

LOS ACTOS POLÍTICOS EN LA POSMODERNIDAD

La propuesta del gobierno de limitar la competencia de la Corte para ejercer el control constitucional

*Gustavo Penagos Vargas**

RESUMEN

El estudio “Los actos políticos – La propuesta del gobierno de limitar la competencia de la Corte para ejercer el control constitucional, comprende una investigación seria y documentada del origen de los actos políticos en Francia a partir del año de 1815, los cuales fueron una creación del Consejo de Estado francés que aceptó la inmunidad de los llamados “actos de gobierno” ante la presión de los Borbones quienes consideraban que todas sus decisiones eran legítimas, en contraste con el principio de legalidad alegado por los herederos de la revolución francesa de 1789.

El trabajo de investigación comprende un análisis de la jurisprudencia francesa en otros países, como España, Venezuela y Colombia.

El Código Contencioso Administrativo de Colombia en el artículo 82 admite en el inciso segundo la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, para juzgar las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno.

Fecha de recepción: 15 de febrero de 2005

* Doctor en ciencias jurídicas de la Universidad Javeriana, estudios de especialización en derecho público Universidad de París, Universidad Católica de Lovaina y Universidad de Roma. profesor de derecho administrativo de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, Cúcuta, Tunja, Medellín y Bucaramanga. Universidad Católica de Bogotá, Ibagué y Neiva, Universidad Militar Nueva Granada de Bogotá y Colegio Mayor del Rosario de Bogotá. Autor de 44 obras de derecho público. Magistrado, procurador y fiscal durante 20 años. Abogado consultor.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de 15 de noviembre de 1984 al declarar la inexecutable de la palabra forma contenida en el inciso segundo del artículo 82 del CCA aceptó la competencia para conocer por motivos de fondo los actos políticos.

Potenciar la inmunidad jurisdiccional de los actos políticos o de gobierno, sería entronizar en la posmodernidad la razón de Estado y dejar atrás las conquistas del sometimiento de todas las manifestaciones de la administración a la Constitución y a la ley.

Palabras clave: actos políticos, posmodernidad, gobierno, corte, constitucional, competencia, control, jurisprudencia, países, tratados internacionales.

ABSTRACT

The study, "The Politic Acts", is the government proposal to limit the Court competence to exert the Constitutional control. It involves a serious and documented investigation of the Politic Acts origin since 1815, which was a creation of the French State Council, that accepted the immunity of the "Government acts" due to the Borbons pressure who considered the legitimate of all their decisions, in contrast of the legality principle invoked by the French Revolution heirs in 1789.

The investigation work includes an analysis of the French Jurisprudence in other countries like Spain, Venezuela and Colombia.

The "Colombian Contentious Administrative Code (CCAC)" in its 82 article (second item), allows the "contentious administrative jurisdiction" competence, to judge the controversies originated in the politic or government acts.

Throughout the "November 15 of 1984" sentence, the "Supreme Court of Justice" has made a pronouncement of the inattainability of the word "Form" contained in the 82 article (second item) of the CCAC, and consequently has allowed the ability to know about the Politic Acts due to matter reasons.

To impel the jurisdictional immunity of the politic or government acts, would be as enthrone in the posmodernity the State reasons to forget the submission conquests of all administration manifestations to the Constitution and the Law.

Key words: *Politic Acts, Posmodernity, Government, Court, Constitutional, Competence, Control, Jurisprudence, Countries, International Treaties.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

1. ORIGEN DE LOS ACTOS POLÍTICOS
2. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS POLÍTICOS ES TAN ANTIGUA COMO EL HOMBRE
3. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA EN MATERIA DE ACTOS POLÍTICOS
4. INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA FRANCESA EN OTROS PAÍSES
 - 4.1. En España
 - 4.2. Los actos políticos en Estados Unidos de América del Norte
 - 4.3. Los actos políticos en Venezuela
 - 4.4. Los actos políticos en Argentina
 - 4.5. Los actos políticos en Colombia
 - 4.5.1. La jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia
5. LOS ACTOS POLÍTICOS EN EL NUEVO CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
6. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
7. NO DEBE HABER INCOMPATIBILIDAD ENTRE ACTO POLÍTICO Y ACTO JURÍDICO

8. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CAMBIA DE JURISPRUDENCIA EN SENTENCIA DE SALA PLENA, EL 15 DE NOVIEMBRE DE 1984, AL DECLARAR INEXEQUIBLE PARCIALMENTE EL ARTÍCULO 82 DEL DECRETO LEY 01 DE 1984
9. TODOS LOS ACTOS POLÍTICOS ESTÁN SOMETIDOS A CONTROL JURISDICCIONAL
10. LA FACULTAD DE JUZGAR LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN ES DE ORIGEN CONSTITUCIONAL
11. TESIS DE LA COMPETENCIA INTEMPORAL DE LA CORTE PARA CONOCER DE LEYES APROBATORIAS DE TRATADOS INTERNACIONALES
12. ACTOS POLÍTICOS REGLADOS
13. ¿QUÉ SON LOS ACTOS POLÍTICOS?
14. LA INMUNIDAD JURISDICCIONAL DE LOS MAL LLAMADOS “ACTOS POLÍTICOS” QUEBRANTA EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD JURÍDICA
15. LA DOCTRINA LATINOAMERICANA HA RECHAZADO LA TEORÍA DE LOS ACTOS POLÍTICOS INMUNES A TODO CONTROL
16. LOS ACTOS POLÍTICOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991
17. LAS PROPUESTAS DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE ACTOS POLÍTICOS
18. LA POSMODERNIDAD DE LOS ACTOS POLÍTICOS

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

La lucha de los gobernantes para que sus actos no sean enjuiciados por los tribunales tiene origen en la más remota antigüedad. Se recuerda que los antiguos emperadores romanos se consideraban inviolables en su persona y en sus decisiones. Con el correr de los tiempos, se admitió la justiciabilidad de una porción de los actos del monarca, lo que dio origen a la llamada teoría del fisco.

Con el advenimiento de la revolución francesa, y al someterse el gobernante a la ley, aparece el Estado de derecho, el cual tiene como finalidad encausar la actividad del Estado dentro de los causes jurídicos establecidos en la Constitución y en la ley, y para lograr la eficacia de las formas jurídicas se creó el Consejo de Estado francés en el año de 1799, encargado de conocer de la legalidad de todos los actos del gobierno.

En el año de 1815 al ser derrotado NAPOLEÓN por los ejércitos europeos, regresó la monarquía al gobierno. El Consejo de Estado francés creado a instancias de NAPOLEÓN, con la finalidad de conocer de la legalidad de los actos del gobierno intentó seguir ejerciendo sus competencias, pero el rey amenazó con cerrar el Consejo de Estado, a lo cual respondió el organismo jurisdiccional que existían unos actos “llamados políticos o de gobierno” que no eran enjuiciables por ningún tribunal, y así evitó el cierre de la institución.

La doctrina de los actos políticos no enjuiciables, elaborada por el Consejo de Estado francés para evitar el cierre de la institución hizo carrera en casi todos los países del mundo, como se verá en el desarrollo del presente estudio.

Cabe observar con el profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA,

“el principio de legalidad es una consecuencia del dogma rousseauiano de la voluntad general, en virtud del cual no se aceptan ya poderes personales; todo el poder es de la ley, toda la autoridad que pueda ejercitarse es la propia de la ley”¹.

Siendo el poder la aplicación de la ley, lo lógico es que toda decisión del gobernante debe ser sometida a la revisión de los tribunales para verificar su conformidad con la norma jurídica. Compartimos la opinión del profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA cuando agrega²:

1 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Ed. Civitas, Madrid, 1974, pág. 14.

2 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Ed. Civitas, Madrid, 1974, pág. 49.

“el control judicial de la discrecionalidad no es, por ello, una negación del ámbito propio de los poderes de mando, y ni siquiera se ordena a una reducción o limitación del mismo, sino que, más sencillamente, trata de imponer a sus decisiones el respeto a los valores jurídicos sustanciales, cuya trasgresión ni forma parte de sus funciones ni la requieren tampoco su responsabilidades”.

Lo expuesto nos lleva a la conclusión que no debe ni puede existir oposición entre lo jurídico y lo político. El derecho moderno diferencia entre función política o gubernamental, y función administrativa, atribuyendo a la primera la capacidad de decisión en los asuntos trascendentales del Estado. Es decir, la función política se refiere a la dirección del Estado; en cambio la función administrativa se relaciona con los asuntos cotidianos y ordinarios de la actividad del órgano ejecutivo.

El mejor régimen político, no es el que depende del capricho o arbitrio del gobernante sino el que está sometido a la ley. Bien se ha dicho:

“el rey, por tanto para merecer su título de rey, debe ser el primero en el cumplimiento de las leyes por él promulgadas”³.

El derecho moderno proclama que la

“autonomía o independencia de la administración se refleja particularmente en el espejo de vinculación a la ley. Aquí cabe observar dos líneas de argumentación. La primera atiende a la estructura de los supuestos de hecho normativos. La segunda línea de argumentación tiene su punto de partida en las modulaciones de la doctrina de la reserva de ley”⁴.

El profesor español RAMÓN MARTÍN MATEO fundamenta la administración en el principio de legalidad y a propósito enseña⁵:

“La administración no es un reducto soberano, no tiene poderes inmanentes, su legitimidad no deriva de sí misma, sino de las potestades que externamente se le atribuyen. La administración no está integrada por órganos soberanos, sino por órganos cuya soberanía, autoridad y poder son concedidos por otros órganos supremos del Estado”.

3 Santo TOMÁS, *El mejor régimen político*, Biblioteca de autores cristianos Madrid, 1959.

4 EBERHARD SCHMIDT ASSMANN, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, págs. 212 y 213.

5 MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Manual de derecho administrativo*, Ed. Aranzadi, 22ª edición, Navarra, 2003, pág. 73.

En el estado de derecho todos los actos deben estar sometidos al control judicial

La antigua teoría de los actos políticos no sometidos a control jurisdiccional está completamente abandonada en el Estado moderno. Basta reflexionar en la exposición que hizo el juez MARSHALL a la Corte Suprema Federal norteamericana⁶, al referirse a la capacidad de los jueces de aplicar la Constitución:

“...Y si ellos pueden interpretarla toda, ¿cuál parte de ella no podrán leer u observar? “Por otra parte, ¿con qué objeto habríase dispuesto que los jueces debían jurar que la defenderán? ...”. “¿Cuán inmoral sería obligarlos a jurar si ellos mismos debieran ser los instrumentos conscientes de la violación de la Constitución que juraron defender!”.

No existe ningún principio jurídico que pueda justificar los actos políticos no sometidos a ningún control, lo contrario sería dar patente de corso como observa el profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA:

“para que la administración en cuanto se trate de cuestiones de orden público pueda obrar sin límite legal alguno?”.

