

El Interés Público como concepto jurídico

Teoría de la determinación en sentido general.

Autor: EDMER LEANDRO LOPEZ-PEÑA

TESIS DE DOCTORADO UDC / 2016

Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano¹



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

¹ Programa regulado polo RD 1393/2007 ou RD 99/2011: Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano

El Interés Público como concepto jurídico

Teoría de la determinación en sentido general.

Autor: EDMER LEANDRO LOPEZ-PEÑA

TESIS DE DOCTORADO UDC / 2016

Director: Ph-D Ph-D Ph-D (C) CIRO NOLBERTO GÜECHÁ MEDINA

Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano²



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

² Programa regulado polo RD 1393/2007 ou RD 99/2011: Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano

Honorable:
COMISIÓN ACADÉMICA DEL PROGRAMA DE DOCTORADO (CAPD)
Universidad de la Coruña.
España.

ASUNTO: Informe y aval dirección de Tesis Doctoral Titulada: **“El Interés Público como concepto jurídico. Teoría de la determinación en sentido general”**, elaborada por el estudiante **EDMER LEANDRO LÓPEZ PEÑA**.

CIRO NOLBERTO GÜECHÁ MEDINA Ph.D-Ph.D-© Ph.D, en mi calidad de director de la tesis doctoral de la referencia, acudo ante ustedes para rendir el presente informe con el objeto de dar aval positivo a la tesis doctoral realizada en el marco del programa de Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano (DAI), por el estudiante **EDMER LEANDRO LÓPEZ PEÑA**.

Descripción General de la Tesis Doctoral:

1. Título: **El Interés Público como concepto jurídico. Teoría de la determinación en sentido general.**
2. Pregunta de investigación: **¿Puede en sede de teoría del derecho administrativo sustentarse ambigüedad en la fórmula del interés público como concepto jurídico indeterminado y, de ser así, proponerse una salida teórico-jurídica a ésta, que esté conforme a los principios de seguridad jurídica, juridicidad y tutela judicial efectiva?** Formulándose como tesis la existencia de ambigüedad, explicada bajo la amplitud de subjetividad, la relatividad de la fórmula de única solución justa o respuesta correcta, y a partir de allí, proponiéndose la construcción teórica *de la determinación en sentido general del interés público*, suscitando la inclusión en el texto de las constituciones políticas el principio autónomo de interés público, con lo cual se lograría orientar la actuación de la administración y de los jueces en torno a dicho concepto; la inclusión en el texto constitucional determina un control desde el nivel constitucional de la actuación de los poderes públicos, por ello se decanta la unificación de las causales de control de la actuación administrativas, en una sola, denominada : lesión al interés público. Con base en lo anterior se decanta que principios como seguridad jurídica, tutela judicial efectiva y juridicidad se fortalecen, además de un cuarto principio que es desarrollado de forma sumaria, titulado: empoderamiento del constituyente primario.
3. **Objetivo general de la tesis doctoral:** Determinar en sede de teoría del Derecho Administrativo el reemplazo de la institución interés público como concepto jurídico indeterminado por la institución interés público como concepto de determinación en sentido general y en consecuencia formular la técnica de control *“lesión de interés público*.

4. El desarrollo conceptual en respuesta a la pregunta de investigación y en relación con la tesis y el objetivo general, se fijó la siguiente estructura del trabajo: El escrito está conformado por dos capítulos, cada uno dividido en dos secciones, los cuales, a su vez, se dividen en apartados A y B. Agregando en la sección II del capítulo segundo el apartado C. En el capítulo primero se describe los fundamentos normativos, doctrinales y jurisprudenciales, que reconocen al interés público como concepto Jurídico indeterminado, evaluando en la sección I, la noción de interés público a partir del enfoque de la contemporaneidad (A), como la doctrina especializada que ha pretendido estipular al interés público como concepto jurídico indeterminado (B). En la sección II titulada: interés público concepción normativa, legislativa y judicial. Se hace un breve análisis de la dimensión legal del interés público en algunos ordenamientos jurídicos iberoamericanos (España, Colombia, Argentina, Bolivia, Venezuela, Ecuador), recayendo exclusivamente a la formulación del interés público como concepto jurídico en la Constitución y en el régimen jurídico administrativo y contencioso administrativo de los ordenamientos escogidos (A), para luego, abordar el tratamiento jurisprudencial del interés público en la jurisdicción contenciosa administrativa de Colombia (B), análisis que permite conducir al discurso sobre la Amplitud de subjetividad. Mientras el capítulo primero es de contenido y esencia descriptiva, en el capítulo segundo, por el contrario, se estipula en la sección I, a título de crítica, la ambigüedad en el Estado contemporáneo de la fórmula de interés público como concepto jurídico indeterminado (A), fundamentando la necesidad de re-planteo del interés público como concepto indeterminado a partir del fenómeno jurídico de la re-materialización constitucional (B). En la sección II, apartado (A), se describe en sede de teoría del derecho administrativo el *concepto jurídico de determinación en sentido general del interés público*, siendo una respuesta a la indeterminación, de por si conflictiva, del interés público. De este nuevo tipo de concepto jurídico y su materialización en la constitución política, brota la causal de control de las actuaciones de la administración, *lesión del interés público*, que es descrita en su sentido formal y material en el apartado (B), concluyendo la sección II con el aparato (C) titulado: el interés público como concepto jurídico de determinación en sentido general: una expresión de seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, juridicidad y empoderamiento del constituyente primario.
5. **Interés y novedad de la tesis doctoral.** Se encuentra un fuerte interés y novedad en los estudios e investigación hecha por el estudiante Edmer Leandro López, por cuanto plantea nuevos criterios argumentativos respecto de una institución jurídica tan controvertida como es la del interés público en las referencias particulares del sistema jurídico español y colombiano, lo que determina una nueva fuente de conocimiento en este tema.

Concepto:

- 1. Requisitos metodológicos.** La tesis doctoral cumple con las exigencias metodológicas que implica un trabajo de investigación de esta naturaleza, porque plantea adecuadamente un problema de investigación, los objetivos, las hipótesis, el desarrollo y las conclusiones; lo que permitió resolver el cuestionamiento investigativo planteado. Se debe indicar igualmente, que las citas y la estructura de la tesis doctoral son correctas.
- 2. Requisitos de fondo o contenido.** La tesis doctoral, aborda el estudio de un tema de vital importancia en el Derecho Administrativo, como es el Interés General, a partir de un problema de investigación adecuadamente planteado, con unos objetivos claros; lo que permitió un desarrollo muy interesante del mismo, llegando a planteamientos de una profundidad argumentativa que merecen ser estudiados por la comunidad académica, en todos y cada uno de ellos, como puede ser la proposición de un nuevo concepto de interés general, por ejemplo.

La tesis contiene reflexiones argumentativas de significativa profundidad, por lo que considero que cumple con los requerimientos y exigencias de contenido que requiere el doctorado DAI.

Por todo lo expuesto, en mi calidad de director de la tesis doctoral, otorgo **CONCEPTO FAVORABLE**, para el depósito y ser defendida ante el tribunal de jurados.

Atentamente,



CIRO NOLBERTO GÜECHÁ MEDINA Ph.D-Ph.D-©Ph.D
Director de Tesis

AGRADECIMIENTOS.

A mi Dios, por lo infinito de los sueños, los deseos, y por

A mi bella y mágica madre,
por su eterna caricia y dulce beso que siempre me acompañan.

A mi Maestro, Doctor Ciro Nolberto Güechá Medina,
A quien admiro y aprecio mucho,
Sólo tengo palabras de infinita gratitud y cariño.

Al maestro Enrique Rivero Ysern, fueron suficientes unos minutos ,
De una intervención profunda y objetiva en el Paso Mariñan,
Para comprender la importante misión que tenemos
los que amamos la ciencia del Derecho Administrativo.

RESUMEN.

La presente tesis doctoral propone la teoría de la determinación en sentido general del concepto de Interés Público, orientada a construir en sede constitucional el principio autónomo de interés público, en defensa de los principios de seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, juridicidad y empoderamiento del poder constituyente primario.

Afirmamos en este escrito que el interés público como concepto jurídico indeterminado es una institución inútil para afrontar las complejidades asociativas, debido a la amplitud de subjetividad.

La inoperancia de este concepto jurídico indeterminado, se resuelve con la admisión de un tipo de concepto que osamos denominar: **concepto jurídico de determinación en sentido general**, del cual se desprende, por un lado, el reconocimiento de la exigencia jurídica y democrática que en la constitución política se estipule textualmente el concepto de interés público, con lo cual se resolvería la amplitud de determinación que gozan tanto la administración como el juez (**Amplitud de subjetividad**), y por el otro, que de esto se desprenda una nueva causal de control de las actuaciones de la administración, que denominamos: *lesión al interés público*.

ABSTRACT.

This Doctoral Thesis proposes the theory of the determination in the general sense of the concept's Public Interest, this thesis searches to build on constitutional seat the autonomous principle of public interest, in defense of the principles of legal certainty, effective judicial protection, right and empowerment of power primary constituent

In this Doctoral Thesis I affirm that the public interest as indeterminate legal concept is a useless institution to address the complexities of association, due to the breadth of subjectivity (*amplitud de subjetividad*).

The useless of this legal concept undetermined resolved by the admission of a type of concept that we dare call: legal concept of determination in general sense, which emerges on the one hand, recognizing the requirement that legal and democratic in constitution stipulated verbatim the concept of public interest, which would solve the breadth of determining who enjoy both the administration and the judge (*breadth of subjectivity*), and on the other, that this pops a new causal control the actions of the administration, which denominations: injury to the public interest.

RESUMO.

Esta tese propón a teoría da determinación no sentido xeral do concepto de interese público, pretende construír no asento constitucional do principio autónomo de interese público, en defensa dos principios da seguridade xurídica, de protección xudicial efectiva, legalidade e fortalecemento do poder constituínte primario

Afirmamos neste documento que o interese público como o concepto xurídico indeterminado é unha institución inútil para afrontar a asociativa complexidades, debido á amplitude da subxectividade.

A ineficacia deste concepto xurídico vago, é resolto coa admisión de un tipo de concepto que ousamos chamar: Concepto legal de determinación, en xeral, que se segue, por unha banda, o recoñecemento da esixencia legal e democrático que o constitución estipulado íntegro o concepto de interese público, que a determinación amplitude apreciado tanto pola administración e do xuíz (amplitude da subxectividade), e, por outra, que esta é unha nova devolucións de control causal resolverse as accións da administración, que denominamos: lesión do interese público

PRÓLOGO.

Las actuaciones particulares, sociales e institucionales³, si bien, pueden tener muchas cosas en común, distan en aspectos trascendentales: especialmente, no son comunes respecto del *móvil del actuar*⁴, entendiendo por tal, la justificación de la que se vale el particular, el movimiento social o la institución, para actuar u omitir respectiva acción.

En el caso de las actuaciones particulares se hace imposible determinar a título de catálogo, los *móviles del actuar*, estos son variados, dependiendo de la edad, inteligencia, emoción, etc.; varían dependiendo de cada sujeto. El *móvil del actuar* del particular está directamente relacionado con la subjetividad de éste. Es diferente en cambio, los *móviles actuar* de las actuaciones sociales e institucionales. Respecto de aquellas, es posible reconocer y establecer con posible certeza el móvil que hace que una organización social, un gremio, una manifestación, una minoría, se mueva o demande “algo de alguien”; precisamente, el móvil es el que permite, justificar o no, el accionar de la sociedad en su conjunto o una parte de ella.

Si bien es cierto que de manera un poco más precisa se pueda establecer el *móvil del actuar* de la actuación social que la del particular, esto no siempre es posible, pues, aparte de no ser la sociedad un sujeto en sí mismo⁵, ocurre muy

³ Entiéndase por actuaciones particulares la de los hombres, las actuaciones sociales la de un conglomerado de personas, por ejemplo, en el caso de las huelgas, marchas, manifestaciones, y actuaciones institucionales las que realiza el Estado.

⁴ Por *móvil actuar* entiendo los móviles que conllevan al comportamiento. En ese sentido habría móvil actuar del particular, pero también un móvil actuar de lo social, y especialmente un móvil actuar del Estado Administrador. Frente a esto último, reconocer un móvil actuar de la administración o del Estado administrador, no implica que se hipostasie al Estado, todo lo contrario, como el Estado no es un ser orgánico, con sentido y capacidad, sino un invento humano, una justificación humana para conservar el orden, éste orden está fundado en la justificación INTERÉS PÚBLICO. Al respecto del nacimiento del Estado y la relación con el interés general, Véase: CARRÉ DE MALBERG, Raymond. Teoría General del Estado. Ed. Fondo de cultura Económica. México. 2001 Pág. 23

⁵ Manuel Osorio define sociedad como “*agrupación natural o convencional de personas, con unidad distinta y superior a la de sus miembros individuales, que cumple, con la cooperación de sus integrantes, un fin general, de utilidad común*” Véase: OSORIO, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Ed. Heliasta. Buenos Aires Argentina. 1981. Pág. 714. Como entendería que el punto de vista social es determinante más allá del punto de vista metafísico, en la medida que aquel se apoya en una realidad plenaria, científica o lógica. COMTE, Auguste. Discurso sobre el espíritu positivo. Ed. Alianza Editorial. 2ª reimpression.

a menudo que las individuales que conforman el conglomerado social, haciendo parte de un movimiento social, no apoye las actuaciones del respetivo grupo por razones unánimes, imposibilitándose estipular un *móvil de actuar* unívoco, es así que, el *móvil del actuar* de la actuación social se torna en relativamente subjetivo⁶, ya que no es posible en todos los casos identificarlo con plenitud.

En Venezuela (2016) se anunciaron marchas contra el Gobierno del presidente Maduro, el interés de la marcha es lograr el retiro del mandatario, pero existe sectores que marchan por el cambio social, otros dirían que la marcha es la demostración de la fuerza de la oposición que en el gobierno Chávez fue reducida, un asunto de revanchismo. En Brasil (2016) por razón de los escándalos de corrupción del ex presidente Lula da Silva, un sector de la sociedad marcha para exigir el encarcelamiento, otro sector marcha a favor de Lula y la salida jurídica de nombrarlo ministro, lo cual le da un fuero contra la justicia. En Colombia (2014-2016) el partido político de oposición, liderado por el Ex presidente Álvaro Uribe Vélez convoca marchas contra el proceso de paz y el gobierno Santos, en tales marchas participan sectores importantes de la sociedad, mientras la otra parte que no se moviliza (ve) con sorpresa tales actos, por reconocerlos contrarios a los ideales de la resolución del conflicto armado, que ha azotado el país por más de 50 años. En Francia (2016) un sector de la sociedad marcha contra la política de austeridad del presidente Hollande, mientras el sector del gobierno justifica la necesidad de tal ley. En España el movimiento PODEMOS nace con el objetivo de pasar de la indignación al cambio político, y lo mismo que en muchos países, ocurre que si bien representa estos tipos de partidos políticos nuevas visiones de una sociedad, la sociedad se polariza en las múltiples alternativas electorales que son representadas por la variedad de partidos existentes. Por otro lado, algunos movimiento, al menos por el peso de la historia lograr concebir un

Madrid – España. 2011. Pág. 41. Así lo asume el profesor Colombiano Vila Casado Y Carré Malberg. Véase: VILA CASADO, Iván. Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo. 2ª ed., Ed. Legis, 2012, Bogotá- Colombia. Pág. 149. CARRÉ DE MALBERG, Raymond. Teoría General del Estado. Ed. UNAM. México. Tomo I. Pág. 23

⁶ En la medida que puede en muchas ocasiones no reconocerse con objetividad los móviles de un grupo social o de la sociedad en general, por existir dentro de ella múltiples intereses.

único fin, aunque relativamente algunos participantes busquen beneficios particulares, es el caso de las marchas celebradas en el mundo el 1º de mayo; nótese que, si bien muchos participantes marchan por la defensa del derecho al trabajo, otros utilizan este evento para el vandalismo.

En las actuaciones de las instituciones, concretamente del Estado⁷, a diferencia de las actuaciones particulares y sociales, el *móvil actuar es objetivo*, en tanto que es estipulado formalmente, bien sea, en una norma jurídica con tintes de jerarquía y fuente de validez normativa, como sería las constituciones políticas escritas o en fuentes consuetudinarias que tienen valor normativo⁸, o bien en la jurisprudencia⁹.

Con relación al comportamiento del Estado –Administrador Contemporáneo, en el que se concibe un actuar institucional dado por el principio de autoridad limitado por el respeto de los derechos y garantías de los administrados¹⁰; el interés público se solidifica como la causal unívoca del accionar del Estado, de

⁷ El presente escrito sólo reconoce al Estado como actuaciones de las instituciones, reconocimiento que solo es de tipo metodológico más no sustancial.

⁸ Entendiendo por valor normativo, la condición de ser obligatoria. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Eslabones del Derecho. El deber de coherencia con el precedente judicial. Ed. Legis. Colombia. 2016. Pág.183-204

⁹ Bien podría ser entendido esto en el sistema del derecho anglosajón, donde la jurisprudencia posee valor normativo, o en el sistema germánico romano, donde si bien es cierto la jurisprudencia se reconoce como criterio auxiliar de la actividad judicial (art. 230 constitución política de Colombia de 1991; artículo 23 de la constitución política de Uruguay de 1997; art. 334 Constitución política de Venezuela de 2009; entre otras), en sede jurisprudencial de los tribunales de cierre en la jurisdicción ordinaria, contenciosa y constitucional se construye cada día el concepto de interés público. El valor de la jurisprudencia como precedente y su distinción con criterio auxiliar. Véase: LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces. Ed. Legis. Colombia. 2ª ed. 2006. Págs. 193-260; LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Eslabones del Derecho. El deber de coherencia con el precedente judicial. Ed. Legis. Colombia. 2016. Pág.183-204

¹⁰ El profesor argentino Cassagne se refiere a la importancia de los principios generales del derecho en la actuación administrativa, cumpliendo estos *la función de garantizar los derechos “de los particulares frente a los abusos en suelen incurrir las leyes o reglamentos administrativos”* Véase: CASSAGNE, Juan Carlos. El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Ed. Marcial Pons. Madrid- España. 2009. Pág. 23-24. Principios que provendría de otras fuentes modernas (la planificación del territorio, la protección del medio ambiente, la europeización e internacionalización). Véase: WAHL, Rainer. Los últimos cincuenta años de Derecho administrativo Alemán. Ed. Marcial Pons. Madrid-España. 2013. Pág. 70-159. En el mismo sentido, puede rescatarse las necesidades de la administración ante la problemática del medio ambiente y la energía nuclear, referidas en el año 77 por el profesor Enrique Rivero Ysern. Véase: RIVERO YSERN, Enrique. *el ordenamiento jurídico nuclear y la ordenación y gestión del medio ambiente*. en: Revista de administración pública, ISSN 0034-7639, N° 83, 1977, págs. 59-98. Consultado en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=1791011>

modo que, el *móvil del actuar* es claramente identificado con el INTERÉS PÚBLICO.

Tal relación del actuar del Estado administrador y el interés general es señalada por los profesores Arana Muñoz y Rivero Ysern, de la siguiente manera:

*“afirmar que existe un interés general por encima de los intereses particulares, que existe un interés social, de todos, que es superior moralmente a los intereses de las diferentes partes, es la tarea que debe presidir el quehacer administrativo del Estado y de los entes territoriales que lo componen, entre nuestras comunidades autónomas y corporaciones locales fundamentales”*¹¹

Por su parte, el profesor francés Jacques Chevallier establece que dentro de los cinco elementos esenciales que lograron construir la especificidad del modelo estatal en Europa, está entre ellos:

*“la percepción del Estado como el fundamento del orden y de la cohesión social: mientras la “sociedad civil” recubre la esfera de las actividades privadas y de los “interés particulares”, el Estado estaría encargado de expresar el “interés general”, desligado de los conflictos en su seno, se le concibe como el principio de integración y de unificación de una sociedad que, sin su mediación, estaría condenada al desorden, a la desagregación y a la disolución”*¹²

El *móvil del actuar* en tanto la actuación del Estado es objetivo, a diferencia del actuar particular que es subjetivo y el Social que es parcialmente subjetivo. Lo que hace objetivo el *móvil del actuar* del Estado, está dado porque el Estado se justifica, sí y sólo sí, por la satisfacción del interés público, se legitima por tal razón; llegando tal *móvil* a un nivel de *garantía* cuando se formaliza expresamente en la Constitución Política, de modo que, el interés público

¹¹ Véase: RIVERO YSERN, Enrique y RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Con miras al Interés General. Instituto nacional de Administración pública- INAP. España. 2014. pág.11-12.

¹² Véase: CHEVALLIER, Jacques. El Estado Postmoderno. Trad. Oswaldo Pérez. Ed. Universidad Externado. Bogotá- Colombia. 2011. Pág. 36-37

sobrelleva a la objetividad, toda vez que, se sabe con anterioridad por qué el Estado actúa.

No obstante, la objetividad del interés público sólo es parcial, en la medida que su orientación formal y previa determinante para la actuación del Estado-administrador no es salvaguarda para que no se *abuse* de él, éste sirve para justificar decisiones contrarias a derecho y atentatorias de la sociedad como comunidad humana; justificaciones que brotan de una notable ausencia de contenido expreso de lo que debería entenderse por interés público.

Esta evidente ausencia de contenido expreso del interés público se desvanece del radar gracias a la fórmula “aceptada” de concebir el interés público como concepto jurídico indeterminado. Así, apoyada esta institución del *tertium non datur* no se perfilará como figura jurídico-política ambigua, ya que se reconoce la procedencia de la concreción del concepto jurídico indeterminado en cada caso particular (se da o no se da).

Respecto de la afirmación de ser pieza de garantía el consentir el interés público como concepto jurídico indeterminado, en el presente escrito nos apartamos en tanto que, por un lado, se manifestará una insuficiencia de la indeterminación en concreto respecto del interés público¹³, y por el otro lado, el re-planteo de la institución es una exigencia proveniente del siguiente fundamento epistemológico: si las teorías del Estado social de Derecho, la salvaguarda y garantía de los derechos Humanos y la orientación de la actuación de los poderes públicos a la satisfacción del interés general son tan sólidas, al punto de repetirse sin descanso en todas las decisiones del Estado-administrador, ¿por qué la realidad que vivimos es distante a tales principios?.

En la obra “*El diálogo en el Infierno. Entre Maquiavelo y Montesquieu*”, se plantea una problemática, un fundamento epistemológico que se ajusta al descrito. Cuando Montesquieu escucha con detenimiento la descripción que hace Maquiavelo de las unas y otras formas de como él utilizara los partidos políticos, los medios de comunicación, el poder de las armas, de la justicia, del legislativo, para el logro de los fines, no del todo decorosos, lo objeta

¹³ Véase, LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro. Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad Administrativa. Ed. Tirant Lo Blanch. España. 2015. Pág. 177-182

Montesquieu, con la sorpresa que Maquiavelo le responde: “ ¡sueño! ¿Ah Montesquieu!, vais a llorar durante mucho tiempo: desgarrad El Espíritu de las Leyes, suplicad a Dios que en el cielo os conceda el olvido de lo que habéis hecho; pues ahora vais a oír la terrible verdad de la cual tenéis ya el presentimiento,; no es ningún sueño lo que acabo de deciros”.¹⁴

Aterrador resultaría para Montesquieu saber que la arbitrariedad del poder no provendría de los concejos de Maquiavelo, sino de la estructura creada por el espíritu de las Leyes.

En particular nuestra posición es:¹⁵ el interés público como concepto jurídico indeterminado es fuente de arbitrariedad, por lo que se hace urgente su reformulación, en aras de servir éste, tanto de fundamento objetivo de actuación, como técnica de control de las actuaciones no solo de la administración sino de los jueces.

Adolf Merkl sostendrá-

“la tarea más urgente de la teoría jurídica y de la administración sería, sin duda, someter todos sus conocimientos a una revisión crítica cuyo resultado habría de ser que la justicia saldría gananciosa de muchas funciones que hasta ahora han sido consideradas, indiscutiblemente, como propias de la administración, porque se tendría en cuenta su intensa predeterminación jurídica, mientras que , de contrario, la administración absorbería funciones hasta ahora de la justicia por estar desligadas de la ley . Y nos encontraríamos porque el criterio en cuestión tendría la paradójica consecuencia de que, si triunfara ese movimiento que trata de mancipar al juez de la ley concediéndole más libertad creadora de derecho, toda la justicia, sin cambio alguno de competencia, se convertiría en administración”¹⁶

¹⁴Véase: JOLY, Maurice. Diálogo en el Infierno. Entre Maquiavelo y Montesquieu. Trad. Matilde Horne. Ed. El Aleph. España. Pág. 193.

¹⁵ LÓPEZ PEÑA, Edmer Leandro. La Cotidianidad de la Investigación y la programación Neurolingüística. El mensaje inicial como técnica de investigación. Ed. Académica Española. Alemania.2015. Pàgs.69-76

¹⁶ Véase: MERKL, Adolf. Teoría General del Derecho Administrativo. Ed. Coyoacán. México. 2014. Pág. 51

La formalidad del interés público se constituye en la primera garantía del administrado y principio limitante del poder arbitrario, lo primero: el administrado cuenta con que el Estado –administrador no es una máquina de opresión de la clase burguesa contra el proletariado¹⁷, o un *cuarto de máquinas*¹⁸ que usa la clase poderosa en contra de los débiles, sino que el Estado está al servicio de todos para proveer el mayor bien¹⁹; lo segundo: el interés público marca el derrotero de acción del Estado, que sirve exclusivamente al *interés no particular*; servir a ese interés es la justificación de existencia y acción del Estado; será arbitrario el actuar del Estado cuando afecta el interés público.²⁰

La limitación al poder arbitrario no es una garantía absoluta, nada los libra de la infiltración de intereses particulares en el quehacer del Estado, o la doblegación de la actuación administrativa a intereses económicos superiores. En el libro *Las Venas Abiertas de América Latina*, Eduardo Galeano, expondrá con relación a un Estado dominado por intereses particulares, que:

“En el marco de hacer de un capitalismo mundial integrado en torno a las grandes corporaciones norteamericanas, la industrialización de América Latina se identifica cada vez menos con el progreso y con la liberación nacional (...) Nuestros burgueses son, hoy día, comisionistas o funcionarios

¹⁷ Véase: LENIN, V.I., *El Estado y la Revolución*. Ed. En lenguas extranjeras. Pekín. 1974. Págs. 13-26

¹⁸ DE JOUVENEL, Bertrand. *Sobre el Poder. Historia natural de su crecimiento*. Ed. Unión, 1998. Madrid. Págs. 461. El maestro francés describe los poderes sociales sin ética como cuestión de la modernidad.

¹⁹ Hobbes refiere aunque en la visión absolutista, que el Estado-Leviatán dispone de una obligación perpetua: disponer de seguridad. Locke criticando en el segundo tratado del Gobierno civil a Hobbes y rechazando la concepción absolutista propondrá la supremacía del poder legislativo, siempre y cuando se respetará ciertas condiciones, entre estas, como lo advierte Aníbal D´Auria, que las leyes se orientarán al bien público. Véase: DÁURIA, Aníbal. *Teoría y crítica del Estado*. Ed. Eudeba, 2012. Buenos aires- Argentina. Pág. 231-234.

²⁰ En el régimen jurídico Colombiano en la Constitución Política, como en la mayoría de Estados latinoamericanos, no se expresa textualmente el principio de proscripción de la arbitrariedad, como sí ocurre en la constitución española (art. 9-3), en la constitución de Venezuela (art. 281), en la constitución Argentina (art. 43), o en la Constitución de Chile (Art. 23), en Latinoamérica el tratamiento de éste principio ha sido por vía jurisprudencia, bien en la jurisdicción constitucional o en la jurisdicción contenciosa administrativa. En particular Colombia, véase: Corte Constitucional sentencia SU-091-16 en donde se justifica la no exigencia de motivación de los actos por los cuales se llama a calificar servicio a los militares.

*de las corporaciones extranjeras todopoderosas. En Honor a la verdad, nunca habían hecho mérito para merecer otro destino*²¹

O'Donnell reflexionando sobre el papel del Estado, la política y la globalización, y reconociendo el papel degradador de la Globalización sobre el Estado, señalará que:

“el Estado está, seguirá estando y deberá seguir estando en relación intrínsecamente contradictoria con el mercado, más precisamente, con los diversos mercados que desde sus albores hasta la actual globalización el capitalismo ha venido generando. Por un lado, está claro que los gobiernos ayudan al bien común tratando de apoyar y promover mercados lo más ágiles y eficientes posibles, así como cuando se ocupan de mantener ciertos equilibrios macroeconómicos básicos. Además el Estado Moderno, sobre todo cuando es democrático, debe ser también un estado de derecho. Esto es, debe resguardar un vasto conjunto de reglas y de prácticas que hacen efectivos y previsibles los derechos de todos los habitantes, incluso- pero no sólo- cuando ellos practican actividades económicas. Hoy está claro que una efectiva legalidad estatal y políticas gubernamentales propiciadoras de vitalidad de los mercados son componentes necesarios del funcionamiento de los propios mercados”

Enfatizando:

“ empecemos a ver aquí una paradoja: al mismo tiempo que la globalización tiende a erosionar la autoridad del Estado sobre su territorio, en tanto la globalización funciona básicamente mediante la expansión de diversos mercados, requeriría de Estados dotados de la gran autoridad necesaria para mantener la efectividad de su legalidad, incluyendo por cierto un poder judicial ágil, eficiente y Honesto. La preservación y permanente actualización de su legalidad es una primaria responsabilidad

²¹ GALEANDO, Eduardo. Las Venas Abiertas de América Latina. Ed. Siglo XXI. México. 2003pág. 174-175.

