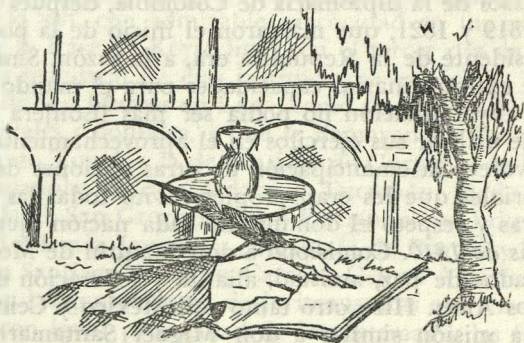


sus obras. Porque frente a la Europa del Congreso de Viena, aquellas naciones organizaron el Congreso de Panamá y ante la amenaza de la intervención sostuvieron la doctrina de la no intervención, proclamada, aunque de manera unilateral e imperfecta, en la Declaración Monroe el 2 de diciembre de 1823. Y tan disímiles como fueran los métodos políticos practicados en cada una de las repúblicas americanas para el establecimiento de la democracia; tan variables las condiciones de los regímenes internos sometidos al movimiento pendular de la legalidad, la anarquía y la dictadura; tan enconadas muchas veces las rivalidades lugareñas; tan frágiles las economías entonces incipientes, los países a que me refiero desarrollaron una diplomacia armónica, de aristas jurídicas inconfundibles, de respeto fiel a los tratados públicos y de anhelo cordial para encontrar las fórmulas de la solidaridad continental. Nos desgarrábamos en las luchas civiles y nos amábamos en los congresos interamericanos, que se efectuaron con periodicidad admirable en la capital peruana, en Caracas y en Montevideo en 1847, 1864, 1877, 1883 y 1888, respectivamente.



## LOS ACTOS DE PODER\*

Por ALVARO COPETE LIZARRALDE

Catedrático de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor  
de Nuestra Señora del Rosario.

Una de las más importantes conquistas del derecho moderno es el concepto de la sumisión de los actos de los gobernantes a una norma positiva de derecho. Como secuela indispensable de este principio, aparece el control de la legalidad de tales actos por parte de jueces especializados, que forman la jurisdicción contencioso-administrativa. Con razón ha afirmado Paul Duez que “uno de los rasgos característicos del derecho público del siglo XX es la importancia siempre acrecentada del papel del juez” (1).

No obstante esta premisa, la doctrina y la jurisprudencia francesas han creado la teoría de los actos de gobierno, que son aquellos que no están sometidos a control jurisdiccional alguno. El fundamento que se da a esta categoría de actos, varía notablemente en los autores que la adoptan; desde el planteamiento extremo que sustrae los actos de gobierno del control de los jueces por el fin político que a ellos se reconoce (2), hasta el que los reduce a una enumeración taxativa (3), se encuentra una grande gama de matices. Al lado de éstos hay autores como Duez (4) y Jeze (5), que combaten esta clasificación.

La mayoría de quienes reconocen la existencia de los actos de gobierno —que también se denominan actos de poder o actos políticos— sustentan su opinión mediante la diferencia que establecen entre la función administrativa y la función gubernamental propiamente dicha. “Estos actos, afirma Duguit, son, en realidad, verdaderos ac-

\* Apartes de un capítulo del libro en preparación *Lecciones de Derecho Administrativo*.

- (1) Les actes de gouvernement. Pág. 7.
- (2) Dofour, citado por Duez, op. cit., pág. 31.
- (3) Stassinopoulos. *Traité des actes administratifs*. Págs. 28 y ss.
- (4) Duez, op. cit., págs. 185 y ss.
- (5) Op. cit., t. I, págs. 412 y ss.

tos de vida interior del Estado. Son el resultado directo del funcionamiento de la Constitución y así se concibe fácilmente que no puedan ser atacados ante ningún tribunal por vía contenciosa. No emanan, por ningún título, de autoridad administrativa alguna. No se sitúan fuera de la legalidad." (6).

La distinción entre gobierno y administración es ciertamente en-  
deble. En ese sentido tiene razón Jeze al afirmar que los "actos de go-  
bierno no tienen una naturaleza jurídica especial" (7). Sin embargo,  
es lo cierto que la doctrina universal reconoce la existencia de "actos  
del ejecutivo que —por su naturaleza— son incompatibles con el  
principio de la sumisión a una regla de derecho" (8).

En el derecho colombiano, connotados tratadistas (9) han negado  
la posibilidad de dar aplicación a la teoría francesa de los actos de go-  
bierno, basados en el texto de los artículos 214 y 216 de la Carta y en  
el artículo 62 del Código de lo Contencioso-administrativo, que no  
excluyen acto ninguno del gobierno de la competencia de los jueces.  
a efecto de revisar su constitucionalidad y su legalidad.

