

<Este documento fue sometido a proceso mecánico de conversión de PDF a RTF. Puede contener errores en la conversión>

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 interna: 2313

Número Único: 11001-03-06-000-2016-00186-00 Referencia: Procesos ante la Corte Internacional de

Justicia - CIJ. Discrecionalidad u obligatoriedad de comparecencia. Responsabilidades.

El señor Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República solicita el pronunciamiento de esta Sala sobre “el alcance de la discrecionalidad con

la que cuenta el señor Presidente de la República, en su calidad de director de las relaciones internacionales, así como su Ministro de Relaciones Exteriores para decidir sobre la comparecencia o no de la República de Colombia en los procedimientos que

actualmente se adelantan ante la Corte Internacional de Justicia - principal órgano judicial de la Organización de las Naciones Unidas. Lo anterior tiene como objetivo continuar avanzando en la estrategia de defensa de Colombia ante la Corte y así salvaguardar de forma efectiva los más altos intereses de la Nación.”

ANTECEDENTES

1. La “Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia)”, iniciada con la demanda presentada el 6 de diciembre de 2001 por Nicaragua para que la Corte Internacional de Justicia, en adelante CIJ, definiera la soberanía sobre el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, se delimitaran los espacios marítimos con Colombia y se le diera una compensación, fue fallada con las sentencias de 13 de diciembre de 2007 y 19 de noviembre de 2012.

Las mencionadas decisiones de la Corte Internacional de Justicia confirmaron la validez y la vigencia del Tratado Esguerra - Bárcenas sobre Cuestiones Territoriales entre Colombia y Nicaragua del 24 de mayo de 1928, con lo cual ratificaron la soberanía de Colombia sobre el Archipiélago. También delimitaron la plataforma continental y zona económica exclusiva entre Nicaragua y Colombia en el mar Caribe.

Radicación interna 2313

Página 2 de 27

Nicaragua ha instaurado dos nuevas demandas:

Demanda del 16 de septiembre de 2013.

Plantea dar inicio a la “Cuestión de la Delimitación de la Plataforma Continental entre

Nicaragua y Colombia más allá de los 200 millas náuticas desde la Costa

Nicaragüense” (Nicaragua c. Colombia) - Cuestión de la Plataforma Continental Extendida.

El Estado demandante solicita delimitar las plataformas continentales de ambos estados y, mientras se toma la decisión correspondiente, fijar un régimen provisional.

Demanda del 16 de noviembre de 2013

Sobre “Supuestas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe” (Nicaragua c. Colombia). Nicaragua reclama la supuesta violación de sus derechos soberanos y zonas marítimas declaradas en la sentencia de 2012 y la supuesta amenaza por uso de la fuerza de parte de Colombia.

El Estado Colombiano, el 14 de agosto y el 19 de septiembre de 2014, presenta escritos de excepciones preliminares sobre falta de jurisdicción de la Corte e inadmisibilidad de las demandas.

El 7 de marzo de 2016 la Corte Internacional de Justicia dicta sentencia en materia de competencia, en ambos procesos.

En la Cuestión de la Plataforma Continental Extendida, la Corte decide que no tiene competencia para fijar un régimen provisional sobre la plataforma continental.

Con el cambio de su jurisprudencia y empate de los jueces dirimido por su Presidente, según narra la consulta, la Corte decide que sí tiene competencia para delimitar la plataforma continental.

Fija como plazo el 28 de septiembre de 2016, para la presentación de la Memoria por Nicaragua; y el 28 de septiembre de 2017, para la presentación de la Contramemoria por parte de Colombia.

En la Cuestión de Supuestas Violaciones resuelve que no tiene competencia para decidir sobre la presunta amenaza de uso de la fuerza, pero sí sobre la supuesta violación de los derechos soberanos de Nicaragua y sus espacios marítimos

Advirtió que su competencia no comprende hacer cumplir o ejecutar el fallo del 19 de noviembre de 2012.

Radicación interna 2313

Página 3 de 27

Nicaragua presenta su Memoria el 3 de octubre de 2014.

La Corte fija el 17 de noviembre de 2016 como fecha para que Colombia presente su Contramemoria.

El 17 de marzo de 2016, el Presidente de la República manifiesta que ante las “flagrantes contradicciones” de la Corte Internacional de Justicia se ha decidido que Colombia no siga compareciendo; que se ha oído a la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores y a los sectores políticos; y que se preservará hasta el último centímetro del territorio.

El Gobierno avanza en la estrategia de defensa y estima necesario precisar, según lo previsto en

la Constitución Política y en la ley, los alcances de la discrecionalidad del Presidente de la República y el Ministro de Relaciones Exteriores, en relación con la facultad para decidir comparecer o no ante la Corte.

La consulta identifica el siguiente marco jurídico:

De la Constitución Política, los artículos 2°, 4°, 6°, 9°, 101, 189, 198 y 208.

De la Carta de Naciones Unidas, los artículos 33, 92, 93 y 94.

Del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, los artículos 53, 59 y 60.

De la Ley 489 de 1998, los artículos 59, 60 y 61.

De la Ley 734 de 2002, los artículos 34, 35 y 48.

Del Decreto 869 de 2016, los artículos 1, 3 y 4.

Y las sentencias T-141-96 y C-269-14, de la Corte Constitucional.

Explica la consulta que en la práctica internacional se han dado 8 casos en los cuales los Estados demandados no han comparecido y que ni la Carta de Naciones Unidas ni el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia contemplan sanciones por la no comparecencia.¹

Agrega también que del artículo 53 del Estatuto de la Corte se desprende que el Estado demandado siempre tiene la opción de no presentarse, circunstancia en la cual las consecuencias jurídicas son las siguientes:

el litigio continúa;

¹ La consulta relaciona los siguientes: Caso Canal de Corfú, Reino Unido - Albania.; Caso Anglo Iranian Oil Co, Reino Unido - Irán; Caso Ensayos nucleares, Nueva Zelandia - Francia; Caso Plataforma Continental del mar Egeo, Grecia - Turquía; Caso relativo a actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua, Nicaragua - Estados Unidos; Caso Nottebohm, Principado de Liechtenstein - Guatemala; caso relativo a personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán, Estados Unidos-Irán; Caso relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías, Reino Unido - Islandia

Radicación interna 2313

Página 4 de 27

el Estado sigue siendo parte y está obligado por la sentencia que adopte la Corte (Arts. 94.1, Carta de Naciones Unidas, y 59 y 60, Estatuto de la Corte);

el Estado no participa en las etapas del proceso pero puede presentar escritos y documentos defendiendo sus intereses y puede optar por comparecer en cualquier momento posterior;

la ausencia del Estado demandado no implica que automáticamente la Corte decida en favor del demandante aunque este tiene el derecho de hacer esa petición;

la Corte está obligada a asegurarse de que tiene competencia y de que la demanda está bien fundada en cuanto a los hechos y el derecho.

Destaca que en los casos de no comparecencia es práctica frecuente que el Estado envíe notas y documentos, a través de medios no contemplados en el reglamento ni en el Estatuto de la Corte, pero esta les presta atención porque le permiten asegurarse de que la demanda está bien fundada y de que hará una correcta administración de justicia.

La práctica también muestra que el Estado puede comparecer o dejar de hacerlo en cualquier etapa del proceso.

Recuerda la consulta que, sin perjuicio del derecho a recurrir a los instrumentos judiciales que existan, el derecho internacional exige que las controversias entre Estados se resuelvan de forma pacífica (Carta UN, art. 33).

En el Derecho Interno, la consulta hace referencia a la responsabilidad del Presidente por sus actos u omisiones que violen la Constitución o las leyes (Constitución Política, artículos 4, 6 y 198), y a sus funciones de dirección de las relaciones internacionales (artículo 189, numeral 2) y de defensa de la honra de la Nación y la inviolabilidad del territorio (artículo 189, numeral 6).