*del Estado, hacia sus ciudadanos y hacia los diversos mercados, nacionales y trasnacionales que atraviesan su territorio*²²

El actuar del Estado abordado en óptica de derecho administrativo²³, especialmente, las potestades administrativas: reglada y discrecional, permite intuir una relación importante: el interés público como *móvil del actuar* y las potestades administrativas como modalidades de accionar del Estado-Administrador, ofreciéndose el primero como fundamento de acción en el ejercicio de las potestades reglada y discrecional.

Decimos que el INTERÉS PÚBLICO es el fundamento esencial en el ejercicio de las potestades administrativas, también que es el interés público el que permite no solo al Juez Constitucional y al de lo Contencioso Administrativo ejercer un control sobre las actuaciones administrativas, sino que, además sirve como fundamento para los órganos de control (procuraduría, contraloría) adelantar sendas investigaciones de tipo disciplinario y fiscal contra servidores públicos que con su actuar afectan el deber funcional, el bien jurídico tutelable de la administración pública, o que por una gestión fiscal antijurídica generan detrimento patrimonial. Es trascendental para el accionar y control judicial y administrativo de la administración y sus servidores públicos el interés público.

El interés público es la clave de bóveda tanto de la actuación administrativa como del control judicial de ésta.

Pero se decanta que existiendo tal relación lógica y obvia²⁴ entre estas dos instituciones, el interés público en la categoría de concepto jurídico indeterminado se torna en una institución arbitraria debido a su tendencia a la

²² Véase: O'DONNELL, Guillermo. *Estado, democracia y Globalización*. Publicado en Revista Realidad Económica. Consultado: https://issuu.com/ghoh/docs/o_donell_-_estado_democracia_y_glo. Véase también: CASTILLO MENESES, Yadira. *El sesgo de debilidad a favor del Inversionista Extranjero*. Ed. Universidad de los Andes, 2015. Bogotá- Colombia.

²³ Es importante esta óptica de servir el Estado al interés público, porque el derecho administrativo no sería lo que es, sino es gracias a la dualidad Estado-administración, ciudadano-administrado. Esta premisa epistemológica, ordena de antemano, que cualquier estudio respecto del interés público en sede de derecho administrativo, deba plantearse desde la aceptación de la dualidad, sin que tal implique, como lo advertía, muy bien, Kelsen que el Estado tenga vida propia (hipostasiarse) y se diferencie del derecho.

²⁴ En la mayoría, por no decir en todas, las decisiones judiciales y administrativas el Interés Público se toma como fundamento bien para decantar la antijuridicidad de la decisión tomada por la administración, bien para decantar la responsabilidad del servidor público

*amplitud de subjetividad*²⁵, incumpléndose con la *exigencia de objetividad material*, tanto en la materialización de la actuación estatal, como al momento de ejercer el control judicial posterior.

La *amplitud a la subjetividad* del interés público es una falencia de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Intentaremos desarrollar la falencia y proponer soluciones a ésta en la presente obra.

Previo al desarrollo de ello, es posible predicar de entrada varias premisas que perfilan la tesis de arbitrariedad del interés público como concepto jurídico indeterminado:

i) El interés público en la contemporaneidad invita a preguntarse más que en la definición, en su contenido, a partir de este enfoque, es aceptable la tesis de señalar la noción general del interés público, diluyendo la dualidad presentada entre interés público e interés general. Concebimos que no es trascendental para la re-formulación del interés público como concepto indeterminado, anteponer la divergencia entre aquel y el concepto de interés general, si bien es posible, llegado el caso, de sostener que el poder constituyente guarda para sí la prebenda de justificar su acción por la necesidad de satisfacer el interés general a diferencia de un interés del Estado; en la contemporaneidad se entiende bajo la fórmula del Estado Social de Derecho, que el Estado como institución, sirve a la sociedad a través de la satisfacción de funciones

²⁵ **Amplitud de subjetividad** es la figura que proponemos para discutir y formular la resolución del interés público como concepto jurídico indeterminado. Se entiende por tal, el método de demostración objetividad que se puede lograr al decantar que tanto el interés público como fundamento de la administración y técnica de control jurisdiccional, en su condición de concepto jurídico indeterminado permite un amplio margen de determinación al operador administrativo o jurisdiccional, lo que conlleva a tornar al interés público, (siendo esencial para el equilibrio de la dualidad estado-administrador-ciudadano-administrado), en una institución arbitraria. Ahora bien, es de advertir que en este escrito no formulamos que el interés público sea una institución de verdad absoluta, pues, asumimos como aceptadas la tesis de la relatividad de los contenidos, pero tampoco por esa relatividad, puede rechazarse que es posible en la edad contemporánea estipular bases sólidas de contenido que conlleve no solo a la reformulación formal del concepto jurídico indeterminado (Interés público) sino a la formulación material del interés público, o lo que es lo mismo, la solución a la pregunta: ¿ qué contempla el interés público?. En la edad contemporánea, la pregunta de qué es el interés público, debe ser replanteada en términos de qué contempla el interés público. Este replanteo permite resolver: por un lado, *el nudo argumentativo* que siempre se ha presentado respecto de la definición del interés público, bien común, interés general, etc., por el otro lado, la resolución de la diferencia entre interés público e interés general, pues la solución del contenido de interés público, deja de por sí, resuelta la discusión sobre que significa uno y el otro y en qué se diferencia, tema en que ha recaído alguna parte de doctrinantes.

esenciales, de modo que, anteponer el interés general al interés público, no sería de recibo en la medida que la legitimación del Estado contemporáneo está dado por la satisfacción, bien de uno o del otro, que resultan ser lo mismo. Aceptamos una leve diferencia, bajo la perspectiva que reconociera que el interés general es un valor meta jurídico que impulsa el que-hacer social, político e institucional en la vida colectiva de los hombres, pero que una vez se positiviza en el cumplimiento de funciones concretas, toma el nombre de Interés público; así, es más seguro orientar el actuar del Estado a la satisfacción del interés público, del que se predica su positivización, al actuar orientado al Interés General cuya característica sería meta-normativa.

ii) De tantas dimensiones posibles, una en particular es tomada en el presente escrito: la tesis que sostiene que la orientación de la administración del Estado es segura por determinarla al respeto del Interés Público, luego entendido como concepto jurídico indeterminado.

Ahora bien, mientras en sede de decantar el contenido del Interés público se revela sus elementos estructurales, en particular como principio político-jurídico, en sede del interés público como concepto jurídico, se determina su aplicabilidad como técnica de control de fondo de las actuaciones de la administración.

Si bien en la sede de contenido del interés público no habría mayor inconveniente, por hoy existir una fuerza argumentativa importante que ata al interés público con principios fundantes como el Estado social de Derecho, la prevalencia o la orientación de actuar de los poderes públicos, los mismos derechos humanos; en la dimensión de concepto indeterminado, no se evidencia que se instituya en una técnica segura de control tanto de las actuaciones de la administración como de las decisiones que toma respecto de él la instancia jurisdiccional.

iii) El interés público como concepto jurídico indeterminado, genera dos consecuencias en la práctica jurídica: primero, permite a la administración justificar su actuar, particularizándolo en cada caso, pero sin que se estipule de manera previa y expresa condiciones que *determinen un actuar conforme al interés público*, tal inexistencia abre la posibilidad que en cada situación pueda

“decirse lo qué es” el interés público, no resultando siempre beneficiada la colectividad.

Es el caso, por ejemplo, en la actividad de endeudamiento externo de los países²⁶, se acude a empréstitos internacionales sin tener en cuenta los intereses de la colectividad o la adopción de medidas de des-estatización de activos nacionales, por tal sólo nombrar unos de muchos sucesos.

Segundo, la falta de condiciones previas y expresas de *un actuar conforme al interés público* conduce a que en sede judicial frente al control de las actuaciones de la administración, el juez cuente con un quantum amplio de discrecionalidad, y así, sea el guardián del interés público, sin que se asegure que sus decisiones sean afortunadas de acuerdo al mandato del interés público²⁷.

De manera que, tanto en sede la administración como jurisdiccional, el concepto indeterminado de interés público conforma *la amplitud de subjetividad*, entendida como la posibilidad subjetiva para predicar que determinada situación es conforme al interés público, sin que haya precisión objetiva de que eso sea así de manera previa y expresa. El riesgo predicado de la administración se extiende, “en estos tiempos”, al actuar del juez.

La guardia de lo público recayendo primeramente en el legislador, posteriormente, en el ejecutivo, expresado en la institución del Híper –presidencialismo²⁸, y hoy, posicionada en el juez como garante, no decreta que el juez sea infalible a los errores, a los caprichos institucionales, a las arbitrariedades, que sea un guardián incólume²⁹, por el contrario, si se trata de

²⁶ Es tan compleja la situación del endeudamiento externo de los países latinoamericanos, que autores como Gregorio Iriarte, se pregunta ¿si es ético pagar la deuda externa? , denunciando la inmoralidad de la deuda externa. Véase: IRIARTE, Gregorio. La Deuda Externa es Inmoral. Ed. Paulinas. Bogotá. 1991. Págs. 27-45. América Latina subsidia a los países ricos es una afirmación sobresaliente en la obra.

²⁷ Téngase en cuenta la advertencia de Merkl. Nota al pie de página 14 de esta obra.

²⁸ Sobre la relación del híper presidencialismo y la expedición de decretos del ejecutivo que buscan eludir el control constitucional (elusión constitucional) Véase: QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, URREGO ORTIZ, FRANKY. Los Decretos Presidenciales en el Sistema Normativo. Ed. Doctrina Ley. Bogotá-Colombia. 2011. Págs. 1883-188

²⁹ En estudios se ha dicho que en Latinoamérica la percepción de la justicia se mantiene estancada en un 37%, siendo ésta para el ciudadano lenta, cara y corrupta “ *lo que significa que, de acuerdo a esta percepción la justicia no es independiente, ni imparcial, ni accesible para todo el mundo*” Véase: LLORENTE & CUENCA. Informe especial: La Justicia en América

concebir, día a día, un sistema más seguro para los intereses generales, es indispensable, imperioso, reducir los márgenes de volatilidad tanto de la administración como la de los jueces. Esta es una cuestión contemporánea del derecho administrativo, si se quiere hablar en tono particular.

v) La ambigüedad estaría dada, en sede administrativa por la relatividad con que la administración puede determinar el contenido del interés público, y de acuerdo a ello, fundar un cúmulo de decisiones administrativas; en sede judicial la ambigüedad se representaría por la posibilidad que en una sentencia se pudiera admitir o inadmitir la determinación hecha por la administración, sin sustentarse, en más que, en la apreciación (subjetiva) judicial del interés público. Si se nota, en ambos escenarios no existe una total reducción de la arbitrariedad, habiendo de tal manera, una apertura a decisiones ambiguas.

Para Luigi Ferrajoli existe una divergencia entre el Estado Constitucional de Derecho y la realidad, predicando una crisis en Italia, alcanzando formas “patológicas y paradigmáticas”, crisis que se ostenta en la conexión entre la mafia y la democracia – así declara:

“nuestro Estado es en realidad un doble Estado, detrás de cuya fachada legal y representativa había crecido un infra-Estado clandestino, dotado de sus propios códigos y tributos, organizado en centros de poder ocultos, destinados a la apropiación privada de la

Latina como factor imprescindible de Desarrollo. Madrid. 2015. Pág.7 El desprestigio en las instituciones, estaría dado por la relación de lo que el “yo político” piensa de la política, bien, como herramienta, o bien, como finalidad, se dice “el ciudadano, no cree que la política representativa o la democracia sea el camino incorrecto para el desarrollo, porque en el peor de los escenarios prefiere el orden a un absurdo desorden, reconoce – aunque viciado por muchas estrategias electorales- que es mejor contar con el derecho a elegir y ser elegido, que una insana dictadura; no todo en la percepción de la política como herramienta es “mala para el ciudadano, afirmaremos que lo que reconoce como malo el ciudadano promedio es al político como actor errado (o en contravía) del desarrollo colectivo (...) en cuanto a la política como finalidad, reconoce el ciudadano, que la democracia impulsa valores acordes con un mejor vivir, con la satisfacción del interés público, y la salvaguarda del interés particular, pero, lo realmente vivido, es la poca materialización de oportunidades, el aumento de la pobreza, de la brecha económica entre ricos y pobres, ve con desconcierto que el desarrollo “de todos” se trunca por el uso incorrecto del poder o por la corrupción desmedida (...) así, la separación entre ciudadano y política, se da en el nivel de la política como finalidad, en la deslegitimación de las instituciones gubernamentales por el hecho de la desconfianza generalizada”, Véase: LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro. Heavy Metal y política. Ed. Editorial académica española. Alemania, Saarbrücken, 2015. Pág. 24-25 También: PNUD. La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos. 2da ed. Ed. Alfaguara, Argentina. 2004.

cosa pública y recorrido secretamente de recurrentes tentaciones subversivas”³⁰

Son estas cinco premisas previas, descritas de manera general, las que fundan la necesidad de re-formulación del interés público como concepto jurídico indeterminado.

Reconocemos en este escrito que se hace indispensable avanzar un paso más en la teoría jurídica administrativa en su cruzada contra la arbitrariedad, avance que puede darse proponiendo las bases de la re-formulación decantada.

Conforme a lo anterior, se plantea la siguiente **PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN:**

¿Puede en sede de teoría del derecho administrativo sustentarse ambigüedad en la fórmula del interés público como concepto jurídico indeterminado y, de ser así, proponerse una salida teórico-jurídica a ésta, que esté conforme a los principios de seguridad jurídica, juridicidad y tutela judicial efectiva?

A título de **HIPÓTESIS**, se sostiene que la fórmula del interés público como concepto jurídico indeterminado, posibilita la arbitrariedad, ya que, permitiéndose tanto a la administración como al juez sustentar decisiones en el interés público (**Amplitud de subjetividad**) y éste no estar concretado en la norma superior (constitución política), la falta de una determinación normativa conlleva que, en ocasiones, actuaciones contrarias a las garantías básicas y al interés público por su contenido, se “pasen” como acciones de la más elevada juridicidad, cuando aquello no es así, pues, en el procedimiento, la toma de la decisión puede estar viciada y de forma oculta estar movida por intereses

³⁰ Véase: FERRAJOLI, Luigi. *El Estado Constitucional de Derecho Hoy: El Modelo y su divergencia de la Realidad*. Pág. 16. En: IBAÑEZ, Perfecto Andrés (Editor). *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción*. Ed. Trotta. España.1995.

particulares, económicos de sectores poderosos, de otros Estados, entidades supranacionales, etc.³¹

En la sociedad de hoy, no existe seguridad absoluta de la salvaguarda del interés público, el ejecutivo, el legislativo o la jurisdicción no gozan de la legitimidad incondicional de un pueblo que espera que se satisfagan sus necesidades con objetividad³². La corrupción es un hecho notorio y es el malestar de las democracias contemporáneas³³, en cada rincón del planeta tierra existe una administración corrupta, obviamente, variada en grados de Nación a Nación, frente a ello, el interés público como concepto jurídico indeterminado no ha mostrado ser la solución a tal flagelo social.³⁴

Siendo el móvil actuar del Estado el interés público, éste se moldea, en momentos, según los antojos de un gobierno y una jurisdicción, no sirviendo como contrapeso de tal comportamiento la fórmula del concepto jurídico indeterminado, lo que hace reflexionar sobre su aplicabilidad en las sociedades contemporáneas, tan complejas como nunca antes.

Para LEFORT, según Mónica Maccise,

“ la democracia no puede definirse únicamente como el imperio de la ley. Tomando de Hannad Arendt la acepción de que en la modernidad se ha conseguido el derecho a tener derechos. Lefort, considera que – dadas sus características de apertura, incertidumbre, indeterminación y falta de fundamentos, (...) la democracia moderna requiere, además de la preponderancia de la ley y del derecho a tener derechos, del principio de legitimidad que establece el derecho a cuestionar el derecho. Así, la legitimidad de la democracia se basa finalmente en la norma que establece el

³¹ Véase: CASTILLO MENESES, Yadira. El sesgo de Debilidad a favor del inversionista Extranjero. Un límite a la responsabilidad internacional de las corporaciones transnacionales. Ed. Universidad de los Andes. Bogotá- Colombia. 2015. Donde la autora explica el enfoque relacional entre el inversionista extranjero que se toma en la práctica y en la normatividad internacional como un actor débil frente a los Estados.

³² DIETERLEN, Paulette. La Pobreza: Un Estudio Filosófico. Ed. 1ª . México. Fondo de Cultura Económica. 2003. Págs. 19-91

³³ Véase. HART ELY, John. Democracia y desconfianza. Una teoría del Control Constitucional. Trad. Magdalena Holguín. Ed. Universidad de los Andes. Colombia.1997.

³⁴ Este argumento de por sí, es suficiente para decantar una crisis del interés público como concepto jurídico indeterminado.

derecho a cuestionar el derecho, y por tanto la legitimidad del derecho está dada por el espacio comunicativo que hace posible discutir sobre lo que es legítimo y sobre lo que es ilegítimo”³⁵

Afirmamos en este escrito que el interés público como concepto jurídico indeterminado es una institución inútil para afrontar las complejidades asociativas debido a la amplitud de subjetividad, que se sabe están allí, pero que se conciben connatural a la vida institucional de los pueblos. Que no es una técnica adecuada para conducir el accionar del Estado-administrador hacia la idea del interés público.

La inoperancia de éste concepto jurídico indeterminado, se resuelve con la admisión de un tipo de concepto que osamos denominar: **concepto jurídico de determinación en sentido general**, del cual se desprende, por un lado, el reconocimiento de la exigencia jurídica y democrática que en la constitución política se describa textualmente el concepto de interés público, con lo cual se resolvería la amplitud de determinación que gozan tanto la administración como el juez (**Amplitud de subjetividad**), y por el otro, que de esto se desprenda una nueva causal de control de las actuaciones de la administración, que denominamos: *lesión al interés público*.

³⁵ Véase: DUAYHE MACCISE, Mónica. El Derecho a Cuestionar el Derecho: La teoría democrática de Claude Lefort. Ed. Coyoacán. México. 2012. Pág. 57

II. OBJETIVOS, TIPO Y METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

OBJETIVO GENERAL:

Determinar en sede de teoría del derecho administrativo, el reemplazo de la institución interés público como concepto jurídico indeterminado por la institución interés público como concepto de determinación en sentido general y en consecuencia formular la técnica de control “*lesión de interés público*”.

Objetivos específicos:

1. Determinar la estructura del interés público y su utilidad en la fundamentación del actuar del Estado, bajo la perspectiva de la contemporaneidad.
2. Exponer la (s) ambigüedad (es) de la fórmula adoptada de interés público como concepto jurídico indeterminado, por un lado, como técnica de control de la actuación de la administración, por el otro, como técnica objetiva respecto de las decisiones de los jueces.
3. Estipular en sede de teoría del derecho administrativo los elementos conceptuales y su aplicabilidad, de la institución: **concepto jurídico de determinación en sentido general**, como respuesta a la re-formulación de la tesis que reconoce el interés público como concepto jurídico indeterminado.
4. Concebir como consecuencia de la institución concepto jurídico de determinación en sentido general, la causal de control mixto (formal y material) titulada: *lesión al interés público*

La presente investigación es de tipo jurídica, apoyándose en el método de investigación analítico descriptivo, con orientación propositiva- constructiva, en la medida que partiendo del estudio de fuentes normativas como es la ley y la jurisprudencia, y fuentes conceptuales como es la doctrina especializada, se propone, a posteriori, el reemplazo de la fórmula de concepto jurídico indeterminado por el *concepto jurídico de determinación en sentido general*, en particular, para referirnos al interés público y a partir de allí, proponiendo la causal de control mixta titulada *lesión al interés público*

III. ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN.

El escrito está conformado por dos capítulos, cada uno dividido en dos secciones, los cuales, a su vez, se dividen en apartados A y B. Agregando en la sección II del capítulo segundo, el apartado C.

En el capítulo primero se describe los fundamentos normativos, doctrinales y jurisprudenciales, que reconocen al interés público como concepto Jurídico indeterminado, evaluando en la sección I, la noción de interés público a partir del enfoque de la contemporaneidad (A), como la doctrina especializada que ha pretendido estipular al interés público como concepto jurídico indeterminado (B).

En la sección II titulada: interés público concepción normativa, legislativa y judicial. Se hace un breve análisis de la dimensión legal del interés público en algunos ordenamientos jurídicos iberoamericanos (España, Colombia, Argentina, Bolivia, Venezuela, Ecuador), recayendo exclusivamente a la formulación del interés público como concepto jurídico en la Constitución y en el régimen jurídico administrativo y contencioso administrativo de los ordenamientos escogidos (A), para luego, abordar el tratamiento jurisprudencial del interés público en la jurisdicción contenciosa administrativa de Colombia (B), análisis que permite conducir al discurso sobre la Amplitud de subjetividad.

Mientras el capítulo primero es de contenido y esencia descriptiva, en el capítulo segundo, por el contrario, se estipula en la sección I, a título de crítica, la ambigüedad en el Estado contemporáneo de la fórmula de interés público como concepto jurídico indeterminado (A), fundamentando la necesidad de replanteo del interés público como concepto indeterminado a partir del fenómeno jurídico de la re-materialización constitucional (B).

En la sección II, apartado (A), se describe en sede de teoría del derecho administrativo el *concepto jurídico de determinación en sentido general del interés público*, siendo una respuesta a la indeterminación, de por sí conflictiva, del interés público. De este nuevo tipo de concepto jurídico y su materialización en la constitución política, brota la causal de control de las actuaciones de la administración, *lesión del interés público*, que es descrita en su sentido formal y material en el apartado (B), concluyendo la sección II con el apartado (C) titulado: el interés público como concepto jurídico de determinación en sentido general: una expresión de seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, juridicidad y empoderamiento del constituyente primario.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.	7
PRÓLOGO.	10
CAPÍTULO PRIMERO.....	30
EI INTERÉS PÚBLICO COMO CONCEPTO JURÍDICO.....	30
SECCIÓN I. EL INTERÉS PÚBLICO COMO NOCIÓN Y COMO CONCEPTO JURÍDICO.....	35
A. La Noción de Interés Público en la Contemporaneidad.....	35
B. Interés Público como concepto jurídico indeterminado.....	91
SECCIÓN II. INTERÉS PÚBLICO SU CONCEPCIÓN NORMATIVA LEGISLATIVA Y JUDICIAL. Breve análisis.....	114
A. El Interés Público en la dimensión de construcción legal.	114
B. El concepto de Interés Público en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del ordenamiento jurídico colombiano.	139
CAPITULO SEGUNDO: AMBIGÜEDAD E IMPLICACIÓN. PRESUPUESTOS DE SOLUCIÓN EN LA TÉCNICA: CONCEPTO JURÍDICO DE DETERMINACIÓN EN SENTIDO GENERAL DE INTERÉS PÚBLICO.	158
SECCIÓN I. FUNDAMENTOS DE AMBIGÜEDAD PROVENIENTE DE LA FÓRMULA: CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO DE INTERÉS PÚBLICO.	160
A. La arbitrariedad del “interés público” en los ordenamientos jurídicos contemporáneos.....	161
B. Re-planteando la indeterminación del interés público a partir del fenómeno de Re materialización Constitucional.	176
SECCIÓN II. CONCEPTO JURÍDICO DE DETERMINACIÓN EN SENTIDO GENERAL DEL INTERÉS PÚBLICO. PRESUPUESTOS TEÓRICOS E IMPLICACIONES.	185
A. La Piedra Angular: Eliminación de la indeterminación en el concepto de Interés Público. Un criterio de transformación de las constituciones contemporáneas	185
B. Control jurisdiccional de la actuación de la administración por la causal: <i>lesión de interés público</i>	198
c. El Interés público como concepto jurídico de determinación en sentido general: Una expresión de Seguridad Jurídica, Tutela Judicial Efectiva, Juridicidad y empoderamiento del Constituyente Primario.	206
CONCLUSIONES.....	211
BIBLIOGRAFÍA.....	215

**CAPÍTULO PRIMERO.
EI INTERÉS PÚBLICO COMO CONCEPTO JURÍDICO.**

El hombre no tiene una convivencia inmóvil, el hombre como animal racional y social, a diferencia de otros animales, en el transcurrir de su historia ha forjado sus decisiones, acciones e instituciones en justificaciones; se puede decir que, si un hombre contrae matrimonio, lo hace por amor, por necesidad, por interés, por piedad, etc.; el hombre participa de revoluciones, golpes de Estado, asesinatos, masacres, justificado en el hecho de creer en el cambio, el progreso, por derrotar al opresor, por Dios, por la gloria, por el Diablo, por odio, etc.; el hombre crea instituciones como el Estado, la policía, el ejército, justificando que son necesarios para la protección de todos; por seguridad crea la ONU, la UE, el BID, el FMI y mucho más, soportado en razones y justificaciones que de una u otra forma calan en el colectivo social e individual, aceptándose, a las buenas o a las malas.

La justificación es al Hombre como las nubes al cielo; la comunicación social y particular del hombre se desarrolla a gracia de las justificaciones, pedir perdón a la esposa o en un estrado judicial, es lo mismo; cuando del hombre se trata, las justificaciones son inherentes a él. Los diccionarios existen por ese motivo, de no ser así, que el hombre pretendiera dejar la justificación de todo, hasta de los milagros de Dios, dejaría de ser un ser racional y social.³⁶

Las justificaciones humanas, que son las únicas posibles, se transmutan al campo de las definiciones, y allí, al de los conceptos, la esencia del lenguaje se circunscribe a la posibilidad de circulación, desembocando esto en que la raza humana en un momento tal ha dado como justificación, definición y concepto, es posible trasmitirlo a las generaciones futuras.³⁷

Lo maravilloso de los conceptos es, precisamente, que logran transpolar el tiempo y el espacio, y aunque pueden sufrir variaciones, por una u otra razón, es claro que logran su cometido, que no es más que servir de justificación de algo.

³⁶ Sobre la distinción en el pensamiento de Platón y Cratilo bajo el contexto de la interpretación, véase: RICOEUR, Paul. Teoría de la Interpretación. Discurso y excedente de sentido. Ed. Universidad Iberoamericana. 1995. Págs. 15-17

³⁷ Es importante el tema de las nuevas generaciones, su fundamento se encuentra en la declaración universal de los derechos emergentes, la declaración del derecho a la ciudad, el reconocimiento del derecho de la naturaleza

El hombre al que referimos la construcción de las justificaciones, se desenvuelve en tres dimensiones: la particular, la social y la institucional. En la primera se entiende al hombre en su ser y sus relaciones particulares, como padre, hijo, esposo, amigo, etc., la dimensión social del hombre hace hincapié a su participación en el conglomerado social, actuando el hombre como ciudadano, como uno más en el mar de seres que transita por las calles, permaneciendo inmóvil a los avatares del destino social, o en ocasiones activo, sea como indignado, líder social, líder de una marcha, de una huelga, etc.; la tercera, la institucional, el hombre da vida a las instituciones, sobresaliendo la más importante: el Estado.

En cada una de estas dimensiones del hombre, nacen, residen y evolucionan justificaciones, definiciones y conceptos. En cuanto a la última dimensión, que es la que importa en este texto, la justificación que funda la institución del Estado, de la garantía del orden, la seguridad jurídica y material, la prestación del servicio público y otras más, desembocan, hoy por hoy, en el concepto de Interés Público, gracias a él, se justifica la existencia y funcionalidad del Estado-Administrador, así es que, el Estado se posiciona, se legitima por el interés de todos, por estar al servicio de todos; se niega con veras la presencia de un interés individual, oscuro que oriente el que-hacer del Estado. Por ello, el Estado es administrador de lo público.³⁸

El interés público, al ser concepto, permite transitar de generación en generación como legitimador y orientador de la funcionalidad del Estado.

³⁸ Quien se refiere a la función social del Estado de forma expresa y detallada es el alemán Herman Heller, en su obra Teoría General del Estado, declarando: "*pues si bien es cierto que sólo los hombres son capaces de proponer conscientemente fines, no lo es menos que el Estado, como toda institución humana, tiene una función objetiva llena de sentido que no siempre concuerda con los fines subjetivos de los hombres que lo forman*". Pág. 218. Esta afirmación es el preámbulo de la declaración solemne de Heller, de reconocer la necesidad de la funcionalidad social del Estado para conservar la unidad de la cooperación social en un territorio Pág. 226. Véase: HELLER, Herman. Teoría del Estado. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. 1942.

Para el maestro mexicano Eduardo García Máynez los conceptos jurídicos

“son nociones que fungen como elementos de las normas de derecho, o conceptos acuñados por la ciencia o la filosofía jurídica”,

(...) “la conexión esencial, directa o indirecta, de tales conceptos con las normas de derecho, y añadir, a las características de determinación del contenido y conexión con otros conceptos, la que designaremos con el nombre de fundamento normativo”,

(...) “el orden jurídico, como el sustantivo lo indica, está sistemáticamente estructurado, y las relaciones supra y subordinación entre sus normas dependen de las prescripciones de la ley fundamental. Las conexiones sistemáticas entre los valores jurídicos, por una parte, y las normas de cada ordenamiento positivo, por la otra, necesariamente se reflejan en los conceptos que fungen como elementos de esas normas, así como en los que la jurisprudencia elabora al estudiarlos. Al sistema jurídico normativo, propiamente dicho, viene a superponerse el que la ciencia del derecho construye con el propósito de conocer, sistematizar y aplicar los preceptos del primero

(...) los conceptos jurídicos, precisamente por hallarse engarzados en un plexo sistemático, sólo pueden ser debidamente interpretados y definidos en función de los demás que forman parte del sistema. La conexión de esos conceptos entre sí, lo mismo que su carácter de elementos de normas que constituyen, también, un sistema, necesariamente engendra una serie de nexos de orden lógico entre tales conceptos, e impone al jurista la necesidad de interpretarlos, dividirlos y clasificarlos sin perder de vista esas relaciones y, por ende, sin olvidar que no tienen pleno sentido por sí mismos, sino

únicamente en su conexión con otros y, por ende, con las normas de todos forman parte”³⁹

Tomando al interés público como concepto jurídico, se hace necesario comprender su estructura esencial, predicando las razones de su existencia y su aplicabilidad en sede del Derecho y respecto de la Administración y la Jurisdicción.

