que le permitieron ensamblar a la perfección y dar coherencia a toda su labor de análisis social- que retomó de otros ámbitos⁵⁰ y que acondicionó de manera única para hacerlos cumplir una función determinada dentro de su andamiaje teórico, tales como *autopoiesis*, *clausura operativa*, *acoplamiento estructural*, *irritación*, *códigos binarios*, entre otros más⁵¹.

Pero quizá lo más novedoso y radical de su teoría se encuentra en la forma misma de observar y analizar a la sociedad y sus sistemas, no como una especie de “cuerpo” o “cosa” cognoscible que puede ser observada desde fuera, sino que sólo puede ser estudiada desde dentro⁵², y ya que, en su concepto, el entorno no puede interferir directamente en el sistema mismo, así pues, toma al ser humano no como parte del “sistema (social)” sino como parte de ese “entorno” (Arriaga, 2003, p. 292; Luhmann, 2006, pp. 21-54; Torres, 1999, p. 11), lo que lleva a que el análisis se hace, en términos luhmannianos, en observaciones de diferentes niveles, como un observador que observa al observador de un determinado sistema y que, además, puede ser igualmente

⁴⁸ Contrario al enfoque que hasta entonces había tenido la sociología y el estudio en general de la sociedad, con Parsons a la cabeza, de corte estructural-funcionalista, y que de manera sencilla puede ser resumido en que es la función la que antecede -y determina- a las estructuras y no lo contrario (Rodríguez, 2005, en Luhmann, 1995, pp. XII-XIII); así, el “giro copernicano” de Luhmann, o su “revolución kantiana”, consiste en su hipótesis novedosa desde todo punto de vista: “[esta] nueva hipótesis consiste en suponer que no se rige el conocimiento por los objetos, sino al revés, los objetos por el conocimiento” (Torres, 1999, pp. 9-10).

⁴⁹ Aquí usamos el término *semántica* en la forma y con los alcances que plantea la teoría luhmanniana: como aquel instrumento que permite fijar el sentido de las palabras, conceptos y afirmaciones de verdad, con el fin de servir a dos funciones esenciales: como condensación -para garantizar que ese sentido fijado semánticamente puede ser reconocido en contextos diferentes- y como confirmación -lo que permite, en efecto, poder utilizar ese sentido fijado semánticamente en contextos diferentes- (Luhmann, 2003, p. 87).

⁵⁰ Resulta importante acotar que comoquiera que el propósito de Luhmann era construir una “superteoría” (Rodríguez, 2005, en Luhmann, 1995, p. VIII) o una “metateoría” (Torres, 1999, p. 18) con pretensión de universalidad, a tal efecto echó mano de conceptos y de principios de variado origen, tanto de las ciencias exactas o naturales como de las sociales o humanas, por ejemplo, de la cibernética, la física, la biología, la evolución, la matemática, la lingüística, la lógica formal, el derecho, la teología, etc. (Luhmann, 2006, p. 40; Rodríguez, 2005, en Luhmann, 1995, p. VIII). Su éxito y, de allí, la gran admiración que produjo su fértil producción intelectual, radica en, precisamente, haber logrado conjugar y armonizar tantos y tan disímiles aspectos y conceptos de una manera tan coherente, estructurada y, sobre todo, funcional.

⁵¹ Para abordar de manera más asequible éstos y otros conceptos básicos de la teoría de Luhmann, cfr. Arriaga (2003) y Torres (1999).

⁵² Es, en esencia, autodescriptiva, “autológica” (Luhmann, 2006, pp. 5, 38, 697-708): “un objeto que se describe a sí mismo” (Arriaga, 2003, p. 287).

observado, y así sucesivamente (Luhmann, 2006, pp. 695, 882, 885, 889-890, 904; Rodríguez, 2005, en Luhmann, 1995, p. IX).

A partir de su particular y sumamente interesante forma de análisis de los sistemas sociales, Luhmann supera el paradigma de la sociología y la filosofía en torno a la elaboración de teorías de la sociedad respecto del elemento “acción” -teorías de la acción- para dar paso a la formulación de su teoría social basada en la comunicación -teoría de la comunicación- (Rodríguez, 2005, en Luhmann, 1995, p. XVIII), lo que lo hizo célebre por sus confrontaciones académicas y teóricas no sólo con la tradición sociológica -de Weber, Parsons e incluso Durkheim de quien sigue gran parte de sus conceptos- sino con corrientes importantes del pensamiento -el materialismo histórico, el contractualismo, el liberalismo político- así como con notables pensadores de la talla de Foucault o Habermas.

Ahora bien, dada la extensión, profundidad y complejidad de los trabajos y análisis efectuados por Luhmann a lo largo de su vida, resulta absolutamente imposible tratar de condensar todo su pensamiento en este excursu, sin embargo, y para los propósitos de nuestra investigación⁵³, vamos a efectuar un muy breve y concreto esbozo de lo que, dentro del intrincado universo de la “teoría de la teoría de la sociedad” luhmanniana (Torres, 1999, p. 18), constituye o se refiere al poder, específicamente, el poder público, político, estatizado⁵⁴.

⁵³ Tal y como lo advertimos antes de iniciar este excursu, esto es, para tener una idea más clara del fenómeno del poder (catalóguese éste como dispositivo, mecanismo, medio de comunicación o como se quiera, según la corriente u óptica que se desee utilizar), cómo surge, de qué manera se puede manifestar o hacer presente y, sobre todo, los riesgos por los cuales se hace necesario diseñar opciones de encapsulamiento y de inocuización (límites, controles, desviaciones u oposiciones).

⁵⁴ Para abordar y conocer en detalle no sólo éste sino todos los demás temas y aspectos que componen la vasta y compleja teoría luhmanniana, se recomienda la lectura de la bibliografía que sobre el particular se cita en este trabajo, en especial su obra culmen, donde articula y desarrolla el resultado de todos sus años de trabajo: “*La sociedad de la sociedad*” (Luhmann, 2006). Para los propósitos de este excursu, daremos por conocidas las bases y la semántica que compone la teoría luhmanniana.

Para ser lo más concisos posible, debemos en primer lugar señalar el presupuesto o fundamento del poder dentro de la teoría luhmanniana, lo cual nos pone, de entrada, en el centro del debate de su teoría: la relación sociedad-derecho-política. Veamos:

La sociedad -dice Luhmann- es un sistema social “omniabarcador”, esto es, es aquel que comprende y encierra “a todos los demás sistemas sociales” (Luhmann, 2006, p. 55), lo que claramente incluye al derecho y la política, al ser éstos también sistemas sociales (subsistemas). Asimismo, tenemos claro que, en Luhmann, la sociedad misma es esencialmente pura comunicación (Arriaga, 2003, p. 292; Luhmann, 2006, pp. 48-54, 68; Torres, 1999, p. 12), lo que incluye a todos sus sistemas y subsistemas⁵⁵. En este orden de ideas, el derecho y la política son, también y en esencia, comunicación⁵⁶.

Ahora bien, la comunicación lleva al conflicto (Luhmann, 1995, p. 9)⁵⁷ y éste a su turno crea o aumenta la inseguridad (binomio seguridad/inseguridad), así que, a modo de premisa, tenemos que la sociedad (sistema comunicacional) desequilibra el código seguridad/inseguridad en perjuicio del primero y en aumento del segundo.

Por su parte, el derecho, siendo también comunicación, tiene una finalidad que apunta en una dirección opuesta: contrario a lo que se ha señalado por la doctrina jurídica, la función del derecho -sostiene Luhmann- no es orientar o conducir las conductas de las personas ni sus motivaciones, sino en sentido inverso, busca “estabilizarse, mediante aseguramientos, frente a los hechos” (2003, p. 93), es decir, tiene una función anticipativa: prepararse para un futuro que

⁵⁵ Recordemos que, precisamente, lo innovador de la teoría luhmanniana es considerar a la sociedad (comunicación) el sistema, y a las personas (conciencias) el entorno. Al respecto precisa Arriaga (2003): El entorno está constituido por las conciencias de los hombres (...) El entorno solamente irrita al sistema, el cual “tolera” al entorno en cuanto que sin él no sería lo que es. Es decir, la sociedad se forma por códigos comunicables y no por seres humanos. Los hombres son el entorno del sistema. (p. 292).

⁵⁶ Señala Luhmann: “los sistemas sociales siempre se forman a través de la comunicación” (1995, p. 9).

⁵⁷ De allí que Luhmann sostenga que, en todo caso, “[p]otencialmente, todos los sistemas sociales son conflictos” (1995, p. 9).

resulta incierto (pp. 89-90)⁵⁸. Así, la función principal del derecho sería establecer expectativas socialmente respaldadas y garantizar la protección de tales expectativas⁵⁹, lo que nos lleva al concepto o campo de la “confianza”: como el derecho nos permite saber qué expectativas están respaldadas y protegidas, uno puede “ajustar” o adecuar su conducta (derecho) o, desviarse de esas expectativas (no-derecho)⁶⁰, no obstante, esa posibilidad latente, esa manifestación del código derecho/no-derecho, permite con certeza saber a qué se expone uno si toma determinada decisión, allí es donde surge la confianza: confianza en el derecho⁶¹, y esa confianza que se estructura sirve para equilibrar nuevamente el código social seguridad/inseguridad a favor de la primera en detrimento de la segunda: a mayor confiabilidad en el sistema, menor inseguridad, y viceversa.

La política, a su turno, como sistema totalmente diferente del sistema “derecho”⁶², tiene su potencialidad o posibilidad social en la composición y organización del sistema, de la sociedad, del Estado, y con ello, al acceso al poder público, al poder “estatizado” (Luhmann, 2003, pp. 297-298). La política utiliza como medio el poder (p. 106)⁶³, y éste a su vez, como medio de comunicación, se comunica por el lenguaje⁶⁴. Debido a ello, el lenguaje, como medio de

⁵⁸ Lo que, explica Luhmann, hace consistir el “carácter temporal del derecho” (2003, pp. 89-90).

⁵⁹ Dice Luhmann: “[l]as normas jurídicas constituyen un entramado de expectativas simbólicamente generalizadas” (2003, p. 89).

⁶⁰ Y es por vía de esta posibilidad de desviación que Luhmann demuestra que la función del derecho no es ni puede ser determinar conductas humanas, pues no puede asegurar o garantizar que las personas efectivamente se van a conducir de determinada manera, sino simplemente proteger, servir de garante, de quien sí adecuó su conducta a la expectativa jurídicamente cobijada y socialmente aceptada y que resultó defraudada (2003, p. 93). Para Luhmann, el encauzamiento del comportamiento, así como la solución de conflictos, son “prestaciones” del derecho, no funciones de éste (p. 111).

⁶¹ De allí que resulte necesario poder confiar en el derecho y éste a su turno debe ser fuente de confianza, de tal suerte que cada que ocurra una crisis que afecte la confianza, el sistema mismo debe buscar y encontrar la forma de restaurarla (Luhmann, 2003, p. 91).

⁶² Para profundizar en esta diferenciación, cfr. Luhmann (2003, pp. 295-301).

⁶³ Recordemos que el poder es, para Luhmann, un medio de comunicación “simbólicamente generalizado” (1995, p. 10).

⁶⁴ Como la sociedad “es un sistema cerrado [clausurado operativamente] comunicativamente” (Arriaga, 2003, p. 292), es por antonomasia “autopoietico”, de ahí que Luhmann sostenga que, contrario a lo que se ha entendido, las personas no comunican, dado que éstas (conciencias) hacen parte del entorno, no del sistema y, en consecuencia, “sólo la comunicación puede comunicar” (citado en Arriaga, 2003, pp. 293-294; Luhmann, 2006, pp. 3, 66-88).

comunicación “especialmente simbólico” (1995, p. 10) del poder, desarrolla en éste un entramado muy interesante por dos vías a una misma vez: por un lado, y debido a su naturaleza autopoietica, crea cadenas cada vez más complejas de poder; y de otro, por su característica de ser operativamente cerrado, permite ejercer un control democrático (abierto a todos) sobre el ejercicio de ese poder político (p. 11).

Ahora bien, el poder, como medio de comunicación -simbólicamente generalizado- de la política, se comunica a través de selecciones, de variables, de opciones, en donde juegan un papel esencial la selectividad y los incentivos: lo que para uno constituye un modo de selección, debe a su turno resultar en un incentivo para el otro (Luhmann, 1995, p. 12). Pero, y acá viene una parte muy interesante de la teoría del poder en Luhmann, esas selecciones -que no son otra cosa que la materialización de intereses- son siempre diferentes entre *alter* (detentador de poder) y *ego* (afectado por el poder), dada su posición dentro de la relación de poder, de modo que *alter* presenta a *ego* una variada gama de posibilidades de las cuales *ego* debe seleccionar una o algunas, y esto lleva al siguiente escenario bien importante: de *alter* depende que *ego* disponga de pocas o muchas opciones de selección, por lo que entre ellos se puede empezar a generar una situación de inseguridad, la que se ve superada en la medida que *alter* le proporcione a *ego* una mayor gama de selectividad, esto es, en la ecuación que formula Luhmann, cuanto mayor sea el grado de libertad de selección de que disponga *ego*, mayor será asimismo el poder de *alter* (1995, pp. 11-14).

Radical la conceptualización que hace Luhmann en este aspecto, muy diferente -casi contraria- a la tradición en la materia. De este modo, Luhmann logra diferenciar el poder de la coerción o la violencia: en el poder, existen múltiples elecciones -y cuanto más selectividad, más

poder habrá-, en cambio en la coerción sólo es posible una única elección⁶⁵. Pero que sean conceptos semánticamente diferentes en la teoría luhmanniana, no significa que estén distantes o que estén completamente separados, al contrario, Luhmann es enfático en señalar que la relación entre ambos es de tipo “simbiótico”⁶⁶, a tal punto, que en todo caso *alter* siempre tendrá como opción dentro de las selecciones a presentar a *ego* una “alternativa de evitación”, que básicamente consiste en el uso de la violencia o la coerción física -como una “amenaza”⁶⁷- en caso de que tome una decisión no prevista por *alter*, de tal suerte que el poder dentro de esa relación le asigna a *alter* un “deseo” -de que *ego* haga su selección sin necesidad de recurrir a la alternativa de evitación- y a *ego* un “no-deseo” -de evadir la alternativa de evitación- (Luhmann, 1995, pp. 31-49).

Este carácter binario deseo/no-deseo es el código que guía la comunicación del poder, asignando siempre alternativas de evitación dentro de la selectividad-incentivo, permitiendo neutralizar, y no doblegar, la voluntad de *ego* (Luhmann, 1995, pp. 15-18, 22, 49). Ese código del poder tiene una naturaleza dual, que puede expresarse en los binomios fuerza/debilidad y legal/ilegal, lo que permite duplicar las posibilidades de combinación de diferentes alternativas, generando con ello una mayor demanda de compatibilidad de la fuerza con la legalidad (p. 92).

De otra parte, en la dinámica del poder público -el poder “estatizado”-, aquel que por excelencia es respaldado por el uso de la fuerza, se presenta un problema que Luhmann llama

⁶⁵ Señala Luhmann: “El poder aumenta con la libertad en *ambas* partes y, por ejemplo, en cualquier sociedad determinada, aumenta en proporción con las alternativas que produce” (1995, p. 15). *Itálicas del autor.*

⁶⁶ Para profundizar sobre esta relación entre poder y coerción, cfr. Luhmann (1995, pp. 85-97).

⁶⁷ Es importante en todo caso, y aun cuando puede sonar contradictorio, poner de presente la advertencia que Luhmann hace, en cuanto que el poder se elimina o destruye en el momento en que se realizan las alternativas de evitación (1995, p. 33). De allí la importancia de evitar que *ego* tome esa elección, para lo cual *alter* debe proporcionarle la más amplia gama de opciones (selectividad) y las ventajas de no recurrir a su alternativa evitable (incentivo). En todo caso, y es la naturaleza simbiótica de la relación poder-coerción, la violencia física tiene “una posición excepcional en la formación del poder”, puesto que no es posible sustituirla por ninguna otra alternativa de evitación (p. 92).

“cuello de botella” (1995, p. 96), que consiste en que a medida que se van volviendo más complejos los contextos en que se desenvuelve, se hace cada vez más necesario un control racional del ejercicio de ese poder. Ante esta situación, Luhmann propone la denominada “racionalidad del poder” (p. 114), que consiste en que un incremento de poder debe conllevar un aumento proporcional de reflexión y de limitaciones, de tal suerte que la relación entre poder (posibilidades) y limitaciones (control) se caracteriza por ser una “espiral de aumento”. En este orden de ideas, señala Luhmann, esta “racionalidad del poder” no consiste, como se ha pensado, en la búsqueda de lo bueno, del bienestar general, sino en algo mucho más práctico y concreto: “en el hecho de que más posibilidades [poder] puedan estar sujetas a más limitaciones [control]” (p. 114).

Esta racionalidad del poder luhmanniana nos lleva a un aspecto fundamental para los propósitos de nuestra investigación, y es el atinente a los riesgos⁶⁸ de ese poder público. Luhmann sostiene que, esencialmente, el riesgo del poder público radica en su eventual mal uso: “[t]an pronto como el poder centralizado se hace visible y operacional, surge el problema de los tiranos que usan el poder despóticamente y arbitrariamente” (1995, p. 116). Este es un punto fundamental dentro de toda nuestra investigación y la finalidad que con ella se persigue: la propensión -o posibilidad- de la actuación desviada, arbitraria o ilegítima⁶⁹ de la administración, de los gobernantes, del Estado.

En efecto, Luhmann -muy acertadamente, hay que decirlo- señala que el gobierno estatal, la administración pública, son “una organización del sistema político” y, por ende, ese sistema

⁶⁸ Recordemos que la noción de riesgo en Luhmann es de gran importancia, sobre todo por la manera en que surge: la complejidad del sistema está determinada por la necesidad de diferenciación entre sistema y entorno, lo que conlleva a un problema de selectividad, y dado que la selectividad implica contingencia (de las decisiones frente a las opciones), la contingencia que surge de esa selectividad constituye el “riesgo” (Arriaga, 2003, p. 298). Para comprender mejor la semántica de riesgo en este contexto, cfr. Luhmann (2006, pp. 862-868).

⁶⁹ Y que corresponden, estos tres términos, a los códigos binarios conforme/no-conforme (socialmente), derecho/no-derecho y legal/ilegal, respectivamente.

“realiza política y no derecho”, de allí que pueda suceder -y efectivamente, suele suceder- que ese sistema (gobierno-administración pública) actúe ilegalmente o por fuera del derecho (2003, p. 308). Ante esta situación, resulta evidente lo que venimos insistiendo a lo largo de este trabajo: la necesidad de implementar los controles necesarios que eviten que se pueda presentar esa actuación desviada o irregular de la administración, y Luhmann así lo previó, y para ello, consideró que la manera en que podía materializarse ese control necesario era a través de los postulados normativos de “democracia”, “participación” y “codeterminación”, como formas de “demandas de participación [y conformación por parte de la ciudadanía] en el ejercicio del poder” (Luhmann, 1995, pp. 135-136), con lo cual se coincide en este trabajo y sustenta la hipótesis planteada.

2.1.4. Perspectiva foucaultiana.

Como lo anotábamos hace un momento, Foucault fue quizá el más grande estudioso del poder y de todas sus estructuras y relaciones en todos los niveles y en todas las esferas⁷⁰, de allí que traer a colación sus valiosísimos estudios y aportes en la materia resulta sumamente importante y útil a este trabajo.

Foucault⁷¹, luego de un profundo estudio de la historia⁷² plantea, como crítica o contra-lectura de la visión economicista de poder -la que básicamente se resume en las teorías contractualista y materialista-histórica-, que el poder no es en sí una cosa que pueda ser transferida -como lo plantea el contractualismo- sino un ejercicio, una acción; e igualmente -y a diferencia de la

⁷⁰ A tal punto, que era reconocido como el “filósofo de las estructuras del poder” (Foucault, 2012, pp. 125-137).

⁷¹ Para profundizar en el estudio que hace del poder y sus relaciones y estructuras, cfr. Foucault (2000, 2012, 2014).

⁷² Metodología de estudio y análisis a la que denomina “arqueología” y “genealogía” (Foucault, 2000, pp. 170-172; 2012, pp. 73-74, 136; 2014, p. 259).

interpretación marxista- el poder no se reduce a una relación económica de mantenimiento o reproducción del sistema de producción, sino que es, en esencia, una relación de fuerza (Foucault, 2014, p. 255).

Teniendo en cuenta esta forma de ver y entender el fenómeno del poder y de las relaciones que teje en todo el entramado social, entre las personas y entre éstas y las instituciones y la misma sociedad y el Estado, Foucault establece una doble naturaleza del poder⁷³, o mejor, de estas “relaciones complejas de poder” (2012, pp. 40-42, 164): además del “poder represivo” como tradicionalmente se había entendido, va a evidenciar una forma -más común de lo que se piensa- en que ese poder se manifiesta, y es la que llama el “poder creador”, la que identifica esencialmente en los procesos de conocimiento de la persona: conocimiento de sí y frente a los demás a través del discurso (poder/verdad) y conocimiento de lo que lo rodea, de las disciplinas y del lenguaje (poder/saber).

A estas categorías de poder -o de relaciones de poder, para continuar en términos foucaultianos- corresponden también diferentes niveles o instituciones dentro de la sociedad, y para lo que interesa a nuestra investigación, el poder público, el poder político, se ubica en la primera de ellas: como poder represivo u opresor (Foucault, 2012, pp. 42, 50-51, 163-165; 2014, pp. 255, 275-276). En efecto, Foucault sostiene que el poder público, el poder político, la “gubernamentalidad” (2014, pp. 255, 309) que el Estado ejerce sobre los individuos, es una relación de poder de carácter vertical, autoritaria, de acción sobre las personas para determinar sus conductas, sus pensamientos y hasta sus deseos. Como lo señala con absoluta claridad y contundencia en una de sus obras: “la vocación del Estado es ser totalitario” (2012, p. 51).

⁷³ Lo cual puede apreciarse de manera específica en Foucault, 2000, pp. 168-170 y 2012, pp. 40-42, 117.

Ahora bien, teniendo en cuenta que las relaciones de poder que establece el Estado corresponden a una categoría de represión, y que la política es, por ende, un escenario de lucha, de conflicto, de choque de fuerzas⁷⁴, Foucault identifica algunas características del poder político, de las cuales queremos resaltar dos, por tener una relación directa con el objeto de este trabajo:

Por un lado, la política, el poder político, es un instrumento mediante el cual se mantiene el desequilibrio de fuerzas que están en choque o conflicto por hacerse a él.

Y de otra parte, plantea que la forma en que deben resolverse esos conflictos o luchas por el poder político han de seguir una dinámica similar a como sucede en la guerra, en donde el instrumento, las armas, serían el derecho, y los jueces, quienes las utilizan para zanjar las disputas.

Siguiendo con su análisis del poder político, Foucault afirma que el derecho tiene una función legitimadora de aquél, y a ese propósito su finalidad consiste en “diluir” esa estructura de relación de poder que el Estado ejerce sobre la sociedad, sobre los individuos, claramente de dominación⁷⁵, recurriendo a dos nociones que serán fundamentales en el desarrollo de la sociedad y su historia: la soberanía y la obediencia. La primera, como un derecho en cabeza del Estado, del gobernante; y la segunda, como un deber a cargo de los ciudadanos. De esta manera, dicha relación de poder (dominación) se “normaliza”, es interiorizada y aceptada por la ciudadanía y, bajo esa dinámica, termina por ser “invisibilizada”.

Sin embargo -y acá está la piedra de toque en la tesis de Foucault respecto del poder político-, si es correcto el análisis que efectúa acerca del control o ejercicio de la relación de poder del

⁷⁴ Muy famosa fue la hábil interversión que Foucault hizo de la célebre frase de Clausewitz, quien decía que la guerra es la continuación de la política por otros medios, para sostener, en su línea de análisis, que la política es más bien la continuación de la guerra por otros medios (Foucault, 2012, p. 17).

⁷⁵ Categorización en la que coincide Santos (1998, p. 148-151) y que éste retoma como base para su análisis sociológico, tal como lo acabamos de señalar en el acápite anterior.