Bien se ha dicho que la paz es producto de la justicia, y donde no hay paz no vale la pena vivir. Flaco servicio se le presta al Estado con la propuesta de limitar la competencia de la Corte Constitucional, para conocer de algunos decretos del gobierno por motivos de fondo⁸.

Consideramos que autorizar al gobierno a proferir decretos inmunes a control jurisdiccional por vicios de fondo, sería auspiciar la violación de los derechos fundamentales, pues las leyes no están para crearlos sino para declararlos y garantizarlos, pues su validez se considera absoluto, derechos que le corresponden al hombre por naturaleza como son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión⁹.

6 Caso *Marbury v. Madison*, 1803, Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de América del Norte.

7 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Ed. Civitas, Madrid, 1974, págs. 66 a 68.

8 Periódico “*El Tiempo*” Bogotá D.C., jueves 26 de febrero de 2004, págs. 1–7, “Reforma proyecto limita tutela y funciones de la Corte Constitucional”.

9 PÉREZ LUÑO, ANTONIO E., *los derechos fundamentales*, Ed. Tecnos, 8ª edición, Madrid, 2004, pág. 36.

Finalmente, son oportunas las palabras del profesor español TOMAS R. FERNÁNDEZ al decir¹⁰:

“...La última palabra, constitucionalmente hablando (como gusta decir la doctrina alemana) no la tienen ni la administración ni el juez; *la tiene el derecho*”.

1. ORIGEN DE LOS ACTOS POLÍTICOS¹¹

La jurisprudencia francesa elaboró a partir del año de 1815 una doctrina artificial, sobre los llamados “actos políticos”, o de gobierno, considerando que eran inmunes a todo control de legalidad, bien sea por parte de la justicia administrativa, y ya por la justicia ordinaria. Fenómeno originado ante la presión de los Borbones quienes consideraban que todas sus decisiones eran legítimas, en contraste con el principio de legalidad alegado por los herederos de la revolución de 1789.

La doctrina de los actos políticos comienza a esbozarse después de la caída del emperador BONAPARTE, pues al ser sometidos al control de legalidad los actos del gobierno, el Consejo de Estado de Francia, ante la presión del rey, estatuyó por vía jurisprudencial que existían una clase de actos que no eran susceptibles de su conocimiento, por no tener competencia, ya que se trataba de actos políticos.

Recuerda DUEZ, citado por el profesor AGUSTÍN GORDILLO¹²:

“que el Consejo de Estado francés, creación napoleónica, fue vivamente atacado por los ultraderechistas con el retorno de los Borbones al poder y, ante la eventualidad de una posible supresión de su jurisdicción contenciosa, el tribunal decidió prudentemente disminuir por sí mismo sus atribuciones, a fin de sobrevivir”.

Estas materias, observa el profesor GORDILLO, antes citado,

“que el Consejo de Estado francés se negaba a considerar y que tampoco enviaba a los tribunales judiciales, quedaban por tal causa huérfanas a todo control jurisdiccional,

10 FERNÁNDEZ, TOMÁS R., *De la arbitrariedad de la administración*, 2ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 151.

11 PENAGOS, GUSTAVO, *El acto administrativo*, t. II, 7ª edición. Ed. Librería del Profesional, 2004.

12 GORDILLO, AGUSTÍN A., *Tratado de derecho administrativo, parte general*, t. II, Ediciones Macchi, S.A., Buenos Aires, 1975, capítulo XIV, número 6, Origen y evolución de la teoría de los actos políticos. En el mismo sentido, se puede verificar el origen de los actos políticos en la obra de PAUL DUEZ, *Les Actes de Gouvernement*, París, 1935, pág. 31.

produciéndose así una denegación de justicia que con distintas variantes se prolonga hasta nuestros días (MARCEL WALINE, *Droit Administratif*, pág. 195), estos son los actos de gobierno o políticos”.

2. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS POLÍTICOS ES TAN ANTIGUA COMO EL HOMBRE

El hombre antiguo, tal como lo definió ARISTÓTELES, aparece como un ser o “animal cívico”, su carácter específico es vivir insertado en el organismo social que constituye la *polis*, la “ciudad”, y ésta es para él tanto una necesidad natural como ideal.

La *polis* no es sólo la ciudad como planta urbana, como observa el profesor MARCEL PRELOT¹³:

“Atenas como ciudad-Estado es mucho más vasta que la Atenas como recinto urbano.

“La correspondencia verbal entre la ciudad y el Estado se halla asegurada, en latín, mediante la palabra república, *a ta politika* las cosas cívicas, lo que concierne a la ciudad —corresponde— *res publica*: la cosa pública.

“CICERÓN toma directamente del griego la palabra *politeia* para designar la república usa una perfrasis para designar el conocimiento político: *civilis scientia*, y también *rerum civilium scientia*.

“Más tarde la palabra “estado” se une a la expresión *res publica*. La conjunción “estado de la cosa pública” y aparece la definición propuesta por ULPIANO en el estudio del derecho hay dos aspectos el público y el privado. El derecho público concierne al Estado de la república, el privado, a la utilidad de los particulares¹⁴.

La palabra “estado” adquiere un sentido político con el determinativo “la cosa romana” o “la cosa pública”.

En francés, la palabra *politique* se emplea desde el siglo XIII en el sentido griego del término y comprendía los más nobles oficios del mundo, de modo que la política comprende generalmente todas las artes que ocupan a la comunidad humana.

13 PRELOT, MARCEL, *La ciencia política*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 9ª edición, 1981, pág. 6 y sigs.

14 *Institutas de Justiniano*, libro I, t. I: *De Justitia et Jure*, IV.

En los siglos XV y XVII se usa *politie* por gobierno, y *policien* para referirse al ciudadano y al hombre del Estado.

En el *Diccionario* de la Academia francesa se lee:

“Politique: conocimiento de todo lo que se relaciona con el arte de gobernar un Estado y de dirigir sus relaciones exteriores. Se dice también de los asuntos públicos, acontecimientos políticos, hablar de política, política interior.

Politique: concerniente a los asuntos públicos, al gobierno de un Estado, a las relaciones mutuas de diversos estados”.

LITTRÉ definió la política como “la ciencia del gobierno de los estados”, o, también,

“el arte de gobernar un Estado y de dirigir sus relaciones con los otros estados”.

La misma definición se encuentra en la *Grande Encyclopédie*.

En conclusión podemos decir que —actos políticos— son todos los que se profieren para gobernar o dirigir un Estado, significación que tiene la palabra a partir de la antigüedad griega y romana hasta nuestros tiempos.

Así que la diferenciación entre actos políticos y administrativos, es artificial, porque todos los actos del gobierno son políticos. Y mucho más arbitraria es la distinción de actos políticos para atribuirles el carácter de inmunes a todo control.

3. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA EN MATERIA DE ACTOS POLÍTICOS

- a) Uno de los casos más famosos que fue llevado a conocimiento del Consejo de Estado Francés fue el denominado príncipe NAPOLEÓN —JOSÉ BONAPARTE— quien demandó la anulación de la decisión del gobierno en virtud de la cual se le había privado del título de general de división que le fuera otorgado por el

emperador de conformidad con el artículo 6 del Senado consulto de noviembre 7 de 1852^{15, 16}.

El Consejo de Estado francés, en el caso anterior rechazó la tesis del gobierno quien sostenía que se trataba de un acto político, no sometido al control jurisdiccional el hecho de haber privado al príncipe NAPOLEÓN —JOSÉ BONAPARTE— del grado de general de división. El comisario de gobierno —ministerio público— combatió las apreciaciones políticas del Gobierno francés al decir que si bien es cierto que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha admitido en principio que los actos políticos no dan lugar a ningún recurso contencioso, no obstante que se refieran a derechos individuales. Pero si los actos calificados como políticos, confieren un derecho particular, y son por naturaleza discrecionales, la esfera jurídica a la cual pertenecen no puede ser calificada en forma arbitraria por el gobernante, sino que está subordinada a la ley, en interés no sólo del Estado, sino de los ciudadanos.

- b) La teoría expuesta fue reafirmada, posteriormente, por el Consejo de Estado de Francia el 28 de mayo de 1954 en el caso del estudiante BAREL a quien se le había excluido de un concurso para ingresar a una función pública por profesar determinadas ideas políticas diferentes a las del gobierno. El Consejo de Estado francés rechazó la decisión del gobierno anulando el acto y restableciendo el derecho, por considerar que no se trataba de un acto político.
- c) Enumeración de los actos políticos. La jurisprudencia del Consejo de Estado francés se orienta a distinguir dos grupos de actos políticos: 1. actos concernientes a las relaciones del gobierno con el Parlamento, y 2. los actos del Gobierno francés con las potencias extranjeras o referentes a las relaciones internacionales. Teoría que en líneas generales ha sido aceptada en Colombia.

15 LONG WEIL, BRAIBANT, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, 6a edición, Sirey 1974, pág. 10. *Actes de Gouvernement*, Consejo de Estado de Francia, C.E. 19 de febrero de 1875. Príncipe NAPOLEÓN, rec. 155, conclusión DAVID. Nota: con fecha 9 de marzo de 1853 el emperador dictó un decreto mediante el cual otorgó el grado de general de división al príncipe NAPOLEÓN —JOSÉ BONAPARTE—, fundamentado en el Senado consulto 7 de noviembre de 1852. Al presentar la respectiva demanda ante el Ministerio de Guerra se respondió que la decisión que confería el grado de general de división se basaba en un régimen político desaparecido; alegando además el ministro el carácter político de la medida impugnada, que según él escapaba al control jurisdiccional. Es bueno tener en cuenta que en el año de 1817 el Consejo de Estado de Francia anuló una decisión administrativa del Gobierno francés inspirada en móviles políticos en el caso de expropiación de unos bienes o parientes de NAPOLEÓN.

16 PENAGOS, GUSTAVO, *Los actos políticos*, con prólogo del consejero de Estado de Francia BERNARD DUCAMIN y el profesor argentino JOSÉ ROBERTO DORMÍ, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, D.E., julio de 1985.

4. INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA FRANCESA EN OTROS PAÍSES

4.1. En España

La teoría de los llamados actos políticos nacida en Francia tuvo recibo en España. El profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, resume el tema de los actos políticos, critica la inutilidad de la doctrina, asimismo como la ley judicial de España de 1956 que hace una enumeración de los actos políticos¹⁷.

La ley judicial de España de 1956, en su artículo 2, b) expresa:

“No corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa... b) Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afectan a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes cuya determinación sí corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa”.

La doctrina de los actos políticos ha tenido su elaboración en el Tribunal Supremo de España, como se observa en varias sentencias de 18 de junio de 1959, 10 de noviembre de 1959, 24 de marzo de 1960, 25 de abril de 1961, (ejemplos traídos por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA).

El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, ciertamente en forma valerosa, sostiene que no existe ningún principio jurídico que pueda justificar el acto político inmune a todo control¹⁸.