Ha sido una posición dominante, reconocer que, en cuanto a concepto jurídico, el interés público se clasifica en el nivel de indeterminado, lo que a prima facie no constituye mayor afectación a principios de los ordenamientos jurídicos.

En la Sección I se aborda las dos dimensiones del interés público que nos parece relevantes al momento de plantear una reformulación; una es la noción bajo la perspectiva de la contemporaneidad, la segunda la posición doctrinal de su categoría como concepto jurídico indeterminado. En la Sección II, se decanta la implantación en algunos ordenamientos jurídicos del concepto jurídico de interés público-interés general, la toma de estos ordenamientos se da bajo la perspectiva del derecho Iberoamericano, reconociendo que se deja de lado muchísimos más que pertenecen a él, lo cual informa una actitud circunstancial del autor, cuyo interés no es evaluar cada uno de estos sino tomar algunos de referencia. Posterior a ello, se aborda de manera descriptiva la posición asumida por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el Derecho Colombiano respecto de la fórmula del interés público como concepto jurídico indeterminado.

³⁹, Véase: GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Lógica del Concepto Jurídico. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. 1949. Págs.82-85

SECCIÓN I. EL INTERÉS PÚBLICO COMO NOCIÓN Y COMO CONCEPTO JURÍDICO.

Que sea el interés público la justificación del poder institucional del Estado, de antemano, nos impone una institución de mucha importancia no solo para el estudio del Derecho Administrativo sino de otras instituciones, afines o no, al Derecho. Por décadas los estudiosos se han dedicado a reconocer y aprobar un concepto unívoco de interés público, y si no, por lo menos estructural.

Terminaría siendo una tarea de nunca acabar emprender un estudio del interés público, sin contar con una brújula que guíe el rumbo a tomar, se ha decidido tomar una orientación: la Contemporaneidad, a partir de ella se abordará la comprensión estructural del interés público como noción (A), para luego recaer en la descripción de la posición doctrinal mayoritaria que reconoce el interés público como concepto jurídico indeterminado (B).

A. La Noción de Interés Público en la Contemporaneidad.

Abordar las posiciones teóricas, doctrinales y jurisprudenciales que divisan de una u otra forma el concepto de interés público resulta de sobremanera abrumadora y complicada. Se parte en este capítulo de una premisa: el hecho que representa la situación actual del hombre en la vida colectiva; a esa situación actual del hombre y su relación con la justificación de la institucionalidad se le denomina contemporaneidad. De modo que no es un concepto exclusivamente histórico⁴⁰ sino una descripción del estado actual del

⁴⁰ AROSTEGUI SANCHEZ, Julio. La contemporaneidad, época y categoría histórica. En: *Mélanges de la Casa de Velázquez. Nouvelle série.* 36-1. Consultado en: <http://mcv.revues.org/2338>. Pág. 107-130. Para el autor la contemporaneidad es un concepto proveniente de las causas revolucionarias que sucedieron en el paso del siglo XVIII al XIX, de modo que contemporaneidad es la identificación de otra historia, otro tiempo. Véase: DIAS DE CARVALHO, Adalberto. *La contemporaneidad como expresión de un nuevo humanismo*. En: THÉMATA, Revista de Filosofía. Núm. 39, 2007. Reconoce el autor que contemporáneo no solo podría ser aquellos que comparten una misma época histórica, sino también es una construcción antropológica que pasa por una "conciencia hermenéutica capaz de discernir y atribuir sentido. La construcción de lo humano- individual y colectivo" Consultado en: institucional.us.es/revistas/themata/39/art79.pdf. Según lo descrito por FAZIO HUGO, la contemporaneidad conduciría al planteamiento de nuevas tendencias sociales, al punto de sustituirse una historia mundial por una historia global. Véase: FAZIO, Hugo. *La Historia Global: ¿encrucijada de la contemporaneidad?*. En: Revista de Estudios Sociales. Nro. 23. Bogotá-Colombia, 2006. Consultado en:

hombre como ser social a partir de la aprobación de las justificaciones que sustentan su vida en coexistencia colectiva.

Contemporaneidad implica entonces el reconocimiento de las justificaciones que conducen al hombre vivir en colectividad, bajo el manto del tiempo, que no es otro que, el actual, el presente. Así, contemporáneo representa el hecho del establecimiento de las justificaciones dadas por el hombre para construir un vivir colectivo institucionalizado, implantado en el tiempo presente-actual.

Bajo este enfoque no se precisa recaer en estudios pre-liminares e históricos de las razones por las cuales el hombre concibió las instituciones políticas, basta con el simple acto de reconocer una vida colectiva institucionalizada actual y justificada.

Se particulariza tal percepción de la contemporaneidad en el enfoque jurídico con la aprobación de la bidimensionalidad de la constitución política y su rol en la fundación de la justificación del poder de las instituciones, en particular el Estado. La bidimensionalidad se representa en ser la constitución política texto político y norma jurídica al mismo tiempo. La constitución política y su bidimensionalidad es una concepción contemporánea, como también lo es el interés público, no tanto por su nacimiento, que data del pasado, sino por su valor justificante en lo actual y su *criterio de no regreso o retorno*, que significa, meramente, la imposibilidad en el tiempo presente-actual de desconocer su valor, o lo que es lo mismo, el *criterio de no retorno* concierta que existen instituciones que no pueden desconocerse, ni tampoco de las que puedan deshacerse en el tiempo contemporáneo, en la medida que éstas sustentan la propia contemporaneidad. Una de estas instituciones es claramente *el interés público al que debe orientarse el actuar del Estado*.

Contemporaneidad como justificación, se concreta para lo que corresponde en el presente texto, en el estudio del interés público. Es el interés público una justificación contemporánea en cuanto, en lo actual, lo presente, justifica la institucionalidad del poder, conduciendo al mantenimiento de una vida colectiva

<https://lacontemporaneidadcomoespaciodeintegracion.wikispaces.com/%C2%BFQu%C3%A9+es+la+Brecha+de+Contemporaneidad%3F>

del Hombre, que no es más que el logro de una unidad política, social y jurídica.

Una mirada contemporánea del interés público, bajo lo descrito, implica un reconocimiento de su rol de unificación en lo presente, en lo actual, así como su integración en la constitución política, tanto en lo político como en lo jurídico. Interés público en la contemporaneidad es criterio de unificación, así como, elemento constitutivo de contenido constitucional, que desemboca en el establecimiento de criterios de garantía, en dos ejes, uno lo fundacional del actuar del Estado-Administrador, otro, el actuar de lo jurisdiccional, en el que hacer del control judicial en general y en concreto respecto de la actuación de la Administración.

La contemporaneidad como enfoque de estudio logra la particularización sobre el objeto que es el interés público, evitando que se aborde la temática con demasiadas aristas que no permitan construir una conclusión trascendente.

La contemporaneidad como método determina que se decante de entrada la existencia y consolidación del interés público como principio de justificación del poder público, por lo que no se hace indispensable reconocer su construcción histórica, sino más bien recaer en su trascendencia en el estado actual. Trascendencia que la situamos en concreto en el fenómeno de la *re-materialización constitucional*. Una conclusión trascendente, será entonces, concebir objetivamente la noción de interés público, aunque sea de advertir que no pudiéndose lograr una concepción absoluta, esto no es óbice para renunciar a llevarla de forma expresa y previa a la constitución política.

Contemporaneidad y noción del interés público confluye en la máxima *de no regreso*, que no es otra cosa que, la aceptación de la situación que las razones de justificaciones, como es el interés público, llegan a un punto de no retorno, significando un estado de consolidación y no relatividad de la propia institución. La consolidación de las instituciones de justificación se da como resultado de las razones aceptables y poco controvertibles que son aprobadas, bien por consenso, bien por la fuerza integradora de la propia justificación. Esto,

palabras más, palabras menos, significa que la noción del interés público cumple con la máxima de no regreso, pues, los argumentos que lo conciben son aceptados en consenso y de no, por lo menos son fuertemente valorados como sobresalientes para soportar la actuación del Estado-administrador como su control jurisdiccional, en el tiempo presente.

Es decir, la máxima de no regreso concibe que siendo las razones valorativamente fuertes y sobresalientes las que aprueban que el actuar de la administración y su control judicial se justifique por el interés público, no hay razón para predicar un retorno de la concepción, pretendiendo desvirtuar o sustituir la institución por otra. Esto sugiere la consolidación de la institución de interés público como justificante del poder público en la contemporaneidad.

Pasemos a ver cómo se da esto.

Partiendo de la existencia de justificaciones, tenemos que la modernidad implica un cambio a los preceptos establecidos en la edad media, aunque esta posición no sea del todo admitida⁴¹; entre tantos cambios, se da el paso de la concepción teológica como modelo de explicación de las instituciones políticas, jurídicas y sociales de la época a la creencia del conocimiento sólo a partir del hombre como eje trascendental⁴².

⁴¹ Véase: KELSEN, Hans. Religión Secular. Una polémica contra la malinterpretación de la filosofía social, la ciencia y la política modernas como nuevas religiones. Trad. Manuel Abella. Ed. Trotta. España. 2015. En esta obra el profesor Kelsen discute en últimas las nociones de la "modernidad" que pretenden hacer una re-interpretación de varias teorías, las cuales reconocen como religiones seculares, religiones sin Dios, re-interpretación que se sustenta en el hecho de intentar degradar tesis de autores como Marx, Nietzsche, Saint-Simón, bajo la óptica de ser estas religiones seculares. Ahora bien, las concepciones que aceptan que la modernidad implica un viraje de la mentalidad medieval. Véase: ARNAIZ AMIGO, Aurora. Ciencia Política. Estudio doctrinario de sus instituciones. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. 4ª ed. 1999. La autora reconoce la fundamentación de la modernidad a partir de la aceptación del paso de la concepción política cristiana a la institucionalidad política de la modernidad. A partir de la aceptación de la modernidad, de lo nuevo, el profesor De León Armenta, concibe el modelo trans-universal del derecho y del Estado. Véase: DE LEÓN ARMENTA, Luis Ponce. Modelo Trans-Universal del Derecho y del Estado. Ed. Porrúa. México-Argentina, 2010.

⁴² Véase: HUME, David. Investigación Sobre el conocimiento Humano. Ed. Mestas. España. 2003. Así mismo, COMTE, Auguste. Ed. Alianza. Colombia. Hessen sostendrá como elemento de la modernidad la concepción del yo y la concepción del universo. Véase: HESSEN, Johannes. Teoría del Conocimiento. Ed. Atenea. Colombia. 2004

Ernest Cassirer hace una reflexión sobre la edad media así: *“En cierto sentido, estas palabras son la clave de toda la filosofía en la Edad Media. Filosofía es amor de la sabiduría. Pero en el sistema medieval no caben dos amores diferentes: El amor de la sabiduría y el amor de Dios. El uno depende del otro. “El temor de Dios es el principio de la Sabiduría” (Pág. 96), aunque luego declarará frente a la teoría del Estado legal en la edad media que*

“La idea platónica del Estado Legal demostró en ese tiempo poseer una fuerza real y activa, una gran energía, que no sólo influyó en los pensamientos de los hombres, sino que llegó a ser un impulso poderoso de sus acciones. La tesis de que la misión primera y principal del Estado es el mantenimiento de la justicia se convirtió en el verdadero foco de la teoría política medieval. Todos los pensadores medievales la aceptaron, y penetró en todas las formas de la civilización medieval. Los primeros padres de la iglesia, los teólogos y los filósofos, los tratadistas del derecho romano y los escritores políticos, los estudiosos del derecho civil y canónico, todos coincidieron en este punto. En un pasaje de su República, citado por Agustín, dijo Cicerón que la justicia es el fundamento del derecho y de la sociedad organizada: donde no hay justicia no hay comunidad, no hay verdadera Res pública.” (Pág. 116).

(...) “pero, aunque en este punto hay un acuerdo completo entre la teoría medieval y la de la antigüedad clásica, subsiste sin embargo una diferencia que no tiene solamente un interés teórico, sino que trae consigo consecuencias prácticas de la mayor importancia. De acuerdo con sus principios fundamentales, la edad Media no podía concebir una justicia abstracta e impersonal. En la religión monoteísta la ley tiene que ser siempre referida a una fuente personal (...) la voluntad que se manifiesta en la justicia es una voluntad sobrehumana. Ahora bien: la idea del bien de Platón no requería ninguna autoridad sobrehumana de esta índole. (...) Había, sin embargo, otro carácter aún más importante por el cual la teoría

medieval de la ley natural se alejaba de Platón y Aristóteles (Pág. 116) (...) La idea estoica del hombre se convirtió en uno de los nexos más sólidos entre el pensamiento antiguo y el medieval; este eslabón fue todavía más fuerte que el de la filosofía clásica griega. La alta edad media conoció muy poco de las obras de Platón y Aristóteles”⁴³

La “fe” en el hombre⁴⁴ da como resultado la determinación de una voluntad soberana sustentada en el acuerdo voluntario de los individuos con fijación de metas colectivas.

Aunque Ortega Y Gasset rechace la concepción contractualista por considerarla contradictoria al hecho que la sociedad nace de la convivencia y posterior a ello se firme el contrato y no antes, en la Historia, como lo explica Cassirer, los siglos XV Y XVI fueron el periodo de alumbramiento del mundo moderno, en el siglo XVII Galileo y Descartes con sus estudios, el primero sobre el papel de la ciencia y la filosofía y el segundo con su duda universal (metodológica), condujeron a la época de las ideas claras y distintas, cobrando con ello conciencia el mundo moderno de sus fuerzas. Hugo Grocio por su lado, reconocerá que la vida social del hombre no “es una pura masa de hechos incoherentes y azarosos” (pág. 196).

Para Cassirer el racionalismo político del siglo XVII fue un “*rejuvenecimiento de las ideas estoicas*”, nos dice: “*Este proceso empezó en Italia, pero al cabo de poco tiempo se propagó a toda la cultura europea. En su rápido progreso, el neo estoicismo pasó de Italia a Francia, a los países bajos, de éstos a*

⁴³ Véase: CASSIRER, Ernest. El Mito del Estado. Traducción. Eduardo Nicol. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. 1968. Pág. 124

⁴⁴ Fe que no es más que la aceptación del poder de conciencia del Hombre, un paso del Ego Cogito al Vrai Homme, siendo la teoría cartesiana importante en tal estudio. Véase: NÁJERA PÉREZ, Elena. Del Ego Cogito al Vrai Homme. La doble mirada de Descartes sobre el ser Humano. Ed. Universidad Politécnica de Valencia. Valencia-España. 2003. Pág. 75 y ss.

*Inglaterra y a sus colonias americanas*⁴⁵ , con total creencia afirma Casirrer que:

*“la declaración americana de independencia fue precedida y prepara por un acontecimiento mayor todavía: por la declaración de independencia intelectual que encontramos en los teóricos del siglo XVII. Ahí fue donde la razón proclamó primeramente su poder y su derecho a regir la vida social del hombre. Se había emancipado de la tutela del pensamiento teológico; podía valerse por sí sola (...) la historia del gran movimiento intelectual que culminó en la declaración de derechos americana y en la declaración francesa de los derechos del hombre y el ciudadano (...) La influencia del pensamiento estoico, en efecto, había sido continua e ininterrumpida. (...) la extraordinaria significación práctica de esta gran corriente de pensamiento no aparece sino hasta los siglos XVII Y XVIII”*⁴⁶

El paso de una edad a otra, si quiere usarse el término, no es sino solo la decantación de otro punto de vista, con concepción nueva o antigua, esto último es lo que ocurrió, con el paso de la edad media a la edad moderna.

Un avance importante es la visión colectiva de la vida individual, no se cree en la edad moderna en una salvación individual a gracia de estar en concordia con Dios, sino se reconoce la necesidad de existencia y presencia del otro⁴⁷ (aunque esta afirmación puede ser discutida la daremos por sentada⁴⁸ pues se reconoce que, el Hombre sí dio un paso importante al pasar de la edad media a la edad moderna)⁴⁹ cuya convivencia es necesaria para la consecución de objetivos particulares.

⁴⁵ *Ibíd.* Pág. 197

⁴⁶ *Ibíd.* Págs. 198-199

⁴⁷ ORTEGA Y GASSET, José. *La revolución de las masas*. Ed. Géminis Ltda., Colombia. Primera Edición. 2014

⁴⁸ Véase lo ya descrito en la nota a pie de página número 40, en lo que respecta de la obra de Hans Kelsen. *Religión Secular*.

⁴⁹ CIFUENTES, Santos. *Derechos Personalísimos*. Ed. Astrea. Argentina. 3ª ed. 2008. Reconocerá respecto de los derechos personalísimos en el siglo XIX que posicionada en el

El hombre individual y el hombre colectivo es un enfoque trascendental en la edad moderna, cierto es que, no se está diciendo que en la edad moderna “nazca” tal situación, sino que se hace más connatural a la vida del hombre, hoy aceptada, de manera que es un elemento característico de la contemporaneidad.

Esta dimensión colectiva del hombre, de variado estudio, en ORTEGA Y GASSET se responde bajo la premisa que la sociedad es el resultado de la simple convivencia y no de un pacto ficticio suscrito con anterioridad al hecho de convivir con el otro, por ello reconoce que de la simple convivencia, la sociedad “*segrega costumbres, usos, lengua, derecho, poder público*”⁵⁰. La modernidad recibida bajo esta dimensión de ser la sociedad producto de un simple hecho de convivencia, solidifica la necesidad de justificación, pero esta vez orientada a la razonabilidad sobre el hecho de mantener en margen de estabilidad el hecho de vivir con el otro.

Estando de acuerdo con la premisa de Ortega y Gasset, es evidente que la justificación del poder toma otro rumbo distinto que la de la edad media, en cuanto que se trata aquí de lograr a partir de ella la estabilidad del hecho de convivencia. No estamos diciendo con ello, que en la edad media haya sido totalmente distinto el acto de justificar el poder, sino que en el marco de la contemporaneidad tomándose como un hecho establecido la convivencia, no se necesitará mayor razón para justificarla, por lo que se orienta este que-hacer intelectual al mantenimiento del orden colectivo⁵¹. De ello, se tiene que el poder público siendo consecuencia del hecho de convivencia, la justificación de aquel

discurso iusnaturalista, se concibió una doctrina de corte político y revolucionario que hizo cumbre en la Francia de 1789. Pág.29-30

⁵⁰ Ob. Prev. Cit. Pág. 17 el filósofo español Ortega y Gasset manifiesta no estar de acuerdo con la tesis contractualista, es clara su posición cuando afirma “*la idea de la sociedad como reunión contractual, por tanto, jurídica, es el más sensato ensayo que se ha hecho de poner la carreta delante de los bueyes*”.

⁵¹ Ibíd. Pág. 21. Para el autor la justificación se orienta al Equilibrio europeo o balance of power.

tendría la misma orientación, es decir, lograr su estabilidad, su reconocimiento, su aceptación.⁵²

La institución del interés público desde la concepción moderna y bajo las anteriores premisas implica de por sí una de las herramientas para promover el equilibrio de las relaciones sociales. Sociedad e interés público guardan una relación connatural, entendiéndose por tal, en el sentido que si la sociedad proviene del acto natural de convivencia, la justificación de ejercer el poder público orientado al interés público se ancla bajo la esperanza de lograr la consolidación de una vida estable y pacífica⁵³ de ese hecho natural de convivir.

El equilibrio proveniente de la institución del interés público no debe entenderse como equilibrio entre contra partes, sino equilibrio de la mera convivencia social del hombre individual.

Bajo esta premisa se difumina, - o por lo menos, debería difuminarse- la idea que se pregunta ¿Quién es el poseedor del interés público?, o lo que es lo mismo, la idea que el interés público sólo puede pertenecer a uno de los dos bandos: el Estado o el individuo.

Esta bilateralidad ha promovido que se presente una clasificación poco afortunada, como es la de pretender distinguir entre interés público, intereses públicos especiales e interés general⁵⁴, lo desafortunado de la clasificación se

⁵²Ob. Prev. Cit. Págs. 17-18. ORTEGA Y GASSET. Precisaré el autor que “*de la convivencia se gestara un hombre hecho de prisa , montado nada más que sobre unas cuantas y pobres abstracciones y que, por lo mismo de un cabo de Europa al otro*” este hombre se le llamara , por el autor, Hombre- masa.

⁵³ Respecto de la orientación de la vida colectiva al logro de la paz. Véase: KELSEN, Hans. La Paz por medio del Derecho. Trad. Luis Echávarri. Ed. Trotta. España. 2ª ed. 2008. Así mismo. LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro. *La paz y la guerra entre el instinto y la racionalidad, en el mundo de la insignificancia*. Pág. 11-18. En: LONDOÑO ULLOA, Jorge Eduardo (compilador). Justicia, derecho y posconflicto en Colombia. Ed. Ibáñez. Colombia.2016

⁵⁴ Frente a la distinción entre interés público e interés general, los profesores Rodríguez-Arana Muñoz y Rivero Ysern, sostienen que la referencia al interés general obedece a que el sometimiento del actuar de la Administración es al interés de todos los ciudadanos, en el marco del Estado Social de Derecho. De modo que sugieren que es más preciso señalar un sometimiento al interés general que a un interés público. Reconocen a su vez, que existiría un concepto amplio de interés público, que sería el interés general, y un concepto estricto, “*reducido a los estrechos límites de lo organizacional*”. Véase: RIVERO YSERN, Enrique, RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Con Miras al Interés General. Ed. Bubok Publishing. España.2015. Para Luciano Parejo Alfonso el interés general sería el mismo interés público que se diferencia con los intereses privados, sin que eso signifique en todo momento exista

da por el hecho de distinguir “sujetos” disimiles que cuenta con cierta posición que pretenden imponerse a la contraparte, de modo que, el Estado sería poseedor de un interés que en ocasiones se pondría en contra del interés de la sociedad o del individuo, esta situación contiene a su vez la idea paralela de reconocer autonomía en instituciones como la sociedad y el Estado, encarnándose de allí una separación con el individuo; las consecuencias de la clasificación son también desafortunadas y aunque sea innegable que cada uno de los individuos o grupos específicos de individuos puedan tener intereses propios y contradictorios en muchos casos que lleven a la jerarquización o superposición de unos contra otros, poner en línea de choque al interés público con el interés general conduce a una cadena interminable de “soluciones argumentativas”⁵⁵, que siempre llevarán a la manifestación de un interés supremo, que no sobra advertirlo, no se sabría, tal como lo ha demostrado la historia⁵⁶, en cabeza de quién recaería y, si éste es el interés más justo.

La disyuntiva entre interés público e interés general, se resuelve reconociendo la condición integradora del interés público, entendiéndose con ello, el carácter

una contradicción de intereses. Véase: PAREJO ALFONSO, Luciano, ORTEGA ALVAREZ, Luis., JIMENEZ-BLANCO, Antonio. Manual de Derecho Administrativo. Volumen I. Ed. Ariel. Barcelona- España. 1998, Pág. 607. Para Sainz Moreno, el uso indistinto de términos como bien común, interés general, interés público, interés de la nación, etc. Carece de trascendencia operativa, pues todos cumplen la misma función, como es indicar que el fin del Estado consiste en procurar el bien de todos sus ciudadanos, esta conclusión es respecto del interés público como principio político. Pero cuando se refiere al interés público como concepto legal, particularmente cuando este concepto se incorpora en el texto legal, se puede reconocer varios tipos de intereses públicos, así estarían los generales y los especiales, presentándose a razón de ello, colisiones entre principios, siendo integrador el concepto de bien común. De manera, concluye el autor, que el interés público como concepto legal “*plantea un problema de interpretación jurídica, no de libre decisión*” Véase: SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. Ed. Civitas. Madrid-España. 1976. Págs. 316-325. Para la profesora Marta Franch I. Sagner, “*la idea del interés público nace como sustituto de la noción de “bien común”, que contenía a su vez fuertes connotaciones morales y religiosas*”, Véase: FRANCH I. SAGUER, Marta. *El Interés público: La ética Pública del Derecho Administrativo* .Pág. 406. En: FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (Coordinador). Derecho Administrativo. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y sistemas Jurídicos Comparados. Ed. UNAM. México. 2005.

⁵⁵ El profesor Colombiano Diego López Medina, evalúa la tensión entre el optimismo y el escepticismo interpretativo bajo las relaciones de la hermenéutica y la filosofía del lenguaje en la teoría del derecho. Véase: LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. La Letra y el Espíritu de la Ley. Ed. Universidad de los Andes- Ed. Temis. Colombia. 2008. Págs.1-8

⁵⁶ Téngase en cuenta en la nota al pie de página 44, lo referente a la tesis de Sainz Moreno de reconocer el bien común como concepto integrador frente al enfrentamiento de intereses. Pero si bien se asume la existencia del bien común, nada nos dice que, la decisión frente a él, sea la adecuada.

justificador y legitimante del interés público frente al actuar del Estado-Administrador. Así, la referencia tanto al uno como al otro, es solo un acto de soliloquio.

A la anterior conclusión se suma el hecho que el antagonismo entre sociedad, Estado e individuo, particularmente de las dos primeras instituciones, no es más que una contradicción forjada en las bases de la hipostación tal como lo reconocería en su momento HANS KELSEN, en donde el acto de expresar vida propia al Estado no se hace más que diferenciarlo erradamente del derecho, así como darle cualidades que sólo los individuos pueden poseer.⁵⁷

La distinción entre intereses, si bien es admisible, considero además de las razones precedentes, innecesaria para el trabajo de concebir la noción de interés público. Pues, admitiendo la fórmula que la sociedad no es más que el producto de la convivencia connatural de los individuos⁵⁸, se desprende que el Estado y el individuo no son antagónicos, ni que se trata de seres disimiles y distantes que luchan en una pugna infinita, de modo que tan solo se presentaría dos tipos de intereses el individual y el colectivo, este último llámese interés público o interés general, existencia de tal dualidad que para nada insiste en una contradicción absoluta, tal como lo advertiría Sainz Moreno.⁵⁹

⁵⁷ Véase: KELSEN, Hans. Ensayo sobre la jurisprudencia y Teología. Ed. Fontamara. México.2004; KELSEN, Hans. Introducción a la Teoría pura del Derecho. Ed. Coyoacán. México. 1960; KELSEN, Hans. Ficciones Jurídicas. Ed. Fontamara. México. 2003; KELSEN, Hans. La idea del derecho natural y otros ensayos. Ed. Coyoacán. México. 1979; KELSEN, Hans. Teoría general del Derecho y del Estado. Ed. UNAM. México. 1949. KELSEN, Hans. Compendio de la Teoría general del Estado. Ed. Coyoacán. México.2012 Así mismo se sugiere las siguientes obras que desarrollan la idea del maestro Kelsen respecto de la hipostación de la idea del Estado, y su separación del derecho, anteponiéndolo a él. MONTOYA BRAND, Mario, MONTOYA RESTREPO, Nataly (editores-compiladores). Hans Kelsen. El reto contemporáneo de sus ideas políticas. Ed. Universidad EAFIT. Colombia. 2011. SEPULVEDA PINO, Hernán. La teoría Marxista del derecho y la teoría normativista de Hans Kelsen. Ed. ECOE. Bogotá. 1989. WALTER, Roberto. Kelsen, la Teoría pura del derecho y el problema de la Justicia. Ed. Universidad Externado. Colombia. EBESBTEIN, William. La teoría Pura del Derecho. Ed. Coyoacán. México. 2004. Respecto de la separación entre Estado y Derecho. Véase: JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Ed. Fondo de cultura Económica. México. 2000

⁵⁸ Considérese como tesis antagónicas a lo afirmado por los contractualista, que parten del paso de un estado natural a un estado civil por medio de un pacto. Algunos nombres como Hobbes, Pufendorf, Thomasius, Locke, y Rousseau. Véase: STAMMLER, Rudolf. Modernas teorías del derecho y del Estado. Ed. Ara. Perú. 2006. Págs. 27-33

⁵⁹ Véase notal al pie de página número 51, en lo correspondiente.

Si bien en HERBERT SPENCER se pretende dar la luz del antagonismo entre individuo y Estado, por lo sugestivo que resulta ser el título de su libro (El individuo contra el Estado), el propio SPENCER, obviamente con sus preocupaciones⁶⁰ señala que “*no se puede ver ni tocar una institución política, siendo solo posible conocerla por su esfuerzo de la imaginación creadora*”⁶¹, advirtiendo que tampoco por percepción física puede apreciarse una medida política, solo a través de un proceso de representación mental se logra decantar las cualidades y elementos de estas. Spencer entiende que defectuosas representaciones mentales han clasificado erróneamente instituciones políticas.⁶²

Particularmente, considera que el bien del pueblo no es un fin indirecto sino por el contrario que debe ser directamente perseguido, lo que conlleva a que los liberales empleen métodos “*intrínsecamente opuestos a los que usaran en un principio*”⁶³, se trata aquí de reconocer que el *bien general*⁶⁴, implica de por sí la imposición de medidas de coacción para lograr alcanzarlo, lo que justificaría la reducción de las libertades.