Con relación al Ministro de Relaciones Exteriores, la consulta cita el artículo 208 constitucional y el artículo 59, numeral 6, de la Ley 489 de 1998, que son normas generales en las cuales se determina que el ministro es el jefe del respectivo ministerio, participa en la formulación de la política del gobierno en los temas de su sector y formula las políticas atinentes a su Despacho bajo la dirección del presidente.

Cita también el Decreto 869 de 2016, sobre estructura y funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, específicamente las de formular y proponer al Presidente de la República la política exterior, promover y salvaguardar los intereses del país y de sus nacionales ante los demás estados, organismos y mecanismos internacionales y ante

Radicación interna 2313

Página 5 de 27

la Comunidad Internacional, y promover y fortalecer la capacidad negociadora de Colombia en relación con los demás sujetos de Derecho Internacional Asimismo formula a la Sala las siguientes

PREGUNTAS

1. A la luz del derecho colombiano, ¿existe algún deber del señor Presidente de la República y de su Ministro de Relaciones Exteriores, que los obligue a decidir que Colombia ha de comparecer en los dos procesos que actualmente cursan contra ella ante la Corte Internacional de Justicia y en todas las fases de los mismos?

¿Cuenta el señor Presidente de la República, en su calidad de director de las relaciones internacionales, con la facultad para decidir sobre la comparecencia o no de Colombia ante la Corte Internacional de Justicia en casos que sean incoados contra ella?

¿Puede decidir el Gobierno Nacional no comparecer ante la Corte Internacional de Justicia cuando considera que esta es la mejor estrategia para proteger los altos intereses de la Nación?

¿Variaría la respuesta a las preguntas anteriores cuando la decisión de la Corte

Internacional de Justicia podría afectar los límites de la plataforma continental?

¿Existe alguna norma jurídica que impida que el señor Presidente de la república decida comparecer en uno de los dos procesos que actualmente cursan contra Colombia ante la Corte Internacional de Justicia, pero no en el otro?

II. CONSIDERACIONES

El problema jurídico

Los tratados internacionales ratificados por Colombia que regulan el funcionamiento de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), órgano judicial de las Naciones Unidas, y

Radicación interna 2313

Página 6 de 27

en particular el Estatuto de la Corte en mención, así como la práctica internacional, permiten que los Estados partes, cuando son demandados por otro Estado, opten por una de dos estrategias de defensa: (i) intervenir activamente en todas las etapas del proceso, en la forma y la oportunidad previstas en las normas que las regulan, o (ii) no comparecer, caso en el cual pueden allegar documentos que ilustren a la Corte sobre la posición del respectivo Estado, y aún comparecer en fases posteriores del proceso..

Teniendo como referente la normatividad y la práctica internacionales descritas, la consulta requiere conocer si el derecho interno confiere competencias suficientes al Presidente de la República y al Ministro de Relaciones Exteriores, para optar, en cada caso, por una u otra estrategia de defensa judicial, y cuáles serían las consecuencias en punto a su responsabilidad.

Estima la Sala que el estudio de los asuntos objeto de la solicitud del Gobierno nacional requiere examinar:

La naturaleza jurídica de las decisiones de comparecencia o no comparecencia ante la Corte Internacional de Justicia, como expresión de las funciones del Presidente de la República en materia de relaciones internacionales;

Las funciones discrecionales, sus límites y las responsabilidades políticas y jurídicas que de ellas pueden desprenderse;

Las funciones del Ministerio y del Ministro de Relaciones Exteriores, específicamente en la defensa de los intereses del Estado, y el régimen sancionatorio aplicable al Ministro en ejercicio de sus funciones de asesoría y apoyo al Presidente de la República respecto de procesos judiciales como los que son objeto de la consulta.

La naturaleza jurídica de las decisiones de comparecencia o no comparecencia ante la Corte Internacional de Justicia

La Constitución Política, en el artículo 115, inciso primero, indica que “el Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa”, y en el artículo 189 establece sus funciones.

Con relación a los temas de la consulta, aunque la norma constitucional no lo hace explícito, es entendido que como Jefe de Estado, que representa la unidad de la Nación, el

Presidente ejerce las funciones de “2. Dirigir las relaciones internacionales. Nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibir a los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso.”

Radicación interna 2313

Página 7 de 27

Es claro también que, como lo recoge el artículo 101 de la Constitución, el territorio en sus límites externos, es materia de las relaciones internacionales, es decir, está incluido dentro de la función de dirección de tales relaciones que concierne al Presidente de la República.²

Las competencias que traen aparejadas las funciones reseñadas entrañan no solo la habilitación a los funcionarios públicos correspondientes para actuar en tal condición, sino que implican obligaciones o deberes del Presidente de la República y de la Cancillería, subrayadamente en cuanto a la integridad territorial y la soberanía.

Ahora bien, la aparición de los Estados-nación implicó la delimitación de los territorios estatales respectivos y tal actividad no ha sido concluida en diversos lugares del globo, por lo que las “relaciones internacionales” se ven compelidas a ocuparse de la solución de disputas territoriales como uno de sus principales cometidos. Una de las vías que ofrece el derecho internacional público a ese respecto se refiere a la posibilidad de acudir bajo determinadas condiciones a la Corte Internacional de Justicia, cuya activación propone al Estado demandado la necesidad de atender el proceso judicial correspondiente. La consulta que se absuelve pregunta por los modos particulares de atención a tales procesos y su relación con las responsabilidades de los funcionarios públicos concernidos.

Para efectos de examinar si la decisión de comparecer o no ante la Corte Internacional de Justicia pertenece a la órbita de discrecionalidad del gobierno, es menester precisar su naturaleza.

Sea lo primero consignar que no existe norma positiva de derecho internacional que reconozca de manera explícita la no comparecencia ante la Corte Internacional de Justicia como un derecho de los Estados (o norma equivalente del derecho interno colombiano). Si así fuera se estaría ante la inexistencia del problema jurídico por sustracción de materia.

En segundo lugar debe afirmarse que tampoco existe norma positiva de derecho internacional que consagre de manera explícita la comparecencia ante la Corte Internacional de Justicia como un deber de los Estados -hard law-, y que el tipo de decisiones sub examine no pertenecen al dominio del ius cogens. La obligatoriedad aparejada al jus cogens podría conducir a determinar una obligación inexcusable del jefe de Estado en relación con la comparecencia al proceso.

² Sobre las funciones del Presidente en las materias sub examine, y en particular sobre lo que concierne al territorio, la sala se remite a la extensa revisión contenida en la sentencia C-269 de 2014, por medio de la cual la Corte Constitucional falló la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos XXXI y L de la Ley 37 de 1961 “Por la cual se aprueba el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas” (Pacto de Bogotá).

Radicación interna 2313

En fin, como lo sustentará este concepto, optar por comparecer o por no hacerlo es un derecho de los Estados.

Es claro que decisiones de la naturaleza de la que ocupa a la Sala en este concepto no pertenecen a la clase definida por el derecho internacional como ius cogens. Este fue definido y consagrado por la “Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados” -que tuvo lugar entre los años de 1968 y 1969-, en el artículo 53 de la “Convención de Viena sobre el derecho de los tratados”³, en los

siguientes términos:

“Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“ius cogens”).

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”

Así, aun cuando no existe una enunciación positiva de las normas consideradas ius cogens, es evidente que las que diferentes organismos proponen en el debate correspondiente se refieren a valores superiores de la sociedad internacional: las

relativas a la prohibición de la “agresión” entre estados (“los miembros de la

Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia”- ONU 1945); las normas básicas de protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario; la libre determinación de los pueblos; la igualdad soberana de los Estados y el principio de no intervención, entre las más consensuadas.