La doctrina española actual en materia de actos políticos, se orienta a sostener:

“...no puede haber actos del poder público que afecten a los derechos e intereses de los ciudadanos exentos de control por el poder judicial (proposición que deriva necesariamente del artículo 24 de la Constitución española)...”¹⁹.

17 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Curso de derecho administrativo*, t, I, Madrid, 1980, pág. 483.

18 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1974, págs. 66, 67 y 68.

19 GALLEGO ANABITARTE, ALFREDO; MENÉNDEZ REXACH, ÁNGEL, *Acto y procedimiento administrativo*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 105.

4.2. Los actos políticos en Estados Unidos de América del Norte

La Corte Suprema de Justicia federal de Norteamérica, ha sido muy enfática en reconocer los actos políticos o de gobierno y ha sostenido que le basta saber que los otros órganos han actuado en función política, para que el acto sea obligatorio, sin más, para las personas y para el gobierno mismo. De no ocurrir así, sostiene la doctrina norteamericana, podrían suscitarse frecuentemente casos en que hubiera diferencia inconciliable entre la opinión de los jueces y la sustentada por los otros órganos del Estado en cuestiones graves del gobierno, y trae el ejemplo la Corte: una isla o país extranjero podría ser considerado en estado de paz con los Estados Unidos, mientras que por el otro poder (el judicial) podría ser considerado en estado de guerra.

Sostiene la Corte Suprema federal norteamericana²⁰ que no existe acuerdo de qué debe entenderse por acto político. No se ha trazado la línea divisoria entre actos políticos judiciales, y la Corte ha limitado sabiamente su actuación a decidir en cada caso si él quedaba a uno u otro lado de la línea.

Se observa que en el sistema de “control jurisdiccional de constitucionalidad”, según la Corte Suprema federal de Norteamérica, se puede enjuiciar los actos políticos que lesionan un derecho individual²¹.

El célebre juez MARSHALL, cuando era miembro de la Convención de Virginia, enseñaba lo siguiente:

“que los jueces tenían poder jurisdiccional para declarar ineficaz una ley sancionada por el Congreso con extralimitación de los poderes conferidos por la Constitución, y que este poder atribuido a ellos es la mejor garantía de sus derechos para el Estado y los individuos...”

20 GHIGLIANI, ALEJANDRO, *Control jurisdiccional de constitucionalidad*, Editorial Depalma, 1952, págs. 88 y sigs.

21 Caso Marbury V. Madison, 1803, Corte Suprema federal de los Estados Unidos de América del Norte.

4.3. Los actos políticos en Venezuela

Enseña el profesor ALLAN R. BREWER-CARÍAS²² que según la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, sentencia de 29 de abril de 1965, existen actos estatales no susceptibles de control de la constitucionalidad, pues según la misma Corte:

“del estudio de la Constitución Nacional de Venezuela, se justifican situaciones excepcionales en que los actos del poder público en sus tres ramas no están sometidos al control de la jurisdicción constitucional”.

El profesor BREWER-CARÍAS, antes citado, hace críticas a la jurisprudencia de la Corte de Justicia de Venezuela y dice que,

“el sistema constitucional venezolano no admite fisuras en cuanto al control jurisdiccional de la constitucionalidad. Sea que éste se ejerza por la vía de acción directa (recurso de inconstitucionalidad), por la vía contencioso administrativa, o de los recursos judiciales del proceso ordinario, por la vía del control difuso (excepción de inconstitucionalidad), la supremacía constitucional no admite actos que contraríen sin que puedan ser susceptibles de control. Ésta, por otra parte, ha sido doctrina tradicionalmente sentada por la Corte Suprema. Así, se deduce, por ejemplo, de lo que expresó en su sentencia del 15 de marzo de 1962”.

Enseña el profesor ALLAN R. BREWER-CARÍAS²³ que en

“Venezuela, a pesar de la influencia que el derecho continental ha tenido en la conformación de nuestro derecho público y administrativo, la doctrina de los actos de gobierno tal como se ha expuesto, no tiene aplicación, pues al estar establecido el

22 BREWER-CARÍAS, ALLAN, *El control de la constitucionalidad de los actos estatales*, Colección de Estudios Jurídicos, n° 2, Editorial Venezolana, Caracas, 1977, págs. 108 a 114.

23 BREWER-CARÍAS, ALLAN R., “Comentarios sobre la doctrina del acto público, del acto de Estado y de las cuestiones políticas como motivo de inmunidad jurisdiccional de los estados en sus tribunales nacionales”, comentarios monográficos, *Revista de Derecho Público*, n° 26, abril-junio de 1986, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pág. 68. Y cita al pie de página: cfr. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution a la Théorie générale de l'Etat*, vol. I, París 1920, págs. 523 y sigs.; DUGUIT, *Manuale de Droit Constitutionnel*, París 1918, págs. 110 y sigs.

Véase lo expresado en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, págs. 323 a 326. y ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *El control de la constitucionalidad de los actos estatales*, Caracas, 1977, págs. 84 y sigs. y 108 y sigs.

Véase el texto en la edición de la Imprenta Nacional, Caracas, 1965, págs. 9 a 11, y en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *El control de la constitucionalidad...*, cit. págs. 110 y 111.

Véase ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *El control de la constitucionalidad...*, cit., pág. 114.

control de la constitucionalidad de los actos estatales, con la amplitud prevista en la Constitución, ningún acto del Estado puede escapar, en principio, del control jurisdiccional de la constitucionalidad y legalidad. No significa esto que en nuestro país no se haya desarrollado una “noción de acto de gobierno”, para diferenciar los actos estatales y, en particular, para diferenciarlos de los actos administrativos, pero ello no ha tenido por objeto construir una doctrina para excluir esos actos de gobierno del control de la constitucionalidad que ejerce la Corte Suprema de Justicia. Al contrario, la noción de acto de gobierno, como actos del ejecutivo dictados en ejecución directa de normas y atribuciones constitucionales, siguiendo, sin duda, los criterios de la vieja doctrina europea, a lo que conduce en nuestro país es a identificar un tipo de acto estatal que, por ser dictado en ejecución directa de la Constitución, sólo puede ser controlado jurisdiccionalmente por razones de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia (art. 215, ord. 6° de la Constitución). Por tanto, la noción de acto de gobierno en Venezuela está condicionada por un esquema formal de ejecución del derecho por grados, y nada tiene que ver con una pretendida inmunidad jurisdiccional de los mismos que lamentablemente, en una decisión aislada de la Corte Suprema de Justicia en Corte Plena, de 29-4-65 se ha declarado en forma evidentemente contraria al artículo 215, ordinal 6° de la Constitución. En esa decisión, la Corte ha señalado que “en lo relativo a los actos que el Presidente de la República está facultado para realizar en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, un atento examen de las mismas conduce a la conclusión de que determinadas actuaciones presidenciales en cualquiera de los dos caracteres de Jefe del Ejecutivo Nacional o Jefe del Estado Venezolano asignados a aquél por el artículo 181 de la Constitución, están excluidos de control jurisdiccional de constitucionalidad en atención a que por su propia esencia son actos de índole *eminente política o actos de gobierno*, o de índole discrecional; situaciones en que no cabe aplicar a los motivos determinantes de la actuación el expresado control constitucional: Entre tales actos encuéntranse según el artículo 190 de la Constitución Nacional los siguientes: Fijar el contingente de las Fuerzas Armadas Nacionales; convocar al Congreso a sesiones extraordinarias y reunir en Convención a algunos o a todos los gobernantes de las entidades federales”. Sobre esta decisión de la Corte, sin duda aislada, sólo debemos repetir que “abre una brecha inadmisibles en el control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos estatales, que debe rechazarse”.

4.4. Los actos políticos en Argentina

En derecho argentino, observa el profesor DROMI²⁴ se distinguen los actos políticos y los actos institucionales. Dice el profesor DROMÍ:

24 DROMI, JOSÉ ROBERTO, *Instituciones de derecho administrativo*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983, págs. 118 a 120.

“dentro de la actividad de los órganos legislativos y ejecutivos, hay actos superiores de dirección y de iniciativa, que reflejan una especial y primordial intensidad del poder estatal e integran la función política diversa de la función administrativa”,

y cita el artículo 31 de la Constitución Nacional.

Los actos políticos aparecieron en el derecho argentino por influencia de la doctrina francesa y norteamericana, y cita como ejemplo: 1. La declaración del estado de sitio. 2. Intervención federal. 3. Tratados internacionales. 4. Nombramiento y remoción de ciertos funcionarios. 5. Relaciones entre órganos ejecutivo y legislativo, etc.

El profesor AGUSTÍN GORDILLO combate la teoría de los actos políticos inmunes a todo control judicial²⁵ y expresa:

“...Siempre tiene el presunto interesado el derecho de dirigirse a la justicia impetrande que se declare la nulidad de un acto del poder ejecutivo; siempre tiene el juez el deber de entender la causa... allí, en la sentencia, en el debido ejercicio de su irrenunciable potestad de juzgar la juridicidad de los actos estatales el juez determinará si había o no limitaciones a la actividad del poder ejecutivo que éste no haya respetado en su actuación concreta...”.

El profesor AGUSTÍN GORDILLO, en la obra antes citada, sostiene con riguroso análisis jurídico que la teoría de los actos políticos inmune a todo control judicial conduce al totalitarismo y a regímenes despóticos.

“El juez debe decidir, sin que ello signifique intervención en política”.

4.5. Los actos políticos en Colombia

La doctrina de los actos políticos en Colombia ha sufrido una evolución muy importante, después de la sentencia de 15 de noviembre de 1984, originaria de la Corte Suprema de Justicia que declaró parcialmente inexecutable el antiguo artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, que decía que los actos políticos eran enjuiciables por vicios de forma y no de fondo. La polémica quedó esclarecida con el actual artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 12 del decreto 2304 de 1989 que le dio competencia a la jurisdicción contenciosa para conocer de los actos políticos.

25 GORDILLO, AGUSTÍN A., *Tratado de derecho administrativo*, parte general, t. II, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1975. Los actos de gobierno, cap. XIV, n° 21, pág. 42.

4.5.1. La jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia

El Consejo de Estado de Colombia en varias providencias sostenía que era incompetente para conocer de los llamados actos políticos, pues en el antiguo Código Contencioso Administrativo, no existía ninguna norma que lo autorizara para enjuiciar dichas decisiones, tanto por vicios de forma, o de fondo. Sobre el particular se puede constatar tal doctrina en providencia de 28 de enero de 1976 relativa al archipiélago de Los Monjes, y al ser demandada la nota de la Cancillería de Colombia que reconoció la soberanía de Venezuela sobre dicho archipiélago, el Consejo de Estado se declaró inhibido. Igual jurisprudencia se puede leer en los casos en que se ha demandado la extradición, la inmunidad parlamentaria, Consejo de Estado, providencia de 17 de septiembre de 1975, y 25 de noviembre de 1975, expediente 2382)²⁶.