El Estado no posee vida propia⁶⁵, solo se trata que el equilibrio de la convivencia social exige del hombre como ser pensante la producción de “conceptos” cuyo propósito es lograr estabilizar las relaciones sociales; ésta es la suerte del interés público como muchos más valores que tienen el sentido de permitir la concepción del orden social, o lo que es lo mismo, se constituyen en valores, el interés público, legitimadores de la convivencia colectiva,

⁶⁰ La preocupación recae en la disminución de la libertad real por motivos del aumento de la libertad aparente, y el enfrentamiento entre la cooperación voluntaria y la cooperación obligatoria, la cooperación instaurada en la figura del Estado y el contraste de conservadores y liberales, lo que conlleva a formular un cuestionamiento a título de pregunta, concerniente al por qué el liberalismo se inclina cada vez más a una legislación más coercitiva. Véase: SPENCER, Herbert. El individuo contra el Estado. Ed. F Sempere y C.A. Valencia- España. Sin fecha. Pág.35-41

⁶¹ *Ibíd.* Pág.19

⁶² *Ibíd.* Pág. 20

⁶³ *Ibíd.* Pág. 22

⁶⁴ En los términos de Spencer Pág. 39

⁶⁵ El profesor Ernest Casirrer en su obra El Mito del Estado señala que “*la teoría medieval del Estado era un sistema coherente basado en dos postulados: el contenido de la revelación cristiana y la concepción estoica de la igualdad natural de los hombres*”. Véase: CASSIRER, Ernest. Ob. Prev. Cit.

legitimando con ello la presencia del Estado, no como sujeto independiente, sino herramienta de estabilización.

La estabilización a partir del interés público obedece a razones de peso político en la modernidad, y razones político-jurídicas en la contemporaneidad, esto último dándose por el reconocimiento que en estos tiempos se hace de la constitución política como norma jurídica, en la cual se vincula preceptos de contenido esencial para la coexistencia colectiva.

La estabilización en la contemporaneidad, es decir, lo aceptado en lo actual, en lo presente, luce una bidimensionalidad que no se yuxtapone, esto es, lo político y lo jurídico. En lo político el interés público se constituye en un principio de unidad del poder, de la aprobación de una despersonalización del mismo⁶⁶, de un poder en cabeza de las instituciones, necesarias para garantizar la vida colectiva. En lo jurídico, el interés público representa un principio dispuesto implícitamente, o de modo indirecto en la norma superior, cuyo papel relevante es irradiar validez normativa, no solo formal, sino material, esto último dándose sin acudir a criterios metafísicos.⁶⁷

El interés público no es una noción metafísica, es un principio con valor normativo-jurídico, consintiéndose su concreción, su aplicabilidad, si se quiere, en la justificación no solo del actuar de la administración sino de su control jurisdiccional; el interés público es la antítesis de la arbitrariedad, estando él presente en la constitución, todo actuar arbitrario de las instituciones no posee sentido.

⁶⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo. Tomo I. Décimo tercera Edición. Ed. Thomson. Civitas. España, 2006. Pág. 368, y ss. Explican los autores que *“los juristas regios, en el medioevo, periodo caracterizado por una confusión entre lo público y lo privado, el dominium y el imperium, establecerán un proceso de transpersonalización e institucionalización del poder, a través de la corona, comprendiéndola como una entidad mística, distinta a la imagen del príncipe, siendo una especie de corporación en la que el rey no es dominus, sino solo curator”*, la corona según-Enterría y Fernández- se constituirá de ese modo en el centro de imputación y producción de actos jurídicos-políticos distintos, superiores y expresivos de la unidad del reino, distinguiéndose de los actos del rey.

⁶⁷ LARENZ, Karl. La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid-España. 1935. Págs.157-241 El profesor alemán se refiere a la metafísica del derecho y del Estado, situando en ello: el derecho natural de tendencia teológico, la corriente de la metafísica del espíritu concreto y la idea nacional del Estado.

El interés público constituye elemento esencial de la justicia constitucional, entendiéndolo por tal, la justicia proveniente y a partir de la constitución como norma irradiante del ordenamiento jurídico. Bajo esta línea, el interés público en la contemporaneidad se incluye en el marco de la justicia constitucional⁶⁸. De allí su relevancia actual, pero también su problemática.

Los desafíos de la justicia constitucional, como lo reconoce el profesor PRIETO SANCHÍS, están dados en la amplitud del acto de interpretación jurídica, pues no puede reconocerse que tal acto sea una ciencia exacta, y que en el acto propio de la interpretación no se incluya posiciones doctrinales propias del interprete. Quiere decir esto que si bien el interés público decanta jurídica y políticamente un actuar “correcto”, nada asegura que en la interpretación de éste y en la ejecución de la justicia constitucional, la interpretación que se haga sea la correcta. Bajo esta afirmación, acudir a intereses generales, al bien común o a otro valor supremo, no asegura que no se tomen decisiones caprichosas, arbitrarias, ocultas.

Toda la historia del hombre ha sido concebida en el miedo⁶⁹ a la inestabilidad social, no otra cosa explicaría las múltiples razones doctrinales surgidas a partir de las revoluciones cuyo propósito es no permitir que se presenten los mismos hechos, las mismas circunstancias. Si bien el interés público es aceptado, consolidándose como institución de *no regreso en la contemporaneidad*, también es cierto que no ha sido del todo segura, pues, las arbitrariedades no han cesado, aun en nuestros tiempos.

⁶⁸ El profesor Prieto Sanchís se refiere a la justicia constitucional, partiendo de la base de la complicada situación de la interpretación constitucional en la cual no puede descansar un perfecto acto de interpretar, pues la interpretación jurídica no es una ciencia exacta, incluyéndose en el proceso de interpretación “*las doctrinas éticas de los sujetos que la efectúan*”. Con ello se representa la problemática de la justicia constitucional. Véase: PRIETO SANCHÍS, Luis. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Ed. Trotta. Madrid-España. 2ª ed. 2012. Pág. 10-14

⁶⁹ El tratamiento del miedo como fundamento de la política desde Maquiavelo, pasando al terror en Montesquieu, para terminar en el terror total del Nacional-Socialismo, es trabajado por Corey Robin. Véase: ROBIN, Corey. El miedo. Historia de una idea política. Ed. Fondo de cultura Económica. México. 2009

La “amplitud” de la interpretación jurídica junto con la indeterminación del interés público son desafíos de la era contemporánea. Dejemos aquí esta cuestión, para tratarla en los capítulos siguientes.

Basta con referir que el interés público en lo político y en lo jurídico, si bien asumen una argumentación armoniosa y con sentido, en la práctica, particularmente en lo jurídico, bajo la dimensión de la constitución, en la contemporaneidad se evidencia un problema de antaño: el uso inadecuado de la fórmula interés público. Este uso, no recae sobre el entendido del interés público, pues es aceptable las *razones de no regreso*, la problemática se centrará en la su implantación, específicamente, en sede de ser fundamento de la actuación administrativa, como de servir de técnica de control jurisdiccional, en tales dimensiones se sumara las problemáticas de la interpretación como las problemáticas de la indeterminación, que se unifican en una sola: el margen de ***volatilidad argumentativa*** de la administración y del operador judicial para predicar lo que se entiende por interés público.

La estabilización a partir del interés público en cuanto a concepción conceptual no implica mayor discusión, la problemática –insistimos– está dada en el uso de la institución de interés público, en concreto al momento de fundamentar la actuación administrativa y ejercer por el juez el control jurisdiccional. Así, lo concreto-aplicado se yuxtapone a lo ideológico.

En lo ideológico, véase que la estabilización de la sociedad, conllevó a decantar la tensión entre dos enfoques, entre otros⁷⁰, el individualismo contra el colectivismo. El análisis del individualismo desde lo metodológico implicó reconocer que todos los individuos son *racionales e intercambiables*⁷¹, entendiendo por tal, la posición que asume el individuo para alcanzar las metas más propias, puede decirse entonces que el interés público se constituyó

⁷⁰ El profesor español GOBERNADO ARRIBAS señala que existen más contradicción que no solo el individualismo vs el colectivismo, respecto de la definición del término sociedad, se da el objetivismo vs el subjetivismo, el monismo vs el pluralismo metodológico, positivismo vs teoría dialéctica críticas, neutralidad vs compromisos. Véase: GOBERNADO ARRIBAS, Rafael. *Individualismo y colectivismo en el análisis sociológico*. Revista REIS, 85/99. Páginas, 9-25.

⁷¹ *Ibíd.* Pág. 10

ideológicamente en una *herramienta* para alcanzar un fin particular, pero también es un propio fin particular.

Este enfoque es posible sostenerlo con lo que ocurre en Colombia, con el proceso de terminación del conflicto armado y construcción de una Paz duradera y estable, adelantado por el Gobierno de Juan Manuel Santos y La guerrilla de las FARC. Dentro de los puntos de acuerdo, el sexto punto hace referencia a la refrendación de los acuerdos por el propio pueblo, existiendo discusiones, se planteó la figura del plebiscito, institución que fue aprobada por la Corte Constitucional en sentencia C-379 de 2016. Más allá de tal discusión, se presentan para cada uno de los colombianos un desafío personal, se invoca social e institucionalmente por el Gobierno, la necesidad de alcanzar un fin personal cada quien en el logro de la Paz. Hemos sostenido que la Paz es instintiva, gozando por un lado de ser una meta individual, (en la Constitución Política de 1991 Colombiana se decanta la Paz como un derecho Fundamental art. 22, a lo que responde Ferrajoli, entendiendo como lo haría en su momento Hans Kelsen, que siendo una institución trascendental la Paz solo es necesario recordarla para no olvidarla), pero también es una meta social, en la que se le exige al Estado y al gobierno tomar acciones para lograr el fin deseado de la Paz. Bajo esta premisa se pone de tesis por parte de un sector del congreso de la Republica de Colombia, la no necesidad de acudir a la refrendación, porque La Paz es un mandato colectivo que la sociedad ha encargado al Estado.⁷²

Desde lo ideológico se justifica bien en el individualismo o el colectivismo la acción tomada, es así que, la convivencia social se convierte en un asunto de justificación; el interés público sirve de justificante para la acción. Desde el

⁷² Véase: Respecto a lo instintivo de la Paz: LÓPEZ PEÑA, Edmer Leandro. *La Paz y la Guerra entre el instinto y la racionalidad en el mundo de las insignificancias*. Pág. 11-13. Respecto a la paz como derecho contra-mayoritario: FERRAJOLI, Luigi. *La justicia penal transicional para la Colombia del Posconflicto y las garantías para la paz interna*. Págs.19-43, Respecto de la posición del Congreso de ser la Paz una meta Estatal: VELASCO, Luis Fernando. El papel del congreso en el proceso de Paz. Págs. 279-286. Todos estos textos en: LONDOÑO ULLOA, Jorge Eduardo (compilador académico). *Justicia, Derecho y Posconflicto en Colombia*. Ed. Ibáñez. Bogotá- Colombia, 2016.

enfoque de la Realidad se decanta que se permite la interpretación desde varias perspectivas.⁷³

Partiendo de la contradicción entre el individualismo y colectivismo el profesor español GOBERNADO ARRIBAS describe unos conceptos complementarios que se engloban en tal enfrentamiento, desde la dimensión de sistema social están el estructuralismo que explica el comportamiento humano a partir de la estructura social, que se contrapone a la teoría de la acción que parte del actor individual para explicar su comportamiento; desde el nivel ideacional, se presenta la ideología que apoya la acción de la sociedad civil, llamada liberalismo que es contraria a la ideología que apoya al Estado, corrientes tituladas en estatalismo, colectivismo o socialismo; para el autor estos conceptos complementarios conducen a reconocer que la sociedad civil es la consecuencia de la interrelación del *“libre juego de los intereses individuales”*, a diferencia del Estado que *“se muestra como una organización basada en el interés colectivo mediante el ejercicio legítimo de la coacción”*.

Dice el autor en el nivel de la personalidad, está la conciencia del “yo” donde el individuo toma una *estrategia individual de comportamiento*, y la conciencia del “nosotros”, donde el individuo actúa en una estrategia colectiva, actuando *de acuerdo con los intereses del grupo*.⁷⁴

Mientras en la edad media se consideraba un poder proveniente de la fuente divina, la edad moderna entenderá que la fuente del poder se soporta en las necesidades de los individuos. El papel precursor de THOMAS HOBBS⁷⁵ es trascendental al identificar en su teoría la necesidad colectiva de seguridad de cada individuo, haciendo con ello que el poder pasara de ser un mito, un argumento metafísico o divino a ser algo necesario para la coexistencia humana; se debe a HOBBS que el hombre reconozca la vida colectiva como

⁷³ GOBERNADO ARRIBAS, Rafael. *Individualismo y colectivismo en el análisis sociológico*. Revista REIS, 85/99. Páginas, 9-25. Pág 11

⁷⁴ *Ibíd.* Pág. 12 Entiende el autor que las seis tesis complementarias tienen algo en común, precisamente, partir de una concepción racional de la sociedad, de una concepción racional del comportamiento humano.

⁷⁵ HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Ed. Gallimard. Colombia. 2000

algo imposible de escapar y que en ella se encierre necesidades imperiosas de alcanzar.

Con esto quiero decir, que existe un elemento esencial que es transversal en toda explicación “racional de la sociedad”, por más que exista contraposición, esta es la idea: el hombre no puede escapar de la sociedad porque es algo de su propia existencia y por ello existen objetivos comunes que de una u otra manera impactan su interés propio.

Concibo que en sede de lo ideológico la discusión vendría entonces a darse respecto de qué nivel de limitación debe acatar el individuo respecto del interés colectivo.

Se ha creído que en la fórmula “*el interés general prevalece sobre el particular*”⁷⁶ contenido mayoritariamente en las constituciones modernas⁷⁷, se presenta plena garantía para dar respuesta al interrogante planteado.

Esto es un error, en la medida que es claro que la fórmula pretende dar solución a priori de una posible contradicción de intereses, formulando una regla que deberá ser complementada en cada caso, pero carece de una base de objetividad, ello por la nula definición expresa y previa de lo que se considera interés general o interés público.

Es así que, debe diferenciarse la regla “*el interés general prevalece sobre el particular*” al mismo concepto de interés general o interés público; precisamente en los tiempos de hoy, se ve como un hecho lamentable que sectores de uno u otro bando se apoyen en el interés general (indeterminado) y la fórmula de prevalencia para invocar como justas las causas que persiguen; ya, JEREMIAS BENTHAM, hace un tiempo había señalado que el interés público es, uno, por no decir, el más peligroso de los sofismas políticos.⁷⁸

⁷⁶ Sobre la descripción histórica de la fórmula, véase: CASSESE, Sabino. Derecho Administrativo: Historia y futuro. Ed. Global Law Press-INAP. Sevilla-España. 2014. Pág.42-43

⁷⁷ La referida fórmula la contiene la mayoría de las constituciones modernas, en particular la constitución de Colombia de 1991 la consagra en el artículo 1.

⁷⁸ BENTHAM, Jeremías. Tratado de los sofismas políticos. Ed. Leviatán. España. 1998. Pág. 186. Clasificado Bentham los sofismas en tres: 1. Sofismas de autoridad o de prejuicio, 2. Los sofismas dilatorios, 3. Sofismas de confusión. Y un 4. Que sería los sofismas anárquicos.

Al día de hoy ,el estado islámico demanda poseer un interés general, las guerrillas como el caso de Colombia demandan un interés general, en el marco del proceso de terminación del conflicto armado y construcción de una paz duradera y estable, adelantado por la guerrilla de las FARC y el Gobierno de Colombia en cabeza del presidente Juan Manuel Santos, se defiende el proceso invocando el interés general, mientras un sector oficial, encabezado por el procurador general de la Nación, y el hoy senador y ex presidente de la república , Álvaro Uribe Vélez con el partido político centro democrático, invocan un interés general distinto⁷⁹, no se escapa de esta yuxtaposición países como Venezuela, España, el propio Estados Unidos con la lucha por la presidencia entre Clinton Y Trump, cada uno de estos candidatos presidenciales a puesto al pueblo norteamericano una visión del interés general, tal como acontece en toda elección presidencial. El reino unido con el Brexit, y así, hay ejemplos de sobra.

Advirtamos que la *fórmula de prevalencia del interés público* es una institución distinta del *concepto de interés público*, esto permite observar ligeramente que la sociedad civil habiendo creído encontrar la solución a sus males de coexistencia o, mejor, la fórmula de equilibrio de convivencia, no lo ha hecho, porque tan sólo se dejó formulado la hipótesis de solución en regla: que de enfrentarse dos interés antagónicos, el interés vencido sería el particular.

Entiende que el acudir al interés público se presenta en varios tipos de sofisma (personalísimos adulatorios- perteneciente a la segunda categoría. pág. 95) en (el sofisma del veto universal. Perteneciente a la primera categoría .Pág. 31). Reconoce el autor sobre el interés general: "*Otro ejemplo sería el del poder. El hombre público, en tanto que príncipe, ministro o magistrado, encontraría su interés privado personal en la extensión de su potencia a expensas de la libertad pública hasta el punto en que fuera imposible toda resistencia a su autoridad. El interés general, por el contrario comprendido el de los gobernantes mismos en la medida en que está unido al de la comunidad, es limitar el poder lo más posible sin perjudicar a su eficacia para hacer el bien, es decir, reducir al mínimo el sacrificio de la libertad individual*".

⁷⁹ En Colombia se estableció convocar a plebiscito al pueblo para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto armado, el día 02 de octubre de 2016 se decidía, sí o no. Con sorpresa ganó el No, se acusa con posterioridad al centro democrático, con tal razón, el uso de propaganda engañosa para la consecución que la sociedad votara por el No. Esta es una situación dilema que pone en duda el actuar movido por el interés público-interés general.

El mundo que vivimos, líquido⁸⁰, donde múltiples intereses quieren ponerse de manifiesto en la cadena jerárquica, debe indicarnos que no se tiene muy claro qué sería el interés público y, a partir de ello, cuáles serían sus consecuencias en los tiempos contemporáneos que hoy se viven.

La fórmula de prevalencia, traerá siempre consigo la contraposición entre intereses, queriendo cada uno de ellos vestirse con el ropaje de interés general; esta lucha política de intereses debe ser relativizada con un concepto por lo menos “medianamente claro” del interés público.

Aproximaciones al concepto de interés general se presenta por los profesores Rodríguez-Arana Muñoz y Rivero Ysern, emparejando tal interés con la fórmula Estado Social de Derecho. Señalan los autores:

“el principio de supremacía del interés general sobre el interés particular ha sido censurado en algunas ocasiones recurriendo al peligro que se cierne sobre tal aserto si tal supremacía no se concreta adecuadamente, sino que se apoya en el Ordenamiento Jurídico, si simplemente se usa, con ocasión o sin ella, para la dominación política y social. (...) sin embargo, si el interés general se argumenta convenientemente y se ampara en el ordenamiento jurídico, ningún problema tendría que existir en orden a afirmar la

⁸⁰ Zygmunt Bauman señala en la crítica de la política de vida “cuando ya no se espera que el Estado pretenda, prometa o desee actuar como depositario plenipotenciario de la razón y maestro constructor de una sociedad racional; cuando los tableros de dibujo de las oficinas de la buena sociedad van quedando en desuso; y cuando una variopinta sarta de consejeros, intérpretes y gestores se hacen cargo de gran parte de la tarea antes reservada a los legisladores, no es de extrañar que los teóricos críticos deseosos de servir a la causa de la emancipación estén en duelo por su pérdida. No sólo se está desintegrando el presunto vehículo y a la vez blanco de la lucha por la liberación” Pág. 54. En el prólogo de su obra reconocerá “la desintegración de la trama social y el desmoronamiento de las agencias de acción colectiva suelen señalarse con gran ansiedad y justificarse como efecto colateral anticipado de la nueva levedad y fluidez de un poder cada vez más móvil, escurridizo, cambiante, evasivo y fugitivo. Pero la desintegración social es tanto una afección como un resultado de la nueva técnica del poder, que emplea como principales instrumentos el descompromiso y el arte de la huida”, Pág. 19. Véase: BAUMAN, Zygmunt. Modernidad Líquida. Fondo de cultura económica. México.2003

superioridad moral del interés general así considerado sobre el o los intereses particulares o individuales”⁸¹

Si bien los pueblos se forjaron en la búsqueda de su propio interés público con el fin de quitarse de encima el yugo del dictador opresor o conquistador, adquiriendo tal interés la forma de soberanía, lo cierto es que los “tiempos han cambiado”, y sobre esta afirmación ha de trabajarse en las instituciones conceptuales que se forjaron hace varios siglos.

La relación entre interés público e ideología es importante en cuanto que a través de ésta, ella se ha logrado en el transcurrir de la historia social del hombre justificar cierto tipo de acciones, de actitudes frente al mundo⁸²; la ideología tiene como esencia la justificación para la acción, es innegable que el hombre vive en un mundo social y en él se desenvuelve, la vida colectiva tiene múltiples formas de ser tratada y justificada, por eso la ideología es connatural a la convivencia social, donde el interés público se articula con ella.

El interés público decanta una *idea*⁸³ que toma fuerza ideológica. No es lo mismo actuar movido por la defensa y garantía del interés público que por el interés particular y propio. El interés público como ideología establece una idea central que trasciende el actuar colectivo, particular e institucional del Sujeto,

⁸¹ Pág. 23-24 Véase: Ob. Prev. Cit. De igual forma, Rodríguez-Arana Muñoz, profundiza la conexión entre interés general y Estado Social y democrático de Derecho, plasmando “*el interés general en el Estado Social y democrático de derecho tiene un significado que ayuda a comprender su alcance y funcionalidad en el ente sistema del Derecho Administrativo*”. Pág. 210. Véase: RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. Derecho Administrativo y Derechos sociales Fundamentales. Ed. Global Law Press-INAP. Sevilla-España. 2015.

⁸² Véase por ejemplo la primera y segunda guerra mundial, hoy la lucha del Estado Islámico, la primavera Árabe, la salida del Reino Unido de la Unión Europea, etc. En todas estas situaciones mundiales siempre se ha hecho presente un discurso sobre el interés público. Véase: MAI, Mapreth. Breve historia del mundo para jóvenes Lectores. Ed. Ariel. España. 2016. También: ARTOLA, Miguel. Constitucionalismo en la Historia. Ed. Crítica. Barcelona-España. 2005. Pág.195-197. VELEZ CORREA, Jaime. El comunismo. Compendio y discusión. Ed. Voluntad Ltda. Bogotá-Colombia. 1963. SANCHEZ, Ricardo. La crisis del Bipartidismo y la Constituyente. Ed. Toro Nuevo. Colombia. 1977. CASAS, Ulises. Origen y desarrollo del Movimiento Revolucionario Colombiano. Ed. Escuela ideológica de Filosofía.Colombia.1990. QUIROGA LAVIE, Humberto. Las constituciones Latinoamericanas. Estudio preliminar. Ed. Fondo de cultura economía. México.1994. C.COX, Oliver. El capitalismo como sistema. Ed. Fundamentos. Madrid- España. 1972.

⁸³ En el diccionario de la real Academia de la lengua Española, se define ideología como: *f. Conjunto de ideas fundamentales que caracteriza el pensamiento de una persona, colectividad o época, de un movimiento cultural, religioso o político.* Consultado en: <http://dle.rae.es/?id=Ku9K9F3>

aunque, valga decirlo, varié de “*lugar a lugar*” lo que se entiende por interés público.

Para que una idea tome fuerza ideológica, diremos, sólo es necesario que impacte en la formulación de tipos de comportamiento, una idea con fuerza ideológica, conduce a la determinación de dos polos de comportamiento antagónicos; así, el bien y el mal son dos ideas con fuerza ideológica que revelan dos tipos de actuar y que se revelan uno al otro como superior.

En el caso de los conceptos interés público y su antagónico interés particular, no se revela de por sí una yuxtaposición; para que esto ocurra es necesario relacionar el interés público con un tipo de comportamiento, que no es más que el colectivo e institucional; se trata, pues, de relacionar el ejercicio del poder orientado a la idea del interés público.

Aquí está la razón fundamental de la ideología y el interés público: la fundamentación del poder en la razón de interés público.

KARL MANNHEIM en su obra *Ideología y Utopía*⁸⁴ señala que aunque se crea que el término ideología está ligado al marxismo, éste se remonta más allá, apartándose con el tiempo de la doctrina marxista. Para el autor una mirada sociológica e histórica del término ideología decanta la existencia de dos sentidos separados y distintos, uno particular y el otro total. En cuanto al particular, el término ideología expresa “*nuestro escepticismo respecto de las ideas y representaciones de nuestros adversarios. Se considera a éstas como disfraces más o menos conscientes de la verdadera naturaleza de una situación, pues no podría reconocerla sin perjudicar sus intereses. Tales deformaciones abarcan todo el camino que media entre las mentiras conscientes, las semiconscientes y las involuntarias disimulaciones; entre los intentos deliberados para engañar al prójimo y el engaño de uno mismo*”⁸⁵, ésta noción de ideología es casi similar a la mentira.

⁸⁴ MANNHEIM, Karl. *Ideología y utopía*. Trad. Salvador Echevarría. Ed. Fondo de Cultura Económica de México. México, D.F., 1987.

⁸⁵ *Ibíd.*, pág. 49 y ss.

En el *sentido total*, se reconoce la ideología como aquello presente en una época o de un grupo historicosocial. Sobresale de las afirmaciones del autor, que el término ideología de antemano conlleva la presencia de un sujeto activo y otro pasivo, el primero que expresa, o mejor, es el referente de la ideología, y el segundo que la observa externamente, aceptándola o no. De ese modo, ideología decanta el entendimiento, creencia y percepción de algo-particular o de la totalidad de las cosas, ideología es creencia en algo, sea a título personal, total o colectivo.

Para MANNHEIM existen diferencias entre ambos sentidos. Una primera diferencia corresponde a que mientras el concepto particular de ideología designa sólo una parte de las afirmaciones del adversario, la concepción total hace relación a una idea del mundo, esforzándose en comprender dichas concepciones como un producto de la vida colectiva en que participa. La segunda corresponde al hecho que el adversario en la ideología particular no se excluye de la discusión aunque no se crea en la idea que tiene, se crea que es mentira o falsedad. En la ideología total no ocurre esto, pues, al encontrarse ideas diferentes en épocas distintas o a grupos diferentes, se consideran sistemas de pensamientos divergentes, contradictorios. La primera actúa en el plano psicológico, mientras la segunda en el noológico.⁸⁶

Explica el autor, respecto de tal diferencia-

“La concepción particular de ideología se aplica principalmente a una psicología de interés, en tanto que la concepción total emplea un análisis funcional más formal, sin referencia alguna a las motivaciones, concretándose a una descripción objetiva de las diferencias estructurales de las mentalidades que operan sobre una base social diferente. La primera acepta que tal o cual interés es causa de determinada mentira o de determinado engaño. La segunda presupone sencillamente que existe una correspondencia entre determinada situación social y determinada perspectiva, punto de vista o masa aperceptiva. En este caso, si el análisis de

⁸⁶. Ibíd. Pág. 52,53

complejos de intereses puede ser a menudo necesario no lo será para establecer relaciones causales, sino para caracterizar la situación total. Así, pues, el interés de la psicología tiende a ser desplazado por un análisis de la situación que se trata de conocer y de las formas del conocimiento (...) Ya que el concepto particular se basa, en realidad, en el plano psicológico, el punto de referencia en semejantes análisis es siempre el individuo. Tal es el caso aun cuando se estudia grupos, puesto que todos los fenómenos psíquicos se reducen, al fin y al cabo, a las psiques de los individuos. Es cierto que el término "ideología de grupo" se suele emplear en los discursos populares. Presencia del grupo, en ese sentido sólo puede significar que un grupo de personas ya sea en sus reacciones inmediatas a la misma situación, ya sea como resultado de una interacción psíquica directa entre ellas, reacciona en forma parecida. Por tanto, condicionadas por la misma situación social, están sujetas a las mismas ilusiones. Si concretamos nuestras observaciones a los procesos mentales que ocurren en el individuo y lo consideramos como el único portador posible de ideologías, nunca lograremos comprender en su totalidad la estructura del mundo intelectual en que un grupo social vive en determinada situación histórica. Aunque ese mundo mental, como el todo que es, no podrá existir sin las experiencias y las fecundas respuestas de los diferentes individuos, no es posible encontrar su estructura interna en una mera integración de esas experiencias individuales. Los miembros individuales de las clases trabajadoras, por ejemplo, no perciben todos los elementos de una perspectiva a la que se podría llamar una concepción del mundo proletaria. Cada individuo participa sólo en ciertos fragmentos de este sistema de pensamiento, cuya totalidad no es en modo alguno la mera suma de esas experiencias individuales fragmentarias. En cuanto constituye una totalidad, el sistema de pensamiento está integrado sistemáticamente, y no es meramente confusión accidental de

experiencias fragmentarias de los miembros el grupo, considerados aisladamente. Así, pues, el individuo sólo puede concebirse como portador de una ideología mientras se trata de aquel concepto de ideología que, por definición, se aplica más bien a contenidos separados que a la entera estructura de pensamiento, y que descubre falsos caminos de pensamiento y revela las mentiras. En cuanto se emplea el concepto total de ideología, tratamos de reconstruir toda la visión de un grupo social, y ni los individuos concretos, ni la suma abstracta de todos ellos, pueden legítimamente considerarse como los portadores de este sistema ideológico de pensamiento, considerado como totalidad. El objeto del análisis, desde este punto de vista, consiste en reconstruir la base teórica sistemática que yace bajo los juicios singulares de cada individuo. Los análisis de las ideologías, en el sentido particular, que hacen del contenido del pensamiento individual algo que depende en gran parte de los intereses del sujeto, nunca logran realizar esa reconstrucción básica de toda la visión de un grupo social. Pueden, cuando mucho, revelar aspectos psicocolectivos de la ideología, o conducirnos a cierto desarrollo de la psicología de las masas estudiando ya sea el comportamiento diferente del individuo en la muchedumbre, o los resultados de la integración a la masa de las experiencias psíquicas de muchos individuos. Y aunque el aspecto psicocolectivos puede con harta frecuencia encarar los problemas del análisis ideológico total, no resuelve esos problemas con exactitud. Una cosa es saber hasta qué punto mis actitudes y juicios se hallan influidos y alterados por la coexistencia de otros seres humanos, y otra el saber cuál son las implicaciones teóricas de mi modo de pensar, idénticas a las de mis compañeros de grupo o de clase”

En ese orden de ideas, la subjetivización en la ideología particular es marcada, ya que lo ideológico es algo intrínseco a los intereses de un individuo en

particular, a diferencia de la ideología total que se separa de la órbita meramente individualista.