Estado hacia los ciudadanos (Foucault, 2000, pp. 98-100, 121), que lo evidencia a través de la “vigilancia” -como tecnología de observación (1998, pp. 175-182)- y que es el mecanismo a través del cual “normaliza” a las personas y a esa relación de poder, pues entonces esa misma tecnología de control, por medio del escrutinio público (vigilancia) debe servir en doble vía: no sólo del Estado hacia la ciudadanía, sino también de ésta hacia aquél.

Para lo anterior, la “vigilancia” que la ciudadanía puede hacer al Estado, el ejercicio de esa tecnología de control, se plantea en el plano del discurso (Foucault, 2000, pp. 154-157), es decir, el escrutinio al que puede someterse el Estado se encuentra en el nivel argumentativo, que en la tesis foucaultiana es en esencia -el discurso- una forma -quizá la más importante- de producción de la verdad -proceso de “veridicción” o *aleurgia* (poder/saber - poder/verdad)- (pp. 154-157; 2012, pp. 73-75; 2014).

En este estado del análisis podemos ver con absoluta nitidez cómo, bajo la óptica foucaultiana, se entrelazan o conjugan las formas “discurso-derecho-poder”, o para ser más precisos, “verdad-derecho-poder”. Ahora bien, descendiendo a nuestro objeto de investigación, tendríamos una ecuación del siguiente tenor: “argumentación-derecho-poder”, en donde el proceso argumentativo (discurso), como tecnología de control de la actividad del Estado, permite la creación de una verdad de orden jurídico (derecho), que, así entendido y así estructurado, evidentemente va a generar un control al ejercicio de esa relación de autoridad (poder político), no sólo por vía de contención reactiva (*ex post*) ante un caso de exceso o arbitrariedad, sino esencialmente por vía de previsión y configuración normativas (*ex ante*), al ser el derecho el instrumento legitimador del poder estatizado y, consecuentemente, fuente de su ordenación.

Teniendo en cuenta lo que hemos desarrollado desde esta perspectiva, podemos evidenciar entonces que el poder público, el poder político, aquellas “relaciones de poder” que el Estado entabla y ejerce sobre la ciudadanía, son relaciones que encuadran en la típica noción de

“opresión”, de “represión”, de “dominación”, que a través del derecho como instrumento legitimador, permite que se diluyan y sean normalizadas por las personas, de allí la importancia de ejercer un control a ese poder de talante autoritario a través de un mecanismo igualmente “normalizador” como lo es el escrutinio (“vigilancia”) de la actividad pública y la transformación de ese derecho legitimador del poder a través del discurso, de la argumentación, del proceso dialógico consensual, que permita la construcción de una verdad político-jurídica que consulte y atienda a las necesidades reales de la sociedad y satisfaga sus intereses y expectativas, en aras de conseguir y realizar el bien común, el interés general, el ideal de bienestar social.

De la mano con lo anterior, el papel del juez, bajo esta perspectiva, está llamado a ser más que un garante, un agente de transformación, que materializa y da contenido real y efectivo a ese nuevo derecho producto del proceso discursivo aludido, interviniendo cada que resulte afectado o, en términos generales, cada que el Estado retome su “vocación autoritaria” en perjuicio de los derechos e intereses de las personas o de la sociedad.

2.1.5. Perspectiva neo-contractualista rawlsiana.

La teoría constructivista-política ofrecida por la teoría de la justicia de Rawls (1995), de corte neo-contractualista, resulta también de gran pertinencia y utilidad para los propósitos de esta investigación en cuanto al entendimiento del poder público, su formación, estructuración y manifestación, así como respecto de sus límites y el papel del juez como herramienta de corrección y de control a dicho poder.

En efecto, hemos de recordar brevemente los aspectos más importantes de la teoría desarrollada por Rawls en punto al entendimiento de la sociedad y la formación del poder, así como la manera en que se pueden garantizar las instituciones y el orden de justicia que persigue su tesis:

Como es conocido, Rawls, a lo largo de sus trabajos⁷⁶, intenta estructurar una teoría con pretensión de eficacia o posibilidad real de aplicación, en aras de establecer una sociedad que denomina “bien-ordenada” (Mejía, 1997, pp. 152-154; Rawls, 1995, pp. 18-24), que se encuentre próxima a la justicia, y además, los mecanismos que permitan la formación de ese tipo de sociedad y que garanticen su estabilidad y duración en el tiempo, eliminando los riesgos de distorsión o inequidad social, educativa, económica, jurídica o de cualquiera otra naturaleza que afecten los principios en que tal sociedad se fundamenta.

Para ese propósito, Rawls formula tres constructos principales sobre los cuales reposa toda su teoría, y de los que derivan varios subconstructos y conceptos o figuras determinantes no sólo para dar completitud y coherencia a ella, sino para brindar las herramientas de interpretación y adecuación necesarias para lograr su finalidad. Estos constructos fundamentales son: la posición original, el equilibrio reflexivo y el consenso entrecruzado.

El primero de ellos, esto es, la “posición original” (Mejía, 1997, pp. 43-51; Rawls, 1995, pp. 29-33, 119-147), es un “constructo metodológico que utiliza [Rawls] (...) con el cual se pretende describir un estado hipotético inicial que garantice la imparcialidad de los acuerdos fundamentales” (Mejía, p. 43), acuerdos surgidos de un proceso de argumentación moral derivado de un contrato social que, por ende, requiere de la garantía de neutralidad e imparcialidad en la escogencia e implementación de dichos acuerdos.

Señala Mejía (1997):

⁷⁶ Que, aun cuando cuenta con importantes antecedentes (Mejía, 1997, pp. 36-40), adquieren forma y sustancia a partir de su *Teoría de la justicia* de 1971, cerrando el ciclo con *Political liberalism* de 1993, donde culmina una labor de depuración y armonización de su teoría frente a las críticas recibidas por parte de varios sectores, entre ellos el comunitarismo, y reformula sus tesis tomando distancia del idealismo formalista y monológico del kantismo (Mejía, pp. 149-168).

Rawls, imagina una situación en la que todos están desprovistos de información que pueda afectar sus juicios sobre la justicia, excluyendo así el conocimiento de las contingencias que ponen a los hombres en situaciones desiguales y les introducen preconcepciones en la selección de los principios directores (...) La posición original debe garantizar una situación inicial de absoluta neutralidad que asegure la imparcialidad de los principios de justicia. (p. 43).

La garantía de imparcialidad, neutralidad y objetividad que exige la posición original como primer constructo de la teoría de la justicia rawlsiana resulta claramente esencial, pues es a partir de este momento en donde se van a alcanzar los acuerdos fundamentales sobre los cuales va a edificarse la sociedad entera y sus principios e ideales de justicia, así como las herramientas de corrección y de protección a la ciudadanía, entendida ésta no sólo como el componente individual -la persona, el ciudadano- , sino como colectivo social.

Para garantizar ese estado de imparcialidad y neutralidad absoluta, Rawls recurre a un subconstructo esencial, cual es, la figura o concepto del “velo de ignorancia” (Mejía, 1997, pp. 44-46; Rawls, 1995, pp. 135-140), que consiste en el mecanismo “que permite que al interior de la posición original todos sean iguales y tengan los mismos derechos en la manera para escoger los principios de la justicia” (Mejía, p. 44). A través de esta herramienta o subconstructo, Rawls intenta poner en una situación ideal de equilibrio a quienes participan en la construcción de esos principios de justicia que regirán a la sociedad y que, luego de sellado el pacto, no podrán desconocer ilegítimamente. Con este “velo de ignorancia”, básicamente quienes intervienen en la construcción de estos acuerdos:

[N]o pueden conocer determinada información que viciaría los contenidos de los principios de justicia. No conocen su posición social, sus talentos o capacidades, sus rasgos psicológicos, como tampoco las condiciones políticas, económicas o culturales de su propia sociedad ni la generación a la que pertenecen. (Mejía, 1997, p. 45).

Ni siquiera pueden conocer, las partes intervinientes, “su propia concepción del bien, ni los detalles de su plan racional de vida” (Rawls, 1995, p. 135).

Así las cosas, por medio de la posición original y el velo de ignorancia, Rawls logra garantizar que se pueda llegar a un acuerdo unánime y legítimo acerca de los principios de justicia que serán el fundamento y límite de la sociedad. Como bien señala Mejía (1997):

Para Rawls, la posición original y el velo de ignorancia constituyen la situación y el mecanismo que permite que los principios de justicia satisfagan dos condiciones que los modelos contractualistas anteriores no habían logrado realizar. Primero, garantizar plenamente el procedimiento y la base consensual del contrato social; segundo, gracias a lo anterior y a las restricciones de información impuestas por el velo de ignorancia, imprimirle a la selección de los principios de la mayoría, la legitimidad moral que evite cualquier asomo de arbitrariedad. (pp. 45-46).

No obstante la restricción de información que plantea el velo de ignorancia, y para evitar caer en abstraccionismos y permitir que su teoría tenga un sustento real y con vocación de materialización, Rawls considera que, en esa posición original, las partes deben tener un mínimo de bases frente a lo que cada persona esperaría o contaría, como mínimo también, dentro de una sociedad que aspire a estar próxima a la justicia pero que aún no llega a un consenso frente a esos principios de justicia. A este sustrato moral lo denomina “bienes sociales primarios” (Mejía, 1997, pp. 46-47; Rawls, 1995, pp. 93-98, 359-361), los que condensa en los siguientes: Derechos básicos y libertades políticas (derechos fundamentales), libertad de movimiento y de escoger ocupación u oficio, garantía de acceso a cargos y posiciones en las instituciones políticas y económicas de la sociedad, derecho a la riqueza y a la renta (ingresos y bienestar), y bases sociales de auto-respeto (Mejía, p. 47). Estos bienes sociales primarios, precisa Mejía (1997):

[S]on necesidades que los ciudadanos, como personas libres e iguales, requieren para el desarrollo de sus planes racionales de vida y como tales, tienen conocimiento de ellos en sus consideraciones dentro de la posición original, en cuanto saben que los principios de justicia deben asegurarles un número suficiente de éstos en su vida ciudadana. (p. 47).

A partir de estos presupuestos y conceptos, Rawls concluye que una sociedad, que unas “partes contractuales” dentro del marco discursivo desenvuelto bajo los parámetros que implica la situación de la posición original, y con ésta, el velo de ignorancia y los bienes sociales primarios a tener en cuenta, necesariamente deberán llegar a un consenso frente a los principios de justicia que habrán no sólo de regular la sociedad sino que servirán de marco de protección y de exigibilidad hacia el Estado, y son precisamente los dos principios que sustentan su teoría de la justicia, los cuales podemos formular de manera simple así: el primer principio es el de igual libertad para todos⁷⁷ y el segundo principio es el de la desigualdad permitida o legítima⁷⁸.

A estos dos principios estructurales, se suman además dos normas de prioridad a la hora de definir alguna situación de conflicto: la primera establece que toda restricción de las libertades básicas debe ser en favor de la libertad misma, lo cual implica dos características: uno, que a toda restricción de libertad debe corresponder una mayor libertad para todos, y dos, que la restricción a una libertad determinada debe ser aceptada por quienes se verán afectados por esa menor libertad; la segunda, que determina la prioridad de la justicia por sobre la eficacia, y que igualmente contempla dos eventos: uno, que una desigualdad en oportunidades sólo es admisible

⁷⁷ Señala este primer principio de manera más precisa: “Cada persona ha de tener un derecho igual al más extenso sistema total de libertades básicas compatible con un sistema similar de libertad para todos” (Rawls, 1995, pp. 235, 280). Este principio define el ordenamiento jurídico constitucional de la sociedad (Mejía, p. 48).

⁷⁸ Reza textualmente este segundo principio: “Las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para: *a*) mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo [subprincipio de diferencia legítima], y *b*) unidos a los cargos y las funciones asequibles a todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidades [subprincipio de justa igualdad de oportunidades]” (Rawls, 1995, p. 280). Este segundo principio define a su turno la distribución de la riqueza, de los bienes y las oportunidades en la sociedad (Mejía, p. 48).

si es para favorecer a quienes tienen menos, y dos, que una cantidad excesiva de ahorro sólo puede justificarse si es para mitigar el peso de quienes deben soportar esta carga (Mejía, 1997, p. 49; Rawls, 1995, pp. 280-281).

Es de resaltar, tal y como lo hace Mejía, que todo este constructo de la “posición original” con sus principios y subconstructos “no sólo constituyen el fundamento consensual de todo el ordenamiento jurídico positivo sino que, simultáneamente, son un criterio de interpretación y legitimación de todas las medidas que el Estado tome en torno a la sociedad” (1997, p. 49), lo cual resulta bien importante y pertinente al propósito perseguido con esta investigación, de cara a la necesidad y forma en que se puede ejercer control al ejercicio del poder público.

El segundo constructo estructural en la teoría de Rawls, decíamos hace un momento, es el “equilibrio reflexivo” (Mejía, 1997, pp. 49-51; Rawls, 1995, pp. 32-33, 57-59, 113). Por medio de esta figura, Rawls logra resolver la contradicción que encerraba el contractualismo clásico entre la “voluntad general” y la “autonomía individual” (Mejía, 1997, p. 51). Este equilibrio reflexivo es un proceso en el cual se van ajustando y corrigiendo las diferentes posturas que los participantes de la sociedad pueden llegar a tener sobre los propios principios de justicia concertados inicialmente, ya sea por concepciones teóricas o por situaciones particulares que ameriten un análisis especial, procedimiento que se lleva a cabo por medio de una dinámica discursiva racional y razonable⁷⁹ y siempre atendiendo el núcleo esencial de los principios de justicia que cimientan la sociedad.

En ese orden de ideas, Rawls ve en este “equilibrio reflexivo” una suerte de “auditaje subjetivo” en donde:

⁷⁹ Que Rawls denomina “racionalidad deliberativa” (Mejía, 1997, p. 50; Rawls, 1995, pp. 370-371, 377-384, 498-501).

[E]l individuo asume e interioriza los principios concertados como propios pero con la posibilidad permanente de cuestionarlos y replantearlos de acuerdo a nuevas circunstancias. Ello se convierte en un recurso individual que garantiza que el ciudadano, en tanto persona moral, pueda tomar distancia frente a las decisiones mayoritarias que considere arbitrarias e inconvenientes (...) [de donde se desprende que] la voluntad general no puede ser impuesta con el argumento de ser moralmente legítima por ser mayoritaria: tiene que ser subsumida libremente por el individuo, en todo tiempo y lugar. (Mejía, 1997, p. 50).

Así las cosas, es por medio de este equilibrio reflexivo que, además de superar las falencias que presentaban las teorías contractualistas clásicas⁸⁰ y de permitir hacer los ajustes en el modelo a fin de seguir perfeccionando los principios de justicia y su efectiva materialización en la sociedad, para que pueda seguir avanzando hacia un estado cada vez más próximo a la justicia; permite, como manifestación más práctica y real de esta teoría y que tiene incidencia directa con la investigación realizada, conformar o constituir “el criterio desde el cual la ciudadanía juzga los actos del Estado o el gobierno y legitima -o deslegitima- el orden social que lo rodea” (Mejía, 1997, pp. 63-64, 151).

Finalmente, tenemos el tercer constructo fundamental de la teoría rawlsiana de la justicia: el llamado “consenso traslapado” (Rawls, 1995, pp. 352-354) o “consenso entrecruzado” (Mejía, 1997, pp. 159-163), que en su contenido y desarrollo encierra dos nociones importantes para el andamiaje rawlsiano: el “constructivismo político” y la “razón pública”.

⁸⁰ Entre ellas, por ejemplo, el idealismo o excesivo formalismo del planteamiento con poca o nula capacidad de materialización en una sociedad determinada en un tiempo y espacio determinados igualmente; o el siempre latente y peligroso riesgo de que, por cuenta de ese “pacto social”, se anule la capacidad individual y su posibilidad de disenso, en lo que se ha denunciado siempre como la “tiranía de las mayorías”; o la debilidad de caer en el utilitarismo que resulte fomentando la desigualdad, como se ha evidenciado durante el curso de la historia; entre otros aspectos más.

Este “consenso entrecruzado”, de la mano o por medio del “constructivismo político”, constituye el “instrumento procedimental sustantivo de convivencia política democrática” (Mejía, 1997, p. 159). Son, ambas figuras, los instrumentos políticos a través de los cuales se logra la construcción de los acuerdos y los consensos, así como de los criterios de razonamiento, todos ellos abiertos a permanente discusión, revisión y fiscalización, así como a ser reformulados o replanteados, para hacer el ajuste que permita a la sociedad continuar acercándose a su ideal de justicia. Son el escenario en donde se plantea el foro público, el “marco deliberativo” (p. 160) en donde los criterios y las posiciones de los participantes, si bien son diferentes, convergen en su fundamento (de razonabilidad) lo que permite alcanzar la cooperación política sobre la base del mutuo respeto: “constituye un marco de deliberación y reflexión que permite buscar acuerdos políticos sobre cuestiones de justicia y aspectos constitucionales, básicos para toda la sociedad” (p. 160).

Este “consenso entrecruzado”, y su instrumento procedimental sustantivo del “constructivismo político”, se plantea en dos fases consecutivas: una primera que llama “etapa constitucional”, y una segunda y posterior a ésta, que es la del “consenso entrecruzado propiamente dicho” o en sentido estricto (Mejía, 1997, p. 161). Para lo que interesa a nuestro trabajo, la primera de las fases mencionadas es la que adquiere mayor relevancia, pues en ella -etapa constitucional- se fija el contenido de los derechos fundamentales y las libertades y garantías políticas y de participación⁸¹, y además establece la relación o sujeción de las instituciones y la sociedad -el Estado como tal- con la base de los principios y el sentido de justicia de esa sociedad.

⁸¹ Asignándoles de una vez su prioridad o, como lo denomina Rawls (1995, p. 52), determinando el “orden lexicográfico consecutivo”.

Como segunda figura o subconstructo del “consenso entrecruzado” está la noción de “razón pública”, que va a complementar a éste y al “constructivismo político” (Mejía, 1997, pp. 163-168). Esta “razón pública” se presenta como una suerte de “equilibrio reflexivo” pero a nivel ya no personal o contractual sino institucional y social (p. 163). A través de ella, se preserva el orden de prioridad en la interpretación y materialización de los principios de justicia: lo justo sobre lo bueno y la justicia por sobre la eficacia, resultando como regla que aquello que trasgreda no sólo los principios de justicia y los bienes sociales primarios establecidos sino este orden de prioridad, no resulta legítimo ni moralmente justificable (p. 163). De este modo, el alcance de la razón pública en Rawls reside en los “esenciales constitucionales y la justicia básica de sus estructuras” (Mejía, p. 165), enmarcando y condicionando el discurso político sobre estos temas y la forma en que deben ser considerados y asimilados por la ciudadanía.

En su aspecto práctico o material, y que sirve igualmente al propósito de este trabajo, el subconstructo de la “razón pública” supone una doble faceta de legitimación y control: de una parte, y esencialmente a nivel institucional -en el foro legislativo y de parte del gobierno-, “impone el deber moral de explicar de qué manera los principios y políticas que se defienden pueden ser congruentes con los valores políticos de la razón pública” (Mejía, 1997, p. 165), e igualmente, y de otra parte, constituye el criterio de legitimación que la ciudadanía elabora respecto de esas decisiones, políticas o discursos.

El anterior desarrollo corresponde a lo que, a muy grandes rasgos, constituye la teoría de la justicia rawlsiana y su concepción política de la justicia. De la mano de este modelo, y recapitulando lo que fuimos evidenciando como aspectos relevantes y pertinentes para esta investigación, podemos señalar que, bajo una concepción política de la justicia y la sociedad como la planteada por Rawls a lo largo de sus trabajos, la necesidad y forma de establecer los

límites y el control al ejercicio del poder público está dado, en esencia, por la conjugación de los tres constructos estructurales de su teoría que podemos esbozar con la siguiente formulación:

La construcción de las bases de una sociedad a través del proceso deliberativo y argumentativo para llegar a los consensos esenciales resulta crucial para garantizar que dicha sociedad pueda tener los fundamentos y las posibilidades de acercarse a un estado próximo a la justicia, claro está, bajo las restricciones y condicionamientos que implica una deliberación de esa naturaleza, esto es, como procedimiento fundacional (posición original). En dicha situación, claramente los foristas construirán y determinarán consensualmente los derechos y libertades básicas (bienes sociales primarios) así como los principios de justicia que han de servir tanto para fundamentar constitucionalmente el ordenamiento jurídico como para determinar el criterio de interpretación y legitimación de las medidas y decisiones que el Estado tome frente a la sociedad, a través de los instrumentos procedimentales sustantivos de que dispone la ciudadanía -en su nivel individual o como colectivo social- ya sea para disentir o replantear esas medidas, decisiones, políticas o criterios interpretativos que considere resultan ilegítimos o que atentan contra los principios de justicia pactados o el acceso a esos bienes sociales primarios, con miras a lograr un ajuste y corrección en esos aspectos (equilibrio reflexivo); o bien para fijar el contenido y alcances de los derechos, garantías y libertades de las personas y su participación política en las instituciones sociales, así como para requerir, en todo momento y lugar, la debida justificación en las actuaciones y decisiones que tome el Estado, como manera de obtener la permanente legitimidad que, una visión así de la sociedad, implica.

Las herramientas para el análisis socio-jurídico de la sociedad y el Estado que nos brinda la concepción política de la justicia de Rawls resultan de gran utilidad y pertinencia, dado que, por medio de los valores de la justicia política (igual libertad, equidad en oportunidades, garantía de acceso a bienes primarios, etc.) y de la razón pública (criterios para establecer si los principios

están siendo bien aplicados) resulta posible obtener no sólo consensos sociales en cuanto a la ordenación y estructuración de la sociedad misma y del Estado, sino frente a la forma en que, día a día, se puede seguir construyendo ese camino hacia una justicia práctica, como una suerte de “calibrador” o herramienta de ajuste y corrección, pues “[l]a legitimidad [del Estado] dependerá de que la estructura básica y las políticas públicas sean justificadas -y congruentes- en estos términos” (Mejía, 1997, p. 166).

Adicional a lo anterior, y como bien lo resalta Mejía (1997, pp. 166-168), en virtud de los principios de constitucionalismo que se derivan de la razón pública, ésta adquiere su máxima expresión en la realización de los principios de justicia, que si bien corresponde a toda la ciudadanía en general, por medio del equilibrio reflexivo y el consenso entrecruzado, a nivel institucional dicho rol se encuentra en cabeza del aparato jurisdiccional, de manera particular en las altas cortes, en nuestro medio, dado el tema de control constitucional y control a la administración, en la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, quienes, por ende, tienen la potestad y el deber de hacer siempre efectivos esos principios y renovar esos criterios interpretativos que se correspondan con el ideario de justicia construido argumentativa y consensualmente.

En términos opuestos: no materializar esa posibilidad de disenso, de reformular y replantear los principios y los criterios de interpretación, de cuestionar permanentemente las políticas y decisiones de la administración, o impedir que los órganos competentes lleven a cabo su labor de control en aras de garantizar la protección y materialización de esos principios, resulta abiertamente contrario al espíritu y esencia de una democracia deliberativa, constitucional y consensual, y permite que se anide el germen del autoritarismo, la inequidad y el resquebrajamiento de toda la sociedad.

Una vez evacuado este excursus sobre el poder, que reiteramos, consideramos necesario y útil para los fines que se persiguen con este trabajo, vamos ahora sí a desarrollar las temáticas que se anunciaron respecto de los fundamentos conceptuales que permiten apoyar la tesis del control judicial integral de los actos políticos o de gobierno.

2.2. El control al poder público

Como lo anotamos al inicio de este capítulo, siguiendo un modelo esquemático, lógico y coherente que nos permita adelantar de la manera más adecuada la labor propuesta, el primer gran aspecto a desarrollar es el atinente al control del poder público, y dentro de éste, indicábamos igualmente la necesidad de abordar dos elementos conceptuales de forma muy concreta y puntual: la cláusula de “Estado de Derecho” (2.2.1.) y el control que en virtud de algunos de sus principios y postulados ha permitido ejercer sobre la actuación de la administración (2.2.2.).