5. LOS ACTOS POLÍTICOS EN EL NUEVO CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Es preciso observar que el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo contenido en el decreto ley 01 de 1984, fue declarado inexecutable parcialmente por la Corte Suprema de Justicia mediante la sentencia de 15 de noviembre de 1984, que no permitía conocer de los actos políticos por vicios de fondo.

Posteriormente, el decreto 2304 de 1989, por medio de su artículo 12 modificó el artículo 82 en forma más clara, dándole competencia a la jurisdicción en lo

26 Desde que se originó la teoría de los *actos políticos*, el argumento principal, para alegar la inmunidad de tales actos fue la falta de competencia de los organismos jurisdiccionales.

La tesis anterior que la heredamos del Consejo de Estado de Francia, fue aceptada tanto por la Corte Suprema de Justicia, como por el Consejo de Estado.

La Corte Suprema de Justicia sostuvo en forma ininterrumpida a partir de la famosa sentencia de julio de 1914, su incompetencia para conocer los llamados actos políticos contentivos de tratados internacionales (L. 14 de 1914, aprobatoria del tratado firmado entre Colombia y Estados Unidos). En 15 de noviembre de 1984, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, al declarar parcialmente inexecutable el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, admitió la competencia del Consejo de Estado para conocer de los actos políticos por vicios de forma y de fondo, variando sustancialmente la doctrina en materia de actos políticos.

No obstante, la Corte en fallos superiores siguió sosteniendo su doctrina tradicional en materia de actos políticos, y se declaró inhibida para conocer de demandas de leyes aprobatorias de tratados internacionales, los ejemplos más conocidos y que reseñamos en el presente capítulo fueron los relativos al tratado de extradición que firmó Colombia con los Estados Unidos, y en general la Corte se declaró incompetente hasta el año de 1991 para conocer de leyes aprobatorias de tratados internacionales, tesis que a nuestro entender rectificará la nueva Corte Constitucional creada por la Constitución Política de 1991, que en el artículo 241, numeral 10 le atribuye competencia para conocer de la executableidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben.

contencioso administrativo, para conocer por vicios de forma y de fondo de todos los actos fueren o no políticos.

Expresa el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo:

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida por la Constitución para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas. Se ejerce por el Consejo de Estado y los tribunales administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios civiles o penales de policía regulados especialmente por la ley”.

La Ley 446 de 1998, en el artículo 30 que modificó el antiguo artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, reitera la norma anterior, y establece en el inciso 2º del mencionado artículo 82 del Código Contencioso Administrativo:

“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno”.

Después de la sentencia de la Sala Plena de la antigua Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado ha venido avocando el conocimiento de los actos no sólo administrativos sino de los originados en actos políticos o de gobierno.

6. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, desde la famosa sentencia de julio de 1914, por medio de la cual resolvió abstenerse de conocer sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la Ley 14 de 1914, aprobatoria del tratado entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, por estimar que carece de facultad para ello. La Corte ha reiterado en líneas generales el mismo criterio en diversas oportunidades, sentencias de 18 de marzo de 1941, 26 de julio de 1971, 30 de enero de 1958, 23 de octubre de 1975, 13 de mayo de 1976, 1º de septiembre de 1983, por medio de la cual se aprobó el tratado bilateral de extradición entre Colombia y los Estados Unidos de América del Norte.

En la sentencia de 12 de febrero de 1987 la Corte Suprema de Justicia reiteró los fallos anteriores sobre la materia y se declaró inhibida para decidir sobre el fondo de la demanda instaurada contra la Ley 20 de 1974, por medio de la cual se apruebe el concordato y el protocolo final entre la República de Colombia y la Santa Sede, suscrito en Bogotá el 12 de julio de 1973.

En abril de 1991 la Corte Suprema de Justicia volvió a reiterar la doctrina de la incompetencia para conocer de las leyes aprobatorias de tratados internacionales, y sostuvo que no podía pronunciarse por vicios de fondo, sino de forma ante la demanda para que se declarara la inexecutable del canje de notas que el 2 de julio de 1985 formalizó la vigencia del tratado aprobado por la Ley 20.

7. NO DEBE HABER INCOMPATIBILIDAD ENTRE ACTO POLÍTICO Y ACTO JURÍDICO

En una novedosa sentencia de 5 de agosto de 1982, la Corte Suprema de Justicia, precisó el alcance de la inmunidad de los actos políticos²⁷, y enseña:

“Acto de gobierno y acto jurídico no son incompatibles, simplemente aquél es una modalidad de éste”.

“El poder discrecional o el poder gubernamental no son poderes arbitrarios o incontrolables jurídicamente sino reglados”.

La doctrina de la Corte, la consideramos un adelanto en materia de control jurisdiccional de los actos políticos otrora intocables, inmunes a todo control, y en la actualidad cuestionados fuertemente por la doctrina y la jurisprudencia.

8. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CAMBIA DE JURISPRUDENCIA EN SENTENCIA DE SALA PLENA, EL 15 DE NOVIEMBRE DE 1984, AL DECLARAR INEJECUTABLE PARCIALMENTE EL ARTÍCULO 82 DEL DECRETO 01 DE 1984

Con motivo de la demanda parcial del artículo 82 del decreto 01 de 1984, en su inciso 2º, que decía en la parte final “Pero sólo por vicios de forma”, la Corte

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de 5 de agosto de 1982, proceso n° 978 (III-E), decreto demandado 1674, de 9 de junio de 1982, por el cual se levanta el Estado de sitio, relatoría de la Corte, Bogotá, D.C.

Suprema de Justicia, por medio de su Sala Plena dio un vuelco total a su tradicional jurisprudencia, pues admitió el enjuiciamiento de los actos políticos no sólo por vicios de forma, sino de fondo.

Por considerar de especial importancia la mencionada sentencia de 15 de noviembre de 1984, se transcribe a continuación²⁸:

“3. Actos administrativos y actos políticos.

Frecuentemente la doctrina y ocasionalmente la jurisprudencia han tratado de otorgarle una entidad autónoma a determinados actos del gobierno o de la administración, que singularizados por ciertas circunstancias, pero mayormente por los móviles que los inspiran, se califican como actos políticos o de gobierno. Se trata empero de una distinción teórica que inclusive puede llegar a tener en ciertos casos alguna utilidad conceptual, pero que dentro del sistema constitucional colombiano carece de apoyo normativo, como quiera que ninguna cláusula de aquélla permite hacer dicha diferenciación, que por mayor que sea el refinamiento a que se llegue, a lo sumo permitiría concluir que dichos actos de gobierno, constituyen apenas una modalidad de los actos administrativos.

La Constitución pues, no establece diferencia alguna entre los actos políticos o de gobierno, y menos aún para excluir tales actos del control jurisdiccional. Basta mencionar en tal sentido lo dispuesto por el artículo 193 de aquélla, según el cual:

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente los actos de la administración por los motivos y con los requisitos que establezca la ley”. (Equivalente al art. 238, Constitución Política de 1991).

9. TODOS LOS ACTOS POLÍTICOS ESTÁN SOMETIDOS A CONTROL JURISDICCIONAL

Consideramos que todos los actos políticos, están sometidos a control jurisdiccional. Del estudio de la Constitución Nacional, se observa que no excluyen ningún acto del gobierno del control bien sea por parte de la Corte, o del Consejo de Estado, o bien de los tribunales, según las normas de jurisdicción y competencia.

Se observó en otro lugar de esta obra, que el artículo 82, del decreto ley 01 de 1984, parcialmente declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, en

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de 15 de noviembre de 1984, proceso n° 1227, actos políticos o de gobierno, control jurisdiccional.

sentencia de 15 de noviembre de 1984, le dio competencia al Consejo de Estado, para conocer de los llamados actos administrativos, denominados políticos o de gobierno.

La norma contenida en el artículo 82 del decreto ley 01 de 1984, antes citado, preceptúa:

“Objeto de la jurisdicción en lo contencioso administrativo... esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originan en los actos políticos o de gobierno”.

En la sentencia de 15 de noviembre de 1984, que se transcribirá más adelante, la Corte enfáticamente sostiene:

“Que tanto el acto político o de gobierno como el acto administrativo discrecional, por ser actos jurídicos, son juzgables en cuanto a su constitucionalidad o legalidad y “no sólo por vicios de forma”, sino también por razones materiales...”.

Y en reciente sentencia de 12 de diciembre de 1986, la Corte Suprema de Justicia al declarar la inexecutable de la Ley 27 de 1980, aprobatoria del tratado de extradición entre Colombia y los Estados Unidos, aplicó su doctrina de aceptar competencia, para conocer de los actos políticos por vicios de forma y de fondo, aceptando que el tratado, en este caso es un acto separable, susceptible de enmendar los errores posteriormente.

Con motivo de la demanda parcial del artículo 82 del decreto 01 de 1984, que excluía el conocimiento de los actos políticos por vicios de fondo, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 15 de noviembre de 1984²⁹, radicalmente cambió su doctrina tradicional en materia de competencia de actos políticos o de gobierno, pues al declarar inexecutable parcialmente el inciso segundo del artículo 82 del decreto 01 de 1984, dio vía franca al enjuiciamiento por vicios de forma y de fondo de los llamados actos políticos.

Y es evidente, que es deber tanto de la Corte Suprema de Justicia, como del Consejo de Estado, y de todos los tribunales del país, conforme a las normas de jurisdicción y competencia declarar el derecho bien sea por demanda de arte interesada u oficiosamente en los casos que determine la ley; pero en ningún caso podrán abstenerse de hacerlo, pues ello implica denegación de justicia.

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, proceso n° 1227, sentencia de 15 de noviembre de 1984, norma acusada: artículo 82 (parcialmente) del decreto 01 de 1984, reformativo del Código Contencioso Administrativo.

Acertadamente enseña la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de 15 de noviembre de 1984, lo siguiente:

“4. Control jurisdiccional de los actos administrativos.

Tampoco en este sentido establece la Constitución especificaciones o diferencias que permitan excluir del control jurisdiccional de los tribunales correspondientes, determinados actos de la administración”.

10. LA FACULTAD DE JUZGAR LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN ES DE ORIGEN CONSTITUCIONAL

Dice la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 15 de noviembre de 1984:

Por lo demás, dentro del régimen constitucional colombiano se tiene, sin excepciones, cómo emana entre otras normas de la Carta, el artículo 6º, en el cual se ha encontrado siempre el auténtico fundamento del Estado de derecho, que toda actividad administrativa es reglada, constituyendo por lo tanto un imposible jurídico que existan actos administrativos que puedan escapar al control jurisdiccional. Así se desprende de lo preceptuado en los artículos 6, 121 y 122 de la nueva Constitución, que establecen en su orden:

“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

ARTÍCULO 121. “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”.

ARTÍCULO 122. “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento”.