El sentido total de la ideología al separarse de la individualidad del sentido particular, puede lograr la objetivización, sin que objetivización implique una certeza absoluta que conlleve a separar, los conformes de los no conformes, con tal o cual, ideología total.

La historia del hombre en la tierra ha mostrado como la ideología sirve para constituir elites, clases sociales, impulsar exterminios, crear nuevas reglas de juego para la convivencia humana mundial; estos hechos, de por sí, revelan que la ideología en el sentido total, puede llegar a extra-ponerse a los interés propios de unos individuos, consolidándose como formas de pensar del mundo.

La ideología en sentido total determina una forma de pensamiento, de raciocinio, sobre aspectos amplios y no meramente individuales. Esta consecuencia decanta que la ideología no siendo externa al Hombre, sí puede alcanzar niveles de exteriorización tales que, conlleven a fundar formas de entendimiento, conocimiento y observación del mundo y, sobre estas, fundar cierto tipos de reglas jurídicas, económicas, instituciones, etc.

Reconocer la extrapolación de la ideología, implica concebir que ésta puede constituirse no en más que en fundamento de la acción civil, de la acción de determinadas clases sociales, grupo poderosos o marginados, o en su caso, en *la homogenización de acción del mundo*, entendiéndose por tal, la eliminación de clases, luchas sociales, elites, una orientación hacia un discurso universalista y unificador.

Esta homogenización que referimos, obviamente, no elimina la existencia de bandos, pues, la ideología en sentido total, por esencia, puede conllevar al conflicto intelectual entre bandos, anteponiendo uno al otro la manera de pensar, pero también puede haber una ideología en sentido total, que aunque admita la existencia de una bando antagónico⁸⁷, pretenda en esencia conducir

⁸⁷ Entendiéndose por tal aquel que contradice esos principios que pretenden un valor de universalidad y homogenización.

a un orden universal , a una estandarización ideológica; cítese algunos ejemplos, como el caso ideológico del discursos de la paz de la ONU, de desarrollo de la Unión Europea, de la salida al atraso y sub-desarrollo dado en la UNASUR, el mismísimo discurso de los derechos Humanos.⁸⁸

Precisamente, el reconocimiento de la ideología como algo más allá de la mera particularidad, permite conectarla con el concepto de interés público. Éste, bajo el enfoque ideológico conlleva a establecer un criterio unificador respecto del comportamiento de lo que pudiese decirse son dos bandos, el Estado y el pueblo. El interés público, de por sí, es un discurso ideológico estabilizador de las tensiones que se presentan entre el Estado y el pueblo, sin que pueda desconocerse que por su difícil determinación y ambigüedad, ha sido utilizado no siempre de las formas correctas.

Pero, si bien la historia muestra como algunas veces se ha salido de control el uso ideológico del interés público por su ambigüedad e indeterminación, paradójicamente, son estas mismas condiciones las que han hecho que el interés público como fundamento ideológico no sea sustituido por otro.

No es de menos que la ideología en sí, conlleve a la tensión entre bandos, que queriendo imponer su voluntad, generan bien una yuxtaposición de conceptos, bien el reemplazo o sustitución o, como lo expresamos, a la universalización de los mismos; en los dos primeros casos la tensión de los bandos es demarcada, en la última condición se sobreentiende.

Es tal la fuerza del argumento ideológico que aunque reconociendo la existencia de un bando que vaya en contravía, éste no es admisible, por materializar la antítesis del argumento ideológico universalista.

⁸⁸ Pérez Luño hace un estudio de las tesis que sostienen el Estado Constitucional como alternativa del Estado de Derecho, decantando la tesis de Peter Haberle, en la cual el Estado constitucional es considerado el Estado de la sociedad Abierta, en cuanto que: " *Para Haberle, el Estado constitucional es un arquetipo jurídico-político en el que los poderes públicos se hallan conformados y limitados por el derecho a través de principios constitucionales formales y materiales: los derechos fundamentales, la función social de las instituciones, la división de los poderes y la independencia de los tribunales. SE trata de una formas de Estado en la que existe una legitimación democrática y un control pluralista del poder político y también de los poderes sociales*". Págs. 82-83. Véase: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional. Ed. Universidad Externado. Colombia. 2002.

El interés público se demarca en el tercer escenario, y por tal motivo, admitiendo la existencia de un bando contradictorio, no se espera que éste se imponga, pues, de hacerlo, sería la materialización antagónica, que en este caso yacería en el interés particular.

Lo que puede preverse a primera luz, es que el interés público como argumento ideológico es lo suficientemente sólido como para permitir la sustitución por otros argumentos contradictorios, pero, si bien es sólido en este aspecto, deja un vacío respecto de quién sería el guardián del mismo.

Para MANNHEIM el movimiento de las ideas particulares al concepto de ideología total, se dio en tres pasos. El primero que no es más que el reemplazo de la filosofía de la experiencia por la filosofía de la conciencia, en esta primera fase jugando un papel preponderante la *“conciencia en sí”* del sujeto cognoscente, desmontándose con ello *“un dogmatismo ontológico que considera que el “mundo” existe independientemente de nosotros, en forma fija y definitiva”*.⁸⁹ El segundo paso, es dado por Hegel y la escuela histórica, donde se parte que *“el mundo es una unidad, y de que sólo es concebible con relación a un sujeto cognoscente”*, unidad que se encuentra en cambio en una transformación histórica, reemplazándose la conciencia en sí, por el espíritu del pueblo.⁹⁰

El tercer paso y más importante, está en la consolidación de la ideología en sentido total, que se dio cuando *“la clase sustituyó al pueblo o a la nación, como portadora de la conciencia en estado de evolución histórica”*.⁹¹

Con la descripción del movimiento hacia la ideología total, vista en estos tres pasos, se conduce, creemos, a que la ideología se relacione con un modo de pensar, de percibir el mundo.

La ideología representa una manera de tratar la realidad, una realidad que puede variar según la posición ideológica que se tenga, la univocidad de la

⁸⁹ Ob. Prev. Cit. Pág.58

⁹⁰ Ibíd. Pág. 59

⁹¹ Ibíd. Pág. 60

realidad si bien se expone por cada postura ideológica, se rechaza por su bando antagónico.

La percepción de la realidad, como se ve, no resulta pacífica, en ella juega un papel preponderante el sujeto cognoscente. Conforme a ello, no es raro y difícil de comprender que el interés público se refiera a una percepción de la realidad deseable y, que sobre ella se fundamente el actuar del sujeto y del Estado, sin que con ello se elimine el enfrentamiento de bandos.

GEORG LUKÁCS, parafraseando a Marx recuerda que *“no es suficiente que el pensamiento tienda hacia la realidad; también la realidad debe tender hacia el pensamiento”*.⁹² La relación que se decanta entre conciencia y realidad, es la que facilita según el autor, la relación entre teoría y praxis. Esto lleva a que se entienda que una clase obtenga el conocimiento exacto de la realidad que vive; por ello que los marxistas reconozcan que con el proletariado se trajo consigo la disolución del orden tradicional del mundo, una nueva realidad que se forja con el movimiento proletariado. La realidad no se trata según la lucha de clases en un sustento metafísico, para el marxismo la dialéctica abrirá los caminos del conocimiento científico para reconocer qué es la sociedad y la realidad.⁹³

La realidad en ese tono es una constante de descubrimiento, una luz que hay que encontrar a través del método científico, de manera que, se transa luchas entre percepciones, o mejor, definiciones de la realidad. La lucha de clases desde esta óptica, es un enfrentamiento de realidades.

La realidad puede ser la concebida por el particular, pero también lo puede ser por la totalidad. La realidad producto de la ideología en sentido total es extrapolable al sujeto en sí. La conciencia de clase por ejemplo, se reconoció

⁹² LUKÁCS, Georg. Historia y conciencia de clases. Ed. De Ciencias Sociales del Instituto del Libro. Cuba- La Habana. Pág. 39, *“entonces se verá que desde hace mucho tiempo el mundo posee el sueño de una cosa de la cual basta tener conciencia para poseerla realmente”*.

⁹³ Señala LUKÁCS, respeto del método dialéctico *“la diferencia con la metafísica ya no se busca en el hecho de que en todo estudio metafísico el objeto de estudio debe permanecer inalterable e intocable y en que, por consiguiente, el estudio queda en una perspectiva puramente intuitiva y no se hace práctico, en tanto que para el método dialéctico la transformación de la realidad constituye el problema central”*. Ibid. Pág.37

por el marxismo que no es la suma ni la media de lo que piensan o sienten los individuos que forman la clase, de modo que, se presenta una separación entre la conciencia de clase y *“los pensamientos empíricos efectivos, de los pensamientos psicológicamente descriptible y explicables que se forman los hombres acerca de su situación vital”*.⁹⁴

KARL MARX y FEDERICO ENGELS, señalan que la idea religiosa en la filosofía alemana pretendió englobar en ella la explicación de la conciencia política, jurídica y moral. Partiéndose del imperio de la religión, se explicaba toda relación dominante como relación religiosa, de manera que, se presentaba el culto al derecho, el culto al Estado.⁹⁵ Es la división del trabajo el que organiza el trabajo en la ciudad y el campo, así los distintos sectores se organizan de acuerdo a su participación en la explotación de éste.⁹⁶

Esta concepción de la propiedad privada permite prever a Marx y Engels, que la conciencia del Hombre no es dada del Cielo a la tierra, sino todo lo contrario, de la tierra al cielo, lo que quiere decir que, es el hombre consciente y actuante quien produce su conciencia política, jurídica, moral, espiritual, movido por las condiciones históricas y materiales en que vive, *“no es la conciencia la que determina la vida, sino la vida la que determina la conciencia”*.⁹⁷

Es la realidad, entonces, el fundamento de la conciencia y el saber, por tal motivo, la realidad se antepone a una ideología abstracta. Rescatamos de esta estructura teórica, la percepción negativa del termino ideología, en la medida que ésta es la mentira de una realidad que el hombre actuante puede conocer

⁹⁴ Ibíd. Pág.81

⁹⁵ MARX, Carlos y ENGELS, Federico. La Ideología Alemana. 5ª ed. Ed. Pueblos Unidos-Grijalbo S.A., España-Uruguay. 1974. Pág. 17

⁹⁶ Para los autores, las diferentes fases de desarrollo de la división del trabajo están relacionadas con las formas distintas de la propiedad. La tribu es la primera forma de propiedad, la segunda es la propiedad comunal y estatal, que brota en la ciudad conformada por varias tribus, junto a la propiedad comunal se desarrolla la propiedad privada mobiliaria, y con el tiempo, la propiedad privada inmobiliaria; reconoce Marx y Engels que a razón de la propiedad privada inmobiliaria y su robustecimiento decae el poder del pueblo. La propiedad feudal o por estamentos es la tercera forma, nacida en los últimos siglos del imperio Romano que al destruir gran parte de las fuerzas productivas Ibíd. Págs. 20-23.

⁹⁷ Ibíd. Pág. 26

“la conciencia es, ante todo, naturalmente, conciencia del mundo inmediato y sensible que nos rodea y conciencia de los nexos limitados con otras personas y cosas, fuera del individuo consciente de sí mismo; y es, al mismo tiempo, conciencia de la naturaleza, que al principio se enfrenta al hombre como poder absolutamente extraño, omnipotente e inexpugnable, ante el que los hombres se comportan de un modo puramente animal y que los amedrenta como el ganado; es, por tanto, una conciencia puramente animal de la naturaleza (religión natural)”⁹⁸

Vemos que, en los autores citados, la ideología sin realidad sería institución vacía, la relación armónica entre ideología y realidad conlleva a que una vez la ideología se relaciona como el hecho de pensar, de conocer, de la misma conciencia, se produzca percepciones de la realidad. Ideología referencia el arte de producir ideas, ancladas a un contexto histórico, social, económico específico.⁹⁹

La consecuencia lógica de la conexión entre ideología y realidad, conduce a que resulte interesante la *idea de realidad*; que ésta no se circunscriba, exclusivamente, a tiempo presente y pasado, sino también a partir de bases ideológicas concebir una realidad futura, esperada o ideal.

La realidad pasada y presente, se apoya fuertemente en el sentido histórico, pero la realidad futura se apoya en los *criterios idealizantes y transformadores*, que no son más que los llamados principios. Carla Huerta partiendo de la presencia de ambigüedad en el uso del vocablo principio, señala cuatro sentidos atribuidos en el derecho al término principio: “1) *axiológica (como criterio valorativo o valor normativo)*, 2) *como regla de solución de conflictos*, 3) *como máxima cuya función es integrar el sistema jurídico*, y 4) *como normas*”, afirmando: “*las definiciones contemporáneas del derecho parte de la*

⁹⁸ *Ibíd.* Pág. 31

⁹⁹ La Real Academia de la Lengua Española define ideología como 1. f. Conjunto de ideas fundamentales que caracteriza el pensamiento de una persona, colectividad o época, de un movimiento cultural, religioso o político, etc. 2. f. Fil. Doctrina que, a finales del siglo XVIII y principios del XIX, tuvo por objeto el estudio de las ideas.

afirmación de que constituye un sistema de normas, esto plantea diversas preguntas sobre el contenido del derecho como, por ejemplo, si se limita solamente a las normas jurídicas, o puede prever otros elementos. La filosofía cuestiona si todos sus enunciados son necesariamente normas jurídicas, y cómo identificar lo “jurídico”. A renglón seguido señala: “los principios, entendidos en un sentido muy amplio, en el derecho, puede ser expresos o implícitos, y no cabe duda en que los principios son derecho positivo, aun cuando a priori no se puede determinar a qué categoría pertenecen. Los principios implícitos derivan de la interpretación que se realiza con motivo de la integración del derecho, de la creación por la jurisprudencia o la ciencia jurídica, o de la tradición y cultura que influyen en la creación y desarrollo de un sistema jurídico”¹⁰⁰

Los principios implican la representación de una realidad ideal con pretensiones de constituirse en elementos vitales en los sistemas normativos. He aquí la aproximación a una fórmula importante de objetivización de la ideología total. Los principios encierran fórmulas ideológicas en la medida que conducen a una concepción de conducta determinada o tipos de vida colectiva idealizadas.

La realidad no es una sola, pues, el término realidad no se circunscribe exclusivamente al mundo natural, sino también a un contexto político, social, económico, de producción, de dominación que enfrenta al hombre con el otro, por ello, no resulta exagerado decantar que la ideología no solo expresa una realidad pasada y presente, sino que tiene el alcance y potencial de definir una realidad futura, es tal vez esta característica la que hace que la ideología pueda tener la fuerza de transformación social o destrucción global.

Ideología y realidad, así encuentran sentido, se puede elogiar ideológicamente el pasado, tachar ideológicamente el presente u orientar ideológicamente una nueva realidad. La ideología del señor feudal fue arrastrada por la ideología del señor Burgués, la ideología de la esclavitud fue debatida por la ideología de la

¹⁰⁰ Véase: HUERTA, Carla. *Solución a los conflictos entre principios*. Pág. 180. En: VÁZQUEZ, Rodolfo. *Normas, razones y derechos. Filosofía Jurídica contemporánea en México*. Ed. Trotta. España.2011

libertad, la propiedad privada fue restablecida sobre ideologías del interés colectivo y el respeto del medio ambiente. De una u otra forma, la ideología se circunscribe a una realidad que pretende recordar, demostrar, concebir.

Observará el lector, que con tan sólo estas aproximaciones conceptuales, se prevé con claridad que el interés público sirve como criterio ideológico para fundar un orden orientado en la superioridad de un interés, un interés de todos.

Este argumento ideológico, en la modernidad se constituirá en el principio normativo contenido en las constituciones políticas, en la cuales se deja claro que *“el interés general prevalece sobre el interés particular”*.¹⁰¹

Que el interés público se constituya en un argumento ideológico no es otra cosa que entender que en él se funda la representación de una realidad presente y futura, presente en cuanto que se describe la realidad actual del hombre, la colectividad y el Estado, y futura en tanto que es una invitación constante, un programa de acción, que orienta el devenir de los días del hombre, la colectividad y el Estado.

Su objetivización como principio, conlleva a tener una practicidad clara en temas de actuación administrativa y control jurisdiccional, o lo que es lo mismo, el principio que funda el interés público impacta la autoridad del Estado y las garantías de los ciudadanos.

El paso del antiguo régimen, del Estado absoluto al Estado moderno y contemporáneo¹⁰² se apoya en el argumento ideológico del interés público, cimentándose objetivamente en la edad moderna en su condición de principio.

¹⁰¹ Para efectos de esta tesis interés público es sinónimo de interés general.

¹⁰² CUEVA, Mario. La idea del Estado. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. 5ª ed. 1996. El autor expresa el paso de un Estado medieval, a un Estado moderno para llegar a un Estado contemporáneo. HOFMANN, Hasso. Filosofía del Derecho y del Estado. Trad. Luis Villar Borda. Ed. Universidad Externado. Colombia. 2002 Decanta el autor que luego de la crisis de la masa se retorna en el Estado a la problemática de la justicia, y luego de allí al Estado Social de Derecho. Pág. 235-247. Para Paserrin D`entrèves, el Estado como institución hará un recorrido de ser Estado como fuerza, para luego ser Estado como poder, terminando en el Estado como autoridad, situándose en este último el bien común. Pág. 261 y ss. Véase: PASSERIN D`ENTRÉVES, Alessandro. La Noción de Estado. Ed. Ariel. Barcelona- España. 2001.

Necesidad e ideología no se contraponen, el ser humano y las instituciones por él creadas, se entregan a un momento histórico, a una transformación del contexto en el que habita el hombre; nuevos problemas y necesidades que exigen soluciones. La ideología se nutre de este cuadro: *transformación y necesidad de solución- explicación*, por ello que, la mutación de la ideología como mentira a ideología como conocimiento, se dé como un proceso ineludible y natural.

La ideología representa, hoy por hoy, formas de pensar, de interpretar el mundo que rodea al Hombre, el paso de la razón de Estado, al poder divino de los reyes, a la soberanía nacional y de ésta a la soberanía del pueblo, al Estado Bienestar y Estado Social de Derecho, entre otros; diremos, son productos ideológicos aunque como es bien sabido puedan ser descrito desde distintas corrientes con resultados conceptuales muy disimiles.

El interés público, tiene la misma suerte, es el resultado del cuadro: transformación- realidad y explicación. El paso que se da en el Estado moderno apoyado de un particularismo estatal fundado en la Razón de Estado a diferencia del Estado absolutista marcado por el monismo de la monarquía absoluta; o el rompimiento de las ataduras de los Estados nacionales del poder de los emperadores o el papa; o sea el caso de Hobbes, de la emanación desde el poder coactivo del Estado del bien moral, la justicia y la virtud; Rousseau con la voluntad general; la doctrina de la resistencia y la fundamentos del poder político en el pueblo, son ejemplos de algunas de estas transformaciones.¹⁰³

Es claro entonces que el argumento ideológico además de servir de explicación a una realidad pasada o presente, o para imaginar y conducir la acción a una realidad futura no existente, pero que se añora exista, tiene una relación directa con el individuo consciente, el orden como el desorden son movidos por argumentos ideológicos, tanto el respeto al otro, como el desconocimiento de toda forma de dominación, se constituyen en fundamentos de acción y omisión

¹⁰³ GONZÁLEZ SEARA, Luis. La Metamorfosis de la Ideología. Ensayos sobre el poder, la justicia y el orden cosmopolita. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2011.

individual como colectiva, la fuerza de la ideología reside, precisamente, en esta característica.

LUIS GONZÁLEZ SEARA, trata de las identidades del siglo XX, señalando que:

“el problema de la identidad nacional no está más claro que el del carácter nacional, al que ha venido sustituir. Antes, para salir de las contradicciones que producía la evolución del supuesto carácter, se hablaba de los “inevitables cambios” que la historia origina. Ahora se habla, no de cambios, sino de “crisis” de las identidades, con lógica, pues se da por sentado que la identidad responde a un proceso deliberado de construcción y transformación de una comunidad nacional, que pasa por fases sucesivas en la realización- o búsqueda- de esa identidad”¹⁰⁴

Frente a esas crisis se proponen nuevas fórmulas de identidad, en contra del nacionalismo periférico se propone el liberalismo constitucional, en contra del imperialismo se da el principio de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos; sostenemos que los derechos humanos, como el interés público, son argumentos ideológicos que se anteponen, bien a cambios o a crisis, que en general son más allá de la identidad.

Particularmente, el interés público obedeció a la contraposición de una forma de ver la realidad pasada y presente, como un mundo tan sólo de pocos, un poder impositivo, así, la óptica del interés público como argumento ideológico nos revela que su nacimiento y concepción deriva de la contraposición a otra realidad, a otra forma de ver el mundo, que puede percatarse en un momento histórico concreto, o que existiendo una realidad tal y cual, se propone una nueva realidad futura.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Ibíd. Pág. 133

¹⁰⁵ Por ejemplo, Lenin se refiere que: “*aún no se habían cansado los oportunistas de ufanarse de la paz social y de la posibilidad de evitar los temporales bajo la democracia, cuando se abrió en Asia una nueva fuente de tremendas tempestades mundiales. A la revolución rusa siguieron las revoluciones turca, persa y china. Hoy atravesamos, precisamente, la época de esas tempestades y de su repercusión en Europa. Cualquiera que sea la suerte reservada a la gran republica china, frente a la cual se afilan hoy los colmillos las diversas hienas civilizadas, no*

ÉTIENNE DE LA BOÉTIE señala que “es una desgracia extrema el estar sujeto a un amo del cual no se puede estar nunca seguro que sea bueno, puesto que se encuentra siempre en potencia para ser malvado cuando quiera”; se pregunta el autor por qué tantos hombres, aldeas, tantas ciudades, tantas naciones sufren en un momento dado de un tirano solo

“que no tiene más poder que el que se da él mismo, que no tiene más poder que causar daño y en tanto que aquellos han querer sufrirlo; y que no sabría hacerles mal alguno, sino en tanto en cuanto prefieren mejor sufrirlo que contradecirle. Hecho extraordinario y, sin embargo, tan común – y por esta razón hay que dolerse más y sorprenderse menos- es ver un millón de millones de hombres servir miserablemente, teniendo el cuello bajo el yugo, no constreñidos por una fuerza muy grande, sino en cierto modo (parece) encantados y prendados por el solo nombre de Uno, del cual no deben ni respetar el poder, puesto que está solo, ni amar las cualidades, puesto que es, en su opinión, inhumano y salvaje. Tal es la debilidad de nosotros los hombres: hay a menudo que obedecer a la fuerza, hay necesidad de contemporizar; no se puede ser siempre el más fuerte.- Por consiguiente, si una nación es obligada por la fuerza de la guerra a servir a uno, como la ciudad de Atenas a los treinta tiranos, no hay que sorprenderse de que sirva, sino adolecerse de la gracia; o, más bien, ni sorprenderse ni dolerse, sino llevar pacientemente el mal y reservarse para un porvenir de mejor fortuna”¹⁰⁶

Reflexiona el autor, diciendo que cien campos, mil campos, un millón de hombres cuando no acaban con el yugo de uno, esto ni siquiera alcanza a

habrá en el mundo fuerza capaz de restablecer en Asia el viejo feudalismo, ni de barrer de la faz de la tierra heroico espíritu democrático de las masas populares de los países asiáticos y semiasiáticos”, Véase: LENIN, V.I, obras, tomo V (1913-1916). Ed. Progreso. Moscú, 1973. Pág. 7. Con esa declaración se observa someramente la posibilidad de contradicción de realidades que implica la ideología, la capitalista contra la comunista, así puede decirse, el vivir mejor contra el vivir de unos pocos, la propiedad privada a la propiedad común, etc.

¹⁰⁶ DE LA BOÉTIE, Étienne. Discurso de la servidumbre voluntaria o el contra uno. Ed. Aldus. Colombia. Pág.112

llamarse cobardía, bastaría que estos pueblos cesaran de servir al uno, para alcanzar así su libertad.

Entre tipos de hombres, los valientes para adquirir el bien no temen al peligro, los prudentes no rechazan el sacrificio, los cobardes y los fríos *“no saben ni soportar el mal, ni recobrar el bien: piensan demasiado lo que anhelan, y la virtud que pretenden adquirir es destruida por su debilidad, y el llegar a poseerla es impedida por su carácter”*¹⁰⁷. Gracias a la libertad, el hombre toma gusto de las cosas, lo más trágico sería perderla, concluye el autor.

Con las palabras de BÓETIE se decanta la presencia de varios tipos de hombres que de una u otra forma pretenden alcanzar su libertad, unos con mayor fortalezas, otros sin en el menor sentido de lucharla; estos tipos de hombres, o mejor, estos tipos de intereses o derechos, imponen argumentos de legitimación del poder; diríamos que, es mejor ser gobernados por un hombre virtuoso que por un hombre malvado, es mejor el rey filósofo que el tirano o el déspota, etc.

Es claro que en la historia del humano, se han vivenciado argumentos de legitimación del poder, que pueden decantarse en dos extremos, el poder legitimado por uno o el poder legitimado por todos. En cuanto a lo primero, se decantaría el derecho del más fuerte¹⁰⁸, del virtuoso, del representante de los poderes de Dios o el poder divino de los reyes; ahora bien, el fin de las monarquías absolutistas, la fragmentación del poder del papa y del emperador¹⁰⁹, el nacimiento del Estado-nación¹¹⁰, demarcó la existencia de nuevos argumentos de legitimación del poder: no será el poder del uno real y concreto, sino el poder dado en los entes abstractos: la Nación, es el mayor ejemplo de ello.¹¹¹

¹⁰⁷ Ibíd. Pág.114

¹⁰⁸ Discusión sostenida en Gorgias, por Sócrates y Calicles, la discusión de los dos se traba en el acto de cuál es la mejor forma de vivir. Calicles determina que quien debe gobernar debe ser el más fuerte, a diferencia de Sócrates quien soporta un gobierno en la justicia, en tanto *“que no se debe conservar la vida a toda costa, sino vivir lo mejor posible”*

¹⁰⁹ Véase: ALGHIERI, Dante. La Monarquía. Ed Tecnos. España.

¹¹⁰ Concebido en la historia de manera importante en el del pacto de wesfalia.

¹¹¹ LARENZ, Karl. Ob. Prev. Cit.

La separación de los bienes y la persona del rey del propio reinado y la corona¹¹², condujo a la concepción del gobierno, de las instituciones, de los servidores del Estado, del cuadro burocrático¹¹³; la concepción de la voluntad general apoyó la formulación de nuevos caminos para el qué hacer político, jurídico y social. No será en Rousseau más los caprichos del hombre los que orientan el actuar social, sino un criterio trascendente a él: la voluntad general.

Con estos tópicos, se reconoce el paso de un *estadio particularista de la legitimación del poder*, fundado en el ser del gobernante, a un *estadio abstracto-trascendente de legitimación*, fundado en el acto trascendente de gobernar, queriendo decir con ello, que las razones de tal legitimación son trascendentes al hombre, que de una u otra forma, conducen la conducta del gobernante y los gobernados a la univocidad de argumentos.

Me explico: en el caso de la Nación, la voluntad general, el interés público, por ejemplo, son argumentos que además de concebirse como una explicación del mundo, de la realidad, logran reducir la confrontación entre gobernantes y gobernados, la reducción de este choque es a gracia de la univocidad que se alcanza, no se trata aquí, quien es el más fuerte, el sabio, el virtuoso, el empoderado de Dios, etc., se trata aquí de desfragmentar hasta desaparecer los argumentos particularistas y trascenderlos al campo de lo abstracto, con ello se evita el coque de fuerzas en el ejercicio del poder.

Cuando DE LA BÓETIE, se pronuncia sobre el poder de uno y las difíciles causas que llevan a millones de hombres obedecerle, se decanta que el poder de uno es gracias a todos, la existencia y justificación de aquel es por estos, refuerza su argumento, el hecho de que se hace necesario eliminar el poder de uno, para obtener la libertad y el gusto que ello trae. No vamos a decir que gracias a este discurso, hermosamente presentado, se halla dado un giro de

¹¹² Despersonalización del poder referida por el Maestro García de Enterría. Véase: GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la Administración. Ed. Civitas. España 5ª ed. Pág.101 y ss.

¹¹³ Véase: ALZAMORA MENÉNDEZ, Manuel. Sobre el Poder. Ed. Tecnos. España. 2007. Pág. 49-104. Frente a la relación del pensamiento de Hans Kelsen y Max Weber, particularmente el cuadro burocrático, véase: BOBBIO, Norberto. Kelsen y Max Weber. En: CORREAS, Oscar (compilador). El Otro Kelsen. Ed. UNAM. 1989. Págs. 57-79

360 grados en la fundamentación del poder, pero es claro, que de una u otra forma, en el transcurrir de la historia, el hombre llegó a las mismas conclusiones de De La Boétie.