Veamos pues, lo que de manera principal la doctrina ha decantado respecto de estos temas.

2.2.1. La cláusula de “Estado de Derecho”.

De manera muy general, dado que se trata de un tema que ha sido largamente estudiado por parte de la doctrina, podemos señalar que la cláusula o fórmula de “Estado de Derecho”, aunque tiene orígenes muy antiguos -que nos permiten incluso remontarnos a la época de la antigua Grecia, pasando por el derecho romano y afincando varios de sus postulados conceptuales e iusfilosóficos en la edad media y el pensamiento escolástico e iusnaturalista (Bobbio, 1989, pp. 32-34; Naranjo, 1995, pp. 28-37; Ruiz, 2015, pp. 3-5)-, su surgimiento se ubica en Inglaterra

hacia finales del siglo XVII⁸², de donde se propagó rápidamente a Francia y el resto de Europa continental durante el siglo XVIII, influenciando los trabajos de pensadores tan importantes como John Locke, Montesquieu y Rousseau, quienes continuaron avanzando en esa misma línea e impulsando más cambios en las estructuras del poder y las relaciones entre los gobernantes y los gobernados, hasta consolidarse y tener reconocimiento con la llegada a América de estas corrientes, que permitió a los Estados Unidos de Norteamérica, primero, promulgar la emblemática Constitución de Virginia de 1776, y luego, su Constitución de la Unión de 1787⁸³, que sirvieron de modelo al mundo entero y que se vieron reflejadas en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, culmen de la revolución francesa⁸⁴, y en los movimientos independentistas latinoamericanos y las constituciones que en virtud de éstos se promulgaron en la región.

Precisamente éste es el origen inmediato y el fundamento histórico y social de la cláusula de Estado de Derecho: el movimiento constitucionalista de esa época, denominado por la doctrina el “constitucionalismo liberal” (Bobbio, 1989, pp. 11-16, 35-38; Bodenheimer, 1942, pp. 154, 169-185; Malagón, 2005, p. 167; Naranjo, 1995, p. 38).

Como elemento esencial de estos Estados modernos y sus constituciones estructuradas bajo la filosofía democrática liberal⁸⁵, está la consagración, dentro de un texto superior, de los principios

⁸² Si bien en Inglaterra, mucho antes, se había ya promulgado la *Magna Carta Libertatum* (Carta Magna), más precisamente en 1215, bajo el reinado de Juan I (Juan sin Tierra), que constituyó un primer intento de reducción de las potestades absolutistas de la corona en favor de los nobles y feudales; lo cierto es que fue hasta entrado el siglo XVII, en la misma Inglaterra, que se desencadenaron varios hitos que marcaron la historia: la *Petition of Rights* de 1628, el *Habeas Corpus Act* de 1679, hasta llegar a la emblemática *Bill of Rights* de 1689.

⁸³ Punto en el cual debe hacerse igualmente un notable reconocimiento al trabajo de los pensadores políticos Hamilton, Madison y Jay, quienes en su recopilación de artículos denominada “El Federalista”, dieron mayores fundamentos y permitieron la consolidación y estructuración de las bases planteadas en la Constitución de la Unión, y con ella, del desarrollo y funcionamiento de las instituciones sociales, políticas y jurídicas de los Estados Unidos de Norteamérica. Al respecto, cfr., Hamilton et al. (s.f.) y Agudelo (2014).

⁸⁴ Sobre la influencia del movimiento político y filosófico independentista norteamericano en la revolución francesa, cfr., Malagón (2005, pp. 171-172).

⁸⁵ Al respecto, cfr., Bobbio (1989, pp. 17-20), Bodenheimer (1942, p. 173), Castaño y Pinilla (2019, pp. 41-45), Ferrajoli (2010, pp. 32-33), García-Maynez (2010, pp. 108-111), Malagón (2005, pp. 167, 172-179) y Naranjo (1995,

de separación de poderes, de soberanía nacional y el establecimiento de derechos y libertades personales, con miras a superar el antiguo régimen absolutista monárquico y permitir su reemplazo por un sistema u organización en el que todos los integrantes, gobernantes y gobernados, se encuentren sometidos a una reglas preestablecidas, a un ordenamiento coercitivo superior que establezca límites a la actuación de ambos⁸⁶. Como bien lo anota Naranjo (1995, p. 39), un estado “basado en el consentimiento de los gobernados y en la limitación del poder de los gobernantes”; en donde “la ley se encuentra por encima de los intereses de los gobernantes y los Ciudadanos [sic]” (Castaño y Pinilla, 2019, p. 43).

Con el paso de esos estados absolutistas monárquicos a las democracias liberales, y por contera, la implantación de la fórmula de “Estado de Derecho”, se dio origen a lo que un sector de la doctrina denomina el *status personae libertatis* (Ansuátegui, 1997, pp. 57-58; Forero, 2006, pp. 222-224; Ruiz, 2015, p. 11), que es aquella situación en la cual las personas dejan de ser súbditos en quienes recaen única y exclusivamente deberes y obligaciones frente al Estado⁸⁷, para empezar a detentar derechos y garantías bajo los principios de libertad, igualdad y solidaridad que inspiraron la revolución francesa.

pp. 38-40), entre otros. De hecho, se ha sostenido que el principio de separación y equilibrio de poderes es “condición indispensable” para que pueda hablarse de Estado liberal de Derecho (Agudelo, 2014, p. 123).

⁸⁶ Sobre este aspecto, resulta importante traer a colación la visión crítica de Luhmann acerca de la cláusula de Estado de Derecho, por la que, si bien concuerda con el fundamento y efectos sobre la limitación al poder del gobernante y la fijación de derechos y libertades, sostiene en todo caso que por esta vía se consumó la vinculación entre política y derecho, lo cual, aunque no es censurable, sí estima que resulta problemático a la hora de llevar a cabo el análisis profundo y técnico de la sociedad, ya que ambos conceptos (derecho y política), son sistemas sociales (subsistemas) diferentes (Luhmann, 2003, pp. 296-304).

⁸⁷ En un estado que doctrinariamente se ha denominado de *status subjectionis*, o de sujeción absoluta (Ansuátegui, 1997, p. 57; Forero, 2006, pp. 223-224; Ruiz, 2015, p. 11).

2.2.1.1. *Cambio de la noción de “Soberanía”.*

Con el advenimiento de esas democracias liberales y sus constituciones sustentadas bajo el postulado de “Estado de Derecho”⁸⁸, se dio paso a una reformulación de la relación de poder entre gobernantes y gobernados, cambiando también la noción de “soberanía”, que ya deja de estar en cabeza del monarca, bajo la tesis del “poder divino del rey”, y que dentro de ese contexto se constituía como la justificación del capricho del gobernante y su irresponsabilidad absoluta ante los gobernados; para dar paso al concepto de “soberanía nacional”⁸⁹, es decir, un poder que aun cuando residía en un concepto abstracto -la nación-, se entendía que su origen ya no era de carácter divino sino que radicaba en la voluntad popular⁹⁰, y como tal, estaba sometido a ciertos límites y siempre con la posibilidad de hacerse responsable por los daños que pudiera ocasionar a los administrados.

De ese modo, la vieja noción de “soberanía”, como concepto absoluto e ilimitado, sinónimo de “arbitrariedad” e “irresponsabilidad” como se le había entendido hasta ese entonces, quedó totalmente revaluada⁹¹, y hoy en día solamente sirve para intentar justificar Estados de corte autoritario o dictatorial (Rodríguez, 2017, p. 87) que, por antonomasia, resultan incompatibles con el principio democrático y la protección de las garantías y derechos de las personas.

⁸⁸ Al punto que la doctrina entiende la fórmula de “Estado de Derecho” como “la traducción jurídica de la democracia liberal” (Vignolo, 2009, p. 96).

⁸⁹ Sobre la creación del concepto de “soberanía nacional”, cfr. Malagón (2005, p. 169). Al respecto, y a modo de crítica a la forma en que se entendió inicialmente dicho cambio conceptual, señala el autor:

[E]n este punto se entiende que la doctrina de Rousseau de la soberanía del pueblo, es contraproducente, porque a nombre del bienestar del pueblo se pueden cometer muchos desmanes, como fue el caso en el Régimen del Terror con Robespierre y el Comité de Salud Pública. (p. 186).

⁹⁰ En lo que corresponde a la fundamentación de la teoría del “contrato social”, como sustento de todo ese ideario democrático liberal y los principios, garantías y responsabilidades que trajo consigo. Para profundizar en el tema de la teoría clásica del contrato social, cfr., entre otros, Bodenheimer (1942, pp. 150-185), Mejía (1997, pp. 13-35) y Naranjo (1995, pp. 191-203).

⁹¹ Cfr., entre otros, Bodenheimer (1942, pp. 70-91), García-Maynez (2010, p. 103), Malagón (2005, p. 169; 2007, pp. 21-22), Naranjo (1995, pp. 208-225), Ruiz (2015, pp. 67-71), Saavedra (2008, pp. 34-35), Villar (1998, p. 61) y Zagrebelsky (1995, pp. 10-12). Interesante, además, el análisis que Luhmann hace de ese cambio en el concepto de soberanía (Luhmann, 2003, pp. 292-301).

2.2.1.2. *El sometimiento del ejercicio del poder público al Derecho: una manifestación del principio de legalidad.*

Como segunda característica de esos estados democráticos liberales surgidos a partir del momento histórico señalado, y también en virtud de la cláusula de “Estado de Derecho”, surge el principio de legalidad, que será crucial para la historia social, política y jurídica del mundo occidental, y del que uno de sus principales efectos se traduce en el sometimiento del ejercicio del poder público a un ordenamiento jurídico superior preestablecido⁹², el que se encuentra recogido en la clásica fórmula liberal que limita la actuación de los gobernantes a hacer sólo lo que la ley les permita (Malagón, 2007, pp. 26-30), en lo que se denomina la “vinculación negativa” de la administración (Castaño y Pinilla, 2019, pp. 46-49), y que se encuentra en contraposición con la cláusula genérica de libertad que aplica a los gobernados, a los ciudadanos, quienes pueden hacer libremente lo que quieran salvo lo que esté prohibido legalmente.

A partir de ese momento histórico ya no quedará duda de la necesidad de someter el poder del Estado al derecho (García-Maynez, 2010, p. 103)⁹³, pues un poder ilimitado y sin control sólo

⁹² Cfr. Bobbio (1989, pp. 17-20), en donde hace un breve recuento de la labor reduccionista y limitadora del poder público durante esa etapa de la historia que dio surgimiento a las democracias liberales y, con éstas, a la fórmula “Estado de Derecho”, como reacción frente a los Estados absolutistas. Desde una perspectiva diferente, también se recomienda el breve recuento histórico que sobre la cláusula de Estado de Derecho y el principio de legalidad efectúa Vignolo (2009, pp. 94-99). Al respecto, resulta pertinente resaltar que esta necesidad de sometimiento y control al poder de los gobernantes fue advertida y debidamente justificada y defendida desde los inicios de estos movimientos constitucionalistas de corte demo-liberal, no sólo en las obras de Montesquieu, Locke y Rousseau, sino también de manera importante en El Federalista, lo cual sirvió de fundamento para irradiar todo ese movimiento a nivel global (Agudelo, 2014, pp. 115-116; Hamilton et al., s.f., pp. 201-204).

⁹³ En la misma línea, Bernal y Viana (2015, pp. 766-767), quienes afirman que si hasta el poder constituyente tiene límites en su ejercicio, con mayor razón los ha de tener los poderes constituidos como lo son el ejecutivo o el legislativo, y esos límites están determinados por la constitución, la ley, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos celebrados por el Estado, y además, por el principio democrático y las normas y estándares del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Igualmente Vignolo (2009), quien además de propugnar esta tesis del sometimiento de todos los poderes públicos a la ley, la constitución y el derecho, considera que un moderno concepto del “principio de legalidad”, dentro de un Estado *Constitucional* de Derecho, no debe quedar reducido a su ideación originaria como forma de implementación de un control sobre el ejercicio de las potestades del poder público a fin de evitar la arbitrariedad, sino que debe avanzar y, dado el formalismo que implicaba esa concepción arcaica dentro de una estructura democrática liberal, resulta necesario contemplar y permitir la protección de las minorías frente a una eventual “tiranía de las mayorías” (pp. 93, 100, 106). Respecto de la defensa de las minorías y el límite sustancial en la defensa del núcleo esencial de

resulta característico de aquellos estados absolutistas, y por ende, totalmente incompatible con los nuevos idearios de libertad, autonomía y garantismo personal (Bobbio, 1989, pp. 17-26)⁹⁴.

2.2.2. El control al ejercicio del poder público.

Como se acaba de sintetizar, la labor de reducir y limitar la actuación de los gobernantes, que no es otra cosa que una pretensión de control al poder público, tuvo su punto de inflexión durante las revoluciones sociales y políticas de Europa de mediados y finales del siglo XVII y gran parte del siglo XVIII, que permitieron la caída de los regímenes absolutistas monárquicos para dar paso a las democracias liberales, a los Estados de Derecho y, con ellos, a los principios de legalidad y de separación de poderes.

A partir de dicho momento se fueron perfeccionando esos idearios de protección de las libertades personales y de regulación de la actuación de la administración, para ir avanzando

los derechos fundamentales, dentro de un concepto de democracia material y de constitucionalismo garantista -por oposición al principialista-, cfr., Ferrajoli (2010) y lo que él denomina la “esfera de lo indecible” (p. 102). A nivel convencional, trascendental la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el caso *Gelman vs. Uruguay* (24 de febrero de 2011), donde se señaló lo siguiente, que bien vale la pena citar *in extenso* dada su pertinencia e importancia:

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” [...], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.

(Itálicas originales, subrayas fuera de texto).

⁹⁴ Sobre este aspecto, es importante recordar las palabras del maestro Luis Villar Borda, quien defendía la importancia de la participación popular a efectos de intervenir y evitar tanto la concentración del poder como el abuso del mismo, en lo que consideraba constituía un fundamento esencial del “Estado Constitucional Democrático” (Villar, 1994, pp. 33-34). En la misma línea, Cortés (2014, pp.197-198), quien afirma que no es posible concebir un Estado Social de Derecho sin la posibilidad de ejercer control al ejercicio del poder, a efectos de evitar excesos o arbitrariedades; e igualmente Ferrajoli (2011, pp. 16, 24), quien señala que la sujeción de todos los poderes públicos al derecho y a la constitución es un rasgo característico del constitucionalismo garantista, pues el “constitucionalismo”, en su conceptualización teórica, es precisamente esa subordinación y límites a tales poderes, es de su esencia.

hacia la consolidación de un núcleo fuerte de derechos subjetivos y de una creciente labor de intervención del Estado respecto de la formación de las personas y el mejoramiento de sus condiciones y las de la sociedad en que vivían, entendiéndose entonces -el Estado- ya no como un fin en sí mismo, sino como un medio o instrumento para la realización de las personas (Bobbio, 1989, p. 26).

De ese modo, el estatus de las personas dentro de dichos Estados también va a evolucionar, superando el anterior *personae libertatis* para pasar a un *status civitatis*, que corresponde a un concepto de transición entre el Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho, en donde la persona es vista como integrante de una sociedad y, por ende, que goza de derechos sociales dentro de un Estado enmarcado bajo principios de solidaridad social y prestacional, de dignidad humana y de orden justo; para posteriormente -como nos encontramos hoy en día- gozar de un *status activae civitatis*, propio de los Estados Constitucionales, Sociales y Democráticos de Derecho, los cuales se caracterizan por la consagración y garantía de derechos de orden político y colectivo, estos últimos como los económicos, ambientales y culturales, pero sobre todo, por la apertura de los espacios de participación en la conformación, ejercicio y control del poder público y político, y con la posibilidad siempre de activar mecanismos de protección -jurisdiccionales- de manera directa e inmediata cada que resulten vulnerados o siquiera amenazados dichos derechos y garantías (Ansuátegui, 1997, pp. 57-59; Ruiz, 2015, pp. 11-36)⁹⁵.

Consecuente con esa evolución tanto de la actividad del Estado como de la situación de las personas dentro de él, en aquellos sistemas democráticos, liberales, constitucionales y de derecho -como lo es Colombia-, evolucionaron igualmente los textos constitucionales, los cuales fueron caracterizándose por un fuerte contenido axiológico y social que constituye el fundamento ético

⁹⁵ Frente a este aspecto, Villar (1994, p. 75) señala: “[U]n requisito indispensable para que pueda hablarse de república democrática es la existencia de controles a la actividad de todos los órganos estatales”.

de esa sociedad, y como tal, que se erige como una doble barrera o protección al ciudadano: por un lado, como garantía de defensa de las personas y sus libertades, particularmente para las minorías, para los más débiles, para los marginados o en situación de vulnerabilidad; y por otro, al funcionar como límite y marco de la actuación de los poderes constituidos, entre ellos la propia administración, en el sentido de restringir la posibilidad de afectar negativamente ese límite o marco, esto es, la imposibilidad de abolirlo o debilitarlo, permitiendo modificaciones encaminadas únicamente a su ampliación o reforzamiento.

De aquí surge el concepto de garantismo en los términos en que Ferrajoli lo desarrolla y con el que estamos plenamente de acuerdo: como instrumento de “protección o inmunidad de los derechos subjetivos fundamentales frente a la actuación del Estado” (2010, p. 62), de tal suerte que si éste los desconoce o vulnera, propicia un estado de desconfianza por parte de la sociedad, al fallar en su papel esencial de protector y garante de tales derechos, y en consecuencia, crearía una situación de deslegitimación que conduciría a una grave inestabilidad que pondría en riesgo su propia existencia (pp. 32-33, 62)⁹⁶.

De este modo podemos comprender cómo esos derechos subjetivos fundamentales de los ciudadanos se constituyen en verdaderos y auténticos límites a la actuación de la administración, pues dentro de ese rol activo y fundamental de garantizar y brindar todas las herramientas y posibilidades para la realización de las personas, el Estado no puede, al ejercer o materializar dicha actuación, “hacerlo en detrimento o perjuicio de las libertades [y finalidades] públicas a las que debe servir” (Dromi, 1983, pp. 175-177).

⁹⁶ Afirma este autor que la concepción de limitar los poderes públicos y propender por garantizar las libertades ciudadanas es el cometido y razón de un “constitucionalismo político” de corte “garantista” (Ferrajoli, 2011, pp. 17-18). Por ello coincidimos con este autor y con la diferenciación sustancial que en este artículo de 2011 hace de “constitucionalismo garantista” y “constitucionalismo principialista”.

En esa misma línea, tenemos entonces que dicho aspecto teleológico en la actividad del poder público, esto es, la finalidad a la que el ejercicio de esas facultades y funciones debe servir, y que doctrinariamente se asocia al “bien común”⁹⁷ (Guarín y Aldana, 2016; Naranjo, 1995, p. 230; Rojas, 2007, p. 70), no sólo configura un postulado que orienta la actuación de todos los órganos del Estado, sino que además funge como una herramienta que sirve de freno o limitación al ejercicio del poder cuando éste se torna arbitrario, se desvía de sus finalidades o lesiona injustamente los derechos de las personas, pues la buena fe en dicho ejercicio, en esa actividad de la administración, se traduce en la manifestación más importante de esa noción de “bien común” (Guarín y Aldana, p. 22; Rojas, p. 70)⁹⁸.

Como bien lo afirma Dromi (1983, p. 39), un Estado democrático tiene el deber de perseguir y conseguir el “bien común”, por lo que se hace responsable de cualquier acto que traicione dicho fin como, por ejemplo, los actos ilícitos expedidos por la administración, en razón a que, esa actuación desviada, por ese solo hecho, termina por traicionar al propio derecho⁹⁹.

⁹⁷ O el “bien público”, como se denomina en El Federalista LVII (Hamilton et al., s.f., p. 220). En el mismo sentido, Malagón (2005, p. 185), quien al hacer el recuento histórico de la forma en que la separación de poderes llevó a que en cabeza del ejecutivo se radicara un “poder de prerrogativa” para que regulara aquellas situaciones que el legislador no podía prever, como potestad discrecional, resalta que tal poder o potestad “no es absoluto, porque se encuentra limitado por el *trust*, o encargo de confianza que el pueblo le otorga a los tres poderes del Estado para que obren de acuerdo con el bien público, el cual puede ser revocado si esto se incumple”. (Itálicas originales del texto, subrayas fuera de éste).

⁹⁸ En la misma línea Castaño y Pinilla (2019), quienes sostienen: “(...) los poderes de la Administración [sic] tienen un centro de gravedad: el cumplimiento de los fines del Estado que están orientados en todos los casos a la satisfacción del interés general y la protección y garantía efectiva de los derechos y libertades individuales” (pp. 24-25).

⁹⁹ En la teoría sociológica del derecho de Luhmann encontramos una manifestación de esta situación, en lo que considera es la función principal del derecho: la confianza, como protección a las expectativas que crea, por lo que el Estado y la administración debe asegurar el mantenimiento de esa confianza en el derecho, y proceder a restaurarla de nuevas formas cada que se vea afectada (Luhmann, 2003, pp. 91-93). En el mismo sentido de nuestro trabajo, Orellana (2015) sostiene que entre la “verdad” en las razones de la administración y la democracia existe una conexión o vinculación inescindible y que resulta determinante a la hora de legitimar al sistema. Señala la autora: En efecto, la verdad debe ser un elemento necesario de la relación entre el Estado democrático y sus ciudadanos. Adicionalmente, es una condición necesaria para el ejercicio de las libertades que deben ser reconocidas a los ciudadanos; la falsificación o el ocultamiento de información constituyen un límite grave al posible ejercicio de la libertad. En este sentido, las acciones deben ser conocidas por los ciudadanos a fin de controlar la forma en que el poder es ejercido. (p. 66). (Subrayas fuera de texto, para resaltar).

Y si lo analizamos desde una perspectiva neo-contractualista llegamos al mismo punto: en una sociedad (bien) ordenada, próxima a la justicia, a la que apuntan los actuales Estados Democráticos y Constitucionales de Derecho, que se fundamentan en la concepción de la justicia como equidad e imparcialidad y en el poder transformador de la argumentación y el consenso como pilares esenciales de donde surgen los principios que orientan y legitiman a la sociedad y al Estado mismo (Mejía, 1997, pp. 35-51, 61-64, 149-176), esos principios, como expresiones de la concepción política de justicia de una sociedad así instituida:

Se convierte[n] en el instrumento de la ciudadanía para hacer suyo el discurrir socio-institucional que la afecta, es decir, para legitimar o deslegitimar todas las decisiones del Estado, desde unos criterios moralmente válidos e imparciales (...) la justicia como *paideia* social reside así, en la capacidad cívica y moral de la ciudadanía de fiscalizar al Estado (...) [y] es la base del contrato social permanente que da vida al orden institucional, un contrato social que se renueva diariamente para legitimar o deslegitimar a la sociedad, al Estado o a sus actos de gobierno. (Mejía, 1997, pp. 62-64). (Subrayas fuera de texto).

Ahora bien, como sub-principios que derivan directamente de la cláusula de Estado de Derecho y de su principio de legalidad, y que configuran clara expresión y forma de materializar el control al ejercicio del poder, tenemos los enfoques francés de la separación de poderes y norteamericano del sistema de frenos y contrapesos (*checks and balances*), que como referimos líneas atrás, y contrario a lo que parte de la doctrina ha malinterpretado de antaño, lejos de constituir sistemas totalmente diferentes a punto de incompatibles o excluyentes, resultan ser dos caras de una misma moneda -el control al poder que deviene del principio de legalidad- y como tal, totalmente compatibles, armónicos e, incluso, abiertamente complementarios.

Teniendo en cuenta esta aclaración respecto de la óptica y sentido en que se toman estas figuras¹⁰⁰, veamos concisamente cada una de ellas, pues de ese modo serán base fundamental para comprender la razón por la cual se defiende y articula la posición formulada desde que se esbozó la misma hipótesis, y que no es otra que la posibilidad de que un “poder constituido” como lo es el judicial, pueda revisar y controlar el ejercicio de la actividad de otro poder igualmente “autónomo”, como lo es el ejecutivo e incluso el legislativo¹⁰¹.