“5. Autonomía de la jurisdicción contencioso administrativa.

Por último encuentra la Corte que la norma cuestionada interfiere indebidamente en la autonomía de la jurisdicción contencioso administrativa, como quiera que dicho precepto viene en el fondo a establecer restricciones contrarias a la Constitución, a las facultades de los jueces, dejando de lado como ya se ha visto que la facultad de juzgar los actos de la administración es de origen constitucional, como también es de estirpe constitucional el principio al tenor del cual la jurisdicción y todos los organismos que la componen, tribunales y juzgados, deben actuar en el ejercicio de las funciones a ellos otorgadas por la misma Carta, con plena autonomía.

“Naturalmente, aunque tanto el acto político o de gobierno como el acto administrativo discrecional, *por ser actos jurídicos*, son juzgables en cuanto a su constitucionalidad o legalidad y no “sólo por vicios de forma”, sino también por razones materiales, sin embargo, reitérase y déjase de nuevo en claro por parte de la Corte su jurisprudencia en el sentido de que, en virtud de la específica modalidad de aquéllos, su juzgamiento por razones materiales o de contenido, además de las formales, no es total sino que apenas se contrae al examen de validez en su expedición y contenido en relación con los móviles y finalidades invocados.

“Así lo había dejado ya sentado la Corporación mediante sentencia n° 57 de 5 de agosto de 1982 (proceso n° 978. 111-E), conforme a la cual se definió que los decretos legislativos de estado de sitio con los que se declara turbado o restablecido el orden público, los cuales están considerados como típicos actos políticos o de gobierno, no escapan al control de constitucionalidad, aunque, eso sí, son apenas juzgables ‘en cuanto a sus aspectos de validez, a 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 sólidos y eficaces’.

Opuesto por lo tanto a los postulados constitucionales que se han dejado mencionados, el texto demandado deberá ser declarado inexecutable”.

11. TESIS DE LA COMPETENCIA INTEMPORAL DE LA CORTE PARA CONOCER DE LEYES APROBATORIAS DE TRATADOS INTERNACIONALES

En sentencia de 12 de diciembre de 1986, la Corte Suprema de Justicia, quebró en parte la tradicional jurisprudencia de 1914, en el sentido de aceptar la competencia para conocer de los tratados internacionales, por vicios de forma³⁰.

En una de sus partes dice la Corte Suprema de Justicia:

“V. Consideraciones de la Corte:

“PRIMERA. A pesar de que el Procurador insiste en la competencia de la Corporación para decidir sobre el fondo de demandas de inexecutable de leyes aprobatorias de tratados internacionales, en el caso presente contra la Ley 27 de 1980, que aprobó el Tratado de Extradición celebrado por Colombia y los Estados Unidos de América, la Corte definirá

30 Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de 12 de diciembre de 1986, por medio de la cual se declaró inexecutable la Ley 27 de 1980, aprobatoria del tratado de extradición entre Colombia y los Estados Unidos, en cuanto fue inconstitucionalmente sancionado.

su competencia para conocer de la acusación contra esta ley por su aspecto formal pues la pretensión deducida por el actor así lo plantea y el propio agente del Ministerio Público en el pedimento con que termina su concepto, concreta a ese mismo aspecto la competencia de la Corte.

“SEGUNDA. En el fallo del 6 de junio de 1985, proferido por la Corte para decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 1° y 2° de la Ley 27 de 1980, acusados ante ella por el ciudadano, previo análisis de complejidad del proceso de formación del tratado y de los actos que lo integran de los cuales la ley que lo aprueba es apenas uno de ellos, llega la Corporación a la conclusión de que el convenio internacional sólo nace a la vida jurídica cuando “además de la ley aprobatoria, se haya producido el canje de ratificaciones o el depósito de los instrumentos de ratificación”, y que antes de este requisito esos acuerdos son imperfectos, no producen efectos internacionales por ser pactos que se hallan en proceso de formación, “lo cual significa que las leyes aprobatorias de ellos si bien no alcanzan aún, en ese período, a producir efectos entre los estados celebrantes, si ostentan el carácter común de normas de derecho público interno, hasta ese momento iguales a las demás que expide el Congreso, y sujetas, por tanto como éstas, al juicio de constitucionalidad que compete a la Corte, sin que ello implique agravio alguno al compromiso internacional, sencillamente porque él aún no existe en razón de que el acto que lo contiene y lo produce todavía no está perfeccionado”.

“Se desprende de lo anterior que la ley es separable del tratado y pierde esta calidad cuando aprueba la convención internacional: la naturaleza del mandato sigue subsistiendo pues es una manifestación de la voluntad popular vertida por el órgano representativo de ésta y por los procedimientos y trámites que señala la Constitución.

“La tesis que se esboza y con apoyo en la cual existen ‘actos separables del tratado’, permite juzgar la constitucionalidad de la ley que lo aprueba por los tribunales del respectivo país, según su propia legislación como más adelante se precisará, y claro está, hasta que se verifique el canje de ratificaciones del tratado.

“Una atenta consideración de la sentencia citada en lo que atañe a la naturaleza COMPLEJA DEL TRATADO PÚBLICO que expresamente lo reconoce a éste, permite sostener que la incompetencia de la Corte para conocer de su impugnación constitucional, sólo se configura o surge cuando el tratado ha adquirido entidad de tal, esto es, es cuando ‘ha trascendido al derecho público interno’ por haberse cumplido o agotado la totalidad de los requisitos necesarios para su existencia incluido en éstos, el legislativo que se concreta en la ley que lo aprueba. Por tanto, si este requisito integrador de aquel acto no se ha realizado, o su existencia es meramente aparente por no haberse acatado en su integridad las formalidades esenciales que el derecho nacional exige para su nacimiento, el ACTO FINAL no nace ni logra sustraer del orden interno la LEY aprobatoria del convenio y fundada a éste hacerla desaparecer como acto separado para incorporarse junto con los demás elementos constitucionales del tratado, en el acto complejo llamado a producir sus efectos en la órbita del derecho internacional”.

El acto de que se trata requiere que cada uno de sus segmentos integradores, se ciñan a los requisitos que le son propios, ya la Corporación en fallo del 23 de octubre de 1975 había dicho:

“Recuérdese que la convención internacional es compleja, formada por operaciones distintas y sucesivas que se juntan para formar un solo acto. Cada pieza integrante del convenio internacional es indispensable, de modo que cuando una de ellas falta, la operación jurídica final deja de nacer”.

“Si la ley, es pues, apenas uno de los requisitos para que el TRATADO adquiera eficacia y unida a los otros actos que lo conforman entra a formar parte inescindible del acuerdo internacional, los vicios sustanciales que afecten su proceso genético (y sean de tal entidad porque no permitan considerarla como existente por su vulnerabilidad constitucional), necesariamente se proyectan o inciden en el ACTO COMPLEJO y no permiten que ésta adquiera existencia en el orden normativo interno o doméstico. En este supuesto la ley lejos de ser manifestación de la voluntad soberana del legislador, es un mero “conato” de tal expresión y por tanto, mantiene su autonomía o separación del pacto internacional al que apuntaba, y puede ser juzgada (de inconstitucionalidad) frente al derecho interno sin que ello implique intervención de la Corte en un terreno que pertenece a la órbita del derecho internacional; sin que se pronuncie sobre el tratado que por ese motivo no ha nacido a la vida del derecho interno”.

La doctrina nacional acepta la revisión constitucional de la ley que aprueba el tratado cuando se expide con vicios sustanciales en su trámite, así lo sostiene el doctor EDUARDO FERNÁNDEZ BOTERO, exmagistrado de esta Corporación.

Dice:

“La ley que aprueba un tratado, aunque es elemento de un acto jurídico complejo, puede ser declarada inconstitucional por la Corte, pero sin relación alguna con el texto del tratado. Vale decir que en nuestro sentir sólo sería declarada inconstitucional la ley aprobatoria cuando ella se expide con vicios sustanciales de trámite como cuando no recibe los debates o votaciones exigidas por la Constitución. También podría ser inexecutable el decreto ley en que el ejecutivo aprobase un tratado si para ello se creyese revestido de autorizaciones extraordinarias, y no las tuviera, o fueren insuficientes, o estuviesen vencidas.

“Y en ambos casos quedaría el tratado en camino de ser aprobado reconstruyendo el procedimiento. Y no se afectarían las facultades negociadoras del ejecutivo ni se afectaría la práctica DIPLOMÁTICA ni la seguridad de las negociaciones entre las potencias (*Estudios sobre la Constitución Política de Colombia*, editorial Lito-Textos, 1974, págs. 667 y 668).

“El divorcio o separación que se predica en la ley con respecto al tratado para efectos de su impugnación por vicios formales, a diferencia del ataque que se haga sustancialmente, no tiene límite en el tiempo, ni subsiste hasta que el tratado sea canjeado, por el contrario, el vicio constitucional que afecta a la Ley es verificable por la Corte en cualquier momento, y de él no se purga o redime por el hecho de entrar en vigencia, pues esta vigencia es precaria por la irregularidad de que adolece.

“Es principio general admitido en el derecho internacional, que para la validez de un acto unilateral o bilateral de un Estado es menester que tal acto sea proferido conforme a las normas sobre competencia contenidas en el derecho interno del país o países de que se trate (OPPHINM y LANTER PACH, *Derecho internacional público*, tomo I; volumen 2, número 342 y 497, pág. 509-A), de lo cual es obligado concluir que sólo los tribunales nacionales pueden verificar o decidir sobre su ajuste al derecho interno, la sumisión a la ley doméstica tiene órbitas territorial y personal que no pueden traspasarse sin desconocer la soberanía del Estado. Así si logra el mínimo control de ese acto que recaería sólo sobre el poder legal de quien lo expidió quedando por fuera la oportunidad, mérito o conveniencia, aspectos que no son cuestionables jurisdiccionalmente y en cuyo análisis invadiría la Corte órbitas que le están vedadas.

“TERCERA. Para que la ley, pueda ser tenida como parte integradora del tratado e inseparable de éste, es menester que se ajuste o adecúe (*sic*) a los requisitos constitucionales necesarios para su existencia pues un acto que sólo aparentemente ostente la calidad de ley por haberse expedido sin el cumplimiento íntegro de esos requisitos o formalidades, no es acto para cooperar en la formación del ACTO COMPLEJO y por ende, su impugnación o juzgamiento constitucional no afecta ni se proyecta en el ENTE CONTRACTUAL INTERNACIONAL que por el mismo motivo, no nace aún a la vida del derecho ni trasciende al ordenamiento interno”.