No obstante, nosotros venimos sosteniendo desde 1954 que en el  
Derecho Colombiano sí existen actos emanados de autoridades admi-  
nistrativas que por su naturaleza están exentos de todo control juris-  
diccional (10).

Es innegable que quien atienda únicamente a la letra de las nor-  
mas que consagran el control jurisdiccional de los actos del ejecutivo,  
habrá de llegar irremisiblemente a concluir que nuestro derecho posi-  
tivo no da campo a la aplicación de esta teoría.

Acontece sin embargo, que la doctrina de los actos de poder no  
se ha formulado por falta de normas legales que asignen competen-  
cia al juez para conocer de ellos, sino teniendo en cuenta la naturale-  
za intrínseca de los mismos, que es la que los sustrae de cualquier  
control jurisdiccional. De aquí que la doctrina de los actos de gobier-  
no sea en la mayor parte de los países de origen jurisprudencial.

El acto de poder crea en Colombia una situación enteramente  
similar a la que, frente al control jurisdiccional de las leyes, plantea  
la reiterada jurisprudencia de la Corte según la cual carece de com-  
petencia para conocer de demandas de inexecutable, que versen so-  
bre determinada categoría de leyes. En efecto: el artículo 214 de la  
codificación constitucional establece que la Corte Suprema de Justicia  
deberá decidir definitivamente sobre la exequibilidad de "todas las

(6) Manual. Pág. 108.

(7) Op. cit., t. I, pág. 414.

(8) Stassinopoulos. *Traité des actes administratifs*. Pág. 28. En igual sentido:  
Bielsa, op. cit., 4ª ed., t. I, págs. 176 y ss. 5ª ed. t. v, págs. 541 y ss. Gascón y Marin.  
t. I, págs. 186 a 188. Varas. *Derecho Administrativo*. Pág. 271.

(9) Sarría. Op. cit., 3ª ed. págs. 72 y 73. Tobón Arbeláez. Op. cit. Págs. 65 a  
69 y 130.

(10) Los actos de poder en el derecho colombiano. *Vniversitas*, Nº 6. *Lec-  
ciones de Derecho Constitucional Colombiano*. 2ª ed., págs. 233 a 235 y 331 a 334.

leyes" cuando fueren acusadas ante ella de inconstitucionalidad por  
cualquier ciudadano. No obstante esta norma expresa, con fundadísi-  
mas razones se ha abstenido nuestro más alto Tribunal de conocer de  
acusaciones contra leyes aprobatorias de tratados públicos y de la-  
aprobatorias de contratos, porque estima que el contenido de esta cla-  
se de leyes no permite ejercer sobre ellas un control como el estable-  
cido en nuestra Carta.

De esta suerte, para aceptar o negar la aplicabilidad en Colombia  
de la teoría de los actos de poder (o de gobierno, o políticos, según las  
denominaciones), es preciso analizar si nuestro derecho positivo asig-  
na al ejecutivo funciones que por su naturaleza sean de las que pro-  
ducen este tipo de actos que se resisten a tener control.

Hemos de partir de un supuesto. El régimen de estado de derecho  
no admite el que haya alguna función pública que no esté previamen-  
te señalada por ley o reglamento. El artículo 63 de nuestra Constitu-  
ción Política recoge este principio de manera absoluta.

No podrá de esta manera asentarse la categoría de los actos de  
gobierno en la posibilidad de que el ejecutivo ejerza alguna función  
fuera de su propia competencia, y sin cumplimiento de la forma ex-  
terna prescrita para ellos.

Los autores señalan como asuntos que se resisten al control juris-  
diccional, los siguientes:

- a) Los relativos a las relaciones entre las ramas legislativa y eje-  
cutiva.
- b) Las medidas supremas de seguridad interior o exterior del Es-  
tado.
- c) Los que se refieren a las relaciones internacionales.
- d) Los que implican el ejercicio de los derechos de gracia, am-  
nistía o indulto.

Examinemos si el derecho colombiano confiere al ejecutivo algu-  
nas funciones dentro de estas materias, que puedan producir actos de  
poder.

El artículo 118 de la Carta atribuye al Presidente de la República  
la facultad de convocar al Congreso a sesiones extraordinarias. Por  
su parte el inciso cuarto del artículo 68 establece que el tiempo de las  
reuniones extraordinarias será el que señale el Gobierno y que du-  
rante ellas las Cámaras sólo podrán ocuparse de los negocios que el  
gobierno someta a su consideración.