2.2.2.1. *El principio de separación de poderes.*

Otro de los legados que dejaron las revoluciones europeas aludidas, como principio subyacente a la cláusula de “Estado de Derecho” y al que contribuyeron notablemente filósofos como Montesquieu, Jellinek y Sieyès¹⁰², es el de la separación de poderes.

Al margen de la discusión que durante los siglos XVII y XVIII se presentó respecto de si el poder público era o no divisible¹⁰³, lo cierto es que desde la implantación de los Estados democráticos liberales en el mundo, la separación de poderes se ha constituido no sólo como una

¹⁰⁰ En términos luhmannianos, forman parte de nuestra *semántica* en esta investigación, cfr. *supra*, p. 64, nota al pie n°. 49.

¹⁰¹ Desde ya hemos de hacer la claridad y precisión que el legislativo se incluye dentro del propósito y la hipótesis del presente trabajo, aun cuando a veces no se diga de manera expresa, en razón a que es quien tiene a cargo la posibilidad y competencia para expedir uno de los actos que nuestra jurisprudencia ha señalado como político o de gobierno, cual es, la moción de censura que tiene a cargo el Congreso de la República en ambas de sus cámaras, tal y como ya lo pudimos indicar en el capítulo anterior, en el acápite respectivo (*supra*, pp. 49-51).

¹⁰² Este último, a quien se debe la conceptualización y diferenciación entre “poder constituyente” y “poder constituido” (García-Maynez, 2010, p. 106), clave a efectos de comprender a fondo el principio de separación de poderes y el control y límites al poder público. Para una profundización de esta temática del poder constituyente, y del aporte no sólo de Sieyès sino de grandes juristas como Jellinek, Kelsen, Lasalle, Rawls y otros, cfr., Negri (1994, pp. 17-31, 264-271).

¹⁰³ Recordemos la diferencia conceptual entre Hobbes, quien sostenía que la división del poder conllevaba a la disolución del Estado, y Montesquieu, quien abogaba por la división tripartita de ese poder público, para que por medio de la independencia e igualdad entre ellos, se lograra un equilibrio recíproco; discusión que fue superada en gran parte gracias a la labor de Sieyès, al diferenciar el poder constituyente, que es único y recae en el pueblo, y el poder constituido, que es el que está en cabeza del Estado y que por ende puede dividirse para repartir sus funciones y permitir el equilibrio y el contrapeso entre el mismo poder. Cfr., García-Maynez (2010, p. 106), Hobbes (1994, t. 1, pp. 260-261), Montesquieu (1993, pp. 115-136) y Sieyès (s.f.).

característica de dichos Estados (Dromi, 1983, p. 41)¹⁰⁴, sino como un sistema de ordenamiento del aparato estatal que se erige como pilar de las constituciones modernas, a efectos de permitir una especialización y mayor eficacia en el ejercicio de las funciones públicas y, más importante, como herramienta para evitar la concentración del poder en unas solas manos por vía del equilibrio y control recíprocos, en lo que se denominó luego como el sistema de frenos y contrapesos, y que será objeto de referencia en el subtítulo siguiente.

Bajo esta perspectiva, la separación de poderes, junto con la fórmula de “Estado de Derecho” y su principio de legalidad, así como con la protección jurídica de los derechos fundamentales de las personas, configuran la base y fundamento de toda constitución contemporánea (Bobbio, 1989, p. 17-20), representa el perfeccionamiento de dicha forma de Estado (Ferrajoli, 2010, pp. 32-33) y es fuente de su legitimación (Habermas, 1988, pp. 24, 28)¹⁰⁵.

En su versión clásica, la división de poderes entre el ejecutivo, el legislativo y el judicial, se (mal)entendió como una autonomía e independencia absolutas entre ellos (García, L.; 2014, pp. 83-84), llegando a sostenerse incluso una suerte de “soberanía” de cada uno de ellos en su propia esfera o campo de actividad, que impedía a un poder intervenir en la actividad del otro (Gordillo, 2014, pp. 369-370).

No obstante, dicha conceptualización fue variando con el paso del tiempo, al punto que hoy en día resulta totalmente inadecuada y claramente inconveniente (Gordillo, 2014, pp. 369-370), y se ha replanteado en aras de lograr una colaboración armónica entre las diferentes ramas del poder público, una coordinación y mutuo apoyo entre ellas, con el propósito de convergir a un mismo fin, que no es otro que aquel que da sentido y sustento a la existencia del Estado: la

¹⁰⁴ Para un breve recuento histórico de esta figura, cfr., Ferrajoli (2010, pp. 104-105), García-Maynez (2010, pp. 102-111), Malagón (2005, pp. 175-179; 2007, pp. 30-37) y Naranjo (1995, pp. 230-235).

¹⁰⁵ Como acertadamente afirmaba Villar (1994, p. 40): “[L]a separación de poderes, sujetos todos ellos a la ley, es lo más aproximado a la aspiración de un orden jurídico legitimado jurídica y éticamente”.

realización del bien común, a través de dicha colaboración armónica y control mutuo, para que el ejercicio de ese poder público sea más eficiente, eficaz, transparente, certero y, sobre todo, ajustado a la legalidad y a los parámetros y límites que el propio ordenamiento jurídico le impone¹⁰⁶.

En ese orden de ideas, y estando con Ferrajoli (2010, pp. 102-109), la fundamentación actual del principio de separación de poderes ya no debe recaer en un concepto formal u orgánico, sino funcional o sustancial: en cuanto a su fuente de legitimación.

En efecto, y tal y como acertadamente lo plantea dicho autor, deberíamos superar esa noción clásica de la división tripartita del poder y repensar el modelo como funciona -o debería hacerlo- en una realidad tan distinta a aquella en la que nació este concepto, tan compleja y dinámica como la de hoy en día, y en consecuencia, pensar mejor en una *separación de funciones de legitimación del poder público*, que podría entenderse de la siguiente manera: de una parte, una *función de gobierno*, a la que correspondería la representación de la política y el papel de crear, transformar e innovar el derecho, siempre con respeto a la constitución y la legalidad; y de otra, una *función de garantía*¹⁰⁷, a la que correspondería la aplicación de las normas jurídicas.

Ahora bien, lo interesante de la tesis de Ferrajoli, y que es lo que nos hace tomar partido de ella para fundamentar en gran parte el presente trabajo, consiste en la forma como materializa esas funciones en el marco de la actividad pública, para lo cual -y aquí está la clave- sostiene que las funciones de gobierno no pueden intervenir o condicionar las funciones de garantía, sin

¹⁰⁶ Cfr., Cortés (2014, pp. 197, 203), Guarín y Aldana (2016, pp. 24-25), Malagón (2007, pp. 31-32) y Naranjo (1995, p. 235). Sobre el particular, Vignolo (2009, pp. 105-106) manifiesta que esa conceptualización radical de la división rígida del poder en tres ramas proviene de una tergiversación o malinterpretación de la tesis originaria de Montesquieu, y que de tiempo atrás se ha evidenciado la inconveniencia de tal postura, al punto que, hoy en día, no hay quien dude que la mejor manera en que puede funcionar el Estado es por medio de una separación de funciones del poder público, pero bajo los principios de interrelación, colaboración, coordinación y co-responsabilidad. En la misma línea, Malagón (2005, pp. 175-176).

¹⁰⁷ Y que el autor denomina “poderes de cognición”, los cuales no representan la política y su legitimación no es mayoritaria sino, por el contrario, *contra-mayoritaria* (Ferrajoli, 2010, pp. 102-109).

embargo, estas últimas sí pueden controlar las decisiones políticas, siempre que éstas afecten derechos sustanciales de los asociados, o -añadimos nosotros- cada que vulneren, afecten negativamente o no se correspondan con el ordenamiento jurídico -nacional y/o convencional- o se desvíen en todo caso de las finalidades a las que deberían apuntar o servir, es decir, que no persigan el “bien común” al que ya nos referimos líneas atrás.

Como podemos observar, se trata de un salto cualitativo considerable: la política deja de ser “omnipotente”, y junto con la legislación -que es su producto, como lo señala Ferrajoli- pasan a ser subordinados del derecho. El derecho deja entonces de ser el instrumento de la política¹⁰⁸ y ésta pasa a ser instrumento del derecho, con el fin de materializar y efectivizar los principios, garantías y derechos fundamentales de los asociados.

Bajo esta novedosa y revolucionaria concepción del principio de separación de poderes, resulta evidente entonces que el juez puede perfectamente revisar el contenido del ejercicio de los poderes públicos -todos- para verificar que sus actuaciones se encuentran ajustadas a la constitución, el derecho y las garantías y libertades (Ferrajoli, 2010, pp. 102-109, 210-215), sin que por ello pueda decirse que esté extralimitándose en el ejercicio de sus funciones, invadiendo esferas del poder ajenas a él, “quebrantando” el principio de separación de poderes ni mucho menos “co-administrando” o “sustituyendo” a la administración.

¹⁰⁸ Como se ha entendido por largo tiempo, y como bien lo enseñaba la teoría marxista, como parte de esa superestructura que se edificaba a partir de la economía, en consecuencia, el esfuerzo de esta corriente ideológica se encontraba marcado en demostrar cómo la economía determinaba la política, y ésta a su turno determinaba al derecho. Al respecto, se recomiendan los análisis que hacen Engels (2002, pp. 195-198), Nikitin (s.f., pp. 1-8) y Cerón (2014).

2.2.2.2. *El sistema de frenos y contrapesos (checks and balances).*

De la mano de la cláusula de Estado de Derecho, y como efecto armónico del principio de separación de poderes que acabamos de ver, viene el sistema de “frenos y contrapesos”¹⁰⁹, como instrumento o herramienta de sometimiento y control al poder público (Naranjo, 1995, pp. 40, 233; Ortégón, 2010, pp. 1, 68), que permite el equilibrio entre sus ramas o funciones y evita en consecuencia que tal poder público no sólo se concentre en una sola de ellas o en una persona determinada (Peralta, 2013, pp. 13-20), sino que permite el mutuo control entre ellas.

Es, por tanto, este mecanismo, una de las principales finalidades, sino la más, del principio de separación de poderes desde su concepción original montesquiana, que inexplicablemente fue inadvertida de esa manera, e incluso, malinterpretada, pero que, de todos modos, posteriormente El Federalista retoma e impulsa (Agudelo, 2014, pp. 115-116; Hamilton et al., s.f., pp. 43, 201-204). Se trata básicamente de la forma en que se materializa en la realidad el concepto teórico del control y freno al poder por parte del poder mismo, es decir, resulta evidente, vistas de ese modo las cosas, que el control de cada poder debe estar a cargo de los otros poderes¹¹⁰: es así como se verifica entonces una auténtica sujeción del Estado a la legalidad, a la constitución y al orden supranacional, es decir, al derecho (Gordillo, 2014, pp. 369-371).

¹⁰⁹ Para profundizar en este concepto, su origen, noción clásica y evolución histórica, cfr., ente otros, Agudelo (2014, pp. 115-116); Cortés (2014, p. 205); Ferrajoli (2010, pp. 104-105); García, L. (2014, pp. 83-84); Malagón (2007, pp. 31-32) y Naranjo (1995, pp. 232-235).

¹¹⁰ Como bien lo anota Abello (2003, p. 256), el ejercicio del poder siempre alude a un concepto de “acción sobre la acción”, del mismo modo en que se materializa “la resistencia” a la que refiere en su obra, y que enmarcado en el objeto de investigación propuesto, demuestra, por vía de este análisis sociológico desarrollado por el autor en dicho trabajo, que un control o revisión del ejercicio del poder solamente puede estar referido a otro ejercicio de poder. En la misma línea, pero con un análisis mucho más profundo y un enfoque con pretensión de pragmatismo político a partir de un análisis sociológico, cfr., Santos (1998, pp. 331-341). Desde una perspectiva mucho más radical y, podría decirse, “post-estructuralista” -al punto de servir de base conceptual a una moderna teoría de las formas jurídicas y políticas y una reformulación del análisis de las diferentes estructuras del poder-, cfr., Foucault (2000, 2012 y 2014); igualmente Luhmann (1995, 2003, 2006) analiza y conceptualiza acerca de la acción y la resistencia, pero desde su perspectiva sistémica funcional-estructuralista, donde la teoría deja de ser de acción para pasar a ser comunicacional.

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos evidenciar entonces que esta herramienta, lejos de resultar incompatible con el principio de separación de poderes de origen francés, lo complementa, pues nada útil resultaría este último si, alegando una supuesta autonomía absoluta de cada una de las ramas del poder, casi a modo de soberanía, ninguna de ellas pudiera intervenir las demás, y de forma particular el aparato jurisdiccional respecto de los demás poderes públicos, de tal suerte que si bien se evitaría la concentración del poder en unas solas manos, no habría en todo caso forma alguna de ejercer los controles efectivos ni tomar los correctivos frente a eventuales excesos o arbitrariedades en que alguno de esos poderes pudiera incurrir.

Así pues, para tener una estructura del poder público -un ordenamiento del aparato estatal- mejor ensamblado, más funcional, eficaz y eficiente, resulta necesario que haya siempre interrelación entre las diferentes ramas o funciones del poder público: de esta manera se obtiene una colaboración armónica, una coordinación para la consecución de los fines estatales, y de paso, el referido control del poder por medio del poder mismo. Así es como siempre fue pensado el sistema y así es como mejor puede operar en la realidad.

Entonces, ya teniendo suficientemente claro y comprendido que tanto la separación de poderes como el sistema de frenos y contrapesos deben confluir y complementarse a efectos de tener un aparato estatal más completo, eficiente, funcional y garantista, es hora de descender más en la cuestión que centra el esfuerzo del presente trabajo: compaginar todo ello en aras de sostener la postura de la facultad de los jueces de revisar y controlar a los demás poderes públicos, y particularmente, a la administración, al ejecutivo.

2.3. El control a la administración pública: la interdicción a la arbitrariedad de la administración por parte del juez

Con todo lo que se ha desarrollado hasta el momento, hemos podido establecer cómo la doctrina ha sido enfática y unívoca en propugnar la tesis de la “sujeción a la ley de todos los poderes” del Estado (Ferrajoli, 2010, pp. 210-211)¹¹¹ y la consecuente necesidad de controlar el ejercicio del poder público, como una de las características esenciales de los Estados contemporáneos, de naturaleza demo-liberal, sociales, constitucionales y de derecho. Ahora, para finalizar este capítulo, vamos a analizar brevemente el aspecto del control a la administración, al ejecutivo, por parte de otro poder constituido: el judicial.

Se ha señalado que el control al Estado por parte del juez es una de las conquistas de las postguerras¹¹²: luego de los horrores y el nivel de degradación al que llegaron diversos regímenes amparados en el derecho¹¹³, hubo la necesidad de erigir una defensa efectiva del ciudadano frente

¹¹¹ Sobre el particular, Cordón (2003, p. 143) señala que “el sometimiento pleno de la Administración [sic] a la ley y al Derecho” constituye un principio básico del ordenamiento jurídico. En el mismo sentido, interesantes los aportes de Castaño y Pinilla (2019, pp. 31, 59, 65-66, 127), de quienes vale la pena traer en cita: “(...) en el contexto del Estado Social y Democrático de Derecho (...) no [se] admite la existencia de poderes ilimitados (...) nuestro modelo constitucional (...) proscrib[e] el ejercicio de poderes ilimitados (...) [y] evidencia la inexistencia de poderes ilimitados” (pp. 31, 66, 127).

¹¹² Aun cuando históricamente existe un precedente anterior a estos hechos, sumamente importante y trascendental, sobre todo en la cultura jurídica norteamericana, y es la llamada *judicial review* que se originó en el famosísimo caso *Marbury vs. Madison*, donde se abrió la posibilidad de que la justicia, el poder judicial - representado en ese caso en la *Supreme Court*- pudiera separarse de normas que bajo ciertas circunstancias resultan contrarias a la constitución, o realizando el control de las propias leyes. Para un resumen y contextualización de este caso, cfr. Agudelo (2014, pp. 121-122) y también García (2000, pp. 171-175).

¹¹³ Y en este punto resulta muy importante aclarar que no se hace alusión, de manera simplista y reduccionista, únicamente al nacional-socialismo alemán y sus actos censurados a lo largo del tiempo, sino en general, a todas las naciones de los bandos en contienda involucrados en las dos guerras mundiales, pues horrores hubo en ambas y de parte de todos los países combatientes; por ejemplo, en la Primera Guerra Mundial, la utilización de sustancias químicas y gases venenosos, o la aberrante y vergonzante guerra de trincheras (recordar la infame batalla de Verdún); o en la Segunda Guerra, la invasión de China a manos de los japoneses y los actos inhumanos que cometieron los segundos contra los primeros; así como la brutal, innecesaria e inhumana destrucción de la ciudad alemana de Dresde por parte de la Real Fuerza Área Británica (RAF) y las Fuerzas Áreas del Ejército de los Estados Unidos de Norteamérica (USAAF), o la detonación de las bombas atómicas por parte de las fuerzas militares norteamericanas sobre las ciudades civiles japonesas de Hiroshima y Nagasaki -únicos ataques nucleares de la historia de la humanidad-, o la masacre de Biscari perpetrada por los aliados contra prisioneros de guerra desarmados e indefensos; entre muchos más actos que se cometieron bajo la excusa de defender una bandera y un determinado “orden jurídico”, y que se constituyen, todos ellos, en vergonzantes afrentas contra la humanidad entera. Para

a la arbitrariedad gubernamental, como exigencia en términos de justicia material, toda vez que ésta -la justicia material- es el presupuesto básico para contar con una sociedad ordenada y una convivencia pacífica¹¹⁴, se trata de un bien superior sin el cual dicha sociedad termina por corromperse (Guarín y Aldana, 2016, pp. 14, 20-21); y a tal efecto, requiere entonces de un poder judicial que, por medio de sus providencias, proteja los derechos de las personas: allí encuentra una fuente de legitimación esa función judicial, pues en la medida en que materialice y efectivice el derecho y, por ende, la justicia, sus decisiones serán más correctas y, como resultado de ello, permitirá la realización del Estado mismo y de la sociedad (Guarín y Aldana, p. 21).

También se ha sostenido, como ya lo hemos reiterado *supra*, que la administración pública, como parte que es del Estado, tiene como fundamento y fin la realización o consecución de los intereses generales¹¹⁵, del “bien común” (Guarín y Aldana, 2016).

En este sentido, la realización de esos fines del Estado y la satisfacción del interés público constituye el componente ético de todo Estado Social y Democrático de Derecho, y por tanto, condiciona su actividad (Habermas, 1988, pp. 38-45), de allí que la administración, al momento en que toma una decisión determinada o expide un acto, cualquiera que sea éste y la naturaleza de su motivación o finalidad, no puede desconocer o atentar contra ese basamento ético social y estatal, y además, debe estar suficientemente sustentada esa decisión en cuanto a su razonabilidad, para que no se presente como caprichosa, como “fruto de la simple y desnuda voluntad” (García, E.; 2000, p. 159)¹¹⁶, pues en ese caso estaría desplegándose una actividad del

ahondar en cada uno de los hechos mencionados, y en otros más, cfr., Hernández (2008 y 2018), Irving (2010), Padró (2006) y Peñas (2008).

¹¹⁴ Y, bueno es recordarlo, como acertadamente sostiene Luhmann, la paz es condición de posibilidad del derecho (Luhmann, 2003, p. 294).

¹¹⁵ Cfr., Castaño y Pinilla (2019, p. 59), Dromi (1983, pp. 22-23), García E. (2000, pp. 103-105), García-Maynez (2010, pp. 139-140), Jiménez (2013, pp. 117-119, 127-128) y Saavedra (2008, pp. 193-194).

¹¹⁶ En el mismo sentido, Orellana (2015, pp. 64-67).

Estado extraña a sus propios fines y, en consecuencia, procedería la anulación de un acto así (Sayagués, 1974, pp. 406-409).

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, y si consideramos que hay quienes afirman que una de las principales formas en que el Estado se relaciona con la sociedad es a través del autoritarismo (Rodríguez, 2017, p. 88)¹¹⁷, resulta entonces incuestionable que el control jurisdiccional a la administración se constituye en pieza fundamental, como piedra de toque, dentro de un auténtico Estado Social y Democrático de Derecho, al ser un mecanismo de protección de la democracia y de los derechos de los asociados y una garantía en la consecución de sus fines, en la medida en que sirve de herramienta de corrección que evita la arbitrariedad en el ejercicio del poder (Castaño y Pinilla, 2019, pp. 125-127; García, E, 2000, pp. 62-134; Ortigón, 2010, pp. 9, 82) y conduce la actividad pública a la obtención de sus fines esenciales, que es la razón de ser de su institución.

A tal propósito, y en virtud además de las corrientes del nuevo derecho y el fenómeno de la constitucionalización que éste comprende¹¹⁸, el juez adquiere un rol trascendental, pasa de ser un mero aplicador de la norma jurídica¹¹⁹ a desempeñar un papel activo, creador del derecho, que funciona como garantía y como límite a los otros poderes públicos: es precisamente en este punto donde se evidencia el carácter pro-democrático de esta labor de control por parte del juez, al ser un mecanismo de perfeccionamiento de la misma democracia en la medida en que el examen que hace de la actividad de la administración, y del ejercicio del poder público en general, se enmarca

¹¹⁷ Coincidente con esta afirmación, Foucault, quien además señala que “la vocación del Estado es ser totalitario” (2012, p. 51).

¹¹⁸ Para un desarrollo más completo de lo que implican estos conceptos de “nuevo derecho” y el fenómeno de su constitucionalización, así como el papel fundamental del juez en ese ámbito, cfr., Ferrajoli (2010, p. 209), García E. (2000, pp. 62-75, 126-134), López (2002, pp. 137-204) y Zagrebelsky (1995, pp. 131-153); entre otros más.

¹¹⁹ El antiguo *boca de la ley* (Castaño y Pinilla, 2019, p. 70; Malagón, 2005, p. 179; 2007, p. 38).

con precisión dentro de los fines del Estado y la satisfacción del interés general, como se expuso líneas atrás¹²⁰.

Bajo ese contenido axiológico y teleológico, ya ninguna norma, mandato o acto puede escapar al control que debe hacer el juez¹²¹. Sobre este aspecto, Dromi (1983, p. 193) anota que “la jurisdicción debe actuar siempre como poder, porque tiene a su cargo como tal la guarda de la soberanía del pueblo, la custodia de la supremacía constitucional, la tutela de los poderes constituidos y la protección de los derechos reconocidos”, de allí que el poder judicial deba obrar “como ‘poder de control’ de toda la actuación del Estado a efectos de reprimir los desbordes de la institucionalidad, y rectificar, si fuere necesario, el rumbo de la comunidad” (p. 194).

Así, es de la naturaleza propia de un Estado democrático de Derecho el reclamar que el juez se convierta en fiscalizador absoluto de la constitucionalidad de todo el actuar estatal, y que una pretensión encaminada a restringir, limitar o excluir esa facultad del poder judicial respecto del control a la administración, pone en serio riesgo precisamente el principio de separación y equilibrio de poderes y la existencia y estabilidad misma de todo el Estado (Dromi, 1983, pp. 193-198). Como acertadamente anota el maestro Eduardo García de Enterría: “[n]ingún régimen autoritario facilita el control judicial de sus actos, ninguno tampoco reconoce siquiera la legalidad

¹²⁰ Al respecto, cfr., Castaño y Pinilla (2019, pp. 65, 70-73), García E. (2000, pp. 66-75, 111, 121-126), García L. (2014, pp. 84, 95-96) y Sayagués (1974, pp. 406-409). Sobre el papel del juez en la búsqueda de la justicia, su rol activo en los procesos judiciales, el deber de hacer primar el derecho sustancial sobre el procedimental y su misión de efectivizar la justicia material, cfr., Corte Constitucional, sentencias T-429 de 1994, T-1306 de 2001, T-264 de 2009, T-213 de 2012, T-352 de 2012, T-618 de 2013, SU-768 de 2014, T-339 de 2015 y C-086 de 2016, entre otras. Así, ha señalado el Máximo Tribunal de lo Constitucional que el juez, al momento de decidir, debe tener en cuenta las consecuencias de dicha decisión, ya que ésta “debe implicar y significar una efectiva concreción de los principios, valores y derechos constitucionales” (T-618/13).