“Analizado el asunto desde este ángulo visual, es indudable que la competencia que asume la Corte para conocer de la demanda de inexecutableidad contra la ley aprobatoria del tratado, por vicios formales, en los que el actor ubica el *petitum*, no se opone ni rectifica la tesis de la competencia temporal sostenida en su fallo de 6 de junio de año retropróximo, ni tampoco contraría a la tradicional de la incompetencia intemporal aún sostenida por algunos honorables magistrados, ya que, la corporación ha sido enfática en considerar que para que el ACTO COMPLEJO denominado “Tratado Público” se sustraiga a la jurisdicción de ella, y del derecho fundamental interno, es menester que se integre por actos o segmentos regulares, sólo así el juzgamiento de la ley implica el del tratado mismo por estar incluida en su propio cuerpo.

“Cosa diferente sucede cuando la ley, no se ciñe a los requisitos sustanciales para su existencia, pues entonces si su texto no se integra al ACUERDO y éste por consiguiente carece de vigencia. Es obligada inferencia de lo planteado, que ese conato de ley, estaría subordinado a la jurisdicción constitucional de la Corte y que su impugnación y eventual inexecutableidad dejarían incólume la atribución presidencial del artículo 120-20, equivalente

a la nueva Constitución al artículo 189, numeral 2°. “Corresponde al Presidente de la República, dirigir las relaciones internacionales”.

“CUARTA. Avocar el examen de la demanda incoada en este proceso por tachas formales de la ley acusada, no es asunto novedoso para la Corte pues esta Corporación en sentencia de su Sala Plena de 5 de mayo de 1978, 3 de noviembre de 1981 y 13 de mayo de 1982, declaró la inexecutable de los actos legislativos Nos. 2 de 1977, 1 de 1979, y artículo 3 del acto legislativo 1 de 1981, por vicios formales, ya que consideró y sigue considerando que las normas que establecen formalidades o procedimientos especiales para su expedición son de obligatorio cumplimiento y dan origen al control constitucional de esos actos, ya que ‘no dejan duda sobre la imperatividad de los procedimientos que prescriben’.

El criterio que tuvo la Corte en los referidos fallos es el de que la violación de los procedimientos constitucionales es grave para el orden jurídico, y las normas de la Constitución que los consagran buscan proteger la identidad misma del Estado, ordenar su funcionamiento básico, lo cual, como es lógico, incide en la protección de los derechos de los asociados.

Apoyada en las anteriores consideraciones, la Corte afirma su competencia para conocer sobre el fondo de la demanda incoada por el señor xx contra la Ley 27 de 1980 por ‘vicio inconstitucional en su sanción o firma’. Se pasa pues a examinar la impugnación que hace el actor a la ley pluricitada”.

12. ACTOS POLÍTICOS REGLADOS

Existen unos actos políticos sometidos a determinados requisitos en su expedición, son aquéllos que se refieren a los “estados de excepción” contemplados en la nueva Constitución en los artículos 212, 213 y 215 que regulan, respectivamente, la declaración del estado de guerra, de conmoción interior, la emergencia económica.

En la presente obra, a través de las 5 ediciones anteriores, estuvimos en desacuerdo de alguna jurisprudencia antigua, que sostenía la competencia de la Corte para conocer de los actos del gobierno (decretos que declaran los estados de excepción) sólo por vicios de forma³¹.

31 PENAGOS, GUSTAVO, *El acto político*, prólogo de los profesores: BERNARD DUCAMIN, consejero de Estado de Francia y JOSÉ ROBERTO DROMÍ, Bogotá, D.E., Ediciones Librería del Profesional, 1984.

Fortunosamente la Corte Constitucional rectificó la jurisprudencia anterior, y al conocer de los decretos de gobierno que declaran “El estado de conmoción interior”, enseña³²:

“Deber de la Corte de examinar el contenido material del decreto sujeto a revisión. De acuerdo con la doctrina sostenida por esta Corporación en la sentencia C-04 de 1992 y reiterada en el fallo C-300 de 1994, es deber de la Corte examinar el decreto declaratorio de la conmoción interior no sólo por su aspecto formal, sino también por el aspecto material, pues el control constitucional para que sea efectivo tiene que ser integral.

En efecto dijo la Corte:

(...).

Dicho de otro modo, si la Corte elude el control material de los decretos que declaran un estado de excepción, ello significaría que las facultades del Presidente de la República en esta materia serían supraconstitucionales. Y más aún que esta Corte podría tolerar la actividad inconstitucional del ejecutivo renunciando así a su deber de restablecer el imperio del estatuto superior”.

“La voluntad del constituyente a este respecto, se pone así mismo de resalto, si se armoniza el precepto mencionado, con la expresión inequívoca empleada en la primera parte del artículo 241 en comento, según la cual a la Corte le corresponde la guarda de la “integridad” y de la “supremacía” de la Constitución. No cabe duda que si un acto del ejecutivo —como sería el caso del decreto que constituye el supuesto hipotético materia de esta glosa—, pudiera por razón de su motivación violar impunemente la Constitución del Estado, ya no estaría la Corte defendiendo la “integridad” de la misma sino apenas una parte de ella”.

“Por lo expuesto, el control jurídico constitucional debe ser integral y no parcial o limitado a uno solo de los aspectos de la institución, cual es el mero procedimiento formal como quiera que la defensa atribuida a esta Corte por las normas aludidas, no se contrae a una parte de la Constitución sino que se refiere a toda ella”.

“La implantación del estado de conmoción interior no es discrecional. Compete al Presidente de la República como responsable de la conservación y mantenimiento del orden público, determinar cuáles circunstancias perturbadoras del mismo es pertinente acudir a la medida de excepción contenida en el artículo 213 del Estatuto Supremo —estado de conmoción interior—, como también dictar aquellas normas destinadas a lograr su restablecimiento o impedir la extensión de sus efectos”.

32 Corte Constitucional, Sala Plena, Santa Fe de Bogotá, D.C., sentencia de 18 de octubre de 1995, expediente n° R.E.-065.

“En desarrollo de dichas atribuciones el Presidente de la República no goza de una discrecionalidad absoluta, pues en tratándose de la implantación de tal estado excepcional “la libertad del presidente se reduce a tomar la decisión de efectuar dicha declaración determinando el momento para hacerlo y señalando los hechos que la justifican, pero en lo que concierne a la efectiva configuración del presupuesto objetivo de la misma, no dispone de discrecionalidad alguna y no hay alternativas distintas a su existencia o inexistencia”.

13. ¿QUÉ SON LOS ACTOS POLÍTICOS?

Se ha dejado esta pregunta para el final, con el objeto de demostrar lo expresado al principio, en el sentido que los actos políticos fueron una creación artificial del Consejo de Estado de Francia³³ que ya no tiene aplicación en la misma jurisprudencia francesa. El acto político, es simplemente un acto jurídico, que puede presentarse como una ley, o simplemente como una decisión de la administración, en ambos casos enjuiciables según las normas de jurisdicción y competencia, por la Corte Suprema de Justicia, o por la jurisdicción contencioso administrativa.

Nadie ha definido con precisión, hasta el momento los actos políticos, por la razón que se dio a conocer al principio de este estudio, de ser una creación artificial, y el mismo Consejo de Estado de Francia se ha limitado a enumerarlos y distinguirlos en cada caso, y tal es el mismo criterio que orienta la jurisprudencia colombiana.

Finalmente, no sobra agregar que esta teoría artificiosa de los actos políticos, es inútil y arbitraria, porque pretende excluir del control jurisdiccional una serie de decisiones muy importantes para el Estado de derecho.

14. LA INMUNIDAD JURISDICCIONAL DE LOS MAL LLAMADOS “ACTOS POLÍTICOS” QUEBRANTA EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD JURÍDICA

En diversas normas la Constitución Política consagra el principio de la igualdad jurídica de las personas frente a la ley. Mal se podría, entonces, hablar de actos políticos inmunes a todo control, lo cual es violatorio del principio de igualdad jurídica, que reiteradamente ha defendido la jurisprudencia nacional.

33 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Curso de derecho administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, España, t. I, edición 1980, pág. 486. La doctrina del acto político, es hoy inútil en su acepción histórica genuina está hoy superada y aun contradicha”.

El principio de la igualdad jurídica está consagrada en la Constitución Política de 1991, en varios artículos entre los cuales se citan como ejemplos el 2º, que se refiere a la protección de todas las personas, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades. El artículo 5:

“El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona”.

En el artículo 13 se lee:

“todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación...”.

Y el inciso 2º del mismo artículo, agrega:

“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”.

La Corte Suprema de Justicia, en reciente sentencia de 12 de junio de 1986, al referirse a la Ley 57 de 1985, vuelve a reafirmar el principio de la igualdad de los ciudadanos frente a las normas jurídicas, y establece que a igualdad de condiciones, se debe dar igualdad de tratamiento, ello implicaría desechar todo trato preferencial, de parte de la administración invocando que las decisiones sean políticas.

Por considerar de especial interés la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, contenida en la sentencia de 12 de junio de 1986, se transcribe a continuación la parte respectiva³⁴:

“3. IGUALDAD DE LAS PERSONAS FRENTE A LA LEY. La sentencia de 4 de septiembre de 1970. G.J. Tomo CXXXVII, bis, página 388, sostuvo:

“El legislador no puede hacer ninguna ley que atente a la igualdad de los individuos, dice DUGUIT, y agrega: “Es difícil concebir la igualdad como un derecho, o a lo menos como un derecho distinto a los demás derechos individuales, cuando no es más que la consecuencia lógica del hecho de poseer los hombres derechos derivados de su cualidad de hombres y que, por consiguiente, deben ser iguales”.

34 Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Bogotá, D.E., sentencia de 12 de junio de 1986, expediente n° 1393, acción de inconstitucionalidad del artículo 23 de la Ley 57 de 1985, sentencia n° 44, demandante GABRIEL DE VEGA PINZÓN.

“Mas esta igualdad de los hombres no es absoluta, matemática. Debe ser entendida, concluye el citado publicista, solamente “en el sentido de que todos los hombres deben ser igualmente protegidos por la ley, que las cargas deben ser no aritméticamente iguales, proporcionales. Es preciso no olvidar jamás que queriendo realizar la igualdad matemática de los hombres, se corre fuerte riesgo de crear la desigualdad”.

“La norma acusada se refiere a una prelación en la tramitación de las solicitudes para la expedición de copias o fotocopias de documentos oficiales efectuada por un periodista acreditado en la fecha como representante de un medio de comunicación.

“La anterior afirmación, no conduce a un desequilibrio de la desigualdad de las personas frente a la ley, no se trata de una preferencia de personas con exclusión de las demás sino de permitir a ciertas personas (periodistas representantes de un medio de comunicación), obtener con mayor prontitud la información que puedan arrojar documentos públicos y que deben darse a conocimiento de los receptores del medio de comunicación.

“Así mismo, ese trato preferencial dado a estas personas se deduce de su condición o carácter de periodistas, toda vez que su profesión y eficacia de la misma imponen a estos una actividad más ágil que la norma que puedan desarrollar cualesquiera de los ciudadanos comunes. Si se sometieran las solicitudes de los periodistas al trámite rutinario u ordinario y a un riguroso turno para la expedición de las copias o fotocopias a que hace referencia la norma acusada, se pondría en desventaja su profesión ya que esta “igualdad aritmética” conlleva a la desigualdad, violándose indefectiblemente el principio constitucional.