Es evidente que en este caso no existe ninguna regla jurídica que  
limite al Presidente el ejercicio de esta atribución y que queda a su  
solo juicio y criterio el convocar o no al Parlamento, el determinar  
cuáles son los negocios de que éste haya de ocuparse y el resolver sobre  
la duración de las sesiones. El Consejo de Estado será incompetente  
para declarar nulidad ninguna que no provenga de la falta de algún  
requisito de forma, como sería la omisión de la firma del Ministro de  
Gobierno.

El ordinal 5º del mismo artículo 118 expresa que es función del Presidente "dar a las Cámaras Legislativas los informes que solicitan sobre asuntos que no demanden reserva". No aclara la Constitución en parte alguna cuáles son los negocios que demandan reserva, por lo cual parece que sea discrecional del Presidente el apreciar si un determinado asunto es de carácter reservado, decisión contra la cual no habría ninguna clase de recurso.

Debe observarse que en este supuesto, por tratarse de un acto negativo, él carece de jurisdicción aun desde el punto de vista formal.

Asimismo debe considerarse como acto de gobierno la manifestación de urgencia en el despacho de proyectos de ley, que de acuerdo con el artículo 91 puede hacer el Ejecutivo.

Frente a la misión de conservar el orden público, nosotros hemos sostenido que carecen de control jurisdiccional el decreto que declara turbado el orden público, el que lo restablece, lo mismo que la declaración de guerra internacional. Estudiemos la idiosincrasia de cada uno de estos actos.

Un atento análisis del artículo 121 de la Constitución lleva a concluir que no todos los decretos que tienen su fundamento en esta disposición tienen el carácter de legislativos (11). En efecto: ni el decreto que declara el estado de sitio, ni el que lo restablece, contienen materia propia de la ley.

Todos los autores están acordes en afirmar que la potestad legislativa de que está investido el Presidente de Colombia en los casos de estado de sitio, proviene de las facultades del derecho de gentes. Pero es claro, según las voces del primer inciso del artículo 121, que la *declaración* de estado de sitio es un supuesto necesario para que el Ejecutivo goce de aquella potestad. Dice el inciso mencionado: "En caso de guerra exterior o de conmoción interior podrá el Presidente con la firma de todos los ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella. *Mediante tal declaración*, el gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes, rigen para la guerra entre naciones." (Hemos subrayado). De esa suerte, el decreto de estado de sitio nace de una expresa facultad de la Carta y tiene la virtualidad de ampliar la órbita normal de acción del ejecutivo, dándole atribución para dictar decretos que tienen "fuerza legislativa" (Art. 118, ord. 8º), por medio de los cuales puede suspender las leyes, aunque no derogarlas (Art. 121, inc. 3º) y que dejan de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público (Art. 118, ord. 8º, Art. 121, inc. 4º).

Aparece así muy nítido que el decreto de turbación del orden público pertenece a una categoría diversa de la de los decretos legislativos. A las razones de fondo que hemos señalado, debemos agregar una que se fundamenta en los diversos requisitos de forma que se exi-

(11) Esta opinión ya la hemos expuesto en *Lecciones de Derecho Constitucional Colombiano*, 2ª ed. Págs. 205 y ss. y 233 y ss. 331 y ss.

gen para una y otra clase de decretos. El artículo 122 de la codificación constitucional dispone que el gobierno para dictar las providencias de que trata el artículo 121 debe oír previamente al Consejo de Estado. A pesar de que la aludida norma no hace diferencia ninguna entre "las providencias" del artículo 121 ha sido práctica constante desde la expedición del actual artículo 122 en 1914, la de limitar la consulta al Consejo de Estado, al decreto de declaración del estado de sitio, sin someter a esta formalidad a los de carácter legislativo.

La jurisprudencia de la Corte ha sido unánime a este respecto. En sentencia de 12 de junio de 1945 hizo ver la Corte cómo históricamente la audiencia previa del Consejo de Estado sólo se ha requerido para el decreto de turbación del orden público; y subrayó que el inciso segundo del artículo 121 establece perentoriamente que los decretos que se dicten dentro de sus límites "tendrán carácter obligatorio, siempre que lleven la firma de todos los ministros", sin exigir ninguna otra formalidad (12).

Sentado, pues, de modo incontrastable que el decreto de turbación del orden público pertenece a una categoría especial, examinemos si conviene a su contenido el estar exento de control jurisdiccional.

El artículo 214 de la Carta da, sin duda, competencia a la Corte Suprema de Justicia para examinar estos decretos, desde el punto de vista de su conformidad con las exigencias establecidas en relación con las formalidades externas. No es posible turbar el orden público sin la consulta previa al Consejo de Estado y sin que el Decreto lleve la firma de todos los ministros. Empero, una vez llenados estos requisitos, creemos que no es posible entrar a juzgar el fondo mismo del decreto. Si existen o no las causas de perturbación externa que justifican la implantación del estado de sitio; si existiéndolas éste debe comprender todo territorio o solamente a una parte de él, son determinaciones que en nuestro derecho positivo son de privativa competencia del ejecutivo. Frente a ellas, los jueces carecen de facultad decisoria, porque de lo contrario se trasladaría a la rama jurisdiccional la responsabilidad del orden público, quebrantando así las bases de la organización estatal.

Prevé la Constitución que el orden público se turbe sin que exista causa para ello. En tal evento, dice el ordinal 5º del artículo 121 que el Presidente y los Ministros son responsables; mas esa responsabilidad se deducirá en el campo penal contra aquellos funcionarios, sin que el acto mismo de la declaración de estado de sitio pueda ser revisado.

En sentencia de 12 de junio de 1945, la Corte Suprema de Justicia dijo: "De este poder, así conferido al Presidente de la República, en forma tan amplia, pero proporcionada a la responsabilidad que la Constitución le asigna, se infiere que el decreto por el cual el Presidente con sus Ministros declara turbado el orden público, no cae, por"

(12) G. J., T. LIX. Págs. 46 y 47.



su naturaleza, bajo el control constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sino cuando no haya sido firmado por los Ministros o carezca del dictamen del Consejo de Estado." (13).

De la misma manera escapa al control jurisdiccional de la Corte el decreto que declara el restablecimiento del orden, que tiene el trascendental efecto de hacer cesar la vigencia de los decretos legislativos, según ya se indicó. Es de tal manera evidente que este acto del ejecutivo pertenece a su exclusiva esfera, que no es preciso abundar en argumentos para probarlo. Innegablemente este decreto nace de facultad conferida al Gobierno por el artículo 121; pero a pesar de ello, y de la competencia que se otorga a la Corte para declarar la inexecuibilidad de los decretos dictados en ejercicio de la potestad emanada por aquella norma, el carácter intrínseco de ese acto se revela por aquel control, porque el apreciar cuándo han cesado los factores que conducen a la turbación del orden público es función exclusiva del Gobierno, que no puede estar interferido por ninguna de las otras ramas del poder público.

Si el Gobierno llegara a levantar el estado de sitio antes de que realmente se hubiere restablecido el orden, es evidente que la Corte carecería de facultad para declarar inexecutable el decreto respectivo, porque semejante declaración conduciría a investir al gobierno de las facultades excepcionales del estado de sitio a través de una decisión jurisdiccional.

La declaración de guerra internacional es un acto de los que por su naturaleza no pueden tener control jurisdiccional. Los actos beligerantes de un Estado crean en el plano internacional situaciones frente a las cuales la determinación de un tribunal sería ineficaz para solucionarlas.

El ordinal 9º del artículo 120 de la Constitución asigna al presidente la potestad de "declarar la guerra con permiso del Senado o hacerla sin tal autorización cuando urgiere repeler una agresión extranjera". Esta disposición da al Gobierno una facultad discrecional ni siquiera limitada por la exigencia de obtener el previo permiso del Senado, porque el valorar cuándo es urgente hacer la guerra sin aquel permiso, queda en manos del buen juicio del Presidente y sus Ministros.

Dentro de las medidas relacionadas con la seguridad interior del Estado puede catalogarse también como acto de poder el que emana del 2º inciso del artículo 28 de la Constitución, según el cual el Gobierno podrá —aun en tiempo de paz— ordenar que se retengan las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública. Es bien cierto que el ejercicio de esta potestad exige el cumplimiento de formalidades previas, constituidas por el concepto del Consejo de Estado y el dictamen del Consejo de Ministros; mas como quiera que, no se exige la favorabilidad de ninguno de ellos, tenemos otro caso en que el Gobierno produce actos exentos de control.

(13) G. J. T. LIX. pág. 31.

En cuanto a las relaciones internacionales, dispone nuestra Constitución que ellas sean dirigidas por el Presidente de la República, con tan grande autonomía, que prohíbe al Congreso exigir del Gobierno la comunicación de las instrucciones que se dan a los diplomáticos (14). Caen, por consiguiente, dentro de la clasificación de actos de poder los que atañen a las relaciones con los demás Estados. La oportunidad de hacer el canje de las ratificaciones de un tratado público; el entrar en relaciones internacionales; el iniciar conversaciones con miras a ajustar un convenio internacional, son todas cuestiones que no están sometidas a la revisión de la rama jurisdiccional.