Exclama DE LA BÓETIE :

“¡Pobres y miserables gentes, pueblos insensatos, naciones obstinadas en vuestro mal y ciegas para vuestro bien! ¡Os dejáis quitar ante vuestros propios ojos lo más bello y más querido de vuestro pasado; saquear vuestros campos, robar vuestras casas y despojarlas de antiguos y patriarcales muebles! Vivís de tal manera que podéis decir que nada es vuestro, y parecería como si, a partir de este instante, constituyera un gran honor poseer a medias vuestros bienes, vuestras familias y vuestras vidas; y todo este estrago, esta desgracia y ruina, os viene, no de los enemigos, sino precisamente del enemigo, de éste que os hace tan grande como él mismo, por el cual vais tan valientemente a la guerra, por cuya grandeza no rehusáis dar la vida. Este que os domina tanto, no tiene más que dos ojos, no tiene más que dos manos, no tiene más que un cuerpo y no tiene ni una cosa más de las que posee el último hombre de entre los infinitos que habitan en vuestras ciudades. Lo que tiene de más sobre todos vosotros son las prerrogativas que le habéis otorgado para que os destruya. ¿De dónde tomaría tantos ojos con los cuales os espía, si vosotros no se los hubierais dado? ¿Cómo tiene tantas manos para golpear si no las toma de vosotros? Los pies con que holla vuestras ciudades, ¿de dónde los tiene si no es de vosotros? ¿Cómo tiene algún poder sobre vosotros, si no es por obra de vosotros mismos? ¿Cómo osaría perseguiros, si no hubiera sido enseñado por vosotros? ¿Qué os podría hacer si vosotros no fuerais encubridores del ladrón que os roba, cómplices del asesino que os mata y traidores a vosotros mismos? Sembráis vuestros frutos a fin de que él en vuestra presencia los devaste; amuebláis y ocupáis vuestras casas para proveer a sus

expediciones de robo; criáis a vuestras hijas a fin de que tenga en qué saciar su lujuria; alimentáis a vuestros hijos a fin de que él les lleve consigo para, en el mejor de los casos, conducirlos a la matanza en sus guerras, o convertirlos en administradores de sus codicias y ejecutores de sus venganzas; os despedazáis dolorosamente, a fin de que él pueda tratarse delicadamente en sus diversiones y revolcarse en sucios y villanos placeres; os debilitáis a fin de hacerle más fuerte y rudo y teneros más corto de la brida. ¡Hacéis tantas indignidades que las bestias mismas no aguantarían ni sufrirían! Pero podéis libraros si ensayáis, no siquiera a libertaros, sino únicamente a querer serlo. Estad resueltos a no servir más y seréis libres. No deseo que le forcéis, ni que le hagáis descender de su puesto; sino únicamente no sostenerlo más, y le veréis como un gran coloso al que se ha quitado la base y, por su mismo peso, se viene abajo y se rompe.”¹¹⁴

Aunque pareciera más afortunada para el ejercicio del poder, el paso de la particularización a la abstracción, algunos autores como el caso de BERTRAND DE JOUVENEL entienden que cada concepto que ha inventado el hombre para controlar el poder, lo ha llevado por otros rumbos, aumentándolo, alejándolo de un control total.¹¹⁵

Entendemos que ello puede ser cierto, en tanto que el poder en manos del rey bastaba con reconocer los actos incorrectos para pretender acabar con él, hoy por hoy, la ficción¹¹⁶ del Estado hace que toda revolución, si bien logre

¹¹⁴ DE LA BOÉTIE, Étienne. Discurso de la servidumbre voluntaria o el contra uno. Ed. Aldus. Colombia. Pág.114

¹¹⁵ DE JOUVENEL, Bertrand. Sobre el Poder. Historia Natural de su crecimiento. Ed. Unión. España. 1998. Pág. 54 Lo que llama el autor extensión del poder.

¹¹⁶ El profesor uruguayo Agustín Luna Serrano, realiza un estudio importante de las ficciones del derecho. Partiendo de la definición de las ficciones como : “son alteraciones de la realidad material o de los conceptos jurídicos en que la realidad se formaliza, en proposiciones doctrinales, jurisprudenciales, negociales o legales que tienen como propio un contenido asertivo que por razones más o menos justificables de equidad, de utilidad o de conveniencia, se agota en sí mismo y vuelve deliberadamente la espalda a la realidad material o conceptual sobre la que opera”, señalará que tal definición es peligrosa, proponiendo, sobre el significado de la ficción : “que en su concepto se sobrepone a su sentido básico etimológico de deformación más o menos consciente de la realidad una dimensión, de carácter más técnico,

transformaciones, nunca concluya con la extinción del mismo¹¹⁷; no es fácil hacer un control político a los gobernantes sustentado en el argumento de la voluntad general; la venta de los bienes estatales por manos de los gobiernos de turno y sin la participación o decisión previa del pueblo (situación que se presenta en Latinoamérica) no es fácil echarla atrás sustentado en el argumento del interés público. Estos y muchos más ejemplos, son contundentes para reconocer fuerza en las palabras de DE JOUVENEL.

Es innegable aun con la existencia de ficciones como el caso del Estado, que el hombre de carne y hueso se divida en: uno o unos que gobiernan y los otros que *admiten* ser gobernados.

Diremos que esta relación de servidumbre va más allá de lo descrito por DE LA BÓETIE, es una servidumbre humanamente necesaria, imposible de ser desaparecida, ignorada, ya que es connatural a la esencia del hombre dominar y ser dominado; ahora bien, lo que también es cierto y necesario, es que, tal relación lógica de dominación (quien manda- quien obedece), debe apoyarse y de hecho lo hace, en argumentos justificativos, si bien abstractos, orientados a un fin colectivo y no particular.

Explica JOSÉ LÓPEZ HERNÁNDEZ, en cuanto al poder político que, son propios de él la organización, la dirección y el uso de la fuerza en una sociedad, entendiendo que son ejes de la acción política las armas y las leyes.¹¹⁸

La sociedad política ha pasado por varios tipos de organización: las tribus, reinos, imperios, republicas y señoríos de la antigüedad hasta llegar al Estado, explica el autor que el Estado en sus dos sentidos expresa, por un lado, el aparato de poder que organiza y dirige a la población de un determinado

de atribución de los mismos efectos jurídicos a dos hechos o situaciones diferentes y diversas". Véase: LUNA SERRANO, Agustín. Las Ficciones del Derecho. Ed. Temis. Bogotá-Colombia. 2013. Págs.24-30

¹¹⁷ Para Lenin es posible la extinción del Estado, partiendo de la premisa que es una máquina de opresión de los burgueses contra los proletariados. Véase: V.I, Lenin. El Estado y la Revolución. Ed. En lenguas Extranjera. Pekín. 1966. Pág. 13.-18

¹¹⁸ LÓPEZ HERNÁNDEZ, José. *El concepto de legitimidad en perspectiva histórica*. En: cuadernos electrónicos de filosofía del derecho. Nro. 18 (2009) ISSN: 1138-9877. Pág. 154

territorio, por el otro, se identifica al Estado con la población que vive en ese territorio, es la sociedad política la que es sujeto y objeto del poder político.¹¹⁹

La legitimidad del poder político hace relación a su justificación del origen y ejercicio. LÓPEZ HERNÁNDEZ identifica cuatro etapas de formación del concepto de legitimidad:

En la primera etapa la palabra “legitimus” del latín clásico representaba lo acorde con el derecho y la legalidad, aclarando que por eso Cicerón usaba “legitimum imperium” y “potestas legitima”, en la edad media “legitimus” hará referencia a lo que está constituido según las costumbres y el derecho consuetudinario, *“de este modo se formaba la “legitima auctoritas” o “potestas” a la cual se oponía la usurpación tiránica, que era un acceso al poder de forma contraria a la ley y al derecho consuetudinario”*¹²⁰.

La segunda etapa, corresponde a finales de la Edad media con las primeras formulaciones de la teoría democrática del poder, se pasa del poder dado por Dios, al poder otorgado por el pueblo. En esta época cobra referencia teórica la explicación del origen de la autoridad legítima del Estado, el derecho natural y la realización del pacto social; serán sendas justificaciones de ello, el origen del poder otorgado por el pueblo y el ejercicio de éste orientado a cumplir los fines estipulados en el pacto original, son aspectos trascendentales que marcaran el paso al periodo moderno y contemporáneo del poder político.

La tercera etapa, marcada por la yuxtaposición teórica del poder divino de los reyes contra el poder del pueblo, distinción que tomaría más fuerza en el congreso de Viena (1814-1815), el reclamo respecto del reconocimiento del poder de las dinastías, contra la legitimidad de poder reconocida por el acto de la revolución francesa y el código de napoleón.¹²¹ Las resultas de esta disputas se verán a principios del siglo XX.

¹¹⁹ Ibídem.

¹²⁰ Ibíd. Pág. 155

¹²¹ “Luis VIII reclamaba la legitimidad para la casa de Borbón apoyándose en dos razones: una, el derecho divino, y otra, la tradición o la antigüedad histórica. Según eso, el monarca legítimo lo era por la gracia de Dios y también por la larga duración de los títulos de sus predecesores.

La cuarta etapa, refiere el autor, está marcada por los estudios de Max weber, Carl Schmitt y Guglielmo Ferrero, para el primero, la legitimidad se relacionará con el respeto al derecho, aquí se relacionará la legitimidad con la legalidad, relación que criticó Carl Schmitt, anteponiendo al Estado de derecho, el Estado jurisdiccional, Estado Gubernativo y Estado administrativo.¹²²

La neutralidad de los valores en la legalidad, es lo que molesta a SCHMITT, y según lo que lleva a la consolidación de una Estado totalitarista, frente a la problemática que se propone de legitimidad basado en la legalidad, o en si del Estado de derecho, SCHMITT se atreve a formular dos sistemas de legitimidad: el primero que consistía en el establecimiento de una dictadura comisarial del presidente, que según él, era posible constitucionalmente, el segundo, la consolidación de una dictadura plebiscitaria del presidente del Reich, con el plebiscito se buscaba apartar al parlamento de ciertas decisiones. Para GUGLIELMO FERRERO, según López Hernández, el temor que produce el poder debe ser reducido a gracias de que éste sea legítimo, *“la noción jurídica de legitimidad es como un puente que hace más habitable la sociedad humana: es el puente que salva al hombre, porque se tiende entre los dos extremos del poder y del miedo”*¹²³

Concluye LOPÉZ HERNÁNDEZ, sosteniendo que el debate sobre la legitimidad más allá de la discusión entre el legalismo formal y el decisionismo autoritario, se basa en nuestros días en la *formalidad de los procedimientos democráticos (legalidad) como en el contenido material de las decisiones*¹²⁴

Bajo esta perspectiva es claro entender que la doctrina jurídica actual el Estado–Administrador se la “*juegue*” por dos flancos necesariamente conexos, el primero, la legitimidad de su existencia, bien sea en el servicio público o en las potestades administrativas, el segundo, el respeto de las garantías de los

El uso del término “legitimidad” para referirse a la dinastía histórica que debe ocupar el trono se mantuvo durante el siglo XIX”. Ibíd. Pág. 158

¹²² Ibíd. Pág. 159

¹²³ Ibíd. Pág. 160

¹²⁴ Ibíd. Pág. 161

administrados; de modo que, se hace clara la relación entre autoridad y garantías en el Estado contemporáneo.

El Estado contemporáneo se suscita a la relación entre formalidad y contenido, el neo constitucionalismo logra tal encuentro, entre la condición formal y el elemento material o sustancial de la actuación estatal; relación que se plasma en las disposiciones de una norma jurídica superior (constitución política) y que determina la validez de las normas jurídicas. Bajo esta dimensión neo-constitucional se logra aterrizar desde el argumento ideológico al interés público en un principio constitucional.¹²⁵

Respecto de lo formal y lo material de la legitimidad, haciendo lo primero hincapié en la ejecución del proceso democrático en la toma de decisiones comunes y colectivas, lo segundo, en tanto la salvaguarda de los derechos humanos. Implica de antemano, que tanto en una como en la otra, cumpla un papel protagónico el pueblo, es así que la democracia como gobierno del pueblo para el pueblo, y los derechos Humanos como discurso universalista e igualitario del hombre, engloban este papel protagónico del constituyente primario.

Bajo esta perspectiva, el Interés público, puede decirse sin temor a equivocarnos, logra invocar una razón objetiva para generar el respeto al procedimiento pre-establecido a favor de todos, y a su vez, orientar materialmente el actuar colectivo de la sociedad como del Estado. El interés público legitima el poder político en tanto que reconoce el respeto al procedimiento y la forma, como al contenido de las actuaciones del Estado-administrador. El interés particular debe ceder en razón del ejercicio del poder

¹²⁵ Alejandro Ordoñez respecto de la relación del nuevo constitucionalismo y la globalización, sostiene: *“no seamos ingenuos; sería imposible concebir ese nuevo diseño universal antes descrito, sin un instrumento jurídico que garantizara la consolidación de ese macroproyecto antes descrito. Tal instrumento no es otro que la filosofía jurídica del nuevo derecho o mejor del neo constitucionalismo acá analizada, que se impone sin la menor resistencia hasta los últimos rincones de la aldea global, pulverizando todas las creencias, todas las soberanías y todas las tradiciones nacionales mediante el expediente bien conocido en nuestra juridicidad de los bloques de constitucionalidad que hoy hacen parte de la mayoría de los ordenamientos jurídicos. La sociedad global no soporta la afirmación del ser nacional”*, Véase: ORDOÑEZ, Alejandro. *El Neo constitucionalismo: ¿Un derecho nuevo para la Aldea Global?* Págs. 89-90. En: *La Constitucionalización de las Sociedades Contemporáneas*. Ed. Universidad Santo Tomás. Bogotá-Colombia. 2007

a la satisfacción del interés público. Lo que hemos denominado fórmula de prevalencia del interés público, es un argumento ideológico recogido por la mayoría de las constituciones democráticas. ¿Por qué esta fórmula, es un argumento ideológico? Precisamente porque de él se decanta un cierto tipo de conducta que contradice, su antagónica, como es el caso de ejercer el poder movido por razones exclusivamente particulares; la trascendencia del interés público en la dimensión ideológica, es precisamente: servir como criterio orientador del ejercicio del poder colectivo e institucional.

El interés público no es en esencia un hecho observable, sólo lo es, cuando parte de una idea que se identifica con el ejercicio del poder, sin esta relación sería imposible decantar con mayor grado de certeza qué sería interés público y qué no lo sería.

Para determinar si un hecho producido a razón del ejercicio del poder colectivo o institucional se afianza en la idea de interés público, es imperante contar con la fundamentación de tal idea. Es decir, se hace necesario contar con anterioridad con la *noción del interés público*. En la historia es notorio el acto que el interés público no ha representado lo mismo para las diferentes sociedades, la lucha entre los pueblos, las guerras inclementes, la búsqueda de nuevos territorios, el establecimiento de esclavos en las ciudades- estados de Grecia, son breves fragmentos de esa historia que demuestran las distinciones de interés público.

Si bien, se han presentado unas distinciones claras de lo que puede concebirse como interés público, de comunidad a comunidad, en cada periodo histórico, es claro que la idea del interés público respecto del poder, implica en esencia la distinción de un poder sometido a la satisfacción del interés particular.

La distinción entre individuo y sociedad, es fundamental para soportar el ejercicio del poder movido por la satisfacción del interés público. La teoría sociológica clásica como lo advierte NIKLAS LUHMANN, ha reconocido el advenimiento de la sociedad, como la unión de los individuos; reconoce el autor, que esto no es posible de sostener y que en consecuencia tomó fuerza

la teoría del consenso¹²⁶, teoría que cree en la voluntariedad como requisito para el nacimiento de la sociedad.

Dice el autor-

“Cuando ya no es evidente que la sociedad está naturalmente constituida por seres humanos concretos (para quienes está prescrita la solidaridad como concordia ordinata- y, sobre todo, como caritas ordinata), entonces nace la posibilidad de que surja la teoría del consenso como concepto sustituto. En los siglos XVII y XVIII esto conduce a la revitalización y radicalización de la doctrina del contrato social. El concepto de naturaleza se reduce a algo extra-social- por lo menos en Hobbes, en otros, a una inclinación por establecer contratos- por ejemplo, en Pufendorf. Sin embargo, esta teoría tuvo que descartarse pronto: estaba construida circularmente y, por eso, no podía explicar el carácter obligatorio, inviolable e irrevocable del contrato. Históricamente, en vista del rápido aumento de los conocimientos históricos, ya sólo pudo considerarse como ficción sin valor explicativo. Su herencia en el siglo XIX fueron las teorías del consenso y una idea de solidaridad e integración acogidas por él. Diluida al extremo, termina exigiendo la “legitimación” de aquellas instituciones capaces de imponer el orden aun cuando faltara el consenso- es decir, contra la resistencia. Así empieza la sociología con Emile Durkheim y Max Weber. Pese a todas las concesiones frente a la realidad, la integración basada en el consenso es el principio por el cual la sociedad se identifica como unidad- como “individuo”.

Bien sea la sociedad producto de un hecho (la convivencia) o de un consenso (el contrato), después de todo este recorrido, se reconoce que individuo y sociedad son dos instituciones connaturales una a la otra, inseparables, quiere

¹²⁶ LUKMANN, Niklas. La Sociedad de la Sociedad. Ed. Herder. España.2010. Pág. 13. El Autor entiende que no es posible deducir la sociedad a partir de un principio o de una norma trascendente “ya sea a la manera antigua de la justicia, de la solidaridad o del consenso racional”. Pág. 2

decir esto, que el interés público sirve, precisamente, para lograr que el individuo viva en sociedad, partiendo de la premisa que estipula la imposibilidad de vivir fuera de ella; esta premisa está ligada bien, en el hecho de la convivencia, bien en el consenso del contrato, sea una o la otra, se llega al punto que el individuo de hoy, a diferencia de Adam en el paraíso, debe vivir en sociedad, tal vez ese es el precio que debió pagar por su expulsión del Edén.

El interés público como ideología representa la justificación de tal convivencia social del individuo, se sirve del interés público para relativizar las fuerzas sociales, para el control y limitación del poder y para impulsar el desarrollo. Brota entonces la relación interés público y poder. La idea del poder y el interés público, posee dos dimensiones: la primera, el interés público como fundamento del poder, la segunda, el interés público como finalidad del poder. En cuanto a la primera, la idea del interés público da origen a un tipo de poder, relacionándose con el poder democrático a diferencia del poder monárquico, en esta primera dimensión, es marcado el hecho que el interés público es anterior al nacimiento del poder, con lo cual, cobra importancia algunas teorías, a saber: las teorías que reconocen al hombre como animal social, esta naturaleza tendría como consecuencia, la necesaria construcción de un interés común, del cual brotaría un tipo de gobierno ideal, el poder democrático.

Otra teoría estaría dada por la celebración de un pacto, particularmente, en la teoría de Thomas Hobbes, en tanto que, el nacimiento de un poder absoluto se da por el hecho de reconocer una necesidad común: la seguridad (Leviatán); otras teorías estarían enmarcadas en el consenso, en la construcción de un estado de convivencia, donde el poder se legitima en sede de su nacimiento, la demarcación del poder proveniente a partir del consenso de valores (Max Weber) , constituyéndose en unos de los valores más legitimizantes el interés público.

La segunda dimensión (el interés público como finalidad del poder), partiría de la base de la existencia previa del poder al del interés público, un poder que por razones de su existencia, y posterior control, se ve en la obligación de

orientarse a la satisfacción del interés público, en esta dimensión situamos las teorías del Estado de Policía, De Bienestar, Liberal, De Derecho Y Estado Social De Derecho.

Es común a todas ellas, la aceptación de la existencia de un poder público (poder político institucionalizado)¹²⁷ cuya finalidad se orienta a la satisfacción de necesidades colectivas.

El problema aquí no es justificar el nacimiento del poder, sino lo que se cuestiona es su utilidad, su funcionalidad¹²⁸. Esta percepción permite, hoy por hoy, soportar en la estructura Estado- autoridad y garantía, el papel preponderante del interés público como idea de orientación y control del poder público a partir de su forma de principio constitucional.

Obviamente, la descripción de la idea del interés público como fundamento o como fin, no determina de modo alguno que un estilo de vida bajo el yugo de dominación se derrumbe y empiece otro, pues es posible que bajo la concepción del interés público acaezca la mayor de las dominaciones; lo advertiría CARL SCHMITT respecto de los conceptos de paz y humanidad, o JEREMIAS BENTHAM con su tratado de los sofismas políticos, o BERTRAND DE JOUVENEL con su afirmación “*el poder absoluto no ha muerto*” refiriéndose al paso del poder de los reyes al de “ellos”.

Dice el autor:

“¡Extraño misterio! Cuando sus amos era los reyes, los pueblos no dejaron de quejarse de tener que contribuir a la guerra. Cuando finalmente logran deshacerse de esos amos, son ellos mismos los que se imponen una contribución, no ya sólo en una parte de sus ingresos sino en sus propias vidas. ¡Qué giro más singular! ¿Se explicará por la rivalidad de las naciones que habría sustituido a la

¹²⁷ VELASQUEZ TURBAY, Camilo. El poder Político. Ed. Externado. Colombia. 1985. Señala el autor que el poder público es el poder político institucionalizado tomando a Georges Burdeu. Pág. 31

¹²⁸ Concepción importante expuesta por Herman Héller, al diferenciar la existencia del Estado con su finalidad.

*de las dinastías? ¿Acaso la voluntad del pueblo estará ávida de expansión, impaciente de aventuras bélicas, que el ciudadano quiere pagar por la guerra e ir a las armas? (...) Requerido por el recaudador, convocado por el policía, el hombre está lejos de reconocer en la advertencia, en la citación, un efecto de su voluntad, por más que se exalte o se transfigure. Son, por el contrario decretos de una voluntad ajena, de un amo impersonal que el pueblo denomina “ellos”, como en otros tiempos para referirse a los espíritus malignos, “ellos” nos aumentan los impuestos, ellos nos movilizan. Así habla la sabiduría popular. Por lo que respecta al hombre corriente, todo sucede como si un sucesor del rey desaparecido hubiera llevado a su culminación la empresa interrumpida del absolutismo”*¹²⁹

Sea cualesquiera de las dimensiones y con la advertencia hecha, la idea del interés público insinúa la problemática de la obediencia civil, que no es más que el obedecimiento a la orden ¹³⁰, decantándose la relación del poder y sociedad, y con ello, el nacimiento del Estado, el cual para JOUVENEL denota dos sentidos muy diferentes: por un lado, la presencia de una sociedad organizada que tiene un gobierno autónomo, y por tanto todos somos miembros de Estado, por otro lado, Estado significa el aparato que gobierna a la sociedad, así los miembros del Estado son sólo aquellos que participan del poder. Dice el autor:

“Si ahora decimos que el Estado, entendido como aparato de mando, se impone a la sociedad no se hace más que expresar un axioma; pero si al mismo tiempo se pasa subrepticamente al primer sentido de la palabra Estado, hallamos que es la sociedad la que se manda a sí misma, lo cual habría que demostrarse

(...)

¹²⁹ DE JOUVENEL, Bertrand. Sobre el Poder. Historia natural de su crecimiento. Ed. Unión editorial. España. Pág. 56.

¹³⁰ *Ibíd.* Pág. 65

*Se trata, evidentemente, de un fraude intelectual inconsciente. No se manifiesta en toda su evidencia precisamente porque en nuestra sociedad el aparato del gobierno es o debe ser en principio la expresión de la sociedad, un simple sistema de transmisión por medio del cual ésta se rige a sí misma. Dando por supuesto que así sea verdaderamente- lo que está por ver- , es patente que no ha sido así siempre y en todas partes, que la autoridad la han ejercido unos poderes netamente distintos de la sociedad, y que esos poderes se han hecho obedecer”.*¹³¹

Con la idea del interés público, el argumento ideológico determina que quien manda y obedece es al mismo tiempo la sociedad, bien, haciendo uso de su aparato coercitivo y administrador como es el Estado, bien, a través de otras fórmulas. Con esto puede decirse que la idea de interés público implica una relación de unidad en la institución del Estado, la Sociedad y el Individuo, así se confía en él por la satisfacción de lo público, de lo social.

La idea del interés público se afianza en la unidad del individuo y la sociedad, así como de la sociedad y el Estado, pues, si bien se asimila una diferencia, se admite que el Estado está al servicio del interés público, en pro de la sociedad, dentro de la cual se incluye los intereses de los individuos.

La fórmula de la prevalencia del interés público determinando una solución a priori en caso de conflicto entre intereses, no implica mayor complejidad en tanto se acepta como principio estabilizador de las “fuerzas vivientes” en la Sociedad. Sobre esta fórmula no habría ya mayor discusión, con todo lo dicho hasta aquí.

El mundo ha presenciado durante su existencia la idea de “algunos” de predicar ser guardianes del interés público, sea el cristianismo, el islam, los Carolingios, Luis XIV, Napoleón, los americanos con “américa para los americanos”, el socialismo, el fascismo, el nacionalsocialismo, Hitler, el tercer mundo y la

¹³¹ Ibíd. Pág. 68-69

tercera vía¹³², el Estado islámico, la Unión europea, son algunos ejemplos entre tantos de las tendencias por darle, lo que llamo, “contenido” al interés público, ¿Quién tiene la razón? , al momento de tratarse del contenido del interés público ¿puede pretenderse logarse algo, o esto solo desemboca en una tensión entre ideologías?¹³³ , ¿Es el interés público una institución imposible de definir a priori? ¿Puede alcanzarse un consenso mundial entorno al interés público?, ¿existirá un interés público interno y otro mundial, que lleguen a yuxtaponerse? Si esto es así ¿cuál prevalece y cómo saberlo? Veamos cómo podemos dar respuesta a tan significativos interrogantes, cuando en algunos sectores de la doctrina han pronunciado la imposibilidad de hacerlo.

La palabra interés proviene del latín *interesse* que significa importar, el diccionario de la real academia Española la define como 1. m. Provecho, utilidad, ganancia.2. m. Valor de algo.4. m. Inclinação del ánimo hacia un objeto, una persona, una narración, etc. 6. m. pl. Conveniencia o beneficio en el orden moral o material. A partir de estos significados del RAE se extracta la dimensión positiva de la palabra interés, entendiéndose por tal, el sentido de beneficio que implica la palabra interés, o en otras palabras, interés se refiere a beneficio. Esta relación conceptual entre interés y beneficio, abre la puerta de la subjetividad, pues habría tantos intereses como beneficios podría pensar una persona, reconociendo además de ello, que no siempre la palabra beneficio traería consigo actitudes de bienaventuranza, piénsese en el sujeto que quiere y tiene interés en que su vecino pierda el cultivo para el vender los suyos a mejor precio. La palabra interés con su relación de beneficio implica, entonces, la aceptación de múltiples posibilidades.

Con la fórmula interés público, la palabra interés implica la admisibilidad *prima facie* de dos dimensiones: una particular, otra colectiva. En cuanto a esta

¹³² Véase: MAI, Manfred. Breve Historia del Mundo para jóvenes Lectores. Trad. José Luis Gil Aristo. Ed. Ariel. Barcelona- España

¹³³ Hoy en el mundo se trata el trans-generismo como una ideología, en el caso Colombiano, se ha presentado una gran discusión en torno a entregar manuales de convivencia conteniendo el respeto a los derechos de los trans-generos, el procurador general de la nación, ha referido públicamente que es atentar contra el deber funcional y los derechos de la familia .

última, la fórmula interés – beneficio, conduce a las mismas conclusiones del interés particular, la aceptabilidad de múltiples acciones, lo que desemboca en la subjetividad y por ello en la imposibilidad manifestada por muchos de su imposible definición.

Esa es la suerte de “algunos” que han pretendido apropiarse del interés público, han pretendido con sus tesis aplicables en el campo de la realidad, instaurar el orden de beneficios, a los que en corto o largo tiempo termina reemplazándose por beneficios de otro tipo; la segunda guerra y la instauración de un sistema jurídico internacional soportado en la Paz y la Humanidad es prueba de ese cambio de beneficios que “ofrecía” el nacionalsocialismo, por ejemplo.

La fórmula interés-beneficio también soporta que en materia de interés público se piense que en la medida que crece los Estados y pasan los años, el catálogo de beneficios debe ir ampliándose, por eso se cree en no ser necesario su expresión a priori.

Con la fórmula de interés- beneficio, se admite la presencia de varias corrientes, ideologías y posturas políticas, además se consolida actores respecto del interés público. Así la sociedad se autonoombra guardián, lo que hace el Estado a su vez de la misma forma, pero afianzándose en el principio de legalidad-legitimidad e institucionalidad.

¿Puede ser el interés categorizado más allá de la fórmula beneficios? O lo que es lo mismo, ¿puede el interés público alcanzar un esquema de objetividad, que conduzca a ser una institución garantista?

De nada sirve que el Estado-administrador se someta a cumplir objetivamente el interés público, si éste último conduce al esquema de la subjetividad, a contrario sensu, y la historia lo ha mostrado, más que servir este principio de

garantía, resulta ser una institución que salvaguarda la arbitrariedad¹³⁴ donde los jueces tampoco son piezas de seguridad.¹³⁵

La respuesta respecto de la objetivización¹³⁶, sostendré, sería imposible en una época anterior, pero hoy por hoy, puede lograrse. Es claro que el interés público guarda una relación importante con la validez jurídica y fundamentación del poder público, en lo que es claramente la legitimación de éste.

El interés público sirve a los sistemas normativos en la medida que permite establecer reglas de conductas orientadas hacia ese fin, o lo que es lo mismo, el interés público permite concebir cierto número de reglas de conductas que parten axiológicamente del fin del interés público, así como puede crearse reglas de conducta para evitar el particularismo o la indiferencia, es posible también crear reglas de conductas apoyadas en el interés público.

Decíamos líneas precedentes que el concepto de interés público se solidificó en la dicotomía entre el sentido formal y el sentido material. Creemos que el sentido material o el que es acorde con contenidos, permite identificar con claridad enfoques teóricos que impulsan la creación de contenidos para bien de la ideología, bien de la legitimación del poder, bien del establecimiento de reglas de conductas. En cuanto a estos últimos, es el interés público importante para conducir a comportamientos deseados o entendidos como correctos.

JULIO DE ZAN explica que aunque las palabras ética y moral tienen un significado etimológico semejante en sus raíces griega y latina, empleándose

¹³⁴ En Colombia se da un caso bastante interesante en el marco del proceso de terminación del conflicto armado y la construcción de la paz duradera y estable que se lleva a cabo por el Gobierno Nacional y la guerrilla de las FARC, existe una polarización respecto del mecanismo de refrendación de los acuerdos, el gobierno impulso el plebiscito, esa situación debía ir a la Corte Constitucional para la aprobación de la ley del plebiscito, algún sector creía que la Corte Constitucional no aprobaría el plebiscito por considerase un mecanismo no apto para la refrendación, pero en contra de lo que creía ese sector del poder legislativo y la sociedad, la Corte Constitucional aprobó llevar a cabo el plebiscito. Se preguntarán los que iban en contravía del plebiscito, ¿dónde está la salvaguarda del Interés público?

¹³⁵ Se discute esa situación en Venezuela, respecto del proceso de revocatoria que se lleva a cabo en contra del presidente Maduro, y la falta de seguridad en lo que respecto al proceso seguido contra los opositores encarcelados.

¹³⁶ LÓPEZ CALERA, Nicolás. “*El interés público: entre la ideología y el Derecho*” en: Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 44 (2010), 123-148. Pág. 125

indistintamente, en el lenguaje filosófico se ha estipulado dos distinciones y dos clases de definiciones diferentes:

“en un primer sentido se comprende a lo moral como una dimensión que pertenece al mundo vital, o al Lebenswelt, y que está compuesta de valoraciones, actitudes, normas y costumbres que orientan o regulan el obrar humano. Se entiende a la ética, en cambio, como la ciencia o disciplina filosófica que lleva a cabo el análisis del lenguaje moral y que ha elaborado diferentes teorías y maneras de justificar o de fundamentar y de revisar críticamente las pretensiones de validez de los enunciados morales (...) Conforme a este uso del lenguaje, la ética puede considerarse entonces como una ciencia que pertenece al campo de la filosofía, como la metafísica o la epistemología, mientras que “lo moral” es, en general, el objeto de esta ciencia, es decir, lo que ella estudia”.¹³⁷

Señala el autor que respecto de la ética en sede de la filosofía se han planteado dos clases de cuestiones, la primera, referente a la *“cuestión de lo que es bueno para mí como persona y para nosotros como comunidad”*, la segunda, *“la cuestión de lo que es correcto o de lo que es justo en las relaciones con los otros”*¹³⁸. Lo bueno y lo justo es entonces lo que demarca el derrotero del estudio de la ética.

Sea la una o la otra, se propone un cuestión sobre la conducta humana sus alcances y objetivos.

Según KANT la moralidad es un asunto de deber ser, del comportamiento del hombre respecto de lo que lo rodea. Como lo dice JULIO DE ZAN, la ética alude a una concepción de la buena vida, *a un modelo de la vida virtuosa y a los valores vividos de una persona o de una comunidad, encarnados en sus prácticas e instituciones.*

¹³⁷ DE ZAN, Julio, La ética, los Derechos Y la Justicia. Ed. Fundación Konrad-Adenauer. Uruguay. 2004. Pág. 20

¹³⁸ Ibíd. Pág.21

“la ética así entendida se interesa ante todo por el sentido o la finalidad de la vida humana en su totalidad, se interesa por el bien o el ideal de la vida buena y de la felicidad. Estos otros son los temas en los cuales se han centrado las teorías éticas de orientación aristotélica y hermenéutica. En la ética se revelan o se encuentran ya dados incluso los fines más elevados que orientan la existencia del hombre o de los miembros de una comunidad en cuanto tales, y a través de los cuales ellos creen poder alcanzar la felicidad o el bien supremo”¹³⁹

En el mundo actual del hombre la explicación unívoca de lo bueno o de lo justo no es posible, esto es un resultado lógico de las sociedades multiculturales,¹⁴⁰ las múltiples formas de pensar, de decir, los múltiples ideales, conllevan a tal problematización, estamos ante algo más trascendental que la explicación objetiva y absoluta de la verdad, estamos ante la más hermosa representación de la concepción relativista propuesta por HANS KELSEN cuando se refirió de la imposibilidad de obtener un concepto absoluto de justicia.¹⁴¹

De manera que la problematización del relativismo en la concepción de lo bueno y lo justo, se agudiza con la yuxtaposición que se presenta entre bien y mal, entre justo e injusto, en ambos extremos no se tiene la posibilidad de lograr la certeza del argumento explicativo de lo que cada una es, existiendo así, ambigüedad tanto en el extremo de lo bueno como de lo malo, de lo justo como de lo injusto.

La esfera de lo público y lo privado entran aquí en juego, en tanto que, puede ser posible que lo público confiese una valoración de lo bueno, a contrario sensu de la esfera de lo privado; puede ser que el Estado como “dueño” de lo público establezca como criterio el respeto al Statu Quo por parte de los ciudadanos aunque estos en sentido particular o social no estén conformes con ello.

¹³⁹ *Ibíd.* Pág. 22

¹⁴⁰ *Ibíd.* Pág. 26

¹⁴¹ KELSEN, Hans. ¿Qué es la Justicia? Ed, Fontamara. México.1991. Dice el autor “debo conformarme con la justicia relativa, puedo decir lo que para mí es la justicia”. Pág. 83

¿Es moralmente aceptable la revolución? Es una cuestión que puede lograr tantas aristas como observadores posea la situación.

La esfera de lo privado y de lo público conduce al choque entre criterios, en sentido material la ética puede proponer una salida estable a la dicotomía, precisamente a través de un criterio homogenizante en las sociedades multiculturales; el interés público como criterio ético sirve para homogenizar los criterios racionalizantes tanto de lo privado y lo público, éste ofrece una “ruta común” a ambos extremos.

Anteponer interés público a interés general resultaría de sobre manera infortunada, bajo la concepción descrita anteriormente, pues, separarlas haría que una perteneciera a un sujeto, el Estado y la segunda al Pueblo, volveríamos circular nuestra cuestión, pues, nos llevaría este proceso metodológico a tener que determinar la prevalencia de uno sobre el otro; si bien lógica y racionalmente puede construirse el discurso de distinción entre interés público e interés general, esto llevaría a una necesaria tensión imposible de resolver; es invitar al debate inacabado de Estado versus Pueblo, adicionalmente, tal separación afectaría la estructura lógica del discurso del Estado constitucional y democrático de derecho, en cuanto que de ser cierto la presencia de un interés general que es del pueblo y un interés que pertenece al Estado, además de ser tachado de un argumentado hipostasiado del Estado, no pudiese estipularse con certeza, cuál de los dos tipos de interés es el incorrecto, el bueno, el injusto.¹⁴²

De acuerdo a lo descrito, la noción del interés público se determina en el servicio que presenta la institución como argumento de ideología total justificante de la convivencia social y en sí del Estado, así mismo de criterio unificador de tensiones aparentemente opuestas, la noción de interés público implica el reconocimiento como principio constitucional.

¹⁴² Por esta razón, interés público e interés general jamás pueden ser algo diferente, con esta asimilación se logra a su vez que se pueda posibilitar el control jurisdiccional de las actuaciones del Estado Administrador, así como la delimitación del poder del pueblo, pues decisiones de tipo colectivo que afectarían a la comunidad no sería lo correcto ni lo admisible.

De acuerdo a ello, la búsqueda de la objetividad respecto del interés público es alcanzable con la formulación de un esquema del *actuar conforme*. Si bien se cree que es imposible definir a priori el interés público, en la contemporaneidad el concepto cuenta con un contenido material en tono de *cláusulas de no regreso*, lo que implica que existe un contenido aceptado que conduce al establecimiento ideológico, ético, político y jurídico de la unidad de la convivencia social y legitimación del poder institucional, de difícil desconocimiento o *regreso*, por lo tanto, teniendo presente tal situación, se hace necesario para reducir la *amplitud de subjetividad* construir el principio autónomo de interés público en el cual se estipule, si bien no su definición exacta, sí los criterios que permitirían reconocer que el Estado cuando actúa, lo hace conforme al interés público.

La mirada contemporánea propuesta conlleva a aceptar como ciertas en el momento presente y actual las características y necesidades de objetivización aquí descritas.

A continuación daremos una mirada al interés público como concepto jurídico.

B. Interés Público como concepto jurídico indeterminado

Abordar el estudio del interés público como concepto jurídico, es adentrarnos en uno de los temas más fascinantes dentro de la ciencia del derecho administrativo como lo ha sido la institución de los conceptos jurídicos indeterminados y su relación con el ejercicio y control jurisdiccional de las potestades administrativas.

Para el derecho administrativo hispanoamericano, marcó la pauta la conferencia intitulada "*la lucha contra las inmunidades del poder*" del maestro EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA¹⁴³, en ella, se antepone los conceptos

¹⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*. Ed. Civitas. Madrid-España, 1983. Así mismo se remite a la obra del autor, en donde se trabaja la institución en general de los conceptos jurídicos indeterminados y la potestad discrecional.

jurídicos indeterminados a la potestad discrecional, sirviendo aquellos como técnica de control de fondo de ésta. Posteriormente, aparecerá el estudio detallado de FERNANDO SAINZ MORENO.¹⁴⁴

La gran diferencia planteada entre las instituciones consiste en que mientras la discrecionalidad permite a la administración actuar volitivamente, escogiendo entre varias alternativas posibles, los conceptos jurídicos indeterminados conducen el actuar de la administración al campo de lo cognitivo, a la única solución justa.

Reconocemos que la doctrina de distinción de GARCIA DE ENTERRIA se soporta en el *tertium no datur* y el *juicio disyuntivo*.¹⁴⁵ Sobre esta posición existe bastante doctrina que ha asumido su compromiso respecto de apoyar, o no, lo sostenido por el maestro. En este apartado no se abordará tal problemática¹⁴⁶, pues la intencionalidad se conduce a concebir las razones doctrinales que soportan el reconocimiento y aceptación del interés público como concepto jurídico indeterminado.

Un punto de partida es la aceptación del tipo de vinculación positivo a la legalidad de la administración, de allí se obtiene como consecuencia que aceptando un margen de libertad para la toma de decisiones por la administración, éste en ningún momento es absoluto; importante resulta ser esta premisa que respalda la tendencia a reducir las zonas de inmunidad jurisdiccional.¹⁴⁷

Véase LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro. Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia- España. 2015.

¹⁴⁴ SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. Ed. Civitas. Madrid-España. 1976

¹⁴⁵ Respecto de las dos instituciones se aborda la temática en: LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro. Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia- España. 2015. Pág. 144 y ss.

¹⁴⁶ *Ibíd.* En esta obra se expone que los conceptos jurídicos indeterminados no cumplen el papel de “divergencia” en contra de la discrecionalidad, sino por el contrario, encontrándose en un mismo enunciado normativo la potestad discrecional y el concepto jurídico indeterminado, se lleva a la condición “convergente”.

¹⁴⁷ Bajo la perspectiva de reducción de zonas de inmunidad jurisdiccional, el jurista colombiano Alexander Sánchez Pérez, partiendo de la afirmación de existencia de una cuarta zona de inmunidad jurisdiccional distintas de las expuestas por García de Enterría, como son las normas de derecho blando en particular emitidas bajo la dimensión de la reserva de instrucción,

Que el poder del hombre de carne y hueso se haya transpersonalizado, no quiere decir que tanto él como su creación sean poderes absolutos; desde la concepción del pacto social, del contrato social, del utilitarismo, se toma conciencia que la libertad debe relativizarse en la medida que, a gracia de tal relativización es posible alcanzar los objetivos de la vida propuesta, sea a título personal, colectivo o institucional.

La idea trascendente ideológica, legítima, comportamental y jurídicamente que encierra el interés público es precisamente la siguiente: sólo es posible alcanzar la satisfacción de las necesidades propias, pensando en los demás, en lo que es de todos, por ello se admite, con una sonrisa en el rostro, la eliminación de la libertad absoluta.¹⁴⁸

En cuanto al actuar del Estado-Administrador, son las potestades administrativa las que deben ser relativizadas, por ello que la vinculación de tipo positivo al principio de legalidad produzca tal efecto en dos niveles: lo formal y lo material, esto último por la inclusión en la normatividad de contenidos con fuerza vinculante, la democracia, el respeto de los derechos fundamentales, el debido proceso, el derecho a la buena administración, principios como Estado social de Derecho, y entre muchos más el objetivo de este escrito: el Interés público.

Que sea relativizada la conducta de los particulares como del Estado, permite inferir que la omisión o extralimitación de estos límites impuestos, trae consigo el reproche jurídico, el control del juez. Esta es una relación innegable: ejercicio de la potestad y su control jurisdiccional. La lucha contra las inmunidades del poder, es un legado estructurado en los ordenamientos jurídicos contemporáneos.¹⁴⁹ La objeción de la administración respecto del control jurisdiccional de sus actos ha venido desapareciendo aunque se

desarrollará el test de ductilidad como propuesta de reducción. Véase: SÁNCHEZ PÉREZ, Alexander. Las normas de derecho blando. Un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial. Ed. Universidad Externado. Colombia. 2012. Págs. 207-212

¹⁴⁸ Esto encarna un problema que no interesa aquí: ¿la felicidad es sólo posible con una libertad relativizada?

¹⁴⁹ Sobre la contemporaneidad tómese lo descrito en el Capítulo primero, sección I-A de esta obra.

pretenda en ocasiones conservar zonas de inmunidad jurisdiccional a título de reductos del principio monárquico.¹⁵⁰

La relación potestad administrativa - control jurisdiccional¹⁵¹ que se predica de la actuación del Estado-administrador, implica el reconocimiento de ciertas técnicas, entre estas: la aprobación del interés público como fundamento de la actuación. Con ello se cumple que, por un lado el ejercicio de la potestad administrativa¹⁵² tenga un objetivo, una finalidad decantada, se conciba una libertad relativizada producto de la orientación a fines, por el otro lado, el interés público se constituye en una técnica de control en sede jurisdiccional por concebirse en calidad de concepto jurídico indeterminado.

Esta bidimensionalidad del interés público aflora la situación siguiente, asumida por la doctrina divergente y mayoritaria: no estando determinado el interés público en la norma superior no se presenta mayor riesgo y arbitrariedad por la falta de determinación, pues, el reconocimiento del interés público como concepto jurídico indeterminado lo hace infalible a la fórmula *tertium non datur-juicio disyuntivo*.

El profesor BREWER- CARÍAS no duda en afirmar que los conceptos jurídicos indeterminados por apartarse de la discrecionalidad, no implican un riesgo para los derechos de los ciudadanos, así, frente a conceptos jurídicos indeterminados estipulados en el ordenamiento jurídico venezolano, como son la ofensa de los símbolos patrios estipulado en la ley de Nacionalidad y ciudadanía promulgada en Venezuela, o el contenido en la ley orgánica del tribunal supremo de justicia de 2004, donde se estableció la remoción de magistrados por mayoría simple mediante la anulación del acto administrativo

¹⁵⁰ Véase: las normas de derecho blanco en: SANCHEZ PEREZ, Alexander. Ob. Prev. Cit. Eduardo García de Enterría reconocerá con posterioridad a su obra “la lucha contra las inmunidades del poder” en la que declaraba la existencia, en el ordenamiento jurídico español de 1956, de tres zonas de inmunidad jurisdiccional: los actos reglamentos, los actos políticos, los actos discrecionales, que tales zonas de inmunidad desaparecieron, con la declaración del principio de proscripción a la arbitrariedad en la constitución Española de 1978. Véase: GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. Ed. Civitas. España. 5 ed. 2000. Prólogo, Pág. 5-7

¹⁵¹ JINESTA LOBO, Ernesto. El control jurisdiccional de la administración pública. Revista judicial. Costa Rica. Año XX, Nro.63 del año 1997. Pág.97,98

¹⁵² MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo. Tomo I. Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1982 Pág. 264, 265.

cuando la actitud pública de los magistrados atente contra la majestad o prestigio del tribunal supremo, de sus sala o de los magistrados, o en la ley de Responsabilidad social en radio y televisión de 2004 que dispuso cierto tipo de sanciones por hacer referencias a imágenes que tenga un carácter soez u obsceno que constituyan imprecaciones, mensajes que atente contra la formación integral de los niños, etc.; para el autor aunque las disposiciones jurídicas contengan conceptos jurídicos indeterminados, la administración al no contar con *poder discrecional alguno* frente a estos, es objeto de control jurisdiccional.¹⁵³

Las conclusiones del profesor venezolano se soportan, obviamente, en el reconocimiento de la tesis *divergente* propuesta por el Maestro García de Enterría, en la cual, el concepto jurídico indeterminado sirve como técnica de control de fondo de la discrecionalidad, terminando en la sustitución de ésta por aquel. Bajo tal premisa, no resulta, para nada, arbitrario y lesivo de las garantías de los ciudadanos que el ordenamiento jurídico cuente con conceptos jurídicos indeterminados, pues estos conducen al control jurisdiccional, promoviéndose que los jueces concreten el contenido “correcto” del tal tipo de concepto jurídico.

Brewer Carías como García De Enterría, reconocerán que el interés público es un concepto jurídico indeterminado, mientras en la discrecionalidad la administración actúa en el campo volitivo, en los conceptos indeterminados actúa en el campo de lo intelectual, así, se propone que en la discrecionalidad, a menos que contradiga los límites mínimos de la logicidad, razonabilidad, justicia y proporcionalidad, no se podrá controlar el aspecto volitivo de la administración, contrario sensu, en el caso de los conceptos jurídicos

¹⁵³ “la que han conducido a la tendencia de reducción progresiva de campos de actividad administrativa que antaño se consideraban como propios de la discrecionalidad de la administración, es decir, de la libertad de apreciación de la oportunidad y conveniencia de la actuación, atribuida legalmente a la autoridad administrativa, y que escapaban al control jurisdiccional (...) Y ha sido, precisamente, el fenomenal esfuerzo por reducir la discrecionalidad administrativa, el que ha conducido a la identificación de estos llamados conceptos jurídicos indeterminados, para precisamente excluirlos del campo de la discrecionalidad.” Véase: BREWER. CARÍAS, Allan R. *la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como mecanismo de control judicial de la actividad administrativa*. Pág. 99 Consultado en: archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2396/12.pdf

indeterminados donde *“siempre cabe la posibilidad de que la administración se haya equivocado en su juicio, y tal error es el que precisamente puede ser controlado y corregido por los tribunales contencioso administrativos”*.¹⁵⁴

ALONSO MAS reconociendo que si bien la finalidad del derecho es la resolución de los conflictos sociales, en la práctica este sólo *cumple una función de tratamientos de conflictos*, nos dice que, el razonamiento jurídico es en ocasiones incapaz de llevarnos a verdades absolutas, que a veces solo puede alcanzarse *soluciones aceptables o plausible*; aclara que esto tampoco puede llevar a la negación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados, ni tampoco que deba *“excluirse que sea el juez el que, en última instancia, determine hasta dónde llegan los límites de ese razonamiento. Tampoco supone que la decisión que se adopte sea arbitraria; tendrá un fundamento, aunque no bastará la mera lógica deductiva, dada la naturaleza de las premisas”*.¹⁵⁵

Evalúa ALONSO MÁS que, hoy por hoy, el razonamiento jurídico no puede pretender ser un razonamiento cerrado como el que puede darse en el campo de las ciencias matemáticas. Señala la profesora Española-

“el razonamiento práctico se fundamenta en premisas de carácter abierto, que además son contradictorias entre sí; y está limitado en su alcance, de modo que, en muchas ocasiones, no permite determinar cuál sea la solución más aceptables o plausible desde un punto de vista ontológico (...) En efecto, dentro de este razonamiento debe distinguirse, en primer lugar, la fase de la búsqueda de las premisas. Estas pueden ser normas, pero también principios, cuya fuente es la comunidad. Es difícil seleccionar la norma aplicable, pero tanto más lo es la aplicación al caso concreto de los principios, en la medida en que se contradicen entre sí al aplicarlos y no existe una jerarquía entre los mismos, de forma que es el problema concreto el que determina su grado de aplicación

¹⁵⁴ *Ibíd.* Pág. 102.

¹⁵⁵ ALONSO MÁS, María José. La solución justa en las resoluciones administrativas. Ed. Tirant Lo Blanch, España- Valencia, 1998. Pág. 306

(...) La interpretación y aplicación concreta de normas y principios también plantean problemas. En primer lugar, porque exigen la formulación de juicios de valor, que, en ocasiones, no son – de hecho- totalmente susceptibles de ser objeto de afirmaciones sobre su verdad o falsedad. Además, en esa interpretación habrá que utilizar también juicios a la experiencia, que no siempre resulta tan fáciles de formular como a primera vista parece. En tercer lugar, en una norma pueden preverse varias soluciones posibles para un supuesto de hecho ya determinado; aquí entran en juego los principios generales del Derecho, pero éstos ya hemos dicho que son flexibles, contradictorios y que no rigen sin excepción. (...)Lógicamente, la cuestión que surge de inmediato es la siguiente: si el juez muchas veces determina la conclusión antes de empezar el razonamiento, si éste es algo tan inasible, ¿cómo hablar entonces de la unidad de solución justas en la aplicación de estos conceptos jurídicos indeterminados? La cuestión se complica si se tienen en cuenta que el interés público se puede entender como uno de esos conceptos”. Ibídem, pág. 306 Reconociendo- “la pretensión de la norma es que, en cada caso, exista una solución justa a la hora de aplicar el concepto. Pero debe tenerse en cuenta las incoherencias inherentes al orden jurídico, por cuanto el sentido de la norma se condiciona por la totalidad del Ordenamiento. Por otra parte, la aplicación de un concepto normativo podría entenderse como una operación posterior al hallazgo de las premisas o selección de la norma; sin embargo, esa elección presupone una interpretación previa de las mismas. No obstante, el operador jurídico debe operar como si realmente cupiera una sola solución justa, entre otras cosas porque, al buscar el Derecho dar soluciones a los problemas reales, no cabe el non liquet”.¹⁵⁶

Es claro que para la autora, si bien la única solución justa es imposible descubrir a suerte de verdad absoluta o *verdad verdadera*, sí, es un principio

¹⁵⁶ Ibíd. Pág. 310

que orienta el actuar del aplicador jurídico hacia la toma de decisiones acordes a Derecho. Postura que aprobamos de aceptable, en tanto invita a un comportamiento deseable respecto del Derecho, pero que en nada resuelve el dilema que vislumbra la fórmula de la solución justa, pues se está dejando en *“manos de los jueces”* la última decisión, sin que a ciencia cierta sepamos *¿si esa es la mejor de todas?*¹⁵⁷

La autora refiere que al concebirse el interés público como concepto jurídico indeterminado es posible predicar el desaparecimiento de la discrecionalidad administrativa, aunque no sea del todo admisible una decisión justa respecto de la concreción de éste.¹⁵⁸

SAINZ MORENO, entiende que las leyes son textos escritos que expresan su contenido normativo por medio de conceptos de cuya interpretación depende su eficacia, el problema respecto del significado de los conceptos trasciende las fronteras de la semántica, es un problema, que según reconoce, debe ser resuelto en sede del derecho, *“esto quiere decir, por un lado , que no se trata sólo de averiguar el significado de las palabras utilizadas por la Ley, sino de buscar en ellas la solución justa al problema planteado, y, por otro, que el problema tiene que ser resuelto, esto es, que el razonamiento no puede concluir, por ejemplo. En la declaración de que la cuestión es dudosa”*.¹⁵⁹

Frente a un concepto jurídico se parte, según el autor, del significado propio de las palabras, debiendo lograr establecer el significado jurídico, frente a ello, explica, en cuanto a la fórmula de la solución justa que ésta debe diferenciarse del principio de la única respuesta, obteniendo de esta diferencia, entre otras, que el principio de la solución justa es tan sólo la interpretación que se hace de un concepto *“de tal manera que pueda afirmarse o negarse su aplicación en un caso singular”*; parte el autor de la premisa que todo concepto jurídico significa algo y no cualquier cosa, así planteada la cuestión de si un concepto jurídico hace referencia o no aun objeto *“no hay más que una respuesta, llámese válida, verdadera o justa”*.

¹⁵⁷ Este punto será tratado en el capítulo segundo.

¹⁵⁸ *Ibíd.* Pág. 318

¹⁵⁹ SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Ed. Civitas. Madrid- España, 1976. Pág,164

Se pregunta el jurista español: ¿qué clase de razonamiento opera en la determinación del significado de los conceptos jurídicos? Para dar respuesta, parte de la distinción entre la demostración y la argumentación, la primera es un razonamiento formal y por tanto sometido a la valoración de verdadero o falso; la segunda, no pretende la verdad, no es correcta o incorrecta, *“más o menos válida, más o menos fuerte, según el poder de convicción o de persuasión que tenga para determinadas personas y en cierto momento”*, para el autor, *“la argumentación, pues, no busca tanto la verdad como producir cierto efecto sobre la opinión de aquellos a los que se dirige, motivando o justificando una decisión”*. Una vez hecha tal distinción, SAINZ MORENO, acoge el razonamiento argumentativo, exponiendo:

“la búsqueda de la aceptación por un auditorio (imaginado o real, universal o limitado) del significado que se propone para un concepto jurídico no se debe sólo a la simple finalidad práctica de hacer triunfar una tesis y lograr así un resultado concreto (vencer a un adversario, justificar una decisión, lograr cierta actividad), sino también a una razón más profunda, a que la verdad de una tesis de tal naturaleza necesita de la aceptación de los demás, porque lo que los demás saben sobre el significado de las palabras es lo que hace que los sonidos articulados en que las palabras se manifiestan tengan sentido. Por eso, como la vigencia del Derecho exige continuamente la interpretación y discusión del significado de las palabras, la argumentación jurídica ha buscado siempre, por la naturaleza de su objeto, la confrontación de sus tesis en un auditorio. Naturalmente, no es ésta la única razón ni tampoco puede sostenerse que la verdad (solución justa o correcta) dependa sólo de lo que cualquier auditorio acepte o rechace, pero sí puede afirmarse, en cambio, que la necesidad de confrontar las tesis jurídicas con las opiniones de los demás, que es una constante a lo largo de la historia del pensamiento, no responde sólo a fines prácticos, sino también a la naturaleza del problema que plantean las premisas del

*razonamiento jurídico. Por ello, a la pregunta sobre el tipo de razonamiento que se sigue (demostrativo o argumentativo) para fijar el significado de un término, hay que responder que es argumentativo en la medida que busca el asentimiento del auditorio, pero que no lo es como simple técnica o arte de convencer o persuadir, sino como medio de mostrar que la tesis que se mantiene es verdadera, por lo que en ese aspecto puede decirse que es demostrativo. La búsqueda de la verdad en las proposiciones del tipo, eso se llama así, y no la búsqueda de su mera aceptación estratégica, constituye el objeto del razonamiento sobre el significado de los conceptos jurídicos”.*¹⁶⁰

SAINZ MORENO partiendo de la clasificación hecha de conceptos de experiencia y valor, donde los primeros describen algo que se conoce, a objetos sensibles, y los segundos, algo que se valora, que se refiere a sentimientos o deseos, asimilándose los conceptos de experiencia a conceptos determinados, mientras los de valor tratarían de ser conceptos indeterminados y, reconociendo que, si bien se presenta tal diferencia, ésta no es absoluta, permitiéndose así la presencia de conceptos intermedios, es decir, conceptos de experiencia con un halo estimativo más o menos intenso. A los que llama conceptos valorativos; estos conceptos valorativos no solo designan exclusivamente algo sino que además lo valoran. Para el autor, el Interés Público no es solo un concepto de valor o solo un concepto de experiencia, *“la aplicación del concepto exige comprobar la existencia de ciertos datos y, además, valorarlos en función de la idea que el concepto expresa”*¹⁶¹

Para el autor-

“la inexistencia de diferencias fundamentales entre una y otra clase de conceptos y la existencia, por el contrario, de gran número de supuestos en los que la aplicación del concepto exige, tanto comprobar la existencia de unos datos como valorarlos, elimina este

¹⁶⁰ *Ibíd.* Pág. 187

¹⁶¹ *Ibíd.*em.

*criterio como clasificador de los conceptos en determinados e indeterminados e impide, sobre todo, someterlos a un trato jurídico distinto”.*¹⁶²

Es claro, entonces, que los tipos de clasificación, en especial los conceptos de experiencia y de valor, no permiten obtener una diferencia estable entre los conceptos determinados e indeterminados, precisamente, el interés público al concebirse como concepto jurídico valorativo, implica, por un lado, la necesaria comprobación de la existencia de datos, y por el otro, la valoración de estos; valoración que no es un asunto de demostración sino de argumentación. En ese orden de ideas, la problemática del interés público en la dimensión de concepto jurídico, estaría dada por la *amplitud de subjetividad* de los operadores institucionales en la aplicación del interés público como fundamento de la justificación de una actuación concreta.