“Si bien es cierto, que el artículo 23 de la Ley 57 de 1985, en su segundo aparte, no establece un rompimiento del principio de igualdad, entre los particulares y los periodistas, es innecesario sin embargo, analizar la frase que hace alusión a los periodistas acreditados como representantes de un medio de comunicación.

“Lo anterior indica que la tramitación preferencial solamente la tienen los periodistas como representantes de un medio de comunicación y no los periodistas que trabajan independientemente”.

“Volviendo sobre el punto de la igualdad de las personas frente a la ley, y establecido, que a igualdad de condiciones se debe dar igualdad de tratamiento, ello implicaría que la norma acusada en el aspecto analizado, es discriminatoria de un grupo de periodistas, es decir, los que trabajan por fuera de los diferentes medios de comunicación, y por tales razones no puede admitirse tal tratamiento desigual entre los periodistas.

“No cabe duda que esta preferencia se le otorga a los periodistas en razón de su profesión, tan vinculada a las necesidades de información que constituyen elemento básico de la participación de la comunidad en las determinaciones y objetivos del sistema democrático. Sin información no hay participación y sin ésta tampoco se realiza el esquema del auténtico gobierno democrático, ni se consagran en la realidad garantías del Estado

de derecho que tienen un esencial sentido político. Pero eso está bien que la preferencia no sea solamente para los periodistas acreditados en la fecha como representantes de un medio de comunicación sino para todos los periodistas, sin restricciones ni discriminaciones que no encajan dentro del propósito ampliamente libre y democrático que legitima el derecho a la información. Por eso se considera que la norma acusada viola en este aspecto la Constitución, en las normas pertinentes que establecen el principio de igualdad de las personas frente a la ley.

15. LA DOCTRINA LATINOAMERICANA HA RECHAZADO LA TEORÍA DE LOS ACTOS POLÍTICOS INMUNES A TODO CONTROL

Es honroso para los juristas de América Latina, como para todo el continente saber que nuestros más altos tribunales de justicia, han elaborado una sólida doctrina rechazando la arbitrariedad del ejecutivo en todas sus formas, y que constituye una garantía del Estado de derecho.

El sometimiento a la Constitución y leyes, principio fundamental del Estado de derecho, y que encuentra consagración en la Constitución colombiana, en varias normas, a las cuales nos hemos referido en otras oportunidades, es explicado con maestría por el profesor venezolano ALLAN R. BREWER-CARÍAS³⁵ al enseñar lo siguiente:

“Sin embargo legalidad, en el sentido etimológico de la palabra, es lo que está conforme con la ley, por lo que esta expresión, de acuerdo al sentido de la norma constitucional, debe ser entendida en sentido amplio y como sinónimo de derecho. Conforme a esto, el principio de la legalidad aplicado al Estado, no es más que la conformidad con el derecho que debe acompañar a todos los actos de las ramas del poder público. Es decir, el principio según el cual toda la actividad del Estado debe estar conforme con el derecho de ese Estado.

“Este principio de la legalidad, en su aplicación a la administración, ha sido claramente determinado por la jurisprudencia venezolana en decisión de la antigua Corte federal al expresar que “todas las actividades de la autoridad administrativa deben ceñirse a reglas o normas preestablecidas; de ahí, el principio de legalidad de los actos administrativos, según el cual, éstos carecen de vida jurídica no sólo cuando les falta como fuente primaria, un texto legal, sino también, cuando no son ejecutados en los límites y dentro del marco señalado de antemano por la ley”.

35 BREWER-CARÍAS, ALLAN R., *Los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas*, separata de la revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, año lectivo 1965-1966, n° 2 Caracas, 1966, pág. 10 y sigs.

“Esta necesidad que tiene la administración pública, como órgano de la actividad estatal, de ejercitar sus funciones sólo dentro de los precisos límites del derecho positivo es ciertamente, como también lo ha recalcado la jurisprudencia, una “*garantía* establecida en beneficio de los particulares o administrados contra las posibles *arbitrariedades* de la autoridad ejecutiva”.

“Sin embargo, y ello es innegable, no toda la actividad de la administración pública tiene establecida en el ordenamiento jurídico positivo “*precisos límites*” lo que ha dado origen a la distinción clásica entre administración reglada y poder discrecional en la actividad administrativa.

“A este respecto, la antigua Corte Federal ha señalado expresamente que ‘los actos administrativos son de dos categorías: *discrecionales*, cuando la administración no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a la oportunidad de obrar, sin que ello quiera decir que se obra al arbitrio, eludiendo toda regla de derecho, pues la autoridad administrativa debe observar siempre los preceptos legales sobre formalidades del acto; y *reglados*, llamados también vinculados y obligatorios, cuando el funcionario no puede ejecutarlos sino con sujeción estricta a la ley, so pena de incurrir en incompetencia, exceso de poder o genéricamente, en ilegalidad o violación de la ley’.

“En este sentido, la diferencia entre estos dos tipos de actos administrativos estriba ‘en que en los reglados la ley establece si la autoridad administrativa ha de actuar, cuál es esa autoridad y cómo debe hacerlo, determinando las condiciones de la conducta administrativa en forma de no dejar margen a la elección del procedimiento, mientras que en los discrecionales, atendiendo a necesidades de la administración pública, la autoridad administrativa, en muchos casos, apreciará hechos pasados o consecuencias futuras, y para ello, dispondrá de cierta libertad de apreciación, sin que quiera significar esto que proceda *arbitrariamente*’.

“En esta forma entendida, ciertamente que la actividad discrecional de la administración es indispensable para que ésta pueda realizar sus fines de un modo cabal, porque la ley no puede prever y reglamentar las múltiples, cambiantes y complejas relaciones jurídicas que se producen en la sociedad. De ahí que, por lo general, se limite a determinar normas que fijan la competencia de los diversos órganos administrativos y deja a éstos una *cierta libertad de apreciación de los hechos*, para decidir u orientar su actuación”³⁶.

36 La doctrina anterior, la fundamenta el profesor BREWER-CARÍAS, ALLAN R., en las siguientes sentencias de la Corte federal venezolana, citadas al pie de página.

“Cfr. nuestra obra *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, pág. 23.

Ello se desprende, por otra parte, del artículo 206 de la Constitución cuando atribuye a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa competencia para declarar la nulidad de los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, en sentencia de 25 de junio de 1987, reiteró su jurisprudencia de 12 de diciembre de 1986, al conocer de la Ley 68 de 1986 y declarar que era inexecutable por ser violatoria de la Constitución Nacional.

La doctrina de la Corte expresada en los fallos de 12 de diciembre de 1986 y 25 de junio de 1987, rectifica una errónea tendencia que pretendía la inmunidad de las leyes aprobatorias de tratados internacionales, por considerar que eran actos políticos exentos de todo control jurisdiccional³⁷.

La sentencia de abril de 1991.

En el año de 1991 la Corte Suprema de Justicia volvió a reiterar su doctrina tradicional para conocer de las leyes aprobatorias de tratados internacionales, con motivo de una demanda contra la Ley 20 de 1974, el demandante pretendía que se declarara inexecutable el canje de notas que el 2 de julio de 1985 formalizó la vigencia del tratado. Sobre este último aspecto la Sala Plena de la Corte sostuvo que no tenía competencia para examinar el canje, como quiera que se trata de un acto administrativo. El demandante sostenía que:

“La ley acusada había sido sustituida “por un tratado informal, carente de toda solemnidad, representado en un simple canje de notas semiclandestino, contenido en un intercambio epistolar en hoja de papel membreteado que no ha sufrido debate alguno”.

Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 17 de julio de 1953 y 23 de octubre de 1953 en nuestro trabajo *Algunas bases del derecho público en la jurisprudencia venezolana*, RFD, n° 27, 1963, pág. 145. Asimismo, en *GF*, 2ª etapa n° 1, 1953, pág. 151 y en *GF* 2ª etapa n° 2, 1953, pág. 64.

Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 17 de julio de 1953 en nuestro trabajo *El poder discrecional en la jurisprudencia administrativa venezolana*, RFD, n° 28, 1964, pág. 187. Asimismo en *GF* 2ª etapa n° 1, 1953, pág. 151.

Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 26 de noviembre de 1959 en nuestro trabajo *El poder discrecional...*, loc. cit., pág. 188. Asimismo en *GF*. 2ª etapa n° 26, 1959, pág. 125.

Vid. sentencia de la antigua Corte federal de 6 de noviembre de 1958 en nuestro trabajo *El poder discrecional...*, loc. cit. pág. 189. Asimismo en *GF* 2ª etapa, n° 22, 1958, pág. 133”.

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de 25 de junio de 1987, que declaró inexecutable la Ley 68 de 1986 aprobatoria del tratado de extradición de 1979. Y sentencia de abril de 1991 incompetencia para conocer de la Ley 20 de 1974, aprobatoria de un tratado internacional.

16. LOS ACTOS POLÍTICOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 creó la Corte Constitucional, y le atribuyó competencia para la guarda de la *integridad y supremacía* de la Constitución.

Del estudio de la norma contenida en el citado artículo 241, no se remite a duda alguna, que la intención del constituyente fue el de darle competencia a la nueva Corte Constitucional para conocer de todos los actos atentatorios de la integridad de la Carta Política.

Los artículos relativos a la competencia y mecanismos para hacer efectivo el control constitucional de la Corte Constitucional son los siguientes:

“ARTÍCULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
2. Decidir con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la Constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos de orden Nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.
4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.
6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.
7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.

8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

9. Revisar, en la forma en que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.

10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

11. Darse su reglamento.

PARÁGRAFO. Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto jurídico a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto.

ARTÍCULO 242. Los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional en las materias a que se refiere este título, serán regulados por la ley conforme a las siguientes disposiciones:

1. Cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente, e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos para los cuales no existe acción pública.

2. El Procurador General de la Nación deberá intervenir en todos los procesos.

3. Las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto.

4. De ordinario, la Corte dispondrá del término de sesenta (60) días para decidir, y el Procurador General de la Nación, de treinta (30) para rendir concepto.

5. En los procesos a que se refiere el numeral 7 del artículo anterior, los términos ordinarios se reducirán a una tercera parte y su cumplimiento es causal de mala conducta, que será sancionada conforme a la ley.

ARTÍCULO 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

ARTÍCULO 244. La Corte Constitucional comunicará al Presidente de la República o al presidente del Congreso, según el caso, la iniciación de cualquier proceso que tenga por objeto el examen de constitucionalidad de normas dictadas por ellos. Esta comunicación no dilatará los términos del proceso.

Finalmente, la Corte Constitucional, en la sentencia de 18 de octubre de 1995 (expediente RE-065, sentencia C-466), reitera su competencia para conocer de los decretos que declaran el estado de excepción de conmoción interior por vicios de forma y de fondo. El gobierno no goza de discrecionalidad absoluta para declarar los estados de excepción, sino que tiene discrecionalidad para valorar las circunstancias fácticas sociales, económicas y políticas, pero no puede declarar cuando a bien tenga los estados de excepción, sino cuando los hechos ameriten dicha decisión, que son el presupuesto objetivo de la misma como observa la Corte en la citada sentencia”.

17. LAS PROPUESTAS DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE ACTOS POLÍTICOS

Las últimas propuestas del gobierno, en materia de reforma constitucional se orientan a limitar las competencias de la Corte Constitucional, en el sentido de que conozca, únicamente, por vicios de forma mas no de fondo de algunos actos del gobierno, lo cual va en contravía de la doctrina moderna que pretende someter a control de constitucionalidad todos los actos proferidos por el ejecutivo.

La doctrina de inhibición de la Corte para conocer de los llamados “actos políticos”, como observa el profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA³⁸:

“Se ha dicho con justicia de esta doctrina de los actos políticos que constituye pura y simplemente una reminiscencia de la vieja idea de la razón de Estado y del poder de ésta para hacer doblegarse en algún momento a la justicia...”.

38 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Ed. Cuadernos Civitas, Madrid (España), 1974, págs. 70 y 71.

Más adelante agrega el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA:

“Las dos últimas exposiciones de conjunto del derecho francés, las de VEDEL y RIVERÓ, se refieren a “la antigua teoría de los actos de gobierno” como una curiosidad histórica, al “abandono de la teoría de los actos de gobierno”, a que tal teoría “se reabsorbe en la regla general, según la cual el juez administrativo no es competente más que en lo que concierne a la acción propiamente administrativa de los órganos públicos...”.

Finalmente, observa el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA³⁹:

“...Hablar de reglamentos infiscalizables por los jueces, sea cual sea la vía de fiscalización, es consagrar pura y simplemente a favor de la administración una verdadera patente de corso para vulnerar las leyes y el derecho...”.

Las razones expuestas nos mueven a considerar que la actual propuesta de proyecto de reforma a la Constitución en lo que se refiere

“a que la Corte no podría revisar el contenido material de los Decretos expedidos bajo las facultades de excepción, como los de conmoción interior”⁴⁰,

es una reminiscencia de la antigua doctrina de los actos políticos “inmunes a todo control jurisdiccional” que va en contra del Estado de derecho, que es una de las garantías del Estado moderno a favor de los asociados y fuente de seguridad jurídica y como lo observa el profesor BERNARD DUCAMIN⁴¹:

“En ningún país del mundo, aun en aquellos donde la superioridad de la ley bajo el control jurisdiccional ha sido bien establecido, el ideal que se acaba de recordar, no se realiza perfectamente sino por la obra de los juristas, en los tribunales, en las universidades y en la práctica profesional quienes ayudan a la nación en aquello que pueda escaparse”.

Para concluir, respetuosamente, considero que no se deben recortar las facultades de la Corte Constitucional, para dejar inmunes de control judicial determinados actos del gobierno por motivos de fondo, basta recordar las palpitantes palabras de ALEXIS DE TOCQUEVILLE⁴²:

39 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Ed. Cuadernos Civitas, Madrid (España), 1974, pág. 92.

40 Periódico “*El Tiempo*”, Bogotá D.C., jueves 26 de febrero de 2004, págs. 1-7, Reforma proyecto limita tutela y funciones de la Corte Constitucional.

41 PENAGOS, GUSTAVO, *Los actos políticos*, Ed. Librería del Profesional, 1985, obra prologada por el profesor BERNARD DUCAMIN, consejero de Estado de Francia, págs. 9 y 10.

42 TOCQUEVILLE, ALEXIS DE, *De la démocratie en Amérique*, edición de Gallimard, París, 1951, pág. 331.

“...La fuerza de los tribunales ha sido, en todos los tiempos, la más grande garantía que se puede ofrecer a la independencia individual, pero esto es, sobre todo, verdadero en los siglos democráticos; los derechos y los intereses particulares estarían siempre en peligro si el poder judicial no creciese y no se extendiese a medida que las condiciones se igualan”.

18. LA POSMODERNIDAD DE LOS ACTOS POLÍTICOS

Las nuevas corrientes globalizadoras del derecho, se orientan en la revalorización de la libertad administrativa, con el fin de hacer los estados ágiles y eficientes, por lo cual se impone ampliación de las facultades discrecionales, pues el legislador

“no puede ya pretender agotar la regulación de la realidad y debe conceder espacios crecientes a la administración llamada a colaborar con aquél en la definición del interés general tanto en el momento de elaborar normas jurídicas (reglamentos) como cuando adopta actos administrativos⁴³.

La doctrina de la segunda modernidad jurídica propugna por la ampliación de la facultad para proferir actos políticos, esta revalorización de la libertad de la administración ha venido acompañada de una paralela defensa de la libertad de la administración ante el juez, pues la definición del interés general sólo corresponde a la administración y no a los tribunales.

Consideramos que es conveniente para el Estado colombiano una reforma constitucional que garantice a la administración una amplia facultad discrecional, lo que se traduciría en capacidad del ejecutivo para proferir algunos actos políticos con estricta sujeción a la Constitución. Lo anterior no significa ausencia absoluta de control judicial que sigue conservando la Corte Constitucional.

“La revalorización de las funciones administrativas ante el control judicial, no obedece sólo a la legitimación democrática indirecta de la administración y al control político que sobre ella pueda efectuar la colectividad a través del Congreso. Dicha revalorización responde también —cada vez más— a razones de eficacia (la decisión última debe recaer en la administración, y no en el juez)”⁴⁴.

43 ORIOL MIR PUIGPELAT, *Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 2004, págs. 187–188.

44 ORIOL MIR PUIGPELAT, *Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 2004, págs. 193–194.

Finalmente la tesis rígida de someter al gobierno a una camisa de fuerza y limitarle en forma absoluta la facultad discrecional fue una tesis que se expuso para combatir las monarquías y dictaduras, pero no es compatible en el Estado de la posmodernidad que debe alternar con otros estados y entidades multinacionales que requieren flexibilidad y adaptación de las normas a los requerimientos de políticas sociales y económicas.

BIBLIOGRAFÍA

BREWER-CARIAS, ALLAN R., *Comentarios sobre la doctrina del acto público, del acto de Estado y de las cuestiones políticas como motivo de inmunidad jurisdiccional de los estados en sus tribunales nacionales*, comentarios monográficos, *Revista de Derecho Público*, n° 26, abril-junio de 1986, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pág. 68.

BREWER-CARIAS, ALLAN, *El control de la constitucionalidad de los actos estatales*, colección de Estudios jurídicos, n° 2, Editorial Venezolana, Caracas, 1977, págs. 108 a 114.

BREWER-CARIAS, ALLAN R., *Los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas*, separata de la *Revista de la Facultad de Derecho* de la Universidad Católica Andrés Bello, año lectivo 1965-1966, n° 2, Caracas, 1966, pág. 10 y sigs.

Caso *Marbury V. Madison*, 1803, Corte Suprema federal de los Estados Unidos de América del Norte.

Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de 5 de agosto de 1982, proceso n° 978 (III-E), decreto demandado 1674, de 9 de junio de 1982, por el cual se levanta el estado de sitio, Relatoría de la Corte, Bogotá, D.C.

Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de 15 de noviembre de 1984, proceso n° 1227, actos políticos o de gobierno, control jurisdiccional.

Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, proceso n° 1227, sentencia de 15 de noviembre de 1984, norma acusada: artículo 82 (parcialmente) del decreto 01 de 1984, reformatorio del Código Contencioso Administrativo.

Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de 12 de diciembre de 1986, por medio de la cual se declaró inexecutable la Ley 27 de 1980, aprobatoria del tratado de extradición entre Colombia y los Estados Unidos, en cuanto fue inconstitucionalmente sancionado.

Corte Constitucional, Sala Plena, Santa Fe de Bogotá, D.C., sentencia de 18 de octubre de 1995, expediente n° RE-065.

Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Bogotá, D.C., sentencia de 12 de junio de 1986, expediente n° 1393, acción de inconstitucionalidad del artículo 23 de la Ley 57 de 1985, sentencia n° 44. Demandante Gabriel De Vega Pinzón.

- Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de 25 de junio de 1987, que declaró inexecutable la Ley 68 de 1986 aprobatoria del tratado de extradición de 1979, y sentencia de abril de 1991 incompetencia para conocer de la Ley 20 de 1974, aprobatoria de un tratado internacional.
- DROMI, JOSÉ ROBERTO, *Instituciones de derecho administrativo*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983, págs. 118 a 120.
- GALLEGO ANABITARTE, ALFREDO; MENÉNDEZ REXACH, ÁNGEL, Acto y procedimiento administrativo, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 105.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, La lucha contra las inmunidades del poder, Ed. Cuadernos Civitas, Madrid (España), 1974, págs. 70, 71, 92.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Curso de derecho administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, España, t. I, edición 1980, pág. 486. La doctrina del acto político, es hoy inútil en su acepción histórica genuina está hoy superada y aún contradicha”.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1974, págs. 66, 67 y 68.
- GHIGLIANI, ALEJANDRO, *Control jurisdiccional de constitucionalidad*, Editorial Depalma, 1952, págs. 88 y sigs.
- GORDILLO, AGUSTÍN A., *Tratado de derecho administrativo*, parte general, t. II, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1975, Los actos de gobierno, cap. XIV, n° 21, pág. 42.
- Institutas de Justiniano*, libro I, t. I: *De Justitia et jure*, IV.
- LONG WEIL, Braibant, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, 6ª edición, Sirey 1974, pág. 10, *Actes de Gouvernement*, Consejo de Estado de Francia, CE 19 de febrero de 1875, príncipe NAPOLEÓN, Rec. 155, conclusión DAVID.
- ORIOI MIR PUIGPELAT, *Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*, Editorial: Civitas, Madrid, 2004, págs. 187–188.
- PENAGOS, GUSTAVO, Los actos políticos, Ed. Librería del Profesional, 1985, obra prologada por el profesor BERNARD DUCAMIN, consejero de Estado de Francia, págs. 9 y 10.
- PENAGOS, GUSTAVO, El acto administrativo, t. II, 7ª edición, Ed. Librería del Profesional, 2004.
- Periódico “*El Tiempo*”, Bogotá D.C., jueves 26 de febrero de 2004, págs. 1-7, reforma proyecto limita tutela y funciones de la Corte Constitucional.
- PRELOT, MARCEL, *La ciencia política*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 9ª edición, 1981, págs. 6 y sigs.
- TOCQUEVILLE, ALEXIS DE, *De la démocratie en Amérique*, edición de Gallimard, París, 1951, pág. 331.