De acuerdo con la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de Naciones Unidas, los ejemplos más citados de normas imperativas de derecho internacional o de ius cogens son: la prohibición de la agresión; la esclavitud y el comercio de esclavos; el genocidio; el apartheid de discriminación racial; la tortura; y ciertas reglas básicas sobre el derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados⁴.

³ Ley 32 de 1985 (enero 29), “Por medio de la cual se aprueba la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita en Viena el 23 de mayo de 1969”

⁴ Comisión de Derecho Internacional de la Organización de Naciones Unidas, “Report of the Study

Group of the International Law Commission: 'Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law'”. Página 21, numeral 33. Citado en la sentencia C-269-2014. Página 141.

Es menester a este propósito traer también a colación lo dicho por la extinta Corte Permanente de Justicia Internacional en el llamado “Caso Lotus”, en el sentido de que:

“El derecho internacional gobierna las relaciones entre Estados independientes. Las reglas del derecho que obligan a los Estados emanan, por lo tanto, de su propia voluntad libremente expresada en las convenciones o por los usos generalmente aceptados como expresión de principios de derecho que han sido establecidos con el fin de regular las relaciones entre estas comunidades coexistentes e independientes o con el fin de conseguir fines comunes. Por lo tanto, no se pueden presumir limitaciones a la independencia de los Estados”⁵. (Negrillas fuera de texto).

Como se ha señalado los Estados no están obligados a comparecer en los procesos que se adelantan ante la CIJ (una tal obligación procesal no es ni ha sido una “voluntad libremente expresada en las convenciones”), y la opción de no comparecencia ha sido usada en diversas ocasiones por distintos países como una estrategia internacionalmente aceptada, como se verá.

Por otra parte, desde el punto de vista formal, en principio, se trata de decidir sobre una actuación de tipo procesal que conduciría -de no mediar consideraciones sustantivas- a la posibilidad de efectuar sobre la misma una valoración de idéntico tipo, vale decir de tipo formal.

En el derecho interno se entendería, en general, que los funcionarios públicos no tendrían razón para sustraerse de los deberes procesales que les propone un determinado conflicto en el que deban defender los intereses del Estado. Una conducta procesal omisiva podría derivar en responsabilidades disciplinarias y fiscales para el funcionario involucrado. Se trataría, dicho en otras palabras, de una competencia reglada y no de una competencia discrecional⁶.

Examinada la práctica internacional se observa que, más allá de ser considerada una mera opción frente a una actuación formal procesal, la decisión de comparecer o no ante la Corte Internacional de Justicia, a más de jurídica, es sin duda de naturaleza política a fuer de formar parte de la estrategia diplomática de cada país.

Es evidente que las decisiones de no comparecer, en los casos judiciales internacionales tramitados ante la CIJ que enseguida se enumeran, no pueden en buena lógica ser leídas como producto de la desidia, la contumacia o la estulticia de

5

10/Según la Corte Permanente de Justicia Internacional “The contention that under international law everything which is not prohibited is permitted” (“todo aquello que no está prohibido está permitido).

⁶ Algunos doctrinantes proponen hablar de facultades configuradas discrecionalmente. En lo que sigue se hablará indistintamente de facultades discrecionales, actos discrecionales o reglados, discrecionalidad, etc.

Radicación interna 2313

Página 10 de 27

los gobiernos correspondientes, sino como resultado de una estrategia deliberada en defensa de

los intereses de sus países en el complejo dominio de las relaciones internacionales:

CASO DEL CANAL DE CORFÚ, Reino Unido - Albania.

CASO ANGLO IRANIAN OIL CO, Reino Unido - Irán

CASO ENSAYOS NUCLEARES, Nueva Zelandia - Francia

CASO PLATAFORMA CONTINENTAL DEL MAR EGEO, Grecia -

Turquía.

CASO RELATIVO A LAS ACTIVIDADES MILITARES Y PARAMILITARES EN NICARAGUA Y CONTRA NICARAGUA, Nicaragua - Estados Unidos

CASO NOTTEBOHM, Principado de Liechtenstein - Guatemala

CASO RELATIVO A PERSONAL DIPLOMÁTICO Y CONSULAR DE LOS ESTADOS UNIDOS EN TEHERÁN, Estados Unidos-Irán

CASO RELATIVO A LA JURISDICCIÓN EN MATERIA DE PESQUERÍAS, Reino Unido - Islandia

La Sala no discute la cuestión de las competencias de la CIJ, ni en general ni en particular. Ahora bien, la no comparecencia en los procesos adelantados por la Corte Internacional de Justicia no tiene consagradas sanciones. La Corte está obligada - obligación estatutaria⁷- a asegurarse de que tiene competencia y de que la demanda está bien fundada en cuanto a los hechos y al derecho. La antedicha obligación impuesta por el artículo 53 es consonante con el espíritu de la resolución de “los pueblos de las Naciones Unidas” -consignado en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas-, en el sentido de buscar “crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional”. (Negrilla fuera de texto).

En efecto el artículo 53 del Estatuto de la CIJ reza:

“Artículo 53

Cuando una de las partes no comparezca ante la Corte, o se abstenga de defender su caso, la otra parte podrá pedir a la Corte que decida a su favor.

Antes de dictar su decisión, la Corte deberá asegurarse no sólo de que tiene competencia conforme a las disposiciones de los Artículos 36 y 37, sino también de que la demanda está bien fundada en cuanto a los hechos y al derecho.”

La previsión de la norma en el sentido de que la contraparte queda habilitada para solicitar ante la Corte Internacional de Justicia “que decida a su favor”, no empece a

⁷ La Carta de las Naciones Unidas se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es parte integrante de la Carta.

calificar este tipo de procesos como gobernados por el sistema inquisitivo y no por el sistema dispositivo. Por lo demás debe dejarse claramente establecido por la Sala que la no comparecencia como opción susceptible de ser tomada por el Ejecutivo - de que trata este concepto-, nada tiene que ver con la otra locución del numeral 2 del artículo 53 en cita, referido a que un país “se abstenga de defender su caso”. La Sala entiende que aborda la existencia o no para el Ejecutivo de la opción de comparecencia, sobre la base del presupuesto de la obligatoriedad de la defensa de los intereses nacionales que repetidamente se menciona en este concepto.

Esto debe ser subrayado por cuanto es menester recordar que en desarrollo del enfoque inquisitivo la CIJ admite escritos y documentos de la parte no compareciente y permite su comparecencia en cualquier etapa del proceso. Así, pues, de su propio Estatuto y de su práctica resulta claro que la Corte no se entiende a sí propia como conductora de un proceso de corte dispositivo y en consecuencia su conducta judicial resulta trasunto del enfoque inquisitivo.

Como es conocido el sistema inquisitivo apareja mayores poderes y flexibilidad para el juez y constituye campo de convergencia entre los sistemas del Civil Law y el Common Law. Muestra palmaria de que esa es la textura en que actúa la CIJ se encuentra también en la “Resolución relativa a la práctica judicial interna de la Corte (Reglamento de la Corte, artículo 19) adoptada el 12 de abril de 1976”, mediante la cual “La Corte decide revisar su Resolución sobre la Práctica Judicial Interna de la Corte de 5 de julio de 1968 y adoptar los artículos sobre su práctica judicial interna que se establecen en la presente Resolución. La Corte sigue siendo totalmente libre de apartarse de la presente Resolución, o de cualquier parte de ella, en un caso determinado, si considera que las circunstancias justifican tal curso.

(Negrillas fuera de texto).