¹²¹ Cfr., Dromi (1983, pp. 191-194), Ferrajoli (2010, pp. 208-209, 212), García E. (2000, pp. 121-134, 143-153, 159-163), Penagos (2008, t. 2, pp. 721-723, 731) y Zagrebelsky (1995, pp. 147-150). A propósito, señala Ferrajoli en la cita consignada que ese nuevo papel que desempeñan los jueces dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho se traduce en “la defensa de la legalidad frente a la criminalidad del poder” (p. 212).

como un límite y los derechos de los ciudadanos, base de ese control, como obstáculos a su omnipotencia” (García E., 2000, pp. 39-40)¹²².

Puestas de ese modo las cosas, y dentro del contexto de las nuevas corrientes del derecho y su interpretación a que se ha hecho alusión, la labor del juez lo llevan a tener que adentrarse en la revisión completa de toda la actividad pública y, al momento de resolver los casos que llegan a su conocimiento, no sólo operar como administración negativa sino eventualmente tener que adoptar medidas que corresponderían en principio a la administración, con el fin único y exclusivo de satisfacer las necesidades del caso y materializar los principios o derechos en juego, es decir, con miras a la consecución de los fines del Estado (Bermúdez-López, 2013, pp. 74-76, 80).

Como sostiene Gordillo (2014, pp. 374, 379-380): “los jueces deben decidir jurídicamente las cuestiones políticas”¹²³, en atención a que resultaría abiertamente cuestionable y absurdo, además de injustificable desde todo punto de vista, contemplar la posibilidad de que un juez verifique la ilegalidad o inconstitucionalidad de un acto expedido por la administración, pero que deba

¹²² Sobre este aspecto, bien vale la pena citar *in extenso* al maestro García de Enterría (2000): “En definitiva, un control judicial de la discrecionalidad, y en particular el que abre -y obliga- el principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad, ni es abrir la posibilidad a una libre estimación alternativa por los jueces a las estimaciones discrecionales que en virtud de la Ley [sic] corresponde legítimamente hacer a la Administración [sic], ni supone un desconocimiento de la función política que dentro del conjunto constitucional de poderes corresponde a ésta. Es, sencillamente, hacer efectiva la regla no menos constitucional de la vinculación de la Administración a la Ley y al Derecho (...) así como la de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (...) Estos [los jueces] no suplantán, pues, a través de ese control, la función propia de los órganos políticos y administrativos, sino que atienden a que la actuación de éstos se mueva en el espacio preciso en que la Constitución les ha situado: dentro del espacio delimitado por la Ley y el Derecho” (pp. 151-152).

¹²³ Incluso, hay quienes afirman que la función judicial, y los jueces en sus decisiones de manera particular, por contraproducente que pueda parecer, no son -ni pueden serlo jamás- ajenos a la política, en lo que se denomina “el mito de la apoliticidad de la administración de justicia” (Santos, 1998, pp. 208-211). Para profundizar en éste y otros temas de gran trascendencia en cuanto al papel de los jueces en una sociedad, la visión y construcción de una democracia actual para la periferia, y el papel de la sociedad civil en el Estado y su control, desde el campo de la sociología jurídica con una visión crítica, cfr., Santos (1998). Apuntando a la misma conclusión, pero desde una construcción teórica diferente, cfr., Agudelo (2014), quien afirma que la posibilidad de que el juez pueda intervenir y participar en el control de la administración, en aquellos asuntos que llama “cuestiones políticas justiciables”, resulta absolutamente indispensable y valioso, pues se convierten, los jueces en esa función, en “promotores de políticas públicas” acordes con una democracia real y que, por contera, permiten lograr su materialización y efectivización (p. 120).

abstenerse de declarar su nulidad¹²⁴. En sentido similar Dromi (1983, p. 37), quien señala que un ordenamiento jurídico que no permita la posibilidad de revisar y controlar los actos que emanan de la administración, o cuando menos no desde la óptica de la defensa de los derechos y garantías de las personas sino únicamente en defensa del propio sistema, es característico de un estado autocrático, no de uno democrático.

En conclusión, podemos afirmar que, dentro de un Estado enmarcado en los postulados de una democracia liberal, constitucional y garantista, de corte social y prestacional como lo es el colombiano¹²⁵, el poder de los jueces, esto es, el que deriva del ejercicio de las funciones que constitucional y legalmente le han sido asignadas, se constituye en una forma de lograr el equilibrio material de los poderes públicos y, en particular, de controlar eficazmente la actividad de la administración, de los gobernantes: al resolver la tensión que pueda surgir entre la democracia -a la que representa la administración y, por ende, que se constituye en un “poder mayoritario”- y los jueces -considerados a su turno, como un “poder contra-mayoritario”- se fortalece la democracia y, por contera, permite la realización plena de un auténtico y material Estado Social y Democrático de Derecho (Agudelo, 2014, p. 127)¹²⁶.

¹²⁴ De hecho, una situación así claramente no resistiría un control de convencionalidad, en atención a que se estaría cercenando de entrada una de las principales garantías procesales reconocidas a nivel mundial, cual es, la de acceso a un amparo o recurso judicial efectivo, que se halla consagrada en múltiples instrumentos internacionales de derechos humanos, entre ellos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 18), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 8) y la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 8 y 25), y así ha sido entendido, declarado y exigido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), entre otras, en las siguientes sentencias: caso Gelman vs. Uruguay (24 de febrero de 2011), caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala (4 de septiembre de 2012), caso Gudiel Álvarez y Otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala (20 de noviembre de 2012), caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia (30 de noviembre de 2012), caso Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs. República Dominicana (28 de agosto de 2014), caso Rochac Hernández y Otros vs. El Salvador (14 de octubre de 2014), y caso Chinchilla Sandoval y Otros vs. Guatemala (29 de febrero de 2016). Coincidente con esta posición, sostiene Gordillo: “Pretender que de [la constitución] pueda desprenderse fundamento alguno para la privación de justicia [al ciudadano] es absurdo” (2014, p. 357).

¹²⁵ Al respecto, cfr. Corte Constitucional, sentencias T-401 de 1992, T-406 de 1992, C-542 de 1993, T-090 de 1994, C-045 de 1998, C-521 de 1998, T-556 de 1998, T-587 de 1998, C-1287 de 2001, T-881 de 2002, C-1125 de 2008 y C-879 de 2011; entre otras más.

¹²⁶ Frente a esta aparente e irreal disyuntiva, sostiene este autor que “la tensión entre democracia y jueces centra el debate en la separación de poderes” (Agudelo, 2014, p. 119) y, al disolver dicha “tensión”, se materializa un

Esta labor que adelantan los jueces al revisar los actos de la administración, del gobierno, verificando su conformidad con el derecho, es precisamente una materialización de los principios democráticos; constituye la esencia de un sistema que apunta a la consecución de los fines del Estado, la prevalencia del interés general y la defensa y realización de las personas y de sus derechos y garantías; y el camino hacia la transformación de la sociedad misma, a efectos de permitir el avance que necesariamente debe seguir sucediendo, para lograr llegar a estadios cada vez más superiores, de bienestar y desarrollo general, al que indudablemente debemos propender y esforzarnos por alcanzar. Por tanto, lejos de resultar lesivo para la democracia o para la institucionalidad o el buen funcionamiento del Estado, el papel del juez y su potestad de revisar, sin ninguna restricción, las actuaciones de la administración, del gobierno, constituye base fundamental para fortalecer el sistema y lograr ese avance necesario.

* * *

Evacuada de manera completa y satisfactoria toda la labor de fundamentación de carácter iusfilosófica-política, base necesaria a efectos de lograr sustentar la hipótesis de trabajo planteada, es momento entonces de pasar al aspecto final y definitivo de la investigación que nos ocupa: el control judicial integral de los actos políticos o de gobierno dentro del marco de nuestro actual Estado Social y Democrático de Derecho, cuestión que vamos a adelantar de inmediato, en el capítulo que sigue.

auténtico equilibrio entre poderes, eso sí, con la advertencia de que el juez “no se debe oponer al querer del legislador sino impedir que lo no pensado por el legislador menoscabe los principios constitucionales” (p. 123).

Capítulo 3:

El control judicial integral de los actos políticos o de gobierno dentro del Estado Social y Democrático de Derecho colombiano

Luego de evacuada toda la labor que antecede, y que nos permitió descender hasta el fundamento del control judicial a la administración, debemos entonces ahora especificar un poco más nuestro trabajo a fin de llegar al tema puntual de la investigación que nos propusimos desde el inicio, cual es, determinar la posibilidad de ejercer un control judicial integral sobre los actos políticos o de gobierno dentro de nuestro actual Estado Social y Democrático de Derecho, así como la forma en que ello podría llevarse a cabo.

En éste, el último capítulo de nuestro trabajo investigativo, procederemos a desarrollar ese propósito y a elucidar la pregunta de investigación, con lo cual podamos satisfacer el objetivo general formulado, y posteriormente, en el acápite correspondiente y a modo de propuesta, procederemos a esbozar unos mecanismos procedimentales que permitan no sólo a nivel teórico sino práctico, de cara a la labor de la administración de justicia -de las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa-, materializar y hacer efectivo dicho control integral a aquellos actos que contienen un elemento decisonal político, y en general, a toda la actividad pública, de la administración, del Estado.

Así pues, vamos ahora a resolver en concreto aquel problema investigativo y corroborar la validez de la hipótesis de trabajo con que hemos adelantado toda esta labor hasta ahora, descendiendo todo ese basamento conceptual que hemos desarrollado a nuestra realidad jurídica, tanto de orden normativo como jurisprudencial.

3.1. Fundamentos conceptuales del control judicial de los actos políticos o de gobierno

Para iniciar la fundamentación conceptual requerida que nos permita sostener con convicción la posibilidad -y necesidad- de poder ejercer el control judicial integral de los actos políticos o de gobierno, hemos de partir de dos premisas esenciales que ya hemos referido con antelación: en primer lugar, que el ejercicio del poder político, de la política -de las decisiones políticas, diríamos nosotros- encierra de alguna manera o en cierto grado, siempre, unas más que otras, un carácter arbitrario (Luhmann, 1995, p. 121; 2003, pp. 291-308; Rodríguez, 2017, p. 85); y si a ello sumamos la vocación totalitaria o de dominación del Estado, en particular en sus relaciones con la ciudadanía (Foucault, 2012, pp. 50-51; Santos, 1998, pp. 150-152), podemos evidenciar y concluir entonces, tal y como se hizo en el excurso al inicio del capítulo anterior, la necesidad de implementar un mecanismo o alternativa que sirva de barrera contra dicha posibilidad de un ejercicio arbitrario o ilegal del poder político (interdicción a la arbitrariedad de la administración) y de protección y defensa de los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos, como sujetos individuales y como colectivo social (responsabilidad de la administración).

Teniendo en cuenta dicho punto de partida y la cuestión que plantea, claramente debemos llegar a una segunda conclusión: ese mecanismo o alternativa que, institucionalmente y conforme al derecho, puede ejercer esa doble inmunidad o protección no es otro -ni puede serlo- que el poder judicial, la función judicial, en especial la que se lleva a cabo dentro de la jurisdicción constitucional y la contencioso-administrativa: la primera, en cuanto que resulta evidente que ningún acto, actuación o decisión, así sea política, puede contravenir los mandatos constitucionales¹²⁷; la segunda, pues la doctrina ha sentado de vieja data que es el derecho administrativo el que, por excelencia, ha servido de herramienta en la lucha permanente por

¹²⁷ Artículo 4 de la Constitución Política colombiana.

controlar precisamente el ejercicio del poder público y de las potestades discrecionales de la administración (Cordón, 2003, p. 143; Dromi, 1983, pp. 30-31, 170-171; García, 2000, pp. 31, 110-112, 121-159; García y Fernández, 2002, t. 1, pp. 454-486; Gordillo, 2014, pp. 357, 374, 379-380; Kelsen, 1934, pp. 106-107; Luhmann, 2003, p. 94; Malagón, 2007, p. 19; Mejía, 1997, pp. 63-64).

Ahora bien, con base en las dos conclusiones anteriores, y si resulta evidente que todas las actividades del Estado son susceptibles de causar daños o lesionar los derechos de los administrados, actividad general que por supuesto abarca el ejercicio de funciones administrativas y políticas (Rojas, 2015, p. 435)¹²⁸, entonces la cuestión se debe centrar en cómo establecer la manera en que se pueda evitar a toda costa que surjan o se presenten zonas o ámbitos vedados o inmunes al control judicial, dado que ello fácilmente, y más temprano que tarde, termina por ser germen o semilla de arbitrariedad y abuso¹²⁹. En palabras de los maestros Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, al referir la inconveniencia de defender una tesis que permita alguna inmunidad al ejercicio de las potestades discrecionales: “ello equivaldría a consagrar una verdadera patente de corso en favor de los despachos administrativos” (García y Fernández, 2002, t. 1, p. 448)¹³⁰.

¹²⁸ Lo que, de hecho, sustenta la teoría de la responsabilidad del Estado legislador y la originada por la expedición de actos administrativos que, aun cuando legales, sus efectos llegan a causar agravio a los asociados. Cfr. Ruiz (2010, 2015) y Saavedra (2008).

¹²⁹ Como muy acertadamente sostiene Luhmann (2003): “Desde la mirada del sistema del derecho y desde su función, no debe haber espacios que no estén ocupados por el derecho, ninguna situación que el derecho no pueda cubrir, ningún enclave arbitrario y violento” (p. 302).

¹³⁰ Para los autores, y es posición que se comparte desde nuestra orilla, existe una diferencia sustancial entre el ejercicio de la discrecionalidad legítima y la arbitrariedad prohibida, que se encuentra contenido en el siguiente postulado: “proscripción formal de un tipo de mando, de poder, entendido como simple expresión de la voluntad y la fuerza de quien lo detenta [...] de lo que sigue necesariamente la exigencia imperativa e inexcusable del fundamento adicional de la razón para toda decisión en la que el poder se expresa”, así, se puede establecer que el único poder legítimo desde una perspectiva constitucional y garantista es aquel que demuestra que cuenta con razones suficientes, justificables, plausibles, de racionalidad y razonabilidad. A ese efecto, la labor que se exige al juez es “verificar si en el ejercicio de su libertad decisoria la administración ha respetado u observado -o no- los límites con que el derecho acota esa libertad” (García y Fernández, 2002, t. 1, pp. 479-481). Coincidente con esta postura, Cordón (2003, pp. 149-169) y Dromi (1983, pp. 30-31, 170-171).

En efecto, y como lo hemos referido *supra*¹³¹, si el acto político o de gobierno se erige como el último reducto que le queda al capítulo de las inmunidades del poder, y consideramos que se trata -junto con el concepto de razón de Estado- de “residuos del absolutismo” (Ferrajoli, 2010, pp. 208-209; Luhmann, 2003, p. 313)¹³², entonces el derecho, y de manera específica el derecho administrativo, tiene como tarea principal el de juridificar ese último reducto (García y Fernández, 2002, t. 1, p. 458), imponiéndole los límites que se deriven del ordenamiento jurídico -de la ley, la constitución y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos- y aún más importante, ejerciendo su revisión y control en sede judicial, en defensa de ese ordenamiento jurídico y de los derechos de los asociados¹³³.

Desde un análisis diferente, que nos permite llegar en todo caso a la misma conclusión, el profesor Agustín Gordillo señala, respecto de la posibilidad de revisar y controlar judicialmente los actos políticos o de gobierno, que afirmar lo contrario, esto es, que la administración pueda estar facultada para tomar una decisión y expedir un acto frente al cual no quepa la posibilidad de ser revisado en sede judicial, sería sostener entonces, nada más y nada menos, que la propia administración se constituye en esa instancia judicial, al ser ella la única en posibilidad de “revisar” su propio acto -si así lo quisiera hacer- y variar la decisión allí contenida; con lo cual, ahí sí, de manera evidente, se rompería con el principio de separación de poderes (Gordillo, 2014, t. 2, p. 359) al arrogarse esa función de ser “instancia judicial”, vulnerando con ello normas de rango supraconstitucional, de carácter vinculante y obligatorio, al tratarse de instrumentos

¹³¹ Páginas 18-19, 39.

¹³² Señala Ferrajoli (2010): “Toda la historia del derecho puede ser entendida como la progresiva minimización del poder por medio de la regulación jurídica” (p. 208); asimismo, Luhmann (2003) afirma con gran precisión: “Ya en la antigua doctrina de la razón de Estado se le había concedido al príncipe violar el derecho y esta violación dejarla pasar por alto (impune), en interés de conservar su poder y, con ello, la paz” (p. 313).

¹³³ Como lo anota Córdón (2003), el control judicial a la discrecionalidad es un “tema clásico del Derecho Administrativo”, de allí que la evolución de esta rama del derecho (el administrativo), señala el autor, se pueda considerar como “la lucha por eliminar las zonas de la actuación administrativa exentas de control jurídico” (p. 143).

internacionales sobre derechos humanos, como lo son la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), que en sus artículos 18, 8 y 8 y 25, respectivamente, consagran esa garantía judicial a favor de los habitantes de la región y que los Estados parte de dichos instrumentos se encuentran obligados a proteger y efectivizar.

Así las cosas, tenemos ya suficientemente claro que no puede haber actuación alguna del Estado, de la administración, ni siquiera frente a decisiones de carácter político, que puedan estar por fuera del marco jurídico -legal, constitucional y convencional- y, en virtud de ello, debe existir la posibilidad de que, en todo caso, en cualquier momento o lugar, la ciudadanía pueda controvertir dichas actuaciones, para lo cual es la administración de justicia la llamada a llevar a cabo dicha labor de revisión, control o escrutinio, dentro de los principios que enmarcan los Estados ordenados bajo la fórmula democrática y de sujeción al derecho y a la legalidad, con un componente ético social y prestacional, cuyo eje y fin constituye la persona humana y su proyecto de vida, así como la sociedad y el entorno que la rodea.

En consecuencia, la tarea que debemos adelantar enseguida es, de manera muy concreta, caracterizar la naturaleza de nuestro ordenamiento jurídico bajo la égida de la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho, es decir, qué efectos o consecuencias tiene tanto para el sistema jurídico en general, como de cara a los actos políticos o de gobierno en particular, el que la ordenación de ese sistema jurídico se encuentre imbuido y determinado por dicha fórmula y supra-principio, y con base en ello, evidenciar en dónde radica la posibilidad de defender la tesis del control judicial integral a dichos actos políticos o de gobierno.

3.2. Procedencia del control judicial integral de los actos políticos o de gobierno dentro del marco jurídico del Estado Social y Democrático de Derecho colombiano

Para lograr abordar de manera precisa, concreta y bien ordenada la labor que en este momento debemos presentar, se va a efectuar en dos secciones: la primera, referida a la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho y sus efectos sobre el ordenamiento jurídico colombiano; y la segunda, donde se determinará la posibilidad de ejercer el control judicial integral sobre los actos políticos o de gobierno, atendiendo precisamente a ese marco jurídico impregnado por el *telos* que deriva de la cláusula ya mencionada.

3.2.1. El marco jurídico de la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho y su poder de ordenación de todo el sistema jurídico colombiano.

La cláusula o principio fundante de nuestro Estado colombiano se encuentra consagrada de manera expresa en el artículo primero de la propia Constitución Política de 1991, que a la letra reza:

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

[Subrayas fuera de texto, para resaltar].

Como se observa, resulta clara y contundente la calificación y orientación que quiso hacer el constituyente primario del Estado colombiano como uno *social y de derecho*, imprimiéndole el carácter de democrático y pluralista, así como garantista, prestacional y abiertamente antropocentrista, lo cual es recogido en otras disposiciones de la misma Carta Fundamental, entre ellas, su Preámbulo, en donde además de reiterar su estirpe democrática, señala como *deber ser*

de todo el andamiaje estatal, la “[garantía de] un orden político, económico y social justo”, lo que resulta de la esencia de una organización política de tal linaje.

Asimismo, el artículo segundo, que recoge los fines del Estado colombiano, se caracteriza por describir un *telos* acorde con la filosofía que encierra dicha cláusula fundante, entre ellos, el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general, la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en el texto constitucional; el aseguramiento de la vigencia de un orden justo; la garantía en la protección, a todas las personas, de todos sus derechos y libertades; y el cumplimiento de los deberes sociales a su cargo.

Finalmente, a nivel constitucional, los artículos 93 (bloque de constitucionalidad) y 94 (ampliación de derechos) terminan por ratificar su impronta progresista y profundamente axiológica y teleológica, al establecer que, en todo caso, el texto constitucional, en materia de derechos, principios y libertades, se debe integrar e interpretar de conformidad con los instrumentos internacionales que sobre la materia suscriba y ratifique el Estado colombiano, los que se entienden incorporados implícitamente a nuestro ordenamiento jurídico.

Descendiendo un poco más, en el nivel normativo legal, el impacto de la cláusula de “Estado Social y Democrático de Derecho” es fundamental y, para el ámbito del derecho administrativo que es lo que interesa a nuestra investigación, específicamente al objeto y propósito que hemos formulado desde el inicio, cual es, establecer la posibilidad de ejercer un control judicial integral sobre los actos políticos o de gobierno, el marco legal en el que se puede observar la influencia de dicho supra-principio lo podemos evidenciar, directamente, en la Ley 1437 de 2011 -por la cual se expidió el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)-, particularmente en su artículo primero, que señala los fines de los procedimientos administrativos, entre ellos, la protección y garantía de los derechos y libertades de las personas, la prevalencia de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución, el

cumplimiento de los fines del Estado, el principio democrático en el funcionamiento de la administración, entre otros; el artículo segundo, al establecer el ámbito de aplicación de las reglas contenidas en esa codificación, incluyendo a todas las autoridades que funcionan en nuestro Estado colombiano; el artículo tercero, que fija los principios que deben orientar la actividad de la administración, entre éstos, el del debido proceso, de imparcialidad, de transparencia y de publicidad (numerales 1, 3, 8 y 9, respectivamente); y los artículos quinto, séptimo y octavo, que recogen los derechos de los ciudadanos cuando actúan frente a las autoridades, los deberes de éstas frente a aquéllos y el deber específico de información al público, respectivamente.

Todas estas disposiciones normativas contenidas en lo que configura el marco jurídico de la administración, y cuya finalidad y esencia emanan de los postulados constitucionales y de la cláusula fundante que encierra el axioma de “Estado Social y Democrático de Derecho”, nos permiten determinar, con total claridad, la especial sujeción que todas las autoridades públicas, en todas sus actuaciones y sin importar la clase o naturaleza de éstas -lo que incluye, por supuesto, las de carácter político decisonal- deben observar y atender respecto de ese ámbito y marco normativo constitucional y legal. Desde una argumentación de enfoque negativo, podemos establecer que el desviarse o desatender tales fines, propósitos y principios fundantes, puede dar lugar a la revisión y corrección de tal actuación irregular y hacer al funcionario responsable por una situación así, e incluso, llegar a comprometer la responsabilidad misma de la administración por los perjuicios que pudiera ocasionar.

Y a tal punto llega la vinculación de la administración con esos postulados y principios, al momento de manifestar su voluntad o tomar alguna decisión, así sea de carácter político-decisional, que precisamente dicho estatuto prevé en su artículo 93, como causales expresas de revocación directa de los actos administrativos, no sólo a petición del interesado sino que incluso de oficio, cuando dicho acto, decisión o manifestación de voluntad sea manifiestamente contrario

“a la Constitución Política o a la ley”, o cuando con ellos “se cause agravio injustificado a una persona”.

Ahora bien, en cuanto al ámbito de la jurisprudencia constitucional frente al principio fundante que venimos haciendo referencia, podemos señalar que, evidentemente, se trata de una construcción que ha sido asumida sólida y decididamente por parte de la Corte Constitucional, quien en una línea bien nutrida y definida ha precisado el alcance, contenido y efectos de dicho supra-principio, así como sus efectos y consecuencias frente al margen de actividad e interpretación que deben hacer todas las autoridades públicas en todas sus actuaciones, lo que cobija, obviamente, a aquellas que tienen a su cargo la toma de decisiones de carácter político y la eventual expedición de actos con un contenido de esa naturaleza.

Para efectos de desentrañar y extraer dicha línea jurisprudencial, llevamos a cabo una labor como la que acertadamente propone López (2002; pp. 64-85), y en ese orden de ideas, como “punto arquimédico” (p. 70) hemos identificado la sentencia T-622 de 2016 de la Corte Constitucional, en donde, al tratar el tema de la afectación de los derechos de unas comunidades étnicas por la explotación minera ilícita o sin control de las autoridades, hace no sólo un estudio de los deberes del Estado frente a dicha problemática, sino bien importante, realiza un recuento histórico de la conceptualización y caracterización que la aludida cláusula de “Estado Social de Derecho” ha tenido dentro de la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal de lo Constitucional.

Es así como, haciendo la “ingeniería reversa” a que hace referencia López (2002, pp. 71-73), encontramos como sentencia “fundadora” (pp. 67-68) la T-406 de 1992; y como “nicho citacional” (pp. 71-73), confirmadoras de las reglas establecidas en la sentencia fundadora aludida, las sentencias T-505 de 1992, T-124 de 1993, T-056 de 1994, T-230 de 1994, C-179 de 1994, T-309 de 1995, T-477 de 1996, SU-111 de 1997, C-237 de 1997, SU-747 de 1998, C-836 de 2001, C-1064 de 2001, C-569 de 2004, T-792 de 2005 y C-367 de 2006.

Todas estas sentencias tienen, como elemento común y nota característica, que definen el alcance del Estado Social de Derecho como noción fundante del Estado colombiano, su naturaleza de “principio cardinal” de la Constitución y “base fundamental” de interpretación normativa (Arboleda, 2014), y como tal, que indudablemente nos permiten sustentar, con toda seguridad, una de las bases de comprobación de la hipótesis que en este trabajo se pretende demostrar¹³⁴: que no existe, dentro del ordenamiento jurídico colombiano y en virtud de la cláusula y principio fundante del “Estado Social y Democrático de Derecho”, ninguna autoridad ni actuación pública que pueda escapar o ser “impermeable” de lo que implica dicho postulado, y en consecuencia, que pueda llegar a desconocer o vulnerar los derechos y garantías contenidos en la Carta Fundamental y en los diversos instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado colombiano¹³⁵.

3.2.2. La posibilidad de control de los actos políticos o de gobierno dentro del marco jurídico general colombiano: los límites de la administración en la expedición de dichos actos.

Teniendo en cuenta todo lo que hemos desarrollado hasta el momento, podemos entonces señalar que, a no dudar, la administración ve acotada su potestad de expedir actos de naturaleza

¹³⁴ La primera base de comprobación, para ser más precisos, pues la segunda será, una vez acreditado que no puede haber ninguna actuación por fuera o que atente contra lo que implica este principio fundante, determinar qué sucede en el evento de que algo así llegare a ocurrir, particularmente, con un acto de contenido político decisional que vulnere el ordenamiento jurídico o los derechos de los administrados, situación que se abordará en el acápite siguiente.

¹³⁵ En ese sentido, Penagos (2008) sostiene que en nuestro ordenamiento jurídico no resulta posible que la administración profiera un acto administrativo que “contradiga los principios del Estado Social de Derecho” (t. 1, pp. 33-34). Como bien lo señala la Corte Constitucional en la sentencia C-179 de 1994 citada, al referirse al contenido y alcances de la cláusula de Estado Social de Derecho, la que hace consistir, en su acepción más elemental, como “el imperio del Derecho y, consecuentemente, la negación de la arbitrariedad”.

política en virtud de todo ese marco jurídico al que se encuentra irrestrictamente sometida, tanto de orden interno -princiando por la misma Constitución- como de carácter convencional.

A tal efecto, tenemos varias limitantes específicas dentro del marco concreto de la actividad de la administración, entre ellas, de nuestra Constitución Política, de donde podemos resaltar el artículo 6°, que señala el ámbito de responsabilidad de los servidores públicos por infringir la Constitución y las leyes, así como por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; el artículo 209, que establece que la función administrativa “está al servicio de los intereses generales (...)”; e incluso podemos referir el artículo 40 numeral 6°, que establece que el control político al Estado y a la administración se encuentra radicado, principalmente, en cabeza de la ciudadanía, y que una de las formas en que puede llevarse a cabo activamente es por medio del ejercicio de las acciones (judiciales) públicas “(...) en defensa de la Constitución y de la ley”. Sobre este último aspecto, resulta importante poner de presente lo que la Corte Constitucional ha señalado, y en sentencia T-405 de 1996, reiteró dicha potestad y función que se encuentra establecida a favor de los asociados.

Además de lo anterior, y respecto a la sujeción de las autoridades a la Constitución y la ley en el ejercicio de sus funciones y en la expedición de actos administrativos, la Corte Constitucional también ha sido enfática en ello sin establecer ninguna distinción o excepción al respecto, señalando de manera tajante que, en nuestro ordenamiento jurídico, no existen ni pueden existir actos que no estén sujetos a control jurídico (Corte Constitucional, Sentencia C-802 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño, 2 de octubre de 2002).

Finalmente, dentro de esa posibilidad de revisar y controlar judicialmente los actos políticos y de gobierno en nuestro ordenamiento jurídico, como marco normativo al respecto, no podemos dejar a un lado un par de disposiciones que, quizá de manera más directa e incuestionable, abre esa posibilidad y elimina cualquier asomo de restricción de la función judicial en tal labor, y son

las que se encuentran contenidas en la Ley 1437 de 2011 (CPACA), una, en su artículo 44, que establece el límite al ejercicio de las facultades discrecionales radicadas en cabeza de la administración; y otra, la más importante, en el artículo 104 numeral 5°, que señala de manera expresa y taxativa que la jurisdicción de lo contencioso administrativo “está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en (...) 5. (...) actos políticos o de gobierno”.

Así las cosas, y con todo lo que hemos podido desarrollar hasta el momento, queda establecida de manera categórica la comprobación de la hipótesis que formulamos para adelantar la presente investigación, y con lo cual cumplimos el objetivo propuesto con ella: en nuestro ordenamiento jurídico, en virtud de la consagración de la cláusula de “Estado Social y Democrático de Derecho” como principio fundante, criterio de interpretación y sistema de ordenación político-jurídico, no pueden existir actuaciones de la administración pública -y del Estado en general- que estén por fuera de ese marco jurídico y filosófico, ni siquiera cuando las autoridades actúan en ejercicio de sus potestades y facultades en materia de decisiones políticas, que puedan llegar a plasmar o materializar por medio de actos políticos, de gobierno, constitucionales, de poder, o como quiera llamárseles, pues, en todo caso, siempre han de estar sometidos al derecho, a los fines del Estado y de la función pública y administrativa, con miras a satisfacer el interés general, el bien común y las necesidades, derechos y garantías de los asociados y de la colectividad¹³⁶.

¹³⁶ Como afirma Hitters (2009, pp. 120-121, 124-125), el control a la administración se debe ejercer sobre cualquier regla que se expida dentro del ordenamiento jurídico, lo que obviamente incluye los actos administrativos, y dentro de éstos, por supuesto que los denominados políticos o de gobierno, y al respecto señala que ese control a la administración no sólo debe hacerse bajo un examen de constitucionalidad sino también de convencionalidad, esto es, las reglas o actos sujetos de revisión judicial deben ser examinados en cuanto a su conformidad, observancia y cumplimiento tanto del marco jurídico interno (constitucional y legal) como con los estándares y parámetros que resultan de la aplicación de los instrumentos de derecho internacional suscritos y ratificados por los Estados parte del respectivo convenio. En la misma línea, interesante análisis el que realizan Castaño y Pinilla (2019, pp. 31, 59-68, 125-140), quienes en una frase condensan acertadamente todo lo que hemos venido desarrollando: “La idea de

En virtud de lo anterior, y comoquiera que debe existir algún mecanismo que pueda garantizar ese sometimiento de la administración al derecho, es la función judicial, son los jueces de la República, los que están llamados a prestar esa labor en virtud de sus competencias y por la naturaleza misma de la actividad que desarrollan, y para tal efecto pueden -y deben- proceder a revisar las actuaciones de la administración para verificar si, en efecto, se ajustan al ordenamiento jurídico y a la finalidad que les corresponde, y en el evento de que evidencien que ello no es así, controlar y “sanear” tal actuación desviada, adoptando los mecanismos y correctivos que el propio ordenamiento jurídico prevé, no sólo como “administración negativa”, es decir, no limitarse única y exclusivamente a la anulación del acto viciado o irregular, sino que, de ser el caso, tomar la decisión que corresponda¹³⁷ y, por supuesto, adoptar las medidas tendientes a reparar de manera integral los posibles daños que dicha actuación desviada hubiere ocasionado¹³⁸.

Y lo anterior no cambia o amerita un análisis diferente si es que se llega a estar en presencia de un acto discrecional o de uno de carácter político o de gobierno, en absoluto, la sujeción al derecho y a los fines del Estado y de la función pública y administrativa en cabeza de la administración es categóricamente irrestricta y absoluta, y no permite excepción alguna, ni siquiera en esas materias -y en especial sobre esas materias- dada la posibilidad de que,

Estado Social de Derecho trae consigo, como principio estructural, la interdicción de la arbitrariedad y para ello es necesario que todo poder encuentre su límite, pues no existe poder sin control”. (p. 127).

¹³⁷ Sobre esta posibilidad, que ha generado controversia dentro del ámbito administrativista, nos referiremos en detalle más adelante, en el acápite propositivo de esta investigación (*infra*, p.139-140).

¹³⁸ Posibilidad indemnizatoria que se encuentra abierta y prevista expresamente en virtud del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-114 de 1999, el cual reza textualmente: “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad (...)”. Asimismo, frente al ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la Ley 1437 de 2011 (CPACA), en su artículo 138, establece: “Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo (...) podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo (...) y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño (...)”. Subrayas fuera de texto.

precisamente por su naturaleza, pueden ser fácilmente direccionadas por los intereses particulares de quienes detentan la potestad discrecional o decisional política -el poder, diríamos nosotros-.

* * *

Así pues, queda debida y completamente comprobada la hipótesis investigativa y, por contera, evacuados exitosamente los objetivos propuestos. Ahora sólo nos resta, a modo exploratorio, esbozar una manera o unos mecanismos procedimentales con los cuales la administración de justicia pueda, en efecto, llevar a cabo esa labor de control integral de la actuación de la administración, particularmente, de sus actos políticos o de gobierno, aspecto que constituye la labor propositiva de esta investigación y que, por tanto, vamos a desarrollar en un acápite aparte, luego de las conclusiones finales, que es lo que vamos a exponer a continuación.

Conclusiones

Una vez evacuado y desarrollado en toda su extensión el trabajo investigativo que nos propusimos adelantar desde el inicio, podemos extraer, a modo de conclusiones, los siguientes resultados e ideas generales:

En primer lugar, frente al diseño del trabajo investigativo, pudimos verificar que se cumplieron en su integridad los objetivos trazados con él: a través del desarrollo de la temática dentro de los capítulos que se estructuraron de manera lógica y ordenada, se fueron a su turno evacuando todos y cada uno de los objetivos específicos, lo cual permitió, al final de la labor, satisfacer el objetivo general de la investigación y, de paso, comprobar la validez de la hipótesis de trabajo establecida al inicio de ésta.

En efecto, el decurso de la labor que hemos presentado se encuentra constituido por unos hitos específicos y bien determinados, acordes con esos objetivos específicos: pudimos identificar y establecer, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, qué actos son categorizados como “políticos o de gobierno” y cuál es su estado o situación jurídica frente a la posibilidad de ser sometidos a revisión en sede judicial, de conformidad con la jurisprudencia tanto constitucional como contencioso-administrativa que existe al respecto.

Sobre este particular logramos evidenciar cómo, dentro de nuestro ordenamiento jurídico y en atención a ese estado jurisprudencial, Colombia se encuentra en una situación anacrónica, prácticamente como a principios del siglo antepasado, toda vez que de los seis tipos o clases de actos que vimos son considerados como políticos o de gobierno, tan sólo uno de ellos -el que declara los estados de excepción- es posible ser enjuiciado y revisado de manera integral, lo cual resulta inexplicable pues, según vimos también, no existe razón alguna dentro de nuestro ordenamiento jurídico y lo que implica nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, para

que los demás actos políticos o de gobierno no puedan ser igualmente controlados judicialmente de manera integral. Es decir, la situación en la que hoy en día se encuentra nuestro ordenamiento jurídico frente a la posibilidad de control de los actos políticos o de gobierno, es apenas el inicio de un largo camino que debemos recorrer y por el cual nos propusimos adelantar el presente trabajo, como impulso y motivación para llegar al otro lado de ese camino.

De otra parte -en segundo lugar-, vimos cómo la categoría o tipología de los actos políticos o de gobierno no encuentra realmente un fundamento sólido, no responde al resultado de un estudio jurídico profundo sobre la clasificación de los actos administrativos y su diferenciación a partir de elementos estructurales, características propias o asuntos inherentes a su naturaleza, sino que esta categoría obedece a una particularidad o necesidad históricas, simplemente en aras de otorgar al gobernante un margen de actuación exenta de control judicial por pura conveniencia de índole política, y por ello, incapaz de resistir un análisis o fundamentación rigurosos, mucho menos una justificación a la luz de la actualidad jurídica local y global.

Asimismo -en tercer lugar-, y luego de una detallada labor de análisis normativo y jurisprudencial de carácter constitucional y legal, pudimos establecer la naturaleza de la cláusula de “Estado Social y Democrático de Derecho” que caracteriza a nuestro Estado colombiano, y los efectos que para el resto del ordenamiento jurídico implica dicha cláusula y principio fundante, así como para la interpretación y aplicación de todo el sistema jurídico y, por supuesto, como criterio en la orientación de la actividad pública, de la administración, de los gobernantes, del Estado. A tal efecto, tuvimos que adentrarnos en la conceptualización e historia de la cláusula de “Estado de Derecho” y el paso que se hizo en la cultura occidental de los regímenes absolutistas a la instauración de las democracias de corte liberal, para desentrañar y verificar otro de los supuestos de comprobación de nuestra labor, cual es, el fundamento del control en el ejercicio del poder público y político a través del derecho, de la ordenación jurídica y orgánica del Estado y,

posteriormente, por los principios y fundamentos filosóficos en que se estructuran estas sociedades, en lo que significó otro paso en la evolución de los Estados y de sus ordenamientos jurídicos: de la cláusula de Estado de Derecho a la de Estado Social y Democrático de Derecho.

De ese modo, atendiendo a los fundamentos, fines y postulados de ese “Estado Social y Democrático de Derecho” que es nuestro Estado colombiano, logramos determinar con absoluta seguridad y precisión que, tal y como lo habíamos previsto y enunciado desde el diseño de nuestra investigación, más propiamente en la hipótesis de trabajo, la revisión y control integral de los actos políticos o de gobierno en nuestro ordenamiento jurídico, incluyendo, por supuesto, su componente o elemento decisonal político, más que una posibilidad se erige como un deber, como una obligación en aras de, precisamente, efectivizar y materializar todo ese basamento de orden ius-filosófico, axiológico y teleológico que se encuentra consagrado en nuestro texto constitucional y que, por ende, imbuye y orienta todo nuestro ordenamiento jurídico, con el fin de que toda actuación pública, toda decisión de los gobernantes, de la administración, obedezca y se ajuste a esa finalidad y contenido garantista, que tenga como cometido el bienestar general y pueda en todo caso ser sometida a escrutinio para validar esa finalidad y fundamento, como un “auditaje” que, en todo momento y en todo lugar, la ciudadanía pueda ejercer como una de las principales características de nuestra democracia participativa.

Con esa conclusión tenemos pues por atendido y satisfecho el objetivo general de nuestra investigación: no cabe duda en consecuencia que, en virtud de nuestro ordenamiento jurídico y todo lo que encierra la cláusula y principio fundante de “Estado Social y Democrático de Derecho”, los actos políticos o de gobierno pueden ser sometidos a control judicial de manera integral, es decir, incluyendo su componente “discrecional” o de ejercicio de poder político decisonal, y a tal propósito llegamos incluso a diseñar un instrumento o, como lo denominamos en su momento, un “camino metodológico” con el cual el operador jurídico puede tener la

posibilidad de llevar a cabo en la realidad, materialmente, ese control y revisión de tales actos, herramienta que diseñamos a partir de los aportes de algunos doctrinantes y que, en todo caso, ajustamos y complementamos de tal manera para que se adaptara a nuestra realidad jurídica y resultara lo suficientemente fuerte y estricta, pero a la vez práctica, en aras de que mantuviera siempre su característica de viabilidad y aceptación de parte de la comunidad jurídica y, claro, de quienes tendrían que utilizarla en su actividad normal: los operadores jurídicos, nuestros jueces.

No obstante, y en cuarto lugar, para llegar a esa conclusión -y a la comprobación de nuestra hipótesis de trabajo- hubo de ahondarse en varios aspectos de notable importancia y relevancia para el propósito que perseguimos, particularmente en cuanto a la conceptualización y descripción del ámbito del poder público, del poder político, así como sus riesgos: desde diferentes perspectivas de análisis, en el excurso que acometimos al inicio del capítulo segundo, vimos como constante que el ejercicio del poder público, del poder político, conlleva una inevitable propensión a excederse, a utilizarse de manera equivocada, a ser arbitrario o autoritario, de ahí la necesidad de diseñar formas o instrumentos que tiendan a su contención y control, y entre éstos, el mejor o más adecuado de todos es el control que pueden llevar a cabo los jueces en razón a que por sus funciones, por su fuente de legitimación y por su carácter y origen, tienen la posibilidad de, derecho en mano, efectuar esa revisión, ajuste y/o “corrección”, con la Constitución y la ley como parámetros y atendiendo a la finalidad del Estado: la prevalencia del interés general, la satisfacción de las necesidades de la colectividad y la consecución del bienestar social.

Así, damos por concluida toda nuestra labor con la esperanza y la intención de que permita seguir ampliando los horizontes de la justicia y delimitando con mayor precisión la esfera de lo político y lo público, pues, bueno es recordarlo, nuestro sistema democrático pasa muy frecuentemente por crisis institucionales y funcionales, y ante ello la mejor respuesta, sino la

única, es mayor justicia, más fortalecimiento de nuestras instituciones, principiando por la jurisdiccional. Como bien lo señala Agudelo (2014):

En democracias con baja participación [ciudadana] y falta de cultura política [como el caso colombiano], la función judicial puede ser un camino para subsanar las necesidades de las minorías, de los excluidos y de los apolíticos, que sienten desconfianza en el poder” (p. 129).

Consideramos pertinente cerrar este trabajo con unas palabras del maestro Óscar Mejía Quintana, quien en una de sus obras señala: “[E]l *ethos* político que una nación encarna es superior a las manipulaciones mezquinas del poder y termina imponiéndose, más que por la fuerza, por la convicción y la fe en la justicia de su ciudadanía” (1997, p. 176). De este modo, nuestro *ethos* político no puede ser inferior al desafío que representa el ejercicio de la política en nuestros tiempos ni tampoco ajeno a las necesidades de nuestra sociedad, se trata de una labor en permanente construcción, en la que todos debemos empeñar nuestros mejores esfuerzos y condiciones para soñar con transformar nuestra sociedad y llegar a un punto en el cual haya desaparecido de la faz de la tierra todo vestigio de autoritarismo y arbitrariedad, y en donde sólo la fuerza de los argumentos sea la vencedora dentro del foro, del debate, siempre público y siempre pasible de ser cuestionado, controvertido y disentido.

De eso se trata la democracia real, de disensos y consensos, de encuentros y desencuentros, todos ellos construcciones argumentativas que respeten las reglas del discurso y los derechos de todos, incluso -y más importante aún- de las minorías. Alentar ese disenso, promover esa discusión, permitir ese escrutinio, es dar el paso definitivo hacia una democracia sustancial, consensual y deliberativa, donde no haya espacio para la arbitrariedad, el autoritarismo ni la violencia. Sólo con el tiempo y con la dedicación suficiente, podremos alcanzar ese ideal de justicia y sociedad que soñamos y que bien merece nuestro país.

Como acertadamente afirma Boaventura de Sousa Santos (1998, p. 455): “[S]i es verdad que la paciencia de los conceptos es grande, la paciencia de la utopía es infinita”. He ahí entonces una clave definitiva: perseverar en alcanzar la utopía, pues su paciencia es inagotable.

* * *

Propuesta de la investigación:

De la teoría a la praxis: Diseño de una herramienta de control judicial integral de los actos políticos o de gobierno compatible con los principios y reglas del Estado Social y Democrático de Derecho colombiano

Como se refirió al final del último capítulo de este trabajo, ya establecido el fundamento conceptual y teórico para sostener la posibilidad de ejercer el control judicial de los actos políticos o de gobierno, la cuestión que sigue, a efectos de formular una propuesta que valide la labor que hemos adelantado, consiste en verificar entonces cómo se puede operativizar o materializar dicha labor¹³⁹, esto es, vamos a adelantar, como fase exploratoria de esta investigación, el diseño de un instrumento o herramienta que permita en la práctica, en la realidad material, aplicar toda esa base conceptual que tuvimos la oportunidad de evidenciar y desarrollar.

Para ello, y luego de revisada la nutrida doctrina sobre el particular, compaginada como resulta apenas lógico con nuestra formación iusfilosófica, hemos estructurado una suerte de herramienta o, si se prefiere, un “camino metodológico” a discurrir, paso a paso, para que el operador jurídico pueda, al final del mismo, determinar con certeza y seguridad si el acto revisado se ajusta o no al ordenamiento jurídico y, bien importante, a los parámetros y postulados de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, y de tal modo, pronunciarse acerca de su “legalidad”, ya sea para convalidar su existencia, validez y eficacia; ora para proceder a retirarlo

¹³⁹ Para lo cual podemos apoyarnos en una conceptualización de “control” como la que propone Cortés (2014), esta es, como el “conjunto de formalidades llamadas a garantizar la validez, eficacia y vigencia de la limitación al ejercicio del poder” (p. 198). Nosotros sustituiríamos la palabra “formalidades” por “instrumentos” o “herramientas”, que son tanto de carácter jurídico como de contenido argumentativo-discursivo, tal y como procederemos a desarrollar.

del ordenamiento jurídico y adoptar las medidas pertinentes que correspondan. Veamos pues, en qué consiste o cómo se ha estructurado la herramienta señalada.

El instrumento que se ha diseñado se encuentra compuesto por dos fases: una primera caracterizada por un análisis diríamos estrictamente técnico-jurídico, y una segunda de contenido argumentativo-discursivo. Ambas fases o etapas han de ser superadas satisfactoriamente, y como herramienta metodológica que es, debe abordarse forzosamente en el orden que se ha diseñado, lo que significa que sólo puede pasarse a la segunda fase si se ha superado positivamente la primera, y cada etapa a su turno debe ser evacuada siguiendo estrictamente el orden de sus componentes. El desarrollo de dichas fases es como sigue:

Como lo acabamos de mencionar, la primera fase consiste en un análisis de corte jurídico-normativo del acto objeto de control, es decir, aquí se trata de corroborar la conformidad formal, material, adjetiva y sustancial del acto cuestionado con las reglas jurídicas que le son aplicables. En esta etapa entonces, se deben adelantar los siguientes análisis puntuales:

En el primero (**a.**), el operador jurídico debe, como sucede en cualquier juicio de anulación de actos proferidos por la administración, verificar que el acto político o de gobierno en cuestión cuente con todos y cada uno de los elementos o “componentes estructurales” (Penagos, 2008, t. 1, pp. 355) de todo acto administrativo¹⁴⁰, y que podemos resumir como aquellos que forman parte de su estructura: que cuente con un sujeto, es decir, con quien lo expide, el funcionario que lo profiere; con un objeto, esto es, una motivación del acto, lo que a su turno implica la existencia

¹⁴⁰ Para profundizar en punto a estos elementos, cfr. Palacio (2006, pp. 233-244), Penagos (2008, t. 1, pp. 355-404; t. 2, pp. 913-914) y Vidal (2008, pp. 587-600), entre otros.

de unos supuestos fácticos y jurídicos que le dan fundamento¹⁴¹; y con una finalidad, o lo que es lo mismo, con una intencionalidad o propósito¹⁴².

Acá resulta importante aclarar que en esta primera sub-fase no se debe analizar cada componente del acto sino simplemente verificar, a modo de *check list*, que esos elementos sí se encuentren presentes en la estructura del acto objeto de revisión, pues de lo contrario procede la anulación del acto por simplemente no contar con estos elementos básicos y necesarios, al ser, tal situación, configurativa de una expedición irregular, causal expresa señalada en el inciso segundo del artículo 137 del CPACA.

Un segundo análisis dentro de esta primera fase (**b.**) es el que se denomina el control de los elementos reglados del acto político o de gobierno. En este punto es pertinente recordar que la discrecionalidad deferida por el derecho a la administración a efectos de expedir esta clase de actos no puede estar nunca referida a la totalidad del acto sino solamente a algunos de sus aspectos o elementos. Así, aquellos componentes o partes del acto a los que el derecho no le

¹⁴¹ Al respecto, debemos hacer énfasis desde ya que, como condición necesaria, todo acto administrativo, incluidos los de carácter político o de gobierno, debe contener una motivación o fundamentación expresa que materialice el sustento tanto fáctico como jurídico de dicha expresión de la voluntad administrativa y, por ende, que permita en consecuencia verificar y validar la configuración de esos supuestos -fácticos y jurídicos- y su correspondencia con el asunto que subyazca o le dé origen. Sobre la conveniencia y necesidad de motivar las decisiones de la administración, cfr. *supra*, p. 17, nota al pie n.º 13. Igualmente, y atendiendo al control de constitucionalidad y de convencionalidad que dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho se predica y exige de toda actuación del poder público -no solamente de la administración, hay que recordar-, la motivación de los actos o actuaciones constituye base esencial del respeto de los derechos y garantías de los asociados. Sobre el particular, cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), caso Yatama vs. Nicaragua (23 de junio de 2005); caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador (21 de noviembre de 2007); y caso Apitz Barbera y Otros vs. Venezuela (5 de agosto de 2008); igualmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (ECHR), caso Hadjianstassiou vs. Grecia (16 de diciembre de 1992). En Colombia, Corte Constitucional, sentencias T-607 de 2000, SU-917 de 2010, T-472 de 2011 y T-204 de 2012; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias expediente 50.219, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, del 19 de mayo de 2014; y expediente 35.273, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, del 27 de noviembre de 2017.

¹⁴² Y en este punto hacemos la claridad de que incluimos la finalidad, al margen de la discusión doctrinaria de si el fin del acto hace parte realmente de sus elementos o es un aspecto externo y, por ende, ajeno al mismo (Penagos, 2008, t. 1, p. 356), por una razón práctica, y es que, en todo caso, el control del acto por su finalidad sí está establecido doctrinaria y normativamente, y así lo hemos incluido en una fase posterior, razón por la cual, como simple verificación que se hace en este momento de sus componentes, los que posteriormente serán abordados de manera individual y en profundidad, consideramos útil ponerlo de presente desde ya.

concede potestad discrecional a la administración, son los que la doctrina denomina “reglados” y sobre ellos se debe realizar un control “externo” u objetivo que dé cuenta de su configuración correcta y completa en el caso en concreto, y que en términos concretos se reduce básicamente a determinar la verdadera existencia de la potestad discrecional misma, su extensión tanto material o de objeto como temporal -ya que nunca puede ser absoluta- y la competencia que dicha facultad le ha sido asignada al funcionario que ha expedido el acto¹⁴³.

Igualmente, en esta sub-fase se deben adelantar dos análisis de aspectos formales y que no son susceptibles de gozar de discrecionalidad alguna: uno se refiere al control sobre las formas que el acto exige, es decir, que en su expedición se hayan observado las ritualidades requeridas para su validez, si es que en el caso concreto hay previstas formalidades de este tipo; y otro, que será siempre forzoso y necesario adelantar, es el control sobre los aspectos materiales o fácticos en que se funda el acto o por los cuales la administración recurre a esa discrecionalidad política.

En efecto, el análisis que en este punto debe hacer el operador jurídico, como sucede con el control al ejercicio de cualquier potestad discrecional en cabeza de la administración, debe obedecer a criterios materiales y determinados en la valoración de los hechos. Es importante poner de presente que sobre este aspecto fáctico no puede jamás operar ninguna discrecionalidad, toda vez que los hechos son o no son, se presentan o no se presentan, se encuadran en el supuesto normativo o no se encuadran, y por ende, no es posible alegar que la administración puede llegar a tener una “discrecionalidad” en estos precisos elementos fácticos (Cordón, 2003, p. 153), que entre otras cosas, es de donde deriva precisamente la potestad de utilizar la discrecionalidad que el ordenamiento jurídico le concede (García y Fernández, 2002, t. 1, pp. 472-475). Como bien lo

¹⁴³ Como acertadamente sostienen Castaño y Pinilla (2019): “[L]a prerrogativa no es el fundamento de la competencia, sino que es la competencia el elemento indispensable de habilitación para ejercer los poderes [la prerrogativa o facultad decisional-política]” (p. 32).

precisa Orellana (2015): “en el control de la realidad de los hechos determinantes que de [sic] por establecidos la Administración, radica una de las posibilidades más eficaces de control judicial” (p. 67).

Y finalmente tenemos un tercer análisis en esta primera fase (c.), ya bastante más profundo y complejo, en donde entra en juego la operatividad de la cláusula y principio de Estado Social y Democrático de Derecho, y que consiste en el escrutinio y control de dos de los elementos del acto administrativo, a saber, la motivación y la finalidad, bajo el tamiz que proporcionan los parámetros de constitucionalidad, de convencionalidad y de aplicación de los principios generales del derecho.

Así, tanto la motivación del acto político o de gobierno -esto es, las razones de hecho, de derecho y de conveniencia política- como su finalidad, deben estar acordes y desarrollar efectivamente los principios contenidos dentro del cuerpo constitucional, con miras al cumplimiento de los fines del Estado¹⁴⁴, al ser la Constitución la norma fundante y de máxima categoría dentro del ordenamiento jurídico¹⁴⁵, lo cual implica, por supuesto, efectuar el correspondiente examen de convencionalidad¹⁴⁶, atendiendo al hecho de que ese parámetro de control se hace en virtud de los mismos mandatos constitucionales¹⁴⁷.

¹⁴⁴ En punto a este aspecto, Dromi (1983) afirma con contundencia: “el juez debe verificar siempre la constitucionalidad de todos los actos de poder” (p. 193).

¹⁴⁵ Artículo 4 Superior. Concordante con lo anterior, Corte Constitucional, Sentencia C-415 de 2012; y Castaño y Pinilla (2019, pp. 59, 63-64).

¹⁴⁶ Sobre la obligatoriedad de los Estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de efectuar un control de convencionalidad a todas las actuaciones de los diferentes órganos del poder y/o de cualquier autoridad pública, cfr., Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), caso Gelman vs. Uruguay (24 de febrero de 2011), caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala (4 de septiembre de 2012), caso Gudiel Álvarez y Otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala (20 de noviembre de 2012), caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia (30 de noviembre de 2012), caso Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs. República Dominicana (28 de agosto de 2014), caso Rochac Hernández y Otros vs. El Salvador (14 de octubre de 2014), y caso Chinchilla Sandoval y Otros vs. Guatemala (29 de febrero de 2016).

¹⁴⁷ Artículos 93 y 94 de la Constitución Política.

De otra parte, y como se acaba de indicar, el control sobre la motivación y la finalidad del acto en cuestión también debe hacerse atendiendo a la aplicación al caso de los principios generales del derecho (Cordón, 2003, pp. 154-155), en razón a que la administración, la función pública y administrativa dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho como el colombiano, no es -ni puede ser- poder soberano, sino que está supeditada al servicio de la sociedad, sometida al derecho y, por ende, debe garantizar la efectivización y materialización de esos principios generales del derecho, en la medida de que éstos configuran “una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el *substratum* del ordenamiento jurídico” (García y Fernández, 2002, t. 1, pp. 476-478. Itálicas originales de los autores).

Aunque sobre este último aspecto -control de la motivación y finalidad del acto político o de gobierno por aplicación de los principios generales del derecho- bien podría hacerse el reparo de que se estaría remitiendo a una suerte de concepto abstracto o indeterminado¹⁴⁸, lo cierto es que no existe ordenamiento jurídico de estirpe democrática y con tradición romano-germánica que no remita, como criterio de interpretación y forma de integración normativa, a esta categoría jurídica¹⁴⁹ y, de hecho, la propia Constitución Política, en el inciso segundo de su artículo 230, establece que éstos constituyen “criterios auxiliares de la actividad judicial”, razón por la cual no existe impedimento alguno para que, en este tipo de procesos, donde se ejerza el control de los actos políticos o de gobierno, no pueda el operador jurídico echar mano de tales principios, y con ello, puedan servir, precisamente, como criterios orientadores de la decisión a adoptar.

Ahora bien, y ya para finalizar las precisiones a este tercer análisis, resulta importante señalar que el control por la finalidad del acto implica un doble examen o tiene un carácter dual: al

¹⁴⁸ Para García-Maynez (2010), establecer y precisar lo que se debe entender por principios generales del derecho “es una de las cuestiones más controvertidas en la literatura jurídica” (p. 370).

¹⁴⁹ Para ahondar en el tema de los principios generales del derecho, cfr. García-Maynez (2010, pp. 370-378), Monroy (1996, pp. 318-325) y Noguera (1996, pp. 92-95), entre otros.

revisar este elemento del acto, se debe, por un lado, tomar la finalidad del acto mismo y determinar si se encuentra acorde con el ordenamiento jurídico, del modo como acabamos de desarrollar; pero de otro, debe también corroborar el operador jurídico el cumplimiento en la finalidad de la potestad discrecional decisional-política de la administración. Nos explicamos:

En cuanto a la primera forma de controlar el acto político o de gobierno por su finalidad, de vieja data se ha enseñado que toda potestad, facultad, función, o en términos generales, esfera de poder público que se asigna o traslada a la administración, debe estar siempre fundamentada y encauzada a la obtención de una finalidad específica, que, como lo hemos igualmente desarrollado a lo largo de este trabajo, no es otra que la finalidad pública, esto es, la satisfacción de los intereses generales (Cordón, 2003, p. 151; García y Fernández, 2002, t. 1, pp. 454-456; Saavedra, 2008, pp. 193-194)¹⁵⁰, del “bien común”¹⁵¹, de tal suerte que la conformidad o no de esos actos con el mayor o menor grado de satisfacción de estos intereses superiores, será el parámetro de valoración en este primer cariz, y acá resulta bien importante traer a colación la precisión que realizan García y Fernández (2002, t. 1, pp. 469-471), en el sentido de señalar que el fin del acto se afecta no sólo cuando con él se persigue una finalidad ilícita o que causa un agravio a alguien, sino que simplemente es suficiente con que esa finalidad, aunque lícita y legal, difiera de la que le ha fijado la norma misma encargada de establecer tal potestad, porque -dicen los autores- “lo que se juzga y controla no es la moralidad del funcionario sino la legalidad administrativa” (p. 471).

¹⁵⁰ Referente a este control por finalidad del acto, también resulta importante citar a Malagón (2007, p. 41), quien establece lo siguiente: “[u]n concepto clave en la historia del derecho administrativo es la finalidad del acto [que denomina el autor y la doctrina *recurso por exceso de poder*] pues con éste siempre se ha pretendido controlar a la administración”.

¹⁵¹ Cfr. *supra*, p. 94.

Y frente al segundo aspecto de este control del acto por su finalidad, se hace también necesario que el juez, al momento de examinar este componente, pueda verificar que la finalidad perseguida con esa facultad que el derecho le otorga a la administración se haya cumplido efectivamente en el caso concreto (Cordón, 2003, pp. 150-151; García y Fernández, 2002, t. 1, pp. 454-456, 472-475). Este segundo carácter valorativo de la finalidad encuentra respaldo normativo expreso en el artículo 44 del CPACA, que señala que toda decisión administrativa de naturaleza discrecional -y evidentemente los actos políticos y de gobierno tienen en gran medida esa característica, aunque en un ámbito decisonal-político o de ejercicio de poder público- “debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza”; es decir, con la decisión contenida en el acto administrativo, tiene que maximizarse la finalidad de haberle otorgado a la administración dicha potestad.

Una vez evacuada de manera satisfactoria esta primera fase, a través de los tres niveles de análisis formulados, podemos pasar a la segunda fase, que como referíamos al inicio de este acápite, consiste en un ejercicio diferente al primer, ahora de naturaleza argumentativa, es un proceso de construcción discursiva de racionalidad práctica, que permitirá corroborar la conformidad del acto revisado con el ordenamiento jurídico y con los postulados que encierra la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho¹⁵².

¹⁵² Resulta muy importante insistir en la naturaleza del análisis en esta segunda fase, de corte netamente argumentativo, pues por la denominación que se hace de sus sub-etapas, similares a las que caracterizan a la teoría de la ponderación, puede prestarse para una malinterpretación y llegar a creerse, erradamente, que se trata de una adecuación o suerte de dicho método que ha sido modificado para ajustarlo al propósito de esta investigación, lo cual resulta absolutamente alejado de la realidad y, claramente, inconveniente, pues dentro de las fuertes críticas que ha recibido dicho método dentro de la teoría de la decisión judicial, se encuentra precisamente que la ponderación rehúsa o evade el proceso de construcción dialógica argumentativa y de demostración discursiva de la razonabilidad de las decisiones, que es lo que, insistimos, caracteriza nuestra herramienta en esta fase específica. Para ahondar en la crítica al método ponderativo y evidenciar la razón del distanciamiento que se desea tomar de él, en aras de propugnar la importancia de la argumentación y la transparencia y objetividad de las decisiones que se adopten -en sede judicial, administrativa y, en general, para cualquier ámbito- y la posibilidad de ejercer un control efectivo sobre ellas, cfr. García (2017) y Zambrano (2018).

Esta segunda fase, la que hemos retomado en parte y rediseñado de lo que en su momento establecieron García y Fernández (2002, t. 1, pp. 481-484), tiene igualmente unas etapas, las que, por el carácter del análisis ya indicado, constituyen unos test a aplicar directamente al contenido de la decisión política del acto, test -y fase, en sí- que podemos denominar de “razonabilidad” de la decisión objeto de control. Los pasos o test particulares son los siguientes:

Un primer test, que llamaremos de *racionalidad (d.)*, en donde se mira la plausibilidad objetiva de la decisión cuestionada, y en el que se deben responder las siguientes inquietudes o problemáticas concretas: *i*) si la administración, de cara a la justificación o fundamentación del acto, ha tenido en cuenta algún factor determinante, ha omitido alguno de esa naturaleza o ha introducido uno de manera artificiosa; *ii*) si la administración ha tenido en cuenta o no el mayor o menor “peso” o importancia que el ordenamiento jurídico le otorga a esos factores; y *iii*) en el evento de que tales factores tengan el mismo “peso” -o valor jurídico, para ser más precisos-, si la decisión de elegir uno u otro resulta defensible, es decir, si para la toma de esa elección se tuvieron en cuenta criterios razonables y se hizo a través de un estricto proceso de construcción argumentativa, correcto, sin incurrir en errores o falacias (García y Fernández, 2002, t. 1, pp. 481-482).

Una vez superado ese primer test de racionalidad de la decisión, se pasa a un segundo que es de *idoneidad o adecuación (e.)*, en donde el operador jurídico debe verificar si la decisión contenida en el acto objeto de revisión o control tiene la aptitud objetiva para alcanzar o satisfacer el fin perseguido por el acto en cuestión, pues de lo contrario, evidentemente resultará en una decisión, cuando menos, inútil y, en consecuencia, que no atendería las finalidades para las cuales se le ha otorgado a la administración esa potestad política-decisoria ni mucho menos las que derivan de la función pública y administrativa, y por contera, del Estado.

Si se supera la adecuación, se pasa al último test (f.) que llamaríamos -utilizando una semántica lingüística y no con relación a la que alude la teoría de la ponderación (Alexy, 2002, p. 31; García, 2017, p. 209)-, de *proporcionalidad*¹⁵³, y que básicamente consiste en establecer si la decisión o medida contenida en el acto objeto de revisión se muestra excesiva para la consecución del fin que persigue, esto es, si se justifica dentro de un balance costo-beneficio, en donde el costo sería el sacrificio o el perjuicio en sus derechos sufrido por el administrado con la decisión tomada por la administración -o, en casos de índole general o abstracta, el sacrificio o detrimento del propio ordenamiento jurídico colombiano y los postulados que implica la cláusula y principio fundante de “Estado Social y Democrático de Derecho”, y que ya tuvimos la oportunidad de desarrollar- y el beneficio estaría determinado por la finalidad perseguida y el resultado obtenido con el acto en cuestión. El coeficiente resultante de dicha relación de proporción entre ambos factores determinará, en consecuencia, si la decisión contenida en el acto puede ser avalada o, si por el contrario, no supera el examen y, consecuentemente, debe retirarse del ordenamiento jurídico.

De esta manera, tenemos un claro “camino metodológico” estructurado en seis etapas (a.-f.) dentro de dos fases, correspondientes a dos niveles de análisis diferente, que de manera completa e integral constituye una verdadera herramienta en aras de facilitar y esquematizar la labor del juez frente al control de esta clase de actos políticos o de gobierno. Por medio de este instrumento procedimental, el operador jurídico tendrá la posibilidad de verificar si un determinado acto político o de gobierno se ajusta de manera completa al ordenamiento jurídico constitucional, convencional y legal.

¹⁵³ Aunque no la llamaremos de manera exacta *proporcionalidad en sentido estricto* como se hace en la teoría de la ponderación, precisamente, para evitar una identificación con dicha tesis, lo cual, además de servir para una eventual confusión, le imprimiría un carácter muy diferente al trabajo que estamos presentando, como ya lo aclaramos suficientemente *supra* (p. 136, nota al pie n°. 152).

Pero este resultado nos arroja a una situación compleja y problemática en el aspecto práctico: ¿el juez se debe limitar única y exclusivamente a pronunciarse sobre la legalidad del acto?, ¿o puede, luego de ello y retirado el acto cuestionado del ordenamiento jurídico, adoptar él una decisión al respecto?

Como veíamos líneas atrás¹⁵⁴, existen en la doctrina varias posturas al respecto, sin embargo, para los propósitos de este trabajo y en atención al eje en que gira éste, cual es, los efectos de la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho, consideramos como la más ajustada a ella, además de ampliamente aceptada por la doctrina más progresista y que compartimos plenamente, la que establece que, una vez anulado el acto, el juez no puede sustituir la decisión de la administración por otra *si existe más de una solución posible*, es decir, sólo en este evento se encontraría su labor limitada a lo que se conoce como una “administración negativa”.

Pero en caso contrario, esto es, si se logra lo que la doctrina llama “reducción a cero” de la discrecionalidad administrativa¹⁵⁵, y que no es otra cosa que llegar a un punto en el que sólo subsista una única solución posible, ahí sí el juez puede -y debe, por supuesto- tomar dicha solución, pues se entiende claramente que allí no ha habido sustitución alguna de la decisión administrativa, dado que, de todos modos, la administración ha debido tomar esa medida por ser la única posible o plausible (García y Fernández, 2002, t. 1, pp. 484-486).

Lo anterior resulta bien importante, pues como lo sostienen García y Fernández (2002), no se trata de que el juez, al momento de revisar y controlar el ejercicio de esa potestad decisonal política, sustituya sin más el criterio de la administración por el suyo propio, pues de ese modo

¹⁵⁴ Cfr. *supra*, p. 31-32.

¹⁵⁵ Para profundizar en este concepto de la “reducción a cero” de la discrecionalidad administrativa, originado en la doctrina alemana, cfr. Cordón (2003, pp. 164-167), García (2000, pp. 250-252) y Valdés (2016, pp. 263-265).

-señalan- “se pasaría de un tipo de discrecionalidad [la administrativa] a otra [la judicial] sin avanzar en nada en el problema” (t. 1, pp. 476-477).

Ahora bien, en este punto vale la pena resaltar la aclaración que hace Cordón (2003, pp. 164-167), respecto a lo que implica en este ámbito la noción de “reducción a cero”: esta situación se puede presentar no sólo por la inexistencia material de más de una solución o decisión posible al caso decidido por la administración, como podría pensarse de manera ligera, sino además, cuando el operador jurídico evidencie que se encuentra frente a alguna de las siguientes circunstancias: (i) cuando se trate de una actuación positiva reglada, (ii) en los casos de inactividad formal de la administración cuando la decisión que debió adoptar es también reglada y (iii) en aquellos eventos en que la administración puede elegir una de entre varias opciones pero omite la que es reglada. Al respecto señala Cordón (2003):

En todos estos supuestos, al estar predeterminado legalmente el acto administrativo, el principio de economía procesal legitima la sustitución judicial en fase de declaración (en la sentencia), ya que si ésta (la sentencia) se limitara a anular el acto impugnado y a remitir la decisión a la Administración, el acto que dictase podría ser anulada [sic] de nuevo si no se ajusta a la predeterminación legal. (p. 165).

Así las cosas, el juez tiene abierta la posibilidad de, luego de anulado el acto impugnado, adoptar una decisión que, se insiste, no pretende sustituir la voluntad de la administración ni las facultades o competencias que a ella le han sido asignadas constitucional y legalmente, sino que, bajo los parámetros y las condiciones que hemos resaltado, resulta como la única posible -o viable- y en tal sentido, habría sido la que, en todo caso, ha debido adoptar la administración desde un principio.

De este modo, con el instrumental práctico que en esta fase exploratoria de la investigación hemos formulado, no queda duda alguna de la validez y factibilidad de la hipótesis que se

sostuvo desde un principio, encaminada a eliminar cualquier posibilidad de inmunidad al ejercicio del poder político por parte del Estado, y de manera particular, abrir la posibilidad del control judicial integral de los actos políticos y de gobierno, en atención a todo lo que encierra, implica e irradia la naturaleza de nuestro Estado como Social y Democrático de Derecho, como cláusula fundante y principio rector; y por ahí derecho, el control mismo de toda la actividad pública que, por ende, siempre habrá de estar al servicio de todos y acorde con los fines del Estado y del derecho, principiando con su mayor cometido: la búsqueda de la justicia y la consecución y sostenimiento de la paz social. A tal propósito debemos siempre encauzar nuestras acciones y ningún esfuerzo será en vano para aproximarse a ese ideal.

* * *

Lista de Referencias

Doctrina

- Abello, J. (2003). *Violencias y culturas. Seguido de dos estudios sobre Nietzsche y Foucault a propósito del mismo tema*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad de los Andes – CESO – Ediciones Uniandes – Alfaomega Colombiana.
- Agudelo, C. (2014). Los jueces y la dificultad contramayoritaria. En Duarte, R. y de Castro, E. (Coords.), *Filosofía del derecho y sociología jurídica*. (pp. 115-142). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Libre – Centro Universitario Newton Paiva.
- Alexy, R. (2002). Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. (C. Bernal Trad.). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22(66), pp. 13-64. Barcelona, España: Editorial Ariel S.A. (Trabajo original publicado en 1977).
- Ansuátegui, F. (1997). *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*. Madrid, España: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid y Editorial Dykinson.
- Arboleda, P. (2014). El Estado Social de Derecho en la jurisprudencia constitucional. En *Summa Iuris*, 2(1), pp. 18-40. Recuperado el 29 de agosto de 2018 de la siguiente dirección electrónica: <http://www.funlam.edu.co/revistas/index.php/summaiuris/article/view/1216/1108>
- Arriaga, E. (2003). La teoría de Niklas Luhmann. En *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*, (32), pp. 277-312. Recuperado el 15 de mayo de 2019 de la siguiente dirección electrónica: <https://convergencia.uaemex.mx/article/view/1628>
- Atienza, M. (2003). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México D.F., México: Universidad Autónoma de México.
- Bermúdez-López, J. (2013). Visión del magistrado en el neoconstitucionalismo, problemas y alcance en cuanto a la discrecionalidad. En *Criterio Libre Jurídico*, 10(2), pp. 73-82. Recuperado el 29 de agosto de 2018 de la siguiente dirección electrónica: http://www.unilibrecali.edu.co/images2/revista-criterio-libre/pdf_articulos/volumen10-2/CRITERIO-10-2_PA73-82.pdf
- Bernal, C. y Viana, M. (2015). La responsabilidad extracontractual del Estado por daños que le sea imputables con ocasión de los acuerdos de paz. En Henao, J. y Ospina, A. (Eds.), *La*

- responsabilidad extracontractual del Estado: ¿qué?, ¿por qué?, ¿hasta dónde?* (pp. 739-771). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Betancur, C. (2009). *Derecho procesal administrativo* (7a Ed.). Medellín, Colombia: Señal Editora Ltda.
- Bobbio, N. (1989). *Liberalismo y democracia*. (J. Fernández, Trad.). México D.F., México: Fondo de Cultura Económica. (Trabajo original publicado en 1985).
- Bodenheimer, E. (1942). *Teoría del derecho*. (V. Herrero, Trad.). México D.F., México: Fondo de Cultura Económica. (Trabajo original publicado en 1940).
- Cassagne, J. (2013). *El acto administrativo. Teoría y régimen jurídico*. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S.A.
- Castaño, O. y Pinilla A. (2019). *La autotutela administrativa*. Bogotá D.C., Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Cerón, R. (2014). Economía, poder político y derecho en la teoría marxista. En *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 64(262), pp. 145-183. Recuperado el 17 de abril de 2019 de la siguiente dirección electrónica:
<http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/download/60350/53235>
- Cordón, F. (2003). El control judicial del uso por la administración de sus facultades discrecionales. En *Revista Jurídica de Castilla y León*, 1, pp. 141-169. Recuperado el 12 de septiembre de 2018 de la siguiente dirección electrónica:
<https://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1248367026092/1248367026092/1211202608661/Redaccion>
- Cortés, S. (2014). La misión de ejercicio de control político del constitucionalismo colombiano: caso de la moción de censura. En Ángel, J. y Quadros, J. (Coords.), *Estudios sobre constitucionalismo(s) y democracia*. (pp. 197-213). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Libre – Facultades Santo Agostinho.
- Dromi, J. (1983). *Constitución, gobierno y control*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Ciudad Argentina.
- Engels, F. (2002). *Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Ciudad de México, México: Editores Mexicanos Unidos S.A. (Trabajo original publicado en 1884).
- Engels, F. (2014). *Anti-Düring*. Madrid, España: Fundación Federico Engels (Trabajo original publicado en 1878).

- Engels, F. y Marx, K. (2011). *Manifiesto del partido comunista*. Ciudad de México, México: Centro de Estudios Socialistas Carlos Marx (Trabajo original publicado en 1847).
- Ferrajoli, L. (2010). *Democracia y garantismo* (2a Ed.). Madrid, España: Editorial Trotta S.A.
- Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. En *DOXA*, 34, pp. 15-53. doi: <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.02>
- Forero, J. (2006). Garantías constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales: análisis derivado de la óptica de un derecho disciplinario autónomo. En *Diálogos de Saberes*, 25, pp. 211-238. Recuperado el 12 de septiembre de 2018 de la siguiente dirección electrónica: <file:///C:/Users/trami/Downloads/Dialnet-GarantiasConstitucionalesEnElAmbitoDisciplinarioDe-2693572.pdf>
- Foucault, M. (1998). *Vigilar y castigar* (27a Ed.). México D.F., México: Siglo XXI Editores (Trabajo original publicado en 1975).
- Foucault, M. (2000). *La verdad y las formas jurídicas*. (E. Lynch, Trad.). Barcelona, España: Editorial Gedisa S.A. (Trabajo original publicado en 1978)
- Foucault, M. (2012). *El poder, una bestia magnífica: sobre el poder, la prisión y la vida*. (H. Pons, Trad.). Avellaneda, Argentina: Siglo Veintiuno Editores S.A. (Trabajo original publicado en 1994).
- Foucault, M. (2014). *Obrar mal, decir la verdad*. (H. Pons, Trad.). Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno Editores S.A. (Trabajo original publicado en 2012).
- García, E. (2000). *Democracia, jueces y control de la administración* (5a Ed.). Madrid, España: Civitas Ediciones.
- García, E. y Fernández, T. (2002). *Curso de derecho administrativo* (11a Ed., 2 Ts.). Madrid, España: Civitas Ediciones.
- García, J. (2017). *Teoría de la decisión judicial. Subsunción, argumentación, ponderación*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Libre.
- García, L. (2014). El juez y el precedente: Hacia una reinterpretación de la separación de poderes. En *Vniversitas*, 128, pp. 79-120. doi: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ128.jphr>
- García-Maynez, E. (2010). *Introducción al estudio del derecho* (51a Ed.). México D.F., México: Editorial Porrúa.
- Gordillo, A. (2013). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo VIII: Teoría general del derecho administrativo* (11 Ts.). Buenos Aires, Argentina: Fundación de Derecho

- Administrativo. Recuperado el 31 de agosto de 2018 de la siguiente dirección electrónica:
<http://www.gordillo.com/tomo8.php>
- Gordillo, A. (2014). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo II: La defensa del usuario y del administrado* (11Ts.). Buenos Aires, Argentina: Fundación de Derecho Administrativo. Recuperado el 31 de agosto de 2018 de la siguiente dirección electrónica:
<http://www.gordillo.com/tomo2.php>
- Guarín, E. y Aldana, J. (2016). Estado jurisdiccional y bien común. En *Verba Iuris*, 11(36), pp. 13-26. doi: <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.36.1001>
- Habermas, J. (1988). ¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad? En *DOXA*, 5, pp. 21-45. doi: <https://doi.org/10.14198/DOXA1988.5.02>
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (s.f.). *El Federalista*. Recuperado el 25 de febrero de 2019 de la siguiente dirección electrónica: <http://libertad.org/media/El-Federalista.pdf>
- Hernández, J. (2008). Cuerpo a tierra. La guerra de trincheras. En *Muy Historia*, (17), pp. 62-67.
- Hernández, J. (2018). *Grandes atrocidades de la Segunda Guerra Mundial*. Córdoba, España: Editorial Almuzara.
- Hitters, J. (2009). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). En *Estudios Constitucionales*, 7(2), pp. 109-128. doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002009000200005>
- Hobbes, T. (1994). *Leviatán: La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil* (2 Ts.). (C. Mellizo, Trad.). Barcelona, España: Ediciones Altaya S.A. (Trabajo original publicado en 1651).
- Irving, D. (2010). *La destrucción de Dresde*. (F. d'Entreaux, Trad.). Bogotá D.C., Colombia: Libros Hidalgo (Trabajo original publicado en 1963).
- Jiménez, W. (2013). Políticas públicas, normas jurídicas y papel de los jueces. En *Revista Republicana*, 14, pp. 111-130. Bogotá D.C., Colombia: Corporación Universitaria Republicana. Recuperado el 17 de agosto de 2018 de la siguiente dirección electrónica:
<http://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/revistarepublicana/article/view/48>
- Kelsen, H. (1934). *Esencia y valor de la democracia*. (R. Luengo y L. Legaz y Lacambra, Trads.). Barcelona, España: Editorial Labor S.A. (Trabajos originales publicados en 1920 y 1933).

- Leonhard, W. (2008, 05, 05). Entrevista a Wolfgang Leonhard. *Deutsche Welle (DW-World)*. Recuperado el 23 de junio de 2019 de la siguiente dirección electrónica: <https://www.dw.com/es/marx-no-se-cans%C3%B3-de-repetir-que-no-era-marxista/a-3313328>
- López, D. (2002). *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá D.C., Colombia: Legis Editores – Ediciones Uniandes.
- Luhmann, N. (1995). *Poder*. (L. Talbot y D. Rodríguez, Trads.). Barcelona, España: Anthropos Editorial – Universidad Iberoamericana (México D.F.) – Instituto de Sociología de la Pontificia Universidad Católica de Chile (Santiago de Chile). (Trabajo original publicado en 1975).
- Luhmann, N. (2003). *El derecho de la sociedad*. Recuperado el 25 de febrero de 2019 de la siguiente dirección electrónica: <https://archive.org/details/LuhmannNiklasElDerechoDeLaSociedad>
- Luhmann, N. (1995). *La sociedad de la sociedad*. (J. Torres y D. Rodríguez, Trads.). México D.F., México: Editorial Herder – Universidad Iberoamericana (México D.F.). (Trabajo original publicado en 1997).
- Malagón, M. (2005). La Revolución francesa y el derecho administrativo francés. La invención de la teoría del acto político o de gobierno y su ausencia de control judicial. En *Diálogos de Saberes*, 23, pp. 167-190. Recuperado el 21 de enero de 2019 de la siguiente dirección electrónica: <file:///C:/Users/czambrano/Downloads/Dialnet-LaRevolucionFrancesaYEIDerechoAdministrativoFrance-1706971.pdf>
- Malagón, M. (2007). *Vivir en policía: una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Marienhoff, M. (s.f.). *Tratado de derecho administrativo. Tomo II: Servicios públicos. Actos de la Administración Pública (7Ts.)*. Recuperado el 31 de agosto de 2018 de la siguiente dirección electrónica: <http://escuelasuperior.com.ar/instituto/wp-content/uploads/2015/07/Tratado-de-Derecho-Administrativo-Miguel-Marienhoff-Tomo-II.pdf>
- Marín, H. (2007). *Discrecionalidad administrativa*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.

- Mejía, O. (1997). *Justicia y democracia consensual. La teoría neocontractualista en John Rawls*. Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Uniandes – Siglo del Hombre Editores.
- Mejía, O. (1998). *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S.A.
- Monroy, M. (1996). *Introducción al derecho* (10a Ed.). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S.A.
- Montesquieu (1993). *Del espíritu de las leyes*. (M. Blázquez y P. de Vega, Trans.). Barcelona, España: Ediciones Altaya S.A. (Trabajo original publicado en 1748).
- Naranjo, V. (1995). *Teoría constitucional e instituciones políticas* (6a Ed.). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S.A.
- Negri, A. (1994). *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*. (C. de Marco, Trad.). Madrid, España: Ediciones Libertarias/Prodhufi S.A.
- Nikitin, P. (s.f.). *Economía política*. Recuperado el 17 de abril de 2019 de la siguiente dirección electrónica: <https://leonesrojos.files.wordpress.com/2010/07/economia-politica-p-nikitin.pdf>
- Noguera, R. (1996). *Introducción general al derecho* (2a Ed., Vol. 2). Bogotá D.C., Colombia: Institución Universitaria Sergio Arboleda.
- Orellana, B. (2015). Elementos para un estándar de la prueba en el procedimiento administrativo. En *Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas*, 4(6), pp. 56-83. Recuperado el 25 de febrero de 2019 de la siguiente dirección electrónica: <http://www.rfycj.cl/wp/wp-content/uploads/2015/08/Rfycj-N6-4.-Barbara.pdf>
- Ortegón, L. (2010). *Los estados de excepción y su control judicial en Colombia*. Tesis de Maestría en Derecho Administrativo, no publicada. Universidad Libre, Bogotá D.C., Colombia. Recuperado el 12 de septiembre de 2018 de la siguiente dirección electrónica: <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/6053/OrtegonOrtegonLui;jsessionid=FD5A17E0A86D3874C1432C381FEFD2F2?sequence=1>
- Padró, C. (2006). La batalla de Verdún. Atrincherados en el infierno. En *Historia y Vida*, 38(465), pp. 90-98.
- Palacio, J. (2006). *Derecho procesal administrativo* (6a Ed.). Medellín, Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Penagos, G. (2008). *El acto administrativo* (8a Ed., 2 Ts.). Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

- Peñas, J. (2008). Armas letales. Las nuevas máquinas de matar. En *Muy Historia*, (17), pp. 30-35.
- Peralta, R. (2013). *Moción de censura en Colombia, utopía o realidad, veinte años (1991-2011) de su consagración constitucional*. Tesis de Maestría en Derecho Administrativo, no publicada. Universidad Libre, Bogotá D.C., Colombia. Recuperado el 12 de septiembre de 2018 de la siguiente dirección electrónica:
<https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/10205/MOCI%C3%93N%20DE%20OCENSURA%20EN%20COLOMBIA,%20UTOP%C3%8DA%20O%20REALIDAD,.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Rawls, J. (1995). *Teoría de la justicia*. (2a Ed.; M. González, Trad.). México D.F., México: Fondo de Cultura Económica. (Trabajo original publicado en 1971).
- Rodríguez, J. (2017). Presidencia imperial y desequilibrio de poderes en Colombia. En *Verba Iuris*, 12(37), pp. 79-89.
- Rodríguez, L. (2008). *Derecho administrativo. General y colombiano* (16a Ed.). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S.A.
- Rojas, J. (2007). *Por un régimen unitario de mecanismos de control judicial a la administración pública*. Bogotá D.C., Colombia: Librería Jurídica Comlibros.
- Rojas, J. (2015). Responsabilidad extracontractual del Estado por los actos administrativos. En Henao, J. y Ospina, A. (Eds.), *La responsabilidad extracontractual del Estado: ¿qué?, ¿por qué?, ¿hasta dónde?* (pp. 413-435). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Ruiz, W. (2010). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. Bogotá D.C., Colombia: Ecoe Ediciones.
- Ruiz, W. (2015). *Responsabilidad del Estado Social de Derecho por los actos del poder constituyente*. Bogotá D.C., Colombia: Ecoe Ediciones.
- Saavedra, R. (2008). *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Bogotá D.C., Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Santofimio, J. (2003). *Tratado de derecho administrativo. Tomo I: Introducción* (3a Ed., 5Ts.). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Santos, B. (1998). *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*. (C. Bernal y M. García, Trad.). Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Uniandes – Siglo del Hombre Editores. (Trabajo original publicado en 1995).

- Sayagués, E. (1974). *Tratado de derecho administrativo. Tomo I* (4a Ed., 4 Ts.). Montevideo, Uruguay: Talleres Gráficos Barreiro y Ramos S.A.
- Sieyès, E. (s.f.). *¿Qué es el tercer Estado?* Recuperado el 2 de octubre de 2018 de la siguiente dirección electrónica: <https://borisbarriosgonzalez.files.wordpress.com/2011/09/sieyes-que-es-el-tercer-estado.pdf>
- Stedman, G. (2018, 04, 05). Entrevista a Gareth Stedman. *La voz de Galicia*. Recuperado el 23 de junio de 2019 de la siguiente dirección electrónica: https://www.lavozdegalicia.es/noticia/cultura/2018/04/05/marx-era-marxista-marxismo-invento-sobre-engels/0003_201804G5P38991.htm
- Tocqueville, A. (s.f.). *La democracia en América*. Recuperado el 31 de agosto de 2018 de la siguiente dirección electrónica: <https://mrcalicante.files.wordpress.com/2014/12/tocqueville-alexis-de-la-democracia-en-america.pdf>
- Torres, J. (1999). *Introducción a la teoría de sistemas de Niklas Luhmann*. México D.F., México: Universidad Nacional Autónoma de México – Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades.
- Valdés, M. (2016). *La discrecionalidad administrativa y su control judicial en el derecho chileno, a la luz del derecho español. Un estudio de derecho comparado*. Tesis Doctoral, no publicada. Vniversitat de València, Valencia, España. Recuperado el 15 de julio de 2019 de la siguiente dirección electrónica: <https://core.ac.uk/download/pdf/71062367.pdf>
- Vidal, J. (2008). *Derecho administrativo* (13a Ed.). Bogotá D.C., Colombia: Legis Editores S.A.
- Vignolo, O. (2009). La cláusula del Estado de Derecho, el principio de legalidad y la administración pública: postulados básicos y transformaciones. En *Revista de derecho de la Universidad de Piura*, 10, pp. 93-115.
- Villar, L. (1994). *Ética, derecho y democracia*. Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Villar, L. (1998). *Derechos humanos: responsabilidad y multiculturalismo*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia
- Younes, D. (2004). *Curso de derecho administrativo* (7a Ed.). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S.A.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. (M. Gascón, Trad.). Madrid, España: Editorial Trotta S.A. (Trabajo original publicado en 1992).

Zambrano, C. (2018). El método interpretativo-subsuntivo como herramienta para controlar la discrecionalidad judicial. Una mirada crítica a la teoría de la ponderación. En *Revista Rostros y Rastros*, 21, pp. 42-58. Recuperado el 25 de junio de 2019 de la siguiente dirección electrónica:

https://www.procuraduria.gov.co/iemp/media/file/img/ruta/Revista%20Rostros%20y%20Rastros%20%23%2021_.pdf

Zúñiga, F. (2008). Control judicial de los actos políticos. Recurso de protección ante las cuestiones políticas. En *Ius et Praxis*, 14(2), pp. 271-307. doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000200008>

Normativa

Acto Legislativo 01 de 1997. Recuperado el 29 de agosto de 2018 de la siguiente dirección electrónica:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_01_1997.html

Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) [Derogado]. Editorial Leyer.

Código Penal (Ley 599 de 2000). Recuperado el 29 de agosto de 2018 de la siguiente dirección electrónica: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011). 36ª Ed., Editorial Leyer.

Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004). Recuperado el 29 de agosto de 2018 de la siguiente dirección electrónica:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

Constitución Española (1978). Recuperada el 29 de noviembre de 2018 de la siguiente dirección electrónica: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

Constitución Política de Colombia (1991). 30ª Ed., Editorial Leyer.

Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). (1969). Recuperada el 2 de octubre de 2018 de la siguiente dirección electrónica:

https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (1948). Recuperada el 2 de octubre de 2018 de la siguiente dirección electrónica:

<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

Declaración Universal de Derechos Humanos. (1948). Recuperada el 2 de octubre de 2018 de la siguiente dirección electrónica: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Ley 27 de 1980. Recuperada el 2 de octubre de 2018 de la siguiente dirección electrónica:

<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1698775>

Ley 5ª de 1992. Recuperada el 4 de febrero de 2019 de la siguiente dirección electrónica:

<http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/ley-5-de-1992>

Ley 136 de 1994. Recuperada el 29 de agosto de 2018 de la siguiente dirección electrónica:

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0136_1994.html#38

Ley [Estatutaria] 137 de 1994. Recuperada el 29 de agosto de 2018 de la siguiente dirección electrónica: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0137_1994.html

Ley 446 de 1998. Recuperada el 15 de julio de 2019 de la siguiente dirección electrónica:

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0446_1998.html

Jurisprudencia

Consejo de Estado.

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (17 de julio de 2001).

Sentencia expediente2001-0904-01 (AC) [CP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (16 de febrero de 2010).

Sentencia expediente2009-00344-00 (IJ) [CP María Claudia Rojas Lasso].

Consejo de Estado, Sección Primera. (28 de noviembre de 1975). Sentencia expediente 304 [CP Alfonso Arango Henao].

Consejo de Estado, Sección Primera. (28 de enero de 1976). Sentencia expediente1496 [CP Carlos Galindo Pinilla].

Consejo de Estado, Sección Primera. (22 de julio de 1991). Sentencia expediente 1144 [CP Miguel González Rodríguez].

Consejo de Estado, Sección Primera. (23 de octubre de 1992). Sentencia expediente325 [CP Ernesto Rafael Ariza Muñoz].

Consejo de Estado, Sección Primera. (25 de noviembre de 1993). Sentencia expediente2105 [CP Miguel González Rodríguez].

Consejo de Estado, Sección Primera. (11 de mayo de 2000). Sentencia expediente6130 [CP Olga Inés Navarrete Barrero].

Consejo de Estado, Sección Quinta. (18 de julio de 2013). Sentencia expediente 2012-01514-01 [CP Alberto Yepes Barreiro].

Consejo de Estado, Sección Tercera. (19 de mayo de 2014). Sentencia expediente50.219 [CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

Consejo de Estado, Sección Tercera. (27 de noviembre de 2017). Sentencia expdiente35.273 [CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

Corte Constitucional.

Auto D-241 del21 de abril de 1993.

Sentencia C-004 de 1992.

Sentencia C-556 de 1992.

Sentencia C-031 de 1993.

Sentencia C-542 de 1993.

Sentencia C-179 de 1994

Sentencia C-249 de 1994.

Sentencia C-300 de 1994.

Sentencia C-466 de 1995.

Sentencia C-027 de 1996.

Sentencia C-122 de 1997.

Sentencia C-237 de 1997.

Sentencia C-045 de 1998.

Sentencia C-405 de 1998.

Sentencia C-521 de 1998.

Sentencia C-114 de 1999.

Sentencia C-122 de 1999.

Sentencia C-216 de 1999.

Sentencia C-836 de 2001.

Sentencia C-1064 de 2001.
Sentencia C-1287 de 2001.
Sentencia C-802 de 2002.
Sentencia C-063 de 2003.
Sentencia C-569 de 2004.
Sentencia C-172 de 2006.
Sentencia C-367 de 2006.
Sentencia C-1125 de 2008.
Sentencia C-243 de 2009.
Sentencia C-879 de 2011.
Sentencia C-415 de 2012.
Sentencia C-086 de 2016.
Sentencia SU-111 de 1997.
Sentencia SU-747 de 1998.
Sentencia SU-917 de 2010.
Sentencia SU-768 de 2014.
Sentencia T-401 de 1992.
Sentencia T-406 de 1992.
Sentencia T-505 de 1992.
Sentencia T-124 de 1993.
Sentencia T-056 de 1994.
Sentencia T-090 de 1994.
Sentencia T-230 de 1994.
Sentencia T-429 de 1994
Sentencia T-309 de 1995.
Sentencia T-405 de 1996.
Sentencia T-477 de 1996.
Sentencia T-556 de 1998.
Sentencia T-587 de 1998.
Sentencia T-607 de 2000.
Sentencia T-1306 de 2001.

Sentencia T-881 de 2002.
Sentencia T-792 de 2005.
Sentencia T-264 de 2009.
Sentencia T-472 de 2011.
Sentencia T-204 de 2012.
Sentencia T-213 de 2012.
Sentencia T-352 de 2012.
Sentencia T-618 de 2013.
Sentencia T-339 de 2015.
Sentencia T-622 de 2016.

Corte Suprema de Justicia.

Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. (6 de julio de 1914). [MP Suárez Murillo].
Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. (18 de marzo de 1941).
Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. (30 de enero de 1958). [MP Gabriel Carreño Mallarino].
Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. (23 de octubre de 1975). [MP José Gabriel de la Vega].
Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. (5 de agosto de 1982). Sentencia 57, expediente978 (111-E). [MP Manuel Gaona Cruz].
Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. (1° de septiembre de 1983). Sentencia 85, expediente 1075. [MP Luis Carlos Sáchica].
Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. (15 de noviembre de 1984). Sentencia 130, expediente 1227. [MP Ricardo Medina Moyano].
Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. (12 de diciembre de 1986). Sentencia 111, expediente5-R. [MP Jairo Duque Pérez].
Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. (12 de febrero de 1987). Sentencia 11, expediente 1489. [MP Fabio Morón Díaz].
Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. (9 de abril de 1991). Sentencia 47, expediente2206. [MP Simón Rodríguez Rodríguez].

Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Yatama vs. Nicaragua. (23 de junio de 2005).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. (21 de noviembre de 2007).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Apitz Barbera y Otros vs. Venezuela. (5 de agosto de 2008).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Gelman vs. Uruguay. (24 de febrero de 2011).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Masacres de Río Negro vs. Guatemala. (4 de septiembre de 2012).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Gudiel Álvarez y Otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala. (20 de noviembre de 2012).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. (30 de noviembre de 2012).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs. República Dominicana. (28 de agosto de 2014).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Rochac Hernández y Otros vs. El Salvador. (14 de octubre de 2014).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Chinchilla Sandoval y Otros vs. Guatemala. (29 de febrero de 2016).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (ECHR). Hadjianstassiou vs. Grecia (16 de diciembre de 1992).