La última de las materias señaladas por los autores como propias del acto de gobierno, es el ejercicio del derecho de gracia, amnistía e indulto. Consideramos que nuestro derecho no da cabida a que se presenten actos de gobierno en asuntos referentes a esta clase de negocios. El derecho de gracia propiamente dicho, no está reconocido por la ley colombiana, porque no existe autoridad ninguna que pueda discrecionalmente y para un solo caso, trocar la pena impuesta por un tribunal en otra diversa. La facultad de decretar amnistías pertenece al congreso por disposición expresa del artículo 76 en su ordinal 23. Finalmente, la atribución que se otorga al Presidente de conceder indultos por delitos políticos, debe ejercerse con arreglo a la ley que regule esta facultad, por ordenamiento del ordinal 4º del artículo 119.

En resumen, tenemos en derecho colombiano los siguientes actos de poder:

A) Relativos a las relaciones entre las ramas legislativa y ejecutiva:

- 1) El Decreto que convoca al Congreso a sesiones extraordinarias. (Const. art. 68, inc. 4º; art. 118, ord. 2º).
- 2) La determinación del carácter de reservado de un negocio, a efecto de negar sobre él informes a la Cámara (Const. art. 118, ord. 5º).
- 3) El mensaje de urgencia en el despacho de un proyecto de ley. (Const. art. 91).

B) Relativos a las medidas supremas sobre seguridad interior y exterior del Estado.

- 1) El Decreto de turbación del orden público. (Const. art. 121).
- 2) El Decreto que declara levantado el estado de sitio. (Const. art. 121, inc. 4º).
- 3) La declaración de guerra internacional. (Const. art. 120, ord. 9º).
- 4) La orden de retención de las personas contra quienes aparecen indicios de que atentan contra la paz pública. (Const. art. 28).

(14) Art. 78, ord. 4º.

C) Referentes a las relaciones internacionales. (Const. art. 78, ord. 4º; art. 120, ord. 20).

- 1) La orden de canjear las ratificaciones de un tratado público.
- 2) Las instrucciones impartidas a los agentes diplomáticos.
- 3) La determinación de los países con los cuales se mantienen relaciones diplomáticas.
- 4) La ruptura de las relaciones diplomáticas con un país.
- 5) El abstenerse de someter a la ratificación del Congreso un tratado público.



## Estabilidad de la Legislación sobre Petróleos

Por BERNARDO J. CAYCEDO.

No estoy muy seguro de haber acertado en la primera parte del título de esta exposición, llamándola *Estabilidad Legislativa*. Porque ya veremos que el tema nos lleva por caminos muy distantes de ella. Es lo que me propongo hacer desde esta cátedra universitaria. Y celebro que, desengañados el público y los actores de las mesas redondas, me corresponde ahora volver aquí por los fueros de la mesa cuadrada.

He dicho que quizás el título de esta conferencia no ha debido ser *Estabilidad Legislativa* porque propiamente quiero hablar más bien de la inestabilidad. Es curioso, cuando se revisa la historia de la industria en Colombia, ver que, si exceptuamos al viejísimo Código Fiscal de 1873 y la Ley 30 de 1903, bajo ninguna ley se vino a producir petróleo sino hasta hace muy pocos años. Hubo un tiempo en que lo estable fueron los dos contratos celebrados bajo la administración del general Rafael Reyes, el uno en 1905 y el otro en 1906; la Concesión Barco y la Concesión de Mares. Después de dar muchas vueltas y de ser transferidas a compañías americanas, entraron en producción la Tropical Oil Company, en 1921 y luego la Colombian Petroleum Co. en 1934.

De manera que lo primero que en el orden de los estatutos vino a producir en Colombia la primera gota de aceite, no fue propiamente la ley, sino unos contratos celebrados, como digo, cuando todavía no había llegado aquí el enorme empuje de la industria y se ignoraba entre nosotros casi por completo.

Eso nos invita a considerar las leyes que luego se fueron aprobando, a partir de un artículo del Código Fiscal de 1912 que asimiló el petróleo, con criterio verdaderamente infantil, a lo que son las pertenencias mineras de oro y plata, pues estableció un sistema por medio del cual el estado se desprendía de aquellas pertenencias para pasarlas al dominio particular en extensiones irrisorias. Irrisorias digo, para un país no probado.

Se expidió después, y se consideró como un triunfo de los legisladores, la Ley 120 de 1919 que en realidad fue un estatuto en el cual