A esta misma textura pertenece también la manera como la CIJ aborda el delicado tema del cumplimiento de sus sentencias. En efecto, como lo recoge la sentencia C- 269-14, en la sentencia del caso de Haya de la Torre, la CIJ afirmó:

“Cada vez que la Corte se pronuncia sobre el fondo del litigio, una u otra Parte, o ambas partes, como cuestión de hecho, están condicionadas a adoptar algún tipo de acción u omisión de una acción, retroactiva o posterior, lo que puede constituir cumplimiento de la sentencia o desafío a la misma. Ese no es el problema aquí.”

Y agregó la sentencia C-269-14 en cita:

En la aludida decisión del Caso “Haya de la Torre”, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que la forma de cumplimiento de sus sentencias previas está a la discreción de las Partes, toda vez que sólo ellas están en posición de apreciar la totalidad de los “hechos” y las “posibilidades”. Se trata de asuntos que son -para dicho tribunal internacional- de viabilidad práctica (“practicability”) o de conveniencia política (“political expediency”), por fuera del ámbito en que se ejerce su función judicial.

En adición a la omisión de consagración expresa en el artículo 94 de la “Carta de las Naciones Unidas” de una prohibición de utilizar medios o mecanismos específicos de cumplimiento de sentencias o decisiones -verbigracia, las previstas en el derecho interno-, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia reitera que la elección y utilización de tales medidas está al arbitrio de los Estados Partes, en la medida en que es un asunto de su “apreciación”, no susceptible -además- de someterse a un procedimiento de arreglo judicial bajo el derecho internacional .”

Naturalmente la no comparecencia ha de balancearse dentro del conjunto de la estrategia de defensa que - en el caso colombiano - se trace el ejecutivo, ya que el matiz especial mencionado en relación con el principio procesal de preclusión, y la naturaleza inquisitiva de la actuación de la Corte Internacional de Justicia, no significan la obliteración de las limitaciones que impone el no contar con la totalidad de las herramientas procesales ofrecidas por la regulación correspondiente. Tampoco pueden conducir a desconocer que, paradójicamente, la conducta de los Estados es abiertamente adversarial, por manera que apelan a multitud de recursos, tácticas y estrategias jurídicas y políticas para acompañar su actividad procesal.

En los ocho casos enumerados arriba el desiderátum final no fue siempre la derrota del país no compareciente. En algunos casos, la CIJ se declaró inhibida o decidió in fine que no era competente (b. Reino Unido - Irán; c. Nueva Zelanda - Francia; d. Grecia - Turquía; f. Principado de Liechtenstein - Guatemala).

De hecho, en los debates académicos relativos a los acontecimientos ocurridos en la relación conflictiva territorial Colombia-Nicaragua, se ha planteado la necesidad de efectuar aprendizajes respecto de la táctica y la estrategia, que envuelven la cuestión de la comparecencia o no comparecencia:

“El interés del caso de delimitación territorial y marítima propuesto por Nicaragua contra Colombia ante la Corte Internacional de Justicia, deja muchas enseñanzas para nuestro país. Esas enseñanzas deberán ser tenidas en cuenta en otros casos en que se encuentre vinculada Colombia, no porque el Estado lo busque, sino porque la controversia y el conflicto son lo propio de las relaciones internacionales. Como lo prescribe el derecho internacional, la solución pacífica de las controversias debe regir a la controversia y al conflicto. Es para el desarrollo de las estrategias de Colombia tendientes a responder a esos desafíos que pueden servir en el futuro las enseñanzas derivadas de la discusión académica. La enseñanza principal tiene que ver con la propuesta de excepciones u objeciones preliminares. A este respecto, hay que concluir que, en un primer escenario, Colombia pudo abstenerse de presentar tales excepciones, que fue la posición procesal adoptada por Honduras en su caso contra la misma Nicaragua, propuesto por ésta última. De haber optado por esa opción procesal, Colombia pudo pedir a la Corte decidir la cuestión de fondo, evento en el cual, muy probablemente, la decisión habría ido también dirigida hacia la confirmación de las efectividades incuestionables de Colombia sobre el territorio del departamento archipiélago. En el segundo escenario, Colombia opta por presentar excepciones preliminares, con lo cual obtuvo, en la misma decisión

sobre las excepciones preliminares, el reconocimiento de las efectividades únicamente sobre el territorio de las tres islas principales del departamento archipiélago, con lo cual aseguró una parte de la discusión frente a Nicaragua, en lo

que respecta la parte territorial de la controversia. (...) Al haber aceptado comparecer

ante la Corte en el proceso propuesto por Nicaragua, aún proponiendo excepciones preliminares que objetaron, procesalmente de forma válida, la competencia de esa Corte, Colombia está demostrando su compromiso con el derecho internacional y su respeto a las instituciones y normas que lo rigen”⁸. (Negrillas fuera de texto).

Del párrafo transcrito se desprende con claridad que las opciones de comparecencia o no comparecencia no son en absoluto triviales, y que sus múltiples corolarios requieren de cuidadosa apreciación (lo que se obtuvo o se hubiese podido o no obtener por una u otra vía; la imagen internacional, etc.).

La discrecionalidad y el manejo de los asuntos internacionales

Tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han abordado en diversas oportunidades la cuestión de las potestades discrecionales -clase a la cual pertenecerían en principio las que tienen que ver con decisiones de corte político- procesal como la que se viene tratando-:

Ya desde 1975 la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado había apuntado:

“Hay casos en que es forzoso dejar a la apreciación del órgano o funcionario algunos de aquellos aspectos. Unas veces será la oportunidad para decidir, facultándolo para obrar o abstenerse, según las circunstancias; otras, la norma le dará opción para escoger alternativamente en varias formas de decisión; en algunas ocasiones, la ley fijará únicamente los presupuestos de hecho que autorizan para poner en ejercicio la atribución de que se trata, dando al órgano potestad para adoptar la decisión conveniente. Esto es, que hay facultades administrativas que se ejercen dentro de un cierto margen de discrecionalidad del funcionario u órgano, dejándole la posibilidad de apreciar, de juzgar, circunstancias de hecho y de oportunidad y conveniencia, ya para actuar o no hacerlo, o para escoger el contenido de su decisión, dentro de esos mismos criterios.

Pero, en consecuencia, no hay en el Estado de derecho facultades puramente discrecionales, porque ello eliminaría la justiciabilidad de los actos en que se desarrollan, y acabarían con la consiguiente responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. En el ejercicio de la facultad reglada hay mera aplicación obligada de la norma: en el de la relativa discrecionalidad, la decisión viene a ser completa por el

⁸ Ramírez, A. y Rengifo, A. La decisión de la Corte Internacional de Justicia sobre las Excepciones Preliminares propuestas por Colombia en el caso Nicaragua contra Colombia. Memorias del foro internacional Fronteras en el Caribe. Universidad Nacional, 2009.

juicio y la voluntad del órgano que añaden una dimensión no prevista en la disposición.”

Por su parte la Corte Constitucional señaló en 1995:

“(.) puede afirmarse que hay facultad o competencia discrecional cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancia de hecho determinadas, es libre (dentro de los límites que fije la ley) de adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta no está previamente determinada por la ley. A contrario sensu hay competencia reglada cuando la ley ha previsto que frente a determinados supuestos de hecho el administrador debe tomar las medidas a él asignadas en forma expresa y sujetarse a las mismas”^{9 10}

La Corte Constitucional se ha referido, por otra parte, a la naturaleza política del manejo de las relaciones internacionales en términos que la vinculan con la discrecionalidad:

“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”¹¹.

La Corte se refiere en el fallo citado, al nombramiento de Jefes de Misión, pero lo que importa subrayar es la clara atestación de la “naturaleza eminentemente política” de las funciones que cumple el Presidente en cuanto a la dirección de las relaciones internacionales. En la misma textura arriba utilizada la Corte descarta las aproximaciones “administrativistas” a esta clase de asuntos.