Nos dice SAINZ MORENO respecto del Interés Público que éste es un elemento esencial en el ordenamiento jurídico, que determinar en qué consiste y a quién le corresponde apreciar en cada caso no es solo una cuestión política o filosófica, sino un problema jurídico de la mayor importancia. Considera que para que la noción de interés público sea operativa es necesario delimitarla jurídicamente, interviniendo en esta tarea el legislador y la administración, el primero definiendo la idea de interés público, el segundo desarrollándola dentro del marco jurídico a través de reglamentos, actos. A su vez entiende que al ser el fundamento de las decisiones de la administración el interés público es una decisión jurídica, por lo que se rechaza la arbitrariedad; el problema que se presenta es reconocer el alcance y el responsable de definir el interés público:

“surge así la cuestión crucial para el Derecho de configurar la actividad decisoria de lo que el interés público conviene. ¿A quién corresponde definirlo? ¿Qué ocurre cuando el legislador se limita a invocar el interés público como presupuesto para la legalidad de la actividad de la administración? ¿Significa esto que delega pura y

¹⁶² Ibíd. Pág. 205

*simplemente a la administración – salus publica per delegationem- la apreciación libre de lo que el interés público conviene? O bien, ¿significa que encomienda a la Administración la búsqueda de la solución óptima para el interés público? En el primer caso, la Administración tendría la facultad discrecional de elegir entre las soluciones posibles, todas ellas igualmente válidas desde el punto de vista jurídico, aquella que estimase preferible. En cambio, en el segundo, y desde el punto de vista jurídico, sólo habría una solución adecuada a las exigencias del interés público, que, sin embargo, por la dificultad práctica de conocerla y demostrarla, obligaría a conceder a la Administración un margen de confianza en su apreciación”.*¹⁶³

Es evidente la necesaria reducción de la amplitud de subjetividad, que no es más que la búsqueda de obtener la configuración previa de la actividad decisoria, no solo del legislador y la administración, sino del juez, en cuanto a este último, es una necesidad contemporánea.

Lo reconoce el autor al señalar que el concepto de interés público se utiliza como presupuesto de prohibiciones , limitaciones o coacciones; se utiliza como presupuesto de autorizaciones o licencias; para justificar reformas, modificaciones o suspensiones de actos, contratos o derechos patrimoniales; el interés público justifica el sometimiento de entidades a un régimen jurídico especial; justifica modificaciones en los procedimientos de actuación; o se halla de forma implícita en la atribución de facultades a la Administración. Es claro que el interés público justifica un sinnúmero de acciones y de limitaciones no solo a la administración sino de los particulares, hasta el punto de llegar en un momento a prevalecer sobre los intereses propios de los individuos, es indispensable divagar sobre su contenido; cobra aquí sentido la preocupación de SAINZ MORENO respecto cuál es la definición y a quién le corresponde

¹⁶³ *Ibíd.* Pág. 316 Para Sainz Moreno bien, corresponde al legislador o a la administración, pero se deja en tal estructura de lado, desconociendo su poder, al constituyente primario. Podría aceptarse que sea el constituyente primario quien determine los elementos estructurales del interés general-interés público

señalarla, se pregunta el autor si el interés público trata de ser un concepto en blanco, un concepto vacío que admite cualquier interpretación, o se trata de un concepto de contenido fijo, predeterminado, admitiéndose tres posibles respuestas:

*“1. El concepto de interés público carece de contenido propio, por lo que su concreción en cada caso no es producto de un juicio, sino de un acto de voluntad. 2. La noción de interés público tiene un significado propio con validez general, por lo que en cualquier texto legal que se utilice puede ser entendida con un mismo sentido. 3. La noción de interés público es un concepto variable, esto es, un concepto que, aun determinable por medio del razonamiento jurídico, varía de contenido según el contexto en el que se encuentra”.*¹⁶⁴

Advierte el autor que de las tres concepciones se puede deducir la contraposición entre una concepción decisionista y una concepción racionalista, en la primera, cualquier decisión es factible, en la segunda, sólo será la que corresponde a la idea del concepto que expresa; aunque la problemática de concebir la solución justa aproxima a las dos concepciones, permitiendo un margen de decisión a quien decide, siempre y cuando no raye en la irracionalidad¹⁶⁵; al ser un concepto jurídico además de un criterio de interpretación y un elemento nuclear de las decisiones administrativas, el interés público necesita de concreción, lo primero que advierte el autor es que el interés público no es un concepto vacío de contenido, posee una idea nuclear que le da sentido y unidad; se expresa un valor a través de él, es un concepto valorativo¹⁶⁶, que si bien es indeterminado *facilita la formación de juicios de verdad, ajustados a una idea nuclear.*

¹⁶⁴ Ibíd. Pág.321-322

¹⁶⁵ La racionalidad de las decisiones jurídicas están determinadas por la no contradicción a los principios jurídicos y principios de la pura razón.

¹⁶⁶ Recordar que para Sainz Moreno la relación entre conceptos puros de experiencia y conceptos puros de valor, conlleva a un punto de encuentro que son los conceptos valorativos dentro de los cuales se cuenta el interés público. El interés público como concepto valorativo se asimilaría con conceptos como sano, resistente, lo importante de los conceptos valorativos es

El concepto de interés público implantándose en una disposición normativa y con el objetivo de recaer en una situación concreta,- dice el autor-, sufre una mutación en su significado, además del hecho de percibir *aumento del grado de determinación por influencia de esa norma y de su contexto*, dándose, por ejemplo, intereses públicos generales¹⁶⁷ o intereses públicos especiales¹⁶⁸ que deben ser resueltos conforme al bien común. Este aumento invita a un problema de interpretación jurídica y no de libre decisión, lo que quiere decir que no es suficiente el uso de la intuición o experiencia personal de quien aplica la norma, la interpretación jurídica exige lograr la conjunción objetiva entre la decisión que se toma y el respaldo que se tiene del ordenamiento jurídico.

El concepto jurídico de interés público se concibe tanto de forma expresa como implícita, de manera que a mayor indeterminación, se exigirá de la administración la concreción conforme a la interpretación jurídica; el papel del juez de lo contencioso administrativo recae en revisar si *“la argumentación jurídica en que la administración se funda para aplicar la noción de interés público es o no la correcta”*

“la aplicación de la noción del interés público, concebida como aplicación de un concepto jurídico, transforma la problemática de la decisión que aquí se toma en un problema de interpretación jurídica

(...) No existe concepto alguno que no exprese algo en sí mismo, y que al insertarse en un texto y en un contexto no aumente su determinación por el sentido que le da su contorno. La interpretación tiene entonces la función de hallar el significado de ese concepto en cada caso. A la administración corresponde aportar a esa interpretación sus conocimientos expertos y técnicos (mediante

que relacionan un componente real con una ideal o valorativo, respecto del interés público lo real – dice Sainz Moreno- estaría dado por la pluralidad indeterminada de los detentadores del interés. Ob. Prev. Cit. pág.324

¹⁶⁷ Dice el autor que estos son: los que afectan a toda la comunidad, como la existencia de un orden social o la garantía de la dignidad y el honor personal.

¹⁶⁸ Son aquellos que afectan directamente a ciertos sectores de la actividad comunitaria, como los transportes, la prensa, la educación, etc.)

dictámenes preceptivos o facultativos, generalmente previstos por la ley) y en base a ellos tomar la decisión que corresponda al interés público de que se trate

*(...) De hecho, la dificultad de hallar la solución justa obliga a conceder a la Administración un margen de apreciación (margen de confianza, amplitud de criterio. Dice nuestra jurisprudencia) dentro de cuyos límites debe admitirse como válida la decisión administrativa. Esos límites son, naturalmente, límites de la razón”.*¹⁶⁹

En el mismo sentido, GARCÍA-TREVIJANO FOS señala que toda actuación de la administración se limita por el cumplimiento del fin, siempre siendo éste el interés público, que resulta una entelequia, porque se precisa saber un momento determinado lo qué es y quién tiene que definirlo, “*el quién tiene que decir lo que es el interés público depende del régimen político; pueden ser los órganos legislativos, los ejecutivos e incluso los órganos judiciales. Más difícil es determinar qué es el interés público*”.¹⁷⁰

Explica el autor que existen intereses individuales, de grupo y generales o colectivo, los primeros son intereses propios de cada persona que se desligan de los demás individuos, pudiendo ser conforme a los semejantes, diferente o incompatible; los interés de grupo son “*aquellos en los que la utilidad que se va a conseguir o es exclusivamente de un individuo, sino de un grupo de individuos, pero en definitiva se pueden reducir a una suma aritmética, es decir, los componentes de dicho grupo*”; los intereses generales o colectivos, son aquellos donde la utilidad no va a favor de un individuo o grupo de individuos

¹⁶⁹ *Ibíd.* Pág. 328

¹⁷⁰ GARCÍA-TREVIJANO FOS, Eduardo. Tratado de derecho administrativo. Tomo I. 2da edición, ampliada y revisada. Ed. Revista de derecho privado. España-Madrid. Pág. 404. Consideramos que en la contemporaneidad, debe ponerse en duda el papel exclusivo de los jueces en la formulación del interés público, debe partirse que conceptos como el interés público, deben ser limitantes para todos los poderes, y no potestades a favor de un órgano por encima de otro. La manera de resolver esa situación es concretar de forma general el concepto jurídico de interés público. La concreción, o por lo menos el establecimiento de criterios para conducirla, se debe dar en la Constitución, pues si es la organización la que debe satisfacer los intereses, es mejor que cuente claramente con su identificación. Éste es el reto de la contemporaneidad

determinados. *“sino, en abstracto, de una colectividad. Son los intereses del Estado y las colectividades públicas”*.¹⁷¹

GARCÍA-TREVIJANO FOS se pregunta cómo pueden desarrollarse los intereses de grupo o generales a través de la organización, describiendo tres maneras: la primera, donde la organización determina los intereses que se van a satisfacer, determinando sus condiciones y todos los aspectos que conduzcan a su realización, la segunda, recae en el acto de elección de la organización donde debe elegir entre varios intereses incompatibles, la tercera, es la producción de normas necesarias para la satisfacción de los intereses previamente determinados y elegidos.¹⁷²

Aclara el autor, que la función de la organización frente a los intereses de grupo es distinta a la llevada frente a los intereses generales o colectivos. Respecto de los primeros, la organización sea por el principio de unanimidad o el de mayoría, puede lograr encontrar el interés del grupo, en cambio, -dice- la tarea no es fácil de la organización para encontrar los intereses generales, dada la imposibilidad de *“impulsar la opinión de todos y cada uno de los individuos”*, más aun en ordenamientos de vastas dimensiones, de manera que la *“organización toma por sí misma esa misión de determinar o predeterminar los intereses generales que hay que satisfacer”*¹⁷³.

Claro es que, hoy por hoy, teniendo en cuenta el avance político y jurídico presentado del paso de la edad media a la edad moderna y de ésta a la contemporánea, si bien, puede reconocerse libertad de la organización para determinar o predeterminar intereses generales, lo cierto es que no puede ser cualquier interés, precisamente allí está el avance que impone la contemporaneidad, existen unos ingredientes formales y materiales que dan sustancia al interés público, constituyéndose en un principio “objetivo” de la actuación de la administración.

¹⁷¹ *Ibíd.* Pág. 145-146

¹⁷² *Ibíd.* Pág. 147

¹⁷³ *Ibíd.* Pág. 148

¿Es justificable mantener la concepción del interés público como concepto jurídico indeterminado?, varios autores, así lo aceptan, veamos:

En la segunda edición, revisada y ampliada, de su obra *Tratado de Derecho Administrativo*, el maestro GARCÍA-TREVIJANO FOS, sostendrá que en materia del derecho privado civil, el establecimiento de requisitos de capacidad y otros de forma, se logra garantiza todo el mecanismo del Derecho civil, lo cual no sucede, con la administración Pública, particularmente, al buscar el interés público, no basta con la regulación de la forma, la capacidad y la competencia de los órganos, “*sino que además se tenga en cuenta, al menos de manera imprecisa, el modo, el fin y el motivo concreto de actuación*”¹⁷⁴ así, refiriéndose a la determinación del interés público, reconoce que en todo caso, aun sea de forma genérica, la actuación debe dirigirse hacia un fin de interés público, “*es preciso que al menos la ley establezca unos módulos para valorar la existencia del interés público en un caso determinado*”, de modo que, la determinación del interés público, se daría de dos maneras: una precisa y otra imprecisa.

La primera, concibe que la norma jurídica impone una actuación a la Administración sin que pueda ésta realizar valoración alguna¹⁷⁵, la segunda, deja en manos de la administración en cada caso, el poder de determinación, “*aquí nos encontramos con una manifestación imprecisa del interés público*”, se trata que la Administración no solo pueda comprobar sino valorar determinadas situaciones de hecho.¹⁷⁶ La determinación imprecisa, sostiene el autor, termina desembocando el actuar de la administración en la discrecionalidad, pero allí, donde se presente un concepto jurídico indeterminado, un “*concepto elástico*”, la discrecionalidad se “*purifica*” a gracia del acto de interpretación.¹⁷⁷

¹⁷⁴ GARCÍA-TREVIJANO FOS, Eduardo. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo I. 2da edición, ampliada y revisada. Ed. Revista de derecho privado. España-Madrid. Pág. 404

¹⁷⁵ *Ibíd.* Pág. 405

¹⁷⁶ *Ibíd.* Pág. 406. Similitud con la fórmula de concepto jurídico valorativo usada por Sainz Moreno.

¹⁷⁷ El autor reconoce que la discrecionalidad en el derecho administrativo supone el acto de ponderación comparativa de intereses, donde en la presencia de dos o tres más puntos de

Queda claro que al reconocer que el interés público no es siempre, por no decir jamás, determinado de manera precisa, sino más bien imprecisa, se admite el actuar discrecional de la administración, potestad que en su momento se entendió zona de inmunidad jurisdiccional, por tal motivo, la fórmula de los conceptos jurídicos indeterminados como técnicas “divergente” de control de la discrecionalidad, concluye con la afirmación, que aun siendo imprecisa la determinación del interés público, la interpretación y no valoración que debe hacerse sobre el concepto indeterminado conduce a la garantía que los jueces no solo puedan controlar la decisión tomada de la administración sino en ocasiones sustituirla.

El profesor Hugo Alberto Marín Hernández en su obra discrecionalidad administrativa expone:

*“algunos de los más importantes valedores de esta concepción de interés público, que podrían sintetizarse en la siguiente idea: “interés público” o “interés general” son conceptos jurídicos indeterminados y ello supone la existencia de una solución justa o admitida por el ordenamiento para cada caso: no cualquier solución que se ajuste al interés general, sino aquella de mejor manera se ajuste a dicho interés general. Ello sin perjuicio de que en la aplicación de estos dos conceptos jurídicos indeterminados, como en la de cualquiera otros, se reconozca un margen de apreciación al órgano administrativo cuando exista dificultades para demostrar cuál es esa única solución en un supuesto concreto, lo cual matiza significativamente los alcances del planteamiento que aquí nos ocupa”*¹⁷⁸

valoración, la administración posee la potestad de tomar uno, se trata entonces, en la discrecionalidad, no de la fijación de fines que provendrían de la política, sino de la libre elección de determinados caminos que conducirían a estos fines. Recalcando- *“no puede haber discrecionalidad más que cuando se puede valorar, no cuando hay simple comprobación (...) estos conceptos de valoración y de comprobación son fundamentales, cuando haya duda sobre si lo que se está haciendo es interpretando lo empírico o valorando, habrá que aceptar lo primero”* Ibíd. Pág. 410-411

¹⁷⁸. Véase: MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa. Ed. Universidad Externado. Bogotá-Colombia. 2007- Págs. 251-267. En la jurisprudencia del

Asumiendo conforme a ello el autor la tesis de negatividad de la decisión judicial, que consiste en que en casos donde la administración se equivoque en la concreción del interés público en un caso en concreto, sólo el juez podrá declarar la nulidad, más no sustituir la decisión por otra.

La fuerza de la tesis que acepta el interés público como concepto jurídico indeterminado, descansa en lo dicho anteriormente. Esto quiere decir, que la justificación del interés público como concepto jurídico indeterminado no se soporta en una supuesta imposibilidad de saber qué es o a quién le corresponde satisfacerlo, sino en la aceptación que los conceptos jurídicos indeterminados no se asimilan a la discrecionalidad, sino por el contrario, la reducen, la controlan, la reemplazan. Así mientras los conceptos jurídicos indeterminados se fundan en la interpretación, la discrecionalidad se funda en la valoración. Interpretación y valoración, su diferencia es trascendental para la doctrina que acepta el interés público como concepto jurídico indeterminado.

Siguiendo la tesis de separación entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa, autores como GARCIA DE ENTERRIA reconocerán que el interés público es un claro concepto jurídico indeterminado; que al permitirse al juez controlar la decisión de la administración que previamente a soportado en la apreciación de este tipo de conceptos, el juez no está en ningún momento asumiendo una función política, tan sólo está interpretando y aplicando la ley, *“si no lo hiciese y pretendiese dar la cuestión por saldada con la interpretación en que la administración ha basado su acción, como interpretación definitiva y apodíctica, estaría faltando a su ministerio, a su función constitucional de control de legalidad de la actuación*

Tribunal Constitucional Español se expresó, en cuanto al interés público y la actuación de expropiación: *“En el mismo fundamento jurídico 7.º de la STC 111/1983 se señala que el control de constitucionalidad de la expropiación no puede extenderse a la valoración de la bondad de cualquiera otra medida distinta y de su carácter de menos restrictiva de la propiedad o más conveniente para el interés público, porque si así se hiciese se estaría sustituyendo el juicio de oportunidad realizado por el Gobierno en dicho Real Decreto-ley, confirmado posteriormente por el Legislador en su Ley de Conversión, asumiendo con ello una responsabilidad que no le compete a este Tribunal” Sentencia: 166/1986, de 19 de diciembre (BOE núm. 3, de 03 de enero de 1987)*

administrativa.”. Conforme al papel de los jueces frente al control de las actuaciones de la administración, particularmente, cuando se trata de conceptos jurídicos indeterminados, se señalará que este tipo de conceptos encierran la fórmula de la única solución justa, a suerte de ser un *juicio disyuntivo o tertium non datur.*¹⁷⁹

HARTMUT MAURER reconoce respecto de la única solución justa que, precisamente frente a la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, en casos en concreto, se exige en muchas ocasiones juicios de valor que conlleva a que la única solución en sí misma ajustada a Derecho no siempre se deje ver de manera unívoca.¹⁸⁰

Pasando por alto la debilidad de la fórmula de la única solución justa, o reconociendo su existencia y fortaleza, podríamos señalar que la tesis mayoritaria respecto del interés público ha sido tratarlo como concepto jurídico indeterminado, en el esquema de diferenciación valor- interpretación; discrecionalidad- conceptos indeterminados.

LUCIANO PAREJO ALFONSO entiende al interés público como concepto abstracto y formal, ya que su función consiste en “*representar- en formula*

¹⁷⁹ GARCÍA de ENTERRIA, Democracia, jueces y control de la administración. Ob. Prev. Cit. Pág.136-137. También en: La Lucha Contra Las Inmunidades Del Poder. Ob. Prev. Cit. Pág. 50-51. En cuanto a la potestad del juez de controlar las decisiones de la administración, acudiendo al argumento de la única solución justa, el profesor Colombiano, German Lozano Villegas, manifiesta su total apartamiento, tanto que, al no haber discusión respecto de que sea el interés público un concepto jurídico indeterminado, no es admisible la única solución justa “*las múltiples y variadas decisiones susceptibles de ser adoptadas bajo su sustancia no pueden, en mi opinión, consistir en decisiones de única solución justa; ello escapa a toda lógica, no sólo jurídica sino racional, ya que hablar de única solución en el sistema jurídico es de por sí difícil habida cuenta de la complejidad de la estructura y las relaciones entre normas, y ni que decir de la comprensión que ofrece el término en sí de la justicia lo cual nos lleva a examinar otro tipo de elementos de corte extrajurídico que hacen prácticamente nugatorio el planteamiento conceptual*” Véase: LOZANO VILLEGAS, Germán. Control político en el ordenamiento constitucional Colombiano: ¿un concepto diluido en el control jurídico o una idea que debe consolidarse? Ed. Universidad Externado. Colombia. 2010. Pág. 66. Frente a la fórmula de única solución justa, García de Enterría sostendrá que se trata de una apreciación por juicios disyuntivos. Democracia, jueces. Ob. Prev. Cit. Pág. 243. Véase la crítica en: LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro. Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa. Ob. Prev. Cit. Pág.144-174.

¹⁸⁰ MAURER, Hartmut. Derecho Administrativo. Parte General. Ed. Marcial Pons. 2011. España. Pág. 175. Esta problemática será tratada en el segundo capítulo de esta obra, basta por el momento la afirmación descrita del profesor alemán MAURER.

*condensada-cualquier bien jurídico protegido por la comunidad jurídica”, por lo que se trata de un concepto sin contenido material propio preciso “pero cuyo grado de imprecisión es variable en función del estadio de aquel proceso de integración del ordenamiento”.*¹⁸¹

Algún sector de la doctrina ha reconocido que si bien la única solución justa de los conceptos jurídicos indeterminados es poco probable de encontrar y, a sabiendas que la administración en cuanto al margen de apreciación de este tipo de conceptos no actúa de forma cognitiva sino volitiva, esta diferencia tan sólo es nominal, pues, ya se ha reconocido que el actuar de la administración está sometida al acatamiento de ciertos principios contenidos en la constitución, de modo que una concreción de interés público no puede controvertir contenidos materiales reconocidos en la norma superior.¹⁸²

No solo la concreción del interés público estaría dado por los principios constitucionales, sino también por la propia realidad, esto permite la objetividad (entendiendo por tal el deber de autolimitación, preventiva y analítica por parte de las administraciones)¹⁸³ en el proceso de concreción, esta objetividad estaría fundada sobre dos dimensiones, la primera, los fundamentos normativos y materiales del propio ordenamiento jurídico y la realidad social¹⁸⁴,

¹⁸¹ LUCIANO PAREJO, Alfonso. Ob. Prev. Cit. Pág. 605-606

¹⁸² URIOL EGIDO, Carmen. *La discrecionalidad en el derecho tributario: Hacia la elaboración de una teoría del interés general*. En: Revista: Instituto de Estudios Fiscales. 29/02 Pág. 42. En cuanto al rompimiento de la única respuesta correcta por motivos del halo de incertidumbre, y el uso de la técnica de control por apreciaciones técnicas, véase: DE VICENTE GONZALEZ, José Luis. *Normas de aplicación directa y protección del paisaje en la ley Cantabria 2/2001 de 25 de junio. ¿límites a las direccionalidades de la administración o conceptos jurídicos indeterminados?*, En: REAL-2003, Pág. 283 Sobre la inconsistencia que suscita la concreción de conceptos jurídicos indeterminados, véase, en: LA SPINA, Encarnación. *Más allá del (Ir) refutable nexa poligamia-desintegración Social en la jurisprudencia contencioso-administrativa del tribunal suprema*. En: Anales de la Cátedra Francisco Suarez. Volumen 48 de 2014, pág.228-230.

¹⁸³ Respecto a la objetividad, véase: MONTEDURO, Massimo. *El carácter multidimensional de la imparcialidad administrativa y el principio de objetividad: reflexiones sobre la experiencia italiana*. En: DA. Revista Documentación Administrativa. Nro.289, enero-abril 2011. Pág. Respecto del fundamento de la realidad y ese nuevo positivismo técnico, Véase: PONCE SOLÉ, Juli. *Ciencias Sociales, Derecho administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un dialogo fructífero*. En: Revista gestión y análisis de políticas públicas, Nueva época, Nro. 11, enero-junio 2014. Pág. 3

¹⁸⁴ Véase: BERZOSA LÓPEZ, Daniel. *El principio de servicio objetivo a los intereses generales en la Constitución y su traducción legislativa*. En: DA. Revista Documentación Administrativa. Nro. 289, enero-abril, 2011. Pág. 49-50. Sobre la perfilación de la definición de los conceptos

la segunda, la naturaleza propia de la administración pública, que no sirve a otro interés sino sólo al interés público.

Se decanta con estas posiciones doctrinales que se reconoce el interés público como concepto jurídico indeterminado, más allá, del esquema valoración-interpretación, acudiendo al reconocimiento de fuentes materiales que delimitan la decisión de la administración respecto del interés público y a su vez que faculta al juez en su ejercicio de control jurisdiccional. Es claro que bajo este esquema, no cobraría sentido una discusión sobre la fórmula de concepto jurídico indeterminado, si prima facie, se reconoce que la administración, bien por su propia naturaleza o bien por los contenidos materiales del ordenamiento jurídico estipulan ciertos horizontes¹⁸⁵ para la concreción del interés público.

Bien sea por la diferenciación entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados, o por la concreción objetiva delimitada que debe cumplir la administración, la fórmula del interés público como concepto indeterminado se reconoce en las administraciones públicas como institución garantista y no arbitraria, aunque la realidad del “mundo” decante que tal fórmula no es segura para evitar gobiernos arbitrarios, decisiones administrativas y judiciales abusivas, desconocimiento de derechos, etc. La realidad en este caso, en particular, debe poner en jaque a la teoría y obligar que en su sede se reflexione sobre su re-planteamiento.

El rechazo a la doctrina del interés público como concepto jurídico indeterminado, es el horizonte de este escrito, su finalidad, su sentido de ser. La contemporaneidad y su problemática compleja, debe ser la piedra angular para revisar las posiciones asumidas como seguras, sometiéndolas a un nuevo

jurídicos indeterminados, como el caso del concepto: “interés superior del niño”, véase: RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. *El interés superior del niño: concepto y delimitación del término*. En: Revista Educatio Siglo XXI, Vol. 30 Nro.2-2012. Pág. 92-96

¹⁸⁵ No hay que olvidar como lo afirma el profesor Mélich que toda moral implica una lógica de la crueldad, que conduce a aceptar que la moral no es un sistema dado para los que habitan en ella, sino constituye una herramienta cruel para los que no habitan en ella. Esta estructura puede trasladarse a los contenidos constitucionales, pues, en ellos pueden encerrarse lógicas de la crueldad, pues, en el proceso de interpretación puede incluirse formulas crueles. Téngase como ejemplo el reconocimiento o no de los derechos de los homosexuales, transgeneros, o derechos a actos de abortar, eutanasia. Etc. Véase: MÉLICH, Joan-Carles. *Lógica de la Crueldad*. Ed. Herder. España. 2014. Pág. 156 y ss.

examen, que llamo contemporáneo, para decantar su solidez. Esta nueva revisión, nos debe llevar a la conclusión, que la realidad es criterio determinante de evaluación del mundo, que es la realidad la que ejerce su fuerza sobre las múltiples concepciones de la vida, o en particular, del quehacer de las administraciones y los jueces. Si bien el interés público como concepto absolutamente¹⁸⁶ indeterminado ha servido bajo las premisas de separación con la discrecionalidad y de la distinción entre interpretación y valoración para justificar el control jurisdiccional por los jueces, nada nos dice en esa concepción que las decisiones de los jueces o de la propia administración, sea la más acorde con el Derecho, la más segura, la menos lesiva de los derechos de los administrados. En otras palabras, nada apunta a declarar objetividad de las decisiones, por el contrario, la arbitrariedad campea plenamente en esa fórmula, pues, al sólo decantar que la administración es controlable, no es pieza de garantía, ¿quién controla a los jueces en sus decisiones respecto del interés público?

Se suma a lo dicho la posición doctrinal que empodera, como lo vimos, al legislador y a la administración para definir por medio de ley, reglamento o acto, lo que puede entenderse por interés público, limitándose exclusivamente en la no racionalidad jurídica y la ilogicidad manifiesta; esta concepción deja de lado el valor y poder del constituyente primario¹⁸⁷, y la importancia en la contemporaneidad de la constitución política como norma jurídica, en donde debe trabajarse la determinación en sentido general del interés público.

Una mirada a algunos ordenamientos jurídicos iberoamericanos, nos revelará la construcción normativa en sede legislativa más allá de la sede constitucional, así mismo, la particularidad del concepto de interés público de afianzarse en principios principales, quedando en un segundo plano.

¹⁸⁶ Sobre las diferencias entre orden público como concepto relativamente indeterminado, y el interés público como concepto absolutamente indeterminado, véase: MONTALVO ABIOL, Juan Carlos. *Concepto de Orden Público en las democracias contemporáneas*. En: Revista RJUAM, Nro. 2, 2010-II. Pág. 199-200.

¹⁸⁷ El profesor Sanín Restrepo es acertado con su afirmación de la condición superior asumida por los jueces y la relegación a un segundo plano del poder constituyente. Esto nos permite inferir que en la contemporaneidad debe darse una etapa re-fundacional del poder constituyente primario. Véase: SANÍN RESTREPO, Ricardo. *Teoría crítica constitucional. La democracia a la enésima potencia*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia-España. 2014. Pág. 136

SECCIÓN II. INTERÉS PÚBLICO SU CONCEPCIÓN NORMATIVA LEGISLATIVA Y JUDICIAL. Breve análisis.

El interés público como concepto jurídico indeterminado tal como se ha visto precedentemente se consolida como tesis segura e inmune a la arbitrariedad¹⁸⁸, a partir de ello, siendo concepto indeterminado se ha cerrado en servir de fundamento de la actuación administrativa como del control jurisdiccional posterior.

En el presente capítulo se hace un recorrido por algunos ordenamientos jurídicos iberoamericