

**TEORÍA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DEL ACTO DE
ESTADO Y EL RIESGO POLÍTICO.**

EDMER LEANDRO LÓPEZ PEÑA

Doctorando

TESIS para optar al título de
DOCTOR EN DERECHO PÚBLICO

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS TUNJA

2023

**TEORÍA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DEL ACTO DE
ESTADO Y EL RIESGO POLÍTICO.**

EDMER LEANDRO LÓPEZ PEÑA

Doctorando

TESIS para optar al título de
DOCTOR EN DERECHO PÚBLICO

DIRECTOR:

CIRO NOLBERTO GÜECHÁ MEDINA

PhD. Doctorado en Derecho de la Universidad Externado de Colombia

PhD. Derecho Administrativo de la Universidad Alfonso X El Sabio-España

PhD. Doctorado Filosofía del Derecho Universidad de Salamanca-España

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS TUNJA

2023

A mi DIOS por ser fuente de mis ideas.

TABLA DE CONTENIDO.

INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO 1	56
DISCRECIONALIDAD POLÍTICA Y DERECHO ADMINISTRATIVO	56
SECCION I. ACERCA DE LA NOCIÓN DISCRECIONALIDAD POLÍTICA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y SU PROBLEMÁTICA DE CONTROL JURISDICCIONAL. Estudio a partir de las categorías actos políticos-gobierno y actos de estado.....	92
Sección A. Sobre los actos de gobierno-políticos en la doctrina del derecho administrativo.....	93
Sección B. Sobre la Discrecionalidad política. Formulación a partir de los actos de gobierno-políticos y el principio ius omnimodae representationis.	119
B1. La actualidad de la discrecionalidad política en los actos de gobiernos-políticos.	133
B2. En torno a la representación del Estado y el principio ius omnimodae representationis como fuente de discrecionalidad política. ¿Importa esto al Derecho Administrativo?.....	149
SECCION II. DE LOS ACTOS DE ESTADO DE DIRECCIÓN DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES Y SU APREHENSIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.	162
Sección A. La dirección de las relaciones internacionales en la Jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano.	174
Sección B. Dos Casos de referencia del control de actos políticos en el sistema jurídico colombiano (la dualidad del juez de lo contencioso administrativo)	185
CAPITULO 2	193
ESTADO ADMINISTRADOR ENTRE EL RECONOCIMIENTO DE LA AUTORIDAD Y EL RESPETO A LAS GARANTÍAS. Presupuestos del Derecho Administrativo Moderno.....	193
SECCION I. RELACIÓN AUTORIDAD Y GARANTÍA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL ESTUDIO DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA DISCRECIONAL.....	197
Sección A. Principio de juridicidad en el Derecho Administrativo Moderno, una mirada a partir de la premisa “Enterriana” de la lucha contra Zonas de inmunidad jurisdiccional.....	199
Sección B. Aproximación a la caracterización general de la potestad administrativa discrecional entre yuxtaposiciones de referencia.	208

SECCION II. RESPECTO DE RELACIÓN DE SIMETRÍA ENTRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL PODER PÚBLICO EN EL ESTUDIO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	218
Sección A. Poder público y principio de legalidad. Limitación de la discrecionalidad en el ejercicio del poder, desde la validez normativa. Fundamentos de una cíclica relación.	222
Sección B. Las denuncias post jurídica y pos ontológica ante el juez de lo contencioso administrativo. Aproximación general.	231
CAPITULO 3	247
FUNDAMENTOS PARA UNA TEORÍA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DEL ACTO DE ESTADO Y DEL RIESGO POLITICO.....	247
 SECCIÓN I. CASO DUQUE-MADURO-PETRO Y SU UTILIDAD PARA PROMOVER “REVISIÓN” DE LOS PILARES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÁNEO. DISCRECIONALIDAD POLÍTICA, ACTOS DE ESTADO Y CONTROL JURISDICCIONAL.	251
 SECCION II. LA CONSULTA ANTE EL CONSEJO DE ESTADO UNA NUEVA FORMA DE CONTROL DE LA JURIDICIDAD. Hacia la consolidación del principio de separación de poderes en el Derecho Administrativo Contemporáneo.....	280
 SECCIÓN III. EL RIESGO POLÍTICO Y SU RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.	287
 SECCIÓN IV. LA PIEDRA ANGULAR DE UNA TEORÍA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DEL ACTO DE ESTADO Y DEL RIESGO POLÍTICO. A MODO DE CONCLUSIÓN.....	299
 CONCLUSIONES.....	307
 BIBLIOGRAFIA	314

INTRODUCCIÓN

El pensador americano Jared Diamond ha establecido en una de sus obras emblemáticas que las crisis de los Países guardan una interesante similitud con las crisis de tipo personal. Al cuestionarse, Diamond, cómo reaccionan los Países en los momentos decisivos ante una crisis, resuelve primeramente reconocer que crisis, es claramente, un suceso que puede entenderse como un “momento de la verdad”¹, es punto de inflexión que conlleva a formularse materialmente un *antes y un después*; en segundo sentido, entiende que no se trata de cualquier momento, pues, no cualquier incidencia pasajera o cualquier proceso de evolución natural puede llegar a constituirse en una crisis.

El profesor Diamond es sutil pero acertado al tratar de descifrar el enigma que contiene el término crisis. Este cuestionamiento resulta relevante, en tanto que, si crisis es un momento de la verdad que trasciende el tiempo al dividirlo en un antes y un después, totalmente trascendente resulta caracterizar ese momento y diferenciarlo de un mero acto de evolución o incidencia pasajera.

Para Diamond, las crisis pueden ser repentinas o progresivas.² Reflexiona sobre las incidencias de las crisis y cómo reaccionar ante ellas: o bien, las crisis son una grave situación o al contrario implican un estadio de deconstrucción; de modo que acudiendo a la terapia de crisis formulada por el psicólogo Enrich Lindemann después de los graves sucesos acontecidos en el incendio de Cocoanut grove, Diamond, proyecta la terapia de crisis de asuntos personales a crisis de tipo Estatal, concluyendo que los doce factores que inciden en el desenlace de las crisis personales³, pueden guardar correspondencia, siete de ellos y cinco factores pueden ser propios de crisis nacionales; pudiéndose formular estos factores de superación de la crisis

¹ DIAMOND, Jared. Crisis. Cómo reaccionan los Países en los momentos decisivos. Trad. María Serrano. Ed. Debate. España. 2020, Pág.17

² Ibid. Pág. 42

³ Estas son los factores que miden en el desenlace de las crisis personales que refiere Diamond “1. Reconocimiento de encontrarse en una situación de crisis; 2. Aceptación de la responsabilidad en la acción; 3. Construcción de un cerco para acotar individualmente los problemas a los que hay que dar solución; 4. Obtención de la necesaria ayuda material y emocional de otros individuos y grupos; 5. Adopción de otras personas como modelo de resolución de problemas; 6. Fortaleza del ego; 7. Autoevaluación honesta; 8. Experiencia de las crisis personales anteriores; 9. Paciencia, 10. Flexibilidad; 11. Valores centrales personales; 12. Ausencia de constreñimientos personales.” Ob. Prev. Cit. Pág. 49

nacionales en los siguientes: 1. Consenso nacional en que el País se encuentra en una situación de crisis; 2. Aceptación de la responsabilidad nacional en la acción; 3. Construcción de un cercado para acotar los problemas nacionales a los que hay que dar solución; 4. Obtención de la necesaria ayuda material y económica de otros países; 5. Adopción de las experiencias de otros países como modelo de resolución de problemas; 6. Identidad nacional; 7. Autoevaluación honesta nacional; 8. Experiencia histórica de crisis anteriores; 9. Asunción de los fracasos nacionales; 10. Flexibilidad nacional en situaciones específicas; 11. Valores centrales nacionales; 12. Ausencia de constreñimientos geopolíticos.⁴

La cuestión sobre las crisis nacionales y cómo superarlas conduce a debatir tres cuestiones: en primer lugar, el papel de las instituciones políticas, económicas y jurídicas; en segundo lugar, identificar el papel relevante o no que desempeña el líder del Estado en la atención de la crisis y su desenvolvimiento; y en tercer lugar, evaluar la afectación a la cohesión social al interior del Estado y el proceso de reconciliación.⁵

¿Por qué el estudio de Jared Diamond sobre las crisis Nacionales, puede resultar punto de partida para la presente tesis?

Nótese que el primer factor para superar crisis personales como nacionales es reconocer que se está en una de ellas, por ello, es un momento de la verdad. Resulta notable cuestionarse sobre qué más sucesos distintos a las crisis o que pueden desembocar en una crisis, pueden ser relevantes para el estudio en sede de la ciencia jurídica, particularmente, el Derecho Público y, específicamente, el Derecho Administrativo.

Debe considerarse que así como las crisis, son una vivencia personal como Nacional-Estatal que mereció su abordaje por Jared Diamond, existe un

⁴ Ibíd. Pág. 60

⁵ Pág. 63

concepto que merece ser tratado y abordado en la ciencia jurídica, este es el concepto de *riesgo*.

Riesgo y Crisis pueden guardar una correspondencia en la medida que una crisis puede ser provocada por un descuido, no valoración o incorrecta valoración de un riesgo; piénsese por ejemplo el caso en que la Sociedad, la Persona y el Estado llegaren a descuidar gravemente la protección de los recursos naturales, el medio ambiente, la salubridad pública, la seguridad alimentaria, entre otras más cuestiones; esta omisión puede culminar en una grave crisis que afectaría a toda la Humanidad.

Riesgos pueden darse muchos: riesgo sanitario, ambiental, alimentario, tecnológico; pero uno en particular se abordara en el presente estudio, se trata del *riesgo político*, débilmente abordado por la doctrina especializada, específicamente, la doctrina del Derecho Administrativo, de allí que este trabajo pretenda ser un aporte para la construcción de líneas de investigación en la materia.

¿Qué suceso hace voltear la mirada investigativa hacia la comprensión del concepto de riesgo político?

Podrían ser muchos, ya en su momento, Ulrich Beck, ha declarado la presencia de un riesgo global⁶; pero, concretamente, se abordara en este trabajo un suceso que resulta interesante y también inquietante; se trata del siguiente: en el momento que se redacta el presente documento, Colombia, es dirigida por el presidente Gustavo Petro, primer Presidente de izquierda⁷, que para un sector

⁶ BECK, Ulrich. La Sociedad del Riesgo Global. Ed. Siglo Veintiuno. España. 2002. Nos dice el autor “el conflicto del riesgo no es, ciertamente, el primer conflicto que las sociedades modernas han tenido que dominar, pero es uno de los más fundamentales” Pág. 103; Para Beck la sociedad del riesgo se caracteriza por los conflictos que sobreviene por la distribución de los males a diferencia de los conflictos que se dan por la distribución de los bienes. Pág. 115

⁷ En su documento de análisis titulado: *Pandemia, protestas y Petro presidente: el rescate de la paz en Colombia*, se reconoce y reflexiona sobre el Gobierno de Petro como primer presidente de Izquierda de Colombia. A diferencia algunos medios, consideran que no lo sería, pues en la historia de Colombia ya se habría dado el caso de Alfonso López Pumarejo. (Véase: https://eprints.lse.ac.uk/116116/1/latamcaribbean_2022_06_23_primer_presidente_izquierda_colombia.pdf). Sobre la cuestión de gobiernos de Izquierda en Latinoamérica, el Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, cuenta entre varios estudios con el titulado: Las izquierdas latinoamericanas, allí se establece desde una comprensión comparada que los gobiernos de Izquierda en su programa de gobierno se orientarían por dos procesos. “En primer lugar, las transformaciones en las dinámicas laborales, territoriales y de provisión de bienestar (...) En segundo lugar, la transformación de las capacidades institucionales de los Estados a partir de su repliegue y las nuevas restricciones

político y de la sociedad, significa un cambio representativo para la dirección del asunto político del País. Este giro, esperado por algunos, criticados por otros, ha tomado una primera forma en la activación de las relaciones internacionales entre el Estado Colombiano y el Venezolano. Lo representativo de esta activación de las relaciones, se da que en el gobierno directamente anterior al del Presidente Petro, el Gobierno de Iván Duque, se decidió autónomamente desconocer el Gobierno del Presidente Nicolás Maduro⁸, las razones políticas invocadas por Duque se orientaron a rechazar la legitimidad democrática del Gobierno Venezolano, reconociendo como Presidente al no elegido pero sí auto/proclamado Juan Guaidó.⁹

De modo que, en estos instantes se materializa un suceso *importante*, en el sentido que *el* Gobierno Petro reconoce lo que el Gobierno Duque rechazó.

Es también *inquietante* este suceso, en tanto que se avizora una problemática en sede de estudio del Derecho Administrativo, que merece el esfuerzo de solventarse, es el caso de resolver algunas cuestiones, por ejemplo: ¿qué tipo de potestad ejercieron tanto Duque como Petro, actuando como representantes del Estado Colombiano?; ¿se trataba de una potestad administrativa, reglamentaria o de qué otro tipo?; ¿El actuar de Duque o Petro, se ajusta a una potestad discrecional o reglada?; ¿admite la decisión de Petro, como la de Duque, control jurisdiccional?; ¿es posible que en sede de control jurisdiccional el juez de lo contencioso administrativo pueda ordenar el reconocimiento del Gobierno de Nicolás Maduro o viceversa ordenar que se continúe con la decisión tomada por el Gobierno Duque?; ¿en estos casos de decisiones como la de Petro y Duque se formaliza una zona de inmunidad jurisdiccional?; ¿que se presente este tipo de decisiones totalmente yuxtapuestas entre Duque y Petro, presupone un tipo de riesgo que pueda caracterizarse de riesgo

externas globales" Pág.32 (véase: ALEGRE, Pablo y otros. Las izquierdas latinoamericanas De la oposición al gobierno. Ed. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. Argentina. 2010)

⁸ Este tipo de actuaciones se tratarán en la presente tesis como actos de estado de dirección de las relaciones internacionales, y como actos no jurídicos en el entendido que acto jurídico de entrada sería los tratados, convenios internacionales, entre otros, todos con control de constitucionalidad.

⁹ El 23 de febrero de 2019, Guaidó auto asumió las funciones de presidente encargado de Venezuela. El 23 de febrero el Canciller de Colombia, Carlos Holmes Trujillo, por medio de comunicado reconoce a Guaidó como presidente, expresándolo así "Colombia no reconoce la legitimidad del usurpador Maduro, Colombia reconoce al Presidente Juan Guaidó," (Véase: <https://www.cancilleria.gov.co/newsroom/publicques/comunicado-prensa-declaraciones-canciller-carlos-holmes-trujillo-proposito>)

político?; ¿cuál de las decisiones Petro o Duque es más conforme a la juridicidad y cómo saberlo?

Estas y otras cuestiones que sobrevienen *del antagonismo decisional* de Petro y Duque confluyen en una cuestión trascendental para la dogmática jurídica y la práctica administrativa y jurisdiccional, en particular se trata de resolver el tratamiento que la Teoría del Derecho Administrativo ha dado a este tipo de asuntos.

Un fundamento epistemológico que promueve este estudio en sede del Derecho Administrativo está dado por la máxima de la experiencia que establece: *lo simple muchas veces oculta lo importante y trascendental*. En la época del genio de Da Vinci, se discutía, por ejemplo, de por qué el cielo es azul¹⁰, esta simplísima cuestión llevó a desarrollos de la ciencia a gran escala; lo mismo ocurre con las formulas de la Física que pretenden en una sencilla fórmula contener todo una gran explicación de un fenómeno, sería el caso, por ejemplo, de la famosa fórmula de Einstein ($E=mc^2$).

Al encontrar que el tratamiento de este suceso ha sido deficiente por no decir que nulo, se estará ante la posibilidad de formular una nueva teoría del *Derecho Administrativo*, que se ha decidido denominar en el presente escrito como: teoría del *Derecho Administrativo del acto de estado y el riesgo político*.

De modo similar a como Jared Diamond reflexiona sobre las crisis nacionales a partir de recaer en lo que una persona puede afrontar cuando está en un dilema sobre su carrera profesional o cuando atraviesa un divorcio; la simpleza de evaluación resulta provechosa para concebir un discurso analítico que logre permitir abordar problemas trascendentales que tal vez nunca son tratados por la dogmática jurídica.

¹⁰ Al respecto puede consultarse la reconocida obra de ISAACSON Walter. Leonardo Da Vinci. La Biografía. Trad. Jordi Ainaud i Escudero. Ed. Debate. España. 2018.

Siguiendo el simplísimo camino metodológico de la evaluación de un suceso a prima facie *simple* como lo ha sido el antagonismo decisional de dos Presidentes de corrientes políticas distintas *en el campo de las dirección de las relaciones internacionales*; una evaluación más profunda de la cuestión revelara que se está ante un riesgo, así como el primer factor para superar una crisis es saberlo, lo primero que se necesita reconocer es: si se presenta en esta cuestión un riesgo o no.

El diccionario de la real academia de la lengua española define riesgo: como contingencia o proximidad de un daño; existiendo riesgo financiero, de crédito, de interés, de mercado, de reinversión, riesgo específico, riesgo operativo.

Sorprende que la RAE refiera un tipo particular de riesgo, denominado riesgo soberano, definido como el riesgo de que el Gobierno de un País no cumpla con sus obligaciones¹¹.

Los conceptos al pretender detallar una realidad no siempre logran concertar un único y específico objeto de entendimiento, ésta es la suerte, por ejemplo, en el campo de la ciencia jurídica del concepto de responsabilidad, como lo advirtió Hart en su ya conocido ejemplo del capitán del barco, tal como lo cita el profesor Sanz:

“Como capitán de un barco X era responsable por la seguridad de sus pasajeros y carga. Pero, en su último viaje se embriagaba todas las noches y fue responsable de la pérdida del barco con todo lo que llevaba. Se rumoreaba que estaba loco, pero los médicos lo encontraron responsable de sus acciones.

Durante el viaje X se comportó muy irresponsablemente y varios incidentes, que tuvo en su carrera, demostraron que no era una persona responsable. El capitán siempre sostuvo que fueron las tormentas excepcionales las responsables de la pérdida del barco, pero en un proceso judicial que se le siguió fue encontrado

¹¹ <https://dle.rae.es/riego> Téngase en cuenta la detención preventiva del presidente de Perú en el año 2022

responsable por la pérdida de vidas y bienes. Todavía vive y es moralmente responsable de la muerte de muchas mujeres y niños¹²

Como se identifica la responsabilidad en el campo jurídico puede ser tanto un reproche jurídico pero también puede ser un deber de reparar; así en esta suerte de bidimensionalidad que no es la única manera de comprender el concepto de responsabilidad transita los estudios de la responsabilidad penal, responsabilidad civil subjetiva y responsabilidad objetiva. Pero más allá de ello, que no es de interés en el presente escrito, el concepto de responsabilidad y su ambivalencia permite identificar la problemática que encierran muchas veces los conceptos que son fundamentales¹³, no sólo en el campo de la vida cotidiana, sino para el estudio de una ciencia, como es el caso de la ciencia jurídica.¹⁴

El riesgo como institución no es ajeno a la dogmática del Derecho Administrativo, ya lo ha advertido el jurista alemán Rainer Wahl al identificar que tras la fase fundacional, el Derecho Administrativo comenzó un proceso de articulación con la realidad, conduciendo a que éste se articulara a los cambios sociales y nuevas funciones del Estado¹⁵. Este aspecto reveló un rasgo central del Derecho Administrativo moderno hoy solidificado en la dependencia de éste a la idea que: *el Estado se legitima en el cumplimiento de funciones*.

¹² HART, H. L. A.: Punishment and Responsibility: Essay in the Philosophy of Law, Clarendon Press, Oxford, 1968. Segunda impresión, revisada, 1970. Citado en: SANZ ENCINAR., Abraham El Concepto Jurídico De Responsabilidad En La Teoría General Del Derecho. Págs.39-40

¹³ De importante referencia el estudio de Hohfeld, disponiendo la tipología de tres conceptos fundamentales: i) conceptos deónticos; ii) derechos subjetivos, responsabilidades y deber jurídico; iii) concepto de usos de juristas en situaciones específicas. Véase: HOHFELD.W.N. Conceptos jurídicos fundamentales. Trad. Genaro Cárrio. Ed. Fontamara. México. 2004. Págs.33-41. También de referencia:García Máynez, Eduardo. Lógica del Concepto Jurídico. Ed. Fondo de Cultura Económica de México. México. 1979. Págs. 46-59; También, ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo. Teoría del Derecho. Ed. Universidad Católica del Perú. Peru.2013. Págs. 29-31; ENGISCH, Karl. Introducción al pensamiento jurídico. Ed. Coyoacán. México. 2014. Págs. 149-182; GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del Derecho. Ed. Skla. Colombia. Págs.133-144; GORDILLO, Agustín, NIETO, Alejandro. Las limitaciones del conocimiento Jurídico. Ed. Trotta. España.2003. Págs. 39-41

¹⁴ Cuestión que llevó a Von Kirchmann a referir críticamente las razones porque el derecho no era ciencia, pero en particular reflexiona sobre la necesaria relación entre jurisprudencia y política "He aquí precisamente lo deplorable de la jurisprudencia que se desgaja de la política, que se declara ella misma impotente de dominar la materia y el camino de las nuevas instituciones o inclusive dirigirlas, mientras que todas las demás ciencias lo consideran como su parte más esencial , su suprema misión" Pág.44. VON KIRCHMANN, Julius Hermann. La jurisprudencia no es Ciencia. Ed. Temis, Colombia. 2019. Una pretensión de la existencia de la consolidación de un derecho concreto que sirva para dirigir lo social, la encontramos en VON IHERING, Rudolph. La lucha por el Derecho. Ed. Temis. Colombia. 2011. Págs. 56-57

¹⁵ WAHL, Rainer. Los últimos cincuenta años de Derecho Administrativo Alemán. Ed. Marcial Pons. España.2013. Págs. 70-73

Para Wahl, estos nuevos cambios y funciones estatales transitaron desde la planificación del territorio, la protección del medio ambiente y el derecho ambiental, al riesgo a la privatización, desregularización y aceleración como objetivos políticos o de política legislativa¹⁶.

Del riesgo como concepto jurídico, entiende el profesor alemán que en los años 80 se dio un creciente éxito, constituyéndose en un concepto central, en cuanto que terminaba siendo un campo en el que gravitaban nuevos problemas sociales y nuevas funciones del Estado.

Explica Wahl, que el concepto riesgo inicialmente tratado en el campo de las ciencias naturales comenzó su paso a la ciencia jurídica en los estudios del Derecho Medio Ambiental y el Derecho de la Técnica y luego pasó a constituirse en objeto del Derecho Administrativo de la Gestión del Riesgo, Derecho de los Medicamentos, al Derecho Alimentario, al Derecho a la Tecnología Genética y al Derecho aplicable a otras tecnologías modernas. De allí que, el concepto de riesgo como concepto jurídico comenzó a contar con tratamientos específicos, al punto que se construyeron premisas respecto de la determinación del riesgo, la percepción del riesgo, el tratamiento del riesgo, la estimación del riesgo¹⁷.

Todos estos “*retoños conceptuales*” como los denomina Wahl, permitieron poner en evidencia la cuestión del concepto de riesgo en el Derecho.

Se trataba entonces del *paradigma del riesgo* que provocó en los juristas interesados la identificación de varios planos para su abordaje, un primer plano que pretendió la comprensión del paradigma, fue el procedimental que se dedicó a precisar métodos que técnicamente permitieran calcular el riesgo, así como, permitir su estimación, esto implicó fijar el interés en saber reconocer cuál método y qué grupo de expertos aprobarían los procedimientos;

¹⁶ Ibid. Pág. 73-76

¹⁷ Ibid. Págs. 113-122

desembocando todo esto en saber cuándo era admisible asumir un riesgo y cuándo no en un caso concreto.

Wahl considera que el éxito del concepto de riesgo en el campo del Derecho, obedeció al giro que se dio respecto del eje temático ambiental y con ello, el Derecho Ambiental; éste fue un giro de percepción y sensibilidad¹⁸. En sede del Derecho de la Seguridad y de la Policía, esencialmente fundamentado en el reconocimiento de los peligros que el futuro incierto traían, se produjo una articulación entre el concepto de riesgo y peligro, significando riesgo un deber por evitar el peligro; esta interacción entre los conceptos riesgo-peligro determinaron la presencia de nuevos conceptos como inseguridad e incertidumbre, con estos últimos conceptos, la conciencia colectiva no solo se enfocaba en los sucesos más próximos sino en situaciones causales más largas y complejas.

Posteriormente, la importancia de la noción de riesgo configuró unos campos de construcción, el primero de ellos consistió que se hacía necesario interpretar dogmáticamente el riesgo, a partir de esta formulación, la comprensión en el campo del Derecho Ambiental proponía diferenciar entre riesgo ordinario y peligro como riesgo cualificado.

Un segundo campo de estudio del riesgo como noción jurídica, fue tratar de lograr identificar aspectos comunes del concepto de riesgo respecto de todos los campos en que pudiese darse.

Un tercer campo, resultó igualmente relevante, éste representado en la tesis de Ulrich Beck de la sociedad del riesgo Global, así se determinó, como explica Wahl, orientar el estudio del riesgo como función específica del Estado, esto significaba que no se trataría solo de una cuestión procedimental, sino, materialmente hablando, era un deber del Estado la precaución del riesgo, así como ante la advertencia de su existencia, tomar las medidas necesarias para

¹⁸ Ibíd. Pág. 118

atender estados de riesgos; se trataba, entonces, de comprender el deber del Estado de tomar medidas pensando en el futuro.

El futuro como deber del Estado dispuso un giro importante para la esencia del *Derecho Administrativo* que clásicamente no se fijaba en el futuro como actividad funcional del Estado.

Explica Wahl, que al desatar con mayor profundidad la cuestión del deber del Estado frente a la precaución y tratamiento de los riesgos, se evidenciaron nuevas condiciones que el Derecho Administrativo debería asumir, esto es, que el concepto de riesgo y su tratamiento presuponía una relación, por un lado, de conocimientos técnicos especializados, técnico-científicos y por otro lado, del componente ineludible de la responsabilidad político-jurídica del Estado. Así como se evidenciaron estas condiciones también se detectaron problemáticas que deberían ser resueltas, pues, era necesario precisar el alcance del deber de prevención, lo que implicaba adelantar la tarea de precisar el papel del legislador por corresponderle la reserva de ley en la normación del riesgo.

Apareció entonces un Derecho Administrativo de la Técnica y un Derecho Administrativo de la Gestión del Riesgo. El objeto que afrontarían versaría sobre la cuestión de la normación de lo técnico, esto es, en resolver e identificar cómo el Derecho podría regular lo técnico y cómo lo configuraba tratándose de conocimientos *especializados extra normativos* que no admitían criterios estrictamente propios bien de la administración o del legislador. Esta situación delató una tensión entre lo técnico y su condición especial de conocimiento y la responsabilidad pública que asumía el Estado frente a los administrados.¹⁹

Para el Derecho Administrativo de la Técnica, el objeto de la cuestión recayó en reconocer que el Derecho no podía estar orientando exclusivamente a imponer límites y fijar controles, esto en cuanto que el Derecho actualmente se debería abrir a nuevas posibilidades: debiendo cumplir un papel de protección,

¹⁹ *Ibíd.* Pág. 122

así, si bien el derecho limita a la técnica cuando se pretende contrarrestar peligros y evitar riesgos, el Derecho también debe dar apertura a la tecnología con el fin de promover la innovación.

Dejando hasta aquí una referencia inicial respecto de la relación riesgo y Derecho, en tanto que abordaremos la cuestión con profundidad en los capítulos siguientes de esta obra, se decanta varios aspectos que merecen ser evidenciados, en lo particular resaltamos las siguientes premisas:

i) El Derecho Administrativo con el reconocimiento del concepto de riesgo en sus entrañas aprueba la fórmula de dependencia del Derecho Administrativo al deber funcional del Estado-Administrador;

ii) El riesgo como concepto comprende sustancialmente una relación entre el conocimiento científico-especializado y la responsabilidad pública del Estado;

iii) El deber del Estado desde la comprensión del riesgo, y si se quiere, su gestión o responsabilidad de regulación de la técnica, determina el deber del Estado-Administrador para proyectar su actuar *hacia el futuro* y desde la idea del futuro; esto significa que el concepto de riesgo apertura a escenarios futuristas probables pero no imposibles, así es posible hablar en el campo de la gestión del riesgo de posibles amenazas extraterrestres, o las amenazas a la convivencia colectiva, en esta última, como se ahondará en el desarrollo del presente documento, puede ubicarse la posibilidad de pensar en *el riesgo político por dirección de las relaciones internacionales*.

iv) La relación entre el conocimiento científico-técnico y la responsabilidad pública del Estado, puede identificarse en el escenario de un tipo de riesgo que no necesariamente se apoye de conceptos científicos técnico, esto es, el riesgo político.

Hartmut Maurer, aun reconociendo el carácter polisémico del concepto de administración para el Derecho Administrativo, se embarca en detallar la multiplicidad de sus manifestaciones, reconociendo varias funciones o fines de la actividad administrativa: i) la actividad administrativa de ordenación ; ii) la actividad administrativa de prestación; iii) la finalidad de la administración de la procura existencial; iv) la actividad administrativa de garantía; v) la actividad administrativa de orientación; vi) la actividad administrativa tributaria y; vii) la actividad administrativa de provisión²⁰ .

En específico, respecto de la actividad de ordenación, dispone que esta persigue el mantenimiento de la seguridad y el orden público, defendiéndolas en contra de peligros que las amenacen; perteneciendo a estas actividades entre otras, la lucha contra las pandemias.²¹

En este trabajo de tesis se concibe que esta actividad, en específico, pueda estructurar la noción de riesgo. De modo que, aquí se cuenta con otro fundamento de reconocimiento de la relación entre riesgo y Derecho Administrativo.

García Trevijano Fos, en su Tratado de Derecho Administrativo, reconoció, adelantándose a su tiempo, la relevancia que en el estudio de la administración iba a cumplir la sociología, refiriéndose a una doctrina de la sociología administrativa, con fuente en Comte y Weber, entre otros. En particular lo que decantó Fos, fue que era importante este enfoque, pues, a partir de las tres instituciones de los estudios sociológicos: la cultura, la personalidad y el grupo organizado, se permitía comprender de mejor forma la realidad y en específico, a tomar mejores decisiones a los administradores; concibiéndose estas decisiones de dos formas: vinculadas o discrecionales, entrando sólo para este segundo tipo, la ciencia de la Administración, esto en cuanto que no existiendo una pre configuración normativa cerrada , la toma de decisiones discrecionales

²⁰ MAURER, Hartmut. Derecho Administrativo. Parte General. Trad. Gabriel Doménech Pascual. Ed. Marcial Pons. España. 2011. Págs. 51-54

²¹ Ibíd. Pág. 52

obligaba a contar con un gran insumo de información, lo cual orientaría una decisión objetiva de la administración.²²

El riesgo en todos los niveles es una realidad. De modo que el riesgo entendido como fenómeno de la experiencia humana²³, trasciende al campo de la organización, en particular, a la administración pública, por ello este fenómeno posibilita su incorporación al objeto de estudio del Derecho Administrativo.

Esta incorporación, se da a gracia de la relación existente entre la idea de la administración pública orientada a satisfacer servicios públicos e intereses generales y la noción de actividad²⁴; por esta razón se regula la banca, los seguros, etc.

En lo social se dan actividades que deben ser reguladas y controladas, pretendiendo con ello reducir riesgos. Esto cobra total sentido, pues, desde la perspectiva funcional de la vida jurídico-política de las instituciones públicas, se promueve en el discurso del Estado social de derecho la actuación eficaz de las administraciones pública, lo que determina la ocurrencia de un profundo cambio de las relaciones entre los individuos y el Estado-administrador, esto debido , primero, al situar al individuo junto a la actividad administrativa, configurando con ello una relación de colaboración entre individuo-Estado; lo segundo, desde la perspectiva de los derechos sociales y conforme a la sujeción de la actividad de la administración al principio de legalidad, así que se entra a evaluar a la administración pública desde el principio de eficacia, lo que da lugar a que la administración deba resolver problemas de los ciudadanos,

²² GARCIA-TREVIJANO FOS, José Antonio. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Ed. Revista de Derecho Privado. España. 1980- Págs. 197-198

²³ CARDENAS MEJÍA, Luz Gloria. Retórica y Emociones. La constitución de la experiencia humana del lugar. Ed. Aula de Humanidades. Colombia. 2015. Pág.135-141. Es de reconocer que el riesgo no solo presupone un fenómeno de lugar sino también de tiempo, en el campo personal de la libertad, también, puede, conducir el riesgo a algo a una vivencia de la libertad y angustia. Véase: ROMERO MUÑOZ, Armando. La Relación entre la Persona y el Derecho en la iusfilosofía de Carlos Fernández Sessarego. Ed. Universidad Católica de San Pablo. Perú. 2013, Págs.74-75

²⁴ GARCIA-TREVIJANO FOS, José Antonio. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Ed. Revista de Derecho Privado. España. 1980. Págs.41-42

pues, la resolución de problemas es un elemento de legitimación de los sistemas democráticos.²⁵

Con lo anterior, se deduce que la Administración Pública y, con ella, el Derecho Administrativo, reconoce el deber y funciones de las administraciones de reducir el riesgo, en cuanto que se comprende a éste como uno de los fenómenos que puede afectar la situación individual y social de la persona-ciudadano como del mismo Estado. Es decir que el concepto propio de riesgo y su adecuación al Derecho Administrativo permite instituir que frente a determinadas decisiones emitidas por el Gobierno éstas pueden llegar a provocar afectaciones estructurales al Estado (afectar la vida del Estado), bien en el campo de las relaciones internas o bien, en las relaciones internacionales.

En relación a lo anterior, en el Derecho Administrativo moderno no se ha comprendido exclusivamente este deber desde la idea de la administración pública, sino también, desde la posición jurídica del administrado, hoy por hoy, dotado de derechos subjetivos frente a la administración , que entre otras cosas, perfila la gran posibilidad de imponer el cumplimiento de la ley en sentido general a la administración, evitando con ello que la sujeción sólo fuera una regla moral para ésta , que siempre quedaría en libertad de acatarla o violarla²⁶.

La posición jurídica del administrado y el correlato obligacional del Estado-administrador, impone a este último un actuar que en la fórmula de la regla del Digesto *ius necessitas constituit*, obliga su incorporación a las nuevas constantes, entre esos, los riesgos de la realidad contemporánea, como bien lo perfila Pier Giuseppe Monateri detallando la situación del derecho en la postmodernidad frente a cuestiones como la bioética y el bio-derecho, el bio-poder y la antropología constitucional²⁷; situaciones ante las cuales hoy la dogmática jurídica responde, por ejemplo, reformulando la función del Derecho

²⁵ ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. Los sujetos de la relación jurídico-administrativa. En: PAREJO ALFONSO, Luciano. Otros. Manual de Derecho Administrativo. Volumen 1. Ed. Ariel. España. 1998. Pág. 335

²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo- FERNÁNDEZ, Tomás –Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Ed. Thomson Civitas. 9 ed. España. 2004. Pág. 36

²⁷ MONATERI, Pierre Giuseppe. El Derecho en la Postmodernidad. Ed. Temis. Colombia. 2018. Págs.1-10

para la “comunicación y la estabilización de las expectativas normativas frente a su potencial o actual decepción”²⁸ o en una dimensión crítica exponiendo la destrucción del pensamiento jurídico, un tipo de muerte de la razón, como lo advierte Duncan Kennedy.²⁹

Un punto de defensa inicial en este trabajo de tesis corresponde en señalar que en lo que respecta al *riesgo político*, es admisible reconocer su pertenencia en el Derecho Administrativo, esto en cuanto que lo político presupone una sujeción a la juridicidad³⁰, esto debido a la relación cíclica que se da entre el principio de legalidad y el poder público³¹, como es expuesta magistralmente por el jurista Ciro Güechá; también pudiéndose reconocer en la contemporaneidad los alcances *del principio de juridicidad hasta en las dimensiones de decisión política y jurídica del pueblo soberano* como lo refiere la tesis de la esfera de lo no decidible y no lo decidible que no, expuesta por el maestro Luigi Ferrajoli.³²

Hans Kelsen expresó en el artículo titulado Dios y Estado³³ que los seres humanos nos guiamos bajo dos ideas que determinan autoridad, por un lado, está el campo espiritual que gobierna un Dios y por otro, el sentido material, en el que gobierna una institución producto de la voluntad del Hombre, llamada Estado. Encuentra, el maestro vienes, que la problemática resultante de este encuentro, en varias doctrinas jurídicas, ha concluido con la idealización del Estado conduciendo a predicar una existencia externa y autónoma al hombre,

²⁸ Respecto de los estudios de Niklas Luhmann. VERGARA PENA, Luis Felipe, ARENAS AVILA, Ricardo. Niklas Luhman. *La teoría sistémica del Derecho*. Pág.102. En: GONZÁLEZ JÁCOME, Jorge y PARRA HERRERA, Nicolás. *Teorías Contemporáneas del Derecho*. Ed. Legis. Colombia. 2021.

²⁹ GONZÁLEZ JÁCOME, Jorge. Duncan Kennedy, *Los procesos de destrucción del pensamiento jurídico*. Págs. 183-208 En: GONZÁLEZ JÁCOME, Jorge y PARRA HERRERA, Nicolás. *Teorías Contemporáneas del Derecho*. Ed. Legis. Colombia. 2021.

³⁰ Discute esta sujeción el profesor German Lozano Villegas, particularmente, se cuestiona si el control de la discrecionalidad política es de tipo judicial o político. Ante esta debate se propone que el control será político ante un acto político, y jurídico acto un acto jurídico, a menos que este en juego derechos fundamentales, pues, este criterio puede conducir a un control jurisdiccional. Véase: LOZANO VILLEGAS, Germán. *Control político en el ordenamiento constitucional Colombiano: ¿un concepto diluido en el control jurídico o una idea que debe consolidarse?*. Ed. Universidad Externado. Colombia. 2010. Págs.58-66

³¹ GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. *Poder Público y Principio de Legalidad. Limitación de la discrecionalidad en el ejercicio del poder, desde la validez normativa*. Ed. Ibáñez. Colombia. 2019. Págs.206-224

³² FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los derechos Fundamentales*. Ed. Trotta. España.2009. Pág. 215-243, También, véase: FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del Más Débil*. Ed. Trotta. España, 2009. Págs.125-176; recientemente la cuestión en: FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*. Tomo. 2. Ed. Trotta. España. 2011. Págs. 599-ss.

³³ KELSEN, Hans. Dios y Estado. En: CORREAS, Oscar (comp) *El Otro Kelsen*. Ed. Universidad Autónoma de México. 1989. Págs.243-266

dotando al Estado de una potestad exclusiva de creación del Derecho. Por esta razón, Kelsen, se apartó de la postura central de George Jellinek³⁴ que sustentaba Estado y Derecho como dos instituciones distintas, anteponiendo aquel a éste³⁵. Para Kelsen fue determinante reconocer que Estado y Derecho son dos caras de una misma moneda³⁶, esto, con el fin de reducir la grave postura de las tesis de Estado que condujeron a hipostasiarlo dotándole de condiciones de existencia y voluntad propia.

Ernest Von Hippel, jurista alemán³⁷, va a concebir que tanto Jellinek como Kelsen se equivocaban en la comprensión de la teoría del Estado, esto, en cuanto que partían de la grave herencia de la ilustración, la cual pretendió sólo conducir al hombre al campo de la experiencia y con ello apartarlo de todo conocimiento sobre los valores; esto conllevó a la separación en la comprensión del Estado y el Derecho del valor de la justicia. Para Hippel es vital reconocer la relación entre Derecho, Estado y Justicia, pues sin ésta no es posible predicar los “correctos” derroteros del actuar del Estado y la creación del Derecho.

En teoría del Derecho, los artículos: *relativismo en la filosofía del derecho*³⁸ y *arbitrariedad legal y derecho suprallegal*³⁹, escritos por el profesor Gustav Radbruch, quien luego de evidenciar la barbarie desatada por el gobierno Nazi en Alemania, realidad que lo condujo a construir el fundamento epistemológico para lograr armonizar la Justicia y el Derecho.

Es muy reconocida la tesis de la fórmula Radbruch, en la cual, resuelve, que en caso de tensión entre la seguridad jurídica y la justicia, prevalecerá esta última, siempre y cuando el Derecho se demuestre como insoportable o particularmente se haya creado con la intención de desconocer el componente

³⁴ KELSEN, Hans. Teoría General del Estado. Ed. Coyoacán. México. 2005. Págs. 21-27

³⁵ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Ed. Fondo de cultura de México. México. 2012. Págs. 69-92

³⁶ KELSEN, Hans. Teoría General del derecho y del Estado. trad. Eduardo García Maynez. Ed. UNAM. México. 2014. Págs. 215 y ss.

³⁷ VON HIPPEL, Ernest. El Concepto De La Teoría General Del Estado Y El Problema Del Estado De Derecho. Consulta en centro de estudios y constitucionales España. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-estudios-politicos/numero-90-noviembrediciembre-1956/el-concepto-de-la-teoria-general-del-estado-y-el-problema-del-estado-de-derecho-1>

³⁸ RADBRUCH, Gustav. *relativismo en la filosofía del derecho*. Págs. 1-10. En Radbruch Gustav. *Relativismo y Derecho*. Trad. Luis Villar Borda. Ed. Temis. Colombia. 2009

³⁹ RADBRUCH, Gustav. *arbitrariedad legal y derecho suprallegal*. Págs. 25-43. En: Radbruch Gustav. *Relativismo y Derecho*. Trad. Luis Villar Borda. Ed. Temis. Colombia. 2009

de la igualdad. En palabras de Radbruch, al presentarse una tensión entre seguridad jurídica y justicia deberá inicialmente prevalecer la Seguridad jurídica a menos que se de cualquiera de estas dos condiciones: insoportabilidad o no derecho.

Esta idea de incorporación de la justicia en el Derecho, ha sido el derrotero de la comprensión jurídica de los fenómenos de la existencia Humana; Nótese que ante cualquier suceso de relevancia individual y colectiva en el campo del Derecho, siempre se recae en la cuestión en saber si tal o cual decisión, es jurídicamente aceptable, lo que a la postre, implica debatir si tal o cual decisión es justa jurídicamente.

Un ejemplo claro de este cuestionamiento lo presentó Arendt al momento de deliberar sobre la justicia y validez del juicio de Eichmann en Jerusalén⁴⁰.

Bien sea en la mente del jurista o del operador jurídico, siempre se discute en torno a fenómenos de relevancia jurídica y política, por ejemplo, las decisiones tomadas por el gobernante de turno de un Estado, si éstas son o no son válidas y por lo tanto, si son justas o no, y si éstas son aceptables a la luz del ordenamiento Jurídico, es decir si son válidas.

Este es el resultado de implantar un gobierno de leyes y no un gobierno de hombres, o lo que es lo mismo, son las resultas de la racionalización jurídica de la vida colectiva.⁴¹

Es cierto que el Estado, es la institución que guía la actividad, muchas veces, individual y colectiva del hombre; esta determinación de la autoridad, pareciera estable al incorporar una sujeción de su actuar a la idea del derecho justo⁴².

⁴⁰ ARENDT, Hannah, Eichmann en Jerusalén. Trad. Carlos Ribalta. Ed. Lumen. España. 1999 Pos Scriptum Págs.405-426.

⁴¹ PATIÑO ROJAS, Jorge Enrique. Solón y el nacimiento de la racionalidad legislativa. Ed. UPTC. 2018.

⁴² Es clara la idea de justicia en las decisiones políticas y jurídicas, tal como lo describe Michael Sandel. Véase: SANDEL. J. Michael. Justicia ¿Hacemos lo que debemos? Trad. Juan Pedro Campo Gómez. Ed. Debate. España. 2018. Pág.277. En cuanto a la condición legitimante de la justicia tanto de la política y el derecho, Ramírez Cardona sostiene la tesis que hemos pasado de un estado de derecho a un estado de Justicia. Véase: RAMÍREZ CARDONA, Alejandro. El Estado de justicia. Ed. El Buho.2006. Colombia. Págs. 287-353

Pero a contrario sensu de esta presunta estabilidad y seguridad en torno al comportamiento del Estado y Derecho Justo, es claro que en la realidad los supremos gobernantes muchas veces con su conducta y decisiones de alcance jurídico-político hacen vacilar y dudar a los ciudadanos de esta absoluta seguridad en la idea de un actuar justo.

Las incertidumbres son producto de entre otras causas de los comportamientos de los administradores de lo público.⁴³

La idea del Derecho valido y justo es la fuente de la razonabilidad de la ciencia jurídica, y aunque el Derecho se presente con una gran relatividad e indeterminación en su estructura⁴⁴ y, si se quiere, la dogmática jurídica se afiance en muchos mitos⁴⁵, se ha reconocido, como si se tratara de la apuesta de Pascal⁴⁶, preferir un Derecho hacia la idea de Justicia, que un Derecho carente de todo significado valorativo de lo justo. Esta tensión de la idea del Derecho justo implica una cuestión sobre la validez del Derecho y sobre la relación entre legalidad y poder político, por ejemplo⁴⁷.

En sede de la razonabilidad jurídica se ha intentado justificar y percibir en todo momento, tanto en la doctrina, la normatividad, la jurisprudencia, hasta en los discursos políticos⁴⁸, la necesaria idea de justificar las decisiones jurídico-políticas en el criterio de justicia. Para el presidente Iván Duque era justo

⁴³ Respecto de un análisis crítico del futuro que nos espera, uno de los últimos estudios de Eco. Véase: ECO, Humberto. De la Estupidez a la Locura. Crónicas para el futuro que nos espera. Ed. Lumen. España.2016. Tomar el lápiz como un elemento de la política. Explicación en LOPEZ PEÑA, Yamir Oswaldo. La administración de lo público una mirada desde lo Comunal. Ed. Ibanez. Colombia. 2022. Págs.55-57

⁴⁴ En este campo los estudios del norteamericano resultan relevantes, llegando hasta incorporar la ideología en el campo de creación del derecho de los jueces. Véase: KENNEDY, Duncan. Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica. Trad. Guillermo Moro. Ed. Siglo Veintiuno. Argentina. 2013. Págs. 105-125

⁴⁵ GROSSI, Paolo. Mitología jurídica de la Modernidad. Trad.. Manuel Martínez Neira. Ed. Trotta. España. 2003. Se pregunta Grossi ¿ justicia como ley o ley como justicia?, afirma “ *el drama del mundo moderno consistirá en la absorción de todo el derecho por la ley, en su identificación con la ley, aunque sea mala o inicua (...) esta ha producido con frecuencia, cada vez con más frecuencia, una peligrosa, inevitable ruptura entre derecho formal y legal, por un lado, y sociedad civil en continuo cambio, por el otro, sin que exista posibilidad para el derecho de verificación y de salvaguardia, inmovilizado ahora todo él en las rígidas tramas de una constelación legislativa*” Págs. 38-39

⁴⁶ PASCAL, Blaise. Pensamientos. Trad. Francesc LL. Cardona. Ed. Fontana. España. Pág.73-75. En lo referente a la relación fe y justicia.

⁴⁷ El pensador de referencia en la política Norteamericana, Jonathan Haidt, dedicara uno de sus estudios para establecer la relación del hombre y la idea dela justicia. Véase: HAIDT, Jonathan. La Mente de los Justos. Por qué la política y la religión dividen a la gente sensata. Trad. Antonio García Maldonado. Ed. Ariel. España.2019 Pág.145-372

⁴⁸ En la contemporaneidad tanto la política y la racionalidad científica puede estar en riesgo por motivos de la pos verdad. Véase: ALMONACID SIERRA, Juan Jorge. Posverdad Científica. Homo Deus, confundido. Ed. Universidad Sergio Arboleda. Colombia.2022. Págs.69-71

romper relaciones con el Presidente Maduro, resultando también justo para el Presidente Petro recomponerlas⁴⁹, por ejemplo.

La anterior cuestión planteada permite una interesante apropiación epistémica y su abordaje desde varias aristas, de entrada asumimos que desde la idea de la justicia como lindero del derecho no pueden haber muchos avances en la materia, pues si bien como se advertían preliminarmente la idea de derecho justo se fundamenta en un tipo de apuesta Pascalina, no es menos cierto que la falla de este fundamento de la idea de justicia que determina el comportamiento jurídico normativo se soporta en una postura epistemológica incorrecta como lo es que la justicia se ubica en un tipo de estante *trascendente* del que nadie ni los más probos iusnaturalistas pueden establecer su certeza o falsedad. El error de imponer la justicia como eje central del derecho positivo está precisamente en la pretensión de trascendentalidad de la que se dota a la idea de justicia provocando como consecuencia de ello apartarse de lo verdadero o falso. La idea de un derecho justo como lo propone Radbruch no está totalmente desarrollada, y no puede darse mayor alcance, pues, si bien es cierto existen elementos que la humanidad han reconocido como determinantes para una convivencia colectiva como lo es la libertad, estado de derecho, separación de poderes, etc., estos acertados ingredientes son productos de años de experiencias y de vivencias colectivas que han arrojado la conclusión de que es mejor contar con un gobierno de leyes que de hombres que actúan según sus caprichos, pero ninguno de estos elementos pueden ser obtenidos por una fórmula de transcendencia del concepto de justicia.⁵⁰

Advertencia hecha respecto de la idea del derecho justo, la cuestión planteada será evaluada desde una institución “más terrenal” como lo es indeterminación y la discrecionalidad, como instituciones que permiten estudiar el fenómeno de antagonismo decisional que se ha planteado.

⁴⁹ En cuanto lo que denominamos en esta tesis como cambios decisionales, refiere Blühdorn, en torno al debate que propone de la democracia simulativa, que es necesario en la posmodernidad recuperar la relación de veracidad y democracia. Nos recuerda el autor la presencia en estos tiempos de la paradoja democrática de Robert Dahl, Michael Zürn y otros más, con la cual explicaba “la contradicción entre el escaso apoyo a las instituciones democráticas, por un lado, y el fuerte compromiso con los valores democráticos, por otro”. Véase: BLÜHDORN, Ingolfur. La democracia simulativa. Nueva Política tras el giro posdemocrático. Trad. Joaquín Abellán. Ed. Temis. Colombia, 2020. Pág. 119

⁵⁰ Véase para mayor profundidad de la problemática de la transcendencia de la idea de justicia. Kelsen, Hans. ¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin. Editor. Eckhart Arnold. Ed. Katz. Argentina. 2006

La problemática de la discrecionalidad e indeterminación conduce necesariamente a debates en torno a la juridicidad, a la plenitud del derecho, a la relación entre legalidad y poder político, al control jurisdiccional y el papel del juez de lo contencioso administrativo desde la dimensión del principio Estado social constitucional y democrático de Derecho⁵¹

Se trata entonces de abordar en sede del Derecho Administrativo la institución de la discrecionalidad y la indeterminación. Obviamente esta discusión es una empresa de gran magnitud, por ello, la cuestión se abordará desde un campo específico: la institución de la discrecionalidad política y los *actos de estado*⁵² en la dirección de las relaciones internacionales.

Un tema que se comprende en este escrito ha sido vetado en los estudios del derecho administrativo. Veto que se rechaza, pues se demostrará con este trabajo la relevancia de incorporar la categoría de los *actos de estado* en la dirección de las relaciones internacionales en el cuerpo iuris del Derecho Administrativo y no sólo como objeto de estudio del Derecho Constitucional o Derecho Internacional.

Es claro que la idea del derecho justo se trata de un símil a la apuesta de Pascal. El autor de *pensamientos* advertía que entre dos posibles mundos, uno en el que no reine Dios y sólo seamos polvo y otro en el cual el reino de los cielos se da como un lugar de agradable descanso para el hombre, se debería elegir siempre la segunda opción, aunque no se posea pruebas de la existencia de Dios. Así, nótese que ante dos mundos uno en el que exista el derecho sin apego a la idea de justicia y, otro, donde el derecho deba ser necesariamente justo, la tendencia del pensamiento jurídico ha sido escoger la segunda opción,

⁵¹ Importante resulta, las críticas que ha elevado el maestro Español, García Amado, a muchas de las premisas del neo constitucionalismo, debatiendo la idea de la derrotabilidad de las normas, la ponderación, la pretensión de corrección del derecho; con las cuales estamos en total acuerdo. Véase: GARCIA AMADO, Juan Antonio. El Derecho y sus circunstancias. Nuevos Ensayos de filosofía Jurídica. Ed. Universidad Externado de Colombia. 2010. Para lo que corresponde a este trabajo resulta relevante la afirmación “otras veces el origen de mi mala suerte se sitúa en este fantasmagórico ente que llamamos Administración” esto debatiendo las tesis de responsabilidad del Estado solo en el caso de daños que no se está en el deber de soportar. Págs. 605-606. Sobre las instituciones de la argumentación jurídica la obra compilatoria de Gascón Abellán, resulta de referencia. GASCÓN ABELLÁN, Marina. Argumentación Jurídica. Ed. Tirant Lo Blanch. España. 2014

⁵² Como demostraremos si bien los actos de estado pueden entrar en la categoría de actos políticos, es posible dentro de estos precisar un tipo de actos que adelanta el jefe de Gobierno o Estado frente a las relaciones internacionales.

sin importar que la idea de justicia se decante indeterminada y permita su aplicación discrecional.

Ahora bien, aunque no sea pacífico el pensamiento de la idea valorativa del Derecho y el Estado, y por ejemplo, se presenten debates en torno al deber deferencial que deben acatar los jueces en cuanto al control de las actuaciones del ejecutivo⁵³, la discrecionalidad judicial de los jueces, o la debilidad objetiva de la ponderación aunque sea tomada como estandarte de la justicia principialista⁵⁴; en todo momento la doctrina, los poderes públicos y la jurisprudencia argumentaran que el mejor de los mundos consiste en un Estado y Derecho Justo.

En el campo de la teoría del Derecho Administrativo, es muy posible encasillar sin peligro de equivocación que el Maestro español Eduardo García de Enterría⁵⁵ configuró un esquema racional a partir de la idea del deber que asiste en los Estados Republicanos y Democráticos de propender por la lucha contra zonas de inmunidad del poder.

Esta idea dio curso en campos prácticos, como fue, plantear el principio de proscripción a la arbitrariedad, llevándolo a nivel constitucional, lo que ocurrió en la carta superior de 1978 de España, artículo 9.3⁵⁶ y con ello lograr facultar al sistema jurisdiccional para el control de los actos políticos, los actos reglamento y los actos discrecionales, que previamente se ganaron el título de zonas de inmunidad jurisdiccional.

⁵³ El profesor Ricardo Peralta debate en su obra si la moción de censura en Colombia es una Utopía o Realidad. Promoviendo unas interesantes reflexiones frente a la inoperancia de la figura como es el hecho que en Colombia la responsabilidad política es individual de modo que la censura no comprende la política de Gobierno, sin la actuación del respectivo funcionario.; pero importante resulta que la moción de censura propia de los sistemas parlamentarios se ha dispuesto para el régimen presidencialista Colombiano, y pero aun con tendencia al hiper- presidencialismo. Véase: PERALTA CASTELLANOS, Ricardo Antonio. Moción de Censura en Colombia. Utopía o Realidad. Ed. Ibáñez. Colombia, 2019. Págs.103-105

⁵⁴ Crítica como la elevada por García Amado en neo constitucionalismo, ponderaciones y repuestas más o menos correctas. Acotaciones a Dworkin y Alexy. CARBONELL, Miguel, GARCIA JARAMILLO, Leonardo. El Canon Neo constitucional. Ed. Universidad Externado. Colombia. 2010. Págs. 367-407. Para una defensa del modelo de proporcionalidad, véase: BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Ed. CEPC. España. 2007

⁵⁵ El famosísimo artículo de Enterría fue publicado en el número 38 de la Administración Pública, en el año 1962.

⁵⁶ Artículo 9-3 de la Constitución Española “ *La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*”. BOE-A-1978-31229

La tradición del Derecho Administrativo hasta el presente ha consistido en admitir que el poder del Estado se encuentra limitado por el reconocimiento y protección de garantías sustanciales y procesales. Sin duda, puede sostenerse que el Derecho Administrativo Contemporáneo se apoya en una *cláusula de no retorno*⁵⁷ como lo es: concebir la autoridad y la garantía como criterio teórico práctico del Derecho y el Estado, entendiendo que “*nada*”⁵⁸ *puede escapar del control de los jueces*”, pues, son ellos los guardianes del Derecho y de los derechos establecidos de manera expresa o implícita en el sistema normativo; pero además de ello, el reconocimiento que nada puede escapar del control de los jueces es debido al proceso de normación jurídica; este es el caso de la gestión del riesgo o el derecho de la técnica, por ejemplo, al comprender el deber que le asiste el Estado de prevenir riesgos y peligros, regulando la técnica y administrando el riesgo, esta normación es la fuente que permite a los jueces valorar no sólo la legalidad del actuar de la Administración, del Legislador, sino de predicar, llegado el caso, la Responsabilidad Patrimonial del Estado.

Este papel de amplio espectro de acción que se ha dotado en la contemporaneidad al juez contencioso administrativo se apoya de las corrientes que predicán un sistema jurídico forjado por reglas y principios, por una pretensión de corrección del derecho y una tesis fuerte de derrotabilidad de normas, entre otros fundamentos. Este papel de los jueces de lo contencioso en el control de la autoridad bajo el espectro de las garantías, no solo se justifica en defensa de la Democracia y el Derecho al estilo de la tesis de la democracia sustancial de Luigi Ferrajoli; sino desde la dogmática procesal contencioso administrativa se ha reconocido el control jurisdiccional como una necesidad para el encausamiento de la administración y la satisfacción de los servicios y los intereses generales⁵⁹.

⁵⁷ Respecto de las *cláusulas de no retorno* es un concepto formulado con investigaciones sobre la discrecionalidad administrativa, para precisar premisas de la dogmática del Derecho que tienen implicaciones en la práctica jurídica, y que se apoyan en la fórmula Pascalina de la apuesta, o en sí, de difícil renuncia. Véase: LÓPEZ PEÑA, Edmer Leandro. Conceptos Jurídicos Indeterminados y Discrecionalidad Administrativa. Ed. Tirant Lo Blanch. España. Págs. 144-182

⁵⁸ Obviamente cuando nos referimos a la nada es respecto del campo de lo que corresponde controlar al Derecho.

⁵⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Manual de procedimiento administrativo. Ed. Civitas. España, 2002. Págs. 76-77

Aunque se den voces deliberativas⁶⁰ en torno al relativo y exagerado papel de los jueces frente a las potestades de la administración y el Gobierno, la posición doctrinal mayoritaria respalda la idea del activismo judicial, en tanto que el sistema jurídico conformado en reglas y principios está llamado a propender por el argumento contra-mayoritario, el respeto de la individualidad, la derrotabilidad de normas y la pretensión de corrección del derecho.

De modo que si se tratara de describir de manera sumaria el contexto en el que habita el Derecho Administrativo Contemporáneo, es claramente identificable que se trata de aceptar de modo condicionado que será *Derecho* todo aquello que reconozca el valor de Justicia, aunque, no tengamos una certeza objetiva frente a tal concepto. De allí que resulte aplicable en el campo jurídico la apuesta del gran Pascal.

Serán en este contexto epistemológico de la Ciencia Jurídica donde a los jueces se les concederán cada vez más las facultades para robustecer el control jurisdiccional.

Particularmente en el campo del Derecho Administrativo la extensión del control jurisdiccional ha acarreado tanto el ejercicio de las potestades administrativas regladas como las potestades administrativas discrecionales, ambas fundamentadas en el principio de legalidad en sentido amplio, o lo que es lo mismo, en el moderno principio de juridicidad, pero también frente a zonas de inmunidad jurisdiccional como han sido los actos políticos. Tipo de actos que a la fecha suscitan muchos cuestionamientos, como es el caso, de aceptar o no el control de la actividad política del gobierno por los jueces, enfrentándose lo político y lo jurídico como categorías distintas para algunos, pero para otros doctrinantes categorías armónicas donde se delata estar subsumido lo político en lo jurídico.

⁶⁰ POST, Robert y SIEGEL Reva. Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y Pueblo. Trad. Leonardo García. Ed. Siglo Veintiuno. Argentina.2013. Págs.119-137 Proponiendo los autores un constitucionalismo popular. En esa misma Línea, NINO, Carlos. Una teoría de la Justicia para la democracia. Hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades. Ed. Siglo Veintiuno. Argentina,2013. ; GARGARELLA, Roberto. El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran –por fin- al dialogo ciudadano. Ed. Siglo Veintiuno. Argentina,2021. Págs. 45-61. Importante la denuncia del elitismo traducido en el campo de las instituciones, esta es la denuncia de Kramer.

Lo que el maestro Ciro Güechá reconoce como relación cíclica es la representación del proceso de normación de varios campos, que como se ha insinuado precedentemente ha llegado hasta en el sentido del conocimiento científico extra-normativo.

A la postre de lo anterior, la realidad única e inequívoca representa para los administrados un discurso frente al actuar del Estado y sus representantes, que apunta que todas las decisiones que se toman, “cualquiera que sea”, por estar amparadas en el sistema normativo no pueden escapar del control judicial de los jueces pues eso sería retraer el valor del Derecho Justo y la estructura autoridad-garantía en el que se apoyan el Estado y el Derecho Contemporáneo.

La tranquilidad de la convivencia colectiva y la presencia de las instituciones, parece que con esta fórmula de normación y control jurisdiccional logran un descanso institucional eterno, así sea a título de *mito jurídico*.

Pero, a contrario sensu, como se pretende demostrar en el presente escrito, tal tranquilidad es parcialmente cierta, pues, aun sobreviven escenarios de acción del Gobierno y sus servidores, en especial de alto rango, que parecieran que escapan a todo control, bien porque el control jurisdiccional se delimita, o bien, por la insuficiencia de lo jurídico y la imposibilidad de retrotraer a un absoluto lo político. Refiérase en este aspecto dos categorías políticas, por un lado la *indirizzo política* dispuesta en el artículo 95 de la constitución política de Italia; por otro lado, la *political question* norteamericana. Si bien aquí se presentan como dos instituciones forjadas en ordenamientos jurídicos específicos, ellas demuestran que en todos los ordenamientos jurídicos se han aprobado potestades constitucionales de dirección política (*indirizzo política*) y que algunos asuntos y decisiones se apartan de la justiciabilidad de los jueces por ser de naturaleza política (*political question*)⁶¹

⁶¹ Instituciones que serán desarrolladas en los capítulos siguientes.

Estas instituciones pueden ser comprendidas en un caso particular que se toma en el presente texto, se trata de la dirección de las relaciones internacionales. Este caso permitirá fundar una comprensión más amplia del Derecho Administrativo y las problemáticas que encierra la normación de lo político en lo jurídico y las limitaciones del control jurisdiccional.

Las problemáticas que se insinúan se centran en reconocer si aún sobreviven zonas de inmunidad jurisdiccional, del tipo fórmula Enterriana y, además, si el control jurisdiccional y político por estar delimitados o siendo ineficaces dan lugar a nuevas formulaciones de Control, tal como se propone en este escrito, a título de un *Control de la juridicidad fundamentado en la Función Consultiva*.

Desde la comprensión de la *lucha contra las zonas de inmunidad jurisdiccional* y como lo reconoció posteriormente García de Enterría en su obra *Democracia, jueces y control de la Administración*,⁶² la consolidación de un sistema jurisdiccional del actuar del Estado –Administrador ha dejado eliminada la posibilidad de la existencia de tales zonas, pues *nada podría escapar del control de los jueces*.

No puede dejarse de lado que han surgido en todo momento investigaciones que pretenden revelar la existencia consistente de tales zonas, curiosamente soportadas en las afirmaciones del profesor Español que de antaño advertía la constante presencia del *principio monárquico* en los sistemas democráticos, entendiendo por tal, la pretensión que persiguen los que gobiernan de escapar al control de los jueces. Es el caso, por ejemplo del profesor Sánchez Pérez⁶³, quien determina que el tratamiento del softlaw es una zona de inmunidad jurisdiccional, o el caso de la discrecionalidad administrativa aumentada⁶⁴ que

⁶² GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración*. Ed. Civitas. España. 2000. Págs. 7-10

⁶³ SÁNCHEZ PÉREZ, Alexander. *Las normas de Derecho Blando*. Ed. Universidad Externado de Colombia. 2012. Véase un reciente estudio de sobre el softlaw administrativo. En FRANCO FUQUEN, Natalia Rocío y RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. *Autoridades regulatorias, softlaw administrativo y jurisprudencia*. Ed. Universidad del Rosario. Colombia, 2021.

⁶⁴ Ob. Prev. Cit. Conceptos jurídicos

ha expresado López Peña, o la construcción cotidiana de la legalidad expuesta por Buchely Ibarra⁶⁵, por solo citar algunos ejemplos.

Conforme a lo anterior, es posible precisar el contexto problemático de la presente tesis: aunque en tiempos contemporáneos se ha sustentado tanto sede de teoría como práctica jurídica la idea de derecho justo, en el sentido que nada escapa al control de los jueces, es posible prever que existen decisiones del *Gobierno-administración, en concreto el poder del jefe de estado de dirigir las relaciones internacionales que escapan a ese control “omnipotente” de los jueces, y aun así, no pueden predicarse como decisiones jurídicamente incorrectas.*

Cuando el ex Presidente de Colombia, Iván Duque, decidió desconocer el gobierno del Presidente Maduro en Venezuela, y a contrario sensu, tomó la iniciativa de reconocer el gobierno auto proclamado de Guaidó, llegando al punto de pedirle la extradición de la prófuga Aida Merlano, capturada por la fuerza policial de Venezuela bajo el control del Gobierno de Maduro⁶⁶, materializó una decisión; la cuestión es reconocer si esta decisión es meramente política o si es totalmente jurídica.

Es claro que la decisión del ex Presidente no fue una decisión de su esfera interna o particular, sino que está fundamentada en su calidad de Presidente (art. 189/2 CP Colombia) y por lo tanto ejerció una competencia que trae consigo la responsabilidad del deber de reconocer que toda decisión que se toma debe ir a favor de los intereses generales y la protección del territorio y la nación así como la efectividad de los derechos de las personas.

Ante tales decisiones surge el cuestionamiento respecto de si es posible controlar jurisdiccionalmente tales actuaciones.

⁶⁵ BUCHELY IBARRA, Lina Fernanda. Activismo Burocrático. La construcción cotidiana del principio de legalidad. Ed. Universidad de los Andes. Colombia. 2015. Págs.96-117

⁶⁶ <https://www.semana.com/nacion/articulo/la-respuesta-de-juan-guaido-a-duque-por-el-pedido-de-extradicion-de-aida-merlano--vicky-en-semana/649758/> . Para el mes de marzo del año 2023, el gobierno del Presidente Petro logró que el Gobierno del presidente Maduro, ordenara la extradición de la ex senadora Aida Merlano.

¿Es posible? Por lo menos ponerlo sobre la mesa de la dogmática ius administrativista, que un juez pueda llegar a disponer como orden el restablecimiento de las relaciones internacionales con el gobierno de Maduro y de desconocer de manera inmediata el gobierno interino de Guaidó, o viceversa, tratándose de la decisión del presidente Petro. La pregunta es saber cuál es el fundamento en sede de estudio del Derecho Público y particularmente del Derecho Administrativo de tales actuaciones y su control jurisdiccional y en concreto saber si estos asuntos deben ser parte del cuerpo iuris de estudio del derecho administrativo o por el contrario están vedados sólo para estudios de Derecho Constitucional o Derecho Internacional.

La presente tesis se centra exclusivamente en los actos del Jefe de Estado respecto de la dirección de las relaciones internacionales, en particular en actos que algún sector de la doctrina ha osado en titular como actos *no jurídicos*, para diferenciarlos de los tratados, los convenios, la nota diplomática, etc.; actos estos que de antaño admiten control jurisdiccional constitucional y contencioso administrativo y que para fines de este estudio no tienen ningún alcance que permitan formular una nueva teoría de Derecho Administrativo.

Los actos no formales de dirección de las relaciones internacionales conducen necesariamente a recaer en el estudio de la indeterminación y la discrecionalidad; teniendo presente que este tipo de actos producen una relevante tensión entre lo jurídico y lo político y el control jurisdiccional.

En el fondo la cuestión es inquietante e interesante. Nótese que si estas actuaciones no son controlables en sede jurisdiccional, se estará, posiblemente, ante una nueva forma de comprender la tesis del maestro Enterría de las zonas de inmunidad jurisdiccional. Recuérdese que para el profesor español las zonas de inmunidad jurisdiccional son desaciertos del sistema jurídico, por lo tanto, como fallas del sistema, deben ser combatidas, debiéndose propender por estimular un control jurisdiccional tanto de forma como de fondo.

Pero otra mirada del asunto a partir de estos sucesos es entender que existen zonas de inmunidad jurisdiccional que son promovidas y aceptadas por el sistema jurídico, como en su momento lo reconoció el profesor Gustavo Penagos con los actos institucionales en los que se encontraba la dirección de las relaciones internacionales por el Jefe de Estado o Gobierno, o los mismo actos provocados por la dirección política (indirizzo político) o cuestiones políticas (political question)

Ahora bien, si estas actuaciones son controlables, recaeremos, igualmente, en la tesis del profesor Enterría, en este caso se ajustaría a sus afirmaciones, lo que conducirá a establecer los fundamentos para motivar el respetivo control jurisdiccional.

En tanto se presentan estas dos aristas se revela para los estudiosos del derecho administrativo un debate ineludible respecto de concebir los espacios específicos de lo jurídico y lo político.

La cuestión no es tan sencilla como pareciera ser a primera vista, nótese que bajo el amparo del proceso de juridificación de la sociedad y la amplitud del principio de juridicidad frente a las actuaciones de los privados como del sector público muchas funciones quedan reducidas al reconocimiento de lo jurídico o, si se quiere, al acto de normación. Si esto es cierto, que la juridicidad absorbe varias dimensiones que anteriormente gozaban de un espacio específico, ello debe conducir a la problemática de saber si lo político ha sido absorbido por lo jurídico, o en otros términos, si se ha dado un proceso de normación de lo político en la contemporaneidad, si ello es así, esto implica entender que lo político no goza de un espacio específico y autónomo, pues todo termina siendo una autorización jurídica.

Si se profundiza un poco más la cuestión, piénsese que la decisión del Presidente Duque es meramente política, que pertenece al campo de lo político, que está ejerciendo al momento de desconocer el gobierno de Maduro la condición de jefe de Estado y por lo tanto de *manera directa e inmediata*

ejecuta la constitución, no tratándose de una actuación *sublegal* como sería emitir una decisión administrativa. Ante esta premisa se podría oponer el hecho que las condiciones de Jefe de Estado y Gobierno y en ultimas de la autorización implícita o explícita para la toma de decisión por el Presidente se trata de una autorización jurídica previa, pues, es en la constitución donde se autoriza al Jefe de Estado y de Gobierno tomar determinadas actuaciones, todas estas susceptibles de control jurisdiccional de forma y de fondo, a menos que, se consienta que ciertos actos como jefe de Estado o Jefe de Gobierno presuponen una inmunidad jurisdiccional por ser meramente políticas.

La problemática referida se permea de las premisas del maestro Ciro Nolberto Güechá Medina, quien en su obra *poder público y principio de legalidad*, establece una relación cíclica entre el principio de legalidad y el poder público⁶⁷, comprendiendo que todo ejercicio del poder público, hasta la potestad discrecional es una manifestación del principio de legalidad. Bajo esta premisa lo político y lo jurídico comprenderían esta misma relación cíclica, no pudiéndose establecer linderos específicos y autónomos de lo político y lo jurídico. Se trataría en la relación cíclica de dos caras de una misma moneda. Esta misma comprensión de la cuestión jurídica se puede ver en Kelsen y su teoría del Estado como representación de lo jurídico y no como algo anterior y propio diferente al Derecho⁶⁸, aunque advirtiendo que el maestro Vienes no llegó a reducir lo político en lo jurídico.

Conforme a las anteriores premisas, la relevancia del presente estudio está en

- i) Construir una formulación dogmática que permita entender este tipo de actos, encasillándolos en un tipo de actos denominados: acto de estado en la dirección de las relaciones internacionales.
- ii) A su vez, se explica la relación de lo político y lo jurídico, comprendiéndolo en la institución de la discrecionalidad política.

⁶⁷ GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. *Poder Público y Principio de Legalidad. Limitación de la discrecionalidad en el ejercicio del poder, desde la validez normativa*. Ed. Ibáñez. Colombia. 2019.

⁶⁸ Teoría General del Estado y del Derecho. Ob. Prev. Cit.

- iii) Se promueve de manera franca reconocer la imposibilidad de un control de fondo integral de lo político por lo jurídico en el caso de los actos de Estado, por lo que se propone un control consultivo que lograría ampliar la salvaguarda de la juridicidad y renovar la garantía del principio de separación de poderes, atendiendo que lo político y lo jurídico se relacionan simétricamente pero sin llegar a ser subsumido éste en aquel.
- iv) Defender que el estudio de los actos de dirección de las relaciones internacionales pueden ser objeto de estudio de un Derecho Administrativo, eliminando el veto que, por ejemplo, el profesor Enterría puso a este tipo de actos en el Derecho Administrativo.
- v) Construir analíticamente los fundamentos de un Derecho Administrativo que fije como objeto de estudio los actos de estado de la dirección de las relaciones internacionales, pero a su vez incorpore en su cuerpo iuris la noción de riesgo político proveniente de decisiones que pueden llegar a afectar la “vida del Estado”.

Son estos elementos los que se consideran relevantes para evaluar el *antagonismo decisional* de Petro y Duque en sede de la ciencia jurídica, el Derecho Público y el Derecho Administrativo. Poder abordar desde la teoría del derecho positivo estas cuestiones constituirá una metodología y promoverá la consolidación de instituciones que sean medios más efectivos para valorar nuevos sucesos que se encasillen en la doctrina que se formula en el presente trabajo.

Los seres Humanos han aprobado la existencia del Derecho , pues, se ha aceptado la relativización de la libertad absoluta en contraprestación de que se logre cometidos colectivos sin los cuales no podrían materializarse los individuales; esto implica que ciertas actividades humanas son reguladas por el Derecho, pero otras muchas no, estas últimas no solo se tratan de meramente orgánicas (comer, dormir, etc.) sino también propias de la voluntad, como es el caso de decidir qué ropa vestir o qué música elegir como favorita.

La cuestión relevante resulta en preguntarse si este tipo de discrecionalidad de voluntad de los seres humanos (particulares), se presenta en el actuar del Estado-Administrador contando éste con un tipo, que bien podría llamarse, discrecionalidad política.

Obviamente la respuesta automática que sobresale ante tal cuestión es concebir que la diferencia entre particulares y los poderes públicos es la sujeción de tipo positivo al principio de legalidad que debe obedecer el sector de la administración pública y al Gobierno, con lo cual no se trata de aceptar que ante lo que no está expresamente prohibido se está permitido un actuar libre.

Para la resolución de la cuestión que se presenta, es necesario referir que no solo basta con identificar la existencia de la Discrecionalidad política, se hace pertinente decantar el significado de su existencia y reconocer qué efectos produce en el estudio del Derecho Administrativo, así como resolver si este tipo de potestad política puede presuponer un riesgo que deba ser valorado por el Estado-administrador en cuanto que es una función estatal valorar riesgos y controlarlos.

Ante esto se presentaran dos posibilidades, por un lado, conducir la investigación a demostrar que es posible lograr el control jurisdiccional, reduciendo la condición de zona de inmunidad jurisdiccional de la discrecionalidad política o por otro lado comprender que la discrecionalidad política existe, que no es objeto de un control jurisdiccional de fondo que sea de tipo absoluto, ante lo cual se estaría frente a un giro posible del discurso de la lucha contra las zonas de inmunidad jurisdiccional y en particular de una estructura del Derecho Administrativo Contemporáneo.

En la actualidad, sin asomo de duda, en sede del estudio del Derecho Público, en particular del Derecho Administrativo, se comprende que el Estado ejerce Autoridad pero limitada en cuanto que debe respetar un sistema de garantías tanto expresas como implícitas.⁶⁹

⁶⁹ Derecho implícito, laicidad. Véase: JAIME. C, Miguel. El derecho implícito. Ed. Temis. Colombia 2014

Se trata entonces que en estos dos derroteros se debata la idea de la apuesta Pascalina del derecho justo y la relación de lo político y lo jurídico como piedra angular del Derecho Administrativo.

Por ello, el tema de investigación se supedita a determinar la naturaleza y fundamentos que explican la existencia de la discrecionalidad política, en concreto, en los actos de dirección de las relaciones internacionales *no jurídicos*.

En este tipo de decisiones como lo es el *antagonismo decisional* (Duque-Maduro-Petro) se evidencia un tipo discrecionalidad que conduce a cuestionamientos respecto de la relación legalidad y lo político, esto en cuanto que podría pensarse que la discrecionalidad no corresponde a las formas de la discrecionalidad administrativa relativa en la cual podría entenderse que gracias a sus criterios legales (debido proceso, legalidad en sentido amplio, respeto de las formas)⁷⁰ pueden ser fácilmente controlables por la jurisdicción.

La tesis que aquí se desarrolla decanta *los fundamentos de la discrecionalidad política* identificando su existencia y cómo escapa al control jurisdiccional material integro⁷¹, en particular cuando se manifiesta en los actos de estado de la dirección de las relaciones internacionales, sin que con ello se quebrante el fundamento epistemológico del Derecho Administrativo Contemporáneo que determina la relación entre autoridad y garantía.

La cuestión invita a repensar nuevas formas de control que amparen los principios del Estado de Derecho, pero a su vez formule un respeto y promueva la garantía del principio de separación de poderes, constituido para reconocer la existencia de dos ámbitos lo político y lo jurídico que se sirven en una relación simétrica pero no de subsunción.

⁷⁰ GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. Poder Público y Principio de Legalidad. Limitación de la discrecionalidad en el ejercicio del poder, desde la validez normativa. Ed. Ibáñez. Colombia. 2019

⁷¹ Entendemos que no es posible un control integro, pues, siempre la oportunidad y la conveniencia será una esfera de imposible control para los jueces, más aun, cuando tratamos de actos de estado de dirección de las relaciones internacionales

Es posible decir que con la discrecionalidad política se demostraría que la formula “nada escapa de los jueces” no es infalible, más de ello, que su infalibilidad no es muestra de un sistema jurídico defectuoso.

En otros términos, la lucha de las zonas de inmunidad jurisdiccional que se establecía como resorte determinante del Derecho Administrativo Contemporáneo que comprende que deben desaparecer las zonas de inmunidad jurisdiccional, se demuestra otra versión de las zonas de inmunidad jurisdiccional, esto es como determinantes, existentes y propias de un derecho contemporáneo.

PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN.

Una vez se ha descrito el contexto del cual surge el problema de investigación se procede a formular la pregunta de investigación, así:

¿Bajo la premisa autoridad y garantía del derecho administrativo moderno, es posible predicar la existencia de una discrecionalidad política en los actos de estado de dirección de las relaciones internacionales?

Esta pregunta principal permite formular otras subsidiarias:

¿Es posible lograr un control jurisdiccional integro material en sede del juez de lo contencioso administrativo, entendiendo por tal, el control de la oportunidad y la conveniencia política, cuando se está ante un acto de estado de dirección de las relaciones internacionales; de no ser ello posible, es factible proponer un tipo de control que armonice la premisa autoridad y garantía con el reconocimiento del principio de separación de poderes?

¿De existir una discrecionalidad política en los actos de estado de la dirección de las relaciones internacionales, ésta puede implicar un

tipo de riesgo, y de ser así, puede éste constituirse en objeto de estudio para ser abordado por una teoría del derecho administrativo?

HIPOTESIS

La hipótesis que se desarrolla en este texto pretende responder a las preguntas formuladas, así:

En el Derecho Administrativo Moderno se ha reconocido por parte de la administración un actuar discrecional. Este reconocimiento se ha perfilado primero entendiendo que la voluntad de la Administración es jurídica, por lo tanto, se apoya de un proceso de normación previo, lo cual delimita el comportamiento de la administración.

Segundo, al ostentar la condición relativa la discrecionalidad administrativa, por sujeción positiva al principio de legalidad, se ha facultado al juez para adelantar un proceso de control jurisdiccional de forma y de fondo, esto último, apoyado de la tesis doctrinaria de la clausula Enterriana, permitiendo concebir un control de la administración desde la juridicidad.

El principio de juridicidad o principio de legalidad en sentido amplio, configura un tipo de relación cíclica donde el poder público se determina por el poder jurídico, tal como lo afirma el maestro Ciro Güechá. Esto es aceptable, en tanto que se acepta que Estado y Derecho son dos caras de una misma moneda, consintiendo con ello la tesis de Kelsen. Pero también la relación cíclica es aceptada, ya que, en tiempos contemporáneos se ha perfilado un proceso de mayor extensión del mundo de Vida como lo afirma la denuncia pos jurídica.

La vida individual e institucional del Estado-Derecho, no escapa a las crisis ni mucho menos a los riesgos. Del mismo modo que Jared Diamond relaciona lo individual y lo Estatal, en el campo de las crisis, esto puede acontecer en el campo de los riesgos, un mal negocio que se haga puede dejar en quiebra una

persona, así mismo, un mal giro de las relaciones internacionales de un Estado puede llevarlo a la quiebra y a la Guerra. Significa esto que las acciones de los gobernantes de turno presuponen un riesgo, que deberá llamarse político. Este concepto de Riesgo político no es nuevo, está alineado en los análisis de Riesgo País adelantado por las entidades analizadoras de riesgo internacional y aseguradoras; y en los índices, que por ejemplo, emite el Banco Mundial.

Existen riesgo económicos, financieros y políticos para estas entidades supranacionales, y aunque se de una importante diferencia para su medición, pues, los riesgos económicos se apoyan de estudios de datos objetivos, el riesgo financiero de objetivos y subjetivos (apreciaciones) y, lo político desde lo subjetivo, esto no es óbice para desconocer la existencia de este tipo de Riesgos, que aun su condición subjetiva, son tenidos en cuenta para la determinación del *riesgo país*, teniendo efectos en las decisiones estatales, a la postre, por ser un riesgo valorado en el contexto internacional, es un tipo de descripción del Estado⁷².

Pero además de ello, en el mundo de la experiencia no puede desconocerse que los comportamientos de los gobernantes y de cualquier servidor público muchas veces promueven riesgos para todos. Esto puede identificarse en el suceso de la pandemia por covid 19 o de la iniciativa del presidente de Ucrania de pedir la entrada de su país a la Unión Europea, lo que ha desatado en el presente una guerra con Rusia⁷³, por citar solo dos ejemplos entre muchos que habría.

Reconocer que muchas veces las decisiones bien formales o informales de quienes están a cargo de los poderes públicos y en particular el Gobierno-administración son riesgosas constituye el puente esencial para abordar la

⁷² Ejemplo de la asimilación del riesgo como un problema de la administración lo podemos notar en la decisión de la agencia de defensa jurídica del Estado que ha puesto en marcha una iniciativa de riesgo jurídico, así ha orientado sus esfuerzos para promover la Calculadora de riesgo jurídico de los actos administrativos de carácter general. Véase. Comunicado Nro. 9 del 16 de agosto de 2022. También el riesgo en la actividad de los abogados a tomado la forma de compliance, entendido como los procedimiento y buenas prácticas para detectar riesgos en las operaciones de las entidades como legales. Ha venido creciendo la tendencia de atraer al sector público el compliance que antes era del sector privado. Véase: Ley 2195 de 2022.

⁷³ <https://www.dw.com/es/zelenski-firma-la-solicitud-para-la-entrada-de-ucrania-a-la-uni%C3%B3n-europea/a-60951977#:~:text=El%20presidente%20de%20Ucrania%2C%20Volod%C3%ADmir,de%20la%20firma%20del%20documento.>

naturaleza de estas decisiones, así por ese camino metodológico puede llegarse a la tensión entre lo político y lo jurídico.

El contexto en el que se desenvuelve esta relación de lo político y lo jurídico puede ser abordado desde varios puntos de vista, pero uno en particular se formula en el presente trabajo de tesis, en concreto el campo de estudio del Derecho Administrativo, permite identificar una importante premisa de máxima racionalidad vigente en el presente: la idea de reconocer que el Estado ejerce autoridad pero en el marco de respeto de garantías, y con ello, el papel de la normación de lo político por el derecho. Esta premisa en términos prácticos presupone que un Gobernante en sus decisiones se delimita por un sistema jurídico formulado de manera expresa, implícita, reglada, discrecional, detallada en reglas o concebida como mandatos de optimización en principios.

Lo anterior significaría que todos los poderes públicos están sometidos al principio de juridicidad, aceptando con ello la existencia de la relación cíclica debiéndose concluir que no existen derechos absolutos como tampoco poderes absolutos.

Ahora bien, el sometimiento de todos los poderes públicos a la juridicidad, determina que no se comprenda que sólo es a la administración la que afecta la relación cíclica, sino tanto en el campo del Gobierno, al legislativo y al poder judicial. Se trata de comprender en este sentido la administración de lo público desde un sentido general en el cual vislumbra todos los poderes del Estado.

En el campo del Derecho Administrativo se ha pretendido separar la idea de Gobierno y de la Administración, esto, entre tantas posturas, se perfiló en la idea de distinción entre actos administrativos y actos políticos o de gobierno; que dieron paso a la conformación de estos últimos de una zona de inmunidad jurisdiccional, que con la cláusula Enterriana pretendió demostrarse que desaparecerían, porque se han considerado como meros actos administrativos.

Pero una fórmula ha sido constante en la dogmática ius administrativista: es aquella que determina separar Gobierno de Administración, detallando que será objeto del Derecho Administrativo, lo propio de la Administración y no el Gobierno; estos últimos actos de Estado o de Gobierno. Esta distinción forjada en los tratadistas y multiplicada en la jurisprudencia ha conducido a separar del estudio del Derecho Administrativo los actos de Gobierno en sentido esencial⁷⁴ o los llamados actos de estado de dirección de las relaciones internacionales, negando toda ocasión para que el Derecho Administrativo los tome como objeto de estudio por ser objeto propio de estudios del Derecho Constitucional y Derecho Internacional.

El presente trabajo se aparta de este “veto” o limitación al objeto de estudio que se le ha impuesto al Derecho Administrativo.

Primero, porque es al Derecho Administrativo que le corresponde estudiar el Gobierno, pues sin Gobierno no hay Administración, de no ser ello cierto se contaría con instituciones muertas.

Se requiere de un Gobierno Nacional y Local que ponga en funcionamiento las instituciones. Una nueva teoría del Derecho Administrativo no puede dejar de lado que la administración pública toma su impulso de la política y de lo político que representa el Gobierno; aquí se da un tipo de relación cíclica, las instituciones necesitan del Gobierno y el Gobierno se materializa en el comportamiento de las Instituciones. De modo que entiéndase que el Gobierno debe ser objeto de Estudio de una teoría del Derecho Administrativo, especialmente para este estudio un Gobierno que direcciona las relaciones internacionales.

⁷⁴ Nos referimos a sentido esencial para generalizar la comprensión de la Doctrina que entiende que algunos actos que buscaban ser de gobierno o políticos, muchas veces no lo son, por lo que terminan siendo actos administrativos, controlables de forma y de fondo. Esta es la suerte del Art. 104-5 de la ley 1437 de 2011. Pero Enterría, suponía que existía un tipo que podría sí llamarse actos de gobierno y políticos, en especial, son aquellos actos donde el gobernó establece relaciones Inter constitucionales con otras ramas, y actos que forjan las relaciones internacionales, como el caso que el presidente funge como jefe de Estado y de Gobierno.

Segundo, el actuar político del Gobierno al tener injerencia en la estabilidad de las instituciones, de la vida colectiva y los intereses de los particulares, implica un riesgo. El concepto de riesgo ha sido asumido como objeto de estudio por el Derecho Administrativo, en particular, se ha dado un tratamiento propio en esta rama del Derecho, en tanto que se ha concretado una dependencia para abordar el problema de la administración pública desde el reconocimiento que el Estado se justifica sólo satisfaciendo eficazmente las funciones pre-configuradas de manera expresa o implícita por el sistema jurídico constitucional.

Tercero, reconózcase que el Gobierno con sus decisiones, muchas veces, materializa un tipo de riesgo político, que también debe ser abordado por una teoría del Derecho Administrativo, más aun cuando las actividades del gobierno están pre configuradas en el sistema jurídico constitucional, especialmente, tratándose de la dirección de las relaciones internacionales.

Este tipo de actos se fundamentan por una discrecionalidad política y por la característica especial que materializan de manera directa e inmediata la constitución, a diferencia de los actos administrativo que lo hacen en un sentido sublegal de manera indirecta y mediata.

Cuarto. Abordar la cuestión del riesgo político en una teoría del Derecho Administrativo, permite desarrollar la premisa máxima de *autoridad y garantía*, como poner a prueba la tesis de la relación cíclica, esto en cuanto que, reconociendo que el Estado, o si se quiere la Administración en sentido general (poderes públicos), posee un actuar relativo por la juridicidad, debe debatirse la contra cara de esos poderes como lo es el control.

Quinto. De ser abordados los actos esencialmente de Gobierno por una teoría del Derecho Administrativo, supone revisar la fijación autoridad –garantía, como también reformular las premisas que establece el control jurisdiccional. En la actualidad aunque se defienda un control de forma y fondo de los actos políticos o de gobierno , ha resultado en un no novedoso control de forma que

recae sobre los elementos reglados del acto , pero que tratándose del control de fondo, si bien se acude a las técnicas de control material de la potestad discrecional administrativa, lo cierto es que no se logra un control integro de lo político, esto es particularmente evidente en el ejercicio de funciones políticas de dirección de las relaciones internacionales por el Jefe de Estado o Jefe de Gobierno, en otros términos en materia de actos de Estado

Con esta advertencia se tiene que se hace vital adelantar con la fuerza de la dogmática jurídica y la teoría positivista esfuerzos para comprender un tipo de control de la juridicidad en sede de lo contencioso administrativo que se forje en la comprensión del principio de separación de poderes y las dimensiones individualizadas de lo político y lo jurídico, por esta razón se presenta como propuesta un *control consultivo* como nueva forma de custodia de la juridicidad frente a los actos de estado de la dirección de las relaciones internacionales.

Con este tipo de control y con ciertas precisiones que se detallaran en los próximos capítulos, se determina que puede evaluarse el actuar del Gobierno, quien es competente para ello, en específico, la competencia del Presidente para dirigir las relaciones internacionales⁷⁵ pues no es aceptable un comportamiento extra limitado de su competencia.

Sexto. Una teoría del Derecho Administrativo que permita la apertura a la noción de riesgo político, aprueba a su vez tomar y apropiarse para si de un tipo de discrecionalidad que no es solo administrativa sino que es política. Será misión de esta nueva teoría perfilar el concepto de discrecionalidad política y su relación necesaria con los estudios del Derecho Administrativo.

De entrada se señala que la discrecionalidad política corresponde al comportamiento del Gobierno que goza de una libertad relativa para poner en marcha la Administración. Entiéndase entonces que la discrecionalidad

⁷⁵ Un caso concreto de acto de gobierno según Enterría y que ha sido rechazado del estudio del derecho administrativo.

administrativa y política, siendo ambas relativas, se diferencia en el *momento de acción*.

La nueva relación cíclica Gobierno-Administración, presupone que la discrecionalidad política se ubica antes de la discrecionalidad administrativa, pues, gozando de discrecionalidad el Gobierno para la dirección política, puede ser que esa dirección en el campo de la actividad administrativa de las instituciones en particular estipule un actuar reglado de la administración. Los problemas que supone la política de los actos de estado de la dirección de las relaciones Internacionales resultan ser un buen insumo para detallar el *momento* de las discrecionalidades.

Séptimo. Las tesis sobre el control jurisdiccional de los poderes discrecionales de la administración como de los actos de Gobierno o Políticos, han reconocido que en nombre de la separación de poderes y el equilibrio que este representa como tesis fundante del Estado de Derecho, el control del juez de lo contencioso debe reconocer un poder propio de la Administración representado en la oportunidad y la conveniencia, lo que se ha denominado en otros trabajos desarrollados por el autor de esta tesis como como “*el momento de acción*”, que no puede ser sustituido por el Juez.

Esta misma suerte comprendería la discrecionalidad política, por tal razón, la cuestión nos invita a replantear la idea del control de la administración, tal como lo ha desarrollado la doctrina ius Administrativista.

Se ha perfilado un tipo de control jurisdiccional de la actividad; pero, una nueva teoría del Derecho Administrativo debe comprender una concepción más amplia del control en relación a la salvaguarda de los poderes públicos del principio de Juridicidad. Este es un fenómeno que brota de la relación cíclica, un deber de custodia del derecho o de la legalidad pero reconociendo el espectro de lo político.

Octavo. A partir de los anteriores presupuestos se da la posibilidad para construir en sede de la dogmática del derecho administrativo una teoría que tome como nombre la *teoría del Derecho Administrativo del Acto de Estado y el Riesgo Político*.

El riesgo político⁷⁶ que presupone la discrecionalidad política debe promover una nueva forma de entender el control de la juridicidad, a esto se perfila la teoría del Derecho Administrativo del acto de estado de dirección de las relaciones internacionales y riesgo político, que a partir de una mirada del Consejo de Estado Español, asume, la necesidad de activar el principio de separación de poderes, en especial , las condiciones de colaboración armónica, pero elevando su esencialidad a un *control general* de la juridicidad en pro de salvaguardar valores e intereses generales supremos.

Conforme a lo anterior, respecto del ejercicio de las actividades del jefe de Estado-Jefe de Gobierno en materia de dirección de las relaciones internacionales, es importante establecer el control consultivo en cabeza del Consejo de Estado en su sala de consulta⁷⁷ y sala plena⁷⁸, pero concibiendo un deber de consulta en determinados asuntos que presupongan riesgo de afectación de servicios o lesión a los intereses generales.

Por lo anterior, frente a las preguntas de investigación, se responde que con la teoría que se pretende desarrollar en el presente escrito denominada *derecho administrativo del acto de estado y del riesgo político*, se reconoce en el marco de la premisa autoridad y garantía la existencia de una discrecionalidad política del Gobierno, así mismo ésta también permite re-estructurar la idea del control,

⁷⁶ Sobre el origen de las ideas políticas, véase: WATSON, Peter. Ideas. Historia intelectual de la Humanidad. Ed. Planeta. España.2005; también, CHRISTIAN, David. La Gran Historia del Todo. Trad. Tomás Fernández Aúz. Ed. Crítica. España, 2019. Págs. 187-345. Una mirada crítica sobre lo político en tiempos líquidos, Bauman refiere “no hay modo de evitar el problema del puente político hacia el mundo. Y en tanto ese puente no puede sino ser manejado por empleados del Estado, el problema de cómo utilizarlos para facilitar el ingreso de la filosofía al mundo no se desvanecerá y deberá ser enfrentado” BAUMAN, Zygmunt. Modernidad Líquida. Trad. Mirta Rosenberg. Ed. Fondo de Cultura Económica de México.2015. pág.52

⁷⁷ Caso Colombiano Ley 1437 de 2011 Art. 174

⁷⁸ Como se da en Colombia por el mandato del artículo 237 Nro. 3. “. Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen. En los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la nación, **el gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado**”

no meramente jurisdiccional, sino en un sentido general, desembocando en un tipo de *control de la juridicidad en la forma de control Consultivo de los actos del Gobierno*, apoyado en el principio de separación de poderes, en particular, en aquellos que han escapado a la órbita de estudio del Derecho Administrativo, los actos internacionales del Gobierno que aquí se rotulan como actos de Estado.

Si algo se puede decir que dejó la *crisis* desatada de la pandemia, fue claramente la experiencia vivida por los administrados a partir de las actuaciones materializadas por los gobernantes de turno. Recuérdese, por ejemplo, la conducta del Presidente de Brasil Bolsonaro, el Presidente norteamericano Donald Trump. Pero en todos los Estados los ciudadanos de una u otra forma se vieron afectados de manera positiva o negativa de las decisiones desplegadas.

Al abordar con detalle lo sucedido, puede identificarse que los hechos de riesgo sanitario y la pandemia pueden ser tratados como fenómenos jurídicos. Por tanto como fenómeno se puede ser consciente que es latente la presencia de un riesgo sanitario, un riesgo de desastre nuclear, riesgo de impacto ambiental.

Podría insinuarse que se está ante una sociedad en el que se ha acrecentado el estado de riesgo. Ulrich Beck, hace una década ya había precisado en sus obras que la humanidad está ante una presencia constante del riesgo, concibiendo, la imposibilidad de una prestación de servicios óptima por parte del Estado, pues, nadie puede esperar contar con un policía para evitar que lo roben. Esta situación del riesgo latente que vive la sociedad debe ser un asunto que importe a la ciencia jurídica⁷⁹.

De modo que en este escrito se trata de cuestionar un elemento trascendental en las enseñanzas del maestro Eduardo García de Enterría el cual estableció como pilar del Derecho Administrativo la lucha contra las inmunidades del

⁷⁹ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública. Ed. Ibáñez. Colombia, 2008. Págs.201-269

poder. La lucha ha consolidado el principio de proscripción a la arbitrariedad⁸⁰ y la tutela judicial efectiva⁸¹, y en la actualidad el derecho a la buena administración⁸², siendo criterios para establecer que el Estado ejerce autoridad pero debiendo respetar un marco de garantías.

Este condicionamiento ha conducido al fortalecimiento del papel de los jueces y entre ellos del juez de lo contencioso, concibiéndose como un guardián de la juridicidad⁸³.

Siempre se ha reflexionado de las zonas de inmunidad jurisdiccional como fallas del sistema que deben ser eliminadas. Pero téngase presente que la indeterminación y la discrecionalidad que aprueba el sistema jurídico, son condiciones propias del sistema jurídico contemporáneo, al punto que a gracia de reconocer su indeterminación y discrecionalidad, se han situado los principios como norma jurídica con total facilidad amparados en la idea de la *plenitud del derecho*⁸⁴.

En el caso del antagonismo decisional de Petro-Duque-Maduro, se comprende la cuestión de la discrecionalidad política; téngase en cuenta que la decisión del ex Presidente Duque es políticamente legítima, pero debe contar con el

⁸⁰ CASTILLO ALVA, José Luis. Proscripción De La Arbitrariedad Y Motivación. Ed. Grijley. España.

⁸¹ El Consejo de Estado de Colombia ha expresado "o está compuesto de tres elementos esenciales; el primero de ellos referente al acceso a la administración de justicia, lo que se traduce en el acceso a la jurisdicción competente para proponer un conflicto; el segundo, integrado por el derecho a obtener una resolución de fondo de la Litis para que se haga un estudio profundo de las pretensiones, el cual se verá reflejado en la obtención de una sentencia motivada, razonable, congruente y fundada en derecho; y por último, pero no de menor importancia, el derecho a la ejecución de la sentencia que se profiera, pues exige que el fallo proferido se cumpla y el actor sea reparado en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido, de lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de derechos que ellas comportan, en simples declaraciones de buenas intenciones. Esta necesidad de cumplimiento del fallo judicial, hace que necesariamente el derecho subjetivo a obtener su ejecución haga parte del derecho fundamental" Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda - Subsección "A" Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, veintiocho (28) de mayo de dos mil doce (2012). Radicación No: 08001-23-31-000-2011-01174-02

⁸² Los juristas Españoles, Enrique Rivero Ysern y Jaime Rodríguez Arana Muñoz, exponen la gran relevancia del derecho fundamental de la Buena Administración en los aspectos centrales del Derecho Administrativo, administración pública y servidores públicos. Véase: RIVERO YSERN, Enrique y ARANA-MUÑOZ, Jaime Rodríguez. Con Miras al Interés General. Ed. Bubok Publishing. España.2012. Págs.87-124

⁸³ El profesor Manuel Restrepo junto con otros expertos, se cuestionan ante la crisis del Estado Nación y de la Concepción clásica de la Soberanía, cuando la cesión de la soberanía estatal puede ser conveniente, esto dado paso a la aplicación, por ejemplo, permitiendo que el juez de lo contencioso administrativo permita hacer un control de convencionalidad, como ocurre en la declaratoria de responsabilidad del Estado a consecuencia, de los mal llamados, "falsos positivos". Véase: ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. El control de convencionalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado en los casos de responsabilidad estatal por ejecuciones extrajudiciales o "falsos positivos" Págs. 397-425. En: RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. Crisis del estado Nación y de la Concepción clásica de la Soberanía. Ed. Universidad del Rosario. Colombia.2019.

⁸⁴ TOLNAY, Iván C. Jerarquía de Métodos de Interpretación. Problemas y soluciones de la interpretación judicial contemporánea en países de tradición legislativa. Ed. Tirant Lo Blanch. España.2022. Págs.221-245

apoyo del campo de lo jurídico, de modo que esa decisión políticamente legítima debe someterse al campo de la legalidad. Presentándose esta Paradoja: la decisión de Duque y Petro no es controlable pero es jurídica en cuanto está apoyada de una potestad que el sistema jurídico le otorga. La paradoja se da que el propio sistema jurídico que se afianza en el sentido de la normación y el deber funcional del Estado y con ello la esencia del derecho administrativo, pues, se acepta que ciertas funciones del Estado se pueden ejecutar abiertamente sin control jurisdiccional, lo que es claramente una paradoja.

Se trata entonces, en el presente trabajo de tesis de replantear la tesis del maestro García de Enterría a la luz de las problemáticas modernas, como es la potestad amplia de los gobiernos para tomar decisiones que escapen al *“presunto control infalible de los jueces”* en especial *actos no jurídicos* de dirección de las relaciones internacionales

Reconocer una problemática del control jurisdiccional no es otra cosa que discutir la tesis de la fórmula “nada escapa de los jueces”. De modo que como se ha sostenido, la discrecionalidad política conlleva a la noción del riesgo político y esto al Derecho Administrativo del acto de estado y del riesgo político.

El desarrollo de esta tesis, además de forjar los elementos de una teoría del Derecho Administrativo del acto de Estado y del riesgo político, resulta relevante para la ciencia jurídica, en particular, por la formulación teórica en sede del derecho positivo y para aportar en el estudio en sede del derecho administrativo de los actos de dirección de relaciones internacionales, que de antaño han sido vetados de su estudio.

OBJETIVOS.

General.

Establecer los elementos esenciales de una teoría del Derecho Administrativo que implique como objeto de estudio la discrecionalidad política y el acto de estado de dirección de la relaciones internacionales así como formular un tipo de control en sede de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Objetivos Específicos

1. Identificar condiciones que permitan reconocer la existencia de un tipo de discrecionalidad política, separándola de la tradicional discrecionalidad administrativa, a partir de la descripción que la doctrina y la jurisprudencia ha hecho a los actos de gobierno y su control, precisando especialmente la posibilidad en sede de la dogmática ius administrativista de tomar como objeto de estudio los actos del Gobierno en la dirección de las relaciones Internacionales.
2. Establecer los aspectos conceptuales esenciales para incorporar la idea del control general de los actos de Gobierno- dirección relaciones internacionales en la forma de control consultivo.
3. Determinar la relación epistemológica que tendrían los conceptos discrecionalidad política, acto de estado, control consultivo y riesgo político en una teoría del Derecho Administrativo.

TIPO DE INVESTIGACIÓN Y METODOLOGÍA

El enfoque de investigación que se apropia para el desarrollo de la investigación, es teórico-epistemológico, en cuanto que se aborda teorías jurídicas relevantes con la temática de potestades administrativas, discrecionalidad administrativa y política y su respectivo control jurisdiccional, particularmente la doctrina de los actos políticos o de Gobierno; posteriormente se extraen de ellas aspectos esenciales para la construcción del marco conceptual y a partir de allí, se propone una tesis.

El método de investigación es fundamentalmente analítico-descriptivo, con contenido crítico y propositivo. Es analítico-descriptivo porque se acude a la doctrina y la jurisprudencia para tomar de ellas el tratamiento hecho a los conceptos de acto político o de gobierno, las discusiones y posturas que se han dado en el corpus iuris del derecho administrativo en cuanto al control de estos actos, la tensión que se ha presentado en cuanto lo político y lo jurídico.

Es crítico-propositivo en tanto que abordada de manera descriptiva las posturas doctrinarias sobresalientes, en especial, española y colombiana, se promueve una crítica de algunos fundamentos epistemológicos, tales como la cláusula Enterriana de las zonas de inmunidad jurisdiccional, el control integral de fondo de la potestad discrecional, el control jurisdiccional y sus alcances en el campo del derecho administrativo, para luego pasar de la crítica a la proposición formulando la necesidad de incorporar un tipo de acto de estado de la dirección de las relaciones internacionales y una nueva forma de control de la juridicidad a través de la competencia consultiva en cabeza del Consejo de Estado, sirviendo esto en forma de armonizar la premisa de autoridad –garantía y el principio de separación de poderes.

De modo que con la presente investigación se propende por la construcción de una postura jurídica que permita ampliar el espectro de estudio de la dogmática ius administrativista, contribuyendo a la extensión del debate en torno a la naturaleza del comportamiento estatal y el control jurisdiccional, criterios

propios que por décadas han servido para fijar el cuerpo de estudio del derecho administrativo.

ESTRUCTURA DEL TEXTO.

La obra se conforma de tres capítulos cada uno dividido en secciones y en ocasiones en subsecciones.

En el primer capítulo titulado **DISCRECIONALIDAD POLÍTICA Y DERECHO ADMINISTRATIVO**, se describe la existencia, fundamentos y alcances de la noción discrecionalidad política en el Derecho Administrativo y su problemática de control jurisdiccional, concretamente desde el estudio de los conceptos de actos políticos o de gobierno (Sección I); posteriormente, se evalúa los actos de dirección de las relaciones internacionales como un tipo de acto político que decidimos identificar con el título de acto de Estado (Sección II).

El segundo capítulo, **ESTADO ADMINISTRADOR ENTRE EL RECONOCIMIENTO DE LA AUTORIDAD Y EL RESPETO A LAS GARANTÍAS. PRESUPUESTOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO MODERNO**, aborda el estudio de la potestad discrecional a partir de la implementación del principio de juridicidad y sus consecuencias de establecer la relación autoridad y garantía en el marco de las zonas de inmunidad jurisdiccional y el control de los jueces (Sección I/A). Una vez dilucidada la cuestión se describe las posturas frente a la potestad discrecional, que básicamente podría situarse en dos posturas en extremo, por un lado, aquella que pregona la reducción a cero y, por otro lado, la que propone el aumento cuando se articula en un mismo enunciado normativo una potestad discrecional y un concepto jurídico indeterminado se encuentran (Sección I/B).

En la sección II del capítulo se desarrolla en tono de simetrías la relación entre lo jurídico y lo político como estudio aproximativo a la potestad discrecional, en este sentido se aborda el estudio del maestro Ciro Nolberto Güechá Medina y la fijación de la relación cíclica del principio de legalidad y el poder público

(Sección II/A). Descrita la relación cíclica, que resulta inquietante, en tono de paradoja se evalúa las condiciones del control jurisdiccional en el derecho contemporáneo, precisando unos nuevos alcances del control jurisdiccional desde el constitucionalismo populista al control deliberativo (Sección II/B).

En el tercer capítulo , **FUNDAMENTOS PARA UNA TEORIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DEL ACTO DE ESTADO Y EL RIESGO POLÍTICO**, se establecen los derroteros de construcción de la teoría que se pretende sustentar, inicialmente, se propone un análisis del caso antagonismo decisonal Duque-Maduro-Petro (sección I), luego se defiende la comprensión del control consultivo de los actos de Estado como nueva forma de control de la juridicidad (Sección II) ;se evalúa la noción de riesgo político desde el riesgo país y los índices del Banco Mundial y su atributo como técnica de medición de las decisiones políticas con el fin de demostrar que es posible que decisiones políticas afecten la vida del Estado (Sección III), por último se establece la piedra angular de un Derecho Administrativo del acto de Estado y el riesgo político a título de conclusión del texto (Sección IV)

CAPÍTULO 1

DISCRECIONALIDAD POLÍTICA Y DERECHO ADMINISTRATIVO

En *instrucciones para convertirse en fascista*⁸⁵, Michela Murgia, describe un panorama de lo fácil que se puede incurrir en falacia, pues, en nombre de la democracia se llega a amparar y fundamentar un Estado fascista.

Esta inquietud intelectual de Murgia, sumada a la vivencia, durante más de un año, que ha tenido que llevar a cuestras la humanidad en torno a la pandemia y los efectos del virus Covid 19, vislumbra un panorama interesante y a su vez por qué no decirlo inquietante en el campo de estudio del Derecho Público.

La sociedad en general ha tenido que reconocer y aceptar la imposición normativa y el poder Estatal cuyos efectos han recaído no solo en la limitación estricta de la libertad de acto sino además ha afectado la libertad interna, aquella que determina cómo cada quien observa y evalúa la realidad e imaginarios que conforman el mundo. En este último caso no es de extrañarse que la Organización Mundial de la Salud (OMS) haya informado sobre el deber de los Estados de promover planes de salud mental pos-pandemia.⁸⁶

En cuanto a la imposición normativa, ésta no ha sido exclusivamente jurídica, se han impuesto desde varios formantes⁸⁷, bien sea dimensiones morales, éticas, religiosas y técnicas; de modo que en estos tiempos de pandemia y covid 19 la multiplicidad de formas normativas ha surgido desordenadamente sin que medie un absoluto monopolio jurídico y Estatal. Un ejemplo de esto puede percibirse actualmente en torno al deber, derecho o autonomía que determina a cada sujeto social el acto de vacunación; que se debata, si es

⁸⁵ MURGIA, Michela, *instrucciones para convertirse en fascista*. Ed. Seix Barral trad. Anac. Ferrándiz. Ed. Planeta. España. 2019

⁸⁶ <https://www.paho.org/es/salud-mental-covid-19>

⁸⁷ MONATERIA, Pier Giuseppe. *El derecho en la postmodernidad*. Ed. Temis. 2018 . Colombia. págs. 18-21

jurídica, moral y técnicamente aceptable exigir la vacunación, delata estas formas desordenadas de producción normativa, sin que exista la posibilidad de obtener una única respuesta correcta en torno a la problemática.⁸⁸

Del poder Estatal se ha evidenciado que se ha conjugado en una forma de personalización del poder, casos como Brasil, Estados Unidos y Colombia, por citar algunos, reflejan que la institucionalidad, éste cuarto de máquinas que inspiraba a Bertrand de Jouvenel⁸⁹, es fácilmente tomado por poderes personales amparados en un discurso de la democracia.⁹⁰

Explicar esta toma de poder puede ser asumida desde varios enfoques, sean normativos, empíricos, sociológicos, políticos, antropológicos, entre otros. En el campo del Derecho Público, especialmente, del Derecho Administrativo, puede hacerse uso de una institución que permite no solo describir el fenómeno de la situación normativa y toma de poder, sino a su vez, formular propuestas de control que se enmarcan en diseños de establecimientos de garantías; esto último en torno al mandato de los principios que inspiran la configuración del Estado Social de Derecho.

Por ello, en el presente capítulo se desarrolla una descripción y propuesta desde una dimensión particular y concreta acudiendo a una de las tantas instituciones fundamentales del Derecho Administrativo, como lo es la potestad discrecional administrativa pero trasladada al campo de lo político, es decir, a una *discrecionalidad política*.

En el capítulo segundo de esta obra se velará por dejar en claro que la administración de lo público contiene los dos elementos que han forjado el Derecho como ciencia, a saber: la dimensión formal y la dimensión material.

⁸⁸ <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-21-es.pdf>

⁸⁹ DE JOUVENEL, Bertrand. Sobre el poder. Historia natural de su crecimiento. Ed. Unión. España. 1998. Pág. 49

⁹⁰ SANINS RESTREPO, Ricardo. Teoría crítica constitucional. Ed. Tirant Lo Blanch. España. 2014. Pág. 201-264

Durante décadas los juristas han debatido sobre la relación armónica que debe existir entre la estructura del Derecho y la idea del Derecho, o lo que es lo mismo, entre forma y materia. Un modelo de integración no del todo convincente pero aplicado hoy en día es el propuesto por el Neo-constitucionalismo en el que se conjugan la interacción entre reglas, principios, y valores de nivel constitucional, reconociendo tanto la derrotabilidad de normas, como la existencia de una pretensión de corrección del derecho.⁹¹

Este “nuevo” derecho conduce a la idea de un sistema jurídico y político garantista, configurado a partir de la integración de forma y materia, de modo que un nivel de garantía formal debe promover estructuras, formas, procedimientos, acciones y medios que permitan desarrollar el ejercicio del poder y a su vez lograr su control; en tanto el nivel de garantía material conlleva al establecimiento jurídico –político de parámetros ideológicos que *deben* ser amparados por el hombre razonable; de estos parámetros ideológicos se dependen idearios de sociedades justas y modernas.

En un estudio preliminar que guarda correspondencia con el presente trabajo de tesis se ha detallado lo sucedido en la pandemia como fenómeno Jurídico.⁹²

Ahora bien, aceptando el concepto de experiencia y su ampliación al campo social es plausible construir un juicio de valor a partir del suceso materializado en la declaratoria de pandemia covid 19. Se trata de una experiencia con múltiples aristas que van desde lo personal, de cómo el ser humano entendió el paso corto entre la vida y la muerte, hasta llegar al campo social donde se refleja problemas centrales de los sistemas de salud, económicos, jurídicos, políticos y morales, siendo estos evidentes, revelándose el abandono de la solidaridad humana o la misma extrema relatividad de los valores sociales, por ejemplo.

⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. La democracia a través de los derechos. Ed. Trotta. España. Pág. 56-75

⁹² LÓPEZ PEÑA, Edmer Leandro. Sistema Jurídico Focalizado y Normatividad Disruptiva. Estudio de la experiencia jurídica covid 19. Ed. Tirant Lo Blanch. Colombia. 2023

Como experiencia jurídica se ha delatado el comportamiento discrecional de la administración para atender la crisis.

En el caso de la potestad discrecional, la experiencia, ha reflejado un inquietante asunto explicable bajo el argumento que se decidió denominar *extensión de la imprevisibilidad del suceso al derecho*. Entiéndase que ha ocurrido una mutación de la imprevisibilidad que forja la justificación existencial de la discrecionalidad, mutación dada por el hecho que la excepcionalidad del suceso de pandemia se ha trasladado al ordenamiento jurídico, justificándose a partir de allí, de la imprevisibilidad de suceso, el ejercicio de poderes excepcionales y la potestad discrecional, conduciendo con ello a un aumento de la potestad y a la posibilidad de producción de *normatividad disruptiva*⁹³.

Esta *extensión de imprevisibilidad* ha pasado desapercibida y pareciera ser que toma fuerza la idea que ante un hecho imprevisible como es el surgimiento de un virus que provoca un riesgo sanitario internacional y declaratoria de pandemia, debe atenderse haciendo uso de potestades discrecionales y excepcionales, de modo que se ha consolidado un tipo de idealización de la excepcionalidad del suceso y el sistema jurídico; consolidándose un error que podría describirse así: *ante un hecho excepcional sólo puede acudir a herramientas jurídicas excepcionales para atender la crisis*.

Si algo resulta como experiencia de la crisis, es que en muchos países se evidenció un fortalecimiento del poder ejecutivo con una mayor extensión del hiper-presidencialismo y de una casi nula acción de legislador, decantándose una ineficacia de su poder de configuración normativa ante casos de crisis; por el lado de la jurisdicción, tampoco resultó alentador pues si bien hoy se decantan cifras y estadísticas de sentencias emitidas y control jurisdiccionales realizados, se evidenció que ante situaciones de crisis la lentitud del control jurisdiccional es un síntoma que genera alerta. Se trata entonces de comprender que en presencia del virus covid 19 y la declaratoria de pandemia, los poderes públicos quedaron desnudos, mostrando del ejecutivo un aumento

⁹³ Ibídem. Págs.173-182

de potestades excepcionales; una ineficacia del legislador para atender la crisis y una lentitud pasmosa del poder judicial.

Para fracturar y contrarrestar la tesis que ante situaciones excepcionales son relevantes los poderes excepcionales, la primera manera para derrumbar esta concepción mitológica del derecho es demostrar los efectos nocivos de la extensión de imprevisibilidad; para una segunda resulta relevante decantar que esta premisa incorrecta, sustenta lo que el profesor García de Enterría delataba como la siempre intromisión del *principio monárquico* en los ordenamientos jurídicos, entendido como la siempre búsqueda que tiene el ejecutivo de abrogarse mayores poderes.

La óptica de Enterría nos invita a reflexionar sobre dos puntos de vista que guardan una interesante relación, por un lado, lo que el profesor italiano Pier Giuseppe Monateri entiende como mesianismo y, por el otro, la existencia de un sacerdocio laico que denuncia Noam Chomsky. Con estas dos perspectivas se emite un juicio de valor sobre la experiencia de la toma de poder y aumento de las potestades discrecionales y excepcionales del Ejecutivo.

La humanidad debe estar atenta a tiempos difíciles⁹⁴, a la vuelta de la esquina se forja la visión apocalíptica de la crisis ambiental, será un hecho de terribles consecuencias si no toman las medidas necesarias, pero todas estas dependen de las decisiones políticas de los gobiernos de turno.

Como se tratara en el capítulo siguiente, la teoría de la sujeción de la administración a la ley ha permitido una comprensión de la fuente del ejercicio de la potestad discrecional. Es entendible que los ordenamientos jurídicos-políticos modernos se fundamenten en esta última posición para reconocer la

⁹⁴ La OMS en el informe UN MUNDO EN PELIGRO Informe anual sobre preparación mundial para las emergencias sanitarias Junta de Vigilancia Mundial de la Preparación deja claro el panorama de un mundo en peligro que viviremos, propendiendo por la creación de liderazgos y sistemas eficientes "Los jefes de gobierno deben designar a un coordinador nacional de alto nivel con autoridad y responsabilidad política para liderar los enfoques pangubernamentales y pansociales, y llevar a cabo sistemáticamente ejercicios de simulación multisectoriales para poner en marcha una preparación eficaz y mantenerla. Deben dar prioridad a la participación de la comunidad en todas las actividades de preparación, generando confianza y haciendo partícipes a múltiples partes interesadas (por ejemplo, legisladores, representantes de los sectores de la salud humana y animal, la seguridad y los asuntos extranjeros; el sector privado; los dirigentes locales; y las mujeres y la juventud" Pág. 26. Consultado en: https://apps.who.int/gpmb/assets/annual_report/GPMB_Annual_Report_Spanish.pdf

existencia y el control jurisdiccional de la potestad discrecional. Puede decirse que son implicaciones de la instauración del principio de Estado de Derecho y posteriormente del Estado social de Derecho.

Es claro entonces que el fundamento de la potestad discrecional en el marco de la racionalidad jurídica moderna es aceptar su existencia pero limitada por reglas, principios y valores supra-legales, todo esto contenido o bien en el principio de legalidad en sentido amplio o en el llamado principio de juridicidad; todo esto conduciendo a reconocer que el poder del Estado se delimita por el espectro normativo.⁹⁵

Ahora bien, aunque se pretenda eliminar el ejercicio discrecional del poder, debe advertirse que no puede llegarse a completar esta tarea por quienes así lo desean; la razón resulta siendo obvia pues el hombre y su creación: la sociedad, el Derecho y el Estado contienen el mismo *genoma* de imposibilidad, consistente en no poder regular y saberlo todo, dejando siempre un espacio para lo discrecional, lo volátil.

En resumen esta condición originaria de la potestad discrecional se caracteriza por una situación de imprevisibilidad de la existencia humana y de los mismos actos humanos. Se ha asimilado como especie que no es posible saberlo todo ni dominarlo todo, a tal razón el modelo galileico de inteligibilidad⁹⁶ ha permitido apartar lo que no podría darse alguna explicación teórica.

Martha Nussbaum reflexiona en el origen del Derecho, reconociendo que sus fuentes no están exclusivamente en lo razonable, sino también en las emociones, cumpliendo éstas un papel determinante; de allí que en su obra *el ocultamiento de lo humano* pretenda dar una explicación y en últimas un rechazo de la incorporación de la repugnancia y la vergüenza como emociones en el Derecho.⁹⁷ Para los fines de este capítulo es relevante reconocer cómo puede alterarse los fundamentos presuntamente inmóviles y sólidos en los

⁹⁵ LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro. El dilema del interés público en el derecho administrativo. Ed. Thomson Reuter-Aranzadi. España. 2019. Pág. 76-84

⁹⁶ CHOWSKY, Noam. *Sobre la naturaleza y el lenguaje*. Ed. Cambridge. 2002. Pág. 61

⁹⁷ NUSSBAUM, C. Martha. *El ocultamiento de lo humano*. Repugnancia, vergüenza y ley. Ed. Katz. Argentina. 2006

cuales se ha construido gran parte de la ciencia jurídica, nada más y nada menos, demuestra Nussbaum que las emociones son fuentes de la existencia propia del Derecho.

Es el profesor italiano, Paolo Grossi, quien demuestra la presencia de un tipo de mitología jurídica de la modernidad; con ello, se refiere al paso que se dio de la justicia como ley a la ley como justicia, proceso que se llevó a cabo en la modernidad por motivos de la estatalidad del derecho y la transfiguración de la ley: Lo más importante que revela el autor, es la estrategia dominante de la modernidad afianzada en el uso de la mitología jurídica, con la cual se pretende construir un tipo de creencia más allá del conocimiento y a partir del mito concebir un tipo de meta realidad a la cual se debe una fe⁹⁸. Aparece así un tipo de idealización del Derecho.

A partir de Nussbaum y Grossi, se puede decantar que la experiencia dejada por la pandemia Covid 19 puede conducir a alterar ciertos fundamentos que se consideraban estables y de los cuales se profesaba un tipo de fe jurídica, un tipo de idealidad, *como es el caso de reconocer que ante un suceso excepcional los únicos medios jurídicos deben ser excepcionales y discrecionales.*

Entiéndase que la pandemia y el desenvolvimiento de la Administración para atender la crisis revelaron una alteración en el campo del ejercicio de la potestad discrecional. Esto es así debido a que el mito de la imprevisibilidad humana, es decir, aquella que reconoce y acepta como realidad irrenunciable del hombre transmitida a las instituciones se transformó en estos tiempos en una *imprevisibilidad de sucesos.*

Con todo esto es claro que la potestad discrecional descansa en la imprevisibilidad del hombre no poder controlarlo todo, esta condición hace imposible la tarea de eliminar del sistema jurídico –político a la potestad discrecional, por lo que se advierte la difícil tarea de los juristas que así lo

⁹⁸GROSSI, Paolo. Mitología jurídica de la modernidad. Ed. Trotta. 2003. Pág. 39

pretenden, pero lo que ha acontecido por motivos de la pandemia es una mutación de la imprevisibilidad, o lo que es lo mismo, de la fuente de justificación existencial de la potestad discrecional.

Esta mutación se da en el sentido que se entiende que debido a que el surgimiento de un virus como el covid 19 es imprevisible, esto determina de entrada que se acuda a decantar la necesidad de justificar y mantener inalterable las potestades excepcionales y discrecionales del ejecutivo. Como si estos poderes excepcionales y discrecionales fueran las razonables herramientas de atención de la crisis “imprevisible” y además las únicas posibles.

Este tipo de traslado de la imprevisibilidad se fundamentó en la naturaleza del suceso, que al ser excepcional ello justificó el uso de potestades excepcionales que aterrizaran en el uso de poderes discrecionales.

La humanidad ha sido fiel testigo de la mutación de un fundamento de la potestad discrecional, con ella se ha abierto paso a que las decisiones de la administración pública se sustenten en criterios *meta normativos* en gran parte técnicos, refiriéndose ello al adjetivo del conocimiento técnico que se extrae de otra ciencia y que impactan instituciones jurídicas, tales como el interés general.⁹⁹

En el caso de la pandemia por covid 19 las decisiones discrecionales se apoyaron de criterios *meta normativos* como las explicaciones científicas de su existencia, los criterios epidemiológicos muy pocos uniformes y en sí a las instrucciones del grupo de expertos técnicos que apoyaban las decisiones de los gobernantes de turno.

⁹⁹ LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro. Dilema del Interés público en el derecho administrativo. Ed. Thomson Reuter-Aranzadi. 2019. Pág. 23-42 También en: LÓPEZ PEÑA, Edmer Leandro. Sistema Jurídico Focalizado y Normatividad Disruptiva. Estudio de la experiencia jurídica covid 19. Ed. Tirant Lo Blanch. Colombia. 2023.

Lo paradigmático sobre la mutación de la imprevisibilidad por sucesos, es que conduce a forjar el ejercicio de la potestad discrecional como una figura que se determina por razones técnicas externas al Derecho, es decir, se usa la forma de la discrecionalidad pero se acude a contenidos externos, permitiendo esto que gobernantes de turno tomaran control del cuarto de máquinas y emitieran, muchas veces, normatividad disruptiva.

Téngase presente como a partir del mensaje colectivo a comienzos del mes de marzo del año 2020 se circunscribió en el hecho de que un virus de manera imprevisible lograba detener el mundo. La experiencia jurídica una vez se declara el riesgo sanitario internacional y posteriormente la pandemia, es la emisión de un conjunto de regulaciones que iban desde las declaratorias de cuarentena, hasta en Colombia: el pico cedula, pico género, pico puesto. La experiencia respecto de la conducta de los administradores locales ha sido inquietante, por ejemplo se debatió en Colombia la incorrecta decisión de declarar el día sin IVA en pleno aumento de contagios por covid 19 así como la apertura de varios sectores como colegios que no contaban y a la fecha no cuentan con sistemas básicos de salubridad.¹⁰⁰

En todo este tipo de regulaciones se dio el factor común de acudir a la imprevisibilidad del suceso y extenderlo al derecho. Esta extensión determinó la implementación de disposiciones normativas emitidas por el ejecutivo atendiendo lo dispuesto en la declaratoria del estado de emergencia o de poderes excepcionales.

El fenómeno de extensión de la imprevisibilidad es el fundamento de la producción normativa llevada a cabo por el ejecutivo, con la cual se ampliaron los poderes excepcionales y discrecionales. Esta referida extensión legitimó la producción normativa centralizada en el ejecutivo, dando paso al acto de auto-configuración normativa de potestades discrecionales, fundamentadas en la experiencia extraordinaria de la crisis y por el otro lado dejando en un estado de suspensión el poder legislativo y de retardo preocupante al control

¹⁰⁰ <https://www.bloomberg.com/graphics/covid-resilience-ranking/>

jurisdiccional. Se tienen ejemplos de algunos Estado que contaban con un sistema jurídico preestablecido que les permitió atender la crisis como es el caso de Alemania, por ejemplo¹⁰¹. Esto es un ejemplo del rompimiento del mito jurídico: ante una situación de crisis el único medio jurídico a disponer son facultades excepcionales y discrecionales.

El mito se consolida erróneamente en el sistema jurídico colombiano, contrariando una evidente realidad, pues recuérdese que en materia de riesgo sanitario internacional y pandemia, existe el reglamento sanitario internacional, actualizado en el año 2005, en el cual se invita a los Estados no sólo a fortalecer sistemas sanitarios sino a los mismos sistemas jurídicos.

Evidente resulta en Colombia que no se fortaleció la red sanitaria, ni tampoco se conjugó un sistema jurídico cuya finalidad fuera establecer roles, competencias, procedimientos y garantías en tiempos de crisis sanitarias por virus.

Ante tal situación se ha formulado en otras instancias un claro rechazo al fenómeno de la extensión de la imprevisibilidad. Este rechazo es plenamente fundando no solo desde el campo jurídico, sino desde el moral, las generaciones futuras y hasta la presente, es evidente sufrirán crisis de igual o mayor magnitud por lo que es un deber reconsiderar el mito creado de la extensión de imprevisibilidad

Ante esto se ha formulado¹⁰² como propuesta la consolidación de sistemas jurídicos focalizados , en los cuales se pre establezca condiciones formales y materiales para el ejercicio del poder y atención de las crisis, con lo cual se derrumbaría el mito por completo, pues si bien el surgimiento de un virus puede ser imprevisible, *no lo es como suceso jurídico*, ya que el riesgo sanitario global es una realidad y no un presupuesto fantasioso, por ello al ser una realidad de esta contemporaneidad es insumo perfecto de un supuesto de

¹⁰¹ LÓPEZ PEÑA, Edmer Leandro. Sistema Jurídico Focalizado y Normatividad Disruptiva. Estudio de la experiencia jurídica covid 19. Ed. Tirant Lo Blanch. Colombia. 2023. Págs.86-146

¹⁰² *Ibíd.*

hecho que debe entrar en un proceso de juridificación¹⁰³ con el objetivo de evitar el uso de potestades excepcionales por el Ejecutivo y, así, cerrar la posibilidad que la sociedad quede a los pies del “*genio*” que mueve la máquina del Estado.¹⁰⁴

El resultado de la experiencia dejada por la covid 19 en la dimensión jurídica, debe ser la necesidad de imponer al legislador la construcción de un marco normativo necesario y útil para no solo atender las crisis venideras, sino evitar proliferación de ideas populistas, partidistas, la retoma de las instituciones por fenómenos de personalización del poder¹⁰⁵ tan peligrosos como nocivos para la vida colectiva de los hombres. El poder de configuración normativa del legislador debe evitar que la extensión de imprevisibilidad humana a la de suceso sea fundamento del ejercicio de la potestad discrecional y poderes excepcionales.

La concentración de poderes en el ejecutivo y particularmente en el gobierno nacional, ha conducido a que la salud pública dependa de las razones y acciones/omisiones unipersonales del jefe de estado/gobierno, casos como el presidente Bolsonaro en Brasil, Obrador en México y Trump en Estados Unidos, llamaron la atención a nivel mundial, se llegó a concebir de irresponsables sus declaraciones, acciones y falta de decisiones¹⁰⁶. Como si fuera poco, la concentración de los poderes en el ejecutivo se extendió al nivel

¹⁰³ MÜLLER UHLENBROCK, Klaus. Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales. Ed. UNAM. México. 2010.

¹⁰⁴ DE JOUVENEL, Bertrand. Sobre el poder. Historia natural de su crecimiento. ED. Unión. España.1998. Pág. 341y ss.

¹⁰⁵ Varios periódicos internacionales relataron el aumento de la personalización del poder así: DW informara sobre el populismo pandémico en tiempos de coronavirus (<https://www.dw.com/es/populismo-pand%C3%A9mico-en-tiempos-de-coronavirus/a-53236830>) ; la BBC referirá Coronavirus y populismo, entorno al aumento de la política del miedo en tiempos de crisis. (<https://www.bbc.com/mundo/noticias-52676851>); Prodavinci nombrará así un titular: La pandemia de los populistas (<https://prodavinci.com/la-pandemia-de-los-populistas/>) . Para el consejo latinoamericano de ciencias sociales (CLACSO) el fortalecimiento del populismo en tiempos de crisis reduce la posibilidad de construir nuevos campos de razón donde la confianza desde la ciencia, la investigación y el campo objetivo sean los medios para atender y dar salidas a problemáticas que el mismo hombre ha creado. El populismo acudiendo a las más simples y bajas pasiones se presenta como un estorbo. Véase: SOLÍS MOREIRA, Julio. La razón científica frente al populismo en tiempos de coronavirus. En : <https://www.clacso.org/la-razon-cientifica-frente-al-populismo-en-tiempos-del-coronavirus/>

¹⁰⁶ El diario new york times referirá la paradoja de Bolsonaro y Trump, haciendo con ello a la ambiguo tipo de administración de los estados , y como no solo desprestigian las instituciones que ellos mismos administran, sino que e tiempos de crisis por Covid 19, han demostrado su poca diligencia en el manejo de la situación. (<https://www.nytimes.com/es/2020/06/03/espanol/opinion/bolsonaro-trump-fascismo.html>) Ambos presidentes han sido contagiados con el virus Covid 19. Muchas ocasiones se burlaron de las medidas básicas de prevención de contagios, como negar el uso del tapabocas. Trump fue más allá denunciando al gobierno chino, declarando a su vez des financiación a la OMS. En esta lista existe un grupo importante de gobernantes, como el presidente de México o el primer ministro Johnson.

de las autoridades locales con efectos muy similares tanto en regímenes centralistas como federalistas.

El mito revela un trastorno lógico del uso de *facultades excepcionales en cabeza del ejecutivo*, nótese que es el mismo ejecutivo en Colombia quien declaró la emergencia y se *ordenó a él mismo* tomar las medidas necesarias para atender la crisis, facultad que no es otra cosa que un acto de *auto-configuración normativa in extenso*.

El juicio de valor de experiencia como se ha detallado en las líneas precedentes, permite comprender que los Estados *debieron, deben y deberán* contar con un sistema jurídico que fije en casos de crisis sanitarias locales, las declaradas internacionalmente y las pandemias, las competencias, límites, prohibiciones, potestades, controles y alcances a cada uno de los poderes públicos; debiendo garantizar la relación armónica de los poderes; *check and balance*; la no afectación de garantías básicas como la reserva de ley; la no afectación de derechos constitucionales y en general, conservar elementos formales y materiales que decanta el principio constitucional del Estado social constitucional y democrático de derecho.

La facultad de auto-configuración normativa del ejecutivo, evidenciada potencialmente en las acciones llevadas a cabo ante la Covid 19, demuestran que tales potestades son un riesgo para la estabilidad y solidez de los sistemas democráticos, que se apoyan en el respeto del principio de juridicidad, la separación de poderes, la proscripción a la arbitrariedad, el apego a un campo garantista proveniente del Derecho; principios estos y otros más, que se acoplan a la idea de Estado Social, Democrático y Constitucional de Derecho.

Con todo lo anterior es difícil continuar admitiendo sin ningún reparo que el ejecutivo declare un estado de uso de facultades excepcionales y auto proclame facultades, siendo casi nula o tardía la participación del legislativo y el control jurisdiccional, cuando las normas emitidas por el ejecutivo

unilateralmente, han impactado la realidad material de los ciudadanos, empresarios, trabajadores, escuelas, universidades, gremios, etc.¹⁰⁷

Resulta entonces fenómeno de suma importancia la extensión de imprevisibilidad y el uso de poderes excepcionales y aumento de discrecionalidad administrativa que pueden concluir con la construcción de normatividad disruptiva. Por disruptivo se entiende la orientación de una disposición normativa en promover un cambio relevante en el sistema jurídico apoyándose de la presunta extra-ordinariedad del momento y de la potestad de *auto-configuración* en los sistemas difusos.

La noción de lo disruptivo proviene en los años noventa , con la tesis de Joseph L. Bower y Clayton M. Christensen¹⁰⁸, ambos profesores de Harvard, quienes fijaron la existencia de un tipo de tecnología disruptiva, pretendiendo con ello explicar la presencia de nueva tecnología con impacto inesperado. Esta idea de lo disruptivo puede usarse en el campo que viene aquí tratándose, señalando que del ejercicio de potestades discrecionales y excepcionales puede darse lugar a la presencia de normatividad disruptiva, entendiendo como aquellas normas que nacen de forma brusca, es decir, de manera unilateral sin mediar consenso ni debate deliberativo y que logran impactar bien sea de manera permanente o transitoria en el sistema jurídico.

La normatividad disruptiva, es una cuestión necesaria que deben propender los sistemas jurídicos focalizados en resolver. Por motivos de la extensión de la imprevisibilidad no puede aceptarse que el ejecutivo produzca de manera brusca *normas que afecten el sistema*. Bien sea de manera transitoria o permanente. Lo que nos refleja la normatividad disruptiva es la necesidad de requerir nuevamente al legislador como determinador del derecho. Precisamente, aceptar el mito sin los cuestionamientos que aquí se hacen,

¹⁰⁷ Por ejemplo, el caso de Holanda y tribunal de la haya que en primera instancia el tribunal consideró que el toque de queda lesionaba la libertad y la privacidad de los ciudadanos, decisión que en el tribunal de apelaciones fue revocada. <https://es.euronews.com/2021/02/16/el-tribunal-de-apelacion-vuelve-a-validar-el-toque-de-queda-en-paises-bajos>

¹⁰⁸ JOSEPH I. Bower y CLAYTON M. Christensen, Disruptive technologies: Catching the wave. Harvard Bussines Review. 1995

permite, continuar con el proceso de Morfeo en el que se encuentra el poder legislativo ante los grandes desafíos de estos tiempos contemporáneos.

El contexto en el que surgió la extensión de la imprevisibilidad está dada por la presencia para casos de crisis de sistemas jurídicos difusos, entendiendo por tal, aquellos que permiten aumento de discrecionalidad a razón de uso de potestades excepcionales del ejecutivo y esto por motivo de inexistencia de un marco sólido pre-configurado por el legislador. Los sistemas jurídicos difusos son sistemas que potencializan el papel del ejecutivo reduciendo la labor determinante de configuración normativa y control de las otras ramas; precisamente, este papel protagónico del ejecutivo conllevó a una centralización en la fundamentación normativa, de modo que, respecto de *la combatida discrecionalidad*¹⁰⁹ a la que se ha pretendido someter de forma absoluta a la sujeción de tipo positiva de legalidad, resultó que por la extensión de imprevisibilidad y la presencia de sistemas difusos se tornó en fuente de producción normativa.

El fenómeno de ser la potestad discrecional fuente de producción normativa sumado al hecho contextual de concebir que el sistema jurídico fijado es insuficiente para atender la crisis, debido al traslado del efecto de imprevisibilidad de la crisis al sistema jurídico, facultándose al gobernante a hacer uso de potestades excepcionales, permite que instituciones jurídicas del sistema sean rotas o interrumpidas de manera brusca. Por ejemplo, se impuso en tiempos de pandemia, la posibilidad de terminación unilateral de los contratos de arrendamiento; la imposibilidad de familiares de celebrar ceremonias a sus muertos; se permitió abrir restaurantes, pero no iglesias; se fijaron tratamientos diferenciales para niños y ancianos; se alteraron competencias entidades locales; se crearon cargas tributarias; se tomaron medidas de cierre de aeropuertos sin establecer un marco de atención a las personas que no pudieron retornar a sus países, debiendo estas personas vivir

¹⁰⁹ GUECHA MEDINA, Ciro Nolberto. Poder público. Ob. Prev. Cit. Entiende el autor que no existe discrecionalidad administrativa por el sometimiento de esta al principio de legalidad.

de la caridad, tanto del gobernante como las personas de otros países, no se tomó medidas de atención en consulados y embajadas, etc.

Podría objetarse este panorama de la normatividad disruptiva, señalando que en todo momento la posibilidad de existencia de control jurisdiccional y del balance de sentencias emitidas, normas declaradas exequibles y otras inexecutable, son clara prueba de que los sistemas sirven y evitan a toda costa disrupciones por el ejecutivo.

Ante tal postura, debe señalarse todo lo contrario, es decir, lo demostrable por el importante número de sentencias emitidas por la jurisdicción obedece que el ejecutivo se abrogó su facultad de producción normativa in extenso; el número significativo de normas declaradas inexecutable no demuestran otra cosa que la oportunidad del ejecutivo de promover normas que alteran el sistema, y si bien, las normas han sido declaradas inexecutable, las normas en el tiempo que permanecieron vigentes produjeron efectos jurídicos; es más, de llegarse a promover por el órgano jurisdiccional que las sentencias que declararan inexecutableidad deben ir al pasado y no al presente como se acostumbra (*ex nunc- ex tunc*) este sería un efecto disruptivo de las normas de tal categoría emitidas por el ejecutivo.

Todo lo anterior, lleva a reconocer que en la modernidad la construcción teórica del Derecho y el fortalecimiento del juez en el marco del pensamiento garantista, donde surge como un poder a favor de los más débiles¹¹⁰, podría conducir a construir conclusiones como es negar la existencia de zonas de inmunidad jurisdiccional a favor de la Administración.

Ahora bien, puede aceptarse con “sonrisa de *monalisa*” que no existe actuación que escape al control jurisdiccional; ésta creencia a tipo de idealización jurídica¹¹¹ fija hoy las pautas de la funcionalidad del sistema jurídico-político. En otros términos, por la creencia idealizada del poder

¹¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Ed. Trotta. Madrid España. 2009

¹¹¹ GROSSI, Paolo. Mitología jurídica de la modernidad. Ed. Trotta 2003 . España

jurisdiccional omnipotente se resulta rechazando la posibilidad de incursión del principio Monárquico.

Si bien, es aceptable esta idealidad, no puede echarse de menos que como experiencia a partir de la administración de la crisis por la pandemia covid 19 se acreditó un tipo de transfiguración del poder ejecutivo; un tipo de proceso de excesiva personalización del poder. En el cuerpo del gobernante se hizo el derecho. De forma unipersonal pero investida de la institucionalidad quedó el destino de millones de hombres y mujeres en la crisis. Ejemplos de las conductas de Bolsonaro, Trump, Obrador, y en menor medida Duque, evidenciaron lo fácil que puede ser tomado el poder por la persona a cargo.

Se ha señalado que la extensión de imprevisibilidad es el fundamento que justifica el uso de poderes excepcionales y discrecionales por parte del ejecutivo en tiempos de crisis. Ahora bien, sea importante reconocer que la toma del poder del ejecutivo a partir del uso de estas instituciones se torna, si bien, no en el establecimiento de un principio monárquico, sí puede tenerse presente algunas ideas que explican el fenómeno de personalización del poder que se conjuga perturbadoramente sin rallar con la idealización del control jurisdiccional.

El problema de la encarnación o escarnación de la ley respecto a la persona del soberano, es el llamado de atención que hace el jurista italiano Pier Giuseppe Monateri.

Para Monateri un punto de partida es la reflexión sobre el Torah y el Mesías, se trata con ello de reconocer el poder del mesías configurándose como ley viviente, pero también, a su vez, el contrasentido del orden establecido, un tipo que encarna orden pero es un sujeto fuera del ordenamiento, o lo que es lo mismo, una relación de nomos y anomia. En el estado de excepción, refiere el autor, se da el peculiar encuentro entre nomos y anomia, ya que, la ley es incierta, pero existe una autoridad que actúa como ley y refunda la ley.¹¹²

¹¹² MONATERI. Pier Giuseppe. El derecho en la postmodernidad. Ed. Temis2018. Pág. 51-77

Monateri se sorprende con la coincidencia entre el estado de excepción y la época mesiánica *“Jesús, ley viviente, hace abolir la antigua ley, en un estado de excepción que es la manifestación de la venida del Reino, el que coincide además, con el sacrificio perfecto, el sacrificio que funda un nuevo sacerdocio”*¹¹³, recalca sobre esta coincidencia, entendiendo que en el estado de excepción la ley termina y actúa una autoridad como reencarnación de la ley: *“un estado de los hechos que produce una transformación ontológica del mundo, y que terminará por justificar la visión esotérica de Cristo como gran alquímico”*.¹¹⁴ Particularmente el profesor italiano entiende el contenido del mesianismo político como una mezcla de dos sentidos: una ciudadanía laica y un sentido mesiánico, en cuanto a la primera se comprende la ciudadanía aprobando un pacto político que permite su salvación; en el segundo sentido, mesiánico, el pacto determina universalmente la redención del mundo.

Monateri y su concepción de mesianismo político resulta de utilidad para explicar que como consecuencia de la extensión de la imprevisibilidad se configura como elemento salvador de la crisis tanto el reconocimiento de poderes excepcionales como el uso de potestades discrecionales; así, estas instituciones se sitúan en poderes en cabeza del gobernante de turno, consolidándose en el mesías de la crisis, en el guardián de la vida y derechos. Este tipo de nomos y anomia que recae en el ejecutivo, ha sido evidente y resalta como experiencia del tratamiento administrativo de la pandemia por covid 19.

Este tipo de mesianismo permite comprender que junto al fenómeno de concebirse la potestad discrecional como fuente de producción normativa se presenta una reconstrucción material del concepto jurídico indeterminado del interés general. Este tipo de reconstrucción se da primeramente, en una *dimensión jurídico-política* y, posteriormente, en un tipo de dimensión que bien puede denominarse *dimensión técnica-material*.

¹¹³ Ibíd. Pág. 37

¹¹⁴ Ibíd. pág. 43

En cuanto a la dimensión jurídico-política, la naturaleza indeterminada del concepto jurídico de interés general conforma un tipo de túnel de entrada a criterios ideológicos, partidistas, populistas; en otras palabras, la indeterminación del concepto conduce al reenvío normativo extra-jurídico y con ello se permite que en tiempos de crisis, fungiendo como encarnación de la ley el gobernante se contemplen contenidos que conforman el interés general.

Quiere decir esto que el mesianismo político que podría parecer una afirmación utópica toma forma real, cuando de la extensión de la imprevisibilidad resaltan los poderes excepcionales y el poder discrecional y el principio que motiva las decisiones, como el caso del interés general que se apropia de contenidos tomados discrecionalmente por el ejecutivo.

La pandemia provocada por la Covid 19 visibilizó que en materia del interés general/público, la indeterminación del concepto permitió que se incorporarán ideas y racionalidades que no descansaban en la esencia misma del interés general, pero se servían de él, así el caso de desconocer la necesidad de tapabocas, restar importancia a medidas preventivas, restar importancia hasta al mismo virus, servirse de la pandemia para mejorar la imagen el gobernante, son algunos ejemplos.

La indeterminación y la mutación de contenido del interés general se constituyen en una zona de inmunidad jurisdiccional evidenciada en tiempos de la Covid 19. La problemática de indeterminación alcanza el campo de la eficacia del sistema jurisdiccional pues en estos casos de riesgo sanitario y pandemia la excepcionalidad se empoderó de la racionalidad jurídica y ello llevó a justificar las medidas acordes al interés general.

La concepción de zona de inmunidad jurisdiccional se da por la activación del campo ideológico y político en el interés general que restringe en gran parte una racionalidad jurídica que ofrezca una total certeza de lo que podría considerarse conforme o no a derecho. Por ejemplo, en el caso de las medidas

de restricción a familiares de acompañar en entierro, ceremonias etc. a sus familiares muertos, nótese que en la excepcionalidad de la situación, la racionalidad jurídica de garantías básicas de los humanos en el reconocimiento de núcleos o de derecho pre-existente, se relativizó por una comprensión “nueva” del interés general que entendía que en tiempos de crisis las medidas restrictivas son seguras.

Acatando esta racionalidad de la excepcionalidad, cobró en el sistema total vigencia política y jurídica las medidas que antes llamaríamos excesivas resultando en tiempos de crisis en necesarias.

Este paso de lo excesivo a lo necesario lo permitió el fenómeno de indeterminación y mutación de contenido del interés general como fórmula de racionalidad jurídica.

Lo que ocurre entonces es que existe un peligro constante que se hace visible, aún más en el caso de la crisis por covid 19: cuando apoyándose del interés general y dada su indeterminación jurídica, se justifica medidas que son dadas desde dimensiones ideológicas, precisamente, este fenómeno delata la existencia de un tipo de mesianismo político, una encarnación de la ley en el gobernante.

En tanto la dimensión *técnica- material* , reconózcase que en relación del concepto jurídico de interés general se presenta un proceso de *dependencia de la racionalidad jurídica de las racionalidades extra-normativas (técnicas-científicas)*, este proceso de dependencia se explica que en tiempos de covid 19, las decisiones restrictivas productos del ejercicio de poderes excepcionales y discrecionales se apoyaron en aspectos técnicos y científicos, aun a sabiendas de la falta de uniformidad en estos criterios técnicos, aspectos que fueron abarcados como contenido del concepto indeterminado de interés general. Este tipo de dependencia conduce a una alteración de la razonabilidad jurídica, primero , porque se presenta una sobre-posición de lo técnico sobre la razonabilidad estrictamente jurídica, ya que al tomarse

criterios, conceptos, opiniones, y decisiones técnicas, emitidas por médicos, epidemiológicos, biólogos, etc., se acude a conceptos ajenos a la razonabilidad jurídica, se habla entonces de aplanar la curva, reducción de contagios, de toma de medidas individuales y colectivas desde enfoques epidemiológicos, etc.

Lo que refleja este tipo de construcción de contenidos es un hecho de suma importancia, como lo es la incorporación en la razonabilidad del derecho de razones propias de otras ciencias que habitan el campo de lo extrajurídico. Este tipo de construcción técnica del interés general, apoyó la expedición de normas no solo pertenecientes al *hardlaw* sino también al *softlaw*, protocolos, circulares, etc.

Puede objetarse a este condicionamiento de racionalidad jurídica que el Derecho en su esencialidad comparte espacios con otras ciencias, viéndose ello reflejado en todas las ramas desde el derecho penal, derecho administrativo, constitucional, laboral y civil, por ejemplo.

Esta afirmación aceptable inicialmente se derrumba una vez cuando se observa con mayor detalle que la relación existente entre la ciencia jurídica y otras ciencias, en el caso particular de las decisiones tomadas en el marco de la Covid-19, la racionalidad jurídica *cedió todo espacio a criterios no jurídicos*, con el efecto que cediendo ese espacio lo único que permanece propio del derecho es la forma jurídica de la toma de decisiones (procedimiento, competencia y forma), así, las decisiones si bien se toman con herramientas jurídicas, el contenido, el fundamento que explica la toma de determinadas decisiones, no corresponden a la racionalidad jurídica en sentido estricto del término.

En el caso de la Covid 19, se disfraza en la adopción de la forma jurídica, un grave problema de traslado de la racionalidad jurídica, pues, el fundamento del contenido no pertenece a una mirada jurídica sino extra-normativa. Esta fijación material en el campo extra normativo conduce a un condicionamiento-

dependencia o, en el peor de los casos, a una mutación de la racionalidad jurídica.

Este efecto de dependencia o mutación permitió que, por ejemplo, los gobernantes nombraran su propio equipo técnico “asesor” con una decantada dependencia, apoyando la toma de decisiones en un campo externo a lo jurídico, esto les facilitó a los gobernantes el margen de maniobra, ya que desplazándose del campo jurídico y conduciéndose a lo técnico-científico se arrastró el debate a esferas no estrictamente normativas, esto produjo el efecto de retardamiento o aceptaciones automáticas del control judicial y el control político.

Si bien, puede pensarse que no existe riesgo para la racionalidad jurídica, en tanto que, aun con la prueba técnica es al operador jurídico a quien le corresponde el acto de valorar y trasladar esa valoración al fundamento de la decisión judicial que es estrictamente jurídica, nótese que se recae en ese evento nuevamente en ocultar con el manto de la formalidad normativa el hecho de que la racionalidad jurídica cede paso a la racionalidad técnica, siendo esta última la base elemental y esencial en la que se sustenta el fallo. Que el fallo sea jurídico no puede hacer perder de vista el efecto de dependencia o mutación.

Nótese que desde los criterios epidemiológicos, no existiendo un campo que podría llamarse de consenso absoluto, estos fueron los que exclusivamente permitieron fundar las decisiones más restrictivas, el asilamiento obligatorio y cierre de aeropuertos, por ejemplo. La dependencia de lo jurídico por lo técnico, aun sin existir absoluto consenso en el campo técnico-científico, abre la posibilidad a la probabilidad, impactando la racionalidad jurídica. Ejemplo de ello el uso del hidroxiclороquina o en estos tiempos el uso de determinadas vacunas, de allí las cláusulas de indemnidad que pidieron muchas de las empresas farmacéuticas.

Las múltiples concepciones epidemiológica que se han dado en la Covid-19 sólo lleva a que el juez en su labor de control deba reflexionar en la probabilidad de contagio en el evento de haberse tomado las medidas por la administración, racionamiento que sólo conducirá a aprobar jurídicamente las decisiones restrictivas emitidas.

A otro extremo, en el caso de administraciones que no tomaron medidas, siempre existirá el buen argumento de la probabilidad de contagio para defender el porqué de la omisión. En ambos casos existe una evidente dependencia o mutación de la racionalidad jurídica, resultado entonces que la *indeterminación del concepto de interés general/público posibilita el proceso de dependencia o mutación de la racionalidad jurídica por la racionalidad técnico-científica.*

Planteada en términos amplios y generales la anterior cuestión, téngase en cuenta que el mesianismo político es predicable en tiempos de crisis, la acción del mesías se da por motivo del uso de poderes excepcionales y discrecionales y su motivación a partir del amplio espectro que permite la indeterminación del concepto de interés general.

Mantener la tesis que ante sucesos imprevisible lo racionalmente jurídico y político es acudir a instituciones de poderes excepcionales y discrecionales y, que el fundamento del interés general se mantiene indemne en tiempos de crisis es conservar sin reparos un mito jurídico.

Noam Chowsky tomando del filósofo Isaiah Berlin el concepto de sacerdocio laico, con el cual se referenciaba a los intelectuales comunistas que defendían la religión estatal y los crímenes de poder, nos da a entender que existe una fuerza intelectual que puede llegar a defender premisas las cuales no tengan el mayor sentido de amparar la democracia.

Chowsky comprende que el uso de la propaganda en su perspectiva histórica delata un uso estratégico para modelar actitudes y creencias, hasta el punto que tal actividad llamó la atención tanto de Hitler, los industriales y el sacerdocio laico. La propaganda tomó un aspecto de relevante herramienta para controlar a la elite mayoritaria empoderada por el nuevo principio de posguerra de la democracia, con ella podría lograrse el control por parte de la minoría gobernante, la propaganda, de tal modo, se consolidó en un medio para lo que Chomsky informa tituló Lippman como la fabricación del consentimiento.¹¹⁵

Para el caso que interesa en este trabajo de tesis, puede señalarse que la experiencia jurídica desatada de la pandemia por covid 19 refleja que los poderes excepcionales discrecionales y la mutación de contenido de interés general en tiempos de crisis no son denunciados y no generando una evidenciable extrañeza intelectual el comportamiento que asume el ejecutivo en tiempos de crisis.

De modo que lo que llama la atención en este apartado sobre lo precedentemente expuesto, corresponde a que debe entenderse que es un error esta omisión de denuncia o de extrañeza frente al fenómeno de extensión de imprevisibilidad, aumentó el ejercicio de poderes excepcionales y poderes discrecionales por parte del ejecutivo, como el indebido estancamiento del legislativo y el lento actuar de la administración de justicia, así como la mutación de contenido del concepto jurídico indeterminado de interés general.

La falta de denuncia y extrañeza puede ser producto de una “propaganda” intelectual afianzada en la dogmática jurídica local, la cual profesa una idealidad, un tipo de fe en la premisa que ante situaciones excepcionales serán los poderes excepcionales los que deben hacer frente.

¹¹⁵ CHOMSKY, Noam. Sacerdocio laico y los peligros de la democracia. En sobre la naturaleza y el lenguaje. Ed. Cambridge. 2002

La figura del sacerdocio laico permite justificar los motivos de esta premisa.

El sociólogo alemán Heinz Bude señala que toda experiencia debe decirnos algo¹¹⁶, siguiendo su sabio consejo debe reconocerse que la idealización provocada por un sacerdocio laico de intelectuales que han contribuido a la *fabricación de consentimiento*, profesando y justificando la premisa que ante sucesos excepcionales proceden poderes excepcionales y discrecionales; la realidad del desenvolvimiento de la administración atendiendo la crisis dejada por el virus covid 19 demuestra que no puede mantenerse tal premisa en el seno del derecho público y el derecho administrativo.

De modo que ante la caída de este antiguo modelo de “propaganda” teórica debe proponerse la concepción de un Derecho Administrativo que incorpore la problemática aquí planteada, de allí la necesidad de un derecho administrativo robustecido por la experiencia de la pandemia por covid 19, la propuesta formulada en otra obra es la consolidación de sistemas jurídicos focalizados en los cuales se da prevalencia al poder configurador normativo del legislador.¹¹⁷

La acción indicativa que ha desplegado la Organización Mundial de la Salud (OMS) en el marco de la atención a la covid-19, no solo se justifica en las competencias dadas desde su acta de constitución, sino, además, desde el reglamento sanitario internacional¹¹⁸. Este reglamento, si bien data de los años 60, tuvo en el año 2005 una actualización con la finalidad de servir de herramienta ante situaciones que pongan en riesgo la salud mundial. Respecto a este asunto resulta importante rescatar que si bien muchos Estados contaban con leyes o reglamentaciones internas que regulaban el procedimiento de declaratoria de emergencia sanitaria, disposiciones normativas que por demás datan antes del año 2005, solo hicieron uso

¹¹⁶ BUDE, Heinz. La sociedad del Miedo. Ed. Herder. España. 2017

¹¹⁷ Propuesta que se ha desarrollado en detalle. Que se ha adelantado en el marco de los estudios del doctorado en derecho Público, y por lo tanto, hace parte integral de los resultados de investigación que sustenta este trabajo de tesis doctoral. Véase: LÓPEZ PEÑA, Edmer Leandro. Sistema Jurídico Focalizado y Normatividad Disruptiva. Estudio de la experiencia jurídica covid 19. Ed. Tirant Lo Blanch. Colombia. 2023

¹¹⁸ El reglamento sanitario Internacional del año 2005, nace amparado en la facultad de la OMS fijada en el acto de constitución de la misma, a partir de la facultad de adoptar reglamentos destinados a prevenir la propagación internacional de enfermedades, que una vez aprobados por la asamblea de salud entran en vigor para los estados miembros de la OMS, a menos que rechacen expresamente el reglamento el respectivo estado, eso significa que no se requiere mayor acto de aceptación y de cumplimiento de los estados que están vinculados a la OMS

preliminarmente, pues, el ejecutivo una vez declaró la emergencia sanitaria se fundamentó en la imprevisibilidad de ella para *auto declarar y hacer uso de potestades excepcionales* a través de figuras plasmadas en norma constitucional como es el caso de declaratoria de emergencia social/economía/ambiental, estado de alarma, estado de excepción o calamidad pública.

La anterior situación permite predicar varias hipótesis:

- Si bien los Estados contaban con normatividad interna que regulaba la emergencia sanitaria , no estaba actualizado el marco normativo omitiendo pre-configurar legislativamente las autoridades competentes, procedimientos y garantías que deberían acatarse y tenerse presentes para expedir y practicar medidas para atender las causa que dan lugar a la crisis sanitaria;
- Los Estados contaban con un marco normativo completo, pero por la no existencia de limitantes expresos a nivel constitucional o legal, el ejecutivo tomó la emergencia sanitaria como causa y motivo para justificar el uso de potestades excepcionales , abrogándose la capacidad de producción normativa y aun peor de auto-configuración normativa ampliándose los rasgos de potestad discrecional ;
- Como tercera hipótesis , se da una relación de causas i y ii, es decir, se contaba o no con un marco normativo completo, se presentaba o no delimitación expresa , pero el ejecutivo acudió al uso de potestades excepcionales con la declaratoria de alarma, estado de emergencia social/económica/ambiental, calamidad, etc. ; estado que a posteriori es avalado por el órgano jurisdiccional que hace control de constitucionalidad abstracto y/o por aprobación del legislador;

- No existía marco normativo, por lo que la única salida era acudir a la tesis de la imprevisibilidad material y jurídica y legitimar el uso de potestades extraordinarias, o bien, se acude a la potestad discrecional constitucional con la cual se autoriza a partir del verbo podrá al ejecutivo hacer uso de la institución extraordinaria constitucional, por lo que resulta todo el debate tan solo en evaluar si fue usada tal discrecionalidad de manera razonable y proporcional.

Todas las hipótesis conducen en mayor y menor medidas a demostrar la existencia de sistemas jurídicos difusos. *Lo difuso es sinónimo de riesgosos* para la estabilidad de los fundamentos esenciales de los Estados y sistemas jurídicos y el respeto de las garantías básicas, aun existiendo control jurisdiccional de la actuación de la administración, pues, este control puede ser insuficiente, tardío o inadecuado.

Lo que revelan estas hipótesis es que la mejor de las opciones , es decir, la mejor de las hipótesis, será contar con un marco jurídico pre-configurado que parta de la existencia de riesgos materiales, de la misma imprevisibilidad y a partir de allí se formule el deber de fijar normativamente los componentes sustantivos y adjetivos que son necesarios para permitir la toma de medidas para atender la crisis bajo el respeto de garantías constitucionales individuales y colectivas , permitiendo la interacción de las ramas en tiempo presente , promoviendo con esto último evitar la centralización de las decisiones en el ejecutivo con el apartamiento del legislativo y judicial. En este último caso, se estará ante un sistema jurídico focalizado.

La construcción de un sistema jurídico focalizado permitirá consagrar potestades regladas y discrecionales, según sea el caso, pero en ambos casos, la eliminación volitiva de actuar del gobernante se reduce al máximo en tanto que se aplicará con uso de la ley la *sujeción positiva al principio de legalidad*¹¹⁹.

¹¹⁹ Véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo. Tomo I. Décimo tercera Edición. Ed. Thomson. Civitas. España, 2006: Pág. 444, 445, también en MAURER, Hartmut. Introducción al derecho administrativo alemán. Universidad Santo Tomas. Bogotá-Colombia, 2008, pág. 33.

Nótese que lo relevado ante la crisis, muchos Estados acudiendo a un *sistema jurídico de excepción*, si bien, reglamentado y delimitado; estas fijaciones normativas no son suficientes para evitar el actuar volitivo del gobernante, esta situación se da precisamente por la inexistencia de un marco jurídico pre-configurado.

Con todo lo anterior, es claro que no es seguro dejar en manos del ejecutivo (gobernante de turno) la decisión de aplicabilidad de las medidas emitidas por la OMS y las propias que se requieran en el campo interno del Estado,- se insiste - que permitir al ejecutivo tomar esas medidas a través de procesos de auto-configuración de potestades apoyada en la presunta idea de imprevisibilidad, no es dable, en tanto que, si bien, es imprevisible la aparición de un virus que puede conllevar a pandemia, tal imprevisibilidad no es aplicable al sistema jurídico pues la presencia de un virus que ponga en peligro la vida individual y colectiva, la salud mundial, es *un supuesto de hecho objetivamente determinable en la dimensión jurídica*.

Entiéndase que se está ante dos necesidades legítimas : i) la necesidad de reducción de la potestad de auto-configuración que tiene el ejecutivo apoyado en la declaratoria de alarma, emergencia, estado de excepción o calamidad, y ii) la necesidad de impulsar al legislativo, para que abandone la omisión legislativa de la materia.¹²⁰

¹²⁰ La corte constitucional de Colombia en sentencia C-543 de 1996, ha señalado en torno a la omisión legislativa “El legislador puede violar los deberes que le impone la Constitución de las siguientes maneras: cuando no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución; cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros; cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto; cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella. En el primer caso, se presenta una omisión legislativa absoluta por cuanto falta la disposición de desarrollo legislativo de un determinado precepto constitucional; mientras que en los restantes, existe una omisión legislativa relativa porque si bien el legislador ha expedido la ley en ella solamente ha regulado algunas relaciones dejando por fuera otros supuestos análogos, con clara violación del principio de igualdad. (...)La acción pública de inconstitucionalidad si bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales. Las actuaciones penalmente encuadrables o constitutivas de faltas disciplinarias están sujetas a un control que escapa a la competencia de la Corte. Lo que se pretende mediante la acción de inconstitucionalidad, es evaluar si el legislador al actuar, ha vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución. Por esta razón, hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto que comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control. La Corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta”.

Se ha sostenido líneas atrás que los Estados con *sistemas jurídicos difusos* en los cuales no se cuentan con un sistema legal concentrado (focalizado) para atender la crisis, permite el *aumento de la discrecionalidad*; aumento que se da por el uso de potestades extraordinarias en cabeza del ejecutivo, pudiendo este aumento legitimarse por una relatividad de zona de inmunidad jurisdiccional, trayendo como consecuencia: i) la construcción de una presunta constitucionalidad de actos arbitrarios y ii) afectaciones reales pero no en sede jurídica del interés general, más aun cuando este último corresponde a un concepto jurídico indeterminado que posibilita un aumento de la discrecionalidad.¹²¹

Se debe entonces reducir la discrecionalidad dada en el campo del derecho interno, particularmente, en el caso de atención de crisis sanitarias y pandemias, debiéndose para ello construir un marco jurídico en sede del legislador, debido a la potestad amplia de configuración normativa y, a partir de allí, ordenar las medidas que promuevan un control más eficiente de los jueces y que reduzca el actuar volitivo del ejecutivo en casos de declaratoria de emergencias sanitarias y pandemias. Este tipo de marco normativo, permitirá pasar de un sistema *difuso* a un sistema *focalizado*.

Los sistemas focalizados permitirán atender la crisis sin afectaciones a *cláusulas de no retorno*¹²² en las crisis sanitarias que *muy seguramente llegaran*.

Los sistemas focalizados deberán considerar un marco de competencias regladas que le impongan a los poderes el deber de participar con las entidades expertas, apoyados de criterios técnico, control jurisdiccional, la intervención para pronunciarse respecto de las recomendaciones de la OMS, pues se estará ante la defensa del interés general.

¹²¹ Respecto a la situación de aumento de la discrecionalidad, hemos sostenido que los conceptos jurídicos indeterminados no siempre como reducen la discrecionalidad administrativa, por el contrario, en ocasiones producen un efecto de aumento. LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro. Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa. Ed. Tirant Lo Blanch. España. 2015. 236 y ss.

¹²² Entiéndase por cláusulas de no retorno las instituciones que permite establecer las finalidades del ordenamiento jurídico, aun a sabiendas de una indeterminación normativa, ejemplo de ello, los principios constitucionales, como lo es el interés general. Véase: LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro. Dilema del interés público en el derecho administrativo. Ed. Thomson Reuter Aranzadi. España. 2019. Págs. 115-117.

Sistemas focalizados serán de gran utilidad para atender crisis venideras de forma más efectiva pues permitirán integrar el reglamento con el sistema jurídico interno, así por ejemplo, no quedara a la discrecionalidad del ejecutivo dar cumplimiento tanto a los fundamentos como limitantes de las medidas sobre personas que se darían en una posible recomendación de la OMS, por citar un ejemplo.

El problema se amplió, en el caso del gobierno de Colombia, que dispuso¹²³ no considerar el gobierno del Presidente Maduro como legítimo, sin existir un marco normativo en el sistema jurídico colombiano que establezca si esas declaraciones son procedentes o no, aquí se está ante otra zona de inmunidad jurisdiccional, que permite efecto de aumento de discrecionalidad en los sistemas difusos de atención de crisis sanitarias y pandemias.

Nótese que en el caso del conflicto diplomático entre Venezuela y Colombia, la decisión de no reconocer como Presidente a Maduro es una decisión del Ex Presidente de Colombia (Duque) que bien se consolida en zonas de inmunidad jurisdiccional, en cuanto que difícilmente puede un juez ordenarle al Presidente de Colombia establecer relaciones con el Presidente Maduro y reconocerle como tal. Esta zona de inmunidad jurisdiccional no sería aceptable en casos de crisis sanitarias o pandemias, por mandato del artículo 43 numeral 7 del reglamento sanitario internacional que delimita los actos discrecionales o políticos en tiempos de crisis sanitarias.

Un insumo de la teoría jurídica debe ser la realidad, con la experiencia jurídica dejada por la crisis de covid 19 debe adelantarse una revisión del derecho; para el caso que aquí interesa la revisión se proyecta hacia la teoría de los actos de estados y con ello a la discrecionalidad política, lo que presupone una revisión de la relación de lo político y en lo jurídico en sede del derecho administrativo.

¹²³ no reconociendo el gobierno de Maduro, se ha acrecentado la crisis de atención en frontera por casos de covid 19. así lo informa la bbc, en : <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-51919522>

Durante décadas juristas de todo tipo han debatido sobre la existencia, justificación y control judicial de la discrecionalidad administrativa ; debate que ha permanecido hasta el presente ; con todo ello ha resultado seguro concebir que este tipo de potestad no se asimila a un actuar arbitrario, se ha reconocido que la discrecionalidad y la arbitrariedad, no son lo mismo, se ha fijado una frontera que las separa en el hecho que mientras aquella nace y se ajusta al respeto de la legalidad, ésta materializa un total desconocimiento y contradicción del mandato jurídico.¹²⁴

A esta relevante distinción se ha sumado dos premisas igualmente cardinales, por un lado, la negación de potestades discrecionales absolutas, lo que significa, aprobar la presencia de éstas pero de modo relativo y por el otro lado, la aprobación expresa o implícita dentro del corpus juris del principio de proscripción a la arbitrariedad que elimina la posibilidad de existencia de zonas de inmunidad jurisdiccional y que canoniza la omnipresencia del juez contencioso administrativo y constitucional.

Como se ha expresado en el presente capítulo la crisis desatada que condujo a la declaratoria de la pandemia puso en evidencia una realidad no solo respecto del sistema de salud de los Estados sino desnudó algunas instituciones jurídicas que gozaban de una imagen de estabilidad, esta es la suerte de la potestad discrecional; a partir de las categorías de extensión de imprevisibilidad del suceso al derecho, se ha identificado en este apartado , con esperanza de haberlo logrado, un cambio de dirección nociva del criterio de imprevisibilidad humana que siempre ha acompañado la explicación de existencia de la discrecionalidad administrativa a una imprevisibilidad de suceso que resulta problemática en la medida que permite un aumento de poder del ejecutivo en tiempos de crisis , aumento que estratégicamente hace uso de los poderes excepcionales y la potestad discrecional y con igualmente resultados problemáticos en el evento de mutación de contenido del interés general en el campo jurídico-político y técnico material.

¹²⁴ GONZÁLEZ PÉREZ , Jesús . *La arbitrariedad administrativa*. Págs. 159-176, en FIX ZAMUDIO , Héctor. Anuario Jurídico. UNAM. México. 1974

Un Derecho Administrativo revisado, o si se quiere, a revisar, es la tarea que queda por hacer en estos tiempos complejos¹²⁵.

Se ha adelantado en este apartado un tipo de perfilación a través de unas breves pinceladas de lo que podría ser los nuevos derroteros del Derecho Administrativo; así, parafraseando al maestro García de Enterría, se trata del deber del administrativista de establecer una lucha frontal no solo contra las zonas de inmunidad jurisdiccional sino contra el mesianismo político y el sacerdocio laico.

Ahora bien, recayendo sobre lo que reveló la crisis de la pandemia Covid respecto de la riesgosa relatividad del principio de interés general, el cual ha servido a la racionalidad jurídica ius-administrativista decantar una delimitación del comportamiento del poder público en lo que se describirá como una relación cíclica. Entiéndase que de varias marcas que ha dejado la pandemia por covid 19 en particular se ha presentado efectos relevantes en la institución del *interés general* como fundamento jurídico-político de la actuación administrativa del Estado y como concepto jurídico indeterminado.

Con todo lo anterior recáigase en un asunto esencial, como es lo relativo a la relación entre lo jurídico y lo político. Relación que aflora ser cuestionada en estos tiempos.

Puede sostenerse que la vida colectiva, individual y política, es una vida según el Derecho, aunque de ello, se queje la denuncia post jurídica. Se trata, entonces de determinar las zonas que no son absorbidas por el proceso de normación.

¹²⁵ Tarea que ha comenzado en España Universidad de la Coruña, grandes maestros del derecho Administrativo como lo son Enrique Rivero Ysern, Meilan Gil y Jaime Rodríguez Arana Muñoz y en Colombia el maestro Ciro Nolberto Güechá Medina. Trabajo que viene realizándose en el marco del doctorado en el derecho administrativo Iberoamericano Universidad Coruña España

Esta cuestión en el campo individual permite, sin ser pacífica, fijar que puede aceptarse en sede de la racionalidad jurídica aspectos, acciones, omisiones, hechos propios del hombre que no deben y en muchas ocasiones que se hace imposible su juridificación. La existencia de estas dimensiones del hombre puede dar lugar a muchos estudios que tomen como punto de partida cuestiones propias del hombre que en tiempos contemporáneos deben ser desarrollados.

Piénsese en un asunto que puede desarrollarse de manera somera en este escrito.

Los alimentos que cada sujeto decide consumir en su vida hasta hace poco era una cuestión que no admitía un proceso de juridificación, se trataba de un asunto que gravitaba en la dimensión particular del hombre y así se trataba desde la racionalidad jurídica. Esta cuestión ya no es pacífica en estos tiempos contemporáneos, nótese que cada vez las problemáticas tratadas bajo el manto de la seguridad alimentaria conllevan a la intervención jurídica sobre esta dimensión individual. Discutir si es jurídica y políticamente correcto intervenir en la decisión del hombre respecto de los alimentos que consume es un tema trascendental del actual derecho público¹²⁶.

No siendo interés dilucidar dicha cuestión en esta tesis, el ejemplo facilita señalar que el derecho sufre cambios a la par que la sociedad se va transformando, que esos cambios sean tardíos o progresistas es otra cuestión de urgente desarrollo para los juristas. Por lo pronto es evidente que se está en presencia de un proceso de juridificación de la vida del hombre que implica transformación del derecho teórico y práctico. Esta intervención en y por el derecho público es un asunto complejo.

¹²⁶ POHL VALERO, Stefan y VARGAS DOMÍNGUEZ, Joel. El Hambre de los otros. Ciencia y política alimentarias en Latinoamérica, siglos XX y XXI. Ed. Universidad del Rosario. Colombia. 2021

Complejidad que puede ser tratada desde la distinción clásica de la esfera de lo político y lo jurídico. Evaluando esta distinción podría encontrarse que al tratar la tesis de la relación cíclica de legalidad y poder público ésta conduce a comprender que existe una relación estructural y compleja entre lo jurídico y lo político como si se tratara que todo lo político es jurídico y todo lo jurídico incorpora aspectos políticos.

La separación entre derecho y política que haría en su momento el maestro Kelsen fijando para la política el campo de la ideología no admisible en el espectro del Derecho, ha quedado en el pasado, siempre y cuando la tesis del jurista Luigi Ferrajoli fuera acertada, esto es, en relacionar derecho y política hasta el punto de definir la democracia no desde el sentido exclusivamente formal sino sustancial, un poder político inspirado por las garantías; claro es que la conclusión resulta en reconocer que lo político queda circunscrito a lo jurídico.

Se ha considerado que un aspecto de separación entre lo político y lo jurídico estaría enmarcado en el caso del despliegue del poder constituyente, quien no sujeto a norma alguna puede construir el poder público que desee, pero nótese que esa cuestión en estos tiempos del derecho contemporáneo de entrada perfila una necesaria tensión entre individualidad y colectividad, igualmente, entre interés general, intereses generales e interés particular.

La tesis de la democracia sustancial trae consigo la tesis de la esfera de lo no decidible y lo no decidible que no; lo que implica no otra cosa que establecer aspectos sustanciales que no son negociables, ni para negar, ni para omitir en la esfera de lo político, esto, en otras palabras, implica que el propio poder constituyente se limita por estas esferas contenidas de garantías. En la propuesta de constitución de Chile no aprobada, configura esta tesis de limitación. No se trata que los chilenos sean progresistas en la cuestión, están sólo transcribiendo una corriente doctrinaria del derecho que ha sumergido lo político en el derecho.

La cuestión problemática tiene más aristas, pues, si el poder constituyente del que se estaría convencido era todo poderoso, ilimitado y absoluto, es limitado desde los criterios de las garantías respaldadas por la juridicidad ; los demás niveles de poder político son reducidos al respeto de garantías.

Piénsese dos sucesos de fuente política que fueron reducido a lo jurídico, estos sucesos se dieron en la sociedad colombiana, en el primero de los eventos puede situarse el proceso que llevó adelante en el marco de su amplia potestad de configuración normativa, que según se ha creído es representación del poder político, el legislador adelantó una reforma a la constitución permitiendo la cadena perpetua para violadores de niños, este proyecto contó desde los discurso políticos y si se quiere desde el sentir de la sociedad con un apoyo significativo. La corte Constitucional decidió declarar inconstitucional la cuestión, aquí se tiene un claro ejemplo de la incursión a lo político de lo jurídico.¹²⁷

El segundo suceso de subsunción de lo político a lo jurídico, es la participación política en el marco de la democracia participativa de varias comunidades que haciendo uso de las consultas populares pretendieron que se prohibiera la exploración y explotación minera. Podría considerarse que las banderas elevadas en el sentir de la comunidad se apoyaban en un fin noble, virtuoso, necesario, útil, como quiera que se trataba de cuestionar la protección del medio ambiente respecto del incorrecto proceso de explotación de los recursos. En esta ocasión la Corte Constitucional decidió a favor de la nación, eso sí, exhortando al Congreso a regular la materia, lo cual no se ha hecho¹²⁸.

Nótese que en ambos sucesos estamos en presencia de una reducción de lo político en lo jurídico. Una mirada más profunda devela la relación cíclica propuesta por el maestro Güechá Medina, que será abordada en el capítulo segundo sección II de esta obra. Pero a modo preliminar es aceptable señalar que de entrada estos poderes sean del legislador como de la comunidad ,

¹²⁷ Véase: Corte Constitucional, sentencia C-349 de 2021. MP. ALEJANDRO LINARES CANTILLO

¹²⁸ Véase: Corte Constitucional, sentencia SU411/20. MP. ALBERTO ROJAS RÍOS

nacieron en sede del derecho establecido, pues, la potestad de configuración normativa ha sido prefijada en la constitución al momento de establecer las competencias del legislador y el ejercicio de la comunidad, se afianza en los principios constitucionales de estado social de derecho y particularmente de la democracia participativa y soberanía popular, así mismo la ley de mecanismos de participación es derecho.

Estos sucesos y muchos más que pudiese traerse a colación, detallan con claridad o, bien, una reducción de lo político a lo jurídico o, bien, una fuente del derecho y la política moderna en la relación cíclica.

En este apartado se conduce el debate a una esfera que se entiende más problemática: cuestionar la dimensión de lo político en el derecho administrativo.

Un suceso en especial debe llamar la atención y a partir de éste es posible detectar otros de igual naturaleza, se trata entonces de tomar un hecho describirlo, descifrarlo, y con ello permitir construir una herramienta. El caso de referencia es la decisión del ex presidente Iván Duque al momento de rechazar el Gobierno venezolano de Maduro y en consecuencia reconocer el gobierno autoproclamado e interino de Guaidó y la decisión contraria del Gobierno Petro.

Este hecho revela tal como se pasara a determinar en el apartado siguiente a perfilar la existencia de un tipo de discrecionalidad que no es la administrativa sino un tipo de discrecionalidad política.

La pandemia reveló con perturbación que ante situaciones de crisis las teorías que se conciben estables y sólidas pueden fracturarse, nótese el caso de la elección de las vacunas, la declaratoria de pandemia, la toma de medidas ante riesgo sanitario internacional o local, por ejemplo.

En los tiempos que cursan existe un riesgo desatado que no puede comprenderse como fenómeno extraordinario, por el contrario, es connatural a estos tiempos contemporáneos.

La comprensión de la discrecionalidad política permite determinar la paradoja contemporánea del riesgo desatado y en particular de un riesgo que se ha denominado en el presente escrito como riesgo político.

Ante este riesgo político el Derecho Administrativo debe mover sus cimientos y con ello a partir del pensamiento de los juristas y sus obras reorientar al derecho a los cambios sociales.

Ahora bien, se ha decidido en la presente obra para lograr una comprensión de la discrecionalidad política acudir a los conceptos de actos políticos y de gobierno, esto por cuanto en la doctrina del Derecho Administrativo, inicialmente, se consagró la discrecionalidad política en este tipo de actos que resultaban ser esencialmente muy distintos a los actos administrativo; pero con el tiempo algún sector de la doctrina y la jurisprudencia empezaron a debatir esa distinción comprendiendo a los actos políticos como meros actos administrativos.

La cuestión en la actualidad está en que no ha habido una formula absoluta que demuestre su eliminación como tampoco existe una postura que logre sostener su total aceptación y existencia como zona de inmunidad jurisdiccional por tratarse de asuntos políticos y no administrativos.

Considérese que recaer en el estudio de esta categoría conceptual o caprichosa como lo advertía Gustavo Penagos, permitirá dilucidar la esencia de la discrecionalidad política en sede del Derecho Administrativo, por tal razón en el apartado siguiente será aborda en profundidad.

SECCION I. ACERCA DE LA NOCIÓN DISCRECIONALIDAD POLÍTICA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y SU PROBLEMÁTICA DE CONTROL JURISDICCIONAL. Estudio a partir de las categorías actos políticos-gobierno y actos de estado.

En el capítulo segundo de esta obra se recaerá sobre la cuestión de las características sobresalientes de la discrecionalidad administrativa a través de aplicar la metodología de *yuxtaposiciones de referencia*; precisando las condiciones del comportamiento discrecional de la administración, introduciendo la *relación cíclica* que determina una dependencia sustancial del poder público y el principio de legalidad que explica la sujeción del actuar de los poderes públicos al *principio de juridicidad*; y ante tal premisa en aras de lograr estabilidad en el estudio ensayístico se antepondrá *las denuncias post jurídicas y post ontológicas* como miradas críticas en contra de la normación del mundo de vida, obteniendo de este choque de premisas, la dimensión constitucional que hoy posee el juez de lo contencioso administrativo, quien ha sido cobijado por el proceso de re materialización constitucional a través del principio de juridicidad pudiéndose correctamente explicar el proceso de *extensión material del control jurisdiccional* de la administración.

Preliminarmente a este apartado se ha tomado la *experiencia jurídica* dejada por la pandemia covid 19, identificando el ejercicio de la discrecionalidad administrativa de un modo *riesgoso*, esto por la *extensión de imprevisibilidad* fundado en la tesis: ante un hecho excepcional se activan los poderes jurídicos excepcionales.

La tesis no ha sido otra que sostener que la extensión de imprevisibilidad contribuyó a que el gobierno nacional se centrara en ejercer potestades excepcionales para atender la crisis.

Otra de las marcas que se pudo extraer de la experiencia jurídica, fue la alteración del concepto jurídico interés general; así se describió sus cambios,

considerando que estos recayeron en la racionalidad jurídica al depender de criterios técnicos y políticos.

A título de propuesta se recalcó en la necesidad de concebir *sistemas jurídicos focalizados* cuyo interés es promover la reducción de la extensión de imprevisibilidad, esto es, eliminar que en el caso de riesgos sanitarios y pandemias ante un hecho excepcional poderes excepcionales, esto en cuanto como lo plantea el reglamento sanitario internacional del año 2005, los Estados deben trabajar en la consolidación de un marco normativo para atender este tipo de crisis que se convertirán más comunes de lo que se cree.¹²⁹

El señalamiento a la crisis covid 19 y la consolidación de sistemas jurídicos focalizados, permitió apuntar que la potestad discrecional de la administración es una institución que merece estudio en todo tiempo; que no puede concebirse un estudio acabado de la institución; los cambios en la contemporaneidad y la idea de riesgos desatados en estos tiempos invitan a re-pensar constantemente la institución.

En las siguientes secciones de este capítulo, se caracterizará un tipo de discrecionalidad, se trata de la discrecionalidad política a partir de la noción de actos de gobierno y políticos (sección A); evaluando luego la idea de la discrecionalidad política a partir de los actos de gobierno o políticos y el principio *ius omnimodae representationis* (B)

Sección A. Sobre los actos de gobierno-políticos en la doctrina del derecho administrativo.

Explica el profesor Gustavo Penagos que a partir del año 1815 la jurisprudencia Francesa elaboró una “doctrina artificial” que describía un tipo de actos llamados de gobierno o políticos cuya característica esencial era ser inmunes a todo control de legalidad. La fuente empírica de estos actos se forjaba en la pretensión de los Borbones de concebir que todos sus actos

¹²⁹ En los tiempos que se termina este trabajo, se presenta tensiones entre Gobiernos y ciudadanos por el nuevo brote del virus, se evidencia una problemática respecto de las medidas de restricción de locomoción. Véase:

fueran legítimos y que no debieran ser sometidos al juicio de la legalidad. Esta doctrina – como lo refiere Penagos- comienza a esbozarse después de la caída del emperador Bonaparte; así, el Consejo de Estado Francés, determinó que existía un tipo de acto denominado político que no era competente el cuerpo colegiado de conocer. La aceptación de estos actos, entonces, se trataba en sí de una táctica del Consejo de Estado para sobrevivir ante la re-toma del poder por parte de los Borbones.¹³⁰

A partir de la comprensión del concepto de lo político, Penagos, afirma que será acto político todo aquel que se profiera para gobernar o dirigir un Estado- aclarando-

“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”¹³¹.

Refiere Penagos que en la Jurisprudencia Francesa, se enumeraron los actos políticos en dos tipos de grupos, por un lado, actos concernientes a las relaciones del gobierno con el parlamento y por otro lado, los actos del Gobierno Francés con las potencias extranjeras o referentes a las relaciones internacionales.

Para el autor, algunos aspectos de la jurisprudencia del Consejo de Estado de Francia influenciaron otros sistemas normativos, así, describe que en el caso de España la ley judicial del año 1956 artículo 2b, reconoció la existencia de los actos políticos o de gobierno; en Estados Unidos de Norteamérica los actos políticos han sido reconocidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Federal entendiendo que este tipo de actos provienen del ejercicio de una función política lo cual los hace obligatorios para el mismo gobierno y las personas. Reconoce el máximo tribunal que este tipo de actos pueden ser enjuiciados en la jurisdicción constitucional cuando se lesiona un derecho

¹³⁰ PENAGOS, Gustavo. El Acto Administrativo. Ed. Ediciones librería del Profesional. 5ed. Tomo II. Colombia. 1992. Pág. 393

¹³¹ Ibíd. Pág. 395

individual. En el sistema Jurídico Venezolano, en sentencia del año 1965, la corte de Justicia, reconoció el no control de cierto tipo de actos políticos. En Argentina, se diferenciaron los actos políticos y los actos institucionales. En cuanto a los actos políticos se dotó de tal naturaleza a los actos de declaratoria de estado de sitio, intervención federal, tratados internacionales, nombramiento y remoción de ciertos funcionarios, relaciones entre órganos ejecutivo y legislativo, etc.¹³²

En el caso particular del sistema jurídico Colombiano, Penagos, informa que después de la sentencia del 15 de noviembre de 1984 emitida por la Corte Suprema de Justicia, en la cual declaraba parcialmente inexecutable el artículo 82 del CCA, en el cual solo se admitía control de forma y no de fondo sobre los actos políticos, disponiendo la posibilidad de ahora en adelante de conocer de forma y de fondo al Consejo de Estado. La cuestión quedó zanjada cuando se expidió el Decreto 2304 de 1989 disponiendo en su artículo 12 el cual modificaba el artículo 82 del Decreto-Ley 01 de 1984, la competencia del Consejo de Estado de conocer de forma y de fondo sobre los actos políticos. Antes y después de esta sentencia emblemática de la Corte Suprema de Justicia, la posición determinante era exponer la falta de competencia para conocer sobre actos políticos, particularmente, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del año 1914, en la cual se abstuvo de conocer de la constitucionalidad de la Ley 14 de 1914, por medio de la cual se aprobada un tratado entre Colombia y Estados Unidos, después de tensiones presentadas en Panamá , manifestaba la falta de competencia para conocer sobre este tipo de actos políticos. Reiterara esta posición en sentencia del año 1987, declarándose inhibida para conocer sobre la demanda incoada en contra de la Ley 20 de 1974 por medio de la cual se aprobada el concordato entre la República de Colombia y la Santa Sede. De igual forma, en sentencia de abril de 1991, reiterara la teoría de la falta de competencia. En este aspecto , muy bien, recuerda, el profesor Penagos, la Constitución política de 1991 , rectificó tal postura , al otorgarle competencia a la recién creada Corte Constitucional,

¹³² Ibíd. Págs. 399-401

para conocer sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y las leyes que los aprueben (art. 241.10)¹³³

Con todo esto, recalca Penagos que 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”¹³⁴.

Recordando que hasta la fecha nadie ha definido con precisión lo que es un acto político por lo que la tendencia ha sido forjar un tipo de listado de actos de tal naturaleza, aunque esta descripción sea artificial. Advirtiendo-

“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”¹³⁵

Entiende, por último, el profesor Penagos algunas cuestiones importantes sobre los llamados actos políticos, a saber: i) la inmunidad jurisdiccional de este tipo de actos quebranta el principio de igualdad jurídica, esto significa rechazar todo trato preferencial a la administración o al gobierno a razón del ejercicio de un tipo de acto político¹³⁶. ii) La doctrina latinoamericana ha rechazado la teoría de los actos políticos inmunes a todo control. El rechazo a la arbitrariedad de todos los poderes es una garantía del Estado de Derecho¹³⁷. iii) En la Constitución Política de 1991 se dispuso dotar a la Corte Constitucional para conocer de aquellos actos sobre tratados internacionales que antes pretendía gozar de inmunidad jurisdiccional, pero que hoy no la poseen.

¹³³ Ibíd. Págs. 402-403

¹³⁴ Ibíd. Pág. 412

¹³⁵ Ibídem.

¹³⁶ Ibíd. Pág. 413

¹³⁷ Ibíd. Pág. 416

Hechas estas precisiones, Penagos, advierte que la técnica jurídica reclama hacer una importante distinción entre actos institucionales y políticos o de gobierno, esto en cuanto que según entiende el autor, la doctrina ha confundido los actos políticos con los actos institucionales, siendo un “error lamentable”.¹³⁸

Para Penagos mientras los actos políticos o de gobierno, son

“una categoría de manifestaciones de la administración que tiene por objeto finalidades superiores o trascendentales para el “funcionamiento” del Estado, es decir, los que marcan pautas en la dirección suprema del Estado, por ejemplo, la celebración de un tratado internacional, conceder la extradición
(...)

Son manifestaciones políticas de poder, pero en gracia conceptual se ha aceptado la distinción entre actos administrativos y políticos para indicar que estos últimos se refieren a los asuntos importantes de la Nación, a la dirección suprema del Gobierno, a los que marcan orientaciones de gran trascendencia para el país. Dejando en claro que dichos actos están sometidos al control de legalidad, de acuerdo a la normas de jurisdicción y competencia”¹³⁹

Los actos institucionales son aquellos que afectan la propia organización y subsistencia o la vida del Estado, como lo es la declaratoria de guerra, la autorización del tránsito de tropas extranjeras por el territorio de la República o los actos constituyentes.¹⁴⁰

Según Marienhoff, el acto institucional no solo se refiere al funcionamiento normal del Estado como acontece con el acto político o de gobierno, pues, éste tiene mayor trascendencia pues determina la propia organización y subsistencia del Estado; una diferencia trascendental expone el jurista argentino: en cuanto que mientras los actos de gobierno o políticos por lesionar derechos puede ser sometido a control jurisdiccional, los actos institucionales no pueden ser sometidos a control de este tipo, pues, de entrada su naturaleza no afecta derechos subjetivos de los administrados ; esto en cuanto que los actos institucionales establecen relaciones entre los poderes públicos, de allí

¹³⁸ Ibid. Pág. 423

¹³⁹ Ibidem.

¹⁴⁰ Ibidem.

que, este tipo de actos se determinen por afectar la organización, la subsistencia y la vida del Estado.

Otra característica de los actos institucionales está dada por, de entrada, no poseer destinatarios directos y con ello no ser justiciables por no afectar derechos subjetivos.

Para Gustavo Penagos, los actos institucionales tendrían las siguientes características que los distinguen de los actos políticos o de gobierno:

- i) por su aspecto sustancial, se fundamenta por determinar grandes directrices de orientación política, ejemplo: declarar la guerra, firmar un tratado de paz.
- ii) por su aspecto orgánico, implica que no se necesita de un órgano específico de realización, pues, por ejemplo, puede ser emitido por una Asamblea Nacional Constituyente.
- iii) Por su aspecto procesal, no están sometidos a control jurisdiccional, en cuanto que no pretenden incidir en la esfera particular o de los administrados.

Para el profesor Colombiano, los actos institucionales son producto de la función política, que trasciende la división tripartita del poder; así acudiendo a las enseñanzas de Dromi se reconoce como características de la función política o gubernativa:

- i) Desde su aspecto sustancial, se entiende como función política o gubernativa, *“la actividad estatal discrecional sin límites jurídicos, que se realiza con base en atribución directa constitucional, gestada por motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, fundados en razones de seguridad, orden y defensa de la propia comunidad política”*¹⁴¹
Este tipo de función política orienta grandes asuntos que conducen a afectar intereses vitales de la comunidad, como lo es la seguridad

¹⁴¹ Ibíd. Pág. 429

interna, relaciones internacionales. Importante entonces resulta comprender que mientras que la función administrativa supone la existencia de actos subordinados o derivados, la función política pertenece a una relación directa de inmediatez constitucional¹⁴²

- ii) Desde el aspecto orgánico, la función política puede ser desarrollada por el ejecutivo o por el legislativo.
- iii) Desde el aspecto procesal, la función política puede exteriorizarse en actos políticos, de gobierno o institucionales.¹⁴³

Para el interés de la presente tesis, se ha sostenido como lo reconoce Dromi y Penagos, que al facultarse constitucionalmente el ejercicio de la función política o gubernativa al poder ejecutivo o al legislativo pero no al poder judicial, esto determina que este tipo de actos institucionales dotan a estos dos poderes de una potestad *discrecional política* por lo que inicialmente no pueden ser sometidos a ningún tipo de control, esto en aras de garantizar el cumplimiento de la misma constitución, en sí, para salvaguardar la función política y la discrecionalidad que ésta determina.¹⁴⁴

Como lo explica Penagos, según Dromi, los actos políticos, de gobierno o institucionales se clasifican de tres formas: están los actos relativos a las relaciones internacionales (declaración de guerra, concertación de tratados, mantenimiento o ruptura de las relaciones diplomáticas); en segundo lugar están los actos relativos a la seguridad interna (declaración del estado de sitio, intervención federal de las provincias); y en tercer lugar están los actos relativos a las relaciones entre los poderes del Estado (veto, apertura y clausura de las sesiones de las cámaras).¹⁴⁵

Para Juan Francisco Linares, como lo refiere Penagos, los actos institucionales se clasifican entre otros: nombramiento de magistrados de la Corte Suprema de Justicia; el proceso dentro del poder constituyente, el juicio

¹⁴² Ibídem.

¹⁴³ Ibíd. Pág.430

¹⁴⁴ Ibíd. Pág. 432

¹⁴⁵ Ibídem.

político, la relación entre los poderes constituidos¹⁴⁶. Recalcando Linares, citado por Penagos-

“los actos institucionales, especie de actos de gobierno, difícilmente pueden constituir actos administrativos, aunque sean los de alcance singular, porque no inciden directamente sobre la libertad jurídica individual de los administrados. Si lo hacen, dejan de ser institucionales y presentan los datos de actos de gobierno “no institucionales”, y las características de acto administrativo de gobierno
(...)

En síntesis: no cabría, en buenos principios y buena dogmática jurídica, considerar el acto institucional como sui generis, es decir como un acto jurídico estatal sin “genero” donde subsumirse como “especie”, máxime cuando tantas notas comunes tiene con el acto de gobierno: ser dictado por órganos supremos de cada poder, su frecuente carácter discrecional, sus valoraciones de alta política, su carencia de control judicial (...) A lo cual hay que agregar que algunos actos institucionales, cuando tienen carácter de “alcance individual”, pueden constituir ejercicio de función administrativa; y hasta serán actos administrativos de especie institucional cuando produzcan consecuencias jurídicas (efectos) inmediatas, aunque no sobre administrados”¹⁴⁷

Concluye Penagos, reconociendo que el moderno Estado de derecho ha reconocido dos tipos de actos, por un lado, están los actos inmunes a control jurisdiccional que son los actos institucionales o fundacionales “*en los cuales se fundamenta la vida del Estado*”, por otro lado, están los actos que “*se basan en los institucionales, y por consiguiente están sometidos tanto en la forma como en el fondo*”.¹⁴⁸

Refiere Agustín Gordillo, que algunos tratadistas han tratado de comprender la cuestión sobre los actos de gobierno, buscando determinar el alcance del concepto de gobierno y su distinción con la administración. Así, señala que inicialmente se comprende por gobierno el conjunto de los tres poderes del Estado, pero advierte que no todos los países usan el mismo sentido, ejemplo de ello es Francia donde el término gobierno se circunscribe al gabinete ministerial, igualmente, así lo hace Alemania y Austria, reconociendo como

¹⁴⁶ Ibídem.

¹⁴⁷ Ibídem. Pág. 433

¹⁴⁸ Ibídem. Pág. 441

Gobierno al Ejecutivo¹⁴⁹ ; reconoce el jurista argentino, que existe un tercer uso del vocablo , que es propio de la dogmática ius administrativista, esto es, la existencia de actos de gobierno, designándose ciertas actividades exclusivamente del ejecutivo cuya pretensión es escapar de control jurisdiccional, este tipo de actos se llamará actos de gobierno, políticos o institucionales.

Por tal razón, Gordillo, se lanza a establecer el carácter meta jurídico de la teoría de este tipo de actos , afirmando, que de entrada la única característica de este tipo de actos es que no son justiciables, lo que resulta ser una teoría jurisprudencial carente de fundamento legal y constitucional, pues, la razón de que estos actos no sean justiciables, es por su alto fin político, recayendo siempre un tipo de *lista* en la que se encuentra los actos relativos a las relaciones internacionales, a la seguridad interior, y actos relativos a las relaciones entre los tres poderes del estado.¹⁵⁰

Lo meta jurídico lo encuentra Gordillo en el hecho que este tipo de actos de gobierno sólo se apoyan en invocar razones de Estado, pero no en fundamentos normativos que conduzca a demostrar objetivamente que cierto tipo de actos no puedan ser atacables en sede jurisdiccional.

De modo que afirma Gordillo-

“Se dice que sería “una anomalía,” “un grave entorpecimiento de la marcha del Estado,” “un conflicto de poderes,” “una intromisión del Poder Judicial en asuntos exclusivos del Poder Ejecutivo,” “una tiranía de los jueces,” etcétera, sin comprender que ninguna de esas argumentaciones contesta ni resuelve el principal y fundamental problema de que no existe fundamento jurídico serio en base al cual excluir la revisión por los jueces de toda una categoría de actos”¹⁵¹

Para Gordillo la cuestión de los actos de gobierno conduce a tratar de identificar, de existir, un fundamento jurídico que permita considerar la

¹⁴⁹ GORDILLO, Agustín Tratado de derecho Administrativo Tomo 8. Ed. Fundación Agustín Gordillo. Argentina. Pág. 416

¹⁵⁰ *Ibíd.* 418

¹⁵¹ *Ibíd.* *idem.*

existencia de los actos políticos; en este sentido, entiende que en nada se contribuye a la cuestión, refiriendo que los actos de gobierno pueden ser justiciables, pero algunos de ellos, como son los actos institucionales sí deben ostentar la condición de inmunidad jurisdiccional.¹⁵²

Según Gordillo una revisión de la historia en la jurisprudencia del Consejo de Estado de Francia, puede conducir a reconocer que inicialmente los actos de gobierno se fundamentarían en la idea del fin o móvil político, fin que nunca pudo concretarse de manera objetiva, por esa razón se abandonó esta tesis y se acudió a la distinción entre Gobierno y Administración que tampoco logró concretarse; de modo que fracasada la tesis del móvil político y la separación entre gobierno y administración¹⁵³, los actos de gobierno y su irrevisibilidad quedaron sin sustento, por lo que la teoría de los actos políticos, solo se apoyaron en un hecho, como es que los jueces se negaran a conocer de este tipo de actos¹⁵⁴, más aún, como lo valora Gordillo, el sistema constitucional, en este caso Argentino, no existe una excepción a la garantía de la defensa en juicio, pues si bien el poder ejecutivo goza de amplias facultades en ningún momento constitucionalmente hablando se aprueba la inmunidad jurisdiccional de sus actos.

Entiende Gordillo que algunos autores han pretendido referir que cierto tipo de actos que no lesionan derechos de los individuos no pueden ser conocidos por los jueces; tesis que imputa de errada en la medida que si este tipo de actos provienen de una autorización directa constitucional, es deber del juez evaluar si el actuar se ajusta a la constitución¹⁵⁵, más aún cuando la propia constitución no determina excepción alguna.

¹⁵² Expresamente señala: "Queda dicho que el problema fundamental es siempre el mismo: Si ciertos actos son o no justiciables, revisibles judicialmente. No es solución decir que los "actos de gobierno" son revisibles judicialmente, por ejemplo, pero agregar a renglón seguido que existen otros actos, que no serán llamados actos de gobierno sino "actos institucionales," los cuales —éstos sí— no serán revisibles judicialmente. Obviamente, ello no es sino mudar de nombre al problema, que se mantiene en tal tesitura totalmente invariable. Lo que importa, entonces, no es cómo llamaremos a los actos irrevisibles, sino más bien si admitiremos o no que existen actos irrevisibles, cualquiera sea el nombre que se les quiere dar" *Ibíd.* Pág. 419

¹⁵³ Refiere Gordillo "Con carácter didáctico y general, solamente, se permite hoy la doctrina mencionar una posible diferencia entre "Gobierno" y "administración." nadie pretende obtener de allí conclusiones dogmáticas, ni sustraer en base a ella alguna porción de la actividad del Poder Ejecutivo al debido control de la justicia, cuyo fundamento, si es que lo tiene, no es jurídico" *Ibíd.* Pág. 422

¹⁵⁴ *Ibíd.*

¹⁵⁵ *Ibíd.* Pág. 426

En particular sobre los actos de las relaciones internacionales, refiere el profesor argentino, que ha este tipo de actos llámese de gobierno o institucionales se les ha querido determina que no son justificables, por precisamente, poseer estas condiciones de función política, ante lo cual es una equivocada conclusión, pues, no serán justiciables, no tanto porque ostentan una naturaleza que los hace inmunes al poder sino lo son a razón de la aplicación del *principio de legitimación procesal* que determina que no cualquier personas pueda atacar cualquier acto, a menos que sus derechos se vean afectados, se trata de una falta o existencia de un derecho subjetivo lesionado.¹⁵⁶

Con todo esto, concluye Gordillo, refiriendo la inexistencia de los denominados actos de gobierno, políticos o institucionales, que un sistema constitucional y democrático no admite la existencia de actos irrevisibles judicialmente, de modo que pretender una inmunidad jurisdiccional de este tipo de actos va en contravía del interés público, el cual está constituido por valores comunes, que de entrada son cobijados por el sistema constitucional, esto significa que, si se pretende evitar que cierto tipo de actos del Ejecutivo estén exentos de control, esto contradice la misma fuente que les dio origen¹⁵⁷

“Debe así sostenerse, a pesar de todas las palabras que diga la jurisprudencia, que en nuestro derecho positivo no hay, ni en el sistema constitucional ni en la práctica jurisprudencial, actos de gobierno, pues ya vimos que actos de gobierno son aquellos cuya única característica definitoria es la irrevisibilidad jurisdiccional, mientras que en nuestro país no existen en la justicia actos inatacables por recurso alguno; puesto que de hecho no se admite que existan actos irrevisibles jurisdiccionalmente, llámeselos del modo que se los llame”¹⁵⁸

¹⁵⁶ Refiere expresamente Gordillo “Si fuera cierto que solamente los actos relativos a las relaciones internacionales, a las relaciones entre poderes, o a la seguridad interior, no fueran atacables cuando son generales o cuando siendo particulares el que los impugna no es el afectado por el acto, entonces pudiera existir algún dejo de justificación para querer construir con esto una noción o teoría especial. Sin embargo, esa exclusión del recurso no surge en modo alguno del carácter político del acto, sino de que todo acto emanado de la administración, tenga o no carácter político, sea de importancia grande o pequeña, se rige por los mismos principios. Esos principios son los que se refieren a la legitimación procesal, en virtud de la cual no cualquier persona puede atacar cualquier acto, sino sólo aquellos cuyos derechos se ven afectados de cierta manera, de acuerdo al sistema procesal general vigente. Por lo demás, la cuestión de la legitimación no se resuelve según el tipo de acto impugnado, sino según el tipo de interés que tenga afectado la persona que pretenda su anulación.” *Ibíd.* Pág. 427

¹⁵⁷ *Ibíd.* Pág. 444

¹⁵⁸ *Ibíd.* Pág. 441

Para Gordillo, es claro entonces que este tipo de actos de gobierno, políticos o Institucionales deben subsumirse en el concepto y régimen jurídico de los actos administrativos, debiéndose eliminar del lenguaje y la técnica jurídica este tipo de actos ya que *“no responden a una institución constitucionalmente válida, ni existe en la realidad legislativa y jurisprudencial como un concepto de caracteres propios o régimen jurídico específico”*.¹⁵⁹

Lamará la atención en su momento Garrido Falla con la intención de separar el concepto de Gobierno de Administración, pretendiendo con ello la configuración de un tipo de actos propios del Gobierno a diferencia de otros en sede la Administración.¹⁶⁰

En el sistema constitucional Español se separa la noción de Gobierno y Administración¹⁶¹, así mismo lo hace el sistema constitucional Colombiano, al establecer en cabeza del presidente las funciones de jefe de Estado, jefe de Gobierno y Suprema Autoridad (art. 189 CP/91), así mismo definir Gobierno (art. 113 CP/91); con esto, es claro que aunque Gordillo reste importancia a la distinción entre Gobierno y Administración, solo reconociéndole alcance pedagógico a la diferencia conceptual, lo cierto es que como se evidencia, son varios y no pocos, los sistemas constitucionales que determinan la distinción, dándole relevancia práctica, por esta razón, considérese se ha mantenido la categoría de los actos políticos, de gobierno o instituciones. Ahora bien, esto no es óbice para desvirtuar las afirmaciones de Gordillo, que guardan gran correspondencia con lo establecido por Enterría, al afirmar que los actos políticos terminan siendo meros actos administrativos.

La existencia de este tipo de actos de dirección política, como son los actos de gobierno o políticos, a prima facie, ya no ostentan la condición de inmunidad jurisdiccional, pues, en todo momento, será el juez quien debe precisar si el

¹⁵⁹ Ibíd. Pág. 445

¹⁶⁰ GARRIDO FALLA, Fernando. La resurrección del acto político de Gobierno. Consultado en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-M-1992-10005100058

¹⁶¹ Para algunos tratadistas Españoles serán dos realidades distintas, esto apoyándose en el caso de la constitución española, en cambio, otros consideraran que la distinción no descarta que ambas instituciones sean consideradas Administración Pública. Véase: CARIDE PÉREZ, Javier. La impugnación de los actos de Gobierno. Consultado en: https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/51223/TFG-D_01285.pdf;jsessionid=8298EE34DEA7F67FBE342459DEDDA12D?sequence=1

acto emitido comporta un tipo de naturaleza política, así mismo, que podrá recaer sobre el estudio de los elementos reglados y procedimentales del acto. Así mismo si se reconoce que los actos políticos son meros actos administrativos, correspondiéndole al juez de lo contencioso administrativo poner en acción las técnicas de control de forma y fondo que recaen sobre los actos administrativos y en particular sobre los actos administrativos discrecionales esto en cuanto que el acto político supondría un actuar discrecional del Gobierno.

Quiere decir esto que al ser actos discrecionales es susceptible adelantar un control: i) a través de los elementos reglados (la motivación-motivo; la competencia; el procedimiento; por desviación de poder evaluando el fin perseguido del acto; ii) por aplicación de los principios generales del derecho, el principio de juridicidad, el principio de igualdad, el principio de proporcionalidad; los hechos determinantes¹⁶²; la razonabilidad de la decisión¹⁶³

Esto significa reconocer que todo acto político cuenta con elementos reglados y que llegado el caso de lesionar un derecho subjetivo, deberá ser debatida su legalidad en sede judicial, sin que su condición de discrecionalidad política sea un criterio de inadmisión para adelantar el respectivo control jurisdiccional.

Ahora bien, el control aunque se determine que pueda recaer de fondo, lo cierto es que al tratarse de los actos políticos de actos discrecionales y en particular por fundamentarse en una función política, siempre debería resguardarse el campo de la oportunidad y la conveniencia, lo que significa, como también ocurre con los actos administrativos discrecionales, que no puede ser sustituida la decisión del Gobierno. Se trata entonces de un *control de fondo débil o no integral* que siempre supone el ejercicio discrecional de la Administración.

¹⁶² Ibídem. Págs. 24-42

¹⁶³ MARCHECO ACUÑA, Benjamín. El control jurisdiccional de los actos políticos del Gobierno en el derecho español. Revista internacional de estudios de derecho procesal y arbitraje.2015. Pág.50

Recuerda el profesor Penagos que en Colombia, en el año 2004, se pretendió reducir la competencia de la Corte Constitucional frente a los actos políticos pretendiendo que sólo conociera de forma a través de la limitación de la acción de Tutela; esto como lo denuncia el jurista colombiano, contradecía los principios del Estado de Derecho, pero a su vez, reconoce Penagos que la idea de eliminación de la potestad discrecional de la administración no está conforme con el Estado de la postmodernidad.¹⁶⁴

Según entiende Díez Sánchez, los actos políticos desapareciendo como concepto legal, se mantuvieron como idea doctrinal y como concepto técnico, esto con el fin de reconocer la existencia de cierto tipo de actos de dirección política, de amplia discrecionalidad y de condición naturalmente distinta a los actos administrativos, aun así, comprende Sánchez que el control judicial de los actos políticos debe consolidarse en el ejercicio de un control de los actos reglados, que de por sí no son suficientes para constituir un óptimo control judicial, por esta razón debe junto al control de los elementos reglados acompañarse un control sobre la motivación, comprobando si se presenta una falta de razonabilidad en la decisión, así mismo promover un control a través de la aplicación de los principios y valores constitucionales y del papel en la razonabilidad jurídica de los derechos fundamentales.¹⁶⁵

Un tono disímil presenta Francisco Zúñiga Urbina, quien reconoce que la doctrina de los actos políticos y las cuestiones políticas, hoy entendidas como instituciones contrarias al Estado de Derecho, por el contrario, tienen asidero, constituyéndose en límites del control judicial.

Para Urbina, en la actualidad se hace relevante recaer en la necesidad de identificar un campo de la actividad política del Gobierno no justiciable pero sí auto restringido; estas cuestiones políticas, entendiendo el autor, estarían dadas en las relaciones institucionales entre los poderes públicos, el derecho

¹⁶⁴ PENAGOS VARGAS, Gustavo. *Los Actos Políticos en la posmodernidad. La propuesta del gobierno de limitar la competencia de la Corte para ejercer el control Constitucional*. En: Revista Universitas. Universidad Javeriana. Colombia. 2005. Págs. 183-184

¹⁶⁵ Díez SÁNCHEZ, Juan José. *el control jurisdiccional de los actos del gobierno y de los consejos de gobierno*. Revista jurídica de castilla y león. n.º 26. enero 2012. Págs.45-76

de gracia, las relaciones internacionales y el derecho de excepción constitucional y económica. La no justiciabilidad de las cuestiones políticas guarda correspondencia con una clara muestra de la debilidad del sistema judicial para juzgar plenamente este tipo de actos; se trata con ello de reconocer que la salvaguarda de lo político no puede quedar supeditado al grupo de togados. La cuestión política debe determinarse desde el campo de la prudencia política

Se refiere en estos términos Urbina

“A nuestro juicio para abordar las “cuestiones políticas” se requiere abrir un emprendimiento teórico práctico enderezado a reelaborar la doctrina de los actos políticos y del control judicial, empresas de suyo ambiciosas. Reelaborar la doctrina de los actos políticos, para impedir que la hidra de mil cabezas salga de su prisión, pero permanezca en el Estado, para dar cuenta del ejercicio de atribuciones constitucionales de órganos supremos del Estado, atribuciones exclusivas o privativas y que importan un alto grado de politicidad en cuanto decisiones. Reelaborar el control judicial para armonizarlo con un completo sistema de controles del poder y responsabilidades, piezas esenciales de un Estado de Derecho, pero en que las “cuestiones políticas” sean un comodín virtuoso, que no signifique un espacio inmunidades de jurisdicción de actos del poder mayor al que una democracia constitucional se puede permitir y que al mismo tiempo impida el activismo judicial o el “gobierno de los jueces”, en una suerte de nuevo paradigma del Estado de Derecho: el Estado Judicial, es decir, en manos de una o más instituciones contramayoritarias”¹⁶⁶

Precisamente las cuestiones políticas, sin ser claramente definibles e identificables, trae sobre la mesa la tensión entre el reconocimiento de la función política delegada al legislador y el ejecutivo y los límites del control jurisdiccional.

Pedro Sagüés, referirá que las cuestiones políticas será inicialmente tratadas en la sentencia *Marbury vs Madison*, allí, el Juez Marshall, determinó claramente que la competencia de la Corte recaía sobre la salvaguarda de los

¹⁶⁶ZÚÑIGA URBINA, Francisco. Control judicial de los actos políticos. Recurso de protección ante las “cuestiones políticas”. Revista *Ius Et Praxis*. Chile. Pág. 25

derechos fundamentales y no para determinar o imponer acciones que son propias de la discrecionalidad del poder ejecutivo, cuestiones que son meramente políticas y que por tanto no pueden ser decididas por el Tribunal de Justicia.

Con el tiempo esta tesis ha venido debilitándose, como refiere Sagüés, esto ha sido por motivo de varios aspectos, saber:

- i) Peligrosidad, en tanto reconocer cuestiones políticas no justiciables implica un tipo de exclusión de la fórmula de Estado de Derecho.
- ii) Illogicidad, al no existir una clara definición de lo que se trata una cuestión política no justiciable, su aplicabilidad se torna problemática, ambigua y amañada, esto último como un invento de la Corte Suprema Norteamericana para evitar conflicto con el legislativo y el ejecutivo.
- iii) Contradicción. En el sentido que la tesis misma del control constitucional implica promover decisiones política, por lo tanto, bajo el manto de la promoción de decisiones políticas y control político que es el control constitucional, no podría sostenerse la existencia de cuestiones políticas no justiciables.
- iv) Modificación del contexto de Vida. Esto implica que la doctrina de las cuestiones políticas, en el contexto actual no es justificable pues con la admisión del control constitucional de las normas infraconstitucionales, la crisis del poder ejecutivo y legislativo, dejando en manos de los jueces la defensa de las garantías y el papel determinante que impone cada vez más los derechos fundamentales han conducido a debilitar la idea de cuestiones políticas inmunes a control jurisdiccional.¹⁶⁷

El profesor Sagüés trae a colación la sentencia de la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica del 8 de septiembre de 2004, por medio de la cual declara inconstitucional los comunicados del

¹⁶⁷ SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La revisión de las cuestiones políticas no justiciables (a propósito de la «coalición» contra Saddam Hussein)*. Revista Pensamiento Constitucional Año XIII N° 13. Universidad Católica del Perú. Págs. 73-93

Gobierno de Costa Rica y en los que manifestaba entrar en la coalición internacional contra el régimen de Saddam Hussein.

Como bien lo advierte, Sagüés, el campo de las relaciones internacionales siempre se ha considerado la esencia propia de los actos políticos, que mejor ejemplo de una cuestión política que la dirección de las relaciones internacionales que ha sido delegada en la constitución al Ejecutivo y no a los jueces, siendo inadmisibles para estos últimos.

Según la Sala constitucional, no existe en tiempos del Estado Constitucional actividades exentas de la constitución, no existiendo materia que escape al control jurisdiccional. Entiende el profesor Chileno, que el control sobre los aspectos formales (competencia y procedimiento) no tendrían mayor problema para la Corte, pero sí, en el caso del control sobre el fondo de la decisión, ante ello, promueve cinco precauciones:

- i) Debe reconocerse por el tribunal de justicia que la decisión política se apoya de un margen amplio de discrecionalidad.
- ii) La potestad discrecional emana de la misma constitución política, esto significa que si bien se admite el control de este tipo de actos, le está vedado al tribunal emitir el acto nuevo.
- iii) El acto de control jurisdiccional debe respetar el margen volitivo que recae en el Gobierno, esto garantiza que el control de los jueces sea legítimo y constitucional.
- iv) Es totalmente plausible en el ejercicio de control constitucional tener presente los principios de presunción de constitucionalidad, resolver en caso de duda mantener la constitucionalidad de la medida, entender que la declaratoria de inconstitucionalidad es la última medida, esto significa valorar que la inconstitucionalidad de la decisión del ejecutivo sea flagrante, incuestionable e indiscutible, sin que haya posibilidad de recate constitucional.

v) Es deber del tribunal evaluar los efectos de su decisión de declaratoria, esto implica efectuar un proceso de interpretación previsor de la constitución¹⁶⁸.

Por su parte, Pedernera Allende, en cuanto a las cuestiones políticas no justiciables, establecerá algunos de los fundamentos que permiten reconocer su existencia, estos son:

- i) Principio de separación de poderes, siendo un criterio clásico para justificar la existencia de las cuestiones políticas, de modo que desde la misma constitución se ha otorgado potestades claras a los poderes públicos.
- ii) La existencia de virtudes pasivas, entendiendo con esto que una virtud de las Cortes será abstenerse de controlar judicialmente los actos de otras ramas, a menos que el error sea tan evidente y claro que la Corte no deba hacer un esfuerzo racional en tratar de decantar la inconstitucionalidad de la decisión.
- iii) Argumento funcional, por el cual se enfatiza en las limitaciones que recaen sobre el poder judicial, una evaluación pragmática de las debilidades que poseen los jueces al momento de conocer de fondo sobre estas cuestiones políticas.
- iv) Distinguir entre derechos individuales y objetivos políticos, esto significa que el Gobierno cuenta con un margen de discrecionalidad amplio al momento de orientar la consecución de los objetivos políticos, no ostentando esta condición para la delimitación o regulación de los derechos individuales.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Ibíd. Págs.90-93

¹⁶⁹ PEDERNERA ALLENDE, Matías. *los fundamentos de las "cuestiones políticas no justiciables". un análisis desde la teoría y la práctica constitucional*. Revista: Anuario XX . 2022. Págs. 153-167

Igualmente, como lo entiende Embid Irujo, debatir sobre la justiciabilidad de las actuaciones de las ramas del poder público implica adentrarse sobre el núcleo mismo del Estado de Derecho, de modo que, entiende, es un tema capital del derecho público contemporáneo recaer sobre el tipo de control de los actos de gobierno en relación con el parlamento y del parlamento mismo; refiriendo que es un control que pertenece naturalmente a la Jurisdicción de Lo Contencioso Administrativo.

El punto de partida para el profesor Irujo, se decanta en la propia ley fundamental de Bonn que edificó el sometimiento de la actividad del Estado al Derecho, pero debiendo tenerse en cuenta que los mismos alemanes reconocieron el peligro de desplazarse del Estado de Derecho hacia el estado de vías o medios judiciales, allí, precisamente, en esta advertencia de peligro se determinó el argumento de legitimidad democrática de la administración, con el cual se delimitaba el control judicial de la actuación de la Administración.¹⁷⁰

Se cuestiona Irujo considerando el Gobierno distinto a la Administración ¿si aún persiste la validez de la tesis de los actos de gobierno y su no justiciabilidad y si ello implica un tipo de inmunidad para los actos del Gobierno en relación con el parlamento y del parlamento mismo? Para desatar estos interrogantes se adentra el profesor español a identificar el principio del derecho positivo que fundamenta el control judicial de la actividad parlamentaria, como lo es la tutela judicial efectiva, describiendo el papel de la justicia contenciosa administrativa y no solo constitucional en el control de los actos parlamentarios, en especial, los que tienen que ver con personal y administración¹⁷¹. A partir de esto, sobresale una cuestión, se tratara de identificar si existen actos parlamentarios que se encuentren en una zona intermedia entre aquellos sometidos al control constitucional y los actos sometidos al control de lo contencioso administrativo, esto determina evaluar el alcance del concepto de actos de administración con los cuales se legitima el

¹⁷⁰ EMBID IRUJO, Antonio. Actos políticos del gobierno y actos políticos de las cámaras parlamentarias. Reflexiones en torno a su control por la jurisdicción contenciosa administrativa. Revista Corte Generales. España. 1988. Pág. 57 Consultado en: <https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/326>

¹⁷¹ Ibíd. Págs. 62-63

control de lo contencioso administrativo, así como cuestionarse sobre la existencia o no de actos políticos del parlamento¹⁷².

Entiende Irujo que aun con la eliminación en el ordenamiento jurídico español del artículo 2.b. LJCA, lo cierto es que no puede presentarse una sumisión absoluta de lo político al derecho, como tampoco una “administrativización completa”¹⁷³ del sistema político, en ese sentido, si bien la enunciación de actos políticos puede resultar superfluo, para nada es inconstitucional, pues no puede negarse la existencia de actos de naturaleza política del gobierno. Demuestra su afirmación refiriendo tres decisiones judiciales: dos del tribunal supremo y una de la audiencia territorial de Madrid.

La primera decisión hace referencia al auto de 1987, 18 de septiembre, en la cual se debatía la decisión tomada por la mesa de las cortes de castilla y León el 6 de julio de 1983, en la cual se establecía provisionalmente su sede en Fuensaldaña. Por auto, la audiencia territorial de Burgos, en el año 1983, 22 de septiembre, declaró inadmisibile el recurso contencioso, en cuanto que carecía de competencia, por tratarse de un acto interno del parlamento y por lo tanto excluido de fiscalización judicial. En alzada, el tribunal supremo, por medio de auto del 18 de febrero de 1987, estableció que este acto emitido por la Corte de Castilla y León era un acto de administración siendo competente la jurisdicción de lo contencioso administrativo.¹⁷⁴

Una segunda decisión, corresponde a la sentencia del tribunal supremo del 9 de junio de 1987, que resuelve recurso de apelación contra la decisión emitida en primera instancia por la Audiencia territorial de Bilbao. El asunto trata de una solicitud que elevó un diputado del parlamento Vasco al Gobierno Vasco, solicitando información sobre personas que han recibido pensión una vez dejado el cargo político. Ante tal solicitud el diputado considerando que era insuficiente la respuesta dada por el Gobierno, acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Estipulando la Audiencia Territorial en sentencia

¹⁷² Ibid. Pág. 65

¹⁷³ Ibid. Pág. 67

¹⁷⁴ Ibid. Págs. 68-69

que se había vulnerado los derechos del diputado por la respuesta insuficiente. En segunda instancia, el tribunal Supremo procederá a conceder el recurso de apelación presentado por el gobierno Vasco, estableciendo, por un lado, que la actuación del gobierno Vasco no es en esencia administrativa, sino se trata de un acto de gobierno y de allí no judicializable, por otro lado, descarta vulneración alguna de derechos del diputado, en tanto que la relación que se estableció fue Gobierno-Parlamento y no Gobierno –Diputado. De modo que el tribunal consideró que no debería haberse rechazado por inadmisibile el recurso contencioso administrativo.¹⁷⁵

La tercera decisión, consistió en la sentencia emitida por la sala cuarta de lo contencioso administrativo de la Audiencia territorial de Madrid, el 18 de mayo de 1987. El asunto recaía sobre una petición de información que algunos diputados de Madrid presentaron ante el Consejo de Gobierno, con el objetivo de que se les informara sobre dineros públicos depositados en cuentas. A la par de ello, la Asamblea de Madrid había autorizado al Consejo de Gobierno de calificar con reserva algunas informaciones requeridas por los diputados, de modo que , acogiéndose a esta autorización el Consejo de Gobierno elevó a reservada la información requerida por los diputados sobre cuentas. Ante esta decisión de declaración de reserva, se interpuso recurso contencioso administrativo bajo la tesis que dicha información debía ser de interés público. Frente a este caso la audiencia territorial consideró que la actuación del Consejo de Gobierno es de naturaleza administrativa.¹⁷⁶

Dejado sentado estos tres casos, Embid Irujo, en primer lugar, sostiene que el primero de los casos demuestra que la falta de un precepto normativo que estipule la falta de competencia judicial frente a los actos políticos o de gobierno no elimina la posibilidad de declarar in-fiscalizable este tipo de actos. En segundo lugar, los casos permiten comprender que no solo a nivel del Gobierno nacional se daría lugar a la presencia de actos políticos, y si bien,

¹⁷⁵ Ibid. Pág. 70

¹⁷⁶ Ibid. Pág. 72

inicialmente se trató de delimitar el alcance de los actos políticos solo al orden nacional no puede omitirse la estructura Estatal desde lo territorial.

En tercer lugar, es importante reconocer la existencia de actos políticos que se distancian de los actos de administración, por eso, para lograr reconocer este tipo de actos es importante comprender que el acto político proviene de la acción política, de una libertad discrecional relativa por el campo constitucional, pero que rechaza toda injerencia en la decisión política, en tanto que lo político determina elección y responsabilidad del Gobierno frente a la decisión de naturaleza política. En el caso del parlamento habrán actos políticos cuando no se traten de actos ordinarios de gestión o administración, como es el caso, por ejemplo, de decisiones sobre viajes, celebración de congresos, conmemoraciones, etc.¹⁷⁷ Este tipo de actos sólo serían fiscalizables si se presentara lesión a los derechos fundamentales.¹⁷⁸

Hasta aquí es claro que la naturaleza, aunque no del todo clara, de los actos políticos, es reconocer que son forjados por actividades que no son ni administrativa ni judiciales, esto es, que son productos del actuar del gobierno como órgano político y no administrativo, de modo que el ejercicio de las funciones gubernamentales son susceptibles de control político y parlamentario pero jamás en sede judicial a título de corrección política pues esto afectaría el equilibrio entre las ramas del poder público.

En ese sentido el veto al control judicial se da en aras de amparar el normal funcionamiento de la función política del Estado encomendada al Ejecutivo y al Legislativo, pero no a los jueces. Solo en caso de lesión de derechos fundamentales se justifica el control jurisdiccional de este tipo de actos, reconociendo en todo momento que se trata de proteger el derecho y no de evaluar la oportunidad política de la decisión tomada por el Gobierno.

¹⁷⁷ Ibid. Pág. 79

¹⁷⁸ Ibid. Pág. 80

Como se desprende de lo anterior, es notable que la doctrina y la jurisprudencia han considerado este tipo de actos más próximos a los actos administrativos discrecionales y con ello se ha dado apertura al uso de las técnicas de control formal y material, aunque se den voces disidentes como lo sostiene el profesor chileno, Kamel Cazor Aliste, al considerar que se da un grave error de comprender los actos políticos dentro de la categoría de los actos administrativos discrecionales.¹⁷⁹

Fernando Santaolalla López, entiende que los actos políticos son aquellos *“que adopta el Gobierno como órgano de dirección estatal, y que precisamente por ello responden a una visión puramente política”*¹⁸⁰, entiende en ese sentido que el contenido de estos actos viene determinado más por razones de oportunidad que de la propia regulación del Derecho.

Comprende el jurista Español que se ha dado un tipo de neutralización de este tipo de actos, lo que ha provocado que un sector de la doctrina celebre la extinción de estos actos como un avance más del Estado de Derecho frente a la arbitrariedad gubernativa peligrosa para las libertades; pero, por otro lado, un sector ha evaluado que este supuesto avance es inoportuno y precipitado, acogiendo a esta posición Santaolalla.

Explica, en primer lugar, que con la eliminación del artículo 2 de la Ley JCA de 1956, en la nueva disposición normativa del año 1998, se dejó un vacío importante, pues no se definió el acto político, por lo menos a título de listado tal como sí lo hacía la Ley del año 56. En segundo lugar, la legislación del año 1998, silenciosa en cuanto al acto político, recibiría una sacudida por motivos de la sentencia del Tribunal Supremo del 4 de abril de 1997 (papeles del CESID), cuyo fundamento fáctico consistía en el requerimiento que elevó un juzgado de instrucción al CESID solicitando documentos de lucha contra el terrorismo. Este se negó a entregar estos documentos por haber sido declarados de reserva por el Gobierno conforme a la Ley de secretos oficiales.

¹⁷⁹ CAZOR ALISTE, Kamel. *Fundamentación Y Control Del Acto De Gobierno En Chile*. Revista de Derecho Universidad Austral de Chile. 2001. Págs. 93-114

¹⁸⁰ SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando. *Actos Políticos, Inteligencia Nacional Y Estado De Derecho*. Revista Española de Derecho Constitucional Año 22. Núm. 65. Mayo-Agosto. España. 2002. Pág. 107

Ante la negativa se acudió a la justicia contenciosa administrativa y en consecuencia el Tribunal supremo por sentencia ordenó la cancelación de la clasificación de reserva de estos documentos, ordenando la entrega al juzgado solicitante.

Para Santaolalla, la sentencia no escapa de críticas importantes: i) se da una contradicción en el fallo, pues el tribunal reconociendo el amparo del orden constitucional y preservar el Estado, prefirió amparar el derecho individual de tutela judicial efectiva, lo que significó un abandono de la tesis de la que partía. ii) Se da una paridad inaceptable entre la conservación del orden constitucional y la salvaguarda del derecho individual, esto implica que en esa situación, el tribunal debería amparar el orden estatal y constitucional, pues sin éste no pudiese darse amparo de garantías individuales, esto apoyado del artículo 105.b de la Constitución Española.¹⁸¹

Con estos presupuestos, refiere Santaolalla, en cuanto a los actos políticos que estos son relevantes en tanto que no puede omitirse que su fuente de origen se da por la existencia de un órgano político y la motivación política que representa un Gobierno elegido directa o indirectamente; Gobierno que sale elegido entre otras opciones y programas, siendo esto un valor constitucional recogido en el texto constitucional, de allí que sea el Gobierno elegido quien conduzca al Estado “*con arreglo a unos postulados legítimos, pero subjetivos, parciales, mudables*”¹⁸² - recalcando-

“Un falso pudor ha llevado a desconocer en la legislación la realidad de los actos políticos, tal vez por el mal recuerdo que dejó el franquismo. Pero, el mal no está en que existan actos políticos, pues ¿cómo podría no haberlos en una democracia? si, como afirma Crick siguiendo a Aristóteles, la política es la aceptación de la existencia de grupos diferentes y, por tanto, de diferentes intereses y tradiciones, dentro de una unidad territorial sujeta a un gobierno común. El mal estriba en la falta de controles apropiados”¹⁸³

¹⁸¹ Ibíd. Págs. 109-111

¹⁸² Ibíd. Pág. 113

¹⁸³ Ibídem.

Entiende Santaolalla, que es imprescindible que existan actos políticos con el fin de no reducir la Democracia, debiendo exclusivamente ser controlados en instancias políticas y no en sede jurisdiccional, pues esta institución obtuvo vida con el fin de evaluar la legalidad de los actos, y si bien, existen elementos reglados en el actuar de los actos políticos que puedan ser controlados por los jueces, la discusión debe recaer sobre la posibilidad que le asiste a los jueces de debatir el mérito de estas decisiones de naturaleza política, ante lo cual, debe rechazarse todo tipo de control jurisdiccional, en aras de proteger la política

“reservándola a las instituciones conectadas con la voluntad de los ciudadanos, como para preservar la imparcialidad e independencia de los tribunales, que de otro modo, en contacto con cuestiones intrínsecamente políticas, podrían acabar abdicando de su función primigenia y remedando así a aquellas instituciones”¹⁸⁴

Con lo descrito hasta ahora, la cuestión de los actos políticos transita entre varias problemáticas, a saber:

Primero, no existe una tesis totalmente objetiva que determine con certeza lo que un acto político es. Las posturas asumidas por la doctrina como la jurisprudencia, pueden identificarse bajo dos ideas yuxtapuesta, por un lado, entender que los actos políticos no existen, pues se tratan de actos administrativos y además de que la característica esencial de que gozaban como zonas de inmunidad jurisdiccional ha sido neutralizada; por el otro lado, reconocer la necesaria existencia de los actos políticos promoviendo la reducción del control judicial en aras de proteger la política y en sí la función gubernativa delegada por el constituyente al Gobierno y al parlamento.

Segundo, la cuestión de los actos políticos no sólo refleja la tensión entre su admisibilidad o negación de existencia, sino que se fundamenta, en también, ideas yuxtapuesta, bien sea reconocer que Gobierno y Administración son

¹⁸⁴ Ibídem. Expresa “Los actos políticos son ciertamente pequeños en número, pero no en importancia. Van desde los de relaciones con las Cortes Generales, regulados en el título V de la Constitución (contestación a preguntas, interpelaciones, mociones de censura y cuestiones de confianza, disolución del Parlamento, etcétera), hasta otros previstos en otros sectores del ordenamiento (directrices de política interior, nombramiento de altos cargos, elaboración de proyectos de ley, negociación y denuncia de tratados internacionales, reconocimiento de gobiernos y Estados extranjeros, etcétera)”

instituciones que pueden llegar a diferenciarse objetivamente, o bien, comprender que no existe una línea fronteriza clara que logra separar el concepto de Estado, Gobierno y Administración, lo que conduce a la problemática de difícil separación entre actuaciones administrativas de actuaciones políticas.

Tercero. Presentándose los déficit de objetividad referidos, algún sector de la doctrina se ha lanzado a decantar unas distinciones que tampoco resultan del todo claras, esto es, respecto de separar actos políticos de actos institucionales, como lo propone Penagos o de entender que muchas de los asuntos que a priori en la Ley española del 56 se entendía como actos políticos ahora son actos administrativos, sólo sobreviviendo dos tipos de actos que obtendrían la condición natural de ser actos políticos (actos de relaciones inter institucionales y actos de relaciones internacionales) tal como lo expresó García de Enterría.

Esta cuestión de separación más allá de dar claridad conduce a agravar aún más la cuestión, pues pretendiendo extinguir los actos políticos por motivo de su desaparición como zona de inmunidad jurisdiccional, se trate de actos institucionales o meros actos políticos, estas distinciones mantienen la característica de falta de justiciabilidad, por lo menos, en el campo del Derecho Administrativo y la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Cuarto. Es claro que en el fondo del tratamiento de los actos políticos, institucionales o de estado, lo que sobresale es la institución de la discrecionalidad; de modo que, se trata de evaluar si en los actos políticos, de seguir existiendo como lo advierte Santaolalla, se está en presencia de un tipo de discrecional que dista de ser administrativa. Con esto, lo que se quiere plantear es que de aprobarse la existencia de los actos políticos, también puede reconocerse que existe un tipo de discrecionalidad política.

Por esta razón a continuación se pasara a relacionar la existencia de la discrecionalidad política a partir de las dos premisas.

Sección B. Sobre la Discrecionalidad política. Formulación a partir de los actos de gobierno-políticos y el principio *ius omnimodae representationis*.

La Real Academia de la Lengua Española, en el diccionario panhispánico del español jurídico, brinda un interesante punto de partida, según se encuentra allí debe diferenciarse entre la discrecionalidad política y la discrecionalidad jurídica, para la RAE debe tenerse en cuenta que es-

“Adm. Distinción establecida por algunos autores y tribunales según la cual la primera es una discrecionalidad finalista, fuerte, no cuestionable ni sustituible. Frente a ella la discrecionalidad jurídica es la que usan siempre los jueces y tribunales cuando, al interpretar las normas, tienen que crear decisiones que les sirven para resolver los casos que tienen planteados. La discrecionalidad jurídica es una discrecionalidad débil porque, al utilizarse, emplea criterios que están en el ordenamiento jurídico”¹⁸⁵

De esta referencia se extraen algunas características de lo que puede denominarse una discrecionalidad política en sentido amplio, entendiendo por amplio, que lo político estaría invadido en todas las esferas del Estado y fuera de éste, como el caso de estar en manos del poder soberano pueblo¹⁸⁶ y particulares; en cambio, será la discrecionalidad política del gobierno y la administración, lo que se precisara como discrecionalidad política en *sentido perfilado*.¹⁸⁷

Hecho estas precisiones, nótese que el concepto advierte varias características que son relevantes para la presente tesis doctoral, a saber:

¹⁸⁵ Consultado en : <https://dpej.rae.es/lema/discrecionalidad-pol%C3%ADtica-y-discrecionalidad-jur%C3%ADdica> (11/12/2022)

¹⁸⁶ Respecto en este asunto es importante la objeción que presenta el profesor Ciro señalando que el poder del pueblo no puede nacer de la nada, ante lo cual él encasilla este poder a la cíclica relación.

¹⁸⁷ Nos alejamos de la clásica distinción sentido amplio- sentido estricto, en cuanto lo estricto en este caso supondría que existiría una específica discrecionalidad política, para evitar esta objeción, decidimos señalar un sentido perfilado para dar a entender que se trata de tomar los insumos y condiciones de la naturaleza de la discrecionalidad política en sentido amplio y luego trasladarlos para evaluar si la administración cuenta con ésta o no.

Primero, la discrecionalidad política representa una potestad fuerte, queriendo decir con esto que es inmutable e incuestionable¹⁸⁸, lo que significa en otros términos que sería insustituible e incontrolable. Insustituible implicaría la no intromisión de poderes y agentes externos a quien ejerce la potestad política¹⁸⁹; incontrolable, en cuanto a una mirada jurídica implicaría que no fuera objeto de control jurisdiccional, ni de otro tipo, esto en cuanto que como se refiere en la definición es incuestionable siendo un tipo de poder absoluto¹⁹⁰.

Segundo, se plantea que la discrecionalidad política es una discrecionalidad finalística. Considérese que con ello se quiere dar a entender que el ejercicio de la discrecionalidad se orienta a obtener algo, un fin, lo cual justificaría los medios.¹⁹¹

Tercero, la discrecionalidad política no supone sujeción a criterios pre-establecidos en el ordenamiento jurídico. Con esto lo que quisiera darse a entender es que la discrecionalidad política se sitúa extra normativamente por fuera de la órbita del Derecho, condición que sí se daría a contrario sensu para la discrecionalidad jurídica.

Cuarto, se hace referencia a la discrecionalidad jurídica como medio de actuación de los tribunales, lo que de entrada supondría que la jurisdicción no cuenta en ningún momento con un tipo de discrecionalidad fuerte, sino siempre enmarcada en el acatamiento de los criterios pre establecidos en el ordenamiento jurídico. En otros términos, estará prohibida la discrecionalidad política para los tribunales de justicia.

¹⁸⁸ DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Ed. Ariel. España. 1997

¹⁸⁹ Véase: REY CANTOR, Ernesto. Teorías políticas clásicas de la formación del Estado. Ed. Temis. Colombia, 1994. ; CLAVERO, Bartolomé. Razón de Estado, Razón de Individuo, Razón de Historia. LOZANO VILLEGAS, Germán. Control político en el ordenamiento constitucional Colombiano: ¿ un concepto diluido en el control jurídico o una idea que debe consolidarse?. Ed. Universidad Externado. Colombia. 2010. Págs.58-66

¹⁹⁰ Sobre el Poder Absoluto. DE LA CUEVA, Mario. La idea del Estado. Ed. Fondo de cultura Económica de México.1996

¹⁹¹ Véase: PIZZORUSSO, Alessandro. Lecciones de Derecho Constitucional. Ed. Centro de estudios Constitucionales. España.1984. 353-364. En el contexto Colombia, véase: TATYHANA GUERRERO, Andrea, NIÑO CONTRERAS, Giovanni F. Una Historia de las Ideas en el derecho constitucional Colombiano. Ed. Universidad Gran Colombia. 2012.

De estas referencias básicas no puede perderse de vista que en la definición que se ha traído a colación no se detalla, si cuando se refiere a la discrecionalidad política y jurídica se trata de particulares o el sector público.

Aunque no se presente en la definición la relación, de si se trata de una potestad de particulares o entidades públicas, sí resulta relevante la distinción que se propone, ya que en la referencia que hace la RAE se entrevé el problema central del concepto de discrecionalidad política, esto es, el reconocimiento y esencia de lo político.

Se ha entendido que lo discrecional en sentido general es aquello que es realizado en libertad y sano juicio¹⁹²; esta comprensión básica del concepto en el campo de la administración sufre alteración, en cuanto que discrecionalidad administrativa, si bien autoriza una libertad de apreciación a la administración, los criterios con que se desarrolla esta libertad es movida por una autorización proveniente del mismo ordenamiento jurídico y es delimitada por el principio de juridicidad, por el deber que le asiste a la administración de materializar los criterios expresos o implícitos dados en el sistema jurídico.¹⁹³

En cuanto a la política, que es la base conceptual para entender lo político¹⁹⁴, no ha existido una y unívoca definición¹⁹⁵, esto como muchos más conceptos de la vida del hombre ha imposibilitado su materialización absoluta¹⁹⁶, más allá de ello, puede traerse a colación algunas afirmaciones respecto de la política, comprendiéndose, o bien como una conversión de hombre que propenden por unidad de poder y convivencia pacífica, lo que resulta ser una realidad social específica¹⁹⁷; bien la política se entiende como actividad que persigue objetivos específicos, a través de un orden dado desde el reconocimiento de la voluntad

¹⁹² OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas políticas y sociales. Pág. 258

¹⁹³ Tema tratado con profundidad en el capítulo primero de esta obra.

¹⁹⁴ FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José. Filosofía política de la Democracia. Ed. Fontamara. México. 2006; ZULETA, Hugo. Razón y Elección. Ed. Fontamara. México. 2005

¹⁹⁵ ARNAIZ AMIGO, Aurora. Ciencia política. UNAM. México. 1999; en cuanto a la relación de lo político y lo moral y las problemáticas de comprensión. BARBERIS, Mauro. La Heterogeneidad del Bien. Tres ensayos sobre el pluralismo ético. Ed. Fontamara. México. 2006

¹⁹⁶ BLUMENBERG, Hans. Descripción del ser humano. Ed. Fondo de Cultura Económica de México. 2011

¹⁹⁷ GARCIA PELAYO, Manuel. Idea de la política. Ed. Fundación Manuel García-Pelayo. España. 2004

y la convivencia pacífica¹⁹⁸; o política es el ejercicio de poder, un tipo de actividad de dirección y ejercicio de funciones.¹⁹⁹

Conforme a lo anterior, se tiene que la política presupone una realidad específica, pero también es una actividad, entiéndase que ambas precisiones no se yuxtaponen sino se complementan, esto en cuanto que la consecución de la realidad específica se debe a la materialización de una actividad particular, de manera viceversa, el desarrollo de la actividad implica una finalidad como es la construcción de una realidad específica.

En esta relación de complementación entre realidad y actividad se determina la relevancia y esencia de la idea de política en la contemporaneidad, nótese que en estos tiempos la actividad política no puede orientarse a cualquier finalidad²⁰⁰, tal vez es éste el legado aprendido por la humanidad después del Holocausto judío²⁰¹ además de las constantes tomas de poder para fines contrarios a la Humanidad²⁰²; la actividad política debe buscar la construcción de realidades específicas, pero aceptadas desde la racionalidad moderna.

Racionalidad que se puede descifrar en el pensamiento lustrado como Steven Pinker lo refiere al momento de hacer una defensa de la ilustración, identificando que son cuatro los pilares legados que deberán defenderse constantemente: la orientación de la vida por la razón; el respeto de la ciencia; el pensamiento humanista y la orientación de la vida hacia la idea de progreso.²⁰³

Para Juan Carlos Chaparro Rodríguez, precisamente la idea de desarrollo tuvo implicaciones en el entendimiento del sentido de la historia, en cuanto que no

¹⁹⁸ OLLER, Carlos. Una introducción a una teoría política. Consultado en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2127404.pdf>

¹⁹⁹ JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel. la teoría y la realidad constitucional contemporáneas. Consultado en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2128914.pdf>

²⁰⁰ PIERRE PACTET, MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand. Derecho Constitucional. Ed. Ibáñez. Colombia.2011

²⁰¹ MAI, Manfred. Historia de Europa. Trad. José Luis Gil. Ed. Península. España.2008. Págs. 179-186

²⁰² KELINM, Naomi. Decir No, no Basta contra las nuevas políticas del shock por el mundo que queremos. Trad. Ignacio Villaro, Ed. Paidós. España.2017

²⁰³ STEVEN, Pinker. En defensa de la Ilustración. Ed. Paidós. España.2018

será solo la descripción de datos sino la percepción que el hombre debe caminar hacia algún rumbo, esto es, el progreso y el desarrollo.²⁰⁴

De modo que cuando se aterriza en la expresión política, tanto el campo de lo particular como el sector público, se mezclan, pues como actividad de regir asuntos públicos, no puede implicar cualquier medio y finalidad, ya que existe en este caso una subsunción de los fines y medios a la racionalidad jurídica y política aceptable.

Aunque como lo explica Murgia en nombre la democracia se pueda respaldar una causa fascista²⁰⁵, se ha aceptado en la racionalidad jurídica y política que no es admisible cualquier imposición de la realidad desde la política y lo político; de consolidar esta idea se ha encargado, por ejemplo, Luigi Ferrajoli, al sostener la relación de lo jurídico y lo democrático bajo la tesis de la esfera de lo no decidible, la esfera de lo no decible que no²⁰⁶ y en general bajo la premisa de la democracia sustancial y el garantismo jurídico.²⁰⁷

Con lo anterior se quiere señalar que en tiempos de la contemporaneidad no cualquier actividad, ni cualquier realidad que se pretenda construir, puede alcanzar el nombre de lo político y la política, pues éstas han sido absorbidas por las premisas de la ilustración: razón, ciencia, humanismo y progreso que recogió el principio de Estado Social de Derecho, por ejemplo.

Se presentaría otra cuestión menor que vale la pena resolver, se podría pensar que por política y político se debe comprender la actividad libre de pensamiento, de acción y reacción frente al gobierno, como cuando se hace referencia a actores políticos de la sociedad, un tipo de política deliberativa en el tono expuesto por David Mateus en su obra política para la gente²⁰⁸, donde

²⁰⁴ CHAPARRO RODRÍGUEZ, Juan Carlos. El mundo Moderno y la comprensión de la Historia. Ed. Universidad del Rosario. Colombia. 2021. Págs.193-206

²⁰⁵ Véase: MURGIA, Michela, instrucciones para convertirse en fascista. Ed. Seix Barral trad. Anac. Ferrándiz. Ed. Planeta. España. 2019. Téngase en cuenta Italia, hoy con el posible gobierno neofascista de Georgina Meloni. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-63038679>

²⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. Los Fundamentos de los derechos Fundamentales. Ed. Trotta. España. 2009. Pág. 215-243

²⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Ed. Trotta. España. 2014. Pág. 56 y ss.

²⁰⁸ MATHEUS, David. Política para la gente. Ed. Dike. Colombia, 2005.

se comprende lo político como la acción colectiva no gubernamental para resolver problemas; lo que significa que la política y lo político puede ser una realidad y una actividad ajena al sector público.

Respecto a este argumento en esta obra se toma una postura de apartamiento, en tanto que si bien lo político y la política no es exclusivamente una dimensión del sector público sino que pertenece a la esfera individual del hombre, sus creencias, su propio entendimiento del mundo, esto no es óbice para adoptar como político y política cualquier finalidad y cualquier medio, por ejemplo, no puede ser política y político, así provenga en sede privada que un grupo de personas promueva desconocer los derechos de los niños, las mujeres, las personas con discapacidad, por ejemplo²⁰⁹; en esto tiene razón Ferrajoli cuando expresa que la democracia no puede ser simplemente un cumplimiento de formas y procedimientos, sino que debe cargarse de garantías, entre éstas, el respeto de los derechos humanos; así, un tipo de democracia de contenidos permitirá no recaer nuevamente en totalitarismo²¹⁰.

En este sentido Martha Nussbaum ha invitado a reflexionar sobre la incorporación de las emociones políticas y cómo el amor puede ser un atributo defendible del derecho y la política moderna²¹¹. En ese mismo sentido el profesor Luis Vigo recientemente ha propuesto restablecer la relación entre la razón y las emociones en el campo del Derecho.²¹²

Aunque la política y lo político pertenezcan a la esfera más privada del hombre, al momento de ejercer la actividad, esto es, materializarla pretendiendo alcanzar una realidad específica, esta acción debe limitarse por los estándares de la racionalidad moderna legada del pensamiento ilustrado.

²⁰⁹ Reglamento (UE, Euratom) n.º 1141/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, sobre el estatuto y la financiación de los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas; La Autoridad podrá imponer sanciones a los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas cuando no respeten las normas y obligaciones establecidas en el Reglamento (UE, Euratom) n.º 1141/2014. <https://www.appf.europa.eu/appf/es/other-information/sanctions-and-opinions>

²¹⁰ BOBBIO, Norberto, BOVERO, Michelangelo. Origen y fundamentos del poder Político. Ed. Grijalbo. México. 1984. Págs.95-98

²¹¹ NUSSBAUM, Martha. Emociones políticas. ¿Por qué el amor es importante para la justicia. Ed. Paidós. España. 2014

²¹² VIGO, Rodolfo Luis. La reconciliación del derecho con la razón y las emociones. Ed. Palestra. Perú. 2022

De modo que debe cuestionarse hasta qué punto cuando se hace referencia a la discrecionalidad política como una discrecionalidad fuerte, inmutable e incuestionable, esto es cierto, en tanto que, en estos tiempos lo político y lo jurídico se apoyan de la racionalidad ilustrada.

Entonces, lo que podría señalarse es que la discrecionalidad política también se relativiza, ya no solo por la subrogación al sistema jurídico sino por racionalidades extra jurídicas. Por lo que es admisible trasladar las limitaciones de la discrecionalidad administrativa y los tipos de control de ésta sobre la discrecionalidad política. Esto es posible pues como lo expresa el maestro Ciro Güechá, en la cíclica relación, el Derecho para amparar la validez de las normas ha incorporado criterios extra normativos como la moral, la ética, así como el reconocimiento de la esfera externa de Hart (eficacia y legitimidad), criterios que se ha venido incorporando en el pensamiento y práctica jurídica.

No puede perderse de vista que si bien la discrecionalidad política se limita por racionalidades extra jurídicas, éstas han sido atraídas al campo del Derecho por intermedio de la norma superior que se ha constituido en un texto político, jurídico y moral²¹³; de modo que, el fenómeno de la re materialización constitucional configurada en los principios de nivel constitucional delimita el comportamiento político y de la política. Lo único que le queda al hombre en su esfera personal que no soporta ser invadido por esta racionalidad jurídico-política de lo correcto, son sus ideas, pero una vez las convierte en acción serán delimitadas.²¹⁴

Lo anterior se concreta por ejemplo en el caso del derecho a la Buena Administración, tal como los profesores españoles Rivero Ysern y Rodríguez Arana Muñoz han sostenido

“El derecho administrativo del Estado social y democrático de Derecho es el Derecho del poder público para la libertad solidaria, un Ordenamiento jurídico en el

²¹³ TYLER, Tom. La obediencia del Derecho. Ed. Nuevo Pensamiento. Colombia.2014. Págs.105-154

²¹⁴ <https://www.dw.com/es/fiscal%C3%ADa-de-colombia-imputar%C3%A1-a-mujer-que-profir%C3%B3-insultos-racistas-contra-la-vicepresidenta-francia-m%C3%A1rquez/a-63349879>

que las categorías e instituciones públicas han de estar, como bien sabemos, orientadas al servicio objetivo del interés general entendido como la promoción de derechos y libertades de las personas. Atrás quedaron, afortunadamente, consideraciones y exposiciones basadas en la idea de la autoridad o el poder como esquemas unilaterales desde los que plantear el sentido y la funcionalidad del Derecho Administrativo”²¹⁵

Con estas premisas formuladas, es claro que la política y su ejercicio como lo político es delimitado por un discurso de la realidad ilustrada hoy presente en los sistemas jurídicos políticos contemporáneos que pretenden no ser dictatoriales o contrarios a la idea del Estado Social Constitucional y Democrático de Derecho.²¹⁶

La política y lo político como realidad pretendida posibilita la comprensión de la existencia de fenómenos políticos, entendidos estos como hechos que se manifiestan en la realidad teniendo incidencia de manera directa o indirecta sobre la comunidad.

Estos fenómenos han sido tratados desde tres perspectivas, la primera, identifica que en las relaciones políticas, el hombre es un absoluto, de modo que puede ser participe y creador de manifestaciones de hechos que trasciende a la comunidad; la segunda, determina que la actividad política se forja en la búsqueda constante de lo mejor para la comunidad, del bien común, lo que puede dar lugar a la creación de este tipo de fenómenos; la tercera, precisa que la búsqueda del bien común no es una constante de todos los hombres, sino es una tarea que ha sido encomendada a un grupo de ellos, los gobernantes, son estos quienes producen el fenómeno político en la búsqueda del bien común. Esta última postura ha dado lugar a considerar que la fuente de los actos políticos son las acciones de los gobernantes.²¹⁷

²¹⁵ RIVERO YSERN, Enrique y ARANA-MUÑOZ, Jaime Rodríguez. Con Miras al Interés General. Ed. Bubok Publishing. España.2012. Págs.88

²¹⁶ LARENZ, Karl. La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado. Trad. Truyol Serra. Ed. Reus. España.Págs. 293-298

²¹⁷ Sobre la cuestión de la ficción que el Estado representa, véase: CASSIRER, Ernest. El mito del Estado .Ed. Fondo de cultura económica de México. 1968. Págs. 327-346.

El tratadista Vladimiro Naranjo Mesa se refiere al encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos tomando las palabras de Hauriou que reconoce una dificultad que ha antecedido a este tipo de fenómenos, primero está la violencia que es inherente a las relaciones políticas, lo que implica un cambio constante de las relaciones políticas lo que imposibilita una regulación absoluta; segundo, la vida política es cambiante, por ello que sus manifestaciones sean imprevisibles y variadas; y tercero, porque de emitirse norma jurídicas, estas regularían la conducta de los gobernantes ostentadores del poder público, porque estos no siempre están en la disposición de reducir su voluntad de manera autónoma. Al respecto, nos dice, Naranjo Mesa, que este encuadramiento aunque tardío se ha dado en la doctrina del derecho constitucional.²¹⁸

La cuestión que brota de lo anterior, es saber, si al Derecho Administrativo le corresponde adelantar y conocer de éste tipo de encuadramiento de los fenómenos políticos²¹⁹. Esto lleva a la situación que se ha presentado en la doctrina frente a la separación del Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo, ya que, para algunos tratadistas no está clara la diferenciación, más aun, cuando se está en la fase de la constitucionalización del derecho²²⁰; pero más allá de ello, algún sector de la doctrina ha pretendido dibujar una separación desde el ámbito de competencia que le correspondería a cada una de estas ramas, así se llegó a la distinción entre función política y función administrativa.

Al respecto reconoce Jaime Vidal Perdomo en cuanto al Derecho Administrativo y al Derecho Constitucional, que en éste puede hallarse la historia de los cambios políticos en un lugar y un tiempo determinado, pero el derecho administrativo *“no solamente refleja los principios, sino que también*

²¹⁸ NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría constitucional e instituciones políticas. Ed. Temis. Colombia. 2000. Pág. 28

²¹⁹ PEÑA PORRAS, Diego Isaías. La construcción del Derecho Administrativo Colombiano. Ed. Universidad de los Andes. Colombia. 2008. Págs. 9-26; También, Véase: FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. SANTIAGO SÁNCHEZ, Javier. Contencioso Administrativo. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Ed. UNAM. México. 2007

²²⁰ DROMI, Roberto José. Derecho subjetivo y responsabilidad Pública. Ed. Grouz. España. 1986

*examina las estructuras administrativas y las modalidades gubernamentales que los ponen en marcha*²²¹

Importa lo establecido por el profesor Vidal Perdomo, porque de esos cambios que pudiese haber dado en la historia de la Humanidad, la racionalidad promovida como consecuencia de esos sucesos ha dado pie a luchar contra la arbitrariedad del poder invocando principios como el de legalidad, juridicidad, Estado De Derecho, Estado Social De Derecho, entre otros; todo esto, siendo los fundamentos de explicación del Derecho Administrativo Contemporáneo.

Al respecto enfatiza Vidal Perdomo

“ como lo advierte Agustín Gordillo , el ejercicio de poder va variando como consecuencia del cuadro social en que está inscrita la acción de la administración pública”²²²

En el tratado de Derecho Administrativo, García Enterría y Tomás Ramón Fernández, explican que la simplísima definición del Derecho Administrativo lo ha entendido como el derecho de la Administración Pública, ésta como una realidad del mundo político. Pero no ha sido pacífica la determinación de lo que la Administración Pública es para el Derecho Administrativo, aun así, luego de abordar varios matices, que se evaluarán más adelante, los profesores Españoles comprenden que la administración pública es una

“organización instrumental, la cual actúa siempre ante el Derecho como un sujeto que emana actos, declaraciones, que se vincula por contratos, que responde con su patrimonio de los daños que causa, que es enteramente justiciable ante los tribunales”²²³

Rescatan los autores que al ser reconocida la Administración como persona jurídica, esto exige y justifica la exclusión de ciertas actividades de órganos superiores que son de naturaleza política, como acontece con el gobierno , quien posee una posición mixta, por un lado, ejerce funciones propias a la

²²¹ VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. Ed. Legis. Colombia. 2008. Pág. 6

²²² Ibíd. Pág. 9

²²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, RAMÓN-FERNÁNDEZ, Tomás. Tratado Derecho Administrativo. Ed.- Civitas. España. 2004. Pág. 29

administración pública, lo que implicaría una sujeción al Derecho Administrativo, pero otro lado, ejerce actividades que no se pueden imputar a actividades de la Administración Pública interior, sino al Estado como sujeto de las relaciones internacionales, siendo el gobierno su representante, no estando por eso sometido al Derecho Administrativo, siendo un asunto de la constitución y en su caso del Derecho Internacional

Para los tratadistas

“El gobierno, pues, es simultáneamente órgano constitucional en cuya actuación ejerce funciones que no están reguladas por el Derecho Administrativo sino por el Derecho Constitucional, y órgano administrativo, el que encabeza la Administración General del Estado , y como tal sometido al Derecho Administrativo”²²⁴

Pero aclaran los autores

“ lo que no tiene sentido, ni da pie para ello, por supuesto, el artículo 97 de la Constitución, es que, (...) toda la actividad de <dirección política> de la Administración caiga fuera del Derecho Administrativo y, por ende, de la jurisdicción contencioso-administrativa. Toda la actividad del Gobierno sobre la Administración es de dirección, como precisa el artículo 97; ninguna organización , y por tanto tampoco la Administración Pública, puede funcionar sin órganos directivos, que forman así parte necesaria de su estructura (...) que la actividad del Gobierno debe de ser libre y judicialmente exenta porque no se puede limitar a la aplicación de las leyes, resulta inadmisibile; todas las potestades discrecionales están en esa misma situación y ello no implica, (...) exención alguna de la legalidad ni del control del juez”²²⁵

Resulta relevante para la presente tesis doctoral la descripción que hacen los tratadistas españoles, en particular dos ideas centrales: la primera, en torno a que existe una discrecionalidad política, como forma de “dirección política” de la administración que se somete al Derecho Administrativo. Quedando por debatir en esta tesis doctoral si la discrecionalidad política en el acto de

²²⁴ Ibíd. Pág.36-37

²²⁵ Ibídem.

dirección de las relaciones internacionales del Estado corresponde al Derecho Administrativo, respondiendo con un contundente sí; la segunda, la sujeción al principio de legalidad imposibilita escapatoria alguna al control jurisdiccional de cualquier tipo de discrecionalidad.

Ahora bien, esta pretensión de delimitar el objeto de estudio del Derecho Administrativo, ha perfilado varios enfoques cuyo interés ha sido construir un campo propio evitando reducir problemas de fricción o entrecruzamiento con otras ramas del Derecho, y en particular, saber en qué ocasiones al poder público se le aplicaba el Derecho Administrativo.

Tal como lo explica Enterría y Fernández, de esta pretensión inicialmente primero se pretendió promover la diferencia entre actos de autoridad y actos de gestión, entendiendo como actos de autoridad aquellos donde la administración actuaba con poder o autoridad revestida de imperium; a diferencia de los actos de gestión, donde la administración fungía como si se tratara de un simple particular. Los actos de autoridad serían de aplicación del Derecho Administrativo mientras los de gestión serían del derecho privado. Esta clasificación entró en dificultades cuando se incorporó las ideas de gestión pública y gestión privada, pues, la gestión pública no encerrando criterios de autoridad sí era proclive al Derecho Administrativo y no al privado.

Se pasó entonces, en segundo lugar a formular el criterio material del servicio público, con el que se pretendía reconocer que al momento que la administración pública gestionaba la prestación de servicios públicos debía someterse al Derecho Administrativo sin importar que actuara con autoridad o sin ella, estas fueron las premisas de la escuela de Burdeos. Un hecho resultó evidente en muchos países donde la prestación de servicios públicos eran prestados por particulares y viceversa, servicios particulares eran prestados por el Estado, llevó la tesis a una crisis; por eso como respuesta a esta crisis, en tercer lugar fue con la tesis del maestro Hauriou con quien estableció el criterio de prerrogativa, entendida como el actuar de la administración pública basada en el uso de medios jurídicos excepcionales o exorbitantes, pero la tesis

entraba en conflicto cuando se comprendía que la Administración pública en muchas ocasiones no coaccionaba sino cumplía el deber de servir o satisfacer una necesidad general.²²⁶

Como se extracta de las anteriores líneas el Derecho Administrativo como rama del derecho inacabada se enfrenta a cuestiones que hoy no han sido resueltas de manera absoluta, permitiéndose como lo sostiene Stammeler, proponer el método crítico para mejorar toda tesis que persiga una pretensión de validez objetiva.

Conforme a lo anterior y las afirmaciones preliminares, considérese que se aproxima la discrecionalidad política a la juridicidad en lo que respecta a la dependencia de criterios pre configurados, además, debe tenerse presente que en el campo de lo público, la comprensión de la administración y la institucionalidad, correspondió a un proceso de despersonalización del poder,²²⁷ de modo que, la administración pública se configuró bajo la idea de la satisfacción del servicio público y el interés general. De este modo lo sostiene Arana y Ysern al referir que la administración pública no es un asunto particular sino que debe su existencia al servicio objetivo del interés general.

Hasta aquí, puede establecerse que la discrecionalidad política puede darse en el campo del sector público, además, que ésta presentaría una tensión respecto al Derecho Administrativo en cuanto que motiva al claro cuestionamiento de si este tipo de potestad política entra en su ámbito de estudio.

Ante este cuestionamiento se abren varios fundamentos de respuesta, véase:

Primero, contando con un carácter estatutario el Derecho Administrativo, lo que implica que sea un derecho propio y específico de las Administraciones Públicas²²⁸ en cuanto sujetos, no todos los actos que adelante el Estado por

²²⁶ *Ibíd.* Pág. 55-56

²²⁷ GORDON, Scott. Historia y filosofía de las ciencias sociales. Ed. Ariel. España. Págs. 629 ss.

²²⁸ CARMEN PARDO, Maria. Administración Pública mexicana del siglo XX. Ed. Siglo Veintiuno. Argentina. 2010

medio de sus representantes son objeto de aplicación del Derecho Administrativo, esta delimitación posibilita un tipo de perfilación del objeto en que recae el Derecho Administrativo;

Segundo, es claro que en cuanto gobierno como órgano de la administración pública, éste cuenta con una condición mixta, por un lado, como órgano administrativo será aplicable el Derecho Administrativo, lo cual no sería debatible, en tanto que esto sería, si se permite denominarlo así, el cuerpo robusto de los estudios que invaden la doctrina administrativista. En este criterio se admitiría un ejercicio de discrecionalidad política del Gobierno respecto de la Administración.

Tercero, cuando respecto al actuar del Gobierno (Jefe De Estado-Jefe De Gobierno)²²⁹ como representante del Estado en el contexto internacional se supone, prima facie, que no corresponde esta actividad política al Derecho Administrativo, sino al Derecho Constitucional y al Derecho Internacional; es necesario debatir esta idea, en cuanto que debe ser aceptable que lo político sea sometido al juicio del Derecho Administrativo, pues lo contrario supondría aceptar zonas inmunes al Derecho y al control de los Jueces.

La problemática que se revela, resulta fascinante, en tanto que, pretendiendo abarcar la noción de discrecionalidad política, esto condujo al corazón del propio derecho administrativo. Revisar estas zonas de actividad del Estado no tan evidentes de exclusión que están vedadas al glorioso Derecho Administrativo, suponen de entrada un dilema, pues, reconociéndose en el Derecho Administrativo el acto de particularización del Derecho Constitucional y el ejercicio del poder público, no habría razón para y de forma radical, apartar de su objeto de comprensión y control de cierto tipo de actividades políticas que adelanta el Gobierno.

²²⁹ QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando URREGO ORTIZ, Franky. Los decretos del presidentes en el sistema normativo. Ed. Doctrina y ley. Colombia.2011. Pág.17-19

Más allá de la abstracción que supone una rama del derecho, que es solo una forma metodológica para comprenderlo como ciencia²³⁰; suponer dejar sin evaluación en el derecho interno algunos actos con fuente de discrecionalidad política, suponiendo que como es el caso de la dirección internacional del Estado, debe ser tratado en el campo del derecho internacional, tan ambiguo como complejo, es desconocer dos ideas centrales de nuestros sistemas jurídico-político basados en la idea de salvaguarda del interés general, por un lado, la autodeterminación de los pueblos y por otro lado la relevancia de la constitución política como norma superior y prevalente en el sistema de normas.

Es entonces imperativo recaer sobre la cuestión de la discrecionalidad política y demostrar su relevancia en el Derecho Administrativo Contemporáneo.

Por eso, para precisar un poco más los alcances de la discrecionalidad política y su relevancia en el derecho administrativo, se tomaran dos instituciones que permitirán perfilar el asunto: primero, está la institución de los actos de gobierno o políticos (B1); en segundo lugar, el principio "*jus representationis omnimodae*" que explica la función representativa en el contexto internacional del Estado por parte de su representante, bien jefe de Estado, bien Jefe de Gobierno.(B2)

B1. La actualidad de la discrecionalidad política en los actos de gobiernos-políticos.

García de Enterría, en la lucha contra las inmunidades del poder, reconoció que los actos políticos eran una zona de inmunidad jurisdiccional, posteriormente, con la inclusión del principio de proscripción a la arbitrariedad incluido en el artículo 9 de la Constitución de 1978 Española, manifestó que estas zonas de inmunidad jurisdiccional habían perdido su razón de ser.

²³⁰ Esto en torno a la obra de Marcos Vaquer Caballería. Véase: VAQUER CABALLERÍA, Marcos. El discreto encanto del Derecho Administrativo. Ed. Tirant Lo Blanch. España. 2021

La Ley de la jurisdicción del año 1956 contenía una prohibición a los Tribunales como era judicializar los actos de gobierno o llamados actos políticos, estos hacían referencia a cuestiones que se trataban en este tipo de actos como los temas de defensa del territorio, la seguridad interior o las relaciones internacionales. Claramente en la exposición de motivos de la Ley se diferenciaban los actos de gobierno de los actos administrativos discrecionales, señalando aquellos como actos esencialmente distintos a los actos administrativos.

Contra esta Ley Franquista del año 1956, reacciona Enterría estableciendo que:

i) No se puede edificar el Derecho Administrativo sobre una idea material de función administrativa, esto en cuanto al pretender clasificar actos de gobierno de los que no son, desconoce la elemental razón que todos los actos son emitidos por órganos de la misma persona, por el mismo sujeto.²³¹

ii) Si bien existe una diferencia cualitativa entre política y administración, esto no puede ser óbice para apartar el Derecho Administrativo de un tipo de actos que provienen del sujeto que estudia el Derecho Administrativo.²³²

iii) Los actos políticos han sufrido cambios, explica Enterría, proviniendo de la jurisprudencia Francesa de la primera restauración, se justificaron en la doctrina del móvil o del fin, esto es, que se consideraría como acto político el que persigue móviles políticos, siendo problemático el concepto político, puede conducir a desaparecer la fiscalización que presupone el Derecho Administrativo; luego en el año 1875, el Consejo de Estado abandonó la teoría del móvil, sustituyéndose por la teoría de los actos de gobierno por naturaleza, pero esta condición natural terminaría siendo un listado que la jurisprudencia determinaba qué era y qué no era un acto de gobierno.

²³¹ Ob. Prev. Cit. Pág.66

²³² Ibíd. 67-74

iv) Entiende Enterría que en la Ley española se pretendió crear una lista²³³ de la cual tan solo dos de los tipos referenciados sí serían distintos a los actos administrativos, está por un lado, los actos de relación internacional, y por otro lado, los actos de relación inter-constitucional de los órganos superiores (remisión proyectos de Ley, convocatoria a elecciones etc.).

v) Los actos que se realizan en el ámbito de relaciones del parlamento y el ejecutivo no son actos administrativos porque no proceden de la administración como persona. Entiende en este sentido, Enterría, que las relaciones internacionales no las desarrolla la administración, sino la persona internacional del Estado, entendido éste como personalidad jurídica desde el ordenamiento jurídico internacional y no desde el ordenamiento administrativo.

vi) Estos dos tipos de actos que no son administrativos, no son zonas de inmunidad jurisdiccional aunque estén excluidos de la fiscalización del derecho administrativo, porque para Enterría los actos de relaciones internacionales sería justiciables en el sistema internacional y los actos inter-constitucionales justiciables por la justicia constitucional.

vii) Para Enterría, salvo las dos anteriores excepciones, los presuntos actos de gobiernos son meros actos administrativos dotados de una especial importancia política, piénsese en actos de orden público y la organización militar, por ejemplo. Por ello propone, Enterría, que desaparezca esa clasificación en el Derecho Administrativo²³⁴, lo que entiende ya ocurrió en el derecho francés²³⁵, pero también acontecido en muchos más países a través de la vía libre a la técnica constitucional explícita, llamada *cláusula general de competencia* de los tribunales contenciosos²³⁶, en la que se autoriza a los ciudadanos someter a control jurisdiccional todos los actos de la administración, por lo que al referirse, todos los actos, no cabría la razón de

²³³ Artículo 2 “como son los que afectan a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar”

²³⁴ *Ibíd.* Pág. 82

²³⁵ *Ibíd.* Pág. 83

²³⁶ *Ibíd.* Pág. 88

diferenciar entre varios tipos de actos; esto es una cláusula regia del principio del Estado de Derecho.²³⁷

En el prólogo a la quinta edición de la obra *democracia, jueces y control de la administración*, recordara Enterría que se presentó una definitiva erradicación de los actos de gobierno en el derecho Español, esto por un lado, la separación que se dio vía legal entre administración y gobierno, por medio de la Ley del Gobierno, de 27 de noviembre de 1997 y por el otro lado, con la entrada en vigencia de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo del año 1998.

Siguiendo Perdomo a Enterría sostiene que actos de gobierno sólo serían los actos que materializan las relaciones interinstitucionales y los actos de dirección de las relaciones internacionales. Frente a la discrecionalidad política del ejecutivo entiende el profesor Colombiano que ésta se redujo importantemente con la entrada de la constitución política de 1991, por ejemplo en el caso de permitir un control sobre actos de declaratoria de estado de Excepción

Recalcando-

“concluyendo sobre lo expuesto, y teniendo en cuenta que tanto el artículo 241 de la Constitución como el artículo 82 del código contencioso administrativo no dejan fuera de la posibilidad de someter al control judicial actos del órgano ejecutivo, se tiene que no existe en el derecho colombiano un tipo de acto similar a los del Gobierno del derecho francés. Lo que existe, por el contrario, son actos respecto de los cuales, aunque pueden ser anulados por otros motivos, la decisión sobre la oportunidad o conveniencia es del resorte exclusivo del Gobierno”-

“(…) el punto final a la discusión lo pone el artículo 82 del decreto-ley 01 de 1984, que dispuso que la jurisdicción en lo contencioso administrativo podrá juzgar, inclusive las controversias que se originen en los actos políticos o de Gobierno, “pero solo por vicios de forma”. Esta última expresión fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia, aunque después de hacerlo

²³⁷ Ibíd. Pág. 91

*limita el control en forma bastante similar a como lo había el hecho el texto desaparecido*²³⁸

Las posteriores reformas al artículo 82 del Decreto 01 de 1984 (Decreto 2304 de 1989, la Ley 446 de 1998 y la ley 1107 de 2006) así como la actual Ley 1437 de 2011 artículo 104 nro. 5, han establecido como objeto de control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo los actos “que se originen en actos políticos o de gobierno”. Esto implica la materialización de la cláusula general de competencia.

El Consejo de Estado de Colombia, de antaño, ha expresado respecto de los actos de gobierno o políticos que son *actos administrativos*²³⁹, pudiendo ser declarados nulos por todas las causales del artículo 84 del Decreto 01 de 1984 Aunque ya para el año 1975 el Consejo de Estado había reconocido que en caso de actos de orden público estos se tornaban para su estudio jurisdiccional en meros actos administrativos²⁴⁰.

Ahora bien, si desaparecieron los actos políticos o de gobierno como lo refiere Enterría, ¿podría pensarse que el sistema jurídico colombiano en la Ley 1437 de 2011, artículo 104-5, no reconoce esta realidad?

Según García de Enterría y su polémica con Sánchez Morón y otros, en torno al proyecto de Ley de La Jurisdicción Contencioso Administrativo del año 1996 Española; proyecto que pretendía traer a la vida los actos de gobierno bajo la fórmula de “*actos de dirección política*”, recalcaba en sus objeciones Enterría que gran parte de los sistemas jurídicos habían abandonado la tesis de los actos de gobierno, en cuanto, como lo advirtió en la “*lucha contra las*

²³⁸ Ob. Cit. Pág. 583. El artículo 82 del decreto con fuerza de ley 01 de 1984, establecía que “los actos de poder o de gobierno pueden ser controlados pero solo por vicios de forma”; esta norma fue modificada por el artículo 12 del decreto 2304 de 1989, posteriormente el artículo 30 de la ley 446 de 1998, luego derogado por el artículo segundo de la ley 1107 de 2006. La ley 1437 de 2011, en su artículo 104 numeral quinto señala que será competente para conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo de las controversias y litigios originados en actos políticos o de gobierno.

²³⁹ El consejo de Estado- Sala de lo contencioso administrativo-Sección primera Expediente: 5828 de 2000, Consejero ponente Juan Alberto Polo Figueroa, manifestó que *los actos político o de gobierno, por no apoyarse en la función legislativa o constituyente son meros actos administrativos*. Consultado en: <http://www.consejodeestado.gov.co>

²⁴⁰ Consejo de Estado. Expediente del 08 Mayo del año 2000, Nro. 6130. MP. Navarrete. Consultado en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5532#1>

inmunidades del poder “, este tipo de actos son meros actos administrativos, salvo los dos tipos de actos que podría denominarse políticos como son los actos de relaciones inter-constitucionales y los actos de relaciones internacionales.

A partir de la formulación de Enterría, puede considerarse que el Consejo de Estado cuando señaló como hasta la actualidad lo hace respecto de los actos de gobierno o políticos que son actos administrativos, no hace sino repetir lo estipulado por la tesis del jurista Español aprobada en España en el campo práctico como fue la Ley de gobierno del año 1997 y la Ley de la jurisdicción del año 1998.

Para Agustín Gordillo, el término de Gobierno se refiere a las tres ramas del poder público, pero hablando en el entendido de los actos de gobierno en el Derecho Administrativo estarían en cabeza del ejecutivo, se conocerán en la doctrina norteamericana con el nombre de *cuestiones políticas no justiciables*; *mientras que* en Brasil en la época militar se conocerán como actos institucionales, y así en Latinoamérica fue incorporado con varios nombres, pero la idea terminaba siendo la misma, actos que no son justiciables.

La discusión sobre el control jurisdiccional contencioso, produjo, según Gordillo varias posiciones, a saber: primero, se promovió la tesis subjetiva, que entendía que no se revisaba lo que el ejecutivo no quería que se revisara, así, por peligro del desaparecimiento del Consejo de Estado, esta tesis fue asumida, acogiendo la postura de la irrevisabilidad. Segundo, posteriormente, surgió la teoría objetiva, que partía de la necesaria distinción entre gobierno y administración, proveniente esta tesis una vez cae el régimen imperial Francés. No debatiéndose en esta teoría la existencia de este tipo de actos como tal, sino, todo el cuestionamiento recaería en revisar la posición del juez ante el paradigma de la irreversibilidad.²⁴¹

²⁴¹ GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo. Tomo 2. Edición 8ª. Fundación de derecho administrativo. Argentina. 2006. págs. 291-297

Ahora bien, partiendo de lo anterior, habrían algunas maneras de comprender el sentido del artículo 104-5 de la ley 1437 de 2011 y con ello dar solución al cuestionamiento anteriormente formulado.

En primer orden se podría asumir que se trata de mantener la referencia de actos de gobierno o políticos, sólo con el objetivo de considerar que todos estos son actos administrativos pero con una orientación política como lo refirió en su momento Enterría.

En segundo orden, se puede considerar que mantener la referencia a los actos de gobierno y políticos, es, evidentemente una desactualización doctrinal reflejada en la Ley sobre la cuestión de la extinción definitiva de los actos políticos como se conocían en el Derecho Administrativo, lo que también sería una posición de Enterría reflejada en su crítica a la legislación del 1996.

En tercer orden, es plausible entender que existen actos políticos o de gobierno, quedando o bien que los únicos que se presentarían en este campo en sentido estricto serían los actos inter-constitucionales y actos de dirección de las relaciones internacionales, los cuales no podrían ser sometidos a control jurisdiccional; o bien, existirían más actuaciones que no son administrativas sino que toman la naturaleza de ser propios actos de gobierno.

De los dos primeros órdenes ya se ha hecho referencia y terminaría acogiendo lo descrito por los autores de referencia; así que recaeremos a la tercera de las hipótesis, que de entrada no es desacertada. Nótese por ejemplo que, si bien Enterría sostenía la desaparición de los actos de gobierno del Derecho Administrativo, téngase presente, que esto no ocurrió del todo, pues, al evaluar la Ley española de la jurisdicción contenciosa del año 1998 artículo 2-a , se aprueba que se presente control jurisdiccional en los siguientes casos

“La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo

ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos”²⁴²

De entrada es evidente que los actos de Gobierno no desaparecieron ni del Derecho Administrativo, ni del control contencioso. Precisamente, que no hayan desaparecido como actos fue producto de la misma Constitución española de 1978, pues ésta dedicó un acápite especial a referir una distinción entre Gobierno y Administración.

Se reconoce en la Constitución española que al Gobierno (art. 97) le corresponde dirigir la *“política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado”* actividad que debe ejercer conforme a derecho. En el numeral segundo dispuso que *“dirige la acción del Gobierno y coordina las funciones de los demás miembros del mismo, sin perjuicio de la competencia y responsabilidad directa de éstos en su gestión”*.

En cuanto a la Administración Pública se señala en la Constitución Política Española que ésta sirve a los intereses generales, debiéndolo hacer con respeto a los principios de juridicidad y eficacia.

El artículo 56.1, de la Constitución española reconoce al Rey como Jefe de Estado, significando *“la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales”*, pero con la condición que la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad, esto en cuanto sus actos deberán ser refrendados, así el artículo 64 determina que

“1. Los actos del Rey serán refrendados por el Presidente del Gobierno y, en su caso, por los Ministros competentes. La propuesta y el nombramiento del Presidente del Gobierno, y la disolución prevista en el artículo 99, serán refrendados por el Presidente del Congreso.

2. De los actos del Rey serán responsables las personas que los refrenden”.

²⁴² <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718>

Se ha dispuesto para las cámaras generales (congreso de los diputados y el senado) que le corresponde el control de la acción del gobierno (art. 66.2); autorizándose a exigir responsabilidad política del gobierno mediante la adopción por mayoría absoluta de la moción de censura.

La Ley 50/1997 del Gobierno de España, dispone en su artículo primero

“Artículo 1. Del Gobierno.

1. El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.
2. El Gobierno se compone del Presidente, del Vicepresidente o Vicepresidentes, en su caso, y de los Ministros.
3. Los miembros del Gobierno se reúnen en Consejo de Ministros y en Comisiones Delegadas del Gobierno.

Disponiendo el control del Gobierno en el artículo 29

“Artículo 29. Del control de los actos del Gobierno.

1. El Gobierno está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en toda su actuación.
2. Todos los actos y omisiones del Gobierno están sometidos al control político de las Cortes Generales.
3. Los actos, la inactividad y las actuaciones materiales que constituyan una vía de hecho del Gobierno y de los órganos y autoridades regulados en la presente Ley son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con lo dispuesto en su Ley reguladora.
4. La actuación del Gobierno es impugnable ante el Tribunal Constitucional en los términos de la Ley Orgánica reguladora del mismo”.

Estas disposiciones determinan claramente que los actos de gobierno-políticos no desaparecieron del pensamiento administrativo, y además que no deben porqué hacerlo, pues, la Ley referencia una verdad evidente y es precisamente que el desarrollo de la actividad de la Administración proviene de una fuerza política que le da impulso, este es el alcance que en el fondo posee la idea de

dotar al Gobierno de la función de la dirección política interior, pero también la administración civil y militar. La forma de esta dirección es política, y como preliminarmente se ha formulado en este escrito, la finalidad, contenido y medios que haga uso esta actividad política no puede ser cualquiera ya que es limitada y apoyada de una racionalidad pre configurada.

Esta verdad manifiesta permite entender que cada cuanto que se dan las elecciones para elegir a “quienes van administrar por un periodo determinado” se está en el fondo estableciendo la fuerza política que le dará forma a la administración.

La actividad política determina un quantum de discrecionalidad política, que como se ha referido preliminarmente es relativa y no absoluta; aquí se encuentra una referencia del profesor Ciro Güechá cuando se cuestionaba la interacción entre el poder público y la legalidad, nótese que el impulso preliminar del poder el luego de materializarse se componía en el Derecho; esto mismo ocurre en el ejercicio de la discrecionalidad política y su relativización por el principio de juridicidad. Esto es claro un componente de la racionalidad del Derecho Administrativo que permite abordar la discrecionalidad política.

Se materializa la discrecionalidad política en cada una de las funciones del Gobierno, sea en el contexto de la política interior, exterior como la administración civil y militar, como en la potestad reglamentaria. En cada una de ellas se da un momento de discrecionalidad política entendida como la acción de motivos que propone el actuar del Estado.

La discrecionalidad política es una potestad atribuida por el mismo ordenamiento al Gobierno, eso se prevé no solo en la Constitución española y en la Ley 50/97, sino también en el sistema jurídico Colombiano que sin estar de todo esquematizada la Constitución como la española, reconoce la noción de gobierno (art. 113,114, 115, 189) dotándole de esta potestad política.

La pieza clave de la discrecionalidad política es la idea de reconocer que ella presupone un acto de dirección política de la administración.

Con esta caracterización es dable aceptar que la inclusión de actos de gobierno o políticos en la Ley 1437 de 2011, no simbolizan una zona de inmunidad jurisdiccional y que reconociéndose como actos administrativo esto es porque admiten los mismos fundamentos y la misma forma de control jurisdiccional.

Que los actos políticos se reconozcan en relación de los actos administrativos importan en cuanto con ellos se explica un tipo de actos provenientes de la dirección política que imparte el Gobierno a la actividad administrativa; dirección que se da en todos los niveles nacional, departamental y local; pues en estos se detalla un Gobierno que adelanta acción política.

Entonces, conforme a lo anterior, la diferencia entre la discrecionalidad política y la discrecionalidad administrativa no transita en el campo de la libertad de que tendría el Gobierno para disponer de cualesquiera finalidades y medios, pues, la sujeción de todos los poderes públicos y hasta el poder político²⁴³ se somete a los criterios normativos aceptados.

La diferencia se suscita en el momento que se hace real el ejercicio de la potestad.

La manera de comprender la cuestión es precisamente separar Gobierno y Administración, como ocurre con las Leyes 50/97 del gobierno y la Ley 40/2015 del régimen jurídico del sector en España, por ejemplo.

Como se entiende en este escrito, al Gobierno se le ha dispuesto la función de dirección política de la Administración, esto significa que aunque sea relativa esta libertad en la dirección por sujeción al Derecho, se da una discrecionalidad

²⁴³ La tesis se concretaba en la propuesta de constitución chilena art. 2.1 que establecía “La soberanía reside en el pueblo de Chile, conformado por diversas naciones. Se ejerce democráticamente, de manera directa y representativa, reconociendo como límite los derechos humanos en cuanto atributo que deriva de la dignidad humana” consultado en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf>

política del Gobierno en el caso de determinar entre las “cartas de la baraja” jurídica y políticamente aceptadas para que disponga su actuar; piénsese por ejemplo en el caso en Colombia con el nuevo Gobierno que se promueve la reducción de hasta un treinta por ciento de los contratistas por prestación de servicios en las entidades del orden nacional invitando a las entidades descentralizadas tratar de recoger esta iniciativa, esto puede calar en un Alcalde o Gobernador y disponer como gobierno adelantar esta reducción de contratistas.²⁴⁴

Así puede haber muchos casos que explican que el Gobierno en sentido general ostenta una discrecionalidad política que se traduce en una libertad de “elección del momento”.

En cambio la discrecionalidad administrativa también relativa, se circunscribe una instancia en la que el Gobierno se constituye en un órgano de Administración, aquí, la discrecionalidad administrativa se supedita a ser un medio para cumplir con la finalidad de la entidad pública en específico.

Nótese que reconociendo que la discrecionalidad política se da un momento donde el Gobierno adelanta la dirección política a diferencia de la discrecionalidad administrativa que se supedita a la prestación de los servicios públicos y la satisfacción de los intereses generales por la entidad en específico, ambas, una vez se materializan, es decir, se constituyen en acción del Gobierno, entran en la relación cíclica de poder público y principio de legalidad.

Implica esto que en sentido material la discrecionalidad administrativa y la discrecionalidad política no se distancian de una idea básica del respeto de *cláusula de no retorno* y garantías básicas expuestas en el sistema Jurídico, pero profundizando un poco más la evaluación de lo material, sí se presentaría una distinción entre la discrecionalidad política y la discrecionalidad

²⁴⁴ Véase: Directiva presidencial 08 de 2022. Consultado en: <https://petro.presidencia.gov.co/prensa/Paginas/Gobierno-Nacional-emite-medidas-de-eficiencia-austeridad-y-probidad-en-el-220919.aspx>

administrativa, existiendo en la primera un margen más amplio de toma de decisiones para el Gobierno, en cuanto lo que refiere al campo de lo político, el espectro de las decisiones es mucho más amplio sin rayar en la arbitrariedad, piense por ejemplo las iniciativas políticas que el gobierno podría tomar en torno a la “visión de ciudad” que se desea; como caso emblemático pensemos en la adaptación por un gobierno local de la fórmula de la ciudad de los 15 minutos, hoy tan famosa en el mundo²⁴⁵, o la iniciativa de adelantar procesos de Paz.

Es que precisamente la política que determina lo político supone llevar a cabo actividades para promover realidades específicas. En otras palabras, la política es el arte de hacer posible lo imposible; habitando en esta fórmula la discrecionalidad política.

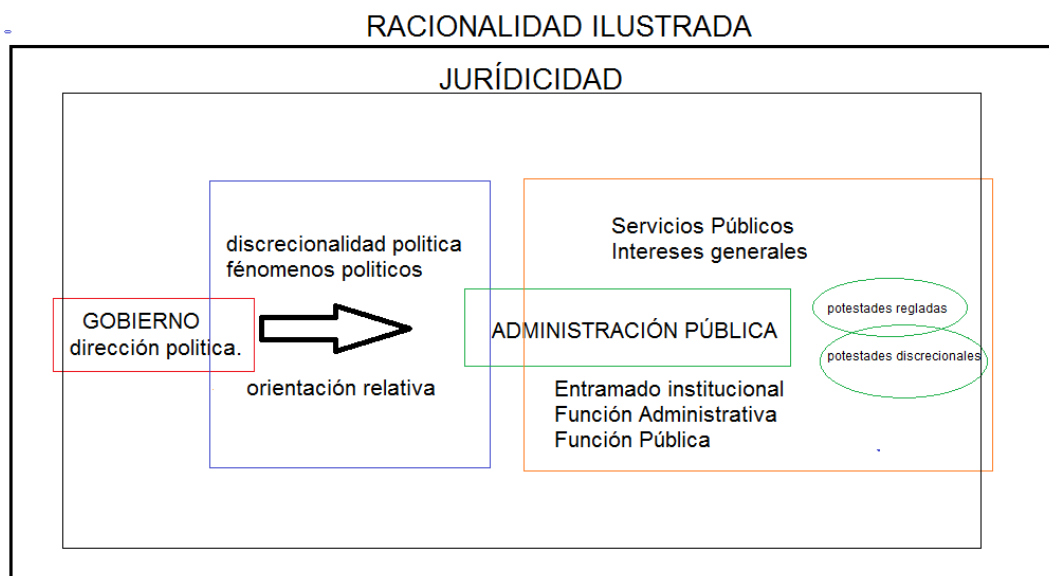
En cambio la discrecionalidad administrativa hallándose en sede de la administración se constituye, de suponer que todavía exista como institución, en una técnica que en el mismo ordenamiento se ha establecido pre configuradamente para la Administración, con el objetivo que en determinados casos, de acuerdo a su naturaleza específica, la Administración Pública valore los hechos y la consecuencia a tomar que no pueden ser ajenas al servicio público y la satisfacción de los intereses generales.

Ahora bien si se reconoce que la discrecionalidad administrativa no existe por la naturaleza reglada del comportamiento de la Administración, pues ello conduciría, o bien, a suponer que ningún tipo de discrecionalidad existe, esto es ni política, ni administrativa, lo cual parece ser una tesis extrema que desconocería la esencia de la política y lo político en la administración pública; o bien, por otro lado, entender que la única discrecionalidad reconocible en el derecho administrativo es la política que se constituye en un objeto de estudio para esta ciencia, en cuanto, el objeto gobierno presupone la actividad de la

²⁴⁵ <https://es.euronews.com/next/2021/09/17/que-son-las-ciudades-15-minutos-y-como-cambiaran-nuestra-forma-de-vivir-trabajar-y-sociali>

administración. Un Derecho Administrativo que no estudie la interacción entre Gobierno y Administración es un derecho incompleto.

La siguiente grafica representa lo hasta aquí concebido.



Relación de Discrecionalidades 1 (elaboración propia)

Nótese que es admisible la noción de la discrecionalidad política en el estudio del Derecho Administrativo, esto posible por cuanto la idea de Gobierno como director de la actividad de la administración así lo determina. Esta consideración refleja la relevancia que lo político representa para el estudio del Derecho Administrativo.

En cuanto a la discrecionalidad política fijada como actos políticos o gobierno (como actos administrativos de naturaleza especial) como se representa en la gráfica anterior, admitirá las mismas técnicas de control de los actos administrativos. Pero se insiste que la distinción que no pareciera esencial desde el sentido práctico del control jurisdiccional, sí lo es desde el sentido sustancial, porque con la discrecionalidad política se explica un momento de activación de la Administración Pública.

Igual que en la discrecionalidad administrativa, la discrecionalidad política se fija en la *oportunidad y la conveniencia*, o si se quiere la *libertad del momento*, reducida al control jurisdiccional pero con la advertencia que no se alcanza un

control de fondo integro por ser un atributo, en este caso de la Administración y del Gobierno, respectivamente.

Hasta aquí se ha identificado la existencia de la discrecionalidad política como institución no solo autónoma sino también aprobada como objeto de estudio del Derecho Administrativo.

Una objeción que podría formularse a lo descrito preliminarmente sería señalar que nada nuevo se ha sostenido en este apartado, pues, al aprobarse tanto en la normatividad Española como la Colombiana, las dos tomadas de referencia, ya se ha aceptado la naturaleza política o de gobierno de ciertos tipos de actos que cuentan con una discrecionalidad.

Se considera en este escrito que sería infundada esta objeción, por lo siguiente:

Primero, si bien se reconoce este tipo de actos de gobierno o políticos en los sistemas jurídicos de referencia; en éste escrito se ha perfilado la relevancia de reconocer el concepto de Gobierno y la discrecionalidad política en el estudio del Derecho Administrativo, lo cual contribuye a perfilar el objeto de esta rama del Derecho, situación que a la fecha es inacabada.

Segundo, se ha logrado establecer preliminarmente una distinción entre discrecionalidad política y discrecionalidad administrativa, concretando el lugar de cada una de ellas a partir de la distinción Gobierno-Administración.

Tercero, en cuanto a la discrecionalidad política se ha perfilado preliminarmente su delimitación no sólo desde la comprensión de la sujeción de los poderes a la juridicidad, sino desde la comprensión entre lo que representa la política y lo político en el marco de la racionalidad ilustrada. Estas precisiones contribuirán a perfilar que si bien la discrecionalidad política implica una libertad de elección del momento por parte del Gobierno, ésta se encuentra comprometida con el discurso de la juridicidad y los valores extra normativos,

que a la postre han sido abordados en la Constitución como norma de valores, jurídica y política.

Cuarto, como institución del Derecho Administrativo, la discrecionalidad política, determina aceptar la distinción de actos políticos y gobierno, obviamente, sin poseer la connotación que poseían como zonas de no control jurisdiccional.

Quinto, la descripción de la discrecionalidad política abre la puerta para nuevas investigaciones y profundizaciones sobre la temática, en especial en el campo del estudio de las múltiples manifestaciones del Gobierno a partir del uso de su discrecionalidad política.

Con todo lo descrito hasta aquí, es necesario resolver la cuestión sobre los actos de representación internacional que ejerce el Gobierno, que recuérdese no se consideraron primeramente zonas de inmunidad jurisdiccional en la tesis Enterriana, pero que el mismo García de Enterría reconocerá posteriormente la cada vez más constante sujeción de este tipos de actos al control . Este giro, por decirlo de alguna manera, supone para los intereses de este escrito, evaluar ¿si verdaderamente estos actos de relaciones internacionales no suponen ser abordados en sede del Derecho Administrativo, ya que, obviamente implican, en muchos casos, un ejercicio de una discrecionalidad política?

Lo que resulta novedoso en este escrito, es que se parte de la premisa que puede ser totalmente acertado señalar que dentro del objeto del estudio del Derecho Administrativo quepa la posibilidad de abordar las actuaciones de los jefes de Estado. De modo que de entrada se rechaza el veto o la negación absoluta que se ha hecho respecto de la posibilidad de conocer y aplicar el Derecho Administrativo a los actos de representación internacional del Estado. A contrario sensu, se es consciente en este escrito que un abordaje de las actividades de los jefes de Estado, relegado esto, al estudio del Derecho

internacional y al Derecho constitucional, puede enriquecer profundamente los estudios del Derecho Administrativo contemporáneo.

Para desarrollar la anterior premisa, se tratara a continuación el principio *ius omnimodae representationis*.

B2. En torno a la representación del Estado y el principio ius omnimodae representationis como fuente de discrecionalidad política. ¿Importa esto al Derecho Administrativo?

Retomando como fuente de consulta, la Real Academia de la Lengua Española en el diccionario panhispánico del español jurídico define el principio *ius omnimodae representationis* como

1. *Int. púb.* Capacidad general de representación inherente al jefe del Estado, al jefe del Gobierno y al ministro de Asuntos Exteriores por lo que respecta a la celebración de los tratados internacionales.

2. *Hist. e Int. púb.* En el Antiguo Régimen, capacidad del jefe del Estado para ostentar la representación internacional del mismo, sin ningún género de restricción y en toda suerte de materias. *Constituía la vertiente internacional del poder absoluto del soberano.*²⁴⁶

Es posible manifestar sin peligro de equivocación que todos los Estados modernos han otorgado la facultad de representación a un agente superior, sea Presidente, Primer Ministro, Rey, Reina, etc.

Del concepto se deduce que por el principio *ius omnimodae representationis* se debe comprender la capacidad que posee, bien sea el Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o el Ministro de asuntos exteriores para representar al Estado en el

²⁴⁶ <https://dpej.rae.es/lema/ius-omnimodae-representationis>

ámbito internacional, con una particularidad, *que estos representantes vinculan por si solos al Estado hacia el Exterior en todos los asuntos*²⁴⁷.

La fuente de este principio es el mismo Derecho Internacional que ha delegado en cada uno de los Estados para que a través de sus ordenamientos establezcan los órganos competentes para negociar y celebrar tratados; se trata, entonces, de una cuestión propia del derecho interno.

Para el caso de Colombia, la Constitución Política, establece en el artículo 189.numeral segundo que al Presidente como Jefe de Estado y Jefe de Gobierno le corresponde dirigir las relaciones internacionales, lo que guarda correspondencia con el artículo 9 de la Constitución que fija los prepuestos constitucionales del Estado colombiano en el contexto internacional, esto es, reconocimiento soberanía popular, auto-determinación de los pueblo y respeto de los principios del derecho internacional.

Situación distinta se presenta en España. La función de Jefe de Gobierno y Jefe de Estado corresponde a distintas personas, la primera corresponde a la persona del Presidente junto con los ministros, en cambio la condición de Jefe de Estado se otorgó al Rey, además con unas particularidades, por un lado, importante es la no responsabilidad del Rey; la segunda que corresponde con la primera, que los actos autorizados expresamente al Rey según la Constitución deben ser refrendados por el Gobierno.

Puede identificarse que evaluando un poco más de cerca las facultades del Rey y las problemáticas que sus poderes representan, puede obtenerse la justificación que se persigue en este escrito de tesis, como es, demostrar la importancia que tiene el estudio de la representación Internacional del Estado en el Derecho Administrativo y cómo éstas comportan un tipo de objeto de estudio de éste.

²⁴⁷ La corte constitucional así lo reconoce ; véase sentencia: c 313/1994; c 087/94

La Constitución Española ha dispuesto de unas funciones claras al Rey, como se encuentra consagrada en el artículo 62.²⁴⁸ Pero en particular como Jefe de Estado la Constitución en el artículo 56 dispuso que como Jefe de Estado en sí mismo es símbolo de unidad y permanencia, facultado también para arbitrar y moderar el funcionamiento regular de las instituciones.

De modo que la particularidad de la condición del Rey como Jefe de Estado se decanta en el numeral tercero del artículo referido, claramente, “*que la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad*”, esto obedece en cuanto que sus actos son refrendados por el Presidente del Gobierno y por los Ministros competentes (art. 64).

Se considera en este trabajo de tesis que la separación entre Gobierno y Jefe de Estado resulta importante para lograr la pretensión de este escrito. En cambio otros casos, como el Colombiano, el artículo 189, si bien, precisa las tres condiciones del Presidente, no detalla la facultad que corresponde a cada función, pero, más allá de ello que un versado en el tema pudiese resolver con facilidad, en la práctica, tanto el Jefe de Gobierno como un Jefe de Estado puede ser representante del Estado en el campo internacional, así, no pudiese diferenciarse en Colombia si el Presidente cuando actúa en el contexto internacional, más allá de la suscripción de tratados y convenios, actúa como Jefe de Estado o Jefe de Gobierno o en forma de ambos.

Más allá de esta cuestión, la separación que ofrece el régimen Español resulta relevante para demostrar las afirmaciones previamente expuestas. Nótese que en el apartado anterior se partió de la diferencia entre Gobierno y

²⁴⁸ Artículo 62. Corresponde al Rey:

- a) Sancionar y promulgar las leyes.
- b) Convocar y disolver las Cortes Generales y convocar elecciones en los términos previstos en la Constitución.
- c) Convocar a referéndum en los casos previstos en la Constitución.
- d) Proponer el candidato a Presidente de Gobierno y, en su caso, nombrarlo, así como poner fin a sus funciones en los términos previstos en la Constitución.
- e) Nombrar y separar a los miembros del Gobierno, a propuesta de su Presidente.
- f) Expedir los decretos acordados en el Consejo de Ministros, conferir los empleos civiles y militares y conceder honores y distinciones con arreglo a las leyes.
- g) Ser informado de los asuntos de Estado y presidir, a estos efectos, las sesiones del Consejo de Ministros, cuando lo estime oportuno, a petición del Presidente del Gobierno.
- h) El mando supremo de las Fuerzas Armadas.
- i) Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales.
- j) El Alto Patronazgo de las Reales Academias

Administración, logrando ubicar la discrecionalidad política de la discrecionalidad administrativa, en dos momentos distintos. Ahora, para el caso que ocupa en este capítulo, el Rey como Jefe de Estado referencia claramente la distinción con el Gobierno, igualmente, el plus Español como ocurre en otras latitudes al Rey se le considera irresponsable.

Como jefe de Estado, el rey, es símbolo de unidad, permanencia y moderación del funcionamiento normal de las instituciones, pero también como Jefe de Estado se le ha dotado de la representación del Estado en las relaciones internacionales; facultándose para ser informado de los asuntos de Estado, presidiendo, de ser procedente, las sesiones del Consejo de Ministro previa petición del Presidente y siempre cuando lo considere oportuno.

Todo lo anterior y descrito de forma general pareciera dar una ligera impresión de claridad de la situación de la figura del Rey en el entramado constitucional, político y jurídico Español.

Pero la realidad pareciera ser otra, durante bastante tiempo se ha desarrollado estudios críticos desde todas las aristas respecto de la figura del Rey; aquí interesa rescatar un par de ellos, en particular, es de interés la reflexión que hace Enrique Belda Pérez-Pedrero²⁴⁹ quien propone una evaluación sobre el control de los actos del Rey.

De interés resulta lo escrito por el profesor Pérez-Pedrero, en tanto que recae su estudio no en las funciones regladas en la Constitución, sino en los actos que ejerce el Rey y que no están en las normas, es decir no se trata de evaluar su comportamiento frente a la Leyes y los Tratados, sino su conducta fuera de estas funciones pre establecidas que llegan y pueden llegar afectar al interés común y derechos de los particulares.

²⁴⁹ PÉREZ-PEDRERO, Enrique Belda. La evaluación y el control de los actos del Rey, como presupuesto para mejorar la racionalización democrática de la corona Revista Catalana de Derecho Público Núm. 51, Diciembre 2015. Págs. 155-173

Un tipo de estos actos que describe el profesor Español, es lo que denomina como actos negligentes del Rey, en estos eventos debate el autor la posibilidad o no de establecer la responsabilidad del Estado, más aún cuando el Rey no pertenece como tal a la Administración, ni al Gobierno; frente a este asunto no solo propone una reforma constitucional eliminando la irresponsabilidad regia, sino una reforma en el Derecho Administrativo orientada a fijar la relación del Rey y los demás órganos.

Especialmente interesante resulta la descripción de los actos denominados por el profesor Pérez como *actos públicos no específicos* (protocolarios y relacionales). El autor reconoce que en la realidad tanto nacional como internacional se observa el interés que muchos sectores tienen de establecer relaciones con un Jefe de Estado, bien sea este interés una finalidad de perseguir lucro o de cualquier índole; lo importante del asunto que entiende el profesor Pérez, que no es mentira, es que estos funcionarios gozan de una amplísima libertad en el campo diplomático, social y financiero; pero estos actos siendo de transcendencia para el interés general y que pudiesen ser indebidamente usados o negligentemente usados no gozan de control ; así, no entiende por qué el sistema no ha impuesto condiciones para el uso de esas facultades , como es el caso de exigir el debido acompañamiento al Jefe de Estado para cumplir estas funciones.

Se cuestiona el autor, cómo delimitar estos comportamientos, ante lo cual responde refiriendo que inicialmente debe comprenderse que todas estas actuaciones que adelanta el Rey son maneras de manifestar o bien el simbolismo, el arbitrio o la moderación, precisamente por la condición de Jefe de Estado asignada en la Constitución. Para Pérez, podrá darse la posibilidad de calificar y encuadrar las tareas del Rey en estas tres funciones, pero para nada puede ser admisible contenidos autónomos, ni cláusulas abiertas, que permitan al jefe de Estado apelar de manera genérica a sus funciones.

Según Pérez, la solución no estaría dada en ningún artículo de la Constitución, proponiendo una reforma constitucional con el fin de lograr una plena racionalización de la Monarquía.

“Ni el artículo 62 CE, que manifiesta las competencias constitucionales del rey derivadas de las tres funciones tradicionales recogidas por el artículo 56.1 CE (símbolo, arbitrio y moderación), ni el artículo 63 CE, que da contenido a la asunción de la más alta representación en las relaciones internacionales, ni los concordantes de meras atribuciones representativas y formales a los que nos hemos referido ya, permiten derivar una lectura comprensiva de mediaciones de carácter económico o de promociones de naturaleza filantrópica”²⁵⁰

Como esto ocurre, se da la situación que la autoridad regia en muchos asuntos no cuenta con un marco regulatorio, esto en cuanto lo reglado solo estaría dando en el título II de la Constitución Española; por eso refiere que ha de ser una norma de rango constitucional la que delimite la actuación del Rey

“ya que la decisión del constituyente fue la de concretar el espíritu de las funciones descritas por el artículo 56 CE, a través del desarrollo de un título dedicado a la corona, con vocación de presentarse como completo, y por añadidura sometido a una extraordinaria protección por las normas de reforma”

Acierta el autor al manifestar que

“Creo que el potencial simbólico representativo de la Jefatura del Estado se despliega con mucha más efectividad en sus presencias protocolarias que en su concurrencia en actos constitucionales de primer orden, donde su personalidad o autoridad no llegan a entrar en juego (valga el ejemplo, entre otros muchos, de la sanción de leyes). Una mención constitucional que reflejara la capacidad representativa del jefe del Estado con carácter más comprensivo de la realidad, tanto para la presencia interna como para la externa no circunscrita a la diplomacia, perfeccionaría el estatuto regio”²⁵¹.

²⁵⁰ *Ibíd.*

²⁵¹ *Ibíd.*

Por lo anterior, la propuesta de construir esta norma Constitucional recae en agregar al artículo 62 el siguiente enunciado normativo «Las actividades de representación, mediación y protocolo propias de la Jefatura del Estado», para Pérez, esto posibilitaría que se cubrieran totalmente dichas facultades, debido a la figura del refrendo material, lo cual implicaría lograr cobijar constitucionalmente la actuación como la responsabilidad del Monarca.

La problemática como la solución que propone el jurista Español no queda solo en el campo de las condiciones del sistema Español, es cierto, que la fórmula final del enunciado normativo que debería incorporarse en la Constitución Española funciona bajo la figura del refrendo, no puede echarse por la borda la denuncia que en ultimas encierra las palabras de Pérez, esto es, la amplitud y poco control normativo que tiene el comportamiento de quién se desempeña como Jefe de Estado.

Esta denuncia es totalmente aplicable en el caso del sistema Presidencialista Colombiano, que paradójicamente goza de mayor autonomía que la dispuesta para el Rey, pues, en el caso del ordenamiento jurídico Colombiano, el Presidente y la materialización de sus actos como Jefe de Estado no necesitan refrendación alguna, a lo que se suma que por recaer en el mismo sujeto la condición de Jefe de Gobierno no puede obviamente por el Gobierno proponerse una tensión respecto de cómo se traban las relaciones internacionales por el Jefe de Estado.

Estas razones permiten establecer que existe una mayor libertad de decisión y acción en cabeza del Presidente de Colombia que en el Rey de España, esto no solo por el proceso de refrendación, las potestades regladas sino por estar la dirección de las relaciones internacionales en cabeza del Gobierno Español (Art 97 Cp/E)

Esta libertad del Presidente ha llevado, entre otras más, que se apruebe lo que antes se rechazaba, esto haciendo alusión al caso de antagonismo decisonal: Duque-Maduro-Petro.

Descrita la situación de la libertad de decisión en el campo de las relaciones internacionales, sólo queda por resolver, si éste tipo de decisiones le corresponde en algún sentido estudiar al Derecho Administrativo.

Las conductas pre configuradas para el Rey en la Constitución, por efecto de la técnica de refrendación permiten especificar el hecho que éstas entran en el ámbito de estudio del Derecho Administrativo, en cuanto que de ocasionarse daños por tales decisiones es predicable jurídicamente declarar responsable al Estado.

Siguiendo con el Derecho Español, relevante resulta la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado Español, norma que especifica su naturaleza jurídica, reconociendo que es un órgano consultivo del Gobierno, ejerciendo dicha función con autonomía organizacional y funcional garantizando con ello su objetividad e independencia (art.1); así mismo se expresa que en su labor emitirá dictámenes que no serán vinculantes (art.2.2)

El artículo 21 determina que el Consejo de Estado en Pleno deberá ser consultado, así entre varios asuntos el numeral sexto señala “*y las cuestiones de Estado que revistan el carácter de controversia jurídica internacional*” ; por su parte, el numeral diez dispone sobre los “*Asuntos de Estado a los que el Gobierno reconozca especial trascendencia o repercusión*”.

Es claro que respecto de los *actos de relaciones internacionales* que adelantan los órganos que fungen bajo el principio *ius omnimodae representationis*, estos se fundamentan en una discrecionalidad política, más aun cuando estos representantes vinculan por si solos al Estado hacia el Exterior en todos los asuntos.

Pero esta libertad tampoco es absoluta, es relativa, primero, porque se establece una relación entre representado y representante, no contando éste

con una voluntad propia, sino que su voluntad debe ser orientada al deber de cumplir con la representación.

En segundo lugar, particularmente en el campo del Derecho Internacional, es importante establecer el deber de determinar por parte del Estado la materia de las representaciones y disponer quién toma la condición de representante del Estado *dando pie al principio ius omnimodae representationis*.

Como tercer aspecto debe *reconocerse* que al provenir la facultad de representación del Estado del propio marco normativo, se activa la sujeción al principio de juridicidad y con ello se delimita el comportamiento en la dirección de las relaciones internacionales por parte del Jefe de Estado/Jefe de Gobierno

Conforme a lo anterior y partiendo de la descripción que se ha establecido en cuanto a la condición del Jefe de Estado y los actos de relaciones internacionales, como lo deduce el profesor Pérez, las consecuencias son problemáticas, porque más allá de los asuntos de celebración de tratados internacionales y convenios, instituciones que tienen una clara perfilación hacia el campo constitucional y Derecho Internacional, el problema central radica en la existencia de los demás actos que encajarían o bien en facultades dadas en los rótulos “dirigir las relaciones internacionales” o en la forma de las actividades del Jefe de Estado de simbolismo, arbitrio o moderación.

Frente a estos actos que pudiesen quedar en una zona gris, se sostiene en la presente obra que como lo demuestra las competencias particulares del Consejo de Estado Español²⁵², no debe existir ningún tipo de veto para someter al estudio del Derecho administrativo las cuestiones propias de la dirección de las relaciones internacionales del Estado.

²⁵² Consejo de Estado que solo posee la competencia consultiva y no jurisdiccional como en Colombia. Pero que resulta plausible esta relación que hacemos del Consejo de Estado Español al Consejo de Estado Colombiano que sí es un órgano jurisdiccional, en cuanto que conforme se establece en el artículo 112 de la ley 1437 de 2011 nuestro consejo de estado cuenta con una potestad consultiva del Gobierno.

Conforme a lo anterior, debe ser aceptable aprobar que ateniendo a la naturaleza del Consejo de Estado Colombiano que también cumple un papel consultivo, en él perfectamente pudiesen recaer asuntos de estudio de la dirección de las relaciones internacionales.

Aparecería una diferencia importante entre ambos órganos consultivos, en España se impone un deber consultivo en materias específicas quedando facultativo en otros asuntos, mientras que en Colombia es facultativo del Gobierno, salvo los dispuesto para la aprobación de tránsito de tropas extranjeras por el territorio, tal como lo dispone el artículo 237 numeral tercero de la Constitución Política de Colombia.

Cobra sentido lo anterior si advertimos que consultada la Ley Orgánica 2/1979, del 3 de octubre, del Tribunal Constitucional Español, en comparación con los Decretos 2195 de 1991 y Decreto 2067 de 1991 que reglamentan la acción de tutela y acción de inconstitucionalidad de la Corte Constitucional Colombiana, se evidencia que no sería potestad del Tribunal ni de la Corte conocer de este tipo de actos.

De modo que no resulta extraño e imposible que el Tribunal Contencioso Administrativo resuelva asuntos cuya naturaleza pareciera ser meramente constitucional y no administrativa.

Un ejemplo sobre la incorporación de estudios de asuntos constitucionales en el campo de lo contencioso administrativo, puede ser lo tratado en la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en contra del Estado de Colombia en los hechos que sucedieron conocidos como masacre de Ituango. Recuérdese que en su oportunidad se debatió al interior de la CIDH, si en el sistema jurídico interno colombiano se contaba con un medio que reparara los daños sufridos cuando se lesionaba un derecho constitucional; ante tal cuestionamiento, es esa ocasión, el perito designado Uprimmy Yepes, refirió en su informe que el sistema normativo no contaba con un mecanismo como tal, a esta conclusión llegaba después de evaluar la

acción de reparación directa, entre otras²⁵³. Después de esto, el Consejo de Estado incorporó en su dogmática y en su práctica, la categoría como daño autónomo la lesión de derechos constitucional y convencionalmente protegidos.

Este ejemplo, entre muchos²⁵⁴, demuestran la relevancia constitucional y política que hoy cuenta la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Basta con dar una sola mirada al papel del juez contencioso en la protección de derechos colectivos para identificar el control que se ejerce sobre la discrecionalidad política del Gobierno y no solo administrativa de la Administración.²⁵⁵

En concordancia a lo expuesto anteriormente, nótese que el artículo 3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa Española, en su artículo tercero no prohíbe expresamente conocer de actos políticos que se produzcan en el marco de las relaciones internacionales, pues, se hace referencia en el artículo 4.1 a la extensión del orden jurisdiccional contencioso-administrativo estableciendo que este se extiende

“al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter constitucional y penal y lo dispuesto en los Tratados internacionales”

Pero esto no puede ser una prohibición absoluta, más cuando expresamente no lo imposibilita efectuar el control dando la oportunidad de hacerlo.

Si se aterriza al campo del Derecho Administrativo Colombiano, se tiene que si bien es cierto se accede a la consulta del Consejo de Estado de manera facultativa, el Gobierno de todos modos puede acceder por intermedio de sus

²⁵³ https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdfv

²⁵⁴ Vacunas; control inmediato de legalidad, control de convencionalidad, riesgos, etc.

²⁵⁵ Véase: SIERRA CADENA, Grenfieth de Jesús. El Juez constitucional un actor regulador de políticas públicas en Colombia. Ed. Universidad del Rosario. Colombia.2007

ministros, de modo que, posiblemente, podría acudir el Ministro de Relaciones Internacionales en consulta sobre asuntos de raigambre internacional.

Igualmente es posible el control jurisdiccional de los actos de relaciones internacionales porque conforme decisiones de la Corte Internacional de justicia y la sucedida Corte Permanente de Justicia Internacional, se le reconoce a los Ministros de Relaciones Exteriores amplias facultades para representar a sus Estados en cualquier actividad de alcance internacional.

En Colombia, el decreto 1067 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores, establece en el numeral 1.1.1.1, que:

“El Ministerio de Relaciones Exteriores es el organismo rector del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores y le corresponde, bajo la dirección del Presidente de la República, formular, planear, coordinar, ejecutar y evaluar la política exterior de Colombia, las relaciones internacionales y administrar el servicio exterior de la República”.

Nótese que las relaciones internacionales no quedan en el campo gris de lo político, sino entran a incorporarse al campo administrativo de las relaciones Exteriores, quiere decir esto que actos que se emitan en este sector pueden ser judicializados, más aun cuando se ha incorporado en el sistema jurídico colombiano la cláusula general de competencia, con la que se provoca el control jurisdiccional de la actividad administrativa.

Es claro entonces que no es posible sustentar que los actos de relaciones internacionales no pertenecen a la esfera del Derecho Administrativo. Estos actos cuentan con un espectro de discrecionalidad política que no es óbice para no ser controlados sino se está conforme a la juridicidad.

La inclusión de las relaciones internacionales en un marco normativo y a través del órgano del Ministerio de Relaciones Exteriores, permite que el objeto descartado en algún momento del estudio del derecho administrativo, hoy pueda considerarse incorporado en su racionalidad.

Pero por otro lado, nótese también, que el gobierno ha aceptado un tipo de auto delimitación en su comportamiento de dirección de las relaciones internacionales, un ejemplo claro de ello se da en el sistema jurídico de Colombia con la *Comisión Nacional Para Asuntos Antárticos*, dispuesta en el artículo 2.2.2.3.4.

“La Comisión Nacional para Asuntos Antárticos, **decidirá** la política general del Gobierno en su participación en el Sistema del Tratado Antártico”.

Posteriormente, a estas comisiones se les dotó de un criterio de promoción de políticas como es el caso de la comisión nacional permanente de la organización del tratado de cooperación amazónica dispuesta en el artículo 2.2.2.4.1, aunque a diferencia de la Comisión Nacional para Asuntos Antárticos, a ésta no se le dispuso la facultad de decisión.

Queda claro que la condición de representante del Estado en el contexto internacional no es una cuestión de poca importancia para el Derecho Administrativo.

A continuación se recaerá en el estudio del acto de estado en la dirección de las relaciones internacionales que parte de la doctrina ius administrativista ha reconocido como mero acto político (Enterría) o reconocido como un acto institucional aprobado como zona de inmunidad jurisdiccional.

SECCION II. DE LOS ACTOS DE ESTADO DE DIRECCIÓN DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES Y SU APREHENSIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

Se suele considerar como sinónimo de los actos políticos o de gobierno la noción de actos de Estado, así, se ha entendido que lo que es para la doctrina Francesa los actos de Gobierno, para el sistema Ingles, resultan ser los actos de Estado. Este tipo de actos inicialmente se asimilaban en que suponían la prohibición del control jurisdiccional a razón que no podía el poder judicial fiscalizar la cuestión política propia del Gobierno o del Parlamento.

El profesor, Allan Brewer-Carías, recuerda que la configuración de los *<acte de gouvernement>* en el sistema jurisprudencial Francés, trajo consigo un grupo de casos que se encasillaban en ser actos inmunes al control judicial, pero que al ir perdiendo vigencia terminaron ubicándose en esta categoría sólo varios tipos de actos: actos de relaciones entre el Gobierno y el Parlamento, los actos de relaciones internacionales; actos de seguridad, entre otros.²⁵⁶

Repasando brevemente los sistemas jurídicos italiano, Portugués, Español y Alemán, señala Brewer-Carías, que la misma idea de actos inmunes de control jurisdiccional se presentó en Inglaterra y en Estado Unidos.

En Inglaterra bajo la denominación de *<act of state>*, se ha declarado la incompetencia de los Tribunales Británicos para conocer de reclamaciones de daños y perjuicios contra la Corona, siempre y cuando estos actos fueran cometidos en territorio extranjero, lo que implica que la noción de actos de estado contengan un componente con las relaciones internacionales. Refiere, el jurista venezolano, que en la noción de acto de estado se reconoció el ejercicio de un poder soberano; particularmente este tipo de actos sostienen la

²⁵⁶ BREWER-CARÍAS, Allan R. Comentarios sobre la doctrina de los actos de Gobierno, del acto político, del acto de estado y de las cuestiones políticas como motivos de inmunidad jurisdiccional de los estados en sus tribunales Nacionales. Consultado en: <https://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II.4.256.pdf> Pág. 65

prohibición de justiciabilidad frente a las acciones del Estado en el plano internacional.²⁵⁷

Respecto al sistema norteamericano, refiere Brewer-Carías, se desarrolló la doctrina de <political questions>, entendiendo que estos actos son dictados por la Administración pero en cumplimiento de funciones políticas, entre las que se encuentra la dirección de las relaciones internacionales y diplomáticas, la celebración de tratados, comando de las fuerzas armadas, como el establecimiento de las relaciones entre ejecutivo y legislativo.²⁵⁸

Ahora bien, se trate de los actos políticos o actos de estado o cuestiones políticas, en todo caso se trata de reconocer que existen en el sistema jurídico actos que no provienen de la función administrativa del Estado, sino de un fundamento político y, por lo tanto, inmunes al control jurisdiccional.

El profesor Venezolano determina que en el sistema jurídico de Venezuela, si bien se accedió a la doctrina de los actos políticos, la inmunidad jurisdiccional de este tipo de actos es improbable, en tanto la Constitución Política habilita el control constitucional, lo que guarda correspondencia con la idea que se ha sostenido en la vieja doctrina europea de concebir los actos políticos como actos dictados en ejecución directa de normas y atribuciones constitucionales.²⁵⁹

Haciendo un examen del control de constitucionalidad de los actos de poder, Brewer-Carías, expone que la relevancia de los actos de gobierno fue perdiendo fuerza con la entrada del control concentrado constitucional, en tanto que, si bien pudiese comprenderse que los actos políticos escapaban del control contencioso administrativo, no lo hacían frente al control constitucional. Lo anterior se apoya de la misma naturaleza de los actos políticos que se reconocen como el ejercicio del poder de ejecución directa e inmediata de la constitución a diferencia de los actos administrativos que son de ejecución

²⁵⁷ Ibíd. Págs. 66-67

²⁵⁸ Ibídem.

²⁵⁹ Ibíd. Pág. 68

indirecta y mediata de la constitución.²⁶⁰ Esta distinción que además se apoya en la ley orgánica de la Jurisdicción contenciosa administrativa de 2010 de Venezuela art. 9.1, permite fijar que solo podrá demandarse los actos de gobierno por inconstitucionalidad ante la corte Constitucional, sólo correspondiéndole conocer la ilegalidad e inconstitucionalidad de los actos administrativos a la justicia de lo contencioso administrativo.

Explica Brewer Carias, que esta distinción corresponde al principio de la formación del derecho por grados o de la jerarquía normativa de los actos estatales, así:

“La delimitación del objeto de control por parte de ambas Jurisdicciones, por supuesto, implica determinar, además, cuál es el ámbito del “derecho” con el cual deben estar conformes los actos estatales objeto de control. Por tanto, independiente de la función estatal que se ejerza y del órgano estatal que los dicte, la determinación de la Jurisdicción llamada a ejercer el control de conformidad con el derecho de los actos estatales, dependerá del grado que tienen en el proceso de formación del derecho.

La Constitución, en efecto, en Venezuela, responde esencialmente al principio fundamental de la formación del derecho por grados, o de la jerarquía normativa de los actos estatales, lo que tiene particular interés para el derecho administrativo, dado que la actividad de la Administración que por esencia el mismo regula, y en particular, la que origina los actos administrativos, es siempre una actividad de carácter sub legal, es decir, de ejecución directa e inmediata de la legislación y sólo de ejecución indirecta y mediata de la Constitución”²⁶¹

La distinción resulta clara para Brewer Carias en cuanto que la relevancia al desarrollo del derecho por grados determina que los actos políticos desarrollan de manera directa e inmediata a la Constitución²⁶², lo que significa que no

²⁶⁰ BREWER-CARÍAS, Allan R. *El Control De Constitucionalidad De Los Actos Del Poder Ejecutivo Dictados En Ejecución Directa E Inmediata De La Constitución, Y El Principio De La Formación Del Derecho Por Grados En Venezuela*. Consultado en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2012/10/742.-728-LA-COMPETENCIA-DE-LA-JURISDICCION-C3%93N-CONSTITUCIONAL-Y-EL-PRINCIPIO-DE-LA-FORMACION-C3%93N-DE-DERECHO-POR-GR.pdf> Pág. 7

²⁶¹ *Ibíd.* Pág. 9

²⁶² El sistema jurídico Colombia reconoce el desarrollo directo de la constitución, por ejemplo en el caso de reglamentos autónomos, Véase Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Primera, Consejero Ponente: Oswaldo Giraldo López Bogotá, D.C., (27) veintisiete de marzo de dos mil diecinueve (2019) radicación número: 11001-03-24-000-2016-00386-00

requiere un desarrollo legal, a suerte que como algunos derechos son de aplicación directa también lo será el ejercicio de algunas funciones asignadas a los poderes públicos; en cambio, el campo de lo sub legal, es decir, de aquellas actividades que no son aplicación directa e inmediata de la Constitución, requieren la producción legal para desarrollarse determinando ello la existencia del acto administrativo.²⁶³

Entiende, Brewer Carías, que además de distinguir el acto de gobierno del acto administrativo a consideración del criterio orgánico, también es importante tener presente el criterio formal, esto es, que en materia de actos de gobierno estos sólo están reservados al Presidente de la República. Con todo esto, los actos de gobierno se acomodan en el orden legal y no sub-legal, de allí que sea admisible su control constitucional.²⁶⁴

“Como se ha dicho, conforme a la Constitución, el Presidente de la República puede dictar actos de igual rango que la Ley, pero desvinculados de ésta por ser emanados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, que se han denominado como “actos de gobierno,”⁶⁶ dictados en el ejercicio de la función política, y que, por tanto, no son actos administrativos. Al ser dictados con base en atribuciones que la Constitución le asigna directamente al Presidente, el legislador no puede regularlos pues no tiene competencia para regular el ejercicio de la función de gobierno por parte del Poder Ejecutivo. No se trata, por tanto, de actos de carácter sublegal, sino de igual rango que la ley, aun cuando no tengan “valor” de ley por no tener poder derogatorio respecto de las mismas”²⁶⁵

Permite aclarar este autor, que la idea de separación de poderes trajo consigo la institución de la función de los poderes, reconociendo que es posible en tiempos contemporáneos precisar cinco tipos de funciones de los órganos estatales: la función normativa, la función política, la función administrativa, la

²⁶³ Ibid. Pág. 14

²⁶⁴ Ibid. Págs. 20-22

²⁶⁵ Ibidem. Refiere el autor “De acuerdo con esta categorización, entre los actos de gobierno que puede dictar el Presidente de la República, estarían, por ejemplo, la concesión de indultos (art. 236.19); los actos relativos a la dirección de las relaciones exteriores de la República (art. 236.4); la adopción de decisiones como Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, como el fijar el contingente de las mismas y promover sus oficiales (art. 236.5 y 236.6); la declaratoria de los estados de excepción y el decretar la restricción de garantías (art. 236.7); la convocatoria a la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias (art. 236.9); y la disolución de la Asamblea Nacional en caso de que se produzcan tres votos de censura contra el Vicepresidente (arts. 236.21 y 240)” Pág.24

función jurisdiccional y la función de control²⁶⁶, con esto, se comprende por función lo inherente a la idea de poder público y a la naturaleza de cada órgano que conforma ese poder.

Bajo estas premisas, Brewer-Carías, diferencia entre función política y función administrativa, refiriendo que la función política es atribuida de manera directa al Presidente de la República, sin condicionamiento legal, para que tome decisiones de índole político como Jefe de Gobierno y Jefe de Estado, excediendo asuntos de la mera administración, en este sentido se da el ejemplo claro de los actos de la dirección de las relaciones exteriores, la convocatoria a sesiones extraordinarias del congreso o asamblea nacional, el decreto de estados de excepción o la restricción de garantías constitucionales.²⁶⁷

Declara , Brewer- Carias, que es claro que los órganos que ejercen el poder ejecutivo, realizan dos funciones, por un lado, la función política y por el otro lado, la función administrativa.

La primera, exclusiva del Presidente quien la ejerce en ejecución directa e inmediata de la Constitución , traduciéndose esta función en actos estatales de rango legal como lo son los actos de gobierno , sin que esto signifique desconocer que la Asamblea Nacional o Congreso también poseen la función política que materializan a través de Leyes o Actos Parlamentarios.

La segunda, la función administrativa, siempre será una aplicación indirecta y mediata de la Constitución a nivel sub legal.²⁶⁸

Comprende el jurista Venezolano que la teoría de actos de gobierno , clásicamente se apoyó de la comprensión que estos actos provenía de una función política exenta de control jurisdiccional , pero con la entrada en vigencia de los Tribunales Constitucionales y el control constitucional, se comprendió

²⁶⁶ Ibíd. Pág. 25

²⁶⁷ Ibíd. Pág. 26

²⁶⁸ Ibíd. Pág.27

que el ejercicio de la función política provenía precisamente de la aplicación directa e inmediata de la Constitución, por lo que la tesis de inmunidad jurisdiccional desapareció, aunque no sea objeto de control en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sí admitirá control a gracia del principio de control constitucional universal.²⁶⁹

Con el estudio del profesor Brewer Carías expresado líneas atrás, sobresale otra cuestión sobre los actos políticos, nótese que sistemas jurídicos como el colombiano acogió la tesis de aceptar la presencia de actos políticos controlables por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, reconociéndolos como meros actos administrativos y admitiendo un control del mismo tipo que sobre los actos administrativos discrecionales. Es claro que en los términos de la tesis que se acaba de desglosar no sería admisible propender por la competencia del juez de lo contencioso sobre este tipo de actos²⁷⁰.

Como se refirió preliminarmente, en Inglaterra se construyó el concepto de acto de Estado con tendencia en particularizar la no responsabilidad de la Corona por daños en territorio extranjero.

Se considera en la presente obra que es acertado tomar el concepto de acto de Estado para precisar con claridad que se trata de actos donde se ejerce función política, en particular, se materializa la dirección de relaciones internacionales.

De modo que tal como existe actos administrativos y actos políticos o de gobierno, también existirán actos de estado, haciendo alusión estos últimos a un tipo en particular de dirección de las relaciones internacionales; facultad encomendada por vida constitucional y de manera directa al Jefe de Estado o Jefe de Gobierno.

Compréndase que tomar la noción de acto de estado y circunscribirlo específicamente a los actos de dirección de las relaciones internacionales, permite el desarrollo efectivo del problema de investigación de la presente

²⁶⁹ *Ibíd.* Págs. 33-36

²⁷⁰ Adviértase en esta instancia que esta cuestión será tratada en el capítulo tercero de esta obra.

tesis, esto en cuanto que lo que se debate es saber si este tipo de actos de estado pueden y deber ser conocidos por una doctrina particular del Derecho Administrativo, que a su vez, promueve un debate en torno a su control. Recuérdese que el profesor Español García de Enterría, como el profesor Colombiano Gustavo Penagos, al unísono apartaron del objeto de estudio del Derecho Administrativo este tipo de actos de dirección de las relaciones internacionales, fijándolos al campo del Derecho Constitucional como al Derecho Internacional.

A contrario sensu de estas posturas, la presente tesis, hasta lo aquí desarrollado ha demostrado que en el campo del estudio del Derecho Administrativo, *los actos de estado de dirección de relaciones internacionales* son proclives a ser abordado por la dogmática ius administrativista.

Especificar la cuestión de los actos de Estado permite abordar el asunto en detalle y no como un esquema universal de los actos políticos, pues de entrada la cuestión de los actos de gobierno o políticos trae consigo los siguientes inconvenientes:

Primero, de aceptarse la tesis que los actos de gobierno han desaparecido del sistema por ser tratados como meros actos administrativos, esto conduce a desconocer la realidad de las actuaciones del Jefe de Estado o de Gobierno, en quienes recae la dirección de las relaciones internacionales, en tanto que debería considerarse que éste tipo de función política no es nada más que la ejecución de un acto administrativo, conclusión que de entrada resulta ser desacertada.

Segundo aceptar que los actos políticos, de gobierno, institucionales, de estado, son todos lo mismo, imposibilita la tarea de refutar en concreto la tesis de Enterría, Penagos, Brewer-Carías, de alejar del estudio del Derecho Administrativo los actos de dirección de las relaciones internacionales.

Tercero, comprender en un “solo paquete” todas las manifestación de función política en los actos políticos, no permite debatir en detalle casos como lo es la dirección de las relaciones internaciones, que hasta el día de hoy se supondría son una zona de inmunidad jurisdiccional. En este sentido recuérdese que el

profesor Penagos admitía en su estudio que los actos institucionales no podrían confundirse con los actos políticos, entendiendo que estos implicaban zonas de inmunidad jurisdiccional a diferencia de los actos políticos.

Cuarto, separar actos de estado de los actos políticos, permitirá discutir con mayor rigor, si este tipo de actos pueden ser objeto de Control de lo Contencioso Administrativo, más aun, cuando como lo advertía Brewer Carias, solo admitirían control constitucional, tesis que es contraria a la Ley 1437 de 2011 de Colombia que determina la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de conocer de forma y de fondo los actos políticos.

Con lo anterior, entiéndase que una doctrina ius administrativa, como la que se propone en la presente tesis, que recaiga sobre los actos de Estado, será útil para enriquecer los estudios del Derecho Público y en especial del Derecho Administrativo, en tanto que dará claridad respecto de saber si los actos de dirección de relaciones internacionales hacen parte o no del objeto de estudio de esta rama de la ciencia jurídica; así mismo, en sentido más práctico permite resolver la cuestión de si es posible profesar un tipo de control de éste tipo de actos en sede del Derecho Administrativo.

En torno a esta cuestión, Cascante Segura, refiere que de vieja data se ha presentado un problema del control de la política exterior, en particular, frente al control jurisdiccional, pero también del control político en que sólo recae en la evaluación de la oportunidad y resultados de la política exterior de determinado Gobierno.

En lo que respecta al control jurisdiccional, la problemática va desde lo difícil que ha resultado definir jurídicamente qué se entiende por política exterior, hasta la asimilación que esta actividad del Gobierno de dirección de la política exterior es meramente discrecional.

Para Cascante Segura, todo el déficit del control jurisdiccional se ha dado por partir de una visión estrictamente jurídica que separa lo político y lo jurídico.²⁷¹

²⁷¹ Ibídem. Pág. 9

Ante tal realidad, Segura, se propone establecer un concepto operativo jurídico de política exterior, para ello acude a la comprensión del fenómeno en las relaciones internacionales y lo definido en el campo jurídico; así, mientras en aquel se ha pretendido construir un concepto general que abarque problemas multidimensionales, en éste se ha pretendido construir un concepto que permita delimitar los efectos jurídicos.

De manera sobresaliente resalta, Segura, que la amplitud de la frase de dirigir las relaciones internacionales que se ha dotado como competencia al Presidente de la República, puede conducir a entender dos situaciones: la primera, la dirección de la política exterior; la segunda, simplemente desarrollar las relaciones diplomáticas.

En el caso de Costa Rica, entiende el autor que resulta más acertado relacionar la dirección de las relaciones internacionales como el desarrollo de las relaciones diplomáticas, en cuanto que el concepto de la política exterior se adicionó a la Constitución del País²⁷²

Resalta, Segura, que en el campo del control jurisdiccional de los actos de política exterior²⁷³ se ha presentado dos tipos de facetas, por un lado, está la aceptación que se ha hecho sobre el control de constitucionalidad de los tratados internacionales, pero, por otro lado, está el control de los actos no jurídicos.²⁷⁴

Sobre el control de constitucionalidad de los tratados, aunque tenga matices y discusiones importantes, no resulta de relevancia para el presente estudio, así que se dejara de lado. Por el contrario, se considera que lo relevante para un estudio del derecho administrativo contemporáneo son estos **actos no jurídicos de dirección de política exterior**, entre los cuales se encuentra el reconocimiento o no de estados o gobiernos, la declaratoria de guerra, participación en conferencias, reuniones, etc.

²⁷² Ibídem. Pág. 14, también véase artículo 9 de la constitución política de Colombia.

²⁷³ Para el autor no es correcto hablar de control de la política exterior, debiéndose reemplazar por el control de los actos de política exterior, esto en cuanto que los sistemas jurisdiccionales están constituidos para juzgar actos y no procedimientos de planeación de manera general.

²⁷⁴ Ibídem. Pág. 15

El tema del control de los *actos no jurídicos de política exterior*, necesariamente conduce nuevamente a la problemática de la existencia de determinados actos de naturaleza política y discrecional que imposibilitan un control material judicial por parte de los jueces.

Retomando la discusión de los actos de gobierno, actos de estado y la cuestión política, el profesor Segura, reconoce que en los <act of State> de origen Británico, se ha consolidado una prerrogativa al poder para la conducción de determinados asuntos, estas prerrogativas o privilegios pasaron del Monarca al Gobernante; lo mismo aconteció en la <political question> Norteamericana, en la que se reconoce un poder exclusivo del Gobierno para llevar a cabo determinadas tareas, como lo es la dirección de las relaciones internacionales, no admitiéndose control jurisdiccional, tan sólo político y en su caso de la opinión pública.²⁷⁵

Para Segura, con la pretensión de transparencia y control que ha querido concebir las sociedades contemporáneas se ha promovido una transformación respecto de cómo debe evaluarse la dirección de la política exterior por parte de los Estado, así se ha dado lugar a unas posturas sobre el control, reconociendo en Alemania un sistema de apertura total al control de los actos de política exterior, en Francia dándose un sistema más cerrado que el Alemán, y en la Unión Europea y Estados Unidos, presentándose discusiones serias sobre el asunto.²⁷⁶

En Alemania, informa el autor, no se dio un desarrollo de la teoría de los actos de Gobierno en el campo de la política exterior, por lo que no existen limitaciones normativas para que el Tribunal Constitucional ejerza su respectivo control; pero sí, se ha establecido un conjunto de principios que le permiten al Tribunal valorar la política exterior, entre estos principios se encuentran los *principios de aproximación y autocontención*, con los cuales se predica que al momento de valorar el ejercicio de las relaciones internacionales, no necesariamente debe darse un apego irrestricto a la legalidad interna, esto en cuanto que muchas veces las relaciones internacionales se forjan por

²⁷⁵ Ibid. pág.17-20

²⁷⁶ Ibid. pág.22

intermedio de la negociación, siendo este el núcleo de la discrecionalidad que deberá el Tribunal respetar, de modo que solo se autoriza una limitación del Tribunal cuando la acción del Gobierno sea manifiestamente arbitraria, lesione delimitaciones básicas expuestas en el sistema constitucional o lesione derechos fundamentales.²⁷⁷ Para Segura, es rescatable la iniciativa del Bundesverfassungsgericht al establecer reglas que sin llegar a eliminar el control jurisdiccional promueven un equilibrio entre los poderes.

En cuanto al caso Francés se ha desarrollado la tesis de los actos separables de las relaciones internacionales (*“acte détachable des relations internationales”*), como refiere el autor, esta doctrina precisa que existen un tipo de actuaciones que están ligadas a los actos de gobierno pudiendo ser controladas, en cuanto que su naturaleza es de ejecución y no de decisión de política exterior. Aun así se afirma no ha sido suficiente para delimitar la libertad del Presidente en la dirección de la política Exterior.²⁷⁸

Explica Segura, que ha conducido a importantes debates el tema del control de los actos de política exterior, así en la Unión Europea el asunto no ha sido fácil, pues originándose el debate por la necesidad de construir una política exterior y de seguridad Común y el papel del Tribunal de Justicia Europea, se ha señalado que este tribunal no tiene competencia para controlar los actos de política exterior y seguridad común, como tampoco sobre los actos que se desprenda de estos. Tan solo en dos situaciones se permite el control por el Tribunal de Justicia, uno es cuando actos violen la competencia de otras instituciones de la Unión Europea, el otro cuando los actos emitidos que restrinjan derechos de las personas sean estas jurídicas o físicas.²⁷⁹

La Unión Europea reconoce que la política exterior y de seguridad común está constituida para resolver conflictos y promover el entendimiento internacional a

²⁷⁷ *Ibíd.* pág.23

²⁷⁸ *Ibíd.* pág.24. Segura, trae a colación dos casos, uno en el año 1995, frente a la decisión del presidente Francés de reactivar ensayos nucleares en la polinesia Francesa, el segundo caso, del año 2003, en la que se solicitó anular la decisión de la ministra de defensa de autorizar el paso de aviones Americanos y Británicos de permitir el uso del espacio aéreo francés, todo esto motivado por la lucha contra Iraq. En ambos casos se consideró que eran actos de política exterior, y así, actos de gobierno no controlables jurisdiccionalmente.

²⁷⁹ *Ibíd.* pág.25 véase. Art. 24 tratado de Lisboa. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no tiene jurisdicción en el ámbito de la PESC (artículo 24 del Tratado de la Unión Europea —TUE—), excepto:—cuando se revisa la legalidad de las medidas restrictivas (por ejemplo, las sanciones) adoptadas por la UE contra personas físicas o jurídicas;—cuando se supervisa la aplicación de la PESC por parte de las instituciones de la UE. <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/foreign-security-policy-at-eu-level.html>

través del uso de la diplomacia y el reconocimiento y respeto de las normas internacionales.

En la UE se ha orientado como misión de la política exterior y de seguridad: i) mantener la paz, ii) reforzar la seguridad internacional, iii) fomentar la cooperación internacional, iv) desarrollar y consolidar la democracia y el Estado de Derecho, así como el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales²⁸⁰.

Segura, refiere en cuanto Estados Unidos que debido su importancia en el contexto internacional, la discusión del control de los actos de política exterior ha sido relevante, un primer bando, propone la ruptura de la doctrina de las cuestiones políticas, movidos por los sucesos de la llamada guerra contra el Terrorismo promovida por el Presidente Bush , el otro bando, a contrario sensu, defiende la imposibilidad de control , en tanto se debe garantizar altos niveles de discrecional en un asunto tan relevante para la vida del Estado como lo es la dirección de la política exterior. Explica, Segura, que en el caso Baker contra Carr, que sin ser curiosamente especialmente de política exterior, la Corte Suprema Norteamericana, dejó sentada la tesis que tratándose de actos de dirección de las relaciones exteriores su naturaleza es de índole política, conteniendo alto margen de discrecionalidad y ajeno del control judicial, pero precisando la Corte que el deber que le asiste al Juez es analizar si en cada caso las actuaciones del Ejecutivo se circunscriben a este tipo de actos, ante lo cual fijo seis parámetros, a saber:

“i) La existencia de una clara indicación constitucional de que la cuestión ha sido asignado a un órgano político del gobierno. ii) La inexistencia de parámetros judiciales de valoración del acto. iii) La existencia de una decisión política discrecional como elemento fundamental para la realización del acto. iv) La imposibilidad de evitar una marcada contradicción con los otros órganos del estado al valorar judicialmente el acto. v). La necesidad inusual de aceptar una decisión de carácter político previamente tomada. Vi). La posibilidad de generar

²⁸⁰ https://european-union.europa.eu/priorities-and-actions/actions-topic/foreign-and-security-policy_es

controversias con la existencia de múltiples pronunciamientos alrededor de un tema".²⁸¹

Promoviendo una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Costa Ricense, finalmente menciona, Segura, en torno al manejo de las relaciones internacionales que por la jurisprudencia se ha decantado reconocer en este tipo de actividades un margen amplio de discrecionalidad no controlable por los jueces.²⁸²

Por lo anterior, nótese que si bien Penagos, Enterría y Brewer Carías, por citar solo algunos autores, han expuesto la extinción de los actos políticos, o bien por tratarse de actos administrativos o bien por admitirse un control constitucional sobre estos, en el campo de la dirección de las relaciones internacionales la inmunidad jurisdiccional sobresale precisamente porque en este campo se hace más latente la condición de lo político propio de la potestad otorgada por la Constitución al Ejecutivo y, en particular, al Jefe de Estado o Gobierno.

De modo que, resulta totalmente relevante para el estudio del Derecho Administrativo la comprensión de los *actos no jurídicos* de dirección de las relaciones internacionales, los que se denominaran en este estudio: *actos de Estado*.

A continuación se abordara el estudio de la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano, en la que ha se hecho algún tipo de pronunciamiento sobre la dirección de las relaciones internacionales.

Sección A. La dirección de las relaciones internacionales en la Jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano.

Puede ubicarse como antecedente de la cuestión, la decisión del año 1976, en la cual el Consejo de Estado, ante la pretensión de nulidad de la nota

²⁸¹ 27-28

²⁸² 50- 55

diplomática emitida por la Cancillería de Colombia en la que no objetaba la soberanía de los Estados Unidos de Venezuela sobre el archipiélago de los Monjes, decide declararse inhibida reconociendo que la naturaleza de la nota diplomática correspondía más a un acto político y no administrativo ante cual carece de competencia la jurisdicción.

Las razones relevantes de la inhibición fueron las siguientes:

- i) Es claro que la constitución política dispuso expresamente en cabeza del Presidente de la República dirigir las relaciones internacionales por ser él Jefe de Estado, así que ningún otro funcionario o entidad ostenta dicha competencia, no correspondiéndole a la Jurisdicción Contencioso Administrativa discutir su legitimidad;
- ii) Una evaluación de la naturaleza jurídica del acto (nota diplomática) desborda el derecho público interno;
- iii) El fundamento de expedición de la nota corresponde a un acto político y no de naturaleza administrativa;
- iv) Se evaluó un hecho importante por el Consejo de Estado como fue el uso de mecanismos del derecho internacional, esto en cuanto entiende que Colombia y Venezuela podrían adelantar negociaciones directas que pueden terminar en un acuerdo.

Importante son las referencias del magistrado Humberto Mora Osejo, quien en salvamento de voto, expuso:

- i) Que la doctrina de los actos políticos han venido siendo desechados por la doctrina y la jurisprudencia propendiendo por someterlos al control judicial, más aun cuando este tipo de actos son una modalidad de actos administrativos;
- ii) Si bien la jurisprudencia Francesa reconoce los actos de relaciones diplomáticas y relaciones entre administración y el parlamento como actos de gobierno, no puede comprenderse que sean actos externos solo verificables por un tribunal internacional;

iii) Recuerda el Magistrado que la Sala de decisión en el año 1971, reconoció que ni la constitución ni la legislación “*instituyen actos políticos o de gobierno para excluirlos de control jurisdiccional*”²⁸³

iv) Reconoce que todos los actos del Gobierno, Ministros incluido el de relaciones Exteriores es un acto administrativo, por lo que rechaza la postura mayoritaria de la sala, en cuanto que ni siquiera el acto fue emitido por el Presidente²⁸⁴

v) Afirma que los actos de gobierno son meros actos administrativos²⁸⁵

vi) En el fondo del asunto la actuación del Ministro extralimitó la competencia, exclusiva del Presidente y el Congreso, por lo que el acto debería ser declarado nulo.

Posteriormente en auto de fecha 14 de septiembre del año 1989, la máxima corporación decidió sobre recurso de reposición presentado contra la decisión de admitir la demanda presentada contra la Nota Diplomática 747 /79 ,emitida por el Ministerio de Relaciones Exteriores. El recurrente se fundamentó en reconocer la nota diplomática como acto político y no administrativo, en particular un “acto jurídico internacional de la administración pública”. La corporación decidió negar el recurso bajo estos fundamentos:

i) Ante la guerra y la arbitrariedad se ha consolidado el estado Constitucional o de Derecho, así se permite la libertad individual pero a su vez se restringe el abuso del poder, por sujeción de los poderes a la legalidad.

ii) Colombia adopta este modelo, al punto que el artículo 82 del Decreto 01 de 1984, otorgando competencia al Consejo de Estado para conocer controversias sobre actos políticos, con lo cual se rompe la especulación de la negación de control judicial sobre este tipo de actos.

²⁸³ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo sección Primera Consejero ponente: Carlos Galindo Pinilla. Bogotá, D. E., veintiocho (28) de enero (01) de mil novecientos setenta y seis (1976)

²⁸⁴ Véase: Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Primera Consejero Ponente: Miguel González Rodríguez Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994) Radicación número: 3092

²⁸⁵ ibídem.

iii) La imposibilidad de control de los actos políticos carece de valor jurídico y base constitucional.

iv) Los actos jurídicos internacionales de la administración, son tan solo una modalidad teórica de los actos políticos o de gobierno, sujetos a control jurisdiccional.²⁸⁶

Ya en el año 1994, por medio de auto que resuelve recurso de Súplica, el Consejo de Estado, entra a resolver el recurso presentado en ocasión de la inadmisión de la demanda en contra del memorando de entendimiento sobre cooperación e investigación judicial entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Guatemala. Inicialmente la corporación inadmitió la demanda en cuanto que considerada que se trataba de un acto jurídico bilateral internacional, que no era de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a razón de ello al tratarse de un acto bilateral, estando ellos perfeccionados o no, le correspondería a la Corte Constitucional decidir sobre su exequibilidad. Posteriormente, el recurrente alegó que el memorando de entendimiento en sentido estricto no era un acto bilateral como lo sería un convenio o tratado, entrando una vez suscrito en vigencia sin necesidad de perfeccionamiento, ante lo cual, sí era competente el Consejo de Estado para desatar la cuestión. En la decisión de fondo, la sala confirma la decisión de inadmitir la demanda, apoyada en las siguientes razones:

i) El memorando no es un acto administrativo, en tanto que no cuenta con la condición de unilateralidad propia de los actos administrativos.

ii) El memorando no es tampoco un hecho administrativo, pues en este caso los efectos jurídicos son independientes de la voluntad de la administración

iii) Tampoco es el memorando una operación administrativa, pues, no es una reunión de la decisión de la administración con su ejecución y obviamente, no será un contrato estatal.

²⁸⁶ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Primera Consejero Ponente: Bogotá, D. E., catorce (14) de septiembre (09) de mil novecientos ochenta y nueve (1989). MP. Luis Antonio Alvarado Pantoja

vi) Recuerda el Consejo de Estado que su competencia es restringida y en este caso no le corresponde conocer sobre este tipo de memorandos de entendimiento.²⁸⁷

En otra ocasiones por medio auto que resuelve recurso de apelación impetrado contra decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que decide no reponer la inadmisión de la demanda de acción popular presentada por razones de negociación del TLC Colombia –USA, el Consejo de Estado recuerda que conforme a la Constitución Política artículo 189. numeral 2, le corresponde al Presidente como Jefe de Estado la dirección de las relaciones internacionales, así mismo comprende que tratándose de tratados internacionales la competencia recae sobre la Corte Constitucional, de modo que encuentra que no es procedente por medio de la acción popular requerir al Juez de lo contencioso para que intervenga en el proceso de negociación del TLC, facultad que desempeña el Presidente, pues, no siendo ello procedente, la negociación terminara siendo Ley que deberá conocer sobre su control integral la Corte Constitucional.²⁸⁸

Por otra parte, el concepto de la Sala de Consulta y Servicio del Consejo de Estado emitido ante la consulta elevada que recaía sobre la administración y distribución de recursos para el colegio Mayor Miguel Antonio Caro, ubicado en España, a razón de los “Acuerdos Especiales de Carácter Cultural” que culminaron con la expedición de la Ley 34 de 1969, y que aun refirieron la Ministra de Relaciones Exteriores de Colombia que los convenios no fueron ratificados, manifiesta la Sala el deber que le asiste al Estado Colombiano de dar cumplimiento del tratado contenido en la Ley 43 de 1981.²⁸⁹

²⁸⁷ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Primera Consejero ponente: Libardo Rodríguez Rodríguez Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Radicación número: 2928

²⁸⁸ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA Bogotá D. C., seis (06) de julio de dos mil seis (2006) Radicación número: 25000-23-27-000-2005-01725-01(AP)

²⁸⁹ Consejo De Estado Sala De Consulta Y Servicio Civil. Consejero ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de abril de dos mil doce (2012) Radicación numero: 11001-03-06-000-2011-00088-00(2083) Actor: Ministerio De Educación Nacional

Referencia: Derechos y obligaciones del ICETEX sobre el Colegio Mayor Miguel Antonio Caro con sede en Madrid - España. La consulta elevada recaía sobre lo siguiente Está obligado el ICETEX a cumplir con lo dispuesto en la Ley 34 de diciembre 29 de 1969, lo cual implica seguir invirtiendo dineros del erario Colombiano, en la administración de un inmueble en el exterior que, de acuerdo con las comunicaciones citadas de los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores determinan que no hace parte del patrimonio público colombiano y que además se encuentra registrada la totalidad del pleno dominio a nombre de la Universidad Complutense de Madrid.

Resulta de suma relevancia el concepto emitido por la Sala De Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que ante la consulta elevada por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, **respecto del alcance de la discrecionalidad con la que cuenta el señor Presidente** de la República, en su calidad de director de las relaciones internacionales, para decidir sobre la comparecencia o no de la República de Colombia en los procedimientos que se adelantan ante la Corte Internacional de Justicia, se informa en el concepto tocando aspectos como la discrecionalidad y en particular la existencia de *actos no jurídicos* como lo es decidir o no asistir ante la Corte.²⁹⁰

El Consejo de Estado apoya su concepto en las siguientes razones:

- i) Se afirma en la consulta por parte de Presidencia que ante las “flagrantes contradicciones” de la Corte Internacional de Justicia se ha decidido que Colombia no siga compareciendo, tal como lo apoya la comisión asesora de relaciones exteriores y sectores políticos, así mismo, se reporta en la Consulta que ha habido casos en los cuales Estados demandados no han asistido ante la Corte Internacional sin que ello pueda conducir a aplicación de sanciones por no comparecencia, ante lo cual la discusión transita al campo de la responsabilidad del Presidente por actos u omisiones por violación de la constitución o las leyes, en particular, en la dirección de las relaciones internacionales y la defensa y honra de la nación e inviolabilidad del Territorio,
- ii) Para el Consejo de Estado la resolución de la consulta transita en resolver tres cuestiones: unas es saber, la naturaleza jurídica de la decisión de comparecencia o no ante la CJI como materialización de la función de dirección de las relaciones Internacionales en cabeza del Presidente. La segunda es evaluar el ejercicio de funciones discrecionales en el marco de límites y responsabilidad política y jurídica. La tercera, evaluar el marco de responsabilidad del Ministerio y Ministro de relaciones exteriores en defensa de

²⁹⁰ Consejo De Estado Sala De Consulta Y Servicio Civil Consejero ponente: Germán Alberto Bula Escobar Bogotá D.C., quince (15) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00186-00(2313) Actor: Departamento Administrativo De La Presidencia De La República. Referencia: Procesos ante la Corte Internacional de Justicia – CIJ. Discrecionalidad u obligatoriedad de comparecencia. Responsabilidades.

los intereses del Estado y en el desarrollo de la tarea de asesoría y apoyo al Presidente, en materia de procesos judiciales.

iii) Respecto de la naturaleza jurídica de las decisiones de comparecer o no, explica el Consejo de Estado que la función del Presidente trae aparejado obligaciones y deberes respecto de la salvaguarda de la soberanía, así que con la llegada de los Estado-Nación, la dirección de las relaciones internacionales también trata de las discusiones que se llegaren a presentar sobre el territorio; en ese sentido un estudio si la decisión o no de comparecer, es propia de la discrecionalidad del Gobierno, el Consejo de Estado, entiende que no existe norma expresa en el campo internacional que disponga como derecho de los Estados no asistir a los procesos que se tramitan ante la Corte de Justicia Internacional, tampoco existe una norma que disponga el deber de asistencia. De modo que puede concluirse que comparecer o no, es un derecho de los Estados, pero sin que esto entre en la categoría del *ius cogens*.

Pero el asunto visto desde el derecho interno, explica el Consejo de Estado, trae consigo una primera situación como es la prohibición que recae sobre los funcionarios públicos de abstraerse de sus deberes procesales, al punto que esta omisión puede conducir a responsabilidad disciplinaria y fiscal; de modo que la atención procesal de los asuntos es una potestad reglada y no discrecional, pero lo referente a la comparecencia o no ante tribunales internacionales se toma como un atributo de *discrecionalidad política*.

iv) El segundo asunto, concerniente a los límites y responsabilidades de la discrecionalidad en el manejo de los asuntos internacionales, el Consejo de Estado, recuerda que de antaño la sala de consulta ha reconocido que las decisiones de corte político representan la aceptabilidad de un margen de discrecionalidad, en particular de un campo de oportunidad y conveniencia, pero en todo caso sin que sea aceptada la posibilidad de potestades discrecionales absolutas; también recuerda la postura asumida por la Corte Constitucional en sentencia C-124-94, al afirmar que

“La discrecionalidad propia del Jefe de Estado es una manifestación necesaria de la naturaleza eminentemente política de su función, e implica un acto de soberanía

*en el Estado, frente a los demás Estados y organismos internacionales con los cuales Colombia mantiene relaciones. No puede, por tanto, prosperar una hipótesis administrativista para regular una función eminentemente política*²⁹¹.

Recalcando la Sala de Consulta, que tratándose de la dirección de las relaciones internacionales el Presidente goza de una *competencia meramente política*, con lo que debe descartarse aproximaciones administrativistas a estos asuntos.

Para el máximo Tribunal, se cae de su peso que si la propia administración goza de campos de discrecionalidad, estos no sea también proclives a las actividades del Gobierno en lo que atañe al manejo de las relaciones internacionales.

Ahora bien, que se trate de una discrecionalidad no absoluta implica que igual como se da en la discrecionalidad administrativa, todo actuar discrecional debe apoyarse de los criterios de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, así como de la defensa del interés general, la búsqueda los fines estatales, la prestación de un buen servicio y la efectividad de los derechos y garantías.

Para la sala la discrecionalidad en el manejo de las relaciones internacionales, toma la condición de ser política, táctica y técnica.

Política y táctica en cuanto que es la propia naturaleza del campo internacional, que requiere de ambas configuraciones para evitar la guerra.

Es técnica, en cuanto que

“el “juicio subjetivo de la Administración” en relación con los “criterios extrajurídicos (oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la ley” –de que nos habla García de Enterría-, demanda fundamentación técnica suficiente”. Así que optar por no comparecer o comparecer, debe evaluarse desde los campos teleológicos y axiológicos del sistema normativo”²⁹²

²⁹¹ *Ibíd.*

²⁹² *Ibíd.*

En cuanto a las responsabilidades políticas y jurídicas, lo anterior descrito permitió a la Sala de Consulta, determinar que toda acción produce efectos, por tal motivo debe valorarse en cada momento la decisión que más corresponda con los deberes del cargo (art. 198 Cp/91).

Respecto de la responsabilidad jurídica, reconoce el Consejo de Estado que los actos en materia de función pública implican responsabilidad, de modo que la dirección de las relaciones internacionales ostenta tal condición, recayendo en ser necesario la aplicación en todo momento del artículo 44 de la Ley 1437 en cuanto trata el ejercicio de las potestades discrecionales, así el control de la acto discrecional se debe formar en los elementos del acto como es “**(i)** el órgano competente; **(ii)** las formas y procedimiento; **(iii)** el motivo y motivación; **(iv)** la finalidad, y **(v)** el objeto o contenido a lo que debe sumarse el control por hechos determinantes y el estudio de la razonabilidad del contenido de la decisión que en todo caso debe corresponder con los valores del sistema jurídico.

Con estos elementos se excluye la arbitrariedad en el ejercicio de la potestad discrecional debiéndose adecuar su contenido a los fines y a las formas que el ordenamiento jurídico impone al actuar de la administración.

v). Respecto de la responsabilidad del Ministro y funcionario del Ministerio, recuerda el Consejo de Estado que su labor siempre deberá ajustarse a los preceptos de la función pública y función administrativa, pudiendo no solo ser objeto de responsabilidad política, sino disciplinaria, por ello, toda decisión que se promueva siempre deberá estar acordes con los principios del ordenamiento jurídico y la defensa del territorio.

En otra ocasión el Consejo de Estado en estudio de medio de control de nulidad electoral refiere que el nombramiento de los Embajadores es una potestad discrecional del Presidente que no va en contra de la vía de la carrera diplomática, precisamente, reconoce que esta potestad ha sido otorgada al

Presidente como Jefe de Estado desde el nivel constitucional, ostentando para ello una potestad discrecional política.²⁹³

El Consejo de Estado, resolviendo la discusión formulada a través del medio de control de acción de nulidad impetrada contra el Decreto 4742 de 2008, por medio del cual el Gobierno convocaba al Congreso de la República a sesiones extraordinarias, tuvo la oportunidad de resolver los cuestionamientos de los actores, fundamentos que estaban encaminados a obtener la nulidad del acto por varios motivos, por un lado, consideraban los actores que el Decreto fue expedido cuando el Congreso estaba en receso constitucional, por el otro lado, faltaba la publicación en debida forma así como el Decreto no refería expresamente ni el tiempo ni la materia sobre las cuales debía sesionar el Congreso.²⁹⁴

El Consejo de Estado resuelve evaluar inicialmente la naturaleza del acto cuestionado, recordando que se trata de un acto político, pues la Constitución Política otorgó en cabeza del Presidente las tres dimensiones de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, de modo que como Jefe de Gobierno le corresponde ejercer actividades relacionadas con el Congreso de la República, como es el caso de convocar a sesiones extraordinarias.²⁹⁵

Luego entiende la Sala Plena que si bien los actos políticos le corresponde conocer a la jurisdicción de lo contencioso administrativo por mandato legal, y en todo caso por control constitucional residual según una interpretación armónica del artículo 237 y artículo 241 de la Constitución Política, se establece que el Decreto demandado no puede ser conocido por el máximo tribunal de lo contencioso, correspondiéndole en su caso conocer a la Corte Constitucional, pues al tratarse de un proceso dentro del trámite de la expedición de la ley de referendo reformativo de la Constitución, deberá el

²⁹³ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Quinta. Magistrada Ponente: Rocío Araújo Oñate Bogotá, D.C., tres (03) de marzo de dos mil veintidós (2022) Referencia: Nulidad Electoral Radicación No.: 25000-23-41-000-2019-00903-01 Demandante: Antonio Eresmid Sanguino Páez demandado: acto de elección del señor Jaime Castro Castro como embajador extraordinario y plenipotenciario, adscrito a la misión permanente de Colombia ante la organización para la cooperación y el desarrollo económico -ocde-.

²⁹⁴ Consejo De Estado Sala Plena De Lo Contencioso Administrativo Consejera ponente: María Claudia Rojas Lasso Bogotá, D. C., dieciséis (16) de febrero de dos mil diez (2010) Radicación numero: 11001-03-24-000-2009-00344-00(IJ).

²⁹⁵ Ibídem.

Tribunal Constitucional entrar a estudiar la constitucionalidad o no del Decreto que convoca a sesiones extraordinarias.

En otra decisión, esta vez de carácter constitucional, el Consejo de Estado conociendo de recurso de apelación contra sentencia de tutela emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en primera instancia, en la cual se denegaron las pretensiones de la demanda que se fundamentaba en general sobre la nota verbal emitida por la embajada de los Estados Unidos De América, en la cual solicitaba detención provisional con fines de extradición del accionante de tutela , el accionante considera que es procedente aplicar el principio de reciprocidad y con ello, poderse reservar el Gobierno de Colombia la extradición de sus ciudadanos, tal como lo hace el Gobierno Norteamericano. En ese orden de ideas entendía el demandante que el principio de reciprocidad internacional era vinculante para Colombia conforme los artículos 9 y 226 de la Constitución Política.²⁹⁶

La Sala decide no revocar la decisión, fundamentado su postura en dos aspectos centrales, el primero, reconociendo que la misma Constitución edifica la internacionalización de las relaciones políticas sobre criterios de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, esto supone, que el Gobierno posea una amplitud en la toma de las decisiones, entendiéndose la decisión más como un criterio político que jurídico. El segundo aspecto es comprender que la reciprocidad no es un principio de derecho internacional, sino de un criterio a tener en cuenta por los Estado para el manejo de sus relaciones internacionales.

La sala plena del Consejo de Estado también ha recordado como en el caso de estudio de cumplimiento de fallos emitidos por el tribunal de Justicia de la Comunidad Andina²⁹⁷, que en materia del comportamiento del Estado respecto del derecho comunitario, es importante reconocer unas limitaciones al ejercicio

²⁹⁶ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección "B" Consejero ponente: Carlos Arturo Orjuela Gongora Santa Fe de Bogotá D.C., agosto diecisiete (17) de dos mil (2000) Radicación número: AC- 11875

²⁹⁷ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Sala Plena Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera Bogotá, D.C., nueve (09) de agosto de dos mil doce (2012). Radicación número: 11001-03-26-000-2012-00018-00(43195)IJ Actor: COMCEL S.A.
Demandado: Empresa De Telecomunicaciones De Bogotá – E.T.B. S.A., E.S.P. Referencia: Cumplimiento De Fallo De Tribunal De Justicia De La Comunidad Andina – Anulación De Laudo Arbitral

de la soberanía nacional entendida tradicionalmente, debiendo reconocerse un tipo de soberanía compartida.

Con la referencia a las anteriores decisiones se hace evidente que para el Consejo de Estado en la dirección de las relaciones internacionales del Estado se materializa un tipo de discrecionalidad que no es administrativa sino de naturaleza política.

A continuación se abordarán dos casos como ejemplos que bien pueden asegurar la necesidad del estudio de los actos de las direcciones de las relaciones internacionales en el Derecho Administrativo.

Sección B. Dos Casos de referencia del control de actos políticos en el sistema jurídico colombiano (la dualidad del juez de lo contencioso administrativo)

En el Digesto se fijaba una regla bastante interesante que resulta útil para este apartado, se trata de la *ius necessitas constituit*, que da entender que la necesidad establece el Derecho, este principio según se explica fue apropiado en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del siglo XIX; con esta regla se insinuaba el papel de adelantamiento en el tiempo del Derecho Administrativo, un tipo de derecho de prevención.

En concordancia con esta idea, Agustín Gordillo, enseñaba que el papel del Derecho Administrativo siempre sería contrarrestar el pasado y sus principios de un Gobierno totalitario, así lo explica el maestro:

“la concepción del Estado y de la administración como agentes del bien común o el interés público, dada como abstracción permanente y generalizada (todo estado sirve siempre al bien común) es una idea que no puede aceptarse axiomática o dogmáticamente, como tampoco puede serlo la contraria de que el Estado sirve siempre a los intereses de la clase dominante: habrá que analizar qué intervenciones realiza o deja de realizar, qué modalidades adopta, a qué intereses sirve, para poder evaluar en cada caso el tipo de intervención o abstención. En

*otras palabras, es siempre necesario poner las hipótesis o teorías a la prueba de los hechos*²⁹⁸

Conjugando ambas ideas se tiene que el Derecho brota de la necesidad, lo cual no es una contradicción para el Derecho Administrativo; esta necesidad se da en dos sentidos, por un lado, la necesidad de abandonar los rezagos de un principio monárquico que pretende siempre escapar al control; y por el otro lado, la necesidad de proyectar el Derecho Administrativo ante nuevas realidades.

La discrecionalidad política es una institución que debe ser abordada por el Derecho Administrativo, tanto para desarrollar su control como para identificarla como un riesgo presente y futuro, dada la cada vez conducta exagerada de los que Gobiernan, por ejemplo téngase en cuenta el comportamiento de Trump respecto los actos que es investigado del capitolio; o la conducta de Bolsonaro en la atención de la pandemia en Brasil; o la conducta de Putin en el conflicto contra Ucrania, o la propia conducta de Volodímir Zelenski de Ucrania que con su actuar deliberado ha puesto en una grave situación a su pueblo; o recientemente, del arrestado Presidente de Perú, Pedro Catillo, y su interés de disolver el Congreso.

Sólo se trata de una cuestión de tiempo que brote un fenómeno político, social, económico para que se revisen las cuestiones básicas de la dogmática jurídica.

Respecto del actuar del Presidente a partir de lo consagrado en el artículo 189 numeral 2 de la Constitución Política de Colombia; ha sido estable la tesis del máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo en Colombia al sostener que en el caso de evaluar la competencia para celebrar tratados internacionales o el control sobre notas diplomáticas, estas actividades por sobrepasar el

²⁹⁸ GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo. Tomo I. 5ª Edición. Ed. Fundación de derecho administrativo. Argentina. 1998. PÁG. 95-101

derecho interno se escapan de todo control jurisdiccional, aceptándose en muchas ocasiones solo un control por falta de competencia.²⁹⁹

En su estudio, titulado *el control judicial integral de los actos políticos o de gobierno dentro del estado social y democrático de derecho colombiano*, Carlos Andrés Zambrano Sanjuán, refiere que:

“si una decisión del Presidente de la República, actuando como Jefe de Estado en representación del Estado colombiano, llega a adolecer de algún vicio, o con ella se ocasiona un perjuicio grave contra el Estado o contra los intereses de la nación, consideramos que nada impediría que un acto así, por más que se trate de un asunto del resorte exclusivo del ejecutivo (manejo de las relaciones exteriores), pueda ser revisado, controlado y eventualmente anulado por el juez, al menos bajo un examen de constitucionalidad”³⁰⁰

Afirmando seguidamente-

“En efecto, y como lo hemos referido supra, si el acto político o de gobierno se erige como el último reducto que le queda al capítulo de las inmunidades del poder, y consideramos que se trata -junto con el concepto de razón de Estado- de “residuos del absolutismo” (Ferrajoli, 2010, pp. 208-209; Luhmann, 2003, p. 313), entonces el derecho, y de manera específica el derecho administrativo, tiene como tarea principal el de juridificar ese último reducto (García y Fernández, 2002, t. 1, p. 458), imponiéndole los límites que se deriven del ordenamiento jurídico -de la ley, la constitución y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos- y aún más importante, ejerciendo su revisión y control en sede judicial, en defensa de ese ordenamiento jurídico y de los derechos de los asociados”.³⁰¹

²⁹⁹ Sección Primera del Consejo de Estado, Sentencia del 22 de julio de 1991 dentro del expediente 1144, con ponencia del Dr. Miguel González Rodríguez, en un caso en que se examinó la competencia para celebrar tratados internacionales. De la misma Sección Primera del Consejo de Estado, sentencias del 28 de enero de 1976, en el expediente 1496, con ponencia del Dr. Carlos Galindo Pinilla; y del 25 de noviembre de 1993, en el expediente 2105, con ponencia del Dr. Miguel González Rodríguez; y de la Corte Constitucional, el Auto D-241 del 21 de abril de 1993 y la Sentencia C-249 de 1994 Sentencia del Consejo de Estado, Sección Primera, de fecha 23 de octubre de 1992, en el expediente 325, C.P. Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz sentencias del 6 de julio de 1914, del 18 de marzo de 1941, del 30 de enero de 1958, del 23 de octubre de 1975, del 1° de septiembre de 1983, del 12 de febrero de 1987 y del 9 de abril de 1991.

³⁰⁰ ZAMBRANO SANJUÁN, Carlos Andrés. Los actos políticos o de gobierno en Colombia. Conceptualización, categorización y control judicial. Ed. Ibáñez. Colombia, 2023. Pág. 47

³⁰¹ Ibíd. Pág. 112

El caso de la nota diplomática, de 1952, del Ministro-canciller de Colombia, Uribe Holguín, ejemplifica la preocupación que se comparte con Zambrano SanJuan.

El contexto del caso es el siguiente: el canciller por medio de nota diplomática reconoció la soberanía de Venezuela sobre los Monjes ; posteriormente, se presentó una demanda de nulidad ante el Consejo de Estado, fallando esta corporación, inicialmente, en 1971, no admitir la demanda, ante lo cual el demandante en suplica expresó la condición que lo del Canciller era un tipo de acto de gobierno controlable por la jurisdicción , lo que provocó que sea admitida la demanda, pero se resuelve negativamente en sentencia de 1976, bajo las siguientes consideraciones: primero no es una actividad de función administrativa lo cual conduce a que no tenga competencia el juez de lo contencioso ; segundo, se considera que la nota diplomática da lugar a una controversia de carácter internacional , lo que le corresponde a un Tribunal de esa misma categoría declarar la invalidez o invalidez del acto.

Pero, el Consejo de Estado, en 1992, declara la nulidad de la nota diplomática³⁰², con la consideración formal de la falta de competencia, pues considera que esa potestad era exclusiva del Presidente; pero aclarando que más allá de ese defecto del acto, el Tribunal no tendría competencia respecto de la facultad del Presidente para la dirección de las relaciones internacionales.

Este caso promueve una paradoja como es la siguiente: y si la nota devolutiva, hubiese sido emitida por el Presidente?

En otro evento, en sentencia SU 649 de 1997, la Corte Constitucional se pronunció sobre la acción de tutela presentada contra las providencias judiciales proferidas en el curso de una acción popular dentro del trámite de revisión del fallo proferido el 19 de enero de 2012 por el Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A,

³⁰² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. (C.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz; Sentencia del 23 de octubre de 1992)

acción instaurada por Felipe Rincón Salgado contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera, Subsección A y El Consejo de Estado, Sección Primera, Subsección A.

La Corte Constitucional en el fallo refirió algunas tesis que se resaltan a continuación:

Para la Corte, resolver la cuestión obliga abordar la cuestión desde el Derecho Interno y el Derecho Internacional Público.

Sobre la validez de un acto jurídico unilateral de carácter internacional por violación de las normas del derecho interno, expresa la Corte que este tipo de actos se da cuando no media tratado Internacional.

Acudiendo a pronunciamientos emitidos por la Corte Internacional de Justicia de La Haya en asuntos de ensayos nucleares, recuerda que las manifestaciones verbales, escritas, como comportamientos unilaterales de

“los representantes de un Estado en relación con determinadas situaciones de hecho o de derecho, producen por sí solas, sin necesidad o el concurso de la voluntad de otros sujetos del derecho internacional, un efecto de creación de obligaciones o pérdida de derechos para quien lo realiza”³⁰³.

Se pronuncia la Corte Constitucional al fijar las condiciones de validez de este tipo de actos jurídicos unilaterales, encontrando las siguientes necesarias condiciones:

“Imputación del acto: la declaración de voluntad debe provenir de quien represente internacionalmente al Estado.

Voluntad de obligarse: debe haber sido expresada libremente (sin coacción) y no encontrarse viciada (error, dolo o corrupción del funcionario).

³⁰³ Corte Constitucional : Sentencia SU649/17

Discrecional: en el sentido de que el acto no debe ser consecuencia de la aplicación de una norma u obligación jurídica preexistente.

Precisión del objeto: el acto debe versar sobre hechos, situaciones, pretensiones o derechos bien determinados.

Respeto de las normas internacionales imperativas: ningún sujeto del derecho internacional puede, mediante un acto jurídico unilateral, reconocer, renunciar o prometer aquello que vulnera el orden público internacional.”³⁰⁴

Para la Corte, este tipo de actos unilaterales no pueden desconocer los presupuestos imperativos, ni las normas internas de rango constitucional, so pena, de verse afectada su validez.

Entiende la Corte que en Colombia, se ha fijado la competencia al Consejo de Estado para examinar si un acto jurídico unilateral internacional ha vulnerado el orden constitucional vigente.

Resuelve la Corte, estableciendo:

“Contrariando disposiciones constitucionales esenciales –en términos de separación y equilibrio de poderes y defensa del patrimonio público- el Jefe de Estado (e) realizó un acto jurídico unilateral (entrega de parte de la Colección Quimbaya) a un gobierno extranjero. Lo anterior significa que, si bien la manifestación de voluntad fue realizada por quien representa internacionalmente al Estado colombiano, también lo es que carecía de competencia para ello, debido a la ausencia de la habilitación congresional.

Como se ha explicado, en los supuestos en los cuales la competencia de quien realiza el acto jurídico unilateral internacional se encuentre viciada, debido al desconocimiento de normas constitucionales fundamentales, el consentimiento internacional prestado carece de validez jurídica”³⁰⁵

³⁰⁴ Ibídem

³⁰⁵ Ibídem

De lo anteriores se extracta, primero que se observa la relevancia que tendría abordar los actos de relaciones internacionales que emite el Gobierno en el campo del Derecho Administrativo. Lo segundo, que el control jurisdiccional se ha perfilado para conocer de estos actos unilaterales internacionales en un tipo de control de forma, particularmente, en el criterio de competencia.

Esto segundo evidencia que tratándose de habilitaciones legislativas el asunto recaería en competencia de la Corte Constitucional, quien entraría a evaluar la constitucionalidad de la Ley aprobatoria del Congreso a favor del Gobierno y al Consejo de Estado, para evaluar la competencia del Gobierno.

Como se hace evidente tanto en el caso de los Monjes y el tesoro Quimbaya, ambos implican una cuestión problemática, en tanto que se resuelve desde la comprensión de la competencia y en particular, para ambos casos: territorio y patrimonio cultural de la Nación, la competencia del Ejecutivo es reglada.

Por esta razón, si bien estas dos son decisiones importantes, no advierten la posibilidad de control material sobre las decisiones unilaterales que se apoyen en una discrecionalidad política, en particular, que no dependan de habilitación congresional, por ejemplo; o como en el caso de los tratados, no este regulado su procedimiento.

En este punto se regresa a la preocupación del profesor Enrique Belda Pérez-Pedrero, respecto de los actos del Jefe de Estado que quedan libres a toda normación, pudiendo ser adelantados de manera negligente.

Este tipo de actos en particular son a los que se dedica atención en la sección II del capítulo Tercero, promoviendo una re estructuración de la idea de control jurisdiccional, configurando un sentido más amplio de control de la juridicidad que no sea exclusivamente jurisdiccional, y para el caso que aquí interesa constituye en un control consultivo.

Considérese que este control general –consultivo, permitirá garantizar la juridicidad de los actos unilaterales internacionales del Gobierno, pudiendo recaer la discusión no exclusivamente en el sentido competencial como acontece en el control jurisdiccional, sino en un sentido material respetando el principio de separación de poderes y la naturaleza política del actuar discrecional pero armonizándolo a su vez con la premisa autoridad-garantía.

CAPITULO 2

ESTADO ADMINISTRADOR ENTRE EL RECONOCIMIENTO DE LA AUTORIDAD Y EL RESPETO A LAS GARANTÍAS.

Presupuestos del Derecho Administrativo Moderno.

El *deber* del Estado –Administrador es el paradigma en el que se apoya la racionalidad del Derecho Administrativo Moderno. El *deber* como paradigma implica, por un lado, que el Estado debe respetar la juridicidad y, por otro lado, que se justifica la existencia del Estado por el *deber* que le asiste de cumplir funciones que son, a prima facie, transcendentales para salvaguardar el interés general³⁰⁶ y las garantías individuales.

Es claro que la noción de Administración Pública³⁰⁷ en la actualidad no puede dejar de lado, ni la dignidad humana, ni los deberes institucionales establecidos de manera expresa o implícita en el sistema jurídico. El Estado –Administrador se le está permitido un actuar, pero éste es relativo, debido a estos elementos esenciales que son propios de la racionalidad jurídica; de allí que, al incorporarse la idea de justicia al Derecho, sea lógico juzgar en todo momento el comportamiento de la Administración en el marco de ser una decisión justa o no, para el interés general y las garantías individuales.

Esta relativización del actuar del Estado –Administrador se da por motivos del procesos de juridificación como lo plantea Klaus Muller³⁰⁸ o por la normación o sujeción positiva al principio de legalidad como lo reconoce Eduardo García de Enterría³⁰⁹, con este proceso de normación se conduce a apoyar la legitimidad

³⁰⁶ Explican los profesores Enrique Rivero Ysern y Jaime Rodríguez Arana Muñoz “*que el interés general es una cuestión esencial del derecho administrativo, en la medida en que esta rama del derecho público disciplina jurídicamente asuntos supraindividuales, generales, colectivos, comunitarios o públicos*”. RIVERO YSERN, Enrique y ARANA-MUÑOZ, Jaime Rodríguez. Con Miras al Interés General. Ed. Bubok Publishing. España. 2012. Págs. 32

³⁰⁷ Para un análisis epistemológico de la noción administración pública, véase: RINCÓN PACHÓN, Jairo E. Administración Pública, Gerencia Pública, Gestión Pública Y Gerencia Social. Análisis Epistemológico. Ed. Ibáñez. Colombia. 2011

³⁰⁸ MÜLLER UHLENBROCK, Klaus. Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales. Ed. UNAM. México. 2010

³⁰⁹ La lucha contra las inmunidades del poder Ob. Prev. Cit.

del Estado en la aceptabilidad y adopción en el sistema jurídico del principio Estado Social Constitucional y democrático de Derecho³¹⁰; así, con esta incorporación la racionalidad jurídica y política del Estado cuenta con un faro de guía³¹¹ , pues podrá juzgarse como arbitrario todo actuar que lesione los presupuestos de estos principios constitucionales.

Sucede entonces que se presenta una primera relación entre legitimidad del poder y legalidad del poder. A esta Relación, el Maestro Ciro Güechá, la ha identificado como cíclica en cuanto reconoce que el actuar del Estado Administrador depende del principio de legalidad.³¹²

De modo que la validez normativa encierra toda la racionalidad jurídica de la limitación del Estado Administrador.

Estos presupuestos permiten solidificar en la Contemporaneidad que el pensamiento respecto del Estado-administrador en sede del Derecho Administrativo gravita bajo la alineación de dos elementos esenciales, por un lado, al Estado se le reconoce que ejerce autoridad, para ello cuenta con potestades regladas y discrecionales, pero , por otro lado , el Estado no goza de prerrogativas y poderes extra jurídicos inmunes al control, esto debido a que la admisibilidad del control jurisdiccional se apoya en la delimitación de la autoridad del Estado por el deber de salvaguarda de garantías; piénsese en las siguientes garantías básicas en el campo de los derechos Humanos, por ejemplo, aceptabilidad de la limitación de derechos pero de manera relativa y nunca absoluta; aplicabilidad de la reserva de ley para la garantía de limitación y desarrollo de los derechos Humanos; reconocimiento del interés general como restricción en el proceso de limitación de derechos; garantías jurisdiccionales (bloque de constitucionalidad, control de convencionalidad,

³¹⁰ Carter discutirá en una de sus obras más representativas lo que el llama “el dilema constitucional” tema de total relevancia hasta en nuestros tiempos Véase: CARTER, Lief H. Derecho Constitucional Contemporáneo. La suprema Corte y el arte de la Política. Ed. Abeledo-Perrot. ARGENTINA. 1985. Págs.23-40

³¹¹ VILA CASADO, Iván. Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo. Ed. Legis Colombia. 2012.

³¹² GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. Poder Público y Principio de Legalidad. Limitación de la discrecionalidad en el ejercicio del poder, desde la validez normativa. Ed. Ibáñez. Colombia. 2019.Págs. 206-226

control constitucional) que reducen la objeción democrática que pretende reducir el papel del juez en el control de las actuaciones del Estado.³¹³

En la contemporaneidad estamos en presencia de la relación autoridad–garantía y la compresión circular de legitimidad y legalidad; estos dos derroteros y presupuestos del Derecho moderno.

Aterrizando estos presupuestos en el campo del Derecho Administrativo y particularizándolos en una dimensión específica, como es el caso de la potestad administrativa discrecional, se obtiene que si bien la discrecionalidad administrativa habilita a la Administración a un actuar volitivo³¹⁴, el actuar no puede ser arbitrario, entendiendo por tal un actuar no conforme con las garantías básicas que proclama expresa o implícitamente el ordenamiento jurídico.³¹⁵

Se trata de reconocer como lo ha hecho la doctrina y la jurisprudencia que la potestad discrecional de la Administración es relativa nunca absoluta, por tal razón, se ha aceptado en la jurisprudencia Colombiana, no sin ser criticable esta posición, que los actos discrecionales no deban ser motivados³¹⁶, en cuanto que todo acto aun sin contar con la motivación, siempre debe contar con un motivo, con este criterio se habilita al Juez para hacer un control de fondo del acto discrecional debido a que la presunción que encierra todo motivo es que el actuar este conforme a Derecho y al interés general, pero que de ser desvirtuado provocaría la anulabilidad del acto.³¹⁷

³¹³ RISSO FERRAND, Martín. Algunas Garantías Básicas de los Derechos Humanos. Ed. Universidad Javeriana. Colombia.2011

³¹⁴ LÓPEZ PEÑA, Edmer Leandro. Conceptos Jurídicos Indeterminados y Discrecionalidad Administrativa. Ed. Tirant Lo Blanch. España

³¹⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Ed. Marcial Pons. España. 2009

³¹⁶ Según se desprende el artículo 44 de la ley 1437 de 2011. Aunque una lectura del enunciado normativo en ningún momento expresamente señala que no se deba exigir la motivación del acto discrecional, consideramos que en aras de amparar las garantías de tutela judicial efectiva y el derecho a la buena administración, con mayor razón los actos discrecionales deberían ser motivados. Para abordar en detalle esta posición remitimos a la obra LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro. Conceptos Jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa. Ed. Tirant Lo Blanch. España. 2015. Pág. 80

³¹⁷ GUECHA MEDINA, Ciro. Derecho Procesal Administrativo. Ed. Ibáñez. 2014. Sobre el acto administrativo una interesante mirada holística, véase: HUERTA GUTIÉRREZ, Fausto E. El Acto Administrativo. Visión Holística. Ed. Real editores. Colombia.2008. Págs.57 También.- TRUJILLO GONZALEZ, José Saúl. El acto administrativo. Perspectivas desde la ley 1437 de 2011 y el desarrollo constitucional Colombiano. Ed. Unisabaneta. Colombia.2016; Importante estudio BOCANEGRA SIERRA, Raúl. La teoría del Acto Administrativo. Ed. Iustel. España.2005.

Siendo conscientes de la gran empresa que implicaría abordar la noción de la juridicidad y la limitación del comportamiento Estatal, se han enfocado los esfuerzos de la investigación a evaluar la relación autoridad y garantías, particularizándola en el estudio de la potestad administrativa discrecional, ya que en la discrecionalidad en lo volitivo y no cognitivo del actuar de la administración es donde puede presentarse con mayor evidencia la necesidad del paradigma.

La fórmula de la lucha contra las zonas de inmunidad jurisdiccional propuesta en la década de los sesenta por Eduardo García Enterría, el gran administrativista Español que influenció la dogmática ius-administrativista latinoamericana , permite orientar el estudio, debido que en primer orden la inmunidad jurisdiccional conlleva a reconocer el papel del juez ; en segundo orden, la lucha contra la inmunidad jurisdiccional implica identificar dos posiciones extremas respecto de la potestad discrecional: una que busca reducir a cero la discrecionalidad administrativa, frente a la otra que asume que la potestad discrecional goza de un criterio de aumento dado por el encuentro en un mismo enunciado normativo de una potestad discrecional y un concepto jurídico indeterminado. Esto se abordara en la Sección I (A-B).

Evaluando la potestad discrecional y las zonas de inmunidad jurisdiccional, nuevamente, el paradigma³¹⁸ autoridad-garantía, revela que se hace necesario valorar la relación de simetría o asimetría entre la legalidad y el poder público bajo la premisa de la relación cíclica.

De modo que si es acertada la fórmula de la relación cíclica y la delimitación del poder público por el criterio de validez normativa, esto abre la puerta para identificar los retos que le asisten al juez en su proceso de control jurisdiccional.

³¹⁸ Paradigma en las ciencias

En otros términos, si se llegare a evidenciar que la relación cíclica entre legalidad y poder público es correcta, o lo que es lo mismo, que se ha dado un proceso amplio de normación de lo político y el actuar de la Administración, es claro que la máxima a priori “nada escapa del control de los jueces” que se ha acuñado en el presente trabajo debe ser evaluada; para ello, se acude a la descripción de nuevas teorías y retos que en la contemporaneidad enfrenta el papel del juez, es el caso, por ejemplo del constitucionalismo populista que exige la participación democrática frente a las decisiones que importan a la comunidad o en su versión ligera la justicia deliberativa. Esto se aborda en la Sección II (A-B)

SECCION I. RELACIÓN AUTORIDAD Y GARANTÍA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL ESTUDIO DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA DISCRECIONAL.

Respecto de la potestad administrativa discrecional debe comprenderse que como institución delata con importante detalle la relación de autoridad y garantía bajo la premisa del principio de juridicidad.

Que el Estado ejerza autoridad es uno de los presupuestos propios del Derecho Público y que tal autoridad se limite por el respeto de las garantías es producto del triunfo de las premisas de la racionalidad jurídica.

El principio de legalidad entendido desde una comprensión básica que determina a la ley formal como fuente principal del Derecho ha quedado obsoleta, pues, en la era del reconocimiento tridimensional de la Constitución Política como texto político, como norma jurídica y como texto de valores, la Ley como principal fuente del Derecho ha quedado supeditado al respeto de los principios de jerarquía y supremacía normativa de la Constitución Política.

Así, el básico principio de legalidad en sentido estricto ha dado paso al principio de legalidad en sentido amplio o reconocido como principio de juridicidad en términos de Adolf Merkl.³¹⁹

Este principio de juridicidad de entrada determina una sujeción especial de la Administración al respeto del Derecho; un Derecho que cada vez es más dinámico y si se quiere, parafraseando a la doctrina neo constitucionalista, vivo³²⁰.

Que las actuaciones de la Administración Pública se sometan al principio de juridicidad implica inicialmente concebir la delimitación y posiblemente la reducción absoluta de las zonas de inmunidad jurisdiccional de la administración, al respecto, la referencia del Maestro García de Enterría, se torna relevante.

La lucha contra las inmunidades del poder se apoya en estos tiempos en el principio de juridicidad. A partir de él puede pensarse que se justifica la máxima “*nada escapa al control de los jueces administrativos*”, entendiendo por nada, obviamente, un sentido estricto referido a las actuaciones de la Administración (hechos, operaciones, omisiones, actos, contratos).

La majestuosidad del principio de juridicidad puede hallarse para muchos teóricos del Derecho Administrativo y también muchos operadores jurídicos en que hace brillar como una luz polar al horizonte el poder de control del juez.³²¹

Nada escapa de los jueces, es la premisa que encierra en últimas el principio de juridicidad.

³¹⁹ MERKL, Adolf. Teoría General del Derecho Administrativo. Ed. Coyoacán. México. 2014. Págs. 471-478

³²⁰ La Corte Constitucional reconoce la interpretación por derecho vivo del Consejo de Estado en sentencia C-418/14.

³²¹ NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. *La jurisdicción contenciosa administrativa en el Contexto de los Estados Democráticos*. Págs. 15-34; JINESTA LOBO, Ernesto. *Fundamentos constitucionales de la nueva jurisdicción contenciosa administrativa*. Págs. 123-150; CASTELLANOS MALO, Eugenio. Las grandes directrices en la justicia administrativa del Siglo XXI. Págs. 151-168; LOPEZ OLIVERA, Miguel Alejandro. *Los presupuestos procesales y la tutela judicial efectiva*. Págs. 713-732; interesante artículo sobre la cuestión del concepto contencioso administrativo en NOGUERON CONSUEGRA, Pedro. *El concepto jurídico contencioso administrativo como medio para impartir justicia en el derecho mexicano*. Todos los capítulos en: FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. OTERA SALAS, Filiberto. *Justicia Contenciosa Administrativa*. Ed. UNAM. México. 2013

Con lo anterior, se precisa que dada la aceptabilidad del principio de juridicidad en el Derecho Administrativo contemporáneo y, con ello, la aceptación del papel de control de los jueces respecto de las acciones de la Administración, se desprende ante la realidad, el deber de abordar el principio de juridicidad a la luz de la premisa, que se llamara Enterriana, de la lucha contra las zonas de inmunidad jurisdiccional. (Sección A).

Del principio de juridicidad se ha desprendido respecto de la potestad discrecional dos posibles posiciones: está aquella que entiende que debido al efecto de radiación del principio de juridicidad la potestad discrecional puede ser reducida a cero, en cambio la otra que reconoce que la discrecionalidad administrativa puede ser aumentada, especialmente, en el caso de la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados (Sección B).

Sección A. Principio de juridicidad en el Derecho Administrativo Moderno, una mirada a partir de la premisa “Enterriana” de la *lucha contra Zonas de inmunidad jurisdiccional*.

El principio de juridicidad determina que el derecho como sistema ostenta condiciones de unidad, coherencia y plenitud.

Para el jurista italiano Zagrebelsky el principio de legalidad debe forjarse como es obvio en una tensión de intereses, tensión que a la postre debe resolverse a partir de la interpretación de una norma con carácter superior.³²² Se tiene entonces que la superación del principio de legalidad en sentido estricto da lugar al establecimiento del Estado constitucional.

Esta superación del Estado Legalista hacia la idea del Estado Constitucional, provoca la cuestión de aceptar que la estricta legislatividad cerrada o, si se quiere, absolutamente reglada de la organización, puede llegar a afectar la prestación de los servicios por parte de la Administración.

³²² FERRER BELTRAN, Jordi. LUIS RODRIGUEZ, Jorge. Jerarquía Normativas y dinámica de los sistemas jurídicos. Ed. Marcial Pons. España.2011. Págs. 169-175; ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ed. Trotta. España.2007

En otros términos, al dejar de lado la base que Ley es igual a Derecho para pasar a comprender el Derecho en un sentido amplio de legalidad o juridicidad, determina que la normación de la actividad estatal sea sometido a un juicio objetivo para dilucidar, cómo la Administración, puede actuar sin una normatividad reglada ,sino, desde potestades discrecionales y la aplicación de principios, en este contexto descansa que sea aceptado el actuar discrecional de la Administración, pero limitado por el deber de ser la decisión proporcional y razonable jurídicamente hablando.

Precisamente, esta imposibilidad de la absoluta legalización y reglamentación cerrada de la actuación administrativa ha dado lugar a la permanencia de la potestad administrativa discrecional. La imposibilidad de regularlo todo de manera formal como si se trata de órdenes bajo amenazas³²³, parafraseando a Hart, da pie a la aprobación de la discrecionalidad no sólo administrativa sino judicial, siendo ambas cuestiones problemáticas del Derecho Contemporáneo.

En la racionalidad jurídica contemporánea se ha superado el hecho de comprender que la potestad discrecional de la Administración era una afrenta directa al respeto del principio de legalidad. En la actualidad, la racionalidad jurídica en el campo del Derecho Administrativo, reconoce la existencia de potestades discrecionales de la Administración, cuya fuente es la juridicidad; no se trata de una potestad por fuera de la legalidad, por el contrario, la potestad discrecional es conforme a Derecho.

Pero adviértase que la sujeción al principio de juridicidad presupone límites para el actuar discrecional, éste se relativiza por el espectro de garantías que van desde los derechos fundamentales positivizados en el sistema jurídico, la realidad como hecho determinante de la decisión administrativa y los principios generales del Derecho.

³²³ HART, Herbert L.A. El concepto de Derecho. Trad. Genaro R. Carrió. Ed. Abeledo- Perrot. Argentina. 2009. Pags.23-27

El principio de juridicidad y su aplicabilidad en los anteriores términos presupone llevar la racionalidad jurídica formal de Kelsen³²⁴ al campo del lenguaje conforme lo predica el giro lingüístico de Ludwig Wittgenstein.³²⁵ Esta identificación del Derecho con el lenguaje³²⁶ dispone aprobar la institución de la interpretación y sus alcances en la racionalidad jurídica contemporánea.

De modo que el actuar discrecional de la Administración proviene también de un proceso de interpretación del ordenamiento jurídico³²⁷. Aquí se encuentra la clave de bóveda de la discrecionalidad, pues aun el sistema admitiendo la imposibilidad de reglarlo todo, admite la discrecionalidad, entendiendo que ella no será desbordada, porque el sistema jurídico interpretado permitirá siempre orientar la actuación de la Administración a la eficacia de las garantías, so pena que el juez haciendo un proceso de interpretación del ordenamiento jurídico y una evaluación del actuar de la Administración decida que el ejercicio de la potestad fue contraria a Derecho.

Hasta aquí basta con referir que en el marco del principio de juridicidad, a la Administración se le ha dotado de herramientas para llevar un proceso volitivo en la toma de las decisiones, bien sea a través del ejercicio de la potestad administrativa discrecional como también por medio de los conceptos jurídicos indeterminados, sin que eso presuponga un actuar arbitrario, esto en cuanto que la juridicidad del sistema jurídico determina una autonomía reconocida a la Administración con el fin de concretar los objetivos y finalidades del Estado, más aun cuando en el sistema jurídico constitucional se incorpora el principio del Estado Social de Derecho, principio que reconoce la legitimidad del Estado y su autoridad, siempre y cuando este orientado su actuar a la eficacia de los derechos y promover la prosperidad general y el respeto de garantías básicas.

³²⁴ Kelsen, Hans. Teoría General de las Normas. Ed. Marcial Pons. España. 2018. Págs.159-161

³²⁵ Neumann, Ulfrid. El derecho como estructura y argumentación. Ed. Tirant Lo Blanch. España. 2022

³²⁶ Ricoeur, Paul. Teoría de la interpretación. Discurso y excedente de sentido. Trad. Graciela Monges. Ed. Siglo veintiuno. Argentina. 2011. Págs.15-39 ; al respecto del giro lingüístico y su referencia en el capo jurídico véase: Lariguét, Guillermo. Problemas del conocimiento Jurídico. Ed. Ediar. Argentina, 2008. Págs. 45-90

³²⁷ Montealegre, Eduardo. La ponderación en el Derecho. Ed. Universidad Externado de Colombia. 2008

En el pasado quedó la idea del obedecimiento a la autoridad del Estado a título de razón de estado, formulada por Maquiavelo³²⁸, todo lo contrario se da en estos tiempos contemporáneos. El Derecho y el Estado se justifican por su orientación a fines establecidos de manera expresa e implícita en el sistema normativo y su norma superior. Es esta la razón para que Hippel cuestione toda teoría del Estado que se aparta de la idea de justicia.³²⁹

Si bien la Administración goza de una potestad discrecional, no puede apartarse de la sujeción al Derecho, principio de legalidad en sentido amplio o principio de juridicidad; es en esta relación donde se daría cabida a la fórmula *“nada escapa del control de los jueces”*.

Pareciera ser que el reconocimiento del principio de juridicidad y con ello la admisibilidad de la potestad discrecional de la Administración, implica a su vez la configuración de un sistema jurisdiccional propenso a la salvaguarda de las garantías.

Lo interesante de esta cuestión, del juez vigilante y controlador de todo, es que, aunque, pareciera ser exagerada y subjetiva la afirmación *“nada escapa de los jueces”*, en estos tiempos que corren, es un pilar de difícil demolición, pues, se constituye en lo que se ha una *“cláusula de no retorno”*, entendida ésta como paradigma que permite sustentar el pensamiento racional del Derecho que resulta de difícil eliminación a sabiendas de su compleja aplicabilidad.

Una *cláusula de no retorno* se precisa del mismo modo que la fórmula de apuesta dada por Pascal; esto implica que igual que Pascal reflexionó sobre una vida sin Dios o una vida con Dios, sin tener pruebas que Dios existiera; igualmente, la racionalidad jurídica ha adherido un tipo de apuesta en la que se piensa: es mejor un Estado controlado por los jueces o un Estado sin control de

³²⁸ STAMMLER, Rudolf. Modernas teorías del Derecho Y del Estado. Ed. Ara. Perú. 2006. Págs.17-22

³²⁹ VON HIPPEL, Ernest. El Concepto De La Teoría General Del Estado Y El Problema Del Estado De Derecho. Consulta en centro de estudios y constitucionales España. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-estudios-politicos/numero-90-noviembrediciembre-1956/el-concepto-de-la-teoria-general-del-estado-y-el-problema-del-estado-de-derecho-1>

los jueces, así, aunque se presenten varias problemáticas, siempre la orientación de la apuesta jurídica será fortalecer el control jurisdiccional.

Por eso en este apartado se afirma que es difícil demolición la premisa “todo escapa de los jueces” en la medida que la racionalidad jurídica en el campo del Derecho Público y el Derecho Administrativo, concretamente, se ha forjado en el principio de juridicidad que determina la relación entre la autoridad del Estado y el respeto de Garantías que éste debe acatar.

El establecimiento de la *cláusula de no retorno*, la relación Juez y Administración no es del todo pacífica, esto en cuanto que en el campo de la potestad discrecional la Administración cuenta con un espectro volitivo reconocido bajo el título de la oportunidad y conveniencia o lo que hemos decidido denominar en trabajos anteriores libertad de elección de momento, en el cual el Juez no puede inicialmente intervenir, a menos que, se trate de una cuestión arbitraria.

Arbitrariedad y discrecionalidad administrativa fue una de las primeras cuestiones tratadas al momento de abordar el estudio de la potestad discrecional de la Administración por el ius-publicismo clásico que se ocupó de la cuestión. Se trató de descifrar la noción de discrecionalidad administrativa diferenciándola de las nociones de derecho subjetivo, arbitrariedad y voluntad particular. Este asunto a profundidad se trata en la sección B de este apartado.

El papel del juez en estos tiempos, ha pasado desde una discusión sobre la tensión de las ramas de poder, como de fuentes de creación del Derecho hasta del esquema básico de creación y aplicación del Derecho; pasando cada vez a fortalecerse desde el campo argumentativo en los estudios del Derecho el papel del juez de lo contencioso³³⁰.

³³⁰ GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. Acciones o pretensiones Contencioso Administrativas. Ed. Ibáñez. Colombia. 2013. Págs.175-197

El papel de control jurisdiccional del juez se transforma desde el momento mismo que se asimila el principio de juridicidad como pilar del sistema jurídico.

En lo que respecta al juez de lo contencioso administrativo, su misión no es meramente el deber de revisar y controlar la sujeción de la Administración a la ley previamente configurada por el legislador; en la actualidad el papel de control conlleva un juicio de racionalidad y proporcionalidad respecto de la afectación de las garantías constitucionales, convencionales, jurisprudenciales y legales.³³¹

Con esta estructura conceptual forjada en la actualidad del Derecho Administrativo, relevante resulta pensar, si la fórmula nada escapa de los jueces, puede ser derrotada o, si se quiere, admita excepciones aprobadas por la racionalidad jurídica.

¿Se puede juzgar el actuar de los Presidentes Petro o Duque respecto al reconocimiento o no del Gobierno de Nicolás Maduro?

La cuestión está sobre la mesa, pues el control jurisdiccional como pieza clave del sistema garantista presupone la necesidad de reducir cualquier zona de inmunidad jurisdiccional de la Administración.

Recuérdese que ésta fue una premisa que al día de hoy ha calado en múltiples formas, bien, desde la fijación del principio constitucional de la proscripción a la arbitrariedad, como al reconocimiento del derecho de tutela judicial efectiva, como al derecho a la buena administración e igualmente del derecho a vivir bien.³³²

³³¹ En cuanto al ejercicio de la potestad discrecional el artículo 44 de la ley 1437 de 2011, dispone “En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.”. Los criterios aquí establecidos determinan la presencia y aplicabilidad de una racionalidad jurídica del derecho administrativo. Podemos también referir un tipo de delimitación a partir de la interpretación de los hechos. Véase. LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro. Argumentación e interpretación probatoria. Reflexión de algunas herramientas. Págs. 43-65. En. LÓPEZ PEÑA, Edmer Leandro. Argumentación e investigación jurídica: Perspectivas contemporáneas. Ed. Usta. Colombia.2020

³³² TORRES MALDONADO, Ángel. El sumak kausy, desde la perspectiva constitucional ecuatoriana. Págs. 37-49, en: LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro, BARRERA VARELA, Pedro Javier. Reflexiones sobre los derechos constitucionales en perspectiva Latinoamericana. Ed. Ibáñez. Colombia.2015

Que nada pueda escapar a los jueces es una premisa interesante, no solo de asimilar, sino de cuestionar, se insiste que como cláusula de no retorno se eleva como premisa de fácil aceptación.

Pero si abordara la cuestión de otra manera: ¿es posible que en principio el sistema jurídico permita que actuaciones del Gobierno-Estado escapen de la órbita del control jurisdiccional?

Este cuestionamiento en sus orígenes puede conducir al debate dado por el maestro Enterría quien con gran erudición determinó zonas que el propio sistema legal admitía como zonas de inmunidad jurisdiccional, siendo estos: los actos reglamento, los actos políticos y los actos discrecionales.³³³

Que se reconozca en este escrito la premisa Enterriana es porque se concibe que el gran legado de Enterría fue promover en la racionalidad administrativa, el deber que le asiste al sistema jurídico de reconocer el control jurisdiccional material de las actuaciones de la Administración. Ahora lo relevante será pensar esto mismo en el campo del Gobierno *en particular en el ejercicio de actos de estado de dirección de relaciones internacionales (actos no jurídicos)*

Era claro en el momento que se publicó la lucha contra *las inmunidades del poder*, que en la práctica administrativa quedaban por fuera del control jurisdiccional no sólo los actos políticos, sino también, unos actos que no representaban una esfera política de la Administración, como eran los actos reglamento y los actos discrecionales; pero en estos tres casos lo esencial era que se forjaban en la libertad decisional de la Administración.

Primeramente, respecto de los actos políticos estos se sustentaban en la distinción entre actos de gestión y actos de gobierno.³³⁴ Ambos tipos de actos buscaban explicar dos tipos de dimensiones de la Administración, por un lado,

³³³ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder. Revista de Administración Pública. España. 1962. Págs. 33-38

³³⁴ Véase: GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo. Tomo 2. Edición 8ª. Fundación de derecho administrativo. Argentina. 2006. págs. 290-299.

los actos de gestión representaba la esfera jurídica-administrativa proclive al control de los jueces; en cambio, los actos políticos no eran controlables.³³⁵

Posteriormente debido a la tesis de la Unidad jurídica-política del Estado el actuar de la Administración como el deber de control de los jueces se fundamentaron en una única idea: el poder público.

Para el jurista, Ernesto Jinesta Lobo, el control jurisdiccional de los actos de la Administración es el ejemplo claro de la funcionalidad del principio Estado Social de Derecho, del cual se desprende la protección de otras garantías tales como el respeto del actuar conforme a la legalidad, el principio de separación de poderes y la eficacia de los derechos y libertades de los administrados. Para Lobo, la idea del control jurisdiccional formal y material representó un avance importante contra la arbitrariedad, en tanto que, el control jurisdiccional se relacionó directamente con la fuerza normativa de la constitución política, lo que significó que no solo fuera un asunto político sino jurídico admitir que los jueces controlaran el actuar de la Administración³³⁶

El control jurisdiccional también supone una garantía para el administrado, pues, se pretende que el actuar del Estado no se desborde y de ocurrir ello, que sea justiciable su actuar contrario a Derecho. El control jurisdiccional presupone un respaldo al principio de separación de poderes que no es más que un principio que avala la contención del poder público por el poder público.³³⁷

La justiciabilidad del comportamiento Estatal está dada por el respeto al principio de legalidad.³³⁸

³³⁵ Aunque hoy por hoy, pueda entenderse el pleno control de este tipo de actos, fruto de los efectos radiantes del Estado Social de Derecho (relación autoridad- garantías) y el constitucionalismo moderno (sometimiento al imperio de la ley, construcción de finalidades)

³³⁶ JINESTA LOBO, Ernesto. El control jurisdiccional de la administración pública. Revista judicial. Costa Rica. Año XX, Nro.63 del año 1997. Pág.97,98

³³⁷ *Ibíd.* Pág. 102,103

³³⁸ *Ob. Pre. Cit.* Pág. 437

De lo anterior se extracta que la legitimidad del poder debe comprenderse como reconocimiento y acatamiento de la autoridad a la idea de *sujeción* de una norma general por parte del poder. Aquí unos primeros indicios de la relación cíclica del maestro Ciro Güechá.

García Enterría y Ramón Fernández decantan que la sujeción de la Administración al principio de legalidad bien sea en sentido formal o material, se justifica por varias razones claras: la primera, respecto de la legitimidad del poder que al provenir de la comunidad, ésta se materializa a través de la ley, rechazándose poderes personales; la segunda, la sujeción a la legalidad dinamiza y da vida al principio de separación de poderes.³³⁹ Igualmente, comprenden estos juristas españoles, que el objetivo principal del principio de legalidad, es no solo limitar las posibilidades de actuación del Estado, sino permitir que el administrado pueda invocar la eficacia del sometimiento a este principio acudiendo a la justicia por medio de los mecanismos establecidos³⁴⁰.

Para Enterría y Fernández la sujeción del actuar de la Administración al principio de legalidad y su reconocimiento del control jurisdiccional formal y material es una decisión política con valor súper-constitucional.³⁴¹

El principio de legalidad de la Administración permite que se reconozca el actuar de la Administración no como una voluntad libre, ni tampoco, que se admita un derecho propio de autoridad del Estado, pues, a diferencia de lo ocurre con los derechos subjetivos³⁴², por ejemplo, la Administración actúa en cuanto que el sistema jurídico otorga potestades para actuar, esto significa en otros términos que el ejercicio del actuar de la Administración no necesita trabar relaciones como ocurre con los derechos subjetivos a nivel de ser correlatos obligaciones, sino en el caso de la Administración el deber de

³³⁹ Ibíd. 439, 440

³⁴⁰ Ibídem. Véase también: ARTOLA, Miguel. Constitucionalismo en la Historia. Ed. Crítica. Barcelona-España. 2005. Pág. 147-180

³⁴¹ También: DROMI, José Roberto. Acto administrativo, Ejecución, suspensión y recursos. Ed. Macchi. 1973. Argentina. Pág. 15, 16

³⁴² FERRAJOLI, Luigi. El fundamento de los derechos fundamentales. Edición Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Ed. Trotta. 4ª ed. Madrid, 2009. Pág. 28,29

cumplir funciones por el Estado presupone la pre configuración normativa de las potestades.³⁴³

Con todo lo anterior, es claro que la premisa Enterriana, permite predicar la relevancia del principio de juridicidad en el campo de delimitación y la relativización del comportamiento del Estado-Administrador, igualmente, se desprende de esta premisa el papel protagónico que representa el control jurisdiccional, respecto de la persecución del principio monárquico que pretende gozar en todo momento de un poder absoluto sin restricciones.

En el Derecho Administrativo Contemporáneo un ejercicio de la Administración sin control³⁴⁴ es impensable.

En la sección siguiente se abordara la potestad discrecional de la Administración pero desde la óptica de dos extremos, uno de ellos es motivado por la pretensión de reducción a cero, en cambio, el otro promueve reconocer la existencia de la potestad discrecional a veces aumentada.

Sección B. Aproximación a la caracterización general de la potestad administrativa discrecional entre yuxtaposiciones de referencia.

Sea oportuno abordar el estudio de la discrecionalidad desde dos enfoques, el primero que conduce a su reducción a cero y el otro que propende por la afirmación de efectos de aumento de la discrecionalidad ,especialmente, cuando en un mismo enunciado normativo se encuentran la potestad discrecional y el concepto jurídico indeterminado³⁴⁵.

En la actualidad ha sobrevivido en el estudio del Derecho Administrativo la necesidad de comprender el ejercicio de la potestad discrecional de la Administración y su control jurisdiccional, puede establecerse sin duda de

³⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo- RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de derecho administrativo. Tomo I. Décimo tercera Edición. Ed. Thomson. Civitas. España, 2006. Pág. 447

³⁴⁴ Esto nos ha invitado a reflexionar en la extensión de la idea de control jurisdiccional hacia un control general que promueva la defensa de la juridicidad desde un fortalecimiento del control consultivo encabeza del Consejo Estado

³⁴⁵ Ob. Prev. Cit. LOPEZ-PENA, Edmer Leandro. Conceptos jurídicos indeterminados.

equivocación que la potestad discrecional, es y será, una institución de obligatorio abordaje para todo aquel que se sumerja en las bellas aguas del Derecho Administrativo. No por nada a los poderes discrecionales se le ha reconocido como el caballo de Troya del Derecho Administrativo.³⁴⁶

A contrario de lo que podría considerarse que la implementación del principio de juridicidad en el marco del sistema jurídico-político conduciría a eliminar o reducir la potestad discrecional de la Administración, hoy más que nunca se hace latente el ejercicio de este tipo de potestad, nótese que no se trata solo de la discrecionalidad administrativa, sino de la discrecionalidad de los jueces y de la discrecionalidad política como se ha demostrado en el presente trabajo de tesis.³⁴⁷

Las actuaciones desplegadas por muchas administraciones en estos tiempos como son algunas decisiones tomadas por los gobernantes de turno en el marco de la crisis de pandemia desatada por el covid 19 o en cuanto a cuestiones políticas, ponen en evidencia la necesidad de abarcar cada vez más el estudio de la discrecionalidad, que según se entiende ha tomado nuevas formas, entre esas, un tipo de discrecionalidad política que conduce a riesgos políticos.

Con anterioridad se ha sostenido la idea que la discrecionalidad administrativa parte de varias fuentes, la primera, la misma condición humana de serle imposible regularlo todo. La segunda, resulta darse en sede de la racionalidad jurídica, en este caso se entiende que la discrecionalidad brota del fenómeno de interpretación del Derecho, de la hermenéutica de la interpretación y argumentación jurídica que domina en estos tiempos el estudio del derecho como su aplicación institucional.

³⁴⁶ A Hans Huber, se le imputa la concepción de reconocer en el poder discrecional la calidad de caballo de Troya del derecho administrativo en el seno del Estado de Derecho, al momento de justificar su tesis del derecho y del estado de derecho.

³⁴⁷ Téngase la relatividad discrecionalidad en cuanto a las medidas cautelares innominadas.

La discrecionalidad administrativa, inicialmente, es una potestad. Con ello se quiere diferenciar que no se trata de un acto de voluntad autónomo de la administración, pues esto no solo sería hipostasiar al Estado-administrador³⁴⁸ sino además la autonomía de la voluntad no siempre tiene como fuente la ley, lo que significaría que existiría otra fuente de la discrecionalidad. De allí que sea considerada una potestad, esto implica entenderla como una institución que nace del Derecho y que permite o autoriza a la Administración a actuar volitivamente frente a determinadas situaciones, en la medida que al creador del Derecho le es imposible prever todas las situaciones que llegaren a presentarse, así como todas las alternativas que podría asumir la administración. Esta libertad volitiva de la Administración se limita a gracia de la sujeción especial al Derecho.

Como potestad, la discrecionalidad comparte su esencia con la potestad reglada. De modo que lo reglado comporta una acción cognitiva de la administración, mientras, lo discrecional determina un actuar volitivo.

Se ha configurado tanto en la doctrina especializada como en la jurisprudencia que frente a este antagonismo debe comprenderse la interacción de estas instituciones a través del principio de tasa o mensurabilidad, del cual se predica que: primero, no existe potestades absolutas y segundo que toda potestad reglada posee algún componente discrecional, como toda potestad discrecional comporta elementos reglados, como es el caso de los criterios de competencia, respeto a las formas, al debido proceso, motivo y motivación, por ejemplo.

El actuar de la Administración se encuentra entre estos dos escenarios, por un lado, una conducta cognitiva impuesta previamente por el sistema jurídico y, por otro lado, un actuar volitivo de acuerdo a la naturaleza de las situaciones supuesto de hecho o consecuencia jurídica, pero relativo en cuanto debe ser un actuar conforme a derecho).

³⁴⁸ KELSEN, Hans. El contrato y el tratado .Analizados desde el punto de vista de la teoría pura del Derecho. Ed. Coyoacán. México.2007. Págs. 109-112

Tanto lo reglado como lo discrecional posibilitan la materialización de los fines de la Administración, pero siempre bajo el respeto de la relación autoridad - garantías.

Que no se reconozca la existencia de potestades absolutas se debe en gran medida a la posición doctrinal asumida de la tesis Enterriana como se advertían preliminarmente. La idea de someter la potestad discrecional tanto al control formal como material, conlleva a predicar las características propias de este tipo de potestad.

Se ha referido de la discrecionalidad que es la existencia y formalización del momento, entendido como la posibilidad que le asiste a la administración de elegir los motivos de su actuar; esta determinación de motivos proviene de la ley al otórgale a la administración libertad de elección.³⁴⁹

La discrecionalidad administrativa es una potestad y por tal es una facultad de poder, creada normativamente, nace de la disposición del ordenamiento jurídico a modo de atribución o auto atribución a la Administración, justificándose la potestad en el ideal de satisfacer fines y objetivos estatales que justifican el ideal de Estado.

La problemática de la potestad discrecionalmente inicialmente transita, como es el caso del sistema jurídico colombiano, que no existe disposición normativa que defina concretamente la noción de discrecionalidad administrativa, como lo advierte profesor Marín Hernández.³⁵⁰

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia, a gracia de configurar lo discrecional desde el ejercicio lícito de la potestad, se permite y da lugar a que el juez controle objetivamente el actuar de la Administración, esto en cuanto que los intereses estatales y de la administración deben

³⁴⁹ Véase: WAHL, Rainer. Los últimos cincuenta años del Derecho Administrativo alemán. Trad. José Carlos Mardomingo. Ed. Marcial Pons. 2013. Pág. 60 y págs. 163-167

³⁵⁰ MARIN HERNANDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa. Universidad Externado de Colombia. 2007. Pág. 653, 654,

corresponder en todo momento a intereses conforme a Derecho y en pro de salvaguarda del interés general.

De la sujeción de la potestad discrecional a la juridicidad, el Consejo de Estado, vehemente a dispuesto que es claro entender que la última palabra para apreciar y definir el interés público no corresponde en sede de la Administración, sino en sede jurisdiccional, es a ésta que le corresponde juzgar la actividad de la primera.³⁵¹

Esta máxima, aunque, a prima facie, resultare una afectación a la autonomía de los poderes públicos y pudiese ser un exceso de la rama judicial, para el Consejo de Estado Colombiano, no lo es, pues al estipular el papel de control y la posibilidad de los jueces de determinar de lo que resulta ser el interés público en cada caso no sustituye el momento de oportunidad y conveniencia que está en cabeza exclusivamente de la administración; se trata de reconocer que el juez ostenta dicha facultad proveniente del mismo ordenamiento jurídico, esto como un criterio que garantiza la fórmula de separación de poderes y la proscripción a la arbitrariedad. Se trata de articular la noción de la potestad discrecional que otorga a la administración el poder de decidir la oportunidad y la conveniencia de la decisión que va a decidir adelantar y la sujeción de la actividad de la administración al principio de legalidad en amplio sentido o juridicidad; de modo que la conjugación de estas dos dimensiones abren la posibilidad para que el juez proceda a controlar y evaluar los criterios tenidos en cuenta por la administración y entrar a juzgarlos, si son conforme a derecho o no.

Para el Consejo de Estado Colombiano la articulación de las dos dimensiones se cimienta tanto en la sujeción positiva al principio de legalidad de la Administración como en el deber que le asiste a todos los poderes públicos de satisfacer el interés público/interés general, siendo éste criterio valorativo y de

³⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp. 12139, Auto de 13 de febrero de 1997 También en Consejo de Estado Expediente 25000-23-26-000-2002-01216-01(27921)A, del 16 de marzo del año 2005.

racionalidad del comportamiento estatal, debiendo el juez de lo contencioso asumir el deber de guardián de la juridicidad.

Este rol del guardián de la legalidad no conlleva a desconocer el principio de separación de poderes, al respecto el Consejo de Estado, ha señalado en varios pronunciamientos la relevancia que tiene este principio, al entenderse que todo tipo de ejercicio de potestad discrecional de la administración no es absoluta.

En otras palabras, *la distribución del poder se construye sobre la contención* del mismo, de modo que la discrecionalidad administrativa se torna en una potestad jurídica del Estado, queriendo decir con ello que es un poder en el derecho y conforme a derecho, siendo su limitante el fin de la norma que la contiene³⁵².

Estas condiciones del ejercicio de la potestad discrecional desembocan en el reconocimiento de ser una potestad limitada, así como los derechos son relativos, lo será igualmente, la potestad de la Administración.

La idea de la no condición absoluta e ilimitada de la potestad discrecional ha sido acogida por la doctrina especializada y por las decisiones del Consejo de Estado Colombiano, que han establecido claramente que la Administración no cuenta con un fuero de intangibilidad que la habilite a actuar con un poder majestuoso y soberbio. La relativización del poder discrecional se da desde la propia *contención jurisdiccional*.

Esta racionalidad termina en la aprobación de la ponderación y la razonabilidad como instituciones que permiten tanto a la Administración evaluar su comportamiento como ejercer al Juez el acto de control jurisdiccional. Esta postura del Consejo de Estado se apoya del estudio del artículo 36 del derogado Decreto 01/84, ahora artículo 44 de la Ley 1437 de 2011.

³⁵² Véase sentencias: Consejo de Estado, exp. 15324; 2 de mayo de 2007, exp. 18059; 31 de octubre de 2007, exp. 14390; 28 de junio de 2012; sentencias de 29 de agosto de 2007, exp. 15599; 18 de marzo de 2010, exp. 13503 y 5 de junio de 2008, exp. 8431, exp. 23361; 30 de noviembre de 2006 también en sentencia Corte Constitucional C-454 de 1994.

Del análisis que ha hecho el Consejo de Estado sobre la disposición normativa artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 anterior artículo 36 del Decreto-Ley 01 de 1984, se ha consolidado la idea que la potestad discrecional no es un atributo omnímodo de la Administración, pues si bien este poder cuenta con ciertos atributos como lo son la ejecutoriedad y ejecutividad, esto no puede hacer perder de vista que los poderes estatales son tan sólo un medio para lograr la eficacia de los intereses generales, y esto se logra respetando la juridicidad.

Se puede rescatar de las varias tendencias que ha tomado la potestad discrecional que todas aprueban que la Administración frente a este tipo de potestad tiene un margen de libertad, una libertad volitiva, que se concreta en la elección de motivos; libertad que no puede omitirse y que resulta ser relativa. Lo que sucede es que la discrecionalidad administrativa resulta ser una institución útil pues se afianza como técnica para lograr los cometidos estatales.

Para Marienhoff ³⁵³ es importante no confundir poder con potestad, aquel corresponde a un atributo del Estado en sentido amplio, aquella es el acto de concreto particularizador del poder estado. Juan Carlos Cassagne, refiere que la potestad como noción se obtiene al diferenciarse con la idea de derecho subjetivo; pero agrega que la potestad también se puede diferenciar con conceptos de función y cometido; la primera es una actividad estatal genéricamente hablando, el cometido será la tarea concreta a desarrollar, entendiendo la potestad como el medio para lograr funciones y cometidos.

Conforme a lo anterior, se puede establecer que la potestad administrativa es el ejercicio de poder por parte de la Administración orientado a cumplir las funciones y cometidos estatales; la potestad se fundamenta en la existencia del poder público y la dependencia de éste al principio de juridicidad.

³⁵³ CASSAGNE, Juan Carlos. Tratado de derecho Administrativo. Tomo I. 7ª Ed. Ed. Abeledo -Perrot. Argentina.2002. Págs. 115-120. Véase: MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo. Tomo I. Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1982 Pág. 260, 268.

Precisando un poco más el comportamiento de la Administración en el actuar discrecional, debe tenerse presente que la libertad de apreciación no corresponde a todos los elementos normativos , pues existen algunos elementos que son reglados como lo son la competencia, la forma , el procedimiento la motivación, el motivo, de modo que se debe reconocer la mensurabilidad en la discrecionalidad, es decir que no siendo absoluta también cuenta con elementos reglados que no puede ser afectados por la libertad de apreciación.

Hasta aquí, se puede determinar que están los insumos esenciales para entender la noción de la potestad discrecional, así como los elementos característicos de la juridicidad para su práctica y la aceptabilidad del control jurisdiccional.

Es importante entonces subrayar de modo general las reacciones que se han presentado respecto del control y las consecuencias de este frente al actuar discrecional de la administración, pudiendo resaltarse varias posiciones: i) está aquel sector del pensamiento jurídico, como fue un sector la doctrina alemana, que promovió la pretensión de reducción a cero de la potestad discrecional de la administración; ii) también está la doctrina expuesta por Enterría que reconociendo la existencia de la potestad discrecional y la imposibilidad de llevar a una absoluta la reducción a cero, formula tres técnicas de control: los principios generales del derecho, los hechos determinantes y los conceptos jurídicos indeterminados para controlar de fondo la discrecionalidad, , iii) se encuentra la postura de reducción formal de la potestad discrecional en la cual puede situarse los escritos del maestro Ciro Güechá Medina; por último, iv) está la doctrina que concibe la discrecionalidad aumentada, en la cual se concibe que existiendo la discrecionalidad, ni pudiéndose reducir a cero, ni tampoco eliminándose, se aumenta a gracia de considerar que los conceptos jurídicos indeterminados en algunas ocasiones, más que ser técnicas de control de la discrecionalidad sometiéndola a un *juicio tertium non datur* como lo proponía Enterría , a contrario sensu permiten el aumento de la discrecionalidad; a esta postura el suscrito se ha adherido en otros escritos.

No es de interés hacer un análisis detallado de cada una de estas posturas y recaer en discusiones de fondo, la pretensión de lo que sigue es tan solo describir que no es sólo la problemática de no estar definida la discrecionalidad administrativa en el sistema jurídico, sino comprender las dinámicas que el entendimiento de la discrecionalidad administrativa ha ofrecido y aun ofrece cuando se trata de evaluarla desde el discurso de la sujeción del actuar de la administración a la juridicidad.

Según Enterría, la potestad discrecional puede ser controlada de forma y de fondo³⁵⁴, primero en aplicación del principio de mensurabilidad, segundo por las técnicas de control de fondo, como son los principios generales del derecho, los hechos determinantes y los conceptos jurídicos indeterminado.

El control material implicaba para Enterría la posibilidad de recaer en el campo subjetivo de la Administración, por tal razón, consideró que la técnica de desviación de poder era insuficiente para ello, pues ésta se quedaba en el campo de lo formal pero no trascendía en el campo material de la discrecionalidad³⁵⁵. El problema del control de fondo implicaba promover una transcendencia del papel del juez, pues, un mero control de forma supeditaba al juez a un mero control sobre los aspectos reglados, una mera evaluación de si los actos cumplían los requisitos o no, no pudiendo recaer el fondo de la discrecionalidad esto es la oportunidad y la conveniencia.

Los principios generales del derecho sin estar expresamente en el ordenamiento jurídico pero sí incorporados a su esencia, permitían comprender que la discrecionalidad se movía por el deber de satisfacer fines, que no eran cualquiera sino los naturales del Estado y del derecho justo. La orientación del control jurisdiccional por aplicación de los principios generales del derecho implicó un abandono del positivismo legalista del siglo XX, el cual se sustentaba en una estricta aplicación exclusiva de la ley.

³⁵⁴ Véase: GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder. Ed. palestra, 2004. España. Págs. 9-16. También en: GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. Ed. Civitas. 5ª edición ampliada. Madrid, 2000. Págs. 110-115

³⁵⁵ VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. 13ª ed. Ed. Legis. Bogotá- Colombia, pág.590-598

El control por los hechos determinantes se apoyaban de la idea absoluta que la realidad es univoca e in-interpretable, entonces era controlable un actuar de la administración que contando con la oportunidad y la conveniencia para disponer la construcción de un puente, el juez podría recaer sobre los hechos que motivaban esa decisión de construcción del puente, encontrando que la realidad univoca, demostraba que no era necesario, por ejemplo.

En cuanto a los conceptos jurídicos indeterminados esos se han entendido en la postura de Enterría como más próximos a elementos reglados, cuya aplicación se aproxima al *tertium non datur* y juicio silogístico.³⁵⁶ Obviamente en ambos casos, lo volitivo se delimita por un marco axiológico que determina el sistema jurídico.

Respecto de la posición del jurista y maestro Ciro Nolberto Güechá Medina, se plantea la inexistencia de la discrecionalidad en la actuación administrativa, esto en cuanto que haciendo un análisis a profundidad del comportamiento de la Administración, aunque se pretende describir que su actuar es discrecional, no existe como tal una voluntad de la Administración, en cambio se trata de una sujeción estricta a la legalidad, de modo que todo actuar discrecional no puede apartarse del respeto al debido procesos, la competencia, las formalidades, el procedimiento, la motivación y el motivo.

Con esto el profesor Güechá predica la inexistencia actualmente de la discrecionalidad. Esta posición será abordada desde la relación cíclica del principio de legalidad y el poder público. Por esta razón no se profundizará más de lo aquí descrito en tanto que en los apartados siguientes se retomara la cuestión de la relación cíclica.

Como se ha descrito la aproximación al estudio de la potestad discrecional es posible a gracia de promover yuxtaposiciones de referencia, estas fueron tratadas así: i) distinción entre lo reglado y lo discrecional, ii) la potestad, el

³⁵⁶ LÓPEZ PEÑA, Edmer Leandro. Conceptos Jurídicos Indeterminados y Discrecionalidad Administrativa. Ed. Tirant Lo Blanch. España. 2015

derecho subjetivo, la función y el poder; iii) la discrecionalidad y el concepto jurídico indeterminado; iv) la reducción a cero, la inexistencia y el aumento de la discrecionalidad. Con estas yuxtaposiciones de referencia se ha identificado rasgos centrales de la discrecionalidad, como son: a) lo volitivo, b) la relatividad del actuar; c) la presencia de motivo y, d) el control jurisdiccional apoyado en la realidad y en la racionalidad jurídica.

Lo obtenido de las yuxtaposiciones de referencia ha permitido decantar algunas características del actuar discrecional de la Administración, sirviendo esto de insumo para tratar la discrecionalidad política.

En la siguiente sección se desatara la tesis de la relación cíclica que presupone el principio de legalidad y el poder público, relación cíclica evidenciada en la tesis del profesor y jurista Ciro Nolberto Güechá Medina.

SECCION II. RESPECTO DE RELACIÓN DE SIMETRÍA ENTRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL PODER PÚBLICO EN EL ESTUDIO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

Tanto la vida individual como colectiva del Hombre trae consigo situaciones que inquietan, o lo que es lo mismo, perturban. Considerar que algunas teorías del Derecho inquietan al Hombre puede ser apreciada como una afirmación extravagante, pero evaluando la afirmación con mayor detalle no resulta de ese modo.³⁵⁷

En el Mundo actual muchas personas se inquietan por las tesis capitalistas, otras por las comunistas, algunas por las doctrinas de izquierda, otras por las de la derecha; algunos se perturban por descubrimientos como el caso de la edición genética, otros esperan ser perturbados, por ejemplo, esperando la prueba de la vida extra terrestre o la existencia de Dios. Podría entenderse que

³⁵⁷ WATSON, Peter. Ideas. Historia intelectual de la Humanidad. Ed. Planeta. España.2005

se vive en una sociedad de la perturbación o a la espera de ella, parafraseando al filósofo de moda, Chul Han.³⁵⁸

Partiendo que la perturbación es una constante en la vida del Hombre, es posible encontrar un puente para adentrarse en el campo de lo político.

La idea de perturbación guarda relación con la tesis propuesta por la segunda ley de la termodinámica que tantos réditos ha dado no solo en el campo de las ciencias básicas sino también de las ciencias sociales y la filosofía política.³⁵⁹ Perturbación es desorden, de eso trata la segunda ley de la termodinámica que establece la presencia constante de la entropía en la naturaleza. La evaluación de la entropía conduce a predicar fórmulas para lograr la armonía y la unidad.

En el campo de las ciencias sociales especialmente del Derecho, nótese que las doctrinas hasta hoy sobresalientes confluyen en dos aspectos, por un lado, propender justificando, tanto, la armonía como la unidad, eso se nota en las doctrinas de los derechos humanos, la principialista y moralidad constitucional, teoría del Estado, hasta los principios de Estado Social de Derecho, separación de poderes, liberalismos etc., todas estas y muchas más conducen a predicar una unidad y armonía social. El enemigo directo de todo sistema es la arbitrariedad y la anarquía, esta tesis a grandes rasgos es la idea legada de la teoría del desorden.³⁶⁰ Por el otro lado, se entiende que estas doctrinas respaldan un restablecimiento del orden a partir de la fijación del control jurisdiccional, otorgándole un papel protagónico en el restablecimiento y salvaguarda a la actividad judicial.

La determinación de la armonía y la unidad en el Derecho³⁶¹ ha puesto en evidencia tensiones que a la fecha no han sido zanjadas de manera absoluta y completa en el campo jurídico, téngase por ejemplo presente la tensión entre

³⁵⁸ BYUNG, Chul Han. La Sociedad del Cansancio. ed. Herder. España.2017

³⁵⁹ SUSSKIND, Leonard. La explicación de Boltzmann de la segunda ley de la termodinámica. Págs. 37-40, en: BROCKMAN, Jhon. Eso Lo explica Todo. Ideas bellas, profundas y elegantes sobre cómo funciona el mundo. Ed. Ariel. España.2019

³⁶⁰ GÓMEZ MULLER, Alfredo. Anarquismo: Lo político y la anti política. Ed. Desde Abajo. Colombia, 2014. Págs.7-18

³⁶¹ Véase: GUARINONI, Ricardo. La Autorreferencia normativa y la validez jurídica. Ed. Fontamara. México, 2008.

individualidad y colectividad, entre igualdad y libertad, entre autoridad y libertad, entre regla y excepción,³⁶² por citar algunos.

Las tensiones que se presentan, evidencian a su vez el afán en sede de teoría como en la práctica jurídica de configurar esquemas que promuevan un sentido de seguridad.

Es claro que el positivismo jurídico clásico afianzó la idea de seguridad en una de tipo jurídica y legalista; fue Radbruch, después de la segunda guerra mundial, con su objeción a la tesis, ley es ley y a partir de su famosa fórmula, que puso en tela de juicio la estabilidad del principio de seguridad jurídica como único principio del derecho positivo. Para el jurista alemán la tesis de la seguridad jurídica encerraba en ocasiones arbitrariedad legal, de modo que en ocasiones esta pretendida fortaleza de la seguridad jurídica debería ser debatida en sede del principio supremo de la justicia.³⁶³

El discurso del maestro Radbruch respecto del vencimiento de la seguridad jurídica por medio del principio de justicia en dos casos específicos, el primero, cuando se presenta un derecho incorrecto y en segundo lugar cuando se da un no derecho, por nacer éste con la intención de desconocer la igualdad, promovió la impresión del restablecimiento del orden y la unidad cuando el derecho se “sale de control”, se torna arbitrario. Aunque esta tesis no escapa de discusiones en la racionalidad jurídica, como lo delata el jurista contemporáneo Ulfrid Neumann³⁶⁴, se estableció la formula Radbruch como una forma de aprovechar el principio de justicia contra la estricta legalidad que puede tornarse en arbitraria, como lo demostró el totalitarismo.

En debate con Radbruch se puede sostener que en la racionalidad del Derecho Contemporáneo, tanto el principio de presunción de legalidad y especialmente, el principio de presunción de constitucionalidad , conllevan a que la discusión

³⁶² MACCISE DUAYHE, Mónica. El derecho a cuestionar el derecho. La teoría democrática de Claude Lefort. Ed. Coyoacán. México, 2012. Págs. 73-78

³⁶³ RADBRUCH, Gustav. *arbitrariedad legal y derecho suprallegal*. Págs.25-43. En: Radbruch Gustav. Relativismo y Derecho. Trad. Luis Villar Borda. Ed. Temis. Colombia. 2009

³⁶⁴ NEUMANN, Ulfrid. El derecho como estructura y argumentación. Ed. Tirant Lo Blanch. España. 2022. Págs. 313-335

sobre la arbitrariedad de la ley, del acto o reglamento quede supeditado al control jurisdiccional , con esto se advierte que la tensión entre justicia y seguridad jurídica a partir de la aplicación de la tesis del control jurisdiccional queda subrogado al mismo principio de seguridad jurídica.

En otros términos, al establecer como garantía el sistema el control jurisdiccional las presunciones de legalidad y constitucionalidad, la justicia está en estos tiempos incorporada en la seguridad jurídica, pues, el control jurisdiccional , no es ajeno al sistema jurídico, por el contrario, es propio y se torne en pilar del sistema actual , esto implica que el estudio sobre la presunción, bien sea legal o constitucional, posterior o previa, por acción, automática o por vía de excepción, siempre será un fenómeno de la seguridad jurídica.

Si esta tesis expuesta anteriormente es acertada, se tiene que reconocer que las bases de su solidez está en la idea misma del sometimiento de poder público al principio de legalidad, lo que el jurista y maestro Ciro Nolberto Güechá Medina, ha reconocido como la *cíclica relación del* poder público y el principio de legalidad, tomando aquel como expresión última de ésta.

La comprensión de la cuestión resulta importante, pues conduce a cuestionar si lo político y lo jurídico, son dos campos que pueden llegar a diferenciarse o, por el contrario, en tiempos contemporáneos, por la atracción del principio de legalidad entendido como juridicidad todo poder político es un poder jurídico.

A esta cuestión en tiempos pasados ya el alumno de Kelsen, Adolf Merkel, había precisado una importante distinción entre el derecho administrativo y el derecho político.³⁶⁵

El problema gravita en que a partir de la incorporación en el sistema jurídico de las reglas y principios, y el apoyo cada vez más sobresaliente, a sabiendas de

³⁶⁵ MERKL, Adolf. Teoría General del Derecho Administrativo. Ed. Coyoacán. México. 2014. Págs.112

sus deficiencias, de la hermenéutica³⁶⁶, la interpretación y la argumentación jurídica como fórmulas de resolución de casos más allá del simple silogismo basado en reglas, se ha conducido a proclamar que todas las decisiones administrativas y políticas *deben* quedar supeditadas al reconocimiento y respeto de la juridicidad, así se perfila las máximas “nada escapa a la juridicidad” como “nada escapa a los jueces”.

Se trata entonces de establecer la existencia bien de simetrías entre la legalidad y el poder público, cuestión a la que el profesor Ciro Güechá dedicó sus fuerzas en el desarrollo de su tesis doctoral en el curso de su tercer doctorado. Por tal razón, se recaerá en extenso en lo descrito por él, por ésta razón la (sección A) se titula de la misma forma que la obra publicada por el maestro.

Una vez concebida la relación cíclica que supone el principio de legalidad y el poder público, se promoverá una descripción general sobre nuevos matices que se han dado respecto del papel del juez y el control jurisdiccional, así, se describirá de modo general la denuncia pos-jurídica, conduciendo ello a reflexionar sobre si existe hoy nuevos componente que hagan evaluar la conducta del juez de lo contencioso administrativo quien debe actuar ante nuevos retos que supone la contemporaneidad: *crisis* ambientales, sanitarias, nucleares, así como ante nuevas pretensiones y funcionalidades del Estado como la atención y gestión del riesgo y entre estos el riesgo político. (Sección B).

Sección A. Poder público y principio de legalidad. Limitación de la discrecionalidad en el ejercicio del poder, desde la validez normativa. Fundamentos de una cíclica relación.

Como punto de partida el profesor Güechá reconoce la naturaleza del poder público como expresión del poder constituyente, de manera que el poder público es una expresión de autoridad dentro de las diferentes formas de

³⁶⁶ PARRA HERRERA, Nicolás. Temperamentos Interpretativos. Ed. Legis Colombia, 2018

Estado y de Gobierno, con ello, se afirma que, el poder público se enmarca dentro de las regulaciones normativas previstas en la constitución, identificando el poder público con las funciones del Estado, entendiendo con esto, el autor, que el poder ejecutivo, legislativo y judicial, se encuentran sometidos a la legalidad, que al abordarse de manera particular culmina en la valoración de criterios de la validez de las normas para legitimar la subordinación del poder a la legalidad en sentido amplio.

Para el profesor **Ciro Güechá**, el poder público está condicionado por el principio de legalidad, esto en cuanto que la existencia e identidad es propia de una norma expedida; cuando el poder público emite una norma bien sea en la manifestación de la función legislativa, ejecutiva, ésta norma se vuelve independiente a su creador, al punto que subordina el poder público y se constituye en un auto control de la actuación del poder público; ocurriendo esto mismo en desde de la Administración que debe aplicar la norma sometiéndose al respeto del principio de legalidad.

Entiende el maestro **Ciro** que se presenta una constante tensión entre el poder público y el principio de legalidad en aras de lograr superioridad jerárquica dentro de la estructura estatal- así se explica la tensión-

“el poder público en su expresión de la Función Legislativa, al expedir las regulaciones normativas generales, en principio estaría en la cúspide de la jerarquía de la estructura del Estado de Derecho, pero al concretarse el principio de legalidad, es decir, al entrar en funcionamiento la imposición de dichas normas, éste, de una u otra forma condiciona su actividad. En idéntico sentido ocurre con la actividad de la administración Pública, ya que, cuando va a aplicar la ley se ve condicionado por ella, mostrando así una cíclica relación de jerarquía”³⁶⁷

La relación cíclica determina que el principio de legalidad y el poder público mantengan un vínculo de interdependencia respecto de su control y existencia, de modo que se daría una ausencia de la discrecionalidad.

³⁶⁷ GÜECHÁ MEDINA, **Ciro Nolberto**. Poder Público y Principio de Legalidad. Limitación de la discrecionalidad en el ejercicio del poder, desde la validez normativa. Ed. Ibáñez. Colombia. 2019. Pág. 20

“En efecto, cuando las regulaciones normativas subordinan toda la actividad dentro del Estado, la discrecionalidad pierde preponderancia en el ejercicio del poder público”³⁶⁸

La unidad y el orden se representan en la noción del poder constituyente que da vida al Estado. En ese sentido se cuestiona en la obra bajo estudio a las posiciones de la doctrina que determina que el poder político constituyente proviene de la nada, según refiere el profesor Ciro, no es aceptable esta premisa en la medida que el poder constituyente es

“la consecuencia de la organización del pueblo que deriva de estructuras sociales y estatales; circunstancia que implica la preexistencia de dichas organizaciones, pero que el poder constituyente a través de la constitución regulariza o formaliza jurídicamente”³⁶⁹

Para el profesor Ciro, la noción de poder público implica prerrogativas del Estado, determina una condición de superioridad de éste, lo que lo habilita para materializar actividades unilaterales; pero estas prerrogativas que se ejercen por las diferentes ramas o poderes públicos deben ser justificadas en todo momento por la función de servicio público que se pretende cumplir.³⁷⁰

Respecto del principio de legalidad - el autor, refiere - que el Estado de derecho lo contiene debido a que *“éste necesariamente se expresa dentro de aquel: pero además, porque dicho principio constituye el fundamento del mismo”*³⁷¹ Esta premisa resulta relevante en el desarrollo doctrinal del maestro Ciro, en cuanto que como se desprende de esta afirmación, el poder público y la materialización de las funciones estatales, se subordinan en todo momento a una configuración normativa, que no es exclusivamente formal, sino trasciende al campo material.

³⁶⁸ Ibídem.

³⁶⁹ GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. Poder Público y Principio de Legalidad. Limitación de la discrecionalidad en el ejercicio del poder, desde la validez normativa. Ed. Ibáñez. Colombia. 2019. Pág. 183

³⁷⁰ Ibídem. Págs. 69-70

³⁷¹ Ibídem. Pág. 131

La sujeción del derecho presupone su obligatoriedad. Este criterio fuerte para establecer la obligatoriedad de las normas están en la premisa de la legitimidad, entendida como aquella exigibilidad que se logra de la normas, a gracias de corresponder ésta, con los criterios que el orden social ha previsto³⁷² y que están estrechamente relacionados con la legalidad y la validez

“en el sentido de una legitimidad ajustada a las previsiones establecidas para la generación de las normas, las cuales pueden ir desde los criterios simplemente formales de actos expedidos por el poder público legislativo, que en el parlamento encuentran un escenario natural a través de un procedimiento previamente establecido, hasta los contenidos de las mismas para tomarse imperativas en el orden jurídico”³⁷³

Para el maestro Ciro, aunque existan varios conceptos de conducen a predicar la obligatoriedad de las normas jurídica, reconoce un criterio que denomina *unificado*

“en el cual las formas que determinan la coercibilidad, se contienen en normas por regla general positivizadas en textos escritos, ya sean de orden legal como actos propios del parlamento o en sentido general como pueden ser los de rango constitucional, ya que de una u otra forma, la intervención de los poderes públicos en la producción normativa con un carácter jurídico, se hace a través del formalismo de la escrituralidad, que no es otra cosa que el fundamento simbólico que caracteriza el derecho

Y ese simbolismo presentado a través de formas escritas en textos legales desde un punto de vista genérico, es lo que permite afirmar que la norma es válida y en esta medida obligatoria ya que debe estar asistida de dicha ritualidad, porque la existencia de regulación es lo que la determina que sea válida y en tal medida obligatoria como lo plantea Kelsen”³⁷⁴

De modo que siendo las potestades reflejo de materialización del poder político y poder público y pudiéndose definir como poderes unilaterales de las personas jurídicas del Estado que se representan por las autoridades y que se ejercen

³⁷² Ibíd. Pág. 155

³⁷³ Ibídem.

³⁷⁴ Ibíd. Pág.156

dando cumplimiento a procedimientos previamente establecidos por la juridicidad, esto llevaría a determinar que no existiría la discrecionalidad o de existir sería muy limitada debido a la sujeción al principio de legalidad³⁷⁵ principio que presupone la presencia de sanciones.³⁷⁶

Con esto llega el maestro Ciro a formular la cíclica relación poder público y principio de legalidad, cuyos puntos centrales serían los siguientes

1. Se establece una jerarquía de obligación y respeto entre poder público y principio de legalidad. Esta se fundamenta preliminarmente en un tipo de obligación de obediencia normativa, reconociendo que todo lo que nace a la vida jurídica cuenta con una pretensión de ser obedecida, de allí que, se forje la presunción de validez de las normas, esta supone un atributo de cumplimiento, en la medida que toda norma es una expresión de ejercicio de poder político.³⁷⁷
2. La relación cíclica se forja en la idea del sometimiento de la creación de la Ley por la Ley, esto es, que el mismo sistema delimita el poder de creación del Derecho, esto significa por ejemplo que a la producción legislativa se encontraría sometida tanto formal como sustancialmente a la legalidad en sentido amplio. Esto implica una sujeción del ejercicio del poder público a un espectro amplio del Derecho³⁷⁸.
3. La supremacía normativa predica la validez del principio de Legalidad, esto implica que se dé una primacía sustancial y no formal del principio de legalidad sobre el poder político y el poder público, apoyada en el campo de la validez, que no es otra cosa que, la correspondencia de la norma con valores superiores acogidos por la sociedad, bien como aceptación social o bien desde los campos de la moralidad y la ética; aquí se trata de identificar que la primacía sustancial del principio de legalidad se aparta de la tesis del simple formalismo de la validez de la norma por la norma, para poner a

³⁷⁵ Ibíd. Pág.187

³⁷⁶ Ibíd. Págs. 193-203

³⁷⁷ Ibíd. Págs. 206-207

³⁷⁸ Ibíd. 208-212

interactuar la validez normativa con la exigibilidad. En ese sentido es donde la legalidad obtiene la primacía sustancial sobre los poderes político y público³⁷⁹.

4. El poder público se somete a control y éste es una expresión del principio de legalidad, materializándose este en controles de tipo formal y material como sería en este último evento la aplicabilidad de los principios expuesta de manera expresa o implícita.³⁸⁰

Con la relación cíclica que se fija entre el principio de legalidad y el poder público se configura- para el maestro Ciro Güechá- una limitación de la discrecionalidad en tanto como institución es expresión del poder público subordinado.

Precisando este tipo de limitación se decantan los siguientes aspectos:

i). Se da una naturaleza reglada del poder público. Si bien existe un grado de superioridad del Estado para adelantar actuaciones unilaterales, y en ese sentido es posible que se halla comprendido respecto de la discrecionalidad que posibilita un actuar libre al poder público debido a la inexistencia de regulación de carácter legal, se rechaza esta idea en tanto que a voluntad del Estado no es la misma que la de los particulares, es decir, una voluntad autónoma, por el contrario, la conducta de los poderes públicos se subordinan al respeto del derecho³⁸¹.

ii). Formalismo de las actuaciones Públicas. Para el profesor Ciro, es claro que los sistemas jurídicos han determinado que sean las ritualidades y los formalismos los que primen en la actividad de las entidades públicas.

iii). Sometimiento a la legalidad: expresión de ritualismo. La revolución Francesa eliminó la idea del Estado por encima de la ley, con ello se encasilló

³⁷⁹ Ibíd. Pág.213-220

³⁸⁰ Ibíd. Pág.221-226

³⁸¹ Ibíd. Pág.228-229

el comportamiento subordinado del estado a la legalidad y al derecho, conforme a ello, debe reconocerse que el poder público se desarrolla en una armonía de cumplimiento con las regulaciones legales en sentido genérico, no pudiéndose separar de estas, so pena de *“además de generarse el error de derecho por violación directa de la ley, se configure una expedición irregular del acto que de igual manera lo invalida”*³⁸²

iv). Retomando la cuestión del artículo 44 de la ley 1437 de 2011, concibe el profesor Ciro que no puede perderse de vista que todo poder público administrativo está sometido, por un lado, al postulado del buen servicio, y por el otro lado, el cumplimiento de los intereses generales; así, a partir de esta premisa la sujeción del principio de sujeción a la legalidad conduce a

“anular la existencia de una discrecionalidad de poder público administrativo en sentido estricto, para dar paso a la formalidad, al ritualismo en el procedimiento de las entidades públicas, que llevan a las regulaciones legales al extremo de que el legislador en una misma norma indique la existencia de actos discrecionales, como lo hace el artículo 44 de Código De Procedimiento Administrativo Y De Lo Contencioso Administrativo Colombiano, pero a su turno, recalca que todo acto que se dicte como consecuencia del Poder Público debe ser motivado, lo que significa que se convierte en acto reglado, desapareciendo la noción de discrecionalidad, tanto en la decisión como en su formación y de esta manera se afianza la naturaleza reglada del poder público y de sus actuaciones”³⁸³

v). No existencia de la discrecionalidad, ni en el acto, ni en la facultad. Con ello se quiere señalar que en la dimensión que se ha dado por entender que es propia de la discrecionalidad, como es la oportunidad para la actuación, considera el maestro Ciro, el momento oportuno está dado por el respeto a la legalidad, el debido proceso, la habilitación legal, criterios de interés general y buen servicio³⁸⁴ por eso, tampoco, en el caso de la facultad se daría la discrecionalidad. En todo caso, se trata siempre de reconocer que en los actos

³⁸² Ibíd. Pág.232

³⁸³ Ibíd. Pág.234-235

³⁸⁴ Ibíd. Pág.239

de poder Público “*la voluntad que se consigna es la de la ley y no la de la autoridad pública*”³⁸⁵

vi).Respecto de los Conceptos jurídicos indeterminados, se recalca que aunque se apertura la posibilidad a la administración para hacer valoraciones, siempre este proceso funge a partir de la habilitación legal y debe estar conforme a Derecho.³⁸⁶

Lo tratado hasta aquí conduce a sostener que a gracia del principio de legalidad en sentido amplio o al principio de juridicidad , el poder público queda supeditado al cumplimiento de éste , conduciendo a establecer un tipo de naturaleza reglada del poder público que da pie a declarar inexistente la discrecionalidad o en su caso aprobarla con una gran limitación.

La tesis del jurista y maestro Ciro Güechá, permite condensar los alcances de la idea de sujeción positiva al principio de legalidad de la Administración, como extremo de la cuestión, esta sujeción conduciría a la desaparición de la potestad administrativa discrecional. Este desaparecimiento como se ofrece en la doctrina de la relación cíclica fundamenta la máxima de “nada escapa de los jueces” que se ha descrito en este escrito, pero que pasara a continuación a desarrollar desde la existencia de la discrecionalidad política.

Si todo el poder público con sus manifestaciones se somete a una condición reglada por motivo de la supremacía sustancial del principio de legalidad y esto ser cierto en alto grado de objetividad, será necesario abordar, si dada la posibilidad de existir un tipo de discrecionalidad política también ésta se ve reducida a la condición reglada que impone la *relación cíclica*, lo que conlleva a solidificar un control jurisdiccional formal y material de este tipo de actividad política.

³⁸⁵ Ibíd. Pág.240

³⁸⁶ Ibíd. Pág.244

Ahora bien, queda otra posibilidad que es naturalmente yuxtapuesta a la anterior, se trataría de aceptar la existencia de una discrecionalidad política que escaparía a la relación cíclica y con ello constituyéndose en una zona de inmunidad jurisdiccional, en cuanto que, no cabría proponer un tipo de control sobre las manifestaciones, que para el caso de estudio, se han diseñado en el marco del antagonismo decisonal (Petro-Duque-Maduro).

Lo relevante de esta última cuestión es que aceptando de entrada el nivel de atracción del principio de juridicidad frente a las manifestaciones que atacan la entropía propendiendo por el de orden y unidad como es el caso de las instituciones modernas del Estado y la Política, tanto la discrecionalidad política como su imposibilidad de control jurisdiccional en un sentido material integral, pues, no habría discusión del control de criterios reglados, provendría del sistema normativo o si se quiere de la legalidad en sentido amplio.

El matiz que toma el asunto es que si eso ocurre por aprobación de la normación estaríamos en presencia de una zona de inmunidad jurisdiccional aprobada por el sistema jurídico lo que contrariaría la tesis Enterriana.

Antes de dilucidar estas cuestiones en el capítulo tercero de esta obra, será necesario describir algunas corrientes que se ha elevado para cuestionar el papel de los jueces en la salvaguarda del sistema jurídico. Esta descripción del asunto desde las escuelas críticas permitirán contar con otro presupuesto respecto del control jurisdiccional, más allá del ya establecido y amparado como *cláusula de no retorno*.

Sección B. Las denuncias post jurídica y pos ontológica ante el juez de lo contencioso administrativo. Aproximación general.

En las ideas estructurales de Rudolf Stammler³⁸⁷ siempre se han encontrado grandes desafíos para la ciencia jurídica, precisamente, estos desafíos se producían por motivo del método crítico el cual con gran empeño desarrolló, llevando a cabo su empresa de demoler múltiples teorías. No se trataba para el maestro alemán de dismantelar las teorías por el sólo hecho de hacerlo, su pretensión era de un verdadero amante de la ciencia, pues de lo que se trataba era de reconocer que todo pensamiento científico debe descansar en una verdad objetiva, cuya característica en sí misma es permanecer en lucha constante con fuerzas que desean eliminarla. De modo que, una teoría que pretenda mantenerse y concebirse como base de la racionalidad científica deberá sobreponerse al método crítico.

El presente apartado, parte en concreto del espíritu crítico que debe invadir a todo sujeto que tenga la hermosa pretensión de alcanzar el conocimiento científico³⁸⁸; tarea aunque inacabable en muchos a inspirado un transcurrir de la vida. La ciencia jurídica debe comprenderse desde el método crítico y la comprensión de la existencia de verdades objetivas y no absolutas; el dogmatismo científico³⁸⁹ que en estos tiempos prolifera, traducido en el no querer ver la otra cara de la moneda o, si se quiere, la negación de la idea que a veces la moneda debe girar de cara, condena al propio pensamiento racional científico que pretende defender, lo conduce a un estancamiento innecesario e improductivo; a dar vueltas en círculos³⁹⁰.

Hombres como Kelsen, Radbruch, Habermas, Ferrajoli, García Amado, Cassagne, Rodríguez-Arna, Rivero Ysern, Gordillo, Güechá, y muchos más, no representarían nada para la ciencia del Derecho, sino fuera por su comprensión del espíritu crítico que invade todo trasegar científico. El giro

³⁸⁷ STAMMLER, Rudolf. Tratado de filosofía del Derecho. Ed. Coyoacán. México.2008

³⁸⁸ SCHEREIER, Fritz. Conceptos y formas Fundamentales del Derecho. Ed. Lex. Argentina, 2017.

³⁸⁹ KELSEN, Hans. La idea del derecho natural y otros ensayos. Ed. Coyoacán. México, 2010. Págs.11-40

³⁹⁰ KENNY, Anthony. Breve Historia de la Filosofía Occidental. Ed. Paidós. España.2018

científico que podríamos tratar de perfilar a grandes rasgos, se ha dado porque las teorías que pretendían ser inamovibles no han superado la lanza de la crítica objetiva. El ejemplo emblemático de esto es la comprensión del mundo físico en Newton ante el pensamiento de Einstein, éste es uno entre muchísimos claros ejemplos que determinan la construcción del pensamiento científico.

Bajo esta perspectiva de la crítica como propia del pensamiento científico, la cuestión en el campo del Derecho y en particular del control jurisdiccional, requiere ser sometida a una gran empresa crítica, pues, aunque se ha defendido la idea de una *justicia segura* tanto en su carácter científico como en su condición de neutralidad política, rechazando la relación de la decisión judicial con corrientes ideológicas o productos de la amplia discrecionalidad y subjetividad de los jueces; la realidad revelada en estos tiempos proyecta imágenes de una cada vez mayor relación entre ideología política y Derecho, configurándose al Derecho como medio de opresión, un tipo de *Lawfare* denunciado recientemente por el jurista y juez de la Corte interamericana de Derechos Humanos, Eugenio Zafaroni³⁹¹; así mismo, este Derecho con connotación ideológica, cada vez, adquiere más adeptos juristas e intelectuales que prestan su energía vital para adelantar una recia defensa.

La relación de ideología y Derecho³⁹² fue condenada por el maestro Kelsen, demostrando posteriormente el nacionalsocialismo alemán las denuncias certeras del maestro vienes; pero también lo que delató el nacionalsocialismo fue la existencia de un grupo de intelectuales que justificaban las maravillas del sistema jurídico y el tipo de justicia que de él se destilaba.³⁹³

El método crítico y la construcción constante de verdades objetivas, por un lado, permiten perfilar, delimitar y por qué no, derrumbar pensamientos estancados e inmóviles; por el otro lado, permite como lo pretendió Sócrates con su referencia a la oscuridad en la caverna, que hombres vean la luz del sol

³⁹¹ https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf Pág.70-ss.

³⁹² En la actualidad es el filósofo ZIZEK, Slavoj. El Sublime Objeto De La Ideología. Ed. Siglo veintiuno. Argentina. 2022.; Sobre el concepto de ideología, véase: VILLORO, Luis. El concepto de ideología

³⁹³ MÜLLER, Ingo. Los juristas del Horror. Ed. Álvaro Mora. Colombia, 2009.

y aunque sus ojos sufran, gracias a ello, puedan comprender la verdad de los objetos que sólo antes veían proyectadas en sombras.

La condición compleja y multidimensional de muchos asuntos como podría ser el de la seguridad alimentaria, ponen a prueba el sistema constitucional moderno y su criterio de la supremacía interpretativa judicial³⁹⁴, pues, la complejidad excede la dimensión judicial exigiendo una activación necesaria y determinante del pueblo, una reactivación de la decisión democrática representativa y participativa; por esta razón, se concibe en esta obra que la tesis de Larry Kramer del *constitucionalismo populista* encaja de manera armónica con la denuncia post-jurídica y el argumento post-ontológico; esto en cuanto, la crítica radical a la supremacía interpretativa de la constitución en manos de los jueces permite comprender la necesaria reactivación del poder político popular, adormecido y alienado por el neo-constitucionalismo³⁹⁵, que ha puesto las decisiones constitucionales trascendentales en manos del poder judicial.

Lo post ontológico y su rechazo a la unidimensionalidad y su reconocimiento del sujeto multidimensional permite entrever que tratándose, por ejemplo, de la alimentación sana y seguridad alimentaria sus elementos determinantes sólo pueden ser satisfechos a razón de una activación política popular, con esto significando que si bien los jueces han perfilado la naturaleza de estos derechos y han aceptado su garantía procesal, la garantía sustancial, esto es, su materialización material como política de Estado, sólo puede concebirse en sede del pueblo con los medios de democracia participativa y representativa.

Reconózcase como denuncia post-jurídica, un juicio crítico que se ha lanzado en contra del derecho moderno, en particular en cuanto su dependencia a la

³⁹⁴ POHL-VALERO, Stefan, VARGAS DOMINGUEZ, Joel. El hambre de los otros. Ciencia y Políticas alimentarias en Latinoamérica, siglos XX y XXI. Ed. Universidad del Rosario. Colombia, 2021. Pág. 367

³⁹⁵ Véase: SANIN RESTREPO, Ricardo. Teoría Crítica Constitucional. Ed. Tirant Lo Blanch. España 2014. Págs. 109-136; sobre una re interpretación de Kramer,, véase: YOO, Jhon, PRAKASH, Saikrishna. Against Interpretative Supremacy <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol103/iss6/17/> ; SEGOVIA, Juan Fernando. La interpretación constitucional Populista. Revista Prudentia Iuris, Nro. 76,2013. Págs. 135-164; Para una crítica a Kramer véase: CHEMERINSKY, Erwin. In defense of judicial Review: A reply to Professor Kramer. <https://www.istor.org/stable/3481315>

supremacía del discurso racional³⁹⁶, lo que repercute en la excesiva juridización de la vida, lo que conduce a una fijación autoritaria de la vida colectiva de los hombres. Este excesivo formalismo del Derecho conduce a una alienación y una configuración unidimensional según la denuncia post-jurídica.

Dentro de estas condiciones de alineación, el profesor Quintana, reconoce en lo post-jurídico, la presencia de varios tipos de alienación, la primera, una alienación social, que conlleva la pérdida de identidad, una segunda, alienación psíquica, que lleva a la sensación de inseguridad en el entorno, y por último, una alienación política, lo que implica la construcción de un temor hacia la voluntad libre y el espacio público.³⁹⁷

La alienación es la apertura al autoritarismo, el cual sustenta su régimen en el miedo.³⁹⁸

Lo post-jurídico reconoce en el Derecho contemporáneo la presencia de un constreñimiento formal y constitucional; este tipo de constreñimiento reduce la condición política del hombre a partir de un formalismo que cobra su mayor expresión en la forma del Estado Social de Derecho. Con este tipo de constreñimiento cobra total relevancia la dimensión de validez del Derecho por encima de la eficacia y la legitimidad, es decir, el punto de vista del Derecho interno (validez) prevalece sobre el externo (eficacia-legitimidad).

La consecuencia de la denuncia post-jurídica conduce a la discusión sobre la existencia del Derecho en la vida colectiva del Hombre y su impacto en sus dimensiones individual y política.

El Derecho como sistema somete el *mundo de vida*, al que se refiere Habermas, de modo que, la institucionalidad reemplaza la acción comunicativa, dándose así un tipo de colonización por medio del Derecho, un dominio legal

³⁹⁶ MEJIA QUINTANA, Oscar. Postontológico, Posfundacional, Pos jurídico. Más allá (de la filosofía y Teoría) del Derecho. Ed. Universidad Nacional. Colombia, 2021

³⁹⁷ *Ibíd.*

³⁹⁸ SPRINGER, María NATALIA. Sobre la Verdad en los tiempos del miedo. Del establecimiento de una Comisión de la verdad en Colombia y los desafíos para la justicia Restaurativa. Ed. Universidad Externado, Colombia. 2002.

de las relaciones sociales, donde la interacción intersubjetiva pierde toda fuerza determinante de las relaciones, siendo reemplazada por una exagerada institucionalidad que se afianza en los albores del formalismo, procedimentalismo y juridización.

El profesor, Oscar Mejía Quintana, en referencia a la doctrina de Habermas indica el aumento del derecho positivo como prueba de este sometimiento a la *supremacía integración sistemática*, presentándose como fenómenos, por un lado, un *adensamiento y por el otro, una extensión del derecho positivo y los procedimientos jurídicos*.

La Supremacía sistemática según explica Quintana, de líneas tomadas de Habermas, se dan en cuatro periodos a saber: 1. Estado burgués, 2. Estado Burgués de Derecho. 3. Estado democrático de derecho. 4. Estado social y democrático de Derecho.³⁹⁹

Esta reducción de lo social al sistema jurídico conlleva al abandono del análisis social y la participación política deliberativa e integradora.

Es por eso que aquí se toman la denuncia de Larry Krammer, ex decano de la facultad de Derecho de Stanford , que refiere que la supremacía de la interpretación judicial de la constitución desconoce la labor interpretativa original que tuvo el Pueblo de la Constitución, pues con este tipo de supremacía judicial, la actividad del Pueblo se torna en paradójica, pues siendo creador de la Constitución, al instante siguiente, queda relegado y sometido a un sistema institucional que le impone unidimensional, ideológica y autoritariamente la Constitución.

Considerado así la comprensión de la denuncia post jurídica pretende reivindicar el valor de la libertad.

³⁹⁹ Ob. Prev. Cit.

Esta libertad jurídica la propone Honneth, tal como lo relata Quintana, reconociendo que no puede la libertad jurídica quedar supeditada a la presencia de sólo normas, sino debe comprenderse desde la *eticidad democrática*, lo que implica que la libertad jurídica está obligada a garantizar varias condiciones , primero, respecto de las instituciones y su entramado sistémico; segundo, reconocer la dimensión social del hombre, el reconocimiento recíproco y las garantías mundo vitales; por último , permitir la fijación individual, reconocimiento consigo mismo.⁴⁰⁰

Pero aun con estas determinaciones claras que debe poseer la libertad jurídica, ésta no se libera de una carga problemática, como lo es, que para garantizar la libertad depende de la existencia del Derecho. El reto de la libertad desde esta comprensión, debe decantarse por proponer su garantía desde la acción comunicativa y no exclusivamente normativa.

En este orden de ideas, resulta totalmente relevante la denuncia que hace el profesor Quintana, de la Constitución Política del 91 Colombiana, pues, según lo comprende desde lo post-jurídico, actualmente, el constitucionalismo ha dado una preeminencia a la dimensión de validez del Derecho, sin contemplar integralmente la de la legitimidad y la eficacia del ordenamiento jurídico político. Orienta la denuncia, Quintana, a la idea que la Constitución debe proyectarse como dispositivo simbólico democrático, pero esto no ha ocurrido, en cambio

*“la han reducido, como sus socios a lo legal, a una cultura constitucional de expertos desarraigada del mundo de la vida de la sociedad colombiana. De ahí los devaneos autoritarios que subsisten en Colombia”*⁴⁰¹

Conforme a lo anterior, advierte el profesor Quintana:

“La constitución queda así reducida o a sus implicaciones legales, ineficaces y cada vez más desgastadas, o a sus connotaciones constitucionales que aunque originales y excéntricas poco tienen que ver con la cotidianidad, el diario vivir y las necesidades urgentes de nuestra sociedad. El poder constituido vuelve a

⁴⁰⁰ Ob. Prev. Cit.

⁴⁰¹ Ibíd. Pág. 40

imponerse sobre el constituyente, la validez desplaza a la eficacia y la legitimidad, lo jurídico adquiere una sustancialidad alienada y el ámbito de lo pos jurídico, el mundo de la vida le da su vigor no solo a la constitución del 91 sino a la democracia real como tal, no por participativa, que no lo es porque por procedimentalizada dejo de serlo, sino por deliberativa y radical, esa dimensión pos jurídica, pos ontológica, pos fundacional, mundo vital, pluriversal, de la que no logra dar cuenta ni lo legal ni lo constitucional , no puede sostener una constitución cada vez más cercada por el autoritarismo y el fascismo social por no ser suficientemente reconocida socialmente.”⁴⁰²

La comprensión de los pos-ontológico , transita desde la comprensión de tres instituciones, lo ontológico ,lo anti-ontológico y lo pos-ontológico, este último como legado del trascendentalismo y el empirismo de Hume y vitalismo de Nietzsche.

Será Wolfgang Janke en el año de 1988 quien reconoció con el término de pos-ontológico las corrientes filosóficas que pretendían dar una explicación a la naturaleza del hombre, pero no desde su sentido de ser, sino reconociéndolo como problemas, fenómenos, movimientos o sistemas complejos.

El pos-ontologismo no es un tipo de anti ontologismo, pues si bien toma criterios de corrientes anti-ontológicas como son el empirismo y vitalismo y al dejar de centrarse en el ser para explicar lo humano desde acontecimientos permanente⁴⁰³.

Para Eloy Caloca Lafont, en el pensamiento de Gilles Deleuze y Edgar Morin y la comprensión de sus conceptos de sujeto y ética puede comprenderse el fenómeno de lo pos-ontológico en el entendimiento del problema humano⁴⁰⁴.

Eloy Caloca entiende por ontología un tipo de rama de la metafísica encargada del estudio de los seres, la esencia o el sentido de cada cosa, en otros términos, la ontología pretende definir la existencia de algo, conocer lo que representa su naturaleza, significado o fin último.

⁴⁰² Ibídem.

⁴⁰³ Ibídem.

⁴⁰⁴ CALOCA LAFONT, Eloy. Postontologías: el sujeto y la ética en el pensamiento de Deleuze y de Morin. https://www.academia.edu/30681356/Reporte_6_Deleuze_y_Morin

La problemática de la ontología recae en la difícil posibilidad de marcar universales, es decir aquellos referentes o predicados que en sí mismos contienen los atributos de toda una clase de posibles representaciones; conceptos únicos inamovibles, absolutos que puedan facultar el entendimiento común del mundo.

La noción del ser humano como permite varias aceptaciones conduce a agravar la problemática de los universales.⁴⁰⁵

Para la ontología que se dedica al estudio del Humano, la discusión recae sobre si es posible conocer y determinar la esencia del hombre, lo que significa un ser del hombre (Kant, Hegel, Husserl, Heidegger). Pero esta pretendida obtención del reconocimiento del ser del hombre y su construcción de universales, fue negada de manera radical por muchos autores, entre estas corrientes la misma comprensión del empirismo de David Hume⁴⁰⁶, para este autor no existe una tal esencia del hombre, sino el hombre es un ser empírico cargado de experiencias, de modo que el hombre actúa no conducido por una esencia que lo determine, sino por las experiencias que lo configuran como sujeto.

Ahora bien en ese orden de ideas, la convivencia humana es posible no a razón de una condición esencial universal de cada uno de los Hombres, sino lo es por motivos pactados en convenciones que se suscriben buscando finalidades.

Frente a este cuestionamiento, nos explica Eloy, que la tesis de Nietzsche discute la presencia de pseudo realidades fijadas en el pensamiento, al derrumbar estos mitos, el hombre se encuentra con lo único cierto, que es su existencia y su propia creación como sujeto. Por su parte Marx reconoce la existencia como determinante condición del sujeto, y sus actos deben orientarse a buscar sus bienes materiales y que los demás así también lo

⁴⁰⁵ *Ibidem.*

⁴⁰⁶ HUME, David. Investigación sobre el conocimiento Humano. Ed. Mestas. España. 2007

logren. Posteriormente, el positivismo de Comte pretendió determinar esta existencia, esta realidad, como objeto de estudio del método científico.

De estas pretensiones se revela a una cuestión para la pos ontología como es la problemática de reducirlo todo a lo inteligible. La pos-ontología proviene de lo acontecido posterior a la segunda guerra mundial, pues, a partir de ese momento de la humanidad se buscó replantear las corrientes transcendentales como anti-ontológicas como el nihilismo; por tal motivo se rechazó la idea de un ser imperativo universal, trascendente y metafísico, pues, con esta postura no se lograba reconocer la individualidad de los sujetos y las comunidades, y especialmente, entender que cada una es diferente, como lo son los sujetos

Pero por otro lado, una filosofía de la sospecha que fundamentaba la premisa anti-ontológica, en el que el hombre no tenía más que su mera experiencia siendo su origen y final ésta, esta condición imposibilitaba la construcción de un marco de valores de guía. Contra estas dos posturas, se presentara la pos-metafísica propendiendo por desarrollar el problema de definir el ser humano y su ser, aquí se ubican pensamiento de la talla de Heidegger, al fijar que la comprensión del ser necesariamente debe darse desde la relación ser y tiempo. Husserl entender al ser no solo como lo existente, sino propondrá revisar la noción del ser desde la idea de la conciencia, del devenir histórico; reconociendo la idea del ser-sujeto, esto implican reconoce su autonomía y como el entorno lo afecta, así es un tipo de ser –trascendental porque se adhiere a la realidad pero la puede trascender, de modo que en ese sentido el hombre es un fenómeno.

La pos-ontología se apartara de estas ideas, así, será Janke, en 1988, quien dejará de pensar en el Hombre como ser, y lo entenderá como fenómeno desarticulado que vive a través de muchos procesos simultáneos.

La clave del ser para la pos ontología será reconocer que el Hombre no puede ser una constante, pues, es todo lo contrario, es una mutación dinámica acumulativa inmanente y aberrada, desorganizada; se trata de reconocer que

el proceso de subjetivización que sufre el Hombre, de modo que, las tesis anteriores a la pos ontología se equivocaban porque partían de una condición estática e inalterable del Hombre, ese es precisamente el avance que pretende decantar la pos-ontología.

No es idea de este apartado hacer un estudio detallado de la pos ontología , ni la condición pos jurídica, pues, esa empresa sobrepasaría lo que se persigue en el presente documento.

Basta aquí tomar de la pos ontología y lo pos jurídico , su denuncia, esto es, su aspecto central del que parte, así, por un lado, la denuncia pos jurídica reflexiona de modo crítico sobre la excesiva normación de la vida del Hombre, la pérdida de la libertad y la paradoja que esta enfrenta, en tanto que, ella misma depende de la normatividad; por el otro lado, la denuncia pos ontológica determina una crítica la idea de homogenización del Hombre en la comprensión del sistema, esto lo hace al advertir que el Hombre como fenómeno está en un constante proceso de construcción, que por demás es desordenado.

Ambas denuncias que no se yuxtaponen, permiten deducir una crítica al Derecho, en particular al proceso de juridización del mundo vida de los Hombres.

En otros términos, estas denuncias sirven para cuestionar la tesis que sostiene que toda la actividad social del Hombre y de las instituciones recaen directamente en una regulación normativa jurídica, necesitando aquellas de ésta para expresarse; de modo que, se trata entonces de denunciar el carácter para algunos pseudo emancipador del Derecho que conlleva a vaciar el significado de lo político.

Así como lo sostiene el profesor Quintana, el neo-constitucionalismo es un cómplice del sentimiento de formas de autoritarismo⁴⁰⁷.

⁴⁰⁷ Ob. Prev. Cit.

La cuestión de estas denuncias gravita entre la tensión de la validez y la eficacia y legitimidad. En este aspecto Hart dispuso reconocer un punto de vista interno donde se ubica la validez y un punto de vista externo donde se identifica la legitimidad y la eficacia⁴⁰⁸.

Se considera entonces que no puede perderse de vista que las denuncias pos jurídica y pos ontológica pueden tener el alcance de cuestionar la esencia de lo político; pues, la cuestión de luchar contra el proceso de estricta normación del mundo de vida que hoy ofrece el Derecho, propende por reorientar el poder decisional al poder originario del pueblo y tal como lo delata el constitucionalismo populista de Larry Kramer, cuya doctrina pretende:

- i) Desafiar la supremacía judicial. Quitar la constitución de manos de los tribunales (última interpretación);
- ii) Reconocer respecto de la Supremacía judicial que amenaza al estímulo de derechos por motivo de atrofiar el compromiso político popular provocando una «sensibilidad anti popular»;
- iii) Identificar que la Interpretación extrajudicial de la Constitución puede dar lugar a puntos de vistas disimiles, pero significativos, por ejemplo, una concepción católica vs concepción protestante;
- iv) Proponer una relectura crítica sobre los efectos del control judicial, esto en cuanto que, no puede dejarse de lado que existe una limitada capacidad de los tribunales para frenar o revertir las políticas adoptadas por los poderes ejecutivo y legislativo, además de no contar con la potestad para imponer su propia agenda;
- v) Es necesario comprende que existe un derecho fuera del derecho. Su olvido ha hecho que el sistema jurídico actual, en particular los tribunales actúen con rechazo ante el sentido jurídico de la ciudadanía, lo que conduce a eliminar otras visiones del derecho.

⁴⁰⁸ LLOREDO ALIX, Luis M. H.L.A. Hart y el «punto de vista interno»: entre la caja de pandora y la caja negra del positivismo. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 20, 2017, pp. 81-91. <http://www.rtfd.es/numero20/07-20.pdf>

- vi) Por último denunciar que el actual constitucionalismo al estar centrado en el papel de los tribunales ha conducido a reducir de manera importante la participación popular y en si la idea de lo político.

Las premisas del constitucionalismo populista de Kramer permiten señalar que:

1. La tendencia de des-legitimidad de los poderes ejecutivos, legislativos, órganos de control, fortalecen el papel intervencionista de los jueces (supremacía judicial), esto puede conducir a un deterioro de la participación política popular y lo político, tal como lo denuncia el constitucionalismo populista.

2. La Incertidumbre, en torno a la única respuesta correcta en que se afianzan los modelos de interpretación constitucional, permite la entrada de corrientes ideológicas a la decisión judicial, así, tratándose de algunos asuntos, como política energético –ambiental, de resolución de la guerra, de seguridad alimentaria o de relaciones internacionales, por ejemplo, de la seguridad alimentaria y el derecho a la alimentación , permitirían una consolidación de políticas gubernamentales a gracia del apoyo de los jueces. La denuncia del constitucionalismo populista recaería en la poca posibilidad e intención que tendrían los Jueces para variar las directrices dictadas por el ejecutivo y legislativo o de variarlas según se traten de ideologías contrarias o, que se consideren peligrosas.

3. La tesis de la democracia sustancial y la protección contra mayoritaria en que se afianza el neo-constitucionalismo y con él el papel de la jurisdicción, conllevará a un desarrollo judicial de algunos asuntos contrariando a su naturaleza democrática popular.

4. La crisis de la democracia hace dudar de muchas políticas; ¿sólo queda la esperanza en los jueces? Pero ¿con qué tipo de justicia se cuenta? Es un cuestionamiento que no puede pasar inadvertido.

Como se delata, la denuncia pos jurídico y pos ontológica da paso a valorar tesis que hoy son poco abordadas como el constitucionalismo populista, pero también a otras que resultan relevantes como el pos fundacionalismo, del cual siendo tan amplio podemos rescatar su visión de lo político. El pos fundacionalismo⁴⁰⁹ rechaza la idea de la existencia de valores inmutables que sirven como campos de determinismo de la sociedad y el individuo, por el contrario, a la lucha debe darse en reconocer que estos principios y valores se dan desde la inter subjetividad de los sujetos que se comunican y no como fuentes externas a su vida.

Con lo descrito hasta aquí es claro que las denuncias promueven una reactivación de la política democrática de la sociedad y una reducción de la normación que ha ejercido el Derecho del mundo de vida, al punto que esa necesidad se puede desplegar respecto el valor trascendental que ha dado la racionalidad jurídica a los Jueces, en este caso del tribunal constitucional por ser el intérprete último de la constitución, conduciendo a una paradoja que bien puede denominarse frankestiana de la Constitución, donde el Pueblo como poder constituyente es delimitado por el poder constituido y su pretendida supremacía interpretativa.

Estas denuncias recaen sobre el nuevo constitucionalismo y el derecho contemporáneo y buscan propender por la garantía de la individualidad y la diferencia, así como, de la activación política democrática del individuo y la colectividad. Cabe, entonces, preguntarse si estas denuncias tendrían algún asidero en el campo de la racionalidad del Derecho Administrativo y el control judicial.

Este planteamiento no conduce a un debate superfluo y ambiguo; por el contrario, considérese que evaluar las denuncias pos jurídica y pos ontológica a la luz del Derecho Administrativo se enfrenta directamente con las premisas

⁴⁰⁹ GROPPPO, Alejandro. Tres versiones contemporáneas de la comunidad. Hacia una teoría política post-fundacionalista. Revista de Filosofía y Teoría Política, nº 42, 2011
http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/12754/Documento_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y

la *cíclica relación* que se han descrito previamente y a la noción misma del control de los poderes.

El debate puede presentar varios puntos de vista, el primero, entender que en el campo del Derecho de la Administración, la normación o juridificación es necesaria y esencial, hasta el punto de hacerse imposible su renuncia, se dirá entonces, que la pretendida participación democrática de las *denuncias* se materializan en las decisión que tomen estos poderes públicos creados.

Se aceptara en esta óptica que la normación es necesaria y determinante, en cuanto que la función y el poder debe ser fundamentado pero a la vez delimitado por el principio de legalidad en sentido amplio, más aun cuando el poder público es reglado y delimitado en su esencia por la correcta prestación del servicio y la garantía de satisfacer el interés general. Esta posición asumiría que la tesis la *cíclica relación* se mantiene inalterable ante las denuncias; por lo que no debe re-plantearse la idea del juez de lo contencioso administrativo como guardián de la legalidad.

Pero otro punto de vista, supone reconocer que las denuncias sí tienen asidero en el campo del Derecho Administrativo y obviamente respecto de la funcionalidad del juez de lo contencioso administrativo, esto en cuanto que:

I. Aceptándose la idea que el Derecho Administrativo abandonó la sujeción estricta a la legalidad formal al momento de aprobar el control de las actividades de los poderes públicos en uso de la constitución, principio generales del derecho, los derechos fundamentales etc.; el aprobar un control material del poder de la Administración, significó que el Derecho Administrativo no se apoyaría nunca más en el estudio de la ley en sentido estricto, ni tampoco, exclusivamente, en la actividad administrativa de los poderes públicos, pues, por ejemplo como ocurre en el caso colombiano, se ha dotado a los jueces contenciosos administrativos de la competencia para resolver acciones de nivel constitucional, también se ha dado que acciones o medios de control de naturaleza propias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo,

se han incorporado elementos constitucionales, por ejemplo en el caso del control de convencionalidad para asuntos a resolver en nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho y reparación directa; también se ha incorporado la carga axiológica de los derechos humanos en el discurso de la jurisdicción, por el ejemplo, respecto de la alineación que pretendió hacer el Consejo De Estado en cuanto a cumplir con el bloque de constitucionalidad, respecto de resolver si existía un mecanismo en la justicia Colombiana que permitiera reparar los daños cuando lo lesionado era un derecho humano-fundamental, de allí que, se promoviera el reconocimiento como daño autónomo la afectación a derechos constitucionales y convencionalmente protegidos, esto en aras de satisfacer la exigencia de la Corte interamericana evaluada en el fallo de la masacre de Ituango.⁴¹⁰

II. En la actualidad el juez de lo contencioso administrativo se la ha cargado de más funciones, es el evento de las disposiciones contenidas en nueva ley anti corrupción, ley 2195-2022⁴¹¹ que re-orienta la actividad del juez de lo contencioso como guardián de lo público a través del juzgamiento de actos de corrupción que tradicionalmente han sido dispuesto para los jueces penales en el abordaje de los delitos contra la administración pública.

III. Esta comprensión amplia de lo que se ha constituido el juez de lo contencioso administrativo determina su papel protagónico no solo en la salvaguarda de la juridicidad, sino también del orden político/económico/social, etc.

Por lo tanto, la misma objeción que recae sobre el entramado del juez constitucional, lo es para el juez de lo contencioso administrativo.

IV. Hasta aquí lo relevante resulta que se cuenta con dos puntos de vista epistemológicos, por un lado, la premisa de *la cíclica relación* que reconoce

⁴¹⁰ https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf También véase: MORILLO CARILLO, Sebastián. Daño y daño antijurídico en la responsabilidad extracontractual del Estado a partir de la noción de derecho subjetivo. Revista digital en Derecho Administrativo. Nro. 28 Segundo semestre /2022 Págs. 319-357 <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/7862>

⁴¹¹ Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones.

una necesaria y vital forma de cómo el Derecho debe resolver la cuestión del poder político y público; pero en cambio, por el otro lado, con las denuncias pos jurídica y pos ontológica se demanda reducir la normación del mundo de vida, y con ello dejar de sacrificar la dimensión de lo político, pues, se hace relevante permitir la participación política y que estas decisiones sean reconocidas por los poderes públicos, de modo que se tiene en las denuncias una demanda de libertad de lo político frente a lo jurídico, lo que resulta ser todo lo contrario a lo dispuesto en la cíclica relación.

En el capítulo siguiente se establecerán los presupuestos de lo político como discrecionalidad, la problemática de control jurisdiccional de este tipo de discrecionalidad y se absolverá la cuestión de si el uso de la discrecionalidad política representa un tipo de riesgo que pudiese describirse como político, con lo cual se dará lugar a contar con un objeto⁴¹² de especial estudio en el Derecho Administrativo.

⁴¹² Reconocemos afirmativa la cuestión, y por tal motivo, formulamos una teoría del derecho administrativo del riesgo político. Véase: Capítulo Segundo Sección II -B

CAPITULO 3

FUNDAMENTOS PARA UNA TEORÍA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DEL ACTO DE ESTADO Y DEL RIEGSO POLITICO.

La vida del Hombre en particular como la existencia de las Instituciones se desenvuelve en un mar de cambios constantes, es claro que la vida es un ir y un devenir de aspectos controlados y otros, muchas veces, imprevisibles.

Se ha referido líneas atrás que la imprevisibilidad ha sido incorporada en el discurso jurídico, a suerte de lo que podría llamarse un tipo de traslado de la imprevisibilidad, entendiendo por tal, el actuar del Estado que se forja en la máxima: ante un hecho excepcional- poderes excepcionales. La extensión de la imprevisibilidad da lugar a justificar y solidificar la idea de la aplicabilidad de la declaratoria de los estados de Excepción y sus similares.

Contra esta postura en el pensamiento jurídico, se ha dispuesto en este trabajo como en otra obra que le sirve de sustento, que muchas veces estos hechos imprevisibles no implican necesariamente activar poderes excepcionales; el caso particular de las crisis sanitarias y pandemias y su tratamiento por parte de las administraciones permiten en apoyo al reglamento sanitario internacional establecer que el riesgo sanitario y las pandemias, deben ser un hecho que el Derecho y en buena aplicación de la regla *ius necessitas constituit* debe reconocer como presupuesto fáctico en el marco lógico-formal de la norma; esto posibilita la apertura a la consolidación de un sistema jurídico que se adelanta al tiempo de los sucesos y en consecuencia promoviendo un comportamiento lo más reglado posible de la Administración.

El giro hacia los *sistemas jurídicos focalizados* no es una extravagancia, ni un capricho, es el giro que se ha dado en la historia de la Humanidad y en el

campo del Derecho; piénsese por ejemplo en la regulación de la guerra⁴¹³, los mares⁴¹⁴, pero también el uso de la energía nuclear⁴¹⁵, de las energías limpias, hasta del aprovechamiento del cannabis y en la consolidación de ciudades inteligentes, por tan solo citar unos ejemplos.⁴¹⁶ Estas y muchas más situaciones⁴¹⁷ han girado hacia los sistemas jurídicos focalizados, así sea parcialmente.

De modo que ante la cuestión de saber si en materia de riesgo sanitario y pandemias debe darse un giro en la mentalidad jurídica y política del País, que cambie la extensión de imprevisibilidad hacia la concreción de un sistema focalizado, traducido en la creación de un código sanitario de riesgos sanitarios nacionales⁴¹⁸ e internacionales y pandemias, la respuesta deber ser positiva; pues, si bien es cierto la aparición de un virus puede ser un hecho imprevisible, aun sea voluntariamente lanzado a la Sociedad, no es admisible que el poder público conciba que no deba existir un marco regulatorio reglado en su mayor extensión que establezca de manera pre configurada, qué hacer, responsables, líneas de atención, tratamiento de cadáveres, hasta canales de comunicación de información⁴¹⁹, etc.

Esta reflexión sobre los sistemas jurídicos focalizados, ha conducido en la presente obra a la cuestión de evaluar la actividad de los Jefes de Estado – Gobierno en la producción de actos de gobierno o políticos.

Sobresale la problemática de ¿si es posible una normación estrictamente reglada tanto del Gobierno y la Administración?, y ante la obvia imposibilidad, se ha dado lugar a la admisibilidad de la potestad discrecional y como se ha detallado en esta tesis, de la discrecionalidad política; pero claro que su

⁴¹³ URUEÑA SÁCNHEZ, Mario Iván. Leviatanes desnudos, piratas desbocados. Estados Fallidos, nuevas guerras y el derecho internacional de Guerra. Ed. Universidad la Gran Colombia.2011. Págs.97-124

⁴¹⁴ PEREZ CABRERA, Luis. Derecho Internacional Público. Ed. Valletta. Argentina. 2015. Págs.143-160

⁴¹⁵ RIVERO YSERN, Enrique. El Ordenamiento Jurídico Nuclear Y La Ordenación Y Gestión Del Medio Ambiente. Consultado en <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/1097952.pdf>

⁴¹⁶ SIERRA CADENA, Grenfieth de J. Derecho Administrativo y ciudades inteligentes. La reconfiguración de las libertades públicas y la refundación de la igualdad. Ed. Universidad del Rosario.2021,

⁴¹⁷ Como es el caso del impacto de las tecnologías disruptivas y el blockchain, Véase: LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro. Blockchain (cadena de bloques) y actividad notarial en Colombia. Reflexiones. Págs. 9-45. En: LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro. Notariado y Registro en Colombia. Perspectivas de investigación, reflexión y crítica. Ed. Usta. Colombia. 2021

⁴¹⁸ Ley 9 de 1979.

⁴¹⁹ <https://elpais.com/internacional/2020-12-29/la-estrategia-televisiva-de-ivan-duque-se-marchita.html>

aceptabilidad como ocurre con la aprobación de los derechos fundamentales, se aprueba a gracia de la relatividad; relatividad obtenida de y por un sistema normativo, que en lo formal y en lo material delimita las libertades, tanto privadas como públicas.

La actividad de los Jefes de Estado y en general el Gobierno ¿puede ser peligrosa para un particular, para la sociedad, para los empresarios, las multinacionales, otros Estados y la Humanidad misma? , basta con retomar la imagen del totalitarismo en la figura de Hitler para responder contundentemente un sí. La imagen de Hitler representa la arbitrariedad política en todo su esplendor, luego Radbruch hablara de una arbitrariedad legal; pero quien desnudó al totalitarismo y dijo quiénes son los que gobiernan, fue, Ana Arendt, con la afirmación de la *banalidad del mal*, dando a entender con ello, que esas personas que gobiernan, seres como se veía en Eichmann en su juicio, son seres pequeños y simples funcionarios. Aunque fue criticada Arendt, debe aceptarse que la apreciación que hace de los que gobiernan es acertada, pues, para aceptarlo no son necesarias bibliotecas enteras, solo es girar los rostros y poner atención a la conducta de los gobernantes de turno en lo nacional como local para sacar conclusiones.

Con todo esto, estas reflexiones permiten en este capítulo poner sobre la mesa la relación de los actos de estado, el riesgo político y el Derecho Administrativo.

La inclusión del riesgo en el doctrina del Derecho Administrativo, lo explica Wahl, fue propio de una fase de consolidación de esta área del Derecho, será Udo Di Fabio, quien constituirá un tipo de Derecho de la Gestión del Riesgo, enfocándose en los aspectos que suponían nuevos asuntos a tratar por las administraciones, como era el tema de medicamentos y en general asuntos que requerían conocimientos técnicos. Surgiría un Derecho Administrativo de la técnica, orientado a entender y desarrollar la relación entre el Derecho Administrativo y los conocimientos técnicos; la problemática se trataba en

resolver cómo el Derecho podría reglamentar algo que es ajeno a él, como es el conocimiento científico y tecnológico⁴²⁰.

El concepto de riesgo es abordado en el Derecho desde múltiples aristas, el riesgo excepcional como título de imputación⁴²¹; el riesgo como un concepto distinto a daño y vulneración⁴²². También han surgido marcos normativos específicos que tratan el riesgo, por ejemplo, el riesgo sanitario con su reglamentación internacional⁴²³ y en muchos países desarrollados en derecho interno; está la atención y riesgo de desastres⁴²⁴; especialmente el derecho de seguros toma para sí como pieza clave el concepto de riesgo.⁴²⁵

De forma externa pero relacionada con el Derecho, están los riesgos económicos, biológicos⁴²⁶, financieros, de capital y muchos más.

Ahora bien, dentro de estos “muchos más”, puede detallarse la existencia de un tipo de *riesgo político*, el cual no ha sido tratado por la doctrina especializada en el campo del Derecho Administrativo, forjando esta omisión una oportunidad para hacerlo y además proponer una teoría del *derecho administrativo del riesgo Político desde la comprensión de los actos de estado de la dirección de las relaciones internacionales no jurídicos*.

Por lo pronto, procédase en primer lugar a describir el concepto de riesgo político que poseen un cuerpo epistemológico y práctico importante; no se trata, pues de una nueva categoría conceptual, ya que hace bastante tiempo este concepto se ha proyectado para evaluar el riesgo político de los Estados en el marco de los estudios de Riesgo País y también en un tipo de pólizas de

⁴²⁰ WAHL, Rainer. Los últimos cincuenta años de Derecho Administrativo Alemán. Ed. Marcial Pons. España.2013. Pág. 122 y ss.

⁴²¹ DAMSKY, Isaac Augusto y otros. Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia Y México. Ed. UNAM. México.2007; también. Guecha medina, Ciro Nolberto. Responsabilidad del Estado por Actos Terroristas. Ed. Ibanez. 2012 .Págs.177-184

⁴²² HENAO, Juan Carlos. El Daño. Ed. Universidad Externado. Colombia. 2004. Págs. 33-79

⁴²³ RSI/2005 OMS. <https://www.paho.org/es/reglamento-sanitario-internacional-rsi#:~:text=El%20Reglamento%20Sanitario%20Internacional%20es,medio%20de%20la%20resoluci%C3%B3n%20WH%20A58.>

⁴²⁴ Caso en Colombia, Ley 1523 de 2012.

⁴²⁵ JARAMILLO, Carlos Ignacio. Distorsión del Reaseguro tradicional. Ed. Universidad Javeriana. Colombia. 1999. Pág. 70-74

⁴²⁶ ISAACSON, Walter. El código de la Vida. Ed. Debate. España.2021. Págs.381-320

seguros; pero este riesgo, como se advierte no ha sido tratado en la dogmática ius administrativista.

En las secciones de este apartado inicialmente se hará unas referencias al caso de antagonismo decisional: Duque-Maduro-Petro (Sección A), pasaremos luego a formula una nueva forma de control de la juridicidad que se titula en esta obra: *control consultivo* en particular sobre los actos de estado de dirección de las relaciones internacionales (Sección B); así mismo en la (sección C), se propone un encuentro entre riesgo político y Derecho Administrativo, que es posible a gracia de las instituciones de discrecionalidad política y actos de Estado , de modo que una vez establecida la relación entre riesgo político y Derecho Administrativo, se perfilaran las piezas claves de una nueva teoría titulada *teoría del Derecho Administrativo del acto de estado y de riesgo político* (Sección C).

SECCIÓN I. CASO DUQUE-MADURO-PETRO Y SU UTILIDAD PARA PROMOVER “REVISIÓN” DE LOS PILARES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÁNEO. DISCRECIONALIDAD POLÍTICA, ACTOS DE ESTADO Y CONTROL JURISDICCIONAL.

“(…) Mientras yo sea el Presidente de la República, Nicolás Maduro no entrará a territorio colombiano. Si el próximo Presidente lo quiere tener aquí en Colombia, lo podrá hacer una vez haya jurado como Presidente. Si él quiere hacerle ese reconocimiento y si le quiere hacer esa invitación mientras yo sea el Presidente de Colombia, Nicolás Maduro no es reconocido como Jefe de Estado de Venezuela”⁴²⁷

Estas palabras pronunciadas por Duque en sus últimos días de Gobierno expresan de la mejor manera lo que simboliza el caso de antagonismo decisional Duque-Maduro-Petro.

⁴²⁷ <https://www.semana.com/nacion/articulo/nicolas-maduro-no-puede-entrar-a-colombia-a-la-posesion-de-gustavo-petro-mientras-yo-sea-el-presidente-ivan-duque/202246/>

Efectivamente, una vez posesionado Gustavo Petro como Presidente dispuso, días después, poner en el cargo estratégico de embajador al ex senador Armando Benedetti, unos tantos meses después se daba informe de los avances de la apertura de la frontera, en la que durante los cuatro años del Gobierno Duque se evidenció todo caso de hechos irregulares.

En la frontera se dieron presuntos actos ilegales denunciados por ambos extremos de las fuerzas políticas, por un lado, se refería que Venezuela era escondite de las milicias de la segunda marquetalia; mientras que por el otro lado, con fotografías, se pretendía demostrar que el Presidente auto proclamado Guaidó había recibido colaboración de paramilitares colombianos para cruzar la frontera.

En territorio Venezolano en el Gobierno de Duque fue capturada la ex senadora Aida Merlano salpicada en actos de corrupción al elector. Un sector político consideró como un grave y tonto desacierto que Duque pidiera a Guaidó la extradición de la senadora. Ahora estableciéndose relaciones entre Colombia – Venezuela, se abren todo tipo de especulaciones y probabilidades jurídico-políticas respecto de la extradición de la ex senadora, lo cual ha acontecido de manera efectiva en el mes de marzo del año 2023. Además de ello, también se guarda la esperanza que con el restablecimiento de las relaciones, se promueva de modo positivo la reactivación de la economía local, igualmente, se espera un fortalecimiento desde la comunión de los dos Gobiernos para luchar contra los grupos armados y el contrabando que afecta el sector.

Se pasó de la frase lapidaria pero nada real de ex Presidente Duque respecto del Gobierno de Maduro: *“le quedan pocas horas a la dictadura de Maduro”*, palabras pronunciadas en la frontera a hoy considerar el Gobierno de Maduro estratégico para lograr la Paz Total del Presidente Petro.

No se pierde de la memoria y se mantiene como recuerdo que después de estas palabras lanzadas al viento por Duque y luego de contar con un concierto en la frontera al estilo de “the Wall” de Pink Floyd y soldados del Estado

venezolano pasando a territorio Colombiano; momentos después se incendiaban buses por la guardia Venezolana bajo el argumento que era un acto “irregular” como lo es cruzar la frontera sin autorización del Gobierno.

Los cuatro años del ex Presidente Duque y la dirección de las relaciones políticas respecto a Venezuela, aunque se llevaron al campo de los reproches, burlas y uno que otro debate en un foro académico, sí produjo una trascendencia en el Derecho, particularmente, frente a la premisa “*nada escapa al control de los jueces*”, pues es evidente que el rechazo de un Gobierno por el ex Presidente de la República no entró dentro de la esfera del control jurisdiccional y difícilmente podría hacerlo la decisión de Petro.

Este caso de cambio de rumbo de la dirección de las relaciones internacionales por el Jefe de Estado, que pareciera normal, revela una grave situación que en sentido general decanta la existencia de verdaderas zonas de inmunidad, nótese que valió más el capricho y lo que cree el Gobernante de turno, que la objetividad de la situación, pues no hay otra forma que una “dictadura” condenada para el Gobierno de Duque, ahora no lo sea, o lo sea poco, o no importe que lo sea, porque habrían mayores “*intereses en juego*”.

En sentido particular, los cambios de la dirección en las relaciones internacionales revela que si los actos todos son emitidos por el Presidente queda sin sustento el control formal que se ha fijado por la jurisprudencia del Consejo de Estado; aun en cierto tipo de actos de Gobierno, también revela que el control jurisdiccional desaparece en este tipo de actos aunque las decisiones puedan ser desafortunadas y puedan provocar daños; probablemente se pueda sostener que no hay por qué preocuparse en el caso de los daños, porque se aplicaría el artículo 90 de la Constitución Política procediendo la tesis de la responsabilidad del Estado por actos de gobierno o político o en específico por la dirección de las relaciones internacionales.

Estas hipótesis son aceptables y bienvenidas pero no resuelve la cuestión en concreto como es el caso que el Derecho queda en un limbo ante este tipo de situaciones.

No es exagerada la cuestión, no se pudo hacer nada frente a la disposición del Jefe de Estado, sólo fue esperar los 4 años y poder cambiar de orientación del Gobierno. Lo cual no resulta fácil, pues, en este caso sólo podría haber sido un golpe de suerte.

No puede perderse de vista que la región próxima a la frontera, votó por Gustavo Petro, lo que en últimas era un mensaje contra la política de frontera del Gobierno de Duque. Tampoco en estos momentos de apertura de la frontera ha habido protestas en contra de esta decisión.

Pero especialmente para la racionalidad que rodea el Derecho Administrativo moderno, el caso de antagonismo decisional revela que la seguridad que fundamenta la relación cíclica, la sujeción al principio de legalidad, el control jurisdiccional, deben ser cuestionados, no tanto porque sean erróneos, sino más bien porque estos importantes postulados, como en el caso y tal vez muchos más, demuestran que no se cumplen o se cumplen deficientemente, siendo la realidad una prueba de la deficiencia de las teorías.

Que los Poderes Públicos y el Poder Político se deben a los intereses generales, no puede ser un saludo a la bandera, debe ser una premisa que exija en cada momento replantear el Derecho Administrativo. Esta es la esencia que motivó el desarrollo de la presente tesis doctoral.

Lo simple oculta lo maravilloso y lo importante.

La anterior premisa es relevante para entender el significado del caso Duque-Maduro-Petro; no se habla aquí de un apartheid, ni de una Guerra o exterminio de la Humanidad, en sí, de nada trágico inicialmente, o si se quiere nada

terriblemente trágico. Pero no puede obviarse que en la simplicidad está lo importante.

Lo simple oculta lo maravilloso y lo importante, el Derecho Administrativo se ha forjado desde esta premisa, es el caso de la cláusula Enterriana, la simplicidad de lograr el control de fondo de la zona de inmunidad jurisdiccional por los principios generales del derecho es una simplicidad, ¿pero quién se atreve a discutir que no sea sumamente importante?, igual como establecer que la realidad permite el control de las decisiones discrecionales.

El caso de antagonismo decisional: Duque-Maduro-Petro, permite reflexionar que en cuanto a las relaciones internacionales éstas no deben ser fundamentadas en el capricho personal del Gobernante de turno, esto es un contrasentido del mismo sistema normativo que ha establecido en la dirección de las relaciones internacionales un deber de respeto a la juridicidad.

El caso del Tesoro Quimbaya⁴²⁸ dado como regalo a la Corona Española, representa los problemas de las subjetividades de los Gobernantes, pero no es un único asunto.

A gracia de la simplicidad del caso Duque-Maduro-Petro, se puede descifrar lo importante que puede resultar para el Derecho Administrativo Contemporáneo recaer en el estudio de la discrecionalidad política, los actos de estado de dirección de las relaciones internacionales y el riesgo político. Actos de estados que, recuérdese, fueron vetados al estudio de la dogmática lus Administrativista.

En la introducción de esta obra se proyectaban algunos cuestionamientos en torno al antagonismo decisional que representa el cambio de la dirección de las

⁴²⁸ En sentencia SU 649 DE 2017 emitida por la Corte Constitucional de Colombia respecto de la repatriación del tesoro Quimbaya, reconociendo *"la validez de los actos jurídicos internacionales depende de su conformidad con: (i) normas imperativas; y (ii) disposiciones constitucionales relacionadas con la competencia para adoptarlos lo cual implica, para el caso colombiano, que sean realizados por el Presidente de la República y contar con la necesaria aprobación del Congreso de la República."*

relaciones internacionales, cuestionamientos que en esta instancia pueden ser resueltos.

Unas primeras cuestiones recaían en saber: ¿Qué tipo de potestad ejercieron tanto Duque como Petro, actuando como representantes del Estado Colombiano? ¿Se trataba de una potestad administrativa, reglamentaria o de qué otro tipo? ¿El actuar de Duque o Petro, se ajusta a una potestad discrecional o reglada?

Como se ha descifrado preliminarmente, la dirección de las relaciones internacionales se constituye en un acto de aplicación directa e inmediata de la Constitución, potestad que ha sido concebida en el texto constitucional al Presidente como Jefe de Estado.

Esta aplicación directa e inmediata de la Constitución da lugar a la existencia de una potestad política, que es distinta a la potestad administrativa, en tanto que ésta se forja en la acción de la Administración mientras aquella se configura en sede del Gobierno.

De modo que la distinción entre Gobierno y Administración resultan relevantes para determinar la existencia de ambas potestades. Se ha sostenido que la distinción entre Gobierno y Administración conllevan a ubicar lo político en un momento anterior de la acción administrativa, implicando que la Administración se dirija y oriente por un actuar político, así, el Gobierno con la potestad política materializa el ejercicio de las potestades administrativas. Pero debiéndose tener presente que tanto la potestad política como la potestad administrativa se asimilan en un punto en concreto, en que ambas no pueden ser absolutas sino que se delimitan por la racionalidad jurídica y el principio de juridicidad.

Para el caso del antagonismo decisional que se estudia se trata entonces del ejercicio de un acto que evidencia la existencia de una discrecionalidad política. Discrecionalidad que comparte la misma esencia de la discrecionalidad administrativa en cuanto que admite como fundamento natural la existencia de

la elección del momento en cabeza del Gobierno a la existencia de la oportunidad y conveniencia.

El ejercicio de la discrecionalidad política fundamenta la existencia de los actos de estado de la dirección de las relaciones internacionales, que se diferencian de los actos administrativos discrecionales, en tanto que estos se forjan en una aplicación indirecta y mediata de la constitución y aquellos en una aplicación directa e inmediata.

Con los actos de estado de dirección de las relaciones internacionales se justifica la separación con los conocidos actos de gobierno o políticos que con el pasar del tiempo en la jurisprudencia y dogmática ius administrativista han llegado a concebirse como meros actos administrativos discrecionales.

Un segundo grupo de cuestionamientos recaían sobre lo siguiente: *¿admite la decisión de Petro, como la de Duque, control jurisdiccional? , ¿Es posible que en sede de control jurisdiccional, el Juez de lo Contencioso Administrativo pueda ordenar el reconocimiento del Gobierno de Nicolás Maduro o, viceversa, ordenar que se continúe con la decisión tomada por el Gobierno Duque?, ¿En estos casos de decisiones como la de Petro y Duque se formaliza una zona de inmunidad jurisdiccional?*

Como se ha expuesto en los capítulos anteriores, el Derecho Moderno y en especial en el campo del Derecho Administrativo se ha configurado la premisa que todo acto de autoridad no puede ser absoluto porque debe reconocer un marco de garantías, de allí que se consolide la idea del derecho justo así sea de modo de apuesta Pascalina y cláusula de no retorno.

Ahora bien, también se ha reflexionado que en cuanto lo que respecta a los actos de estados de dirección de las relaciones internacionales, la dogmática ius administrativista siempre ha reconocido su inmunidad jurisdiccional en cuanto que eran actos que materializaban un poder político.

La relación cíclica supone que el poder público se armoniza con el poder legal, en tanto que cada vez que se materializa lo político este acto toma como fundamento la habilitación legal. Con esta relación cíclica se ha llegado a rechazar en parte la existencia de un actuar discrecional de la Administración.

En este trabajo si bien se ha defendido la tesis de la sujeción de los poderes tanto político como público a la juridicidad, se ha hecho una defensa de la existencia de los poderes discrecionales, ya no solo administrativos sino ahora políticos, en este último caso desembocando en los actos de estado de la dirección de las relaciones internacionales. En este contexto se ha evidenciado que el actuar discrecional es connatural a la conducta Humana que se traslada al Derecho; por el Hombre no poderlo saber todo de manera reglada no puede esperarse que el actuar del Gobierno y la Administración llegue a ser totalmente reglada, de allí se ha determinado en este escrito la propuesta de los sistemas jurídicos focalizados , pero aun ante la presencia de este tipo de sistemas jurídicos nunca se podrá reducir a cero un margen de actuar discrecional.

La elección del momento, la oportunidad y la conveniencia serán por todos los tiempos los elementos centrales de la discrecionalidad sea administrativa o política.

Estas condiciones de la discrecionalidad y que se respeten, obedece en gran medida a la consagración como cláusula de no retorno del principio de separación de poderes y especialidad de cada uno de los poderes públicos. Precisamente recayendo sobre la existencia de los actos de estado, es en la misma Constitución donde se ha establecido de forma discrecional que al Jefe de Estado le corresponda la dirección de las relaciones internacionales, dirección que no puede desarrollarse en el campo de las potestades absolutamente regladas, en cuanto como se ha descrito debido al principio de proximidad nunca podrá por motivos de la volatilidad de la relaciones entre Gobiernos y Estados en el escenario internacional establecer de manera previa

y pre configurada un comportamiento de quien debe dirigir las relaciones internacionales.

Se ha sostenido que los actos de gobierno y políticos son meros actos administrativos discrecionales y que a razón de ello pueden ser controlados de forma y de fondo. Esta apreciación hoy reinante en los sistemas jurídicos no es infalible porque recuérdese que si bien puede llegarse a controlar de fondo los actos discrecionales, siempre será un caso de difícil solución reemplazar la elección del momento, la oportunidad y la conveniencia, potestad propia de la Administración. Por ejemplo, puede señalarse la elección de los Magistrados de las Altas Cortes, particularmente, en el caso Colombiano, la cooptación en el Consejo de Estado permite siempre un actuar discrecional sin que pueda considerarse a sabiendas que se sostiene el control de fondo de los actos discrecionales que pueda un Juez obligar a cambiar la decisión de elección disponiendo la elección de específico candidato, por lo mucho sólo podrá acudirse a un control de forma de la decisión pero nunca a una elección del momento, la oportunidad y la conveniencia.

Así en cuanto a la discrecionalidad política que como se ha estipulado es la materialización directa e inmediata de la Constitución y los actos de estado de la dirección de las relaciones internacionales, en ambos casos, el control jurisdiccional de los jueces sólo puede llegar a un control de forma más no de fondo. De modo que la tesis que formulamos ante este cuestionamiento es que siguiendo la premisa tradicional del control de las actuaciones de los poderes por los jueces, esto es insuficiente ante la discrecionalidad política y los actos de estado, pues en ningún momento podrá sobrepasarse el lindero del control formal judicial.

Por lo anterior ante la pregunta *¿Es posible que en sede de control jurisdiccional, el Juez de lo Contencioso Administrativo pueda ordenar el reconocimiento del Gobierno de Nicolás Maduro o, viceversa, ordenar que se continúe con la decisión tomada por el Gobierno Duque?*, la respuesta debe ser negativa.

Ahora bien, la discrecionalidad política y los actos de estado de dirección de las relaciones internacionales, podría no presuponer de entrada una absoluta zona de inmunidad jurisdiccional, en tanto como se ha perfilado preliminarmente el Juez puede gestionar el control jurisdiccional y además que se debe reconocer que el actuar del Gobierno es relativo a gracia de la sujeción al principio de juridicidad y la racionalidad jurídica contemporánea. Lo que acontece en la cuestión es que por más que se quiera establecer que tanto los actos administrativos discrecionales como los actos políticos o de gobierno son susceptibles de control de forma y de fondo, en el caso particular de los actos de estado estos no son actos administrativos discrecionales, son como los ha tratado la doctrina especializada estrictamente actos políticos o de gobierno, actos institucionales, ante los cuales se ha admitido que no pueden ser controlados por los jueces.

Compréndase que en el caso del antagonismo decisional, el control de forma y de fondo se hace nulo en cuanto a la decisión de los Presidentes. Nótese que quien decide desconocer el Gobierno de Maduro es el Presidente Duque y quien decide reconocerlo posteriormente es el Presidente Petro, en este campo ambos gobernantes materializaron el mandato constitucional. Si por competencia no puede haber discusión mucho menos podrá en el campo del control de fondo.

Precisamente lo que evidencia esta tesis con la teoría de los actos de estado de la dirección de las relaciones internacionales (actos no jurídicos de concreción directa e inmediata de la Constitución) es que se constituyen estas actuaciones en zonas de inmunidad jurisdiccional.

Por lo que ante esta situación se propende por un cambio de óptica en la evaluación de la situación. Siempre se ha tratado de conducir modificando la naturaleza de los actos hacia la idea que puede ajustarse estos al sistema de control jurisdiccional o lo que es lo mismo a la sujeción de lo político a la relación cíclica. A diferencia de este esquema, en la presente tesis, ante la

presencia de una zona de inmunidad jurisdiccional que evidentemente no puede ser resuelta, se propone un giro copernicano de la cuestión del control de los actos, esto significa que en cambio de pensar alterar la naturaleza del acto de estado, debe orientarse las fuerzas a proponer un tipo de control que salvaguarde la racionalidad jurídica, el principio de juridicidad y el principio de separación de poderes, pero que sea consciente que no alcanzara un control absolutamente formal y material de las decisiones del acto; a este tipo de control se le da el título en esta obra de control consultivo. Asunto que se tratara en el apartado siguiente.

Queda un tercer grupo de cuestiones que se formularon y que deben ser respondidas, estas son: ¿Que se presente este tipo de decisiones totalmente yuxtapuestas entre Duque y Petro, presupone un tipo de riesgo que pueda caracterizarse de riesgo político? ¿Cuál de las decisiones Petro o Duque es más conforme a la juridicidad y cómo saberlo?

Atendiendo las ideas de Diamond en cuanto a la existencia de crisis personales como crisis estatales y entendiendo que el Derecho Administrativo en su cuerpo iuris ha formulado la institución del riesgo, se debe considerar que este tipo de actos de estado al ser fundamentados en una discrecionalidad política, que a la vez determina la existencia de una zona de inmunidad jurisdiccional que hace débil la tesis de la *relación cíclica*; esto permite perfilar que los Jefes de Estado en la dirección de las relaciones internacionales gozan de un gran margen de actuar volitivo que puede conducir a graves consecuencias de no ser tratados con moderación y prudencia.

Con lo anterior, sí es posible responder ante el cuestionamiento que los actos de estado de la dirección de las relaciones internacionales presuponen que pueden conducir al aumento de un tipo de riesgo político.

El riesgo político es un criterio que bien puede hallarse en los índices de Riesgo País, lo que significa que hoy se evalúa la dirección de las relaciones internacionales de los Estados; también es claro que la dirección de las

relaciones internacionales no solo se evidencia en el campo internacional sino también en el sistema interno.

Con todo lo anterior, entiéndase que los actos de estado de dirección de las relaciones internacionales conducen a la institución del riesgo político.

Nótese que ante la imposibilidad del Juez de lo Contencioso Administrativo y del Juez Constitucional de ordenar al Presidente Petro desconocer el Gobierno de Maduro y aceptar el Gobierno de Guaidó, la cuestión de saber cuál de las dos decisiones antagónicas es más próxima a la juridicidad y la racionalidad jurídica se torna en una relevante dificultad.

Ante esta dificultad debe establecerse que a gracia de la existencia de la discrecionalidad política, se admite un margen amplio de actuar volitivo al Estado-Gobierno, lo que implica aceptar la posibilidad de varias decisiones que a la postre pueden ser correctas a la luz del Derecho y la Política.

Pero precisamente esta amplitud de lo volitivo en el acto de estado predetermina la existencia de un riesgo político, por lo que la única manera de saber cuál decisión es la más correcta en un caso particular de la dirección de las relaciones internacionales es evitando, inicialmente, que esta decisión sea tomada de manera unilateral por el Gobernante de turno, pero como un Juez no puede ejercer un absoluto control formal y material de la decisión, la única forma de resolver la unilateralidad en sede de lo jurisdiccional de la decisión y con ello la presencia de un riesgo político aumentado, es promoviendo en los sistemas jurídicos el fortalecimiento del *control consultivo de la juridicidad*, esto como se tratara en el apartado sección II de este capítulo permitirá lograr tomar una decisión lo mejor política y jurídicamente hablando.

Este planteamiento cobra sentido cuando se hace un breve repaso sobre las tesis de justiciabilidad de los actos políticos, las cuestiones políticas (political question) y la dirección política (indirizzo político). Esta nueva aproximación de la cual ya se había perfilado en el capítulo primero de esta obra, permite

comprender que es acertada la posición que asume esta tesis doctoral de orientar las fuerzas a un repensar del control jurisdiccional fijado hacia la gran utilidad que puede servir el control consultivo que proponemos.

El profesor español Brenes Villalobos reconoce que fueron Tate y Vallinder los primeros que introdujeron el término de *judicialización*, para dar a entender el papel de la Corte Suprema Norteamericana en el control de judicial de asuntos estrictamente políticos. Así, explica que debe diferenciarse dos concepciones que muchas veces se familiarizan como son la judicialización de la política y el activismo judicial. Nos dice el autor que frente a este último debe comprenderse que se trata de un acto de los jueces que trasciende a todas las esferas y no necesariamente la política, es un tipo de extensión de la actividad del juez afectando e invadiendo las competencias de otras instituciones. En cambio, la judicialización de la política se fundamenta en el deber que le asiste a todos los poderes públicos de someterse al imperio del derecho, podría decirse que la judicialización es una consecuencia razonable de este mandato. La judicialización así representada se apoya en el acto de *auto restricción de los jueces*, entendiendo por tal el reconocimiento que frente a determinados actos los jueces reconocen su no deber de injerencia por ser asuntos políticos y salvaguardar el statu quo.⁴²⁹

Rescatamos entonces la idea que la judicialización de la actividad de los poderes públicos, se da a razón del paradigma de reconocer que en el estado moderno como pieza de garantía debe existir y defenderse un control jurisdiccional de la legalidad.⁴³⁰

El profesor Meilán Gil reconocerá que en la constitución española de 1978 y la ley de jurisdicción contenciosa administrativa, se estableció los principios del sometimiento pleno de la administración al derecho, lo que conlleva a entender el papel de los jueces no como actores que reemplazan las decisiones de los otros poderes sino el deber que le asiste a través del control jurisdiccional de

⁴²⁹ BRENES VILLALOBOS, Luis Diego. El rol político del juez electoral. Ed. IFED-TSE, Costa Rica. 2013 Pág. 11

⁴³⁰ Véase: MAYORA ALVARADO, Eduardo. El control jurisdiccional de la legalidad (lo formal versus lo integral) tesis doctoral Universidad Autónoma de Barcelona. <https://ddd.uab.cat/pub/tesis/2004/tdx-1010105-201605/tdx.html.org> (Consultado 01/08/2023)

exigir a las administraciones tomar las decisiones más justas y más próximas a la defensa y protección de los intereses generales.⁴³¹

Recayendo a la idea de la judicialización de las cuestiones políticas, el profesor Cassagne advierte que existen varias posiciones, por un lado está la tesis que limita el control judicial buscando con ello evitar erosionar el principio de separación y equilibrios de poderes ; pero por otro lado, están las tesis que propenden por la existencia de un control judicial pleno de la actividad política del Estado, esto soportado en el criterio de salvaguardar las garantías y derechos de los administrados. Ante estas dos posturas, el sistema judicial ha tomado la iniciativa, como lo explica Cassagne, de auto-restricción lo que implica tomar las decisiones de no controlar determinados actos que se entienden pertenecen a la esfera propia de competencia de otro poder que no es el del juez. Aclara Cassagne que si bien esta tendencia de auto restricción es válida, existe un problema en la práctica y es la no existencia de criterios claros y objetivos plenamente para predicar la naturaleza de un acto justiciable o no. Por esta razón para el profesor argentino la salida a esta situación es centrar los ojos en el principio de separación de poderes, pues este impone un deber armónico y de colaboración entre los distintos poderes públicos.⁴³²

En España por ejemplo el Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo, ha tomado decisiones de auto restricción, recordando que frente al control de los actos políticos, se deberá circunscribir el control a lo fijado por el artículo 2.a) de la LJCA.

El artículo 2 establece que “el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en

⁴³¹ MEILAN GIL, José Luis. La Jurisdicción contencioso –administrativa y la constitución española de 1978. 20 https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/9671/CC_34_art_2.pdf?sequence=1&isAllowed=y consultado 30/06/2023)

⁴³² Véase: CASSAGNE, Juan Carlos. La judicialización de las cuestiones políticas: http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_judicializacion_de_las_cuestiones_politicas.pdf (Consultado 25/06/2023)

relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos”.

En otras oportunidades el Tribunal ha dispuesto frente a los actos del parlamento que su judicialización depende que estos siquiera tengan indiciariamente la capacidad de producir efectos jurídicos.⁴³³

También los órganos como son los juzgados de lo contencioso administrativo han procedido a inadmitir el amparo del art 69 c) LJCA, reconociendo que el reproche no recae sobre un acto administrativo sino un acto político.⁴³⁴

El Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo en relevante grupo de sentencias ha establecido frente al control de los actos político a partir del mandato del artículo 2 a) LJCA en correlación con la redacción actual del artículo 29.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre y la disposición final 3ª de la Ley 40/2015 , que es relevante aceptar que el orden jurisdiccional contencioso administrativo deberá conocer de asuntos que tengan relación con la protección de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que procederían en los casos bajo estudio; para el tribunal los actos políticos si bien no están sometidos estrictamente al derecho administrativo , la ley no les imposibilita a los jueces ejercer el acto de judicialización , pues en todo caso el juez debe evaluar del acto si existen elementos que pueden ser sometidos a control , en ese orden de ideas explica que:

“Para hablar de actos políticos de Gobierno - o de los Consejos de Gobierno- es necesaria no sólo su procedencia formal (que contempla el artículo 2 a) LJCA), sino también que tengan por contenido una determinación de la denominada "dirección política"

⁴³³ SJCA 1850/2015 - ECLI:ES:JCA:2015:1850 Id Cendoj: 08019450072015100185 Órgano: Juzgado de lo Contencioso Administrativo Sede: Barcelona Sección: 7 Fecha: 03/11/2015 Nº de Recurso: 286/2013 Nº de Resolución: 383/2015 Procedimiento: Contencioso Ponente: Andrés Maestre Salcedo Tipo de Resolución: Sentencia. Pág.11

⁴³⁴ Roj: SJCA 1850/2015 - ECLI:ES:JCA:2015:1850 Id Cendoj: 08019450072015100185 Órgano: Juzgado de lo Contencioso Administrativo Sede: Barcelona Sección: 7 Fecha: 03/11/2015 Nº de Recurso: 286/2013 Nº de Resolución: 383/2015 Procedimiento: CONTENCIOSO Ponente: ANDRES MAESTRE SALCEDO Tipo de Resolución: Sentencia. Pág.2

del órgano que la emite que ostente total libertad en el fin, de forma que el contenido de esa decisión permita optar entre varias opciones y que todas ellas sean lícitas y admisibles en el sentido constitucional y legal de la palabra, con la consecuencia de que el acto no será controlable judicialmente en sus elementos de fondo, pero sí en los elementos reglados que nuestra jurisprudencia ha denominado "judicialmente asequibles"⁴³⁵.

También se ha reconocido en la jurisprudencia Española que los actos políticos serán judiciales si con su existencia crea, modifica o extingue una situación o relación jurídica.⁴³⁶ Ha recordado en muchas ocasiones el Tribunal, y de modo reciente, que la teoría del acto político resulta irrelevante para justificar el no control judicial, pero lo que sí debe reconocerse es que este tipo de control debe hacerse dentro de los límites fijados por el legislador. Esto es a través de la comprensión de los conceptos judicialmente asequibles. Con esto El tribunal ha dispuesto que:

“en la práctica, no resulta apreciable ---situados en dicho ámbito--- ninguna diferencia entre este control jurisdiccional y el que opera respecto de los actos discrecionales, que se realiza, fundamentalmente, mediante el control de los elementos reglados. Dicho de otro modo, este tipo de actos políticos o de dirección política no son en la actualidad sino decisiones para cuya adopción el ordenamiento jurídico atribuye un amplísimo ---máximo, si se quiere--- margen de discrecionalidad al Poder Ejecutivo para apreciar "los que sean de interés público", pero sin que, en modo alguno, ello comporte una distinta naturaleza de estos actos en cuanto a su control jurisdiccional, ni merezcan, por consiguiente, una denominación diferenciada de los mismos, pues están sometidos a

⁴³⁵ Véase: sentencias de 28 de junio de 1994 (Rec. 7105/1992), 4 de abril de 1997 (Recs. 602/1996 , 634/1996 y 726/1996) ó, más recientemente, 20 de noviembre de 2013 (Rec. 13/2013). tribunal superior de justicia de Cataluña sala de lo contencioso-administrativo sección quinta Recurso Ordinario nº 190/2019 sentencia Nº 1914/2021

⁴³⁶ tribunal superior de justicia de cataluña sala de lo contencioso administrativo sección primera Rollo de apelación nº 133/2014 sentencia Nº 944

las reglas generales de vinculación a la Ley y al Derecho y de control judicial de los actos discrecionales de la Administración”.⁴³⁷

Uno de los fundamentos de la judicialización en España proviene de lo dispuesto en el artículo 106 nr.1 de la Constitución política. En ese sentido se ha reconocido que no pueden existir actos inmunes de control aunque el control este limitado a elementos reglados y cuando afectan derechos fundamentales

En un momento del tiempo, el profesor Agustín Gordillo dispuso que el poder judicial se encontraba deteriorado debido a la benevolencia que mostraba con los actos del ejecutivo y con el acto de cooperar con estos poderes que controlaba, y lejos de agradecerle el ejecutivo por la colaboración, propendía a establecer el equilibrio de poderes cada vez que el sistema judicial hacía la tarea de manera correcta, este es de control todos los actos.⁴³⁸

En Italia el profesor Luca Buscema señala que la jurisdicción se apoya de un deber funcional y utilitario, pues a través de este se debe permitir una tutela judicial efectiva. Encontrándose debate respecto de los actos de alta administración y actos de dirección política (indirizzo político). En particular refiere que los actos de las relaciones internacionales implican la iniciativa de la obtención de un logro político perseguido por el Gobierno y en ese sentido se hace injusticiable plenamente.⁴³⁹

Se ha entendido en ocasiones por la doctrina que frente a los actos de dirección política la cuestión de la no judicialización depende más a razones de una falta de criterios claros y objetivos desde lo jurídico que permitan la existencia de actos políticos. Así, Lucio Adalberto Caruso señala frente al acto político (atto político) en Italia que preliminarmente la incuestionabilidad jurisdiccional estaba determinada por la libertad que el mismo sistema otorgada al poder ejecutivo para decidir sobre respectivos asuntos, aunque sin que estos

⁴³⁷ Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda Plaza San Francisco Sentencia Nro. 000413/2021.

⁴³⁸ GORDILLO, Agustín. Tratado De Derecho Administrativo Y Obras Selectas. Tomo 8 Teoría General Del Derecho Administrativo. Ed. gordillo. Buenos Aires, 2013. págs.57-59

⁴³⁹ BUSCEMA, Luca. Atti politici e principio di giustiziabilità dei diritti e degli interessi. Rivista N°: 1/2014 Data Pubblicazione: 21/02/2014 https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/1_2014_Buscema.pdf (consultado 28/07/2023)

estuvieran de manera totalmente expresa y categorizada . Pero una vez dada la fuerza del derecho y la sujeción de los poderes a éste, se abrió la posibilidad para el control jurisdiccional de este tipo de actos , por lo que la esencia como tal del acto político como zona de inmunidad jurisdiccional desaparece como sentido de ser. El derecho moderno apoyado de la comprensión de la constitución art 95 constitucional Italiana permitirá comprender una nueva categoría de libertad del ejecutivo entendida como la potestad de decisión política, ésta no forjada como idea de inmunidad absoluta de control jurisdiccional sino entendida como institución acorde con el sistema constitucional, en tanto que ésta no solo se delimita por el derecho sino que se materializa en determinados instrumentos todos estos controlables en el campo de la justicia constitucional y administrativa.⁴⁴⁰

Si bien se precisa la condición de a dirección del estado compatible con la idea del poder sometido al derecho, no puede dejarse de lado que el control de fondo de la dirección política no está y no puede ser sometida a control jurisdiccional, simplemente porque el juez no puede reemplazar la libertad política del ejecutivo y adueñarse de esta. Con esto debe abrir la posibilidad de pensar un tipo de control a este tipo de actos.

El magistrado del Consejo de Estado italiano, Mario Luigi Torsello, hace unas afirmaciones interesantes respecto de las funciones consultivas del Consejo de estado, así recuerda inicialmente que en la ley Rattazzi de 1859 el Consejo Italiano contó con el papel predominantemente político, llegándolo así a afirmar Santi Romano , aunque siendo esta afirmación cuestionada pues no se escapó a las objeciones como la presentada por Gabriele Pescatore quien expresó que no era su contenido político sino técnico lo que hacía al consejo de estado, pues en últimas el consejo de estado no contaba con poder político decisorio, demostrándose con ello más características técnicas que políticas. Reconocer el aspecto técnico del Consejo de Estado es acertado, según lo piensa el autor, pues esto permite reconocer en el Consejo de Estado su capacidad de

⁴⁴⁰ Lucio Adalberto Caruso , A. LOLLO, Atto politico e Costituzione , Napoli, Jovene, Nomos 1-2021. Pág. 218 <https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2021/06/3.-Recensione-Caruso.pdf> (Consultado 26/7/2023). Véase también Lollo Andrea Atto Politico E Costituzione . Ed.Jovene, Italia. 2020

adaptación a la situaciones sociales, contextos políticos y normativos. Se delata entonces las grandes tres grandes características del Consejo De Estado moderno su carácter técnico, su altísima especialización y su adaptabilidad.

Refiere Luigi Torsello que será en el año 1859 en el que por primera vez se otorga al Consejo de Estado Italiano funciones consultivas y jurisdiccionales y con ello configurandose un relevante circuito de dos grandes actividades.

Se rescatata las palabras del magistrado Torsello para esta tesis, pues ante la imposibilidad de un control de fondo del acto de estado, hemos propuesto el control consultivo, en ese sentido entiende Torsello que es una ventaja acudir a la consulta del Consejo De Estado debido al papel imparcial e independiente, siendo esto una pieza clave de garantia, permitiendo estas condidiciones esclarecer con gran objetiva las cuestiones de la administración.⁴⁴¹

Es que precisamente el control consultivo permite, no haciendo un tipo de reemplazo de lo político lo cual rayaría con el principio de separación y equilibrio de poderes, mayor objetividad en la orientación de decisiones de dirección de las relaciones internacionales. Así la imparcialidad e independencia del Consejo De Estado le permite al gobernante de turno contar con insumos de mayor objetividad.

El control consultivo que se propone en esta tesis se apoya de la imposibilidad del control de fondo del acto de dirección de las relacione internacionales; recuérdese que estos tipos de actos tendrían de por si un control reglado y en caso de lesionar derechos fundamentales.

Explica Valentina Capuozzo que el artículo 113 de la constitucional italiana determina que los poderes públicos se deben enfocar al servicio y la garantía

⁴⁴¹ Mario Luigi Torsello Le funzioni consultive del Consiglio di Stato ieri e oggi en <http://www.unioneamministrativisti.it/wp-content/uploads/2021/10/Locandina-Convengo-12-13-novembre.pdf> (consultado15/05/2023)

del intereses general, de modo que ante una lesión de un derecho del administrado se habilita frente a todo tipo de acto el poder de judicialización, de modo que el acto político debe ser considerado un residuo propio del momento pre-constitucional.⁴⁴²

José Luis Carro Y Fernández-Valmator, explica que en Italia el concepto de acto político tuvo un origen distinto a Francia, pues mientras en Francia se originó en la jurisprudencia en Italia fue en sede del legislador. Pero se asemeja en cuanto que pretenden estos actos escaparse del control jurisdiccional. A continuación el autor reflexiona que no es necesario acudir al concepto de acto político o similar para predicar que los jueces no puedan controlar dichas actuaciones, pues sólo basta, como por ejemplo, en materia de actos de relaciones internacionales, establecer que estos no corresponden conocer al derecho administrativo porque están reservados al derecho constitucional.⁴⁴³

Por su parte el profesor Felice Blando se cuestiona si estamos ante el fin del acto político, de modo que ante la cuestión que se plantea establece que si bien se le puede dar la connotación de acto político no puede perderse de vista que se trata de un acto jurídico, o lo que es lo mismo, un acto regulado jurídicamente, y conforme a ello debe entenderse que el acto político por lo menos debe guardar un cierto tipo de disciplina jurídica, admitiendo, eso si, la presencia de la oportunidad y la conveniencia del poder ejecutivo para dictarlos. Admite el profesor que debe ser evidente que el control de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad de este tipo de actos no implica un control sobre el mérito político que estos actos encierran. Con todo ello se promueve que la presencia o existencia de ese tipo de actos debe ser reconocida como un tipo de auto-limitación del poder judicial más que un tipo de potestad

⁴⁴² CAPUOZZO, Valentina. L' "atto politico" davanti alla Corte costituzionale: la tensione tra funzione di indirizzo politico e diritto d'accesso al giudice nella sent. 10 marzo 2016. En revista: Dirittifondamentali.it n. 52. <http://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2019/06/Capuzzo-L%E2%80%99%E2%80%99Catto-politico%E2%80%99D-davanti-alla-Corte-costituzionale.pdf> (consultado 16/07/2023)

⁴⁴³ CARRO Y FERNÁNDEZ-VALMATOR, José Luis. La Doctrina Del Acto Político (Especial referencia al Derecho italiano) pág. 73-130. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-53-mayoagosto-1967/la-doctrina-de-acto-politico-2> (consultado 16/07/2023)

especial del ejecutivo que afecta la competencia del juez , se trata entonces de reconocer un acto de prudencia de los jueces frente a este tipo de actos .⁴⁴⁴

Francisco Tortolero Cervantes, señala respecto del origen de los poderes de indirizzo y sus transformaciones, que estos teniendo un origen en el fascismo, fueron siendo incorporados en el constitucionalismo moderno de posguerra encuadrando su ejercicio en el sentido del estado de derecho y la institución de la democracia. La idea de la dirección política puede equipararse a la funcionalidad de diversas nociones fundamentales como puede ser el ejercicio de la soberanía, el multipartidismo, la descentralización política y administrativa, las libertades individuales y sociales, los mecanismos de democracia directa, el sistema de separación de poderes.

El autor señala que por indirizzo político se debe comprender una facultad de impulso de las decisiones políticas, que por lo general la toman las mayorías que asumen el poder; pero, en el marco del constitucionalismo moderno el indirizzo político reconoce inicialmente la existencia de la oportunidad política o la apreciación discrecionalidad en cabeza del ejecutivo , debiéndose aceptar que esta voluntad puede ser delimitada jurídicamente, pudiendo los jueces ejercer un determinado control con el fin de garantizar la estabilidad normativa y política.⁴⁴⁵

Refiriéndose a las transformaciones de la dirección política del gobierno, actos políticos y límites del control judicial, el profesor Fabio Francesco Pagano establece que existe una tensión entre jurisdicción y gobierno. Aunque presente esta tensión, debe entenderse que el artículo 113 de la constitución Italiana faculta a los jueces para ejercer control jurisdiccional, de modo que la

⁴⁴⁴ BLANDO, Felice. Fine dell'atto politico? En revista : Nuove AutoNomie N.1/2015. págs. 81-95 <https://iris.unipa.it/handle/10447/165185> (consultado en: 17/07/2023)

⁴⁴⁵ GIMÉNEZ SÁNCHEZ, Isabel M. indirizzo politico, dirección política, impulso político: en revista : RJUAM, nº 18, 2008-II, Págs. 83-108 <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/download/6068/6528/12436> (consultado en: 17/07/2023)

no judicialización es un mero acto de auto limitación del poder judicial en aras de amparar el principio de separación de poderes.⁴⁴⁶

Esther de Alba Bastarrechea por su parte establece que la función de orientación de la acción política, particularmente el indirizzo politico en su origen fue producto del fascismo, y en ese sentido fue entendido como una libertad de apreciación de fines políticos, y por tanto sin este impulso las demás funciones no podrían materializarse; pero ya en el constitucionalismo moderno la dirección política se tornó como un mecanismo de materialización de la constitución.⁴⁴⁷

Según Sergio Spatola explicando la postura del profesor Ciarlo, manifiesta que por el pretendido valor normativo que se quiere asignarle a la dirección política se ha puesto en tensión el principio de separación de poderes, pues puede entenderse que no podría haber una real dirección política cuando un juez tiene la posibilidad de revocar toda la dirección que se ha adelantado; de este modo se presenta una condición sumisa de lo político y una condición tiránica del derecho. Así, según Ciarlo, como lo entiende Spatola, **la mejor manera para resolver tal cruel realidad es reconocer una vez por todas que la dirección política no puede ser producto de un acto unilateral de un específico poder, sino que por el contrario debe entender que la dirección política en su deber de conservar la unidad y la identidad del sistema debe concebir la interrelación y colaboración de los distintos poderes.**⁴⁴⁸

Esta postura la aprobamos en el presente trabajo de tesis pues permite consolidar la esencia del poder consultivo bajo el marco de la interrelación de los poderes, en este caso del Consejo De Estado y el Ejecutivo. La dirección de

⁴⁴⁶ PAGANO, Fabio Francesco. Trasformazione dell'indirizzo politico del governo, atti politici e limiti del sindacato giurisdizionale. Págs. 1-11. En <https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2018/02/pagano.pdf> (Consultado 17/07/2023)

⁴⁴⁷ BASTARRECHEA, Esther de Alba. La función de orientación de la acción política. En https://www.asambleamadrid.es/documents/20126/64823/R.25_Esther_de_Alba_Bastarrechea.pdf/c2e2e228-8551-252d-541a-b8d78f04e886 (consultado 17/07/2023); véase también: Salmoni, Fiammetta. Responsabilità, indirizzo politico e teoria dei controlli costituzionali nella prima dottrina giuspubblicistica italiana. Revista: Nomos 3-2021. Págs. 1-13 <https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2022/02/Salmoni.pdf> (consultado 17/07/2023)

⁴⁴⁸ SPATOLA, Sergio. Indirizzo politico e decisione di bilancio En: https://iris.uniroma1.it/retrieve/f156b81f-a5e7-4987-9574-60e24a06668b/Tesi_dottorato_Spatola.pdf pág.s36-40 (consultado 17/07/2023)

las relaciones internacionales sería más sólida desde la implementación del control consultivo que se propone.

Aun así se ha reconocido el control jurisdiccional como un freno eficaz contra la arbitrariedad y la inmunidad de control, por esa razón la justicia contenciosa alemana se soporta principalmente en el hecho que el administrado haya sufrido una lesión de sus derechos.⁴⁴⁹

Recuerda el tratadista español Santiago Muñoz Machado que el poder discrecional se ha delimitado a gracias de las técnicas expuesta por García de Enterría y desarrolladas de mejor manera por la jurisprudencia. Particulariza, Muñoz Machado, que se ha concebido la limitación de la discrecionalidad a gracias de entender principios tales como: i) la necesidad de razonabilidad de la decisión administrativa e interdicción de la arbitrariedad; ii) principio de proporcionalidad; iii) El principio de confianza legítima; iv) Interdicción del enriquecimiento injusto.

Se refiere el autor respecto del control jurisdiccional de la discrecionalidad de carácter política o técnica, que es relevante preliminarmente tener presente que el control si bien puede anular la decisión no puede sustituirla, pues no es admisible que el juez sustituya el lugar de la administración o el gobierno. Esta apreciación sobre la discrecionalidad de tipo política, conduce al autor a referirse sobre los actos políticos , estableciendo que su control jurisdiccional en España se da en dos fases , la primera desde la aprobación de la constitución y luego desde la aprobación de la ley de la jurisdicción contencioso administrativa de 1998. Desde la constitución española se configura el control pleno por los tribunales de todas las decisiones de la administración (art 106.1 CE) y la salvaguarda de la tutela judicial efectiva (art.24.1 CE); por su parte la ley de 1998 dispuso que no podría concebir clasificación de actos exentos de control jurisdiccional.

⁴⁴⁹ DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José. La Justicia Administrativa en Europa. Anotaciones en torno a su evolución hacia un sistema de plena jurisdicción y sobre otros retos actuales. Págs. 53-81. En: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3927025.pdf> (consultado 18/07/2023). Véase también: BACHOF, Otto. La Jurisdicción Administrativa En La República Federal Alemana págs.289-316. En: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/20211958025289.pdf> (consultado 18/07/2023).

Sobre este asunto, refiere el profesor que a los jueces se les permitió también el control de las cuestiones de dirección política a través de la doctrina de los conceptos judicialmente asequibles. Este tipo de conceptos limitan la conducta y por tal razón puede tomarse para evaluar la conducta de la administración.

“El estado de la doctrina de los actos políticos que resulta de la jurisprudencia pos-constitucional, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, permite establecer las siguientes conclusiones: Primera: Aunque la noción de acto político ha dejado de ser un concepto legal en la LJCA de 1998, la jurisprudencia sigue reconociendo la existencia de actos de dirección política de naturaleza distinta de los actos administrativos. Segunda: No obstante lo anterior, la consagración constitucional del principio de legalidad (artículo 9.3), de sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho (artículo 103.1), de control judicial de la totalidad de la actividad administrativa (artículo 106), y de tutela judicial efectiva (artículo 24.1), determina que no exista en nuestro Derecho ninguna categoría de actos de los poderes públicos exentos de control. Por consiguiente, también los actos de naturaleza política lo son en la medida en que la legalidad los somete al cumplimiento de requisitos o criterios que pueden ser apreciados en sede judicial. Tercera: El método para el control de estos actos de componente básicamente político es sustancialmente el mismo que se emplea para el control de los actos discrecionales. En definitiva, la intensidad del control depende de lo que la jurisprudencia denomina «conceptos judicialmente asequibles» o, dicho como lo hemos explicado nosotros en epígrafes precedentes, de la densidad o predeterminación normativa de la decisión del ejecutivo que se trata de controlar. Cuarta: Utilizando dichos conceptos, o contando con una predeterminación legal suficiente, es posible no solo llegar a anular las decisiones adoptadas por no cumplir los requisitos que las normas determinan, sino también, cuando la Administración no tiene ninguna posibilidad de opción y su discrecionalidad está reducida a cero, determinar judicialmente cuál es la única decisión legalmente adecuada (v .gr ., para el caso de actos de componente político, las sentencias sobre los papeles del CESID en las que se declara la pertinencia de levantar el secreto, sin limitarse a anular simplemente la decisión sometida a control).⁴⁵⁰

⁴⁵⁰ MUÑOZ MACHADO, Santiago .Tratado De Derecho Administrativo Y Derecho Público General Tomo III. Los Principios De Constitucionalidad Y Legalidad. Ed. Ministerio de la Presidencia. BOE. España.2015, Págs. 285- 313.

Pasando ahora a un estudio general del sistema norteamericano, se puede mencionar preliminarmente que en estados unidos la idea de justiciabilidad (justiciability) ha implicado por el Tribunal Supremo entender que se trata de una auto limitación del mismo tribunal cuando se trata de no discutir asuntos que pueden percibirse son de naturaleza política. Desde esta comprensión se ha explicado los motivos del porque en muchas ocasiones la corte suprema norteamericana no ha intervenido en problemas relevantes, particularmente de formulación de políticas gubernamentales. Se ha planteado que la Corte hace uso flexible del juicio de razonabilidad y proporcionalidad, a razón de ello se ha llegado a la conclusión por el máximo tribunal que aun siendo la decisión insatisfactoria tomada por el ejecutivo puede no alcanzar a ser irrazonable.⁴⁵¹

Se ha reconocido por la doctrina especializada que la dificultad que enfrentan las democracias es cómo resolver jurisprudencialmente las cuestiones políticas que terminan en los Tribunales y al mismo tiempo preservar la separación de poderes.

La doctrina de la cuestión política (political question) está en función del principio de separación de poderes y establece que hay determinadas cuestiones que están constitucionalmente comprometidas con ramas del gobierno electas para su resolución ,como resultado de ello, tales preguntas no son justiciables y requieren que el poder judicial se abstenga de decidir las.

Por la doctrina se reconoce que el origen de la tesis de la political question fue enunciada por primera vez en el caso Marbury por la Corte Suprema de los Estados Unidos, pues allí se sostuvo que el principio de la separación de poderes hace que ciertas cuestiones no sean justiciables porque adjudicar esas cuestiones se entrometería sobre las atribuciones de los poderes políticos del Estado. También se ha reconocido en la doctrina especializada que en el caso Baker v Carr, se hace una concreción mayor de lo que podría ser una cuestión política, aunque no ha escapado a las críticas por ser para algunos ambiguas

⁴⁵¹ EREZ, Daphne Barak. broadening the scope of judicial review in israel: between activism and restraintd. En: <http://www.commonlii.org/in/journals/INJlConLaw/2009/8.pdf> (consultado: 18/07/2023)

las propuestas y técnicas que se dan para reconocer lo que es un asunto político de lo que no lo es.⁴⁵²

Ignacio M. De la Riva establece que es un hecho y que debe reconocerse como tal la existencia de cuestiones no justiciables. Al respecto señala que por un lado los que defiende la existencia de estas cuestión determinan que los jueces por no ser de naturaleza política no deben resolver asuntos que son políticos ; además otro sector considera útil esta institución para evitar dejar asuntos políticos en manos de los jueces . Nos dice De la Riva que las cuestiones políticas son como las brujas: “que las hay, las hay”, estando constantemente presentes en los gobiernos ya a título de cuestión política o actos políticos o cuestiones no justiciables.⁴⁵³

En la doctrina y práctica norteamericana también se ha tratado de reconocer que son los jueces quienes al admitir la existencia de cuestiones políticas no justiciables lo que están dando cumplimiento es al principio de deferencia judicial , con esto lo que trata el sistema judicial es de conservar las decisiones que toman los demás poderes facultados constitucional y democráticamente. El principio de deferencia promueve en ese sentido un acto de autolimitación del poder jurisdiccional.⁴⁵⁴

Según explica Dante Figueroa, la Corte Suprema de Justicia Norteamericana se ha negado a pronunciarse sobre asuntos correspondientes a las relaciones internacionales, entendiendo que estas son cuestiones políticas que no han sido facultadas por el pueblo a la jurisdicción. Recuerda este autor que en la sentencia de Baker vs. Carr, de 1962, la Corte perfiló seis escenarios dentro de los cuales se puede detectar una cuestión política y por lo tanto no justiciable , estos son

⁴⁵² MO Mhango. separation of powers in ghana: the evolution of the political question en revsta: DOCTRINE, 2014 VOLUME 17 No 6. Págs. 2704-2745 En: <http://dx.doi.org/10.4314/pej.v17i6.13> consultado (18/07/2023)

⁴⁵³ Ob prev. Cit. Págs. 579-588

⁴⁵⁴ CHAVEZ H, David H. A first refrence about chevron deference. La doctrina central del derecho administrativo norteamericano en su treinta y un aniversario. En Revista advocatus 31, Págs... 259-281. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4364> (consultado 18/07/2023)

“(1) Una asignación de la cuestión a un departamento político coordinado basada en un texto constitucional demostrable; o (2) Una falta de estándares que sean susceptibles de ser demostrados y manejados para resolver el asunto; o (3) Ante la imposibilidad de adoptar una decisión sin una determinación de política previa que no esté dentro del ámbito de la discreción judicial; o (4) En caso de imposibilidad de que un tribunal adopte una solución independiente sin expresar una falta del respeto debido a las ramas de gobierno coordinadas; o (5) Si concurre una necesidad inusual para una adhesión incondicional a una decisión política ya adoptada; o (6) Cuando la potencialidad de vergüenza ante múltiples pronunciamientos de varias ramas gubernativas sobre una misma”⁴⁵⁵

Con todo ello se ha comprendido que la teoría de la cuestión política y la no justiciabilidad pretenden perfilar un papel protagónico de los jueces en su tarea de salvaguardar el principio de separación y equilibrio de poderes.

Un concepto de justiciabilidad es la doctrina de la cuestión política, según la cual los tribunales federales no juzgarán ciertas controversias porque su resolución es más propia dentro de los poderes políticos. Debido a las implicaciones potenciales para la separación de poderes cuando los tribunales se niegan a adjudicar ciertos asuntos, la aplicación de la doctrina de la cuestión política ha suscitado controversia. Sin embargo, debido a que no existe una prueba precisa de cuándo un tribunal debe encontrar una cuestión política, puede ser difícil comprender exactamente cuándo se aplica la doctrina.⁴⁵⁶

Eleonora Mesquita Ceia, al cuestionarse sobre si los tratados internacionales deber ser considerados actos no justiciables, señala que por más de los debates que se presenten, siempre sobresale más argumentos a favor de la pro-justiciabilidad, pues el mismo principio de pesos y contra pesos así lo impone, sin que exista espacio para plantear cuestiones políticas absolutamente no justiciables. Pero por otro lado se presentan argumentos a favor de la no justiciabilidad basados en el principio de la división de poderes,

⁴⁵⁵ FIGUEROA, Dante. La Doctrina Estadounidense de la Cuestión Política: Etiología, Axiología, y Perspectivas para Latinoamérica en : <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/13564> (consultado 18/07/2023). Véase también: Tushnet, Mark V. Law and Prudence in the Law of Justiciability: The Law and Prudence in the Law of Justiciability: The Transformation and Disappearance of the Political Question Transformation and Disappearance of the Political Question. Págs. 1203-1235 En <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/254>. (consultado 18/07/2023).

⁴⁵⁶ COLE, Jared P. Justiciability and the Separation of Powers. Págs. 1-25. En <http://www.crs.gov> (consultado 18/07/2023).

en una democracia constitucional y en la naturaleza política de cuestiones de política internacional. Se reconocería que la intervención judicial puede llegar a interferir y afectar los intereses de política exterior perseguidos por el Ejecutivo o perjudicar la conducta de esa rama del gobierno en negociaciones internacionales. De modo que los que defienden la no justiciabilidad se apoyan en el deber que le asiste a los tribunales de auto restricción por motivos de la salvaguarda de la soberanía, debiendo entonces aceptar el sistema judicial las realidades políticas en materia de dirección de las relaciones internacionales. Así, el poder Judicial debe aceptar las realidades de las relaciones internacionales y conceder un margen de discreción al Ejecutivo en el manejo de la política externa.

La postura de la autora recae en establecer que es necesario que los tribunales aseguren los límites de la acción gubernamental respetando principios democráticos y constitucionales pero a la vez la jurisdicción debe considerar las circunstancias peculiares bajo las cuales la política exterior es conducida e intentar encontrar un equilibrio entre las condiciones del derecho constitucional nacional y las particularidades de la política internacional.⁴⁵⁷ Esta postura guarda relación con lo expuesto por Curtis A. Bradley y Eric A. Posner cuando inicialmente admiten que la doctrina de la cuestión política es un mecanismo que utilizan los tribunales inferiores para tener en cuenta los límites de su capacidad institucional.⁴⁵⁸, así mismo con las posturas que fundamentan el papel de la prudencia y la deferencia del sistema judicial⁴⁵⁹

Con certeza señala Juan Santiago Ylarri que

“En definitiva, se trata de buscar el equilibrio en el modo en que los jueces revisan la actividad de los otros poderes del Estado. Caer en ambos extremos defectuosos

⁴⁵⁷ MESQUITA CEIA, Eleonora. La aplicabilidad de la doctrina de las cuestiones políticas en el campo de las relaciones exteriores: ¿deben los tratados internacionales ser considerados actos no justiciables? En: Estudios Constitucionales, vol. 5, núm. 2, segundo semestre, 2007. Págs. 289-310 <https://www.redalyc.org/pdf/820/82050214.pdf> (consultado 18/07/2023)

⁴⁵⁸ BRADLEY, Curtis A. y POSNER, Eric A. The Real Political Question Doctrine. En: Stanford Law Review Volume 75 May 2023. Págs. 1031-1090 <https://review.law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/3/2023/05/Bradley-Posner-75-Stan.-L.-Rev.-1031.pdf> (consultado 18/07/2023)

⁴⁵⁹ STERN, Nat. DON'T ANSWER THAT: REVISITING THE POLITICAL QUESTION DOCTRINE IN STATE COURTS . En: JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW [Vol. 21:1 Págs. 154-206 <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1673&context=jcl> (consultado 18/07/2023)

—un activismo mal entendido o una abdicación judicial a controlar la actividad estatal— es malo para el Estado de Derecho. Por ello, hay que bregar por un control judicial adecuado. Encontrar ese equilibrio no es fácil. Muchas veces la consideración de una determinada cuestión como política, será pernicioso. Así, resultará claro que el control judicial no ha sido suficiente, cuando exista un abuso en la utilización de ciertos institutos por parte de los poderes políticos, y el Poder Judicial haya permanecido estático, encerrado en su biblioteca, cuando la realidad exigía otro proceder.”⁴⁶⁰

Relevante resulta las afirmaciones de TARA LEIGH al establecer que la doctrina moderna de la cuestión política es una especie de supremacía judicial, no una limitación de ella.⁴⁶¹ Tesis que se asimila a la afirmación de JOHN HARRISON quien reconoce que tal como la ha desarrollado la Corte Suprema, la doctrina de la cuestión política implementa límites al poder judicial.⁴⁶²

Conforme a lo descrito preliminarmente queda claro que tratándose de la judicialización de los actos de dirección política o cuestiones políticas, se ha pretendido mantener bajo el manto del constitucionalismo moderno la protección por un lado del principio de separación y equilibrio de poderes y por el otro lado el deber de tutela judicial efectiva y la garantía de protección que del derecho y por el derecho representa la sujeción de los poderes públicos al principio de juridicidad. De esta armonía de principios se ha justificado la existencia de cuestiones no justificables bajo el entendido que existen no porque exista una distinción entre lo político y lo jurídico, sino existen este tipo de actos por un acto de auto regulación y deferencia del poder judicial, que actuando de ese modo pretende amparar el equilibrio de los poderes.

⁴⁶⁰ YLARRI, Juan Santiago. los fundamentos de las cuestiones políticas no justiciables (con especial referencia al control de la declaración del estado de sitio y la intervención federal). Págs. 409-472 https://www.academia.edu/44009846/Los_fundamentos_de_las_cuestiones_pol%C3%ADticas_no_justiciables_con_especial_referencia_al_control_de_la_declaraci%C3%B3n_del_estado_de_sitio_y_la_intervenci%C3%B3n_federal (consultado 18/07/2023)

⁴⁶¹ LEIGH, Tara. the lost history of the political question . en: new york university law review [vol. 90:1908. Págs. 1908-1974. <https://www.nyulawreview.org/wp-content/uploads/2018/08/NYULawReview-90-6-Grove.pdf> (consultado 18/07/2023)

⁴⁶² HARRISON , JOHN . The Political Question Doctrines. En: american university law review [Vol. 67:457. Págs. 458-528. http://aualawreview.org/au_law_review/wp-content/uploads/2018/01/03-Harrison.to_Printer.pdf (consultado 18/07/2023)

Se es consciente en este trabajo de tesis que la postura anteriormente planteada permite justificar la existencia de actos no justificables sin comprometer el principio de juridicidad, pero también se debe advertir que tal postura en nada resuelve los problemas de ausencia o déficit del control de fondo. Por lo tanto, el control consultivo que aquí se ha propuesto se torna en una herramienta adecuada, pues estando en sintonía como la auto limitación del poder judicial entiende que en aras del principio de separación de poderes en materia de dirección de las relaciones internacionales, es posible en nombre de la objetividad, la imparcialidad y el mejor accionar, que los poderes actúen armónicamente. Con todo esto, se pretende reconocer la relevancia que para la salvaguarda de los principios superiores representaría hacer mejor uso del poder consultivo del Consejo de Estado.

SECCION II. LA CONSULTA ANTE EL CONSEJO DE ESTADO UNA NUEVA FORMA DE CONTROL DE LA JURIDICIDAD. Hacia la consolidación del principio de separación de poderes en el Derecho Administrativo Contemporáneo.

Por Decreto del 30 de octubre de 1817, Simón Bolívar, dio vida al Consejo de Estado de Colombia inspirado en el pensamiento e ideales Franceses de la Revolución.

Sin pretender recaer en las cuestiones de historia, se ha considerado por estudiosos de la Historia Jurídica de Colombia, que será especialmente con la expedición del Acto Legislativo 01 de 1914 por el cual se restablecía el Consejo de Estado el momento en que se configura la esencia del Tribunal, particularmente con la conformación de las dos salas: la contenciosa y la consultiva.⁴⁶³

⁴⁶³ PEÑA PORRAS, Diego Isaías. La construcción del Derecho Administrativo Colombiano. Ed. Universidad de los Andes. Colombia.2008

La Ley 1437 de 2011 dispuso en el artículo 112 las funciones de la sala De Consulta Y Servicio Civil, en particular , el numeral primero señala “*Absolver las consultas generales o particulares que le formule el Gobierno Nacional, a través de sus Ministros y Directores de Departamento Administrativo*”; el inciso segundo del referido artículo señala expresamente que este tipo de conceptos no serán vinculantes, salvo **que la Ley disponga lo contrario**, gozando de reserva legal por término de seis meses, pudiéndose prorrogar por 4 años por el Gobierno nacional , pudiéndose en cualquier momento la reserva por el Gobierno, y de forma automática si transcurrido los seis meses no existe pronunciamiento del Gobierno. Recientemente en la ley 2080 de 2021, artículo 19, se aclaró la condición especial de la sala, señalando

“La Sala de Consulta y Servicio Civil cumplirá funciones separadas de las funciones jurisdiccionales y actuará en forma autónoma como cuerpo supremo consultivo del gobierno en asuntos de administración”

El Acuerdo 058 de 1999, Reglamento interno del Consejo de Estado, no contiene mayor precisiones que las establecidas en la ley 1437 de 2011.

La premisa del control consultivo se forja en el reconocimiento que debe ser la Sala de Consulta del Consejo de Estado, pieza clave respecto del control de los actos de estado, el sentido de control en este aspecto debe ser una evaluación de la participación del poder judicial en la salvaguarda de la juridicidad.

Como se expuso en el apartado anterior, las nuevas necesidades invitan a repensar las ideas del control en el Derecho Administrativo, de modo que en este trabajo de tesis se propone construir un concepto de control general en la esfera de lo consultivo que se diferencie del control jurisdiccional específico, sin que ello signifique que los dos no sean en unidad un pilar de salvaguarda de la juridicidad.

Esta idea se apoya del principio de separación de poderes el cual supone un control en la formula *check and balance*, donde los poderes se controlan los unos a los otros.

La propuesta planteada es novedosa para el estudio del Derecho Administrativo, pues con la ampliación del espectro de representación de la regla de control se posibilita aceptar el papel relevante de la Sala de Consulta y no solo la jurisdiccional en la custodia del Derecho Administrativo y de sus premisas *autoridad –garantía* y sujeción de los poderes públicos a la *juridicidad*.

A partir de esta perspectiva se debe re-plantear el diseño de la función consultiva del Consejo de Estado que por su naturaleza está llamada a absolver las consultas del Gobierno, con ello extendiendo la idea reconocida por la Corte Constitucional respecto de concretar la competencia del control de los actos unilaterales internacionales en el Consejo de Estado.

Repensar una función consultiva del Consejo de Estado es tan necesario como pertinente.

El punto de apoyo para referir esta necesidad y pertinencia, son aspectos evidentes:

I) El Consejo de Estado y su facultad consultiva es relevante para el buen desarrollo del Derecho.

II) Reconózcase que el funcionamiento de la Administración es determinado por una acción política del Gobierno, de modo que no tendría sentido que siendo estas discrecionalidades relativas, no pudiesen apoyarse de una institución guardiana del Derecho como lo es el Consejo de Estado.

III) No es una lesión contra el principio de separación de poderes establecer el *deber de consulta* al Consejo de Estado, pues a gracias de la relación cíclica y

el principio de juridicidad, este deber se constituye en una necesidad, como se puede advertir en el caso del Consejo de Estado Español o en Colombia con el deber de consulta para la aprobación de tránsito de tropas extranjeras en el territorio. En este caso de la tesis propuesta solo se trata de extender el deber de consulta a los actos de estado de dirección de las relaciones internacionales.

IV) Promover el fortalecimiento del papel consultivo del Consejo de Estado implica por un lado robustecer su estructura y por el otro lado, proponer una comprensión interdisciplinar de los asuntos al interior del Consejo de Estado, por lo menos en la facultad consultiva.⁴⁶⁴

V) Gracias a la reserva legal de los Conceptos no habría riesgo del deber de consulta, pues afortunada es la regla que propone el art. 112 de la Ley 1437 de 2011.

VI) La apertura al control consultivo se debe extender no solo al campo de la Administración sino del Gobierno, particularmente esto último se logra desde la comprensión de la idea de la existencia de la discrecionalidad Política y los actos de estado de la dirección de las relaciones internacionales.

VII) Dentro de estas consideraciones sobre la función consultiva del Consejo de Estado, se admitiría poner a consideración asunto de Estado; lo que para nada reduce la facultad del Jefe de Estado más allá de la reducción que ya el sistema jurídico le ha fijado. Si bien es cierta la discrecionalidad política que supone las relaciones internacionales, estas podrán ser promovidas al grado de la eficacia, es decir, el campo externo del Derecho que habla Hart.

VIII) La función consultiva se apoya de la tesis ya aprobada en el sistema constitucional de la colaboración armónica de los poderes, en este caso no se piensa que fortalecer la facultad consultiva proponga un riesgo frente a las

⁴⁶⁴ FERRESES COMELLA, Víctor. Una defensa del modelo Europeo del control Constitucional. Ed. Marcial Pons. España. 2011. Págs.119-137

autonomías de los poderes, ni mucho menos contra la esencia de la discrecionalidad política.

IX) La función consultiva no es extraña a la actividad del representante del Estado, como se ha constatado en este trabajo, el Gobierno cuenta con comisiones de expertos que determina su conducta. La distinción con el carácter consultivo del Consejo de Estado, que se convertiría en una ventaja, sería su independencia y autonomía. Sumado al hecho que por esencia la consulta se daría en sede del Tribunal guardián de la juridicidad del actuar del Gobierno y la Administración.

X) Fortalecer la facultad consultiva del Consejo de Estado, permite concretar, un poco más, la premisa que todos los poderes públicos sirven a los intereses generales. Esto es lograr armonizar esta consideración con la relación cíclica de la cual no debería buscarse la escapatoria del Gobierno.

XI) Existe riesgos de todo tipo y crisis por ser desatadas, si algo demostró la pandemia y el tratamiento hecho por el anterior Gobierno Duque, fue no contar con el Consejo de Estado para adelantar el desarrollo de la atención a la crisis. Invitación que el mismo Consejo de Estado Sala de Consulta de Servicio Civil ha hecho al Gobierno Petro recientemente respecto del caso de cambios en las líneas del metro de Bogotá,⁴⁶⁵ por ejemplo.

XII) Fortalecer la tarea consultiva que no es jurisdiccional del Consejo de Estado, implica un desarrollo importante hacia la idea del Derecho Administrativo del Riesgo Político y los actos de estado, que se forja en la determinación de un control general de la juridicidad

xiii) La re-configuración del interés público en el marco de la pandemia, justifica la interdisciplinariedad de la Sala de Consulta. Esto en cuanto que el Derecho

⁴⁶⁵ Véase: <https://www.wradio.com.co/2023/02/09/dura-respuesta-del-consejo-de-estado-a-mintransporte-sobre-el-metro-de-bogota/>

Administrativo no puede ser ajeno al conocimiento científico, técnico, tecnológico, por ejemplo.

Los anteriores presupuestos propios de una teoría del *Derecho Administrativo de los Actos De Estado y el Riesgo Político*, proponen un giro de 180 grados, sin desconocer la relevancia del control jurisdiccional al papel del Consejo de Estado y su Salsa de Consulta.

Que se dote al Honorable Consejo de Estado de la condición de guardián de la juridicidad de las actuaciones del Gobierno y de la Administración, implica configurar un control general y un control jurisdiccional, lo que implica una extensión en la dogmática ius administrativista.

Esta teoría que se propone de un nuevo tipo de control de la juridicidad desde la interacción de los poderes públicos, en especial el deber de consulta del Gobierno frente al Consejo de Estado, no raya con los preceptos constitucionales actuales, basta con referir el artículo 237 numeral 3 de la Constitución política de Colombia para dar solides a la presente tesis. El avance aquí se configura recae en ampliar el deber consultivo al espectro de los actos de estado de *dirección de las relaciones internacionales que se han dotado de la condición de no jurídico*.

Nótese que este control de la juridicidad que se propone:

- a. No lesiona el principio de separación de poderes
- b. Reconoce la imposibilidad de un control material integral de la decisión política del Gobierno, precisamente porque acepta que lo político no logra entrar en una relación de subsunción absoluta con lo jurídico, lo cual es una forma de debilitar la tesis de la cíclica relación pero sin abandonarla
- c. Reinterpreta la tesis Enterriana de la lucha contra las zonas de inmunidad jurisdiccional, en cuanto que acepta que la discrecionalidad política en los

casos de actos de estado, pero que también puede extenderse a los actos políticos sobrevivientes, no pudiéndose lograr control jurisdiccional integral y absoluto , pues ello afectaría la función política; así se reorienta el discurso de las luchas a comprender la necesidad de interacción de los poderes en aras de tratar asuntos de relevancia para la Vida del Estado, como lo es la dirección de las relaciones internacionales.

d. El control consultivo como forma de protección de la juridicidad promueve la protección de la racionalidad ilustrada del pensamiento del Derecho Administrativo Contemporáneo, ese mismo que determina la relación entre la autoridad del Estado y el respeto de Garantías.

e. Este tipo de control permite la incorporación como objeto de estudio del Derecho Administrativo de los actos de estado de dirección de las relaciones internacionales, pues, entiéndase que es la única forma para armonizar el ejercicio de la discrecionalidad política y la juridicidad en un tono de dialogo político y jurídico entre las entidades pública, en especial Gobierno y Consejo de Estado, más aun cuando en su esencia el Consejo de Estado ostenta este deber constitucional, tal como lo advierte el artículo 237.3 constitucional. En este sentido sólo bastaría una reforma constitucional incorporando asuntos de deber consultivo para conducir la dirección de las relaciones internacionales a un campo de mayor institucionalidad y juridicidad.

Son estas razones las que justifican del tránsito que debe darse hacia el fortalecimiento del control consultivo como nueva forma de amparo de la juridicidad en la que se reconoce la simetría entre lo político y lo jurídico

SECCIÓN III. EL RIESGO POLÍTICO Y SU RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

El concepto de riesgo político se construye a partir del análisis de la relación que se da entre sectores externos, por lo general, empresas del alto capital y los Estado; de modo que, el riesgo político para algunos expertos es sinónimo de riesgo país.

Este es el caso de Lucía Ruiz Granada y Luis R. Becerra, quien comprendiendo riesgo político como riesgo país lo definen como el riesgo que *“concorre en las deudas de un país globalmente consideradas, por circunstancias inherentes a la soberanía de los estados”*,⁴⁶⁶ este riesgo implica como tal que los inversionistas o exportadores *“no obtengan pago por los bienes y servicios vendidos, o que no consigan el retorno de su capital y/o utilidades a causa de la inestabilidad económica, financiera o social de un determinado país”*⁴⁶⁷.

En ese sentido, la noción del riesgo político se fundamenta en causas objetivas como son los cambios políticos que se pueden dar en un Estado determinado que puede llegar a afectar el cumplimiento de los pactados, por lo general, de naturaleza económica fijados.

El riesgo presupone, no solo la imposibilidad de los pagos, sino además, que aun queriendo el Estado cancelar y cumplir su intención es no hacerlo, por eso que en este último campo, la voluntad del Estado configurada en la dirección política del Jefe de Estado o Jefe de Gobierno es determinante. Un ejemplo, de esta situación de un Estado que puede pagar, pero se rehúsa hacerlo es Venezuela en el Gobierno de Hugo Chávez.

Importante ha sido diferenciar entre la imposibilidad de pago a la no voluntad de pago. Esto ha conducido a precisar que cuando se trata de la imposibilidad

⁴⁶⁶RUIZ GRANADA, Lucía ; BECERRA, Luis R. El riesgo político de un país. En: Revista académica e institucional de la UCPR, ISSN-e 0121-1633, N°. 58, 2000. Pág. 5

⁴⁶⁷ Ibídem.

de pago, no se trata en específico de un riesgo político, sino de un riesgo comercial; a diferencia, un riesgo político, en sentido estricto, es cuando la voluntad determina el no cumplimiento de lo pactado.

Para Lucía Ruiz Granada y Luis R. Becerra, se puede incurrir en riesgo político por

“transferencias monetarias, por devaluación o revaluación de la unidad monetaria del país, por insolvencia del país o por la modificación de la programación de pagos del sector público y derivados, por desconocimiento de contratos por parte del gobierno, por recesión económica, por inestabilidad del sistema bancario, por daños o atentados a los activos de empresas extranjeras, por expropiación de los bienes de inversionistas extranjeros, o por inestabilidad de los sistemas legal y/o comercial”.⁴⁶⁸

Hasta aquí puede extraerse que la consideración de entender riesgo político como sinónimo de riesgo país, no es acertada; en cambio debe considerarse como lo hacen muchos expertos y específicamente muchas de las entidades analizadores de riesgo, que el riesgo país es lo genérico, mientras, el riesgo político, es un componente de análisis dentro del genérico riesgo país.

El riesgo político, junto con el riesgo económico y el riesgo financiero, serían los tres componentes del riesgo país, esto, si toma la referencia de medición de riesgo según el sistema de calificación del riesgo País del PRS group; pero existen modificaciones de acuerdo al sistema que se adopte, como bien lo explican Lucía Ruiz Granada y Luis R. Becerra.

De todos modos es importante distinguir riesgo país de riesgo político en concreto, debido a que esta distinción permite precisar con mayor detalle lo que se conoce como riesgo político y sus componentes a los factores económicos y financieros, que si bien guardan correspondencia y se articulan son diferentes; esto más aun cuando, que el riesgo político se apoya de análisis subjetivos; el económico de datos objetivos, mientras el financiero toma de los dos subjetivo y objetivo

⁴⁶⁸ Ibidem.

Nótese por ejemplo que estos son algunos de los indicadores para la obtención del riesgo país:

- expectativas económicas vs. realidad;
- fracasos de la planificación económica;
- dirección política;
- conflicto externo;
- corrupción en el gobierno;
- injerencia del ejército en política;
- influencia de la religión organizada en política;
- ley y tradición de orden;
- tensiones raciales y de nacionalidad;
- terrorismo político;
- guerra civil;
- desarrollo de partidos políticos;
- calidad de la burocracia⁴⁶⁹

El Sistema Coplin-O'Leary, por su parte, orienta su evaluación a evaluar el contexto donde se desenvuelve el negocio, así, evalúa *“la estabilidad del régimen, el orden público, las transferencias financieras, la inversión directa, y los mercados de exportación”*⁴⁷⁰.

En cuanto a la estabilidad del régimen, se trata no solo de evaluar el tiempo de duración en la toma del poder del régimen respectivo, sino se trata de saber si el régimen es representado por una persona, qué tipo de partidos existen, cuál es la orientación del gobierno, qué tan estable son las relaciones civiles y militares.

Respecto de las posibilidades de existir perturbación del orden público, este sistema clasifica en cuatro tipo de riesgos: riesgo muy alto, riesgo alto, riesgo moderado y riesgo bajo.

⁴⁶⁹ Explicado por RUIZ GRANADA, Lucía ; BECERRA, Luis R. El riesgo político de un país. En: Revista académica e institucional de la UCPR, ISSN-e 0121-1633, N°. 58, 2000

⁴⁷⁰ *Ibidem*.

En cuanto al riesgo muy alto, se comprende que los disturbios que se presentan crean “condiciones proximidad a un estado de guerra”; se entiende que el riesgo alto en estos países experimenta niveles de violencia o violencia potencial que tendrían el alcance de afectar los negocios internacionales; en riesgo moderado están aquellos Países donde se dan ocasionalmente alborotos, actos de terrorismo o acciones de descontento pero que pueden afectar las condiciones de los negocios internacionales; por último, el riesgo bajo se encuentran países donde las manifestaciones son pacíficas, siendo rara la violencia por causas políticas.⁴⁷¹

Para una mirada al antagonismo decisional que se ha propuesto en esta tesis y la posibilidad de relacionar el riesgo político con el Derecho Administrativo, puede referirse el informe Riesgo País Colombia de fecha 21 de septiembre 2022, emitido por la Compañía de seguros por cuenta propia y del Estado de España (CESCE).

En este informe se hacen algunas valoraciones, si bien subjetivas sobre las decisiones políticas, sí logra determinar que la dirección de las relaciones internacionales es tomada en cuenta para fijar el índice. Por lograr demostrar este informe lo que se viene sosteniendo en este escrito se transcribe en extenso algunos apartes del informe.

Así se señala en cuanto al riesgo político, en particular, *la situación política* de Colombia, partiendo inicialmente de su reconocimiento como primer gobierno de izquierda y una ruptura de la política tradicional, lo siguiente:

- a. “Ambiciosa agenda política de difícil financiación, que incluye forjar un acuerdo de paz con los grupos armados, una reforma fiscal y de las pensiones y el polémico objetivo de frenar la producción petrolera.
- b. Frágil coalición de gobierno. Petro cuenta con una holgada mayoría en ambas cámaras, pero que reúne partidos de ideología muy distinta, lo que será fuente de

⁴⁷¹ Ibídem.

fricciones constantes y obligará a edulcorar las reformas más polémicas para alcanzar los consensos necesarios”⁴⁷²

Respecto de las relaciones exteriores se evaluar que:

- a. Ruptura con su predecesor en política exterior. Restablecimiento de las relaciones con Cuba, Venezuela y Nicaragua, lo que supone un gran desafío diplomático, al tratarse de regímenes bajo la lupa de la comunidad internacional por violación a los derechos humanos
- b. El presidente ha puesto la diplomacia al servicio de la paz. Designación de Álvaro Leyva Durán, con una amplísima experiencia como mediador en varios procesos de paz, como ministro de Exteriores
- c. Cambio en la actitud hacia EE.UU. Revisión del Tratado de Libre Comercio, que en opinión de Petro ha empobrecido al campesinado colombiano, y actitud muy crítica con la política antidrogas. En cualquier caso, pese a las asperezas que puedan suscitarse, ambos países se necesitan mutuamente para salvaguardar sus intereses⁴⁷³

Concluyendo expresamente:

“Cambio político histórico con la llegada del izquierdista Petro al poder. La amplia, pero frágil, coalición en el Legislativo, con el apoyo de partidos de ideología muy diversa hacen prever problemas de gobernabilidad y dificultad para sacar adelante las reformas más polémicas. A los retos políticos se suman los económicos, en un contexto de encarecimiento de la financiación externa e interna. El endurecimiento de los tipos de interés a nivel internacional hará mella sobre Colombia, dado su recurrente déficit exterior. Pérdida del grado de inversión a causa del aumento del endeudamiento público, cuya evolución preocupa a la vista de la generosa agenda social del gobierno entrante. La gran capacidad de atracción de inversión extranjera, el elevado volumen de reservas y la existencia de una línea de crédito con el FMI como medida precautoria apuntalan la solvencia del país.”⁴⁷⁴

Según la CESCE, en su informe más detallado, informa como preocupación que las propuestas del Gobierno Petro en aras de poderse cumplir necesitan aumentar el recaudo y tamaño del Estado, pero esto puede dar lugar a un aumento simétrico de la corrupción, lo cual resulta alarmante , más si se tiene

⁴⁷² <https://www.cesce.es/es/w/riesgo-pais/riesgo-pais-colombia>

⁴⁷³ *Ibidem*.

⁴⁷⁴ <https://www.cesce.es/documents/20122/0/COLOMBIA+-+Ficha+Septiembre+2022.pdf/98568560-5e5c-4512-185b-b02f322e12ee?t=1664440461048>

en cuenta el informe de transparencia internacional donde ubica a Colombia en el puesto 87 de 180 Países , pero también estando por debajo en la media en criterios de estabilidad política y estado de derecho según informe de Banco Mundial.⁴⁷⁵

En particular, el informe detallado recae sobre el análisis de la dirección de las relaciones internacionales y lo que se puede entender es un giro en la política exterior, a continuación se transcribe en extenso:

- a. “Petro defiende el posicionamiento de Colombia como “potencia mundial de vida”, un concepto algo vago pero que hace alusión a la defensa de la paz, la justicia social y la justicia ambiental.
- b. Petro ha propuesto un “diálogo en las Américas sin exclusiones de ningún pueblo, en toda la diversidad que es América”, en clara alusión a la reciente Cumbre de las Américas(7) celebrada en un clima de tensión, entre exclusiones, ausencias y quejas de varios países
- c. el cambio de gobierno en Colombia llega en un momento de transición ideológica en Latinoamérica, en donde las elecciones de los últimos años han dado como resultado que diez países (entre ellos cuatro de las economías más grandes de la región: México, Colombia, Argentina y Chile) y cerca del 51% de la población latinoamericana se encuentren regidos por gobiernos de izquierda. No obstante, los matices entre las agendas de los mandatarios no permiten hablar de un frente común en el continente.
- d. Todavía es pronto para valorar el posicionamiento de Petro, pero la designación de Álvaro Leyva Durán como nuevo canciller da cuenta de que el objetivo de la paz va a sobresalir en la agenda exterior. De perfil conservador, Leyva cuenta con una amplísima experiencia como mediador en varios procesos de paz(8) y las primeras decisiones adoptadas demuestran que la diplomacia va a estar al servicio de la paz
- e. El gobierno ha dado un giro de 180 grados en el tratamiento de las relaciones con Venezuela, Cuba y Nicaragua, muy maltrechas tras la hostilidad que caracterizó el periodo de Iván Duque Ello supone un gran desafío diplomático, teniendo en cuenta que la comunidad internacional tiene bajo la lupa a esos regímenes por violación a los derechos humanos
- f. El Ejecutivo tiene un interés particular en que Caracas sea parte activa de la mesa de negociación con el ELN, con una presencia constructiva, muy parecida a lo que hizo Santos con Hugo Chávez en la época de la negociación con las FARC
- g. En esta misma línea se explica el acercamiento a Cuba

⁴⁷⁵

- h. Con Nicaragua, el escenario es más complejo. Petro designó un embajador con la misión de restablecer relaciones apenas juró el cargo, y afirmó que no se entrometerá en los asuntos internos de otras naciones. Sin embargo, la ausencia de Colombia en la sesión extraordinaria de la Organización de los Estados Americanos de finales de agosto, que trató sobre la situación de derechos humanos en el país, ha sido muy criticada. La preocupación que muestra Petro por la situación de los derechos humanos en Colombia es difícilmente conciliable con aliarse con países que vulneran los principios más básicos de una democracia
- i. Las relaciones con Estados Unidos también van a sufrir un cambio con respecto a gobiernos anteriores. Es bastante representativo que el Embajador de Colombia en Estados Unidos, Juan Carlos Pinzón, anunció su renuncia poco después de conocerse el triunfo de Petro en las elecciones. El presidente aboga por una revisión del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, porque a su entender ha empobrecido al campesinado colombiano
- j. Por último, y en coherencia con sus propuestas de política interna, destaca el llamamiento al resto de países del continente americano a apostar por la transición energética y a construir una economía descarbonizada. La pretensión de liderar este cambio se enfrentará con muchas resistencias, dada la diversidad de posturas entre los países en cuestiones ambientales y energéticas. México, sin ir más lejos, aboga por una economía sustentada en los hidrocarburos
- k. Parece evidente que va a tener que moderar sus aspiraciones puesto que algunas de sus propuestas más ambiciosas, como prohibir el fracking y terminar con proyectos petroleros van a ser rechazadas por muchos países e incluso a nivel interno son de difícil realización, como veremos, por el peso del sector en la economía del país y, más en concreto, en términos fiscales⁴⁷⁶

Respecto a Venezuela, por ejemplo, la CESCE⁴⁷⁷, solo cuenta con un informe del año 2016, titulado “el chavismo se asoma al abismo”, particularmente, se expresa sobre los problemas económicos, la inflación, la inestabilidad social, el déficit político, la pérdida de popularidad de Maduro, la injerencia de militares, etc. Concluye el informe del observatorio exterior que “*Venezuela se encuentra*

⁴⁷⁶ Ibidem.

⁴⁷⁷ Por ejemplo y, solo a título ilustrativo, el informe del año 2020 sobre Rusia elaborado por parte de CESCE, señala en cuanto a la política exterior la búsqueda de obtener presencia global a partir de intervenciones militares como fue su participación en el conflicto de Siria, luego en Libia, y el impulso de las relaciones como Irán y Egipto; importante resulta el informe, recordando que data el informe del año 2020 y no se presentaba el conflicto con Ucrania, ya el informe entrevé la orientación de la política exterior de Putin hacia la defensa del espacio post-soviético, haciendo uso Rusia de un arma geopolítica orientada a salvaguardar las minorías rusas. Véase: <https://www.cesce.es/documents/20122/9731855/INFORME++RUSIA+-+7+octubre+2020.pdf/41b66dd7-6a55-6bd8-1f63-798895fdaaaa?t=1661156582478>

*en un terreno enormemente difícil e incierto, en el que resulta muy difícil pronosticar cuál será la vía de salida de la crisis económica y política actual”.*⁴⁷⁸

La CESCE clasifica el riesgo de 1 a 7, donde 1 es bajo y 7 es alto. En esa clasificación 7 ubica entre otros a Rusia, Venezuela; Colombia se sitúa en 4, reconociendo respecto al riesgo político tanto a corto, como media y largo plazo en la condición

La CESCE es una entidad entre muchas que se encarga de emitir análisis de riesgo, pero en particular se constituye en insumo de obligatoria consulta los informes e índices creados por el Banco Mundial.

Los importantísimos indicadores de gobernabilidad que emite el Banco Mundial, miden seis dimensiones de gobernabilidad: “i) *Voz y Rendición de Cuentas*, ii) *Estabilidad Política y Ausencia de Violencia*, iii) *Efectividad Gubernamental*, iv) *Calidad Regulatoria*, v) *Estado de Derecho*, y vi) *Control de la Corrupción*”⁴⁷⁹

Con estos indicadores el Banco Mundial, obtiene una apreciación sobre el Gobierno de cada País. El Banco Mundial evalúa los Gobiernos entre otros aspectos, los siguientes: integración regional; conjunto de normas que afecta la libertad de empresa y los negocios internacionales; estabilidad política, calidad de la justicia, el reconocimiento de la rama judicial por parte de los ciudadanos, niveles de corrupción, y en particular sobre el Gobierno evalúa la relación del ejército y el Gobierno, como del Ejército y la Policía con la ciudadanía, igualmente, la calidad de los servicios, la calidad de la Administración Pública, de la Burocracia, de la gestión pública, así como la capacidad de creación de consenso y capacidad de dirección.

Estos y otros muchos más factores, que no es la idea describir detalladamente en este escrito, permiten describir el Riesgo País como el mecanismo que a

⁴⁷⁸ https://www.cesce.es/documents/20122/9731855/VENEZUELA_noviembre+2016.pdf/ca881e7b-5e65-6c6e-24d6-b78174373598?t=1661158069533

⁴⁷⁹ [http://web.worldbank.org/archive/website00818/WEB/GOVMAT-2.HTM#:~:text=Los%20indicadores%20de%20gobernabilidad%20miden,vi\)%20Control%20de%20la%20Corrupci%C3%B3n.](http://web.worldbank.org/archive/website00818/WEB/GOVMAT-2.HTM#:~:text=Los%20indicadores%20de%20gobernabilidad%20miden,vi)%20Control%20de%20la%20Corrupci%C3%B3n.)

través del uso de criterios de apreciación obtiene una descripción más o menos próxima de la realidad de un País, realidad que puede tener el alcance de afectar los negocios y los intereses privados.

Según Txomin Iturralde Jainaga,, Arturo Rodríguez Castellanos y Juan Carlos Ayala Calvo , el índice de riesgo país resulta relevante en cuanto que la confianza en el Gobierno y las instituciones en un criterio determinante en este mundo globalizado de los negocios a gran escala.⁴⁸⁰.

Por su parte, para Arturo Morales Castro, el indicador riesgo país se ha convertido, en los últimos tiempos, en el termómetro de la crisis económica, siendo un termómetro que no solo mide las crisis sino puede alertar antes de que se presenten evaluando no solo criterios económicos sino especialmente efectividad gubernamental.

Es claro entonces que los *índices de riesgo país no solo miden sino que* impactan la Administración pública y el Gobierno, pues aunque se considere importante que los índices sirven como diagnóstico, no debe olvidarse que lo que se diagnostica es el cumplimiento de las reglas fiscales, administrativas, económicas que se imponen a causa del endeudamiento del Estado, de modo, que esto conduce a la modificación de las actuaciones de la Administración y el Gobierno; piénsese en el proceso de de-estatización que han venido a atravesando los países latinoamericanos, donde día a día se pretende hacer un Estado óptimo para la vigilancia de prestación de servicio, más no, para prestarlos directamente.

Se sostiene en este trabajo de tesis que el riesgo país al ser atraído al estudio del Derecho Administrativo permite servir como herramienta para detallar los aspectos positivos y negativos que cuenta no solo el gobierno sino la administración pública.

⁴⁸⁰ Arturo Rodríguez Castellanos, Juan Carlos Ayala Calvo y Txomin Iturralde Jainaga .Problemas del desarrollo. Revista latinoamericana de economía Volumen 34, número 133, IV-VI- 2003 Pág. 103

Esta descripción que hace el riesgo país obviamente desde la idea de salvaguardar interés privados, resulta útil para el Derecho Administrativo, porque de las resultas de estos criterios puede comprenderse el nivel de riesgo que un determinado Gobierno inyecta sobre la actividad del Estado y la Administración.

Así como en el Derecho Administrativo de la Técnica se reconocía la incorporación a la racionalidad ius administrativa de contenidos técnicos, para una Teoría del Derecho Administrativo del acto de Estado y el Riesgo Político, la noción y los múltiples criterios e índices de riesgo político terminan siendo útiles.

En este trabajo de tesis, en particular, no interesa más que establecer una relación pues a futuro se proyecta una investigación respecto de la aplicabilidad de estos criterios como fórmulas para el mejoramiento de la administración pública y en especial el Gobierno en la dirección del poder político.

Por el momento, basta con establecer la noción del riesgo político y su medición, entre varios estándares, desde la óptica de los índices del Banco Mundial.

El riesgo político delata lo que se describía en capítulos anteriores, esto es, de cómo la presencia de un gobernante de turno y su actividad política, proyecta un tipo de riesgo describible y de naturaleza política.

Como forma de describir la importante relación que posee la idea de riesgo político con el Derecho Administrativo, a continuación se describe de forma sumaria a través de un cuadro comparativo la situación de Colombia en referencia a tres Países, España, Venezuela y Estados Unidos.

La finalidad del cuadro no es provocar un análisis detallado de cada uno de los criterios usados, pues, esta empresa sobrepasaría la finalidad de la presente tesis doctoral.

Lo importante que determina el cuadro, es que con él se busca identificar que es posible una medición del Estado y el Gobierno a partir de la evaluación del Riesgo país-Riesgo Político. De modo que la idea del riesgo político, presupone la posibilidad de medir la eficacia de la funcionalidad del Estado y el impacto del Gobierno en el Estado y la Administración.

Así a modo de descripción se tiene que en una escala donde 100 es una condición óptima Colombia se ubica según el índice del Banco Mundial en los siguientes campos:

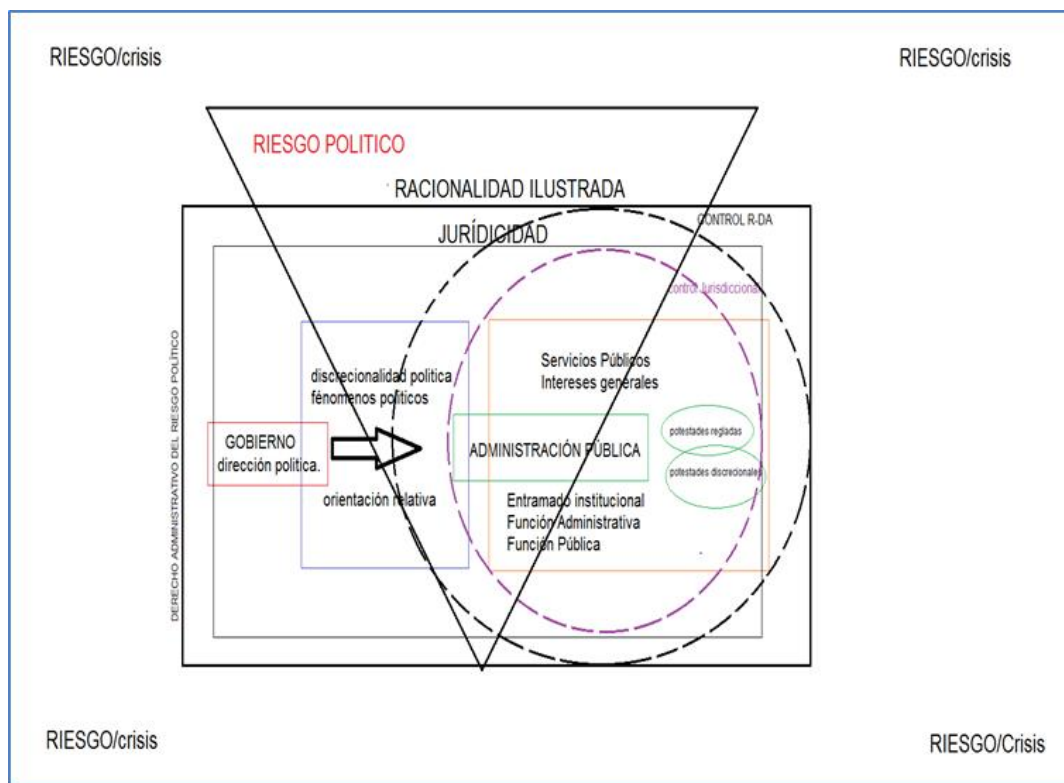
INDICATOR:	COLOMBIA	VENEZUELA	ESPAÑA	ESTADOS UNIDOS	YEAR/ Percentile Rank
VOZ Y RENDICIÓN DE CUENTAS	46,95	20,66	83,10	86,38	2011
	50,72	5,80	80,19	74,88	2021
ESTABILIDAD POLÍTICA Y AUSENCIA DE VIOLENCIA	12,32	15,64	48,34	64,45	2011
	17,45	8,96	64,62	47,64	2021
ESTADO DE DERECHO	49,30	1,41	85,45	91,08	2011
	35,58	N/R	78,85	88,94	2021
EFECTIVIDAD GUBERNAMENTAL	54,50	12,32	78,20	91,47	2011
	52,40	1,92	78,85	88,46	2021
CALIDAD REGULATORIA	60,19	7,11	81,04	91,94	2011
	60,58	N/R	74,04	90,38	2021
CONTROL DE LA CORRUPCIÓN	47,39	11,85	83,41	84,83	2011
	43,75	1,92	76,44	83,65	2021

Como se observa y sin detenerse en particularidades, Colombia respecto de España y Estados Unidos se encuentra en la media, a contrario sensu, de una comparación con Venezuela que se encuentra muy por encima.

El caso de Venezuela demuestra como mayor acierto la tesis que hasta aquí se ha formulado de la posibilidad de que un gobernante de turno provoque un riesgo medible que afecta al Estado, a la Administración y los intereses y derechos.

De modo que una teoría del *Derecho Administrativo del acto de estado y el riesgo político*, se fundamenta en la necesidad de incorporar la dogmática del derecho administrativo a la realidad política de la vida colectiva dirigida por el Gobierno, que termina siendo un Hombre o un grupo de Hombres que sin mayores conocimientos y con muchos sentimientos encontrados y prejuicios, pueden llevar a crisis terribles, por tal razón que necesitan de un cuerpo consultivo que los apoye esto es para no adelantar las facultades con miras al interés general de manera ineficiente.

SECCIÓN IV. LA PIEDRA ANGULAR DE UNA TEORÍA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DEL ACTO DE ESTADO Y DEL RIESGO POLÍTICO. A MODO DE CONCLUSIÓN.



Cuando se hace referencia en el campo de la teoría de la noción piedra angular, se pretende señalar con ello que a estas instancias del abordaje epistemológico lo único que queda por determinar es relacionar todas las categorías conceptuales que se han descrito con anterioridad.

De modo que, una teoría del Derecho Administrativo del acto de estado y el riesgo político reconoce como categorías de estudio, inicialmente la distinción entre *Gobierno* y *Administración*, con esto se permite focalizar la actividad del Gobierno, muchas veces, fundamentada en una *discrecionalidad política*.

Precisamente, la *discrecionalidad política*, representa la segunda categoría de estudio.

Para el caso particular de la teoría que aquí se formula, la discrecionalidad política permite atraer dos categorías conceptuales importantes, la primera, los actos de estado de dirección de las relaciones internacionales, la segunda, la noción de riesgo político, pudiendo incorporar ambos a la dogmática y técnica del *derecho administrativo*.

La relación entre riesgo político y discrecionalidad política, para la teoría del derecho administrativo del acto de estado y el riesgo político, posibilita demostrar que el Gobierno, representado en Hombres y Mujeres de carne y hueso, muchas veces con su actividad promueven situaciones de riesgo. Riesgo que a la postre es evaluado por entidades supra nacionales.

Estas actividades por los Gobernantes de turno pueden desembocar en graves crisis, daños y lesiones a intereses y derechos subjetivos y colectivos.

La discrecionalidad política en los actos de estado y el riesgo político que implica, invitan a poner a prueba los fundamentos de racionalidad jurídico-política contemporánea; esto es la premisa que la autoridad de todo poder político y público se relativiza por las premisas de la autoridad sometida al respeto de la juridicidad, así como, ante una falta al comportamiento jurídico se posibilita el control debido a la cláusula general de competencia.

La teoría del Derecho Administrativo del acto de estado y el riesgo político reconoce estas premisas en las ideas de la relación cíclica del poder público y el principio de legalidad propuesta por el gran maestro Ciro Nolberto Güechá Medina, y la cláusula Enterriana de la lucha contra las zonas de inmunidad jurisdiccional, del gran Eduardo García de Enterría.

De modo que con estas premisas de la racionalidad jurídica, sumado a la descripción de la relación cíclica y la cláusula Enterriana, se cuestiona la necesidad de abordarse la discrecionalidad política y su control en el Derecho Administrativo.

La teoría que se propone en este escrito, concibe que existe un amplio espectro de lo que lo político representa para el Derecho, pero, particularizando la tarea, comprende que los actos de estado de dirección de las relaciones internacionales, estos que siempre se han sido considerando meramente políticos y que han intencionalmente sido removidos del estudio de la dogmática ius administrativista, deben a contrario sensu, ser incorporados en el campo del Derecho Administrativo Contemporáneo.

De modo que una teoría del Derecho Administrativo como la que aquí se ha propuesto aborda el estudio del acto de estado. Debiéndose desde ahora sostener que este estudio no es exclusivo del Derecho Constitucional y el Derecho Internacional.

Toda potestad determina su control, así que no existen poderes inmunes al control. La teoría del Derecho Administrativo del acto de estado y el riesgo político evaluando la delimitación del control jurisdiccional sobre los actos unilaterales políticos de naturaleza internacional, enfoca su interés a la comprensión de un tipo de control general de la juridicidad que hasta el momento no había sido tratado, este control general de la juridicidad en sede del Derecho Administrativo determina la exaltación como la defensa del control consultivo, que por naturaleza debe corresponder al Consejo de Estado.

Este control general en la facultad consultiva implica que:

- i) Se imponga el deber en cuestiones relevantes el deber de consulta al Gobierno o Jefe de Estado.
- ii) En La sala de consulta del Consejo de Estado se abra a la posibilidad de la interdisciplinariedad.⁴⁸¹

⁴⁸¹ FERRESES COMELLA, Víctor. Una defensa del modelo Europeo del control Constitucional. Ed. Marcial Pons. España. 2011.

iii) La facultad de consulta y el deber del Gobierno, corresponde a una materialización efectiva del principio de separación de poderes y no en su lesión.

iv) El deber de consulta no es ajeno a las esferas propias del Ejecutivo ni al marco constitucional, ni mucho menos al principio de separación de poderes ni al de juridicidad.

La categoría del control general de la juridicidad se soporta en la racionalidad del Derecho dado por los presupuestos de la racionalidad ilustrada y la configuración de cláusulas de no retorno.

La teoría del Derecho Administrativo del acto de estado y el riesgo político, pone sobre la mesa de la epistemología, lo que es notorio en la realidad, la presencia de gobernantes que ponen en un constante riesgo a la sociedad e que dirigen e instituciones que controlan.

No hay que esperar que se apriete el botón del lanzamiento de las bombas nucleares para comprender que se está ante un riesgo; muchas de las actividades cotidianas de los gobernantes de turno socavan la posibilidad de contar con una mejor Administración Pública y un Gobierno más eficiente.

Resultan muy útiles los factores que Jared Diamond propone para atender la crisis de los Países, pudiéndose concluir en lo que corresponda a los riesgos políticos:

1. Consenso nacional en que el País se encuentra en una situación de crisis.

Debe reconocerse que el Jefe de Estado, precisando el caso de Colombia, cuenta con una libertad de decisión, en muchas materias, pero en especial en la dirección de las relaciones internacionales. De eso se explica el caso de antagonismo decisonal: Duque-Maduro-Petro.

2. Aceptación de la responsabilidad Nacional en la acción.

Se hace importante reconocer que es deber del sistema político defectuoso en su papel de control de censura, pero también del judicatura y de la doctrina especializada reflexionar sobre el riesgo político que presupone la discrecionalidad política del Gobierno. Este reconocimiento de la doctrina dilucidara el sacerdocio laico que siempre ha estado presto a servir a los intereses de la no regulación.

3. Construcción de un cercado para acotar los problemas nacionales a los que hay que dar solución.

Con la construcción de cercado se hace referencia al hecho de puntualizar los problemas, eso hace esta teoría del derecho administrativo del acto de estado y el riesgo político, que focaliza sus energías en evidenciar que la discrecionalidad política presupone un riesgo político, que debe ser sometido a un control general, como ha queda plasmado en los anteriores términos.

4. Obtención de la necesaria ayuda material y económica de otros países.

Es importante fortalecer la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, para los cometidos que promueve la teoría del Derecho Administrativo del acto de estado y el riesgo político.

5. Adopción de las experiencias de otros países como modelo de resolución de problemas

La estructura de la constitución Española, en particular, la distinción entre Gobierno y Administración, como la naturaleza y funciones consultivas del Consejo de Estado, que en ocasiones es imperativa para el Gobierno; permiten forjar la categoría del control general de la juridicidad desde la lógica del control consultivo.

6. Identidad nacional.

La teoría del Derecho Administrativo del acto de estado y el riesgo político refleja que la identidad nacional y el estabilidad institucional por motivo del actuar discrecional político puede llegar a socavar los fundamentos de los valores políticos y jurídicos que determinan la esencia misma del sistema jurídico –político, por esta razón es imperativo la reformulación copernicana desde el cambio de la idea del control y no de la desnaturalización de la esencia de los actos de estado.

7. Autoevaluación honesta nacional.

La teoría del Derecho Administrativo del acto de estado y el riesgo político, promueve una evaluación honesta, tanto de la doctrina administrativista que apartó el estudio de los actos de gobierno de relaciones internacionales; como del sistema administrativista del control, demostrando la relevancia que este tipo de actos de estado tiene para la comprensión del Derecho Administrativo y la necesidad de control, que no son exclusivamente propias de la esfera constitucional e internacional.

8. Experiencia histórica de crisis anteriores.

Se cuenta con experiencias históricas cercanas como es el caso de los monjes o la entrega del tesoro Quimbaya, también en las decisiones de Duque y Petro, como también de Estados vecinos como es el País de Venezuela. Sólo es cuestión de tiempo que se dé una crisis por la concreción de un riesgo político.

La teoría del Derecho Administrativo del acto de estado y el riesgo político advierte la situación y promueve el control general.

9. Asunción de los fracasos nacionales.

Es deber reconocer que llegado el caso en los eventos que el Jefe de Estado en el campo de las relaciones internacionales violente la juridicidad, éste comportamiento, de no resolverse, será un reflejo de la debilidad institucional del Estado para atender, en ese caso, este tipo de riesgos políticos. No puede omitirse que se está en la media de Países como España y Estados Unidos en cuanto a los índices de riesgo del Banco Mundial.

10. Flexibilidad nacional en situaciones específicas.

Todas las crisis determinan reflexionar el antes y el después del suceso, como se sostenía en las primeras páginas de esta obra, las crisis son un despertar a la verdad. De modo que la teoría del Derecho Administrativo que aquí se propone con en el objeto de estudio de la discrecionalidad política en los actos de estado y la comprensión del riesgo político, no solo promueven un estudio crítico del Derecho Administrativo y la revisión de su objeto de estudio, sino confluye en fuerzas para establecer la construcción de un control general de la juridicidad en la facultad consultiva, lo que implica que se esté no dependiendo del exclusivo control jurisdiccional , sino que incorporando el principio de separación de poderes se proponga un control deliberativo entre los poderes, en particular, en materia de la dirección de las relaciones internacionales, todo esto con miras a salvaguarda las finalidades del Estado y el interés general.

11. Valores centrales nacionales.

El control general de la juridicidad se proyecta como mecanismo de amparo de los valores centrales nacionales en caso de riesgo político y excesivo uso de la discrecionalidad política en actos de estado.

12. Ausencia de constreñimientos geopolíticos.

La teoría del Derecho Administrativo del acto de estado y el riesgo político, permite reconocer la dirección de las relaciones internacionales como un servicio y un deber para satisfacer los intereses generales; estos presupuestos del Derecho Administrativo Contemporáneo. De modo que la teoría del derecho administrativo del acto de estado y el riesgo político corresponde a una teoría del derecho público contemporáneo.

CONCLUSIONES.

1. Cuando al Presidente de la República se le dota del poder de dirigir las relaciones internacionales, tradicionalmente esta potestad ha sido representada como una posesión. Al ser considerada esta potestad como “posesión”, siempre se ha buscado eliminar o reducir los poderes que puedan interferir o afectar tal posesión. Este enfoque que bien podría traducirse en el esquema clásico de poder desconoce evidentemente que el poder más allá de ser posesión es comunicación, es interacción. Con esto en mente, la teoría del derecho administrativo del acto de estado y el riesgo político, rompe con esta idea de poder como posesión, propendiendo por el reconocimiento del poder como comunicación más cuando se expresa el poder en una sociedad compleja. De modo que la única forma de ejercer el poder como comunicación es promover la participación entre los actores.
2. La teoría del derecho administrativo del acto de estado y riesgo político desemboca en la propuesta del control consultivo. Atender y prestar atención al control consultivo da lugar a la circularidad del poder y la eliminación de la transitividad y suma constante; esto en cuanto la interacción de actores permitirá la reflexividad del poder. La reflexividad del poder acude a la figura descriptiva del riesgo político para representar la posibilidad de crisis ante una realidad evidente como es las sociedades complejas. Precisamente esto debe ser así pues se entiende una importante diferencia entre política y administración, la primera como fuente de decisiones y la segunda como herramienta de aseguramiento de la consistencia de la decisión.
3. La teoría del derecho administrativo del acto de estado y riesgo político con su esquema argumentativo pone en evidencia que tratándose de la justiciabilidad de determinados actos, se ha consolidado en la dogmática ius administrativa y en la práctica, dos tipos de tensiones argumentativas, por un lado la idea de auto protección en cabeza del ejecutivo que busca

proteger su “posesión” de poder a costa de delimitar el control , y por otro lado, la existencia de la auto-restricción y deferencia del poder judicial , quien establece no controlar como un acto de protección de principios superiores. El problema de esta tensión argumentativa es que implica poner ambos extremos del debate en posiciones de lucha. El control consultivo como fórmula de protección de la juridicidad propone la eliminación de estas tensiones, invocando nuevas formas de entender el principio de separación de poderes, particularmente desde la idea de equilibrio, colaboración y participación de los poderes. Se entiende en esta tesis que el principio de separación de poderes ha sido débilmente configurado en el derecho administrativo, por tal razón desde la teoría del derecho administrativo del acto de estado y el riesgo político se invita a la reflexión de la consolidación el principio de separación de poderes desde la idea del poder como comunicación y la existencia de sociedades complejas que bien pueden ser explicadas desde la denuncia pos jurídica.

4. El profesor Paolo Grossi refiere que el pensamiento jurídico se soporta muchas veces en un tipo de mitología Jurídica, reconociéndose acertada esta premisa se ha recaído en la discusión preliminar sobre el objeto de estudio del Derecho Administrativo, encontrándose que en la doctrina clásica ius administrativa se apartó de su dogmática el estudio de la dirección de las relaciones internacionales del Estado, esto por un lado , por constituir o específicamente actos de Estado o actos institucionales o por el otro lado , considerar que era un asunto de estudio particular del Derecho Constitucional y el Derecho Internacional. A contrario sensu de lo pretendido por esta dogmática clásica, en la presente tesis se ha demostrado que es pertinente y relevante el estudio de los actos de la dirección de las relaciones internacionales que por regla general se han configurado en la Constitución en cabeza del Jefe de Estado.

5. Ampliar el objeto de estudio del Derecho Administrativo al campo de los actos de dirección de las relaciones internacionales, en esta tesis posibilitó encontrar y revivir el debate en torno a la existencia de actos políticos o de gobierno que son disimiles de los actos administrativos. Esta pretensión se encontró con el hecho que en la jurisprudencia y en la doctrina especializada se ha asentado la idea de que los actos políticos o de gobiernos como zonas de inmunidad jurisdiccional han desaparecido en cuanto que son meros actos administrativos discrecionales que admiten tanto un control jurisdiccional formal como material. Si bien esto es acertado, el estudio de los actos de dirección de las relaciones internacionales han revelado que lo político y lo jurídico guardan una correspondencia pero también una importante separación, esto en cuanto que en este tipo de actos se revela la existencia de una discrecionalidad política dada en la idea de la aplicación directa e inmediata de la Constitución, lo que determina que el Jefe de Estado o la autoridad competente puede actuar de forma volitiva en cuanto a la decisiones que son de naturaleza política respecto de la dirección de las relaciones internacionales.
6. La discrecionalidad política que fundamenta el ejercicio de los actos de dirección de las relaciones internacionales, condujo a predicar la necesaria separación entre la idea de Gobierno y Administración, con lo cual en la tesis se reveló que la discrecionalidad política y la discrecionalidad administrativa si bien corresponden a una elección del momento, la oportunidad y la conveniencia, se distancias en cuanto que un presupuesto del actuar de la Administración es la existencia de un actor político del Gobierno, así la discrecionalidad política se configuró como un acto anterior a la discrecionalidad administrativa.

7. Como consecuencia de la comprensión de que los actos de dirección de las relaciones internacionales sean objeto de estudio del Derecho Administrativo, se halló que el tratamiento en el campo del Derecho conduce a varios caminos , en cuanto que por un lado algunos actos como tratados o convenios internacionales orientan a un control jurisdiccional constitucional , en cambio por otro lado, algunos actos como la expedición de notas diplomáticas , nombramiento de funcionarios, decisión sobre el territorio, entre otros, se comprende como actos administrativos; así que esto último pareciera dar por tierra la pretensión de demostrar la existencia de actos distintos a los administrativos que se originan del actuar político, pero a contrario sensu, una fijación más a profundidad sobre el problema de estudio pudo conducir a establecer que existen actos de dirección de las relaciones internacionales que pueden ser tomados como no jurídicos pero que resultan de suma relevancia no solo para la teoría jurídica sino en la práctica jurídica , esto en cuanto que pueden estas decisiones conducir a afectaciones del sistema, este tipo de actos de la dirección de las relaciones internacionales son los que se han identificado en la presente tesis con el nombre de actos de estado.
8. El abordaje de los actos de estado descritos en la presente tesis, permiten identificar la debilidad de la relación cíclica de los poderes públicos y el principio de legalidad, igualmente , permite predicar la presencia de zonas de inmunidad jurisdiccional que ponen en tensión la tesis de la racionalidad jurídica , el principio de juridicidad y los poderes relativos. Con todo esto, se acudió a un caso de antagonismo decisional (Duque-Maduro-Petro) para demostrar la existencia de este tipo de actos y poder identificar las debilidades señaladas. La resolución de los cuestionamientos en torno al antagonismo decisional, condujeron a configurar que ante la imposibilidad de reducir la zona de inmunidad jurisdiccional lo más acertado era proponer un giro copernicano que significa no pretender cambiar la naturaleza del acto de estado sino orientar los esfuerzos para re articular la idea de control jurisdiccional ante la problemática de la discrecionalidad política y los actos de estado, con ello se pudo construir que la mejor forma de solventar la

cuestión de los actos de estado es la formulación y robustecimiento del control consultivo, esto recayendo en cabeza del Consejo de Estado. Este poder consultivo junto con el control jurisdiccional, son en unidad una garantía más amplia para la salvaguarda del principio de juridicidad, la racionalidad jurídica y el principio de separación de poderes.

9. Detallándose la existencia de la discrecionalidad política así como un actuar meramente político en la naturaleza de los actos de estado y detallándose la debilidad de la relación cíclica y la necesidad de corresponder al principio de juridicidad, se hizo necesario justificar la necesidad del abordaje teórico de los actos de estado, por tal motivo se encontraron los insumos en el concepto de riesgo político. Se demuestra en la tesis que las decisiones de los Gobernantes de turno amparados en el ejercicio de una discrecionalidad política sí es posible de medir, esto es posible gracias a los índices de riesgo país que contienen el riesgo Político. La idea de riesgo político se relaciona con la tesis del pensador Jared Diamond quien sostiene la necesidad de reconocer el concepto de crisis de los Países y el deber de solucionarlas. Un abordaje sobre el concepto de riesgo en el Derecho Administrativo permitió establecer que es un concepto connatural a la dogmática *ius administrativista*, de modo que lo que se ha propuesto en la presente tesis sobre la incorporación del riesgo político en el Derecho Administrativo no se yuxtapone con la esencia propia de éste, todo lo contrario esta tesis es un aporte más en esa línea.

10. Se ha propuesto en este trabajo de tesis considerar la presencia de una nueva tesis de Derecho Administrativo que incorpora en su cuerpo epistemológico las categorías dogmáticas de discrecionalidad política, actos de estado en la dirección de las relaciones internacionales (no jurídicos) y riesgo político como herramienta de observación del comportamiento de los Gobernantes y el posible impacto en el equilibrio económico, social, institucional y jurídico del Estado que gobiernan. Esta teoría del Derecho Administrativo desmonta el veto que la dogmática clásica había impuesto respecto del estudio en sede del Derecho Administrativo de los actos de la

dirección de las relaciones internacionales. Esta teoría que se propone , igualmente, amplía el campo de estudio del Derecho Administrativo, en particular, en lo que respecta a la discrecionalidad, con ello se sigue con la línea que el presente autor ha venido adelantando por años publicando sendos trabajos en torno a la cuestión del famoso caballo de Troya que representa la discrecionalidad para el Derecho Administrativo. Ahora bien, con este trabajo de tesis, se invoca una categoría perfilándose como objeto que deberá ser evaluado minuciosamente, se trata de la discrecionalidad política, que como se ha descrito en la presente obra merece ser reconocida como categoría especial y diferenciada de la clásica discrecionalidad administrativa; este reconocimiento no solo re abre la cuestión en torno a la relación entre la política y el Derecho, sino que habilita a aceptar la presencia de actos meramente políticos que no pueden ser atraídos a la condición de actos administrativos.

- 11.** Conforme a esto último, la teoría que aquí se propone se constituye en una línea de fuga que evidencia , primero, la existencia de actos de estado, segundo, limitantes a la idea de sujeción absoluta de lo político en lo jurídico, tercero, la presencia en la actualidad de zonas de inmunidad jurisdiccional, cuarto, limitantes del control jurisdiccional tradicional que se embelese con la idea de un control formal y material , que para el caso de los actos de estados se debilita, quinto, la importancia que desde el juicio de la denuncia pos jurídica y pos ontológico puede servirse el Derecho Administrativo para reconocer un control de la juridicidad que sea consultivo, sexto, la relevancia que no solo tienen para la salvaguarda del Derecho que tiene la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, sino la necesaria fortaleza que debe tomar en estos tiempos la Sala de Consulta y en general el control consultivo del Consejo de Estado, por ello, también piénsese que esta teoría que aquí se propone es una apertura a próximos estudios que pretenderán demostrar la necesidad y relevancia que el poder consultivo del Consejo de Estado debe contar en tiempos de crisis y riesgos políticos.

12. Por último, la teoría que aquí se propone tiene una simplísima pero maravillosa vocación, se trata de identificar que la sociedad Contemporánea está en presencia de múltiples riesgos y crisis venideras, por lo que se reconociendo la hidalga labor de Derecho de lograr la armonía y el control, hoy debe achacársele otra misión el de atender los riesgos y las crisis. Esta tesis, se espera sea así, pretende contribuir a la consolidación de una doctrina cada vez más desarrollada de un derecho administrativo de Riesgos.⁴⁸²

⁴⁸² Recientemente el autor ha publicado la obra Sistema jurídico focalizado y normatividad disruptiva. Estudio de la experiencia jurídica Covid 19 orientada bajo la misma lógica de construcción de una Teoría Del Derecho Administrativo Del Riesgo. Véase: LÓPEZ PEÑA, Edmer Leandro. Sistema Jurídico Focalizado y Normatividad Disruptiva. Estudio de la experiencia jurídica covid 19. Ed. Tirant Lo Blanch. Colombia. 2023

BIBLIOGRAFIA

LIBROS.

- ALEGRE, Pablo y otros. Las izquierdas latinoamericanas De la oposición al gobierno. Ed. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. Argentina. 2010
- ALMONACID SIERRA, Juan Jorge. Posverdad Científica. Homo Deus, confundido. Ed. Universidad Sergio Arboleda. Colombia.2022
- ALONSO MÁS, José María. La solución Justa en las Resoluciones Administrativas. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia -España. 2007
- ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo. Teoría del Derecho. Ed. Universidad Católica del Perú. Peru.2013
- ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. El control de convencionalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado en los casos de responsabilidad estatal por ejecuciones extrajudiciales o “falsos positivos”. En: RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. Crisis del estado Nación y de la Concepción clásica de la Soberanía. Ed. Universidad del Rosario. Colombia.2019
- ARENDT, Hannah, Eichmann en Jerusalén. Trad. Carlos Ribalta. Ed. Lumen. España. 1999
- ARNAIZ AMIGO, Aurora. Ciencia político. UNAM. México. 1999
- ARTOLA, Miguel. Constitucionalismo en la Historia. Ed. Crítica. Barcelona-España. 2005
- BARBERIS, Mauro. La Heterogeneidad del Bien. Tres ensayos sobre el pluralismo ético. Ed. Fontamara. México. 2006
- BAUMAN, Zygmunt. Modernidad Líquida. Trad. Mirta Rosenberg. Ed. Fondo de Cultura Económica de México.2015
- BECK, Ulrich. La Sociedad del Riesgo Global. Ed. Siglo Veintiuno. España. 2002
- BENTHAM, Jeremías. Tratado de los sofismas políticos. Ed. Leviatán. España. 1998.
- BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Ed. CEPC. España. 2007
- BLUMENBERG, Hans. Descripción del ser humano. Ed. Fondo de Cultura Económica de México. 2011
- BLÜHDORN, Ingolfur. La democracia simulativa. Nueva Política tras el giro posdemocrático. Trad. Joaquín Abellán. Ed. Temis. Colombia, 2020
- BOBBIO, Norberto, BOVERO, Michelangelo. Origen y fundamentos del poder Político. Ed. Grijalbo. México. 1984.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl. La teoría del Acto Administrativo. Ed. Iustel. España.2005
- BREWER-CARÍAS, Allan R. Dictadura Judicial y Perversión del Estado de Derecho. Ed. Jurídica Venezolana International. 2ª ed. Actualizada. Caracas- Venezuela. 2016
- BUCHELY IBARRA, Lina Fernanda. Activismo Burocrático. La construcción cotidiana del principio de legalidad. Ed. Universidad de los Andes. Colombia. 2015.
- BUDE, Heinz. La sociedad del Miedo. Ed. Herder. España. 2017
- BYUNG, Chul Han. La Sociedad del Cansancio. ed. Herder. España.2017
- CARBONELL, Miguel, GARCIA JARAMILLO, Leonardo. El Canon Neo constitucional. Ed. Universidad Externado. Colombia. 2010.
- CARDENAS MEJÍA, Luz Gloria. Retórica y Emociones. La constitución de la experiencia humana del lugar. Ed. Aula de Humanidades. Colombia. 2015
- CARMEN PARDO, Maria. Admistración Pública mexicana del siglo XX. Ed. Siglo Veintiuno. Argentina. 2010
- CARTER, Lief H. Derecho Constitucional Contemporáneo. La suprema Corte y el arte de la Política. ED. Abeledo-Perrot. ARGENTINA. 1985.
- CASSAGNE, Juan Carlos. El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Ed. Marcial Pons. España. 2009
- CASSAGNE, Juan Carlos. Tratado de derecho Administrativo. Tomo I. 7ª Ed. Ed. Abeledo -Perrot. Argentina.2002.

- CASSESE, Sabino. Derecho Administrativo: Historia y futuro. Ed. Global Law Press-INAP. Sevilla-España. 2014.
- CASSIRER, Ernest. El mito del Estado .Ed. Fondo de cultura económica de México. 1968.
- CASTELLANOS MALO, Eugenio. Las grandes directrices en la justicia administrativa del Siglo XXI.; En FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. OTERA SALAS, Filiberto. Justicia Contenciosa Administrativa. Ed. UNAM. México.2013
- CASTILLO ALVA, José Luis. Proscripción De La Arbitrariedad Y Motivación. Ed. Grijley. España. 2016
- CASTILLO MENESES, Yadira. El sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. Ed. Universidad de los Andes. Colombia. 2015.
- CHAPARRO RODRÍGUEZ, Juan Carlos. El mundo Moderno y la comprensión de la Historia. Ed. Universidad del Rosario. Colombia. 2021
- CHOWSKY , Noam. Sobre la naturaleza y el lenguaje. Ed. Cambridge. 2002
- CHRISTIAN, David. La Gran Historia del Todo. Trad. Tomás Fernández Aúz. Ed. Crítica. España, 2019
- CLAVERO, Bartolomé. Razón de Estado, Razón de Individuo, Razón de Historia
- DAMSKY, Isaac Augusto y otros. Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia Y México. Ed. UNAM. México.2007
- DE LA CUEVA, Mario. la idea del Estado. Ed. Fondo de cultura Económica de México. 5ª ed. México. 1996.
- DIAMOND, Jared. Crisis. Cómo reaccionan los Países en los momentos decisivos. Trad. María Serrano. Ed. Debate. España. 2020,
- DROMI, José Roberto. Acto administrativo, Ejecución, suspensión y recursos. Ed. Macchi. Argentina , 1973.
- DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Ed. Ariel. España. 1997
- EBENSTEIN, William La teoría pura del derecho. Ed. Coyoacán. México, 2004
- ECO, Humberto. De la Estupidez a la Locura. Crónicas para el futuro que nos espera. Ed. Lumen. España.2016.
- ENGISCH, Karl. Introducción al pensamiento jurídico. Ed. Coyoacán. México. 2014.
- FABRA ZAMORA Jorge Luis, RODRÍGUEZ BLANCO Verónica Rodríguez Blanco enciclopedia de filosofía y teoría del derecho. Ed. UNAM. México. 2015.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. SANTIAGO SÁNCHEZ, Javier. Contencioso Administrativo. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Ed. UNAM. México. 2007
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. OTERA SALAS, Filiberto. Justicia Contenciosa Administrativa. Ed. UNAM. México.2013
- FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José. Filosofía política de la Democracia. Ed. Fontamara. México. 2006
- FERRAJOLI, Luigi. Los Fundamentos de los derechos Fundamentales. Ed. Trotta. España.2009.
- FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. La ley del Más Débil. Ed. Trotta. España, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la democracia. Tomo. 2. Ed. Trotta. España. 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. Tomo. 1. Ed. Trotta. España. 2011
- FRANCH I. SAGUER, Marta. El Interés público: La ética Pública del Derecho Administrativo. En: FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (Coordinador). Derecho Administrativo. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y sistemas Jurídicos Comparados. Ed. UNAM. México. 2005
- FERRAJOLI, Luigi. La democracia a través de los derechos. Ed. Trotta. España. 2012
- FERRER BELTRAN, Jordi. LUIS RODRIGUEZ, Jorge. Jerarquía Normativas y dinámica de los sistemas jurídicos. Ed. Marcial Pons. España.2011.
- FERRESES COMELLA, Víctor. Una defensa del modelo Europeo del control Constitucional. Ed. Marcial Pons. España. 2011
- FRANCO FUQUEN, Natalia Rocío y RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. Autoridades regulatorias, softlaw administrativo y jurisprudencia. Ed. Universidad del Rosario. Colombia, 2021

- GARCIA AMADO, Juan Antonio. El Derecho y sus circunstancias. Nuevos Ensayos de filosofía Jurídica. Ed. Universidad Externado de Colombia. 2010
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la Administración. Ed. Civitas. España. 2000
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder. Revista de Administración Pública. España. 1962.
- GARCIA PELAYO, Manuel. idea de la política. Ed. Fundación Manuel García-Pelayo. España. 2004
- GARCIA-TREVIJANO FOS, José Antonio. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Ed. Revista de Derecho Privado. España. 1980
- GARCIA-TREVIJANO FOS, José Antonio. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Ed. Revista de Derecho Privado. España. 1980
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo- FERNÁNDEZ, Tomás –Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Ed. Thomson Civitas. 9 ed. España. 2004
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo- RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de derecho administrativo. Tomo I. Décimo tercera Edición. Ed. Thomson. Civitas. España, 2006
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del Derecho. Ed. Skla. Colombia
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Lógica del Concepto Jurídico. Ed. Fondo de Cultura Económica de México. México. 1979
- GARGARELLA, Roberto. El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran –por fin- al dialogo ciudadano. Ed. Siglo Veintiuno. Argentina, 2021
- GARRIDO FALLA, Fernando. La resurrección del acto político de Gobierno. Consultado en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-M-1992-10005100058
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. Argumentación Jurídica. Ed. Tirant Lo Blanch. España. 2014
- GONZÁLEZ JÁCOME, Jorge. Duncan Kennedy, Los procesos de destrucción del pensamiento jurídico. Págs. 183-208 En: GONZÁLEZ JÁCOME, Jorge y PARRA HERRERA, Nicolás. Teorías Contemporáneas del Derecho. Ed. Legis. Colombia. 2021
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús . La arbitrariedad administrativa, en FIX ZAMUDIO , Héctor. Anuario Jurídico. UNAM. México. 1974
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Manual de procedimiento administrativo. Ed. Civitas. España, 2002
- GORDILLO, Agustín Tratado de derecho Administrativo Tomo 8. Ed. Fundación Agustín Gordillo. Argentina.
- GORDILLO, Agustín, NIETO, Alejandro. Las limitaciones del conocimiento Jurídico. Ed. Trotta. España. 2003
- GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo. Tomo 11. Ed. Civitas. Argentina. 2008
- GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo. Tomo 2. Edición 8ª. Fundación de derecho administrativo. Argentina. 2006.
- GORDILLO, Agustín. Tratado De Derecho Administrativo Y Obras Selectas. Tomo 8 Teoría General Del Derecho Administrativo. Ed. gordillo. Buenos Aires, 2013. Págs.57-59
- GORDON, Scott. Historia y filosofía de las ciencias sociales. Ed. Ariel. España
- GROSSI, Paolo. Mitología jurídica de la Modernidad. Trad.. Manuel Martínez Neira. Ed. Trotta. España. 2003.
- GUARINONI, Ricardo. La Autorreferencia normativa y la validez jurídica. Ed. Fontamara. México, 2008.
- GÓMEZ MULLER, Alfredo. Anarquismo: Lo político y la anti política. Ed. Desde Abajo. Colombia, 2014.
- GUECHA MEDINA, Ciro. Derecho Procesal Administrativo. Ed. Ibáñez. 2014
- GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. Poder Público y Principio de Legalidad. Limitación de la discrecionalidad en el ejercicio del poder, desde la validez normativa. Ed. Ibáñez. Colombia. 2019
- GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. Acciones o pretensiones Contencioso Administrativas. Ed. Ibáñez. Colombia. 2013.
- GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. Responsabilidad del Estado por Actos Terroristas. Ed. Ibáñez. 2012

- HAIDT, Jonathan. La Mente de los Justos. Por qué la política y la religión dividen a la gente sensata. Trad. Antonio García Maldonado. Ed. Ariel. España.2019
- HART, H. L. A.: Punishment and Responsibility: Essay in the Philosophy of Law, Clarendon Press, Oxford, 1968.
- HART, Herbert L.A. El concepto de Derecho. Trad. Genaro R. Carrió. Ed. Abeledo-Perrot. Argentina. 2009.
- HENAO, Juan Carlos. El Daño. Ed. Universidad Externado. Colombia. 2004.
- HOHFELD.W.N. Conceptos jurídicos fundamentales. Trad. Genaro Cárrio. Ed. Fontamara. México. 2004.
- HUERTA GUTIÉRREZ, Fausto E. El Acto Administrativo. Visión Holística. Ed. Real editores. Colombia.2008.
- ISAACSON Walter. Leonardo Da Vinci. La Biografía. Trad. Jordi Ainaud i Escudero. Ed. Debate. España. 2018.
- ISAACSON, Walter. El código de la Vida. Ed. Debate. España.2021.
- JARAMILLO, Carlos Ignacio. Distorsión del Reaseguro tradicional. Ed. Universidad Javeriana. Colombia. 1999.
- JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Ed. Fondo de cultura de México. México. 2012
- JINESTA LOBO, Ernesto. Fundamentos constitucionales de la nueva jurisdicción contenciosa administrativa.; En FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. OTERA SALAS, Filiberto. Justicia Contenciosa Administrativa. Ed. UNAM. México.2013
- Kelsen, Hans. Compendio de la Teoría general del Estado. Ed. Coyoacán. México.2012
- Kelsen, Hans. Dios y Estado. En: CORREAS, Oscar (comp)El Otro Kelsen. Ed. Universidad Autónoma de México. 1989.
- Kelsen, Hans. El contrato y el tratado .Analizados desde el punto de vista de la teoría pura del Derecho. Ed. Coyoacán. México.2007.
- Kelsen, Hans. Ensayo sobre la jurisprudencia y Teología. Ed. Fontamara. México.2004; Kelsen, Hans. Introducción a la Teoría pura del Derecho. Ed. Coyoacán. México. 1960
- Kelsen, Hans. Ficciones Jurídicas. Ed. Fontamara. México. 2003;
- Kelsen, Hans. La Paz por medio del Derecho. Trad. Luis Echávarri. Ed. Trotta. España. 2ª ed. 2008.
- Kelsen, Hans. La idea del derecho natural y otros ensayos. Ed. Coyoacán. México, 2010
- Kelsen, Hans. Teoría General de las Normas. Ed. Marcial Pons. España. 2018.
- Kelsen, Hans. Teoría General del Estado. Ed. Coyoacán. México.2005.
- Kelsen, Hans. Teoría General del derecho y del Estado. trad. Eduardo García Maynez. Ed. UNAM. México. 2014
- Kelsen, Hans. Teoría pura del derecho. Ed. Libros Hialgos. Colombia, 2010,
- Kelsen, Hans. ¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin. Editor. Eckhart Arnold. Ed. Katz. Argentina. 2006
- KENNEDY, Duncan. Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica. Trad. Guillermo Moro. Ed. Siglo Veintiuno. Argentina. 2013.
- KENNY, Anthony. Breve Historia de la Filosofía Occidental. Ed. Paidós. España.2018
- KLEIN, Naomi. Decir No, no Basta contra las nuevas políticas del shock por el mundo que queremos. Trad. Ignacio Villaro, Ed. Paidós. España.2017
- LARENZ, Karl. La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid-España. 1935.
- LARIGUET, Guillermo. Problemas del conocimiento Jurídico. Ed. Ediar. Argentina, 2008.
- LOCKE, John. Segundo tratado del Gobierno civil. Ed. Tecnos. España. 2010
- LOPEZ OLIVERA, Miguel Alejandro. Los presupuestos procesales y la tutela judicial efectiva; En FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. OTERA SALAS, Filiberto. Justicia Contenciosa Administrativa. Ed. UNAM. México.2013
- LOPEZ PENA, Edmer Leandro. Argumentación e interpretación probatoria. Reflexión de algunas herramientas.. En. LÓPEZ PEÑA, Edmer Leandro. Argumentación e investigación jurídica: Perspectivas contemporáneas. Ed. Usta. Colombia.2020

- LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro. Blockchain (cadena de bloques) y actividad notarial en Colombia. Reflexiones. Págs. 9-45. En: LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro. Notariado y Registro en Colombia. Perspectivas de investigación, reflexión y crítica. Ed. Usta. Colombia. 2021
- LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro. El dilema del interés público en el derecho administrativo. Ed. Thomson Reuter-Aranzadi. España. 2019
- LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro. El paradigma Económico del Estado Social de Derecho. En: LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro, BARRERA VARELA, Pedro Javier (compiladores). Reflexiones sobre los derechos constitucionales en perspectiva latinoamericana. Ed. Ibáñez. Colombia. 2015
- LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro. La paz y la guerra entre el instinto y la racionalidad, en el mundo de la insignificancia. Pág. 11-18. En: LONDOÑO ULLOA, Jorge Eduardo (compilador). Justicia, derecho y posconflicto en Colombia. Ed. Ibáñez. Colombia. 2016
- LOZANO VILLEGAS, Germán. Control político en el ordenamiento constitucional Colombiano: ¿ un concepto diluido en el control jurídico o una idea que debe consolidarse?. Ed. Universidad Externado. Colombia. 2010.
- LÓPEZ PEÑA, Edmer Leandro. Conceptos Jurídicos Indeterminados y Discrecionalidad Administrativa. Ed. Tirant Lo Blanch. España. 2015
- LÓPEZ PEÑA, Edmer Leandro. Sistema Jurídico Focalizado y Normatividad Disruptiva. Estudio de la experiencia jurídica covid 19. Ed. Tirant Lo Blanch. Colombia. 2023
- MACCISE DUAYHE, Mónica. El derecho a cuestionar el derecho. La teoría democrática de Claude Lefort. Ed. Coyoacán. México, 2012
- MAI, Manfred. Historia de Europa. Trad. José Luis Gil. Ed. Península. España. 2008
- MARCHECO ACUÑA, Benjamín. El control jurisdiccional de los actos políticos del Gobierno en el derecho español. Revista internacional de estudios de derecho procesal y arbitraje. 2015
- MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo. Tomo I. Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1982.
- MARIN HERNANDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa. Universidad Externado de Colombia. 2007.
- MATHEUS, David. Política para la gente. Ed. Dike. Colombia, 2005.
- MAURER, Hartmut. Derecho Administrativo. Parte General. Trad. Gabriel Doménech Pascual. Ed. Marcial Pons. España. 2011
- MEJIA QUINTANA, Oscar. Postontológico, Posfundacional, Pos jurídico. Más allá (de la filosofía y Teoría) del Derecho. Ed. Universidad Nacional. Colombia, 2021
- MERKL, Adolf. Teoría General del Derecho Administrativo. Ed. Coyoacán. México. 2014.
- MONATERI, Pierre Giuseppe. El Derecho en la Postmodernidad. Ed. Temis. Colombia. 2018
- MONTEALEGRE, Eduardo. La ponderación en el Derecho. Ed. Universidad Externado de Colombia. 2008
- MONTOYA BRAND, Mario, MONTOYA RESTREPO, Nataly (editores-compiladores). Hans Kelsen. El reto contemporáneo de sus ideas políticas. Ed. Universidad EAFIT. Colombia. 2011
- MORENO MILLAN, Franklin J. La jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho. Ed. Leyer. Bogotá-Colombia. 2002.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago .Tratado De Derecho Administrativo Y Derecho Público General Tomo III. Los Principios De Constitucionalidad Y Legalidad. Ed. Ministerio de la Presidencia. BOE. España. 2015, Págs. 285- 313.
- MURGIA, Michela, instrucciones para convertirse en fascista. Ed. Seix Barral trad. Anac. Ferrándiz. Ed. Planeta. España. 2019
- MÜLLER UHLENBROCK, Klaus. Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales. Ed. UNAM. México. 2010
- PATIÑO ROJAS, Jorge Enrique. Solón y el nacimiento de la racionalidad legislativa. Ed. UPTC. 2018
- MÜLLER UHLENBROCK, Klaus. Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales. Ed. UNAM. México. 2010
- MÜLLER, Ingo. Los juristas del Horror. Ed. Álvaro Mora. Colombia, 2009

- NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría constitucional e instituciones políticas. Ed. Temis. Colombia. 2000.
- NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. La jurisdicción contenciosa administrativa en el Contexto de los Estados Democráticos. En FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. OTERA SALAS, Filiberto. Justicia Contenciosa Administrativa. Ed. UNAM. México.2013
- NEUMANN, Ulfrid. El derecho como estructura y argumentación. Ed. Tirant Lo Blanch. España. 2022
- NOGUERON CONSUEGRA, Pedro. El concepto jurídico contencioso administrativo como medio para impartir justicia en el derecho mexicano. En FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. OTERA SALAS, Filiberto. Justicia Contenciosa Administrativa. Ed. UNAM. México.2013
- NUSSBAUM, C. Martha. El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley. Ed. Katz. Argentina. 2006
- NUSSBAUM, Martha. Emociones políticas. ¿Por qué el amor es importante para la justicia. Ed. Paidós. España.2014
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. Los sujetos de la relación jurídico-administrativa. En: PAREJO ALFONSO, Luciano. Otros. Manual de Derecho Administrativo. Volumen 1. Ed. Ariel. España. 1998
- OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas políticas y sociales
- PAREJO ALFONSO, Luciano, ORTEGA ALVAREZ, Luis., JIMENEZ-BLANCO, Antonio. Manual de Derecho Administrativo. Volumen I. Ed. Ariel. Barcelona- España. 1998,
- PARRA HERRERA, Nicolás. Temperamentos Interpretativos. Ed. Legis Colombia, 2018
- PENAGOS, Gustavo. El Acto Administrativo. Ed. Ediciones librería del Profesional. 5ed. Tomo II. Colombia. 1992
- PERALTA CASTELLANOS, Ricardo Antonio. Moción de Censura en Colombia. Utopía o Realidad. Ed. Ibáñez. Colombia, 2019
- PEREZ CABRERA, Luis. Derecho Internacional Público. Ed. Valletta. Argentina. 2015.
- PEÑA PORRAS, Diego Isaías. La construcción del Derecho Administrativo Colombiano. Ed. Universidad de los Andes. Colombia.2008
- PIERRE PACTET, MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand. Derecho Constitucional. Ed. Ibáñez. Colombia.2011
- PINKER , Steven. En defensa de la Ilustración. Ed. Paidós. España.2018
- PIZZORUSSO, Alessandro. Lecciones de Derecho Constitucional. Ed. Centro de estudios Constitucionales. España.1984
- POHL-VALERO, Stefan, VARGAS DOMINGUEZ, Joel. El hambre de los otros. Ciencia y Políticas alimentarias en Latinoamérica, siglos XX y XXI. Ed. Universidad del Rosario. Colombia, 2021
- POPPER, Karl. Comp. David Miller. Ed. Fondo de cultura económica de México. 2013.
- POST, Robert y SIEGEL Reva. Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y Pueblo. Trad. Leonardo García. Ed. Siglo Veintiuno. Argentina.2013
- PRIETO SANCHIS, Luis. Justicia constitucional y Derechos Fundamentales. 2ª ed. Ed. Trotta. España. 2010
- QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando y URREGO ORTIZ, Franky. Los decretos presidenciales en el sistema Normativo. Ed. Doctrina y Ley. Bogotá D.C. 2011.
- RADBRUCH, Gustav. Arbitrariedad legal y derecho suprallegal. En: Radbruch Gustav. Relativismo y Derecho. Trad. Luis Villar Borda. Ed. Temis. Colombia. 2009
- RADBRUCH, Gustav. Relativismo en la filosofía del derecho.. En Radbruch Gustav. Relativismo y Derecho. Trad. Luis Villar Borda. Ed. Temis. Colombia. 2009
- RAMÍREZ CARDONA, Alejandro. El Estado de justicia. Ed. El Buho. Colombia.. 2006
- URUEÑA SÁCNHEZ, Mario Iván. Leviatanes desnudos, piratas desbocados. Estados Fallidos, nuevas guerras y el derecho internacional de Guerra. Ed. Universidad la Gran Colombia.2011.
- PASCAL, Blaise. Pensamientos. Trad. Francesc LL. Cardona. Ed. Fontana. España
- PEÑA PORRAS, Diego Isaías. La construcción del Derecho Administrativo Colombiano. Ed. Universidad de los Andes. Colombia.2008.
- REY CANTOR, Ernesto. Teorías políticas clásicas de la formación del Estado. Ed. Temis. Colombia, 1994
- RICOEUR, Paul. Teoría de la interpretación. Discurso y excedente de sentido. Trad. Graciela Monges. Ed. Siglo veintiuno. Argentina. 2011

- RINCÓN PACHÓN, Jairo E. Administración Pública, Gerencia Pública, Gestión Pública Y Gerencia Social. Análisis Epistemológico. Ed. Ibáñez. Colombia. 2011
- RISSO FERRAND, Martín. Algunas Garantías Básicas de los Derechos Humanos. Ed. Universidad Javeriana. Colombia. 2011
- RIVERO YSERN, Enrique y ARANA-MUÑOZ, Jaime Rodríguez. Con Miras al Interés General. Ed. Bubok Publishing. España. 2012
- RODRIGUEZ O, Julio Armando. La legitimidad en el Estado Social de derecho. Ed. Leyer. Bogotá-Colombia. 1998
- ROMERO MUÑOZ, Armando. La Relación entre la Persona y el Derecho en la iusfilosofía de Carlos Fernández Sessarego. Ed. Universidad Católica de San Pablo. Perú. 2013
- SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública. Ed. Ibáñez. Colombia, 2008.
- SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. Ed. Civitas. España. 1976.
- SANDEL. J. Michael. Justicia ¿Hacemos lo que debemos? Trad. Juan Pedro Campo Gómez. Ed. Debate. España. 2018
- SANIN RESTREPO, Ricardo. Teoría Crítica Constitucional. Ed. Tirant Lo Blanch. España 2014
- SCHEREIER, Fritz. Conceptos y formas Fundamentales del Derecho. Ed. Lex. Argentina, 2017
- SEGOVIA, Juan Fernando. La interpretación constitucional Populista. Revista Prudentia Iuris, Nro. 76, 2013
- SEPULVEDA PINO, Hernán. La teoría Marxista del derecho y la teoría normativista de Hans Kelsen. Ed. ECOE. Bogotá. 1989
- SIERRA CADENA, Grenfieth de J. Derecho Administrativo y ciudades inteligentes. La reconfiguración de las libertades públicas y la refundación de la igualdad. Ed. Universidad del Rosario. 2021.
- SIERRA CADENA, Grenfieth de Jesús. El Juez constitucional un actor regulador de políticas públicas en Colombia. Ed. Universidad del Rosario. Colombia. 2007
- SPRINGER, María NATALIA. Sobre la Verdad en los tiempos del miedo. Del establecimiento de una Comisión de la verdad en Colombia y los desafíos para la justicia Restaurativa. Ed. Universidad Externado, Colombia. 2002
- STAMMLER, Rudolf. Modernas teorías del Derecho Y del Estado. Ed. Ara. Perú. 2006.
- STAMMLER, Rudolf. Tratado de filosofía del Derecho. Ed. Coyoacán. México. 2008
- SUSSKIND, Leonard. La explicación de Boltzmann de la segunda ley de la termodinámica, en: BROCKMAN, Jhon. Eso Lo explica Todo. Ideas bellas, profundas y elegantes sobre cómo funciona el mundo. Ed. Ariel. España. 2019
- SÁNCHEZ PÉREZ, Alexander. Las normas de Derecho Blando. Ed. Universidad Externado de Colombia. 2012
- TATYHANA GUERRERO, Andrea, NIÑO CONTRERAS, Giovanny F. Una Historia de las Ideas en el derecho constitucional Colombiano. Ed. Universidad Gran Colombia. 2012.
- TOLNAY, Iván C. Jerarquía de Métodos de Interpretación. Problemas y soluciones de la interpretación judicial contemporánea en países de tradición legislativa. Ed. Tirant Lo Blanch. España. 2022.
- TORRES MALDONADO, Ángel. El sumak kausy, desde la perspectiva constitucional ecuatoriana. en: LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro, BARRERA VARELA, Pedro Javier TORRES MALDONADO, Ángel. El sumak kausy, desde la perspectiva constitucional ecuatoriana. en: LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro, BARRERA VARELA, Pedro Javier. Reflexiones sobre los derechos constitucionales en perspectiva Latinoamericana. Ed. Ibáñez. Colombia. 2015
- TRUJILLO GONZALEZ, José Saúl. El acto administrativo. Perspectivas desde la ley 1437 de 2011 y el desarrollo constitucional Colombiano. Ed. Unisabaneta. Colombia. 2016;
- TYLER, Tom. La obediencia del Derecho. Ed. Nuevo Pensamiento. Colombia. 2014.
- VAQUER CABALLERÍA, Marcos. El discreto encanto del Derecho Administrativo. Ed. Tirant Lo Blanch. España. 2021
- VERGARA PENA, Luis Felipe, ARENAS AVILA, Ricardo. Niklas Luhman. La teoría sistémica del Derecho. Pág. 102. En: GONZÁLEZ JÁCOME, Jorge y PARRA HERRERA, Nicolás. Teorías Contemporáneas del Derecho. Ed. Legis. Colombia. 2021.

- VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. Décima tercera edición. Ed. Legis editores S.A. Bogotá- Colombia, 2008.
- VIGO, Rodolfo Luis. La reconciliación del derecho con la razón y las emociones. Ed. Palestra. Perú. 2022
- VILA CASADO, Iván. Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo. Ed. Legis. Colombia.2012
- VILLEGAS, Germán. Control político en el ordenamiento constitucional Colombiano: ¿ un concepto diluido en el control jurídico o una idea que debe consolidarse?. Ed. Universidad Externado. Colombia. 2010.
- VILLORO, Luis. El concepto de ideología. Ed. Fondo de cultura económica de México. 2007
- VON IHERING, Rudolph. La lucha por el Derecho. Ed. Temis. Colombia. 2011.
- VON KIRCHMANN, Julius Hermann. La jurisprudencia no es Ciencia. Ed. Temis, Colombia. 2019
- WAHL, Rainer. Los últimos cincuenta años de Derecho Administrativo Alemán. Ed. Marcial Pons. España.2013.
- WATSON, Peter. Ideas. Historia intelectual de la Humanidad. Ed. Planeta. España.2005
- ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ed. Trotta. España.2007
- WAHL, Rainer. Los últimos cincuenta años del Derecho Administrativo alemán. Trad. José Carlos Mardomingo. Ed. Marcial Pons. 2013
- ZAMBRANO SANJUÁN, Carlos Andrés. Los actos políticos o de gobierno en Colombia. Conceptualización, categorización y control judicial. Ed. Ibáñez. Colombia, 2023.
- ZIZEK, Slavoj. El Sublime Objeto De La Ideología. Ed. Siglo veintiuno. Argentina. 2022.
- ZULETA, Hugo. Razón y Elección. Ed. Fontamara. México. 2005

ARTICULOS

- AROSTEGUI SANCHEZ, Julio. La contemporaneidad, época y categoría histórica. En: Mélanges de la Casa de Velázquez. Nouvelle série. 36-1;
- ATIENZA, Manuel. Sobre la única respuesta correcta. En: jurid. Manizales (Colombia), 6(2): 13 - 26, julio-diciembre 2009 ISSN 1794-2918.
- BACHOF, Otto. La Jurisdicción Administrativa En La República Federal Alemana págs.289-316. En: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/220211958025289.pdf> (consultado 18/07/2023).
- BARRERA VARELA, Pedro Javier. El principio del mérito incluyente: una reformulación del sistema de ingreso al empleo público en Colombia (tesis doctoral) Consultado en <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/2ad7c072-0333-4f02-aa8c-13a9a49d437e/content> (consultado 22 nov., 2022)
- BASTARRECHEA, Esther de Alba La función de orientación de la acción política. En https://www.asambleamadrid.es/documents/20126/64823/R.25._Esther_de_Alba_Bastarrechea.pdf/c2e2e228-8551-252d-541a-b8d78f04e886 (consultado 17/07/2023);
- BLANDO, Felice. Fine dell'atto politico? En revista : Nuove AutoNomie N.1/2015. págs. 81-95 <https://iris.unipa.it/handle/10447/165185> (consultado en: 17/07/2023)
- BRADLEY, Curtis A. y POSNER, Eric A. The Real Political Question Doctrine. En: Stanford Law Review
- BRENES VILLALOBOS, Luis Diego. El rol político del juez electoral. Ed. IFED-TSE, Costa Rica. 2013 Pág. 11

- BUSCEMA, Luca. Atti politici e principio di giustiziabilità dei diritti e degli interessi. Rivista N°: 1/2014 Data Pubblicazione: 21/02/2014 https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/1_2014_Buscema.pdf (consultado 28/07/2023)
- BOSCÁN, Guillermo. El poder político de los tribunales constitucionales y su incidencia sobre la calidad de la democracia. El caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela .En: Cuestiones Jurídicas Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta Vol. I, N° 1 (Enero - Junio 2007) ISSN 1856-6073.
- BUENO ROMERO, Gildardo Antonio. El populismo como concepto en América Latina y en Colombia. En: Estudios Políticos, 42, ISSN 0121-5167
- CALOCA LAFONT, Eloy. Postontologías: el sujeto y la ética en el pensamiento de Deleuze y de Morin. https://www.academia.edu/30681356/Reporte_6_Deleuze_y_Morin (consultado 22 nov., 2022)
- CAPUOZZO, Valentina. L' "atto politico" davanti alla Corte costituzionale: la tensione tra funzione di indirizzo politico e diritto d'accesso al giudice nella sent. 10 marzo 2016. En revista: Dirittifondamentali.it n. 52. <http://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2019/06/Capuozzo-L%E2%80%99-%E2%80%99Catto-politico%E2%80%99D-davanti-alla-Corte-costituzionale.pdf> (consultado 16/07/2023)
- CARRO Y FERNÁNDEZ-VALMATOR, José Luis. La Doctrina Del Acto Político (Especial referencia al Derecho italiano) pág. 73-130. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-53-mayoagosto-1967/la-doctrina-de-acto-politico-2> (consultado 16/07/2023)
- CARIDE PÉREZ, Javier. La impugnación de los actos de Gobierno. Consultado en: https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/51223/TFG-D_01285.pdf;jsessionid=8298EE34DEA7F67FBE342459DEDDA12D?sequence=1
- CASSAGNE, Juan Carlos. La judicialización de las cuestiones políticas: http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_judicializacion_de_las_cuestiones_politicas.pdf (Consultado 25/06/2023)
- CASSAGNE, Juan Carlos. "La discrecionalidad administrativa". <http://www.cassagne.com.ar/ingles/publicaciones/Cassagne/La%20discrecionalidad%20administrativa-ult.%20versi%C3%B3n-LL-03-09-08.pdf> (consultado 22 nov., 2022)
- CAZOR ALISTE, Kamel. Fundamentación Y Control Del Acto De Gobierno En Chile. Revista de Derecho Universidad Austral de Chile.2001.Págs. 93-114
- CHAVEZ H, David H. A first refrence about chevron deference. La doctrina central del derecho administrativo norteamericano en su treinta y un aniversario. En Revista avocatus 31, Págs... 259-281. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4364> (consultado 18/07/2023)
- CHEMERINSKY, Erwin. In defense of judicial Review: A reply to Professor Kramer. <https://www.jstor.org/stable/3481315> (consultado 22 nov., 2022)
- COLE, Jared P. Justiciability and the Separation of Powers. Págs. 1-25. En <http://www.crs.gov> (consultado 18/07/2023).
- DIAS DE CARVALHO, Adalberto. La contemporaneidad como expresión de un nuevo humanismo. En: THÉMATA, Revista de Filosofía. Núm. 39, 2007
- DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José. el control jurisdiccional de los actos del gobierno y de los consejos de gobierno. Revista jurídica de castilla y león. n.º 26. enero 2012. Págs.45-76

- DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José. La Justicia Administrativa en Europa. Anotaciones en torno a su evolución hacia un sistema de plena jurisdicción y sobre otros retos actuales. Págs. 53-81. En: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3927025.pdf> (consultado 18/07/2023).
- GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. La noción de acto administrativo: un análisis desde la discrecionalidad en la actuación de la Administración. En: Opinión Jurídica, Vol. 16, N° 31, pp. 25-48 - ISSN 1692-2530 • Enero-Junio de 2017 / 220 p. Medellín, Colombia
- EMBID IRUJO, Antonio. Actos políticos del gobierno y actos políticos de las cámaras parlamentarias. Reflexiones en torno a su control por la jurisdicción contenciosa administrativa. Revista Corte Generales. España. 1988. Pág. 57 Consultado en: <https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/326> (consultado 24 nov., 2022)
- ETCHEVERRY, Juan Bautista Rule of Law y discrecionalidad judicial. En: Derecho del Estado n.º 38, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2017
- EREZ, Daphne Barak. broadening the scope of judicial review in israel: between activism and restraintd. En: <http://www.commonlii.org/in/journals/INJConLaw/2009/8.pdf> (consultado: 18/07/2023)
- FAZIO, Hugo. La Historia Global: ¿encrucijada de la contemporaneidad?. En: Revista de Estudios Sociales. Nro. 23. Bogotá-Colombia, 2006. Consultado en: <https://lacontemporaneidadcomoespaciodeintegracion.wikispaces.com/%C2%BFQu%C3%A9+es+la+Brecha+de+Contemporaneidad%3F> (consultado 24 nov., 2022)
- FIGUEROA, Dante. La Doctrina Estadounidense de la Cuestión Política: Etiología, Axiología, y Perspectivas para Latinoamérica en : <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/13564> (consultado 18/07/2023).
- GIMÉNEZ SÁNCHEZ, Isabel M. indirizzo politico, dirección política, impulso político: en revista : RJUAM, n° 18, 2008-II, Págs. 83-108 <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/download/6068/6528/12436> (consultado en: 17/07/2023)
- GRANADA, Lucía; BECERRA, Luis R. El riesgo político de un país. En: Revista académica e institucional de la UCPR, ISSN-e 0121-1633, N°. 58, 2000
- GROPPPO, Alejandro. Tres versiones contemporáneas de la comunidad. Hacia una teoría política post-fundacionalista. Revista de Filosofía y Teoría Política, n° 42, 2011 http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/12754/Documento_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y (consultado 24 nov., 2022)
- GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. La noción de acto administrativo: un análisis desde la discrecionalidad en la actuación de la Administración. En: Opinión Jurídica, Vol. 16, N° 31, pp. 25-48 - ISSN 1692-2530 • Enero-Junio de 2017 / 220 p. Medellín, Colombia.Pág.41
- HARRISON , JOHN . The Political Question Doctrines. En: american university law review [Vol. 67:457. Págs. 458-528. http://aulawreview.org/au_law_review/wp-content/uploads/2018/01/03-Harrison.to_.Printer.pdf
- IGLESIAS CARRERA, Marcos La politización de los Tribunales Constitucionales: estudio del caso español a través de los conflictos de competencia. En: Alcántara, Manuel . Política y Democracia, Anversos y Reversos, Ed. L&C,
- JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel. la teoría y la realidad constitucional contemporáneas. Consultado en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2128914.pdf>
- JINESTA LOBO, Ernesto. El control jurisdiccional de la administración pública. Revista judicial. Costa Rica. Año XX, Nro.63 del año 1997.

- JOSEPH I. Bower y CLAYTON M. Christensen, Disruptive technologies: Catching the wave. Harvard Business Review. 1995
- LEIGH, Tara. the lost history of the political question . en: <https://www.nyulawreview.org/wp-content/uploads/2018/08/NYULawReview-90-6-Grove.pdf> (Consultado 26/7/2023).
- LLOREDO ALIX, Luis M. H.L.A. Hart y el «punto de vista interno»: entre la caja de pandora y la caja negra del positivismo. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 20, 2017, pp. 81-91. <http://www.rtd.es/numero20/07-20.pdf> (consultado 24 nov., 2022)
- LÓPEZ PEÑA, Edmer Leandro. Relatividad de contenido del interés general por su dependencia al principio de Estado Social Y Democrático De Derecho (a propósito del libro “con miras del interés general” de los profesores Arana Muñoz y Rivero Ysern). En: Ciencia jurídica, ISSN 2007-3577, Nº. 6, 2014, págs. 159-166. Consultado en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5147388> (consultado 22 nov., 2022)
- MAYORA ALVARADO, Eduardo. El control jurisdiccional de la legalidad (lo formal versus lo integral) tesis doctoral Universidad Autónoma de Barcelona. <https://ddd.uab.cat/pub/tesis/2004/tdx-1010105-201605/tdx.html.orig> (Consultado 01/08/2023)
- MARCHECO ACUÑA, Benjamín. El control jurisdiccional de los actos políticos del Gobierno en el derecho español. Revista internacional de estudios de derecho procesal y arbitraje.2015. Pág.50
- MEILAN GIL, José Luis. La Jurisdicción contencioso –administrativa y la constitución española de 1978. 20 https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/9671/CC_34_art_2.pdf?sequence=1&isAllowed=y consultado (consultado 30/06/2023)
- MESQUITA CEIA, Eleonora. La aplicabilidad de la doctrina de las cuestiones políticas en el campo de las relaciones exteriores: ¿deben los tratados internacionales ser considerados actos no justiciables? En: Estudios Constitucionales, vol. 5, núm. 2, segundo semestre, 2007. Págs. 289-310 <https://www.redalyc.org/pdf/820/82050214.pdf> (consultado 18/07/2023)
- MO Mhango. separation of powers in ghana: the evolution of the political question en revista: DOCTRINE, 2014 VOLUME 17 No 6. Págs. 2704-2745 En: <http://dx.doi.org/10.4314/pelj.v17i6.13> consultado (18/07/2023)
- MORILLO CARILLO, Sebastián. Daño y daño antijurídico en la responsabilidad extracontractual del Estado a partir de la noción de derecho subjetivo. Revista digital en Derecho Administrativo. Nro. 28 Segundo semestre /2022 Págs. 319-357 <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/7862> (consultado 24 nov., 2022)
- OLLER, Carlos. Una introducción a una teoría política. Consultado en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2127404.pdf> (consultado 24 nov., 2022)
- OLMEDA José. Fracaso epidemiológico y polarización populista: El Gobierno Sánchez frente a la Covid-19. En: https://fundacionfaes.org/file_upload/publication/pdf/20200729114426fracaso-epidemiologico-y-polarizacion-populista-el-gobierno-sanchez-frente-a-la-covid-19.pdf (consultado 24 nov., 2022)
- PAGANO, Fabio Francesco. Trasformazione dell'indirizzo politico del governo, atti politici e limiti del sindacato giurisdizionale. Págs. 1-11. En <https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2018/02/pagano.pdf> (Consultado 17/07/2023)

- PENAGOS VARGAS, Gustavo. Los Actos Políticos en la posmodernidad. La propuesta del gobierno de limitar la competencia de la Corte para ejercer el control Constitucional. En: Revista Universitas. Universidad Javeriana. Colombia. 2005
- PÉREZ PERDOMO, Rogelio. crisis política y sistema judicial en Venezuela. En: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Núm. 16. Septiembre-diciembre 1993. En : <https://transparencia.org.ve/mercedes-freitas-la-justicia-venezolana-complice-la-corrupcion/> (consultado 24 nov., 2022)
- PÉREZ-PEDRERO, Enrique Belda. La evaluación y el control de los actos del Rey, como presupuesto para mejorar la racionalización democrática de la corona Revista Catalana de Derecho Público Núm. 51, Diciembre 2015. Págs. 155-173
- PEDERNERA ALLENDE, Matías. los fundamentos de las “cuestiones políticas no justiciables”. un análisis desde la teoría y la práctica constitucional. Revista: Anuario XX . 2022. Págs. 153-167
- RIVERO YSERN, Enrique. El Ordenamiento Jurídico Nuclear Y La Ordenación Y Gestión Del Medio Ambiente. Consultado en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1097952.pdf> (consultado 24 nov., 2022)
- RODRÍGUEZ CASTELLANOS, Arturo, AYALA CALVO , Juan Carlos y ITURRALDE JAINAGA , Txomin. Problemas del desarrollo. Revista latinoamericana de economía Volumen 34, número 133, IV-VI- 2003
- RUIZ GRANADA, Lucía ; BECERRA, Luis R. El riesgo político de un país. En: Revista académica e institucional de la UCPR, ISSN-e 0121-1633, N°. 58, 2000.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. La revisión de las cuestiones políticas no justiciables (a propósito de la «coalición» contra Saddam Hussein). Revista Pensamiento Constitucional Año XIII N° 13. Universidad Católica del Perú. Págs. 73-93
- SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando. Actos Políticos, Inteligencia Nacional Y Estado De Derecho. Revista Española de Derecho Constitucional Año 22. Núm. 65. Mayo-Agosto. España. 2002. Pág. 107
- SALMONI, Fiammetta. Responsabilità, indirizzo politico e teoria dei controlli costituzionali nella prima dottrina giuspubblicistica italiana. Revista: Nomos 3-2021.Págs. 1-13 <https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2022/02/Salmoni.pdf> (consultado 170/07/2023)
- SPATOLA, Sergio. Indirizzo politico e decisione di bilancio En: https://iris.uniroma1.it/retrieve/f156b81f-a5e7-4987-9574-60e24a06668b/Tesi_dottorato_Spatola.pdf pag.s36-40 (consultado 170/07/2023)
- SOLÍS MOREIRA, Julio. La razón científica frente al populismo en tiempos de coronavirus. En : <https://www.clacso.org/la-razon-cientifica-frente-al-populismo-en-tiempos-del-coronavirus/> (consultado 24 nov., 2022)
- STOKER, Gerry. El buen gobierno como teoría: cinco propuestas. Disponible en : <http://www.grupochorlavi.org/php/doc/documentos/2006/Doc05.pdf>(consultado 24 nov., 2022)
- STERN, Nat. DON'T ANSWER THAT: REVISITING THE POLITICAL QUESTION DOCTRINE IN STATE COURTS . En: JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW [Vol. 21:1 Págs. 154-206 <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1673&context=jcl> (consultado 18/07/2023)
- SUSSKIND, Daniel. ¿Cuán diferente será el mundo tras la COVID-19? En: Revista Economía y finanzas. ED. Fondo Monetario Internacional. Junio 2020

- TORSELLO, Mario Luigi Le funciones consultivas del Consejo de Estado ayer y hoy en <http://www.unioneamministrativisti.it/wp-content/uploads/2021/10/Locandina-Convegno-12-13-novembre.pdf> (consultado 15/05/2023)
- TUSHNET, Mark V. Law and Prudence in the Law of Justiciability: The Law and Prudence in the Law of Justiciability: The Transformation and Disappearance of the Political Question Transformation and Disappearance of the Political Question. Págs. 1203-1235 En <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/254>. (consultado 18/07/2023).
- VON HIPPEL, Ernest. El Concepto De La Teoría General Del Estado Y El Problema Del Estado De Derecho. Consulta en centro de estudios y constitucionales España. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-estudios-politicos/numero-90-noviembrediciembre-1956/el-concepto-de-la-teoria-general-del-estado-y-el-problema-del-estado-de-derecho-1> (consultado 22 nov., 2022)
- YAÑEZ VELASCO, Igor. "Control de Legalidad de los conceptos jurídicos indeterminados en el planeamiento Municipal. Jurisprudencia de Altos vuelos sobre asuntos resueltos mediante corazonadas" en: revista de derecho urbanístico y medio ambiente. ISSN 1139-4978, núm. 269, Madrid, noviembre (2011),
- YLARRI, Juan Santiago. los fundamentos de las cuestiones políticas no justiciables (con especial referencia al control de la declaración del estado de sitio y la intervención federal). Págs. 409-472 https://www.academia.edu/44009846/Los_fundamentos_de_las_cuestiones_pol%C3%ADticas_no_justiciables_con_especial_referencia_al_control_de_la_declaraci%C3%B3n_del_estado_de_sitio_y_la_intervenci%C3%B3n_federal (consultado 18/07/2023)
- YOO, Jhon, PRAKASH, Saikrishna. Against Interpretative Supremacy <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol103/iss6/17/> (consultado 22 nov., 2022)
- ZÚÑIGA URBÍNA, Francisco. Control judicial de los actos políticos. Recurso de protección ante las "cuestiones políticas". Revista Ius Et Praxis. Chile. Pág. 25

ENLACES DE CONSULTA

- https://eprints.lse.ac.uk/116116/1/latamcaribbean_2022_06_23_primer_presidente_izquierda_colombia.pdf . (consultado 12 nov., 2022)
- <https://www.cancilleria.gov.co/newsroom/publicaciones/comunicado-prensa-declaraciones-canciller-carlos-holmes-trujillo-proposito> (consultado 15 nov., 2022)
- <https://dle.rae.es/riego> (consultado 15 nov., 2022)
- <https://www.semana.com/nacion/articulo/la-respuesta-de-juan-guaido-a-duque-por-el-pedido-de-extradicion-de-aida-merlano--vicky-en-semana/649758/> (consultado 15 nov., 2022)
- https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf (consultado 12 oct., 2022)
- https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf: (consultado 12 oct., 2022)
- <https://www.paho.org/es/salud-mental-covid-19> (consultado 12 nov., 2022)
- <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-21-es.pdf> consultado 12 oct., 2022)
- <https://dle.rae.es/experiencia> (consultado 12 nov., 2022)
- https://apps.who.int/gpmb/assets/annual_report/GPMB_Annual_Report_Spanish.pdf (consultado 15 nov., 2022)
- <https://www.bloomberg.com/graphics/covid-resilience-ranking/> (consultado 15 nov., 2022)

- (<https://www.dw.com/es/populismo-pand%C3%A9mico-en-tiempos-de-coronavirus/a-53236830> (consultado 15 nov., 2022))
- (<https://www.bbc.com/mundo/noticias-52676851>); consultado 12 oct., 2022)
- (<https://prodavinci.com/la-pandemia-de-los-populistas/>) . consultado 12 oct., 2022)
- (<https://www.nytimes.com/es/2020/06/03/espanol/opinion/bolsonaro-trump-fascismo.html>) consultado 12 oct., 2022)
- <https://es.euronews.com/2021/02/16/el-tribunal-de-apelacion-vuelve-a-validar-el-toque-de-queda-en-paises-bajos> consultado 12 oct., 2022)
- <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-51919522> (consultado 1 oct., 2022)
- <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/21f0e10047722a488d9e8f1612471008/El+Cartel+de+la+Toga.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=21f0e10047722a488d9e8f1612471008>(consultado 15 nov., 2022)
- <https://elcomercio.pe/somos/firmas/crisis-judicial-autopsia-musical-doctor-rock-noticia-538111-noticia/>(consultado 15 nov., 2022)
- <https://lasillavacia.com/los-cientificos-oye-duque-durante-pandemia-76039> (consultado 16 nov., 2022)
- <https://www.dejusticia.org/column/ciencia-y-transparencia-frente-al-covid-19/> (consultado 15 nov., 2022)
- https://www.eldiario.es/agendapublica/nueva_politica/politizacion-tribunal-constitucional_1_5810924.html (consultado 16 nov., 2022)
- <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/097.asp> (consultado 16 nov., 2022)
- <https://lasillavacia.com/silla-llena/red-de-venezuela/los-migrantes-se-llevan-lo-peor-de-la-crisis-del-covid-19-76290> (consultado 16 nov., 2022)
- <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-51919522> (consultado 16 nov., 2022)
- https://www.who.int/foodsafety/areas_work/zoonose/es/#:~:text=Las%20enfermedades%20zoon%C3%B3ticas%20son%20un,animales%20a%20los%20seres%20humanos. (consultado 16 nov., 2022)
- https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/human-rights-and-covid-19_es.pdf (consultado 16 nov., 2022)
- <https://dpej.rae.es/lema/discrecionalidad-pol%C3%ADtica-y-discrecionalidad-jur%C3%ADdica>(consultado 16 nov., 2022)
- <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-63038679> (consultado 16 nov., 2022)
- <https://www.appf.europa.eu/appf/es/other-information/sanctions-and-opinions> (consultado 18 nov., 2022)
- <https://www.dw.com/es/fiscal%C3%ADa-de-colombia-imputar%C3%A1-a-mujer-que-profir%C3%B3-insultos-racistas-contrala-vicepresidenta-francia-m%C3%A1rquez/a-63349879> (consultado 18 nov., 2022)
- <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718> (consultado 18 nov., 2022)
- <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf> (consultado 18 nov., 2022)
- <https://es.euronews.com/next/2021/09/17/que-son-las-ciudades-15-minutos-y-como-cambiaran-nuestra-forma-de-vivir-trabajar-y-sociali> (consultado 18 nov., 2022)
- <https://dpej.rae.es/lema/ius-omnimodae-representationis>(consultado 18 nov., 2022)
- https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdfv (consultado 18 nov., 2022)
- <https://www.semana.com/nacion/articulo/nicolas-maduro-no-puede-entrar-a-colombia-a-la-posesion-de-gustavo-petro-mientras-yo-sea-el-presidente-ivan-duque/202246/> (consultado 18 nov., 2022)
- <https://elpais.com/internacional/2020-12-29/la-estrategia-televisiva-de-ivan-duque-se-marchita.html> (consultado 24 nov., 2022)
- <https://www.cesce.es/es/w/riesgo-pais/riesgo-pais-colombia> (consultado 24 nov., 2022)

- <https://www.cesce.es/documents/20122/0/COLOMBIA+-+Ficha+Septiembre+2022.pdf/98568560-5e5c-4512-185b-b02f322e12ee?t=1664440461048> (consultado 24 nov., 2022)
- <https://www.cesce.es/documents/20122/9731855/INFORME++PER%C3%9A+-+3+diciembre+2020.pdf/bc36d081-5357-fd39-922b-820d1bce23be?t=1660910501898> (consultado 24 nov., 2022)
- <https://www.cesce.es/documents/20122/9731855/INFORME++RUSIA+-+7+octubre+2020.pdf/41b66dd7-6a55-6bd8-1f63-798895fdaaaa?t=1661156582478> (consultado 24 nov., 2022)
- https://www.cesce.es/documents/20122/9731855/VENEZUELA_noviembre+2016.pdf/ca881e7b-5e65-6c6e-24d6-b78174373598?t=1661158069533 (consultado 26 nov., 2022)
- <https://www.cesce.es/documents/20122/9731855/UCRANIA+-+Ficha+Febrero+2021.pdf/6308f08f-29ca-eb5-4a0d-c6267f684aa8?t=1660908083897> (consultado 26 nov., 2022)
- https://www.cesce.es/documents/20122/9731855/UCRANIA_mayo+2014.pdf/1bfdcae3-8ac2-8c8b-75dd-c170f4cf35bf?t=1661157903023 (consultado 26 nov., 2022)
- [http://web.worldbank.org/archive/website00818/WEB/GOVMAT-2.HTM#:~:text=Los%20indicadores%20de%20gobernabilidad%20miden,vi\)%20Control%20de%20la%20Corrupci%C3%B3n](http://web.worldbank.org/archive/website00818/WEB/GOVMAT-2.HTM#:~:text=Los%20indicadores%20de%20gobernabilidad%20miden,vi)%20Control%20de%20la%20Corrupci%C3%B3n) (consultado 26 nov., 2022)
- <https://www.paho.org/es/reglamento-sanitario-internacional-rsi#:~:text=El%20Reglamento%20Sanitario%20Internacional%20es,medio%20de%20la%20resoluci%C3%B3n%20WHA58> (consultado 26 nov., 2022)
- <https://www.elindependiente.com/politica/2020/03/29/los-lideres-mundiales-mas-negligentes-en-la-batalla-contr-el-coronavirus/> ; (consultado 26 nov., 2022)
- <https://forbes.co/2020/04/14/politica/brasil-mexico-y-venezuela-los-peor-calificados-por-su-gestion-ante-covid-19/> (consultado 26 nov., 2022)

SENTENCIAS

CORTE CONSTITUCIONAL

- C-683/96
- C-418/2014
- C- 454/1994
- C-525/1995
- C-543/1996,
- C-543/1996
- C- 313/1994;
- C- 087/94
- C-595 /1995.
- C-249/1994
- C-031/1995 Expediente No. D-676
- SU 649 DE 2017
- Auto D-241 del 21 de abril de 1993
- C-349 de 2021.
- SU411/20.

CONSEJO DE ESTADO- sala de lo contencioso administrativo/ Sección Tercera.

- CONSEJO DE ESTADO. *Expediente 25000-23-26-000-2002-01216-01(27921)A*, de fecha 16 de marzo de 2005E, cp. Ruth Stella Correa.
- CONSEJO DE ESTADO, sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, 25 noviembre de 2004, Radicación: 110010326000200300055-01, Expediente: 25560
- CONSEJO DE ESTADO, Expediente 25000-23-26-000-2002-01216-01(27921)A, Sala De Lo Contencioso Administrativo , 16 de marzo de 2005,
- CONSEJO DE ESTADO, sala de lo contencioso administrativo exp. 18059; 31 de octubre de 2007

- CONSEJO DE ESTADO, sala de lo contencioso administrativo exp. 14390; 28 de junio de 2012
- CONSEJO DE ESTADO, sala de lo contencioso administrativo sentencias de 29 de agosto de 2007, exp. 15599; 18 de marzo de 2010,
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp. 12139, Auto de 13 de febrero de 1997.
- CONSEJO DE ESTADO, sala de lo contencioso administrativo exp. 13503 y 5 de junio de 2008,
- CONSEJO DE ESTADO, sala de lo contencioso administrativo exp. 8431,
- CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO exp. 23361; 30 de noviembre de 2006
- CONSEJO DE ESTADO, exp. 15324; 2 de mayo de 2007.
- CONSEJO DE ESTADO, Sala contenciosa administrativa, sección tercera. Expediente 11001-03-26-000-1995-03074-01(13074) de fecha 30 de noviembre de 2006

CONSEJO DE ESTADO- sala de lo contencioso administrativo/ Sección Segunda

- CONSEJO DE ESTADO, Expediente 25000-23-25-000-2000-04814-01(0589-05) del 03 de agosto de 2006,MP. Alejandro Ordoñez Maldonado.
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B. MP. Alejandro Ordoñez Maldonado. expediente 1672
- CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sección segunda subsección B. CP. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Expediente 25000-23-25-000-2001-12130-02(1972-07) de fecha 02 de septiembre de 2010,
- CONSEJO DE ESTADO Expediente 11001-03-25-000-2006-00090-00(1478-06) 14 de mayo de 2009.sala de lo contencioso administrativo sección segunda. CP. Luis Rafael Vergara Quintero
- CONSEJO DE ESTADO Sala De Lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda - Subsección "A" Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, veintiocho (28) de mayo de dos mil doce (2012). Radicación No: 08001-23-31-000-2011-01174-02
- CONSEJO DE ESTADO, Radicación número: 88001-23-31-000-1999-0027-01(0132-2001)sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección "B", sentencia de siete (7) de junio de dos mil uno (2001) CP. Jesús María Lemos

CONSEJO DE ESTADO- sala de lo contencioso administrativo/ Sección Quinta

- CONSEJO DE ESTADO, sala de lo contencioso administrativo, sección quinta Expediente 11001-03-28-000-2010-00002-00 del 13 de diciembre de 2010. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo. Sección quinta. CP. María Nohemí Hernández Pinzón
- CONSEJO DE ESTADO, sala de lo contencioso administrativo, sección quinta CP. María Nohemí Hernández Pinzón Expediente 11001-03-28-000-2010-00002-00 del trece (13) de diciembre de dos mil diez (2010)
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. sección primera. CP. Olga Inés Navarrete Barrero Expediente 5123 de fecha 18 noviembre de 1999.

CONSEJO DE ESTADO- sala de lo contencioso administrativo/ Sección Primera.

- CONSEJO DE ESTADO, sala de lo contencioso administrativo, Sección Primera , Sentencia del 22 de julio de 1991 dentro del expediente 1144, con ponencia del Dr. Miguel González Rodríguez,
- CONSEJO DE ESTADO, sala de lo contencioso administrativo, Sección Primera sentencias del 28 de enero de 1976, en el expediente 1496, con ponencia del Dr. Carlos Galindo Pinilla;
- CONSEJO DE ESTADO, sala de lo contencioso administrativo, Sección Primera, expediente 2105, con ponencia del Dr. Miguel González Rodríguez;
- CONSEJO DE ESTADO, sala de lo contencioso administrativo, Sección expediente 325, C.P. Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz
- El consejo de Estado- Sala de lo contencioso administrativo-Sección primera Expediente: 5828 de 2000, Consejero ponente Juan Alberto Polo Figueroa, al resolver la acción de nulidad contra las notas diplomáticas OJ.AT.DM. 064829 de 22 de diciembre de 1.997, CE-SEC1-EXP2000-N5828