Por lo demás, también en el dominio político interior existen circunstancias respecto de las cuales la Constitución y la Ley prevén amplios espacios de discrecionalidad para el Presidente de la República, en cuanto a la escogencia de una u otra medida específica. En fallo de 1992, por ejemplo, la Corte se refirió al tema del restablecimiento del orden público, así:

“La escogencia de las medidas concretas dirigidas a restablecer el orden público - en cualquiera de sus manifestaciones - es una función que corresponde al Presidente, y para cuyo buen suceso resulta necesario conferirle un adecuado margen de discreción, pues si hay algo que conspira contra la eficaz solución de una situación de anormalidad es la estricta predeterminación de las medidas que ante circunstancias extraordinarias - muchas veces desconocidas e imprevisibles - puedan o deban tomarse¹².

⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 22 de octubre de 1975.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-525 de 1995, Exp. D - 942, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C -129-94

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-004-92

Radicación interna 2313

Página 15 de 27

También la Sala de Consulta revisó en 2015 las distinciones entre facultad reglada y facultad discrecional, en los siguientes términos:

“Si bien en algunos casos la administración debe actuar de tal manera que esta no tiene otra alternativa que obrar en la forma indicada o establecida por el mandato legal (facultad reglada), en otros, puede ocurrir que el ordenamiento le otorgue la autonomía o libertad para que, valorando las circunstancias de hecho, la oportunidad o conveniencia general, determine como ejercer una competencia (facultad discrecional). (...) En lo que concierne a la facultad discrecional se ha señalado que esta constituye una herramienta necesaria para la consecución de los fines estatales y el adecuado cumplimiento de las funciones que le han sido asignadas a la administración, pues esta, en un contexto de cambiantes y complejas relaciones jurídicas, debe contar con instrumentos que le permitan decidir con algún grado de libertad cómo proceder. Igualmente, la potestad discrecional permite a la administración resolver de mejor manera los casos particulares o concretos a los que debe enfrentarse. Con todo, debe resaltarse que la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, por lo tanto la autoridad administrativa debe ejercerla dentro de los límites señalados por la ley y la jurisprudencia. En esta dirección, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su artículo 44 dispuso: “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”. Asimismo, la jurisprudencia nacional ha señalado que la potestad discrecional debe adelantarse bajo criterios de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, buscar la satisfacción del interés general, la consecución de los fines del Estado, la prestación de un buen servicio y la efectividad de los derechos e intereses de los ciudadanos”¹³.

Se cae de su peso que: (i) si la administración en general requiere en multitud de ocasiones de espacios de discrecionalidad, nada extraña que dichos espacios se encuentren consagrados para el Gobierno en lo que atañe al manejo de las relaciones internacionales (de naturaleza política a fuer de formar parte de la estrategia diplomática que parte del conocimiento inveterado de que “la controversia y el conflicto son lo propio de las relaciones internacionales”), y cuya particular complejidad es consistente con la voluntad del constituyente en el sentido de no reglar las competencias del Presidente de la República; y (ii) los criterios de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, el interés general, la consecución de los fines del Estado, la prestación de un buen servicio y la efectividad de los derechos e intereses de los ciudadanos, son inexcusables en toda decisión que haya de tomarse desde la discrecionalidad y, por ende, están supuestos en las que conciernen a la dirección de materia tan delicada como las relaciones internacionales, las cuales no escapan a las advertencias sobre la improcedencia de la arbitrariedad a que se refiere el concepto citado.

¹³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de fecha 3 de julio de 2015, Radicado número: 11001-03-06-000-2015-00042-00(2247).

Radicación interna 2313

Página 16 de 27

Arboleda, al comentar el artículo 44 de la Ley 1437 de 1911¹⁴, puntualiza: “Discrecionalidad no significa arbitrariedad, no sólo por las exigencias éticas en el ejercicio de las funciones administrativas, sino porque el derecho ha aceptado como elementos esenciales del acto administrativo la causa y el fin de los mismos, los cuales deben ser legales.”¹⁵

García de Enterría explica que la discrecionalidad es “. esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración”¹⁶

La discrecionalidad que se defiere al Ejecutivo para el manejo de las relaciones en el terreno del derecho internacional -siguiendo la clasificación de Penagos¹⁷-, combina características de discrecionalidad política, táctica y técnica. Es política y táctica (i.e. estratégica) por cuanto el mundo de las relaciones internacionales se constituyó desde siempre como campo abonado para dichas texturas. La conocida frase de Von Clausewitz, “la guerra es la prolongación de la política por otros medios”, admite después de las dos guerras mundiales una lectura en clave de paz en el sentido de que la diplomacia internacional es la “política” que evita las conflagraciones.

Y es también discrecionalidad técnica puesto 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.

Optar por comparecer o no comparecer debe entenderse como el producto de sesudas reflexiones de la administración hechas dentro de los marcos axiológicos y teleológicos constitucionales y legales que presiden la conducción de las relaciones internacionales del país. La locución “técnica” suele asociarse a las llamadas ciencias “duras”, pero es evidente que la conducta procesal ante la CIJ, cuando se sujeta a escogencias estratégicas, implica el conocimiento y el respeto de las técnicas procesales propias del derecho internacional a cuyo cargo dicha corte se encuentra.

¹⁴ Ley 1437 de 2011, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, Artículo 44. “Decisiones discrecionales. 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.”

¹⁵ ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José, Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 2ª ed., Legis Editores S.A., Bogotá, 2012.

¹⁶ García de Enterría y Fernández T.R. “Curso de Derecho Administrativo. Ed. Thomson Civitas, Navarra, 2011. Página 483

¹⁷ Penagos propone siete clases de discrecionalidad: Reglamentaria; de Planificación; de Iniciativa; Política Stricto-Sensu; técnica; táctica; y de gestión. PENAGOS, Gustavo, El Acto Administrativo, Tomo II, 6a ed., Ed. Doctrina y Ley, Bogotá, 1997, pp. 22 - 23.

Radicación interna 2313

Página 17 de 27

Es entendible que la mayor o menor discrecionalidad alrededor de las actuaciones del Ejecutivo responda a una base ontológica. Así, De Vega trae a colación el punto de vista de Fernando Sainz Moreno, en el sentido de que la discrecionalidad no suele ser caprichosa sino necesaria, en la medida en que viene impuesta por la naturaleza de los problemas por resolver, en virtud de su especial complejidad o dificultad¹⁸.

Por otra parte, tal y como se estableció en precedencia, las facultades discrecionales del Ejecutivo para efectos del manejo de las relaciones internacionales no son absolutas. A estas alturas resulta menester recordar los marcos dentro de los cuales debe el Ejecutivo por mandato constitucional ejercer las funciones y competencias relativas a la conducción de dichas relaciones. En reciente sentencia la Corte se ocupó del tópico en los siguientes términos:

Los principios como mandatos constitucionales. 4.8.1.1. El artículo 9° de la Constitución constituye, conjuntamente con los artículos 226 y 227, el referente jurídico del desarrollo de las relaciones internacionales del Estado Colombiano. De los tres enunciados se deriva: (i) un mandato de fundar dichas relaciones en la soberanía nacional, en la autodeterminación y en el reconocimiento de los principios de derecho internacional aceptados por la República de Colombia, (ii) un mandato de promover la internacionalización de las relaciones políticas, económicas sociales y ecológicas a partir de una triple exigencia de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, (iii) un mandato de orientar la política internacional a la integración latinoamericana y del caribe, y (iv) un mandato de promover la integración de los países de América Latina y del Caribe en las dimensiones social, económica y política creando, para el efecto, organismos supranacionales o incluso una comunidad latinoamericana de naciones. Adicionalmente, de la Constitución Política emana un mandato de materializar la integración mediante la celebración de tratados que se ajusten a la igualdad, equidad y reciprocidad (...) 4.8.1.1.1. La Corte emprenderá el análisis de tal disposición centrando su atención en el mandato de fundar las relaciones internacionales en el reconocimiento de los principios de derecho internacional aceptados por Colombia. El mandato de fundar las relaciones internacionales en la soberanía nacional, en la autodeterminación y en el reconocimiento de los principios de derecho internacional aceptados por la República de Colombia, reviste un significado especial, en tanto dicho mandato equivale a prescribir que el punto de partida de las relaciones internacionales se encuentra en las tres exigencias allí señaladas -algunas específicamente y otras de forma genérica-.¹⁹

¹⁸ De Vega, Gabriel, La Discrecionalidad Administrativa, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, 1984.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-269-14

Radicación interna 2313

Página 18 de 27

Los mandatos referidos contienen conceptos de textura abierta como la equidad, la reciprocidad, la igualdad y la conveniencia nacional, que no son equiparables a los conceptos jurídicos indeterminados en sentido estricto de que habla la doctrina²⁰.

Para la Sala, en fin de cuentas y a pesar de que en general los términos de que se

viene hablando -potestad reglada/potestad discrecional, “discrecionalidad”, y sus

opuestos- suelen utilizarse como variables binarias, es lo cierto que en la práctica su uso demanda la admisión de tonalidades de gris, lo que ha llevado a las altas cortes

a plantear que no existen “actos pura o totalmente reglados” ni “actos pura o totalmente discrecionales”.

La escogencia de la conducta procesal internacional adecuada -bajo examen- no es meramente volitiva ni mucho menos caprichosa. Pero la atención a los marcos constitucionales que rigen el manejo de las relaciones internacionales tampoco puede asimilarse a términos estrictamente cognitivos e interpretativos. Las escogencias táctico-estratégicas pertenecen al mundo de la diplomacia, que no es otra cosa que política internacional como quedó explicado, y por ende no admiten esa misma aproximación, sin perjuicio de exigir suficiente fundamentación al momento de ser decididas. La Sala entiende, en consecuencia, que la discrecionalidad del Ejecutivo respecto de las escogencias de conducta que se vienen analizando es especial en el sentido de que merece una aproximación particularmente amplia.

Las responsabilidades política y jurídica

La responsabilidad política.

Una breve mención respecto de la responsabilidad política resulta útil para efectos de contraste con la responsabilidad jurídica en la que la Sala pondrá foco acto seguido. La responsabilidad política resulta ser ubicua en todo lo que tiene que ver

²⁰ En providencia de 2012 -Corte Constitucional, Sentencia C-030, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva- la Corte se inclina por la tendencia doctrinal que distingue discrecionalidad, por un lado, de operación con conceptos jurídicos indeterminados por otro: “La categoría de conceptos jurídicos indeterminados se refiere a aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por el legislador, que limitan o restringen el alcance de los derechos y de las obligaciones que asumen los particulares o las autoridades públicas. La jurisprudencia constitucional ha precisado, que los conceptos jurídicos indeterminados, lejos de permitir al operador jurídico interpretar y decidir libremente en su aplicación, se encuentran sujetos a una única solución en el asunto en concreto de que se trate, en cuanto el mismo ordenamiento jurídico a través de los distintos métodos de interpretación, le impone al mismo dicha decisión, y estos conceptos a pesar de la indeterminación deben ser precisados al momento de su aplicación de manera armónica y sistemática con el ordenamiento jurídico, las normas constitucionales y legales, y de acuerdo con las disposiciones que regulan la institución jurídica en concreto a la cual se refieren.”

Radicación interna 2313

Página 19 de 27

con el ejercicio del poder que la Constitución y las leyes defieren a los funcionarios públicos, y se manifiesta de múltiples maneras.

En las democracias parlamentarias esa responsabilidad tiene lo que se puede denominar un sentido estricto, el cual ha sido trasladado con las condignas limitaciones a los regímenes presidenciales. Así, la Constitución colombiana en el artículo 114 asigna al Congreso de la República las funciones de “reformular la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración.”

Es decir, el control político ejercido por el Congreso no opera directamente contra el Presidente de la República. El mecanismo de la moción de censura se dirige contra “los Ministros del Despacho y demás autoridades”²¹

Sobre la responsabilidad del Presidente, la Constitución señala:

Artículo 198. El Presidente de la República, o quien haga sus veces, será responsable de sus actos u omisiones que violen la Constitución o las leyes.

Artículo 199. El Presidente de la República, durante el período para el que sea elegido, o quien se halle encargado de la Presidencia, no podrá ser perseguido ni juzgado por delitos, sino en virtud de acusación de la Cámara de Representantes y cuando el Senado haya declarado que hay lugar a formación de causa.

Para los efectos de este concepto -en el que se pregunta por los bordes constitucionales y legales de la posible discrecionalidad del Presidente en conductas procesales ante la CIJ- baste con consignar que los extravasamientos de cualquier funcionario público pueden dar lugar a procesos de responsabilidad política, pero que esta no depende de aquellos en tanto y en cuanto su naturaleza política la hace precisamente sujeto de valoraciones de ese mismo tenor, ligadas a las distintas formas de evaluar la conveniencia, tanto como a las tendencias de la opinión. Siguiendo a Dahl puede afirmarse que “asumir responsabilidad significa determinar lo que uno debe hacer, y esto requiere adquirir conocimiento, reflexionar sobre las motivaciones, predecir los resultados, criticar los principios vigentes, etc.... La responsabilidad es consecuencia de la capacidad de elección que tiene el ser humano, {los seres humanos} no pueden renunciar a la responsabilidad por sus actos, aunque sí pueden negarse a reconocerla o asumirla”²²

²¹ El artículo 114 constitucional, en punto al control político se desarrolla en la Ley 5a de 1992, “Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes”, artículo 6o. “Clases de funciones del Congreso. El Congreso de la República cumple. 3. Función de control

político, para requerir y emplazar a los Ministros del Despacho y demás autoridades y conocer de las acusaciones que se formulen contra altos funcionarios del Estado. La moción de censura y la moción

de observaciones pueden ser algunas de las conclusiones de la responsabilidad política. “; artículo 29. “Concepto. Por moción de censura se entiende el acto mediante el cual el Congreso en pleno, y

por mayoría absoluta, reprocha la actuación de uno o varios Ministros del Despacho dando lugar a la

separación de su cargo.”

²² Dahl, Robert. La democracia y sus críticos. Barcelona, Ediciones Paidós S.A.1992. p. 56.

Radicación interna 2313

Página 20 de 27

Quienes se ocupan de derivar responsabilidades políticas -respecto de quienes ejercen el poder- suelen hacerlo -y naturalmente pueden hacerlo- a partir de juzgar tanto los medios utilizados como los resultados, en juicios que por supuesto responderán al talante del juzgador respectivo y tendrán consecuencias en la vida política que son impredecibles. En el tema sub examine, como se verá, las responsabilidades jurídicas que se pudieran derivar de optar por una u otra estrategia procesal tienen que ver con el haber o no honrado las exigencias propias de la obligación de medio ínsita en tal escogencia, y no con los

resultados, habida cuenta de que en todo caso se trata de asumir riesgos que, aunque se presume y se espera que sean debidamente calculados, no dejan de ser terreno contingente por efecto de las precauciones que se puedan tomar.

Las responsabilidades jurídicas

El ejercicio de la función pública es fuente de responsabilidad para los servidores públicos en los términos que establezca la ley. Así lo dispone la Constitución Política:

Artículo 6°. “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”

Artículo 124. “La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”.

Dicha responsabilidad se predica entonces de toda actividad de la administración, incluida aquella que, como la consultada, es de naturaleza discrecional, pues como lo sintetizó la Sala en el arriba citado concepto de octubre 22 de 1975, aceptar facultades puramente discrecionales acabaría con la responsabilidad del Estado y de sus servidores.

La responsabilidad por las decisiones de naturaleza discrecional requiere tener presente el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, conforme al cual:

“Decisiones discrecionales. 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.”

El código en cita, entonces, define la potestad discrecional de la administración con referencia a sus límites y no a su contenido.

Radicación interna 2313

Página 21 de 27

En esta perspectiva, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de esta Corporación, en reciente pronunciamiento²³ delimitó los alcances del control judicial - y consecuente responsabilidad del Estado y sus servidores - en el ejercicio de facultades discrecionales, a partir del análisis de los elementos del acto administrativo a saber: (i) el órgano competente; (ii) las formas y procedimiento; (iii) el motivo y motivación; (iv) la finalidad, y (v) el objeto o contenido”, y señaló:

“Casi todos los elementos del acto administrativo o reglamento son reglados, no así, en muchos casos, el contenido u objeto del acto, que suele tener un componente de discrecionalidad, esto es, de libre configuración por parte del funcionario u órgano que los dicta²⁴.

En efecto, el elemento relacionado con la competencia formal de los órganos que expiden los actos administrativos es un elemento de tipo reglado. La ley o los reglamentos deben atribuir la competencia a los órganos públicos y no es posible pensar que, a mera discreción, un agente de la administración asuma el conocimiento y decisión de los variados

negocios que resuelve el Estado.

La forma y el procedimiento también es un elemento reglado. Las leyes y los reglamentos suelen indicar claramente los trámites y el sendero obligado que deben seguirse para expedir un acto administrativo. Un agente de la administración no es libre ni autónomo para elegir en el camino qué formas y qué procedimientos sigue y cuáles otros desecha o deja de observar, sin perjuicio del principio de autotutela administrativa para imponerse trámites y plazos cuando la ley lo permita.

El elemento relacionado con los motivos que tiene la administración para dictar el acto administrativo o reglamento, esto es, la situación fáctica que debe estudiar la administración para adoptar la decisión administrativa, tampoco es propiamente un asunto discrecional. No puede un agente del Estado, a discreción, crear una situación fáctica, suponer un hecho que no existió o no darle a ese hecho el efecto y

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, Sentencia del 10 de septiembre de 2015, Radicación número: 11001-03-26- 000-2014-00054-00(21025)

²⁴ [Cita de la sentencia] “Sobre el tema, García de Enterría, en Lucha Contra las Inmunidades de Poder (1983:24), dice:

‘La primera reducción de este dogma de la discrecionalidad se opera observando que en todo acto discrecional hay elementos reglados suficientes como para no justificarse de ninguna manera una abdicación total del control sobre los mismos. Estos elementos reglados son, por de pronto, la misma existencia de la potestad, de cuyo ejercicio dimana el acto, la extensión concreta de esta potestad, que es imposible que sea totalmente indeterminada, y, en fin, la competencia para ejercitarla. Estos son siempre elementos necesariamente reglados. Luego lo son normalmente, aunque pueden no darse o darse en distinta medida, las formas determinantes para el ejercicio de la potestad y, en fin, el fondo parcialmente discrecional en cuanto al fondo, que obliga, pues, a considerar o a partir de ciertos elementos reglados previos (por ejemplo, ascenso por elección entre funcionarios, pero dentro del primer tercio de la escala de la categoría inmediatamente anterior, o entre los que tengan tantos años de antigüedad o tales cualificaciones).’”

Radicación interna 2313

Página 22 de 27

alcance que debiera tener. Otra cosa pasa con la valoración de los hechos, que sí puede ser sometida a un juicio en el que surge cierto margen de apreciación en cabeza del agente para medir el alcance de esa situación fáctica. Este juicio sobre los hechos se traducirá luego en el contenido del acto, esto es, en la parte resolutive.

La finalidad del acto administrativo sí que resulta ser reglada. Es la ley la que traza de antemano el objetivo de la competencia. No es libre el funcionario de decidir motu proprio hacia dónde dirige la finalidad del acto. Si eso pasara, ocurriría un auténtico caso de desviación de poder.

En cambio, el contenido del acto, esto es, la parte resolutive, es el elemento que, en un

momento dado, sí puede ser clasificado como discrecional o reglado. Si hay libertad de configuración del objeto del acto, el acto es discrecional. Eso ocurre, por ejemplo, en los casos de nombramiento libre de agentes del Estado. Y ocurre, en general, cuando la administración tiene varias opciones de decisión y cualquiera de ellas es válida. Si no hay libertad de configuración del objeto, el acto administrativo es reglado. El agente solo tiene una opción válida ante una determinada situación fáctica. (La negrilla es de la Sala.

A continuación analiza el tipo de control que a la jurisdicción de lo contencioso administrativo compete respecto de los componentes reglado y discrecional de las decisiones de la administración, y sobre el segundo argumenta:

“Frente al componente discrecional de los actos demandados, en este caso, a este tribunal le compete decidir si el contenido y el fin de la decisión está fundado en las normas que habilitan al Gobierno Nacional para adoptar la decisión de enajenar el activo que le pertenece, esto es, se trata de definir si la decisión administrativa y el fin perseguido es acorde con el interés público en el marco del orden jurídico ya establecido.

Y esa forma de control parte por aceptar que aún el ejercicio de la potestad discrecional debe sujeción al ordenamiento jurídico, que es el que finalmente suele definir los elementos básicos que permiten ejercerla. Además, es pertinente el estudio de los hechos determinantes (esto es, el examen de la realidad del supuesto fáctico que permite la decisión)²⁵ y la razonabilidad del contenido de la decisión.

²⁵ [cita de la sentencia] Sobre el tema, en Curso de Derecho Administrativo, Eduardo García de Enterría (2013:15) explica:

Toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como presupuesto fáctico de la norma de cuya aplicación se trata. Este hecho ha de ser una realidad como tal hecho (existencia de la vacante, aparcamiento en lugar prohibido, etc.) y ocurre que la realidad es siempre una y sólo una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y otra. La valoración de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad, como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del Derecho Administrativo.

(.)

Radicación interna 2313

Página 23 de 27

De modo que si el componente discrecional del acto por juzgar pretende cumplir la finalidad de la norma que lo autoriza, si los hechos determinantes están bien acreditados y el contenido del acto es razonable, la decisión discrecional que haya tomado la administración sale adelante. No le es permitido al juez sustituir a la administración, en esas condiciones, para adoptar o suponer que era necesario tomar la decisión que el juez cree ahora más acertada (lo que García de Enterría llama «libre estimación alternativa por los jueces»²⁶), pues eso terminaría por aniquilar o anular la potestad discrecional propia del gobierno. El juez está obligado a respetar el ámbito de autonomía en el que en muchos

casos se debe mover la administración.”

En esa perspectiva, es decir, excluida la arbitrariedad en el ejercicio de la potestad discrecional porque su contenido se adecua a los fines y a las formas que se imponen al actuar de la administración, igualmente se excluirían eventuales responsabilidades de los servidores públicos intervinientes, en la medida en que se configurarían las garantías que gobiernan la salvaguarda de los principios que rigen la función pública, en los términos del artículo 22 de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único:

“Artículo 22. Garantía de la función pública. El sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes.”

El Ministro y el Ministerio de Relaciones Exteriores

Esta facilidad en orden a la práctica de cualquier clase de pruebas hace perfectamente viable un control pleno de la exactitud de los hechos determinantes de la decisión y, a través de él, del correcto uso de los poderes discrecionales de la Administración, que, cualquiera que sea su efectivo alcance, sólo pueden operar cuando se producen las concretas circunstancias de hecho previstas en la norma que atribuye tales poderes.

²⁶ [Cita de la sentencia] García de Enterría, en Democracia, Jueces y Control de la Administración (2005:152), expone: (...) un control judicial de la discrecionalidad, y en particular el que abre –y obliga– el principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad, ni es abrir la posibilidad a una libre estimación alternativa por los jueces a las estimaciones discrecionales que en virtud de la Ley corresponde legítimamente hacer a la Administración, ni supone un desconocimiento de la función política que dentro del conjunto constitucional de poderes corresponde a éste. Es, sencillamente, hacer efectiva la regla no menos constitucional de la vinculación de la Administración a la Ley y al Derecho – concepto este último que por sí solo remite a los principios generales–, así como la de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos, principios ambos que sólo como principios generales del Derecho en sentido rigurosamente técnico pueden actuar y ser hechos valer por los Tribunales de justicia (.) / A través de ese control, por tanto, no incurren los jueces en ningún exceso en su función, sino que actúan el riguroso officium iudicis, de acuerdo con el papel que a este oficio asigna la Constitución misma y de acuerdo también con el sentido actual más depurado de la aplicación del Derecho y de la función judicial.

Radicación interna 2313

Página 24 de 27

El artículo 208 de la Constitución define a los ministros como “los jefes de la administración en su respectiva dependencia” y agrega que “Bajo la dirección del Presidente de la República, les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley.”

Además, de conformidad con el inciso segundo del artículo 116 constitucional:

“El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno. “

La Ley 489 de 1998²⁷, siguiendo el mandato constitucional, enlista las funciones generales de los ministros. Para el caso en estudio, el artículo 59, numeral 6, incluye la de “Participar en la formulación de la política del Gobierno en los temas que les correspondan y adelantar su ejecución.”

Esta función genérica sobre formulación de las políticas de Gobierno, se concreta en las normas orgánicas y de estructura y funciones del respectivo ministerio.

Así, de acuerdo con el artículo 3° del Decreto 869 de 2016, 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.”

Y en el artículo 7° del decreto en cita, se asignan las funciones del despacho del Ministro, entre las cuales están:

“1. Formular y proponer al Presidente de la República la política exterior de Colombia.

2. Hacer seguimiento a la ejecución de la política exterior y las relaciones internacionales del país, realizar su evaluación y proponer los ajustes y modificaciones que correspondan.

(.)”

Según se explicó atrás, el Ministro, como integrante del gobierno, es sujeto de control político por parte del Congreso de la República. Por otra parte, como empleado público en ejercicio de función administrativa, es sujeto de control disciplinario.

²⁷ Ley 489/98 (diciembre 29), “por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.”

Radicación interna 2313

Página 25 de 27

Se trata de precisar entonces, con referencia al tema consultado, que la decisión de comparecencia o no comparecencia ante la Corte Internacional de Justicia, que constituye la elección de una estrategia de defensa judicial dentro del marco de un proceso de derecho internacional público y se configura como una decisión no solo jurídica sino política según se explicó, supone que por parte del Ministro de Relaciones Exteriores y del Ministerio a su cargo, se despliega una conducta ajustada a los principios constitucionales bajo los cuales debe desarrollarse la función pública, se actúa bajo el principio de la buena fe y se orientan las decisiones y las acciones a la defensa del territorio nacional, de manera fundada.

La armonía de la conducta con los parámetros constitucionales y legales que rigen las funciones ínsitas en el proceso de formulación y adopción de la política de defensa de los intereses nacionales que se adopte, es la medida que permite precaver responsabilidades.

La Sala RESPONDE:

- i. **A la luz del derecho colombiano, ¿existe algún deber del señor Presidente la República y de su Ministro de Relaciones Exteriores, que los obligue a decidir que Colombia ha de comparecer en los dos procesos que actualmente cursan contra ella ante la Corte Internacional de Justicia y en todas las fases de los mismos?**

El derecho interno colombiano no contempla como obligación o deber el que el Presidente de la República y su Ministro de Relaciones Exteriores, provean a la comparecencia de Colombia en los dos procesos que actualmente cursan en su contra ante la Corte Internacional de Justicia. La decisión sobre comparecencia o no pertenece a la órbita de discrecionalidad del jefe de Estado en cuanto responsable del manejo de las relaciones exteriores. El Gobierno, teniendo en cuenta la mejor defensa de los intereses del país, puede y debe tomar bajo su entera responsabilidad las decisiones que considere más convenientes y en consecuencia podrá determinar si comparecer o no -y en qué fases- en relación con los procesos enunciados. No obstante que la decisión sobre comparecencia no es reglada, la función presidencial de “Dirigir las relaciones internacionales” en cuyo desarrollo tal decisión se toma, se entiende enmarcada específicamente por los principios ordenados en el artículo 9 superior, a saber: la soberanía nacional, el respeto a la autodeterminación de los pueblos y el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia. Amén de estos principios, el Jefe de Estado deberá atender al mandato constitucional contenido en el artículo 2 superior que enumera entre los fines esenciales del Estado el de mantener la integridad territorial, tanto como -en lo que corresponda- tener en consideración las previsiones contenidas en los artículos 101, 225, 226 y 227 superiores.

Radicación interna 2313

Página 26 de 27

- ii. **¿Cuenta el señor Presidente de la República, en su calidad de director de las relaciones internacionales, con la facultad para decidir sobre la comparecencia o no de Colombia ante la Corte Internacional de Justicia en casos que sean incoados contra ella?**
- iii. **¿Puede decidir el Gobierno Nacional no comparecer ante la Corte Internacional de Justicia cuando considera que esta es la mejor estrategia para proteger los altos intereses de la Nación?**

En los términos expresados en este concepto, el Presidente de la República, en su calidad de director de las relaciones internacionales, tiene plena competencia para tomar la decisión en relación con la comparecencia o no de Colombia ante la Corte Internacional de Justicia en los procesos que se adelanten en su contra, en cuanto, de manera fundada, considere dicha estrategia como la más adecuada en orden a proteger los intereses de la Nación.

- iv. **¿Variaría la respuesta a las preguntas anteriores cuando la decisión de la Corte Internacional de Justicia podría afectar los límites de la plataforma continental?**

El hecho de que la decisión de la Corte Internacional de Justicia pueda afectar los límites de la plataforma continental de Colombia forma parte de las variables que debe considerar el Jefe de Estado al momento de tomar la decisión de que Colombia comparezca o no, decisión que como queda dicho en este concepto pertenece a su órbita de discrecionalidad en cuanto responsable del manejo de las relaciones exteriores.

- v. **¿Existe alguna norma jurídica que impida que el señor Presidente de la República decida comparecer en uno de los dos procesos que actualmente cursan contra Colombia ante la Corte Internacional de Justicia, pero no en el otro?**

Tratándose de decisiones no regladas, o facultades discrecionales o configuradas discrecionalmente, y que al tenor de lo señalado en este concepto han de depender de la evaluación concreta de cada caso, nada impide al Presidente de la República el tomar la decisión de comparecer en uno de los dos procesos que actualmente cursan contra Colombia ante la Corte Internacional de Justicia, al tiempo que decide no comparecer en el otro.

Remítase al señor Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

Radicación interna 2313

Página 27 de 27

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Presidente de la Sala

OSCAR DARIO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretario de la Sala



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Ministerio de Relaciones Exteriores

ISSN 2256-1633

Última actualización: 30 de septiembre de 2024 - (Diario Oficial No. 52.869 - 4 de septiembre de 2024)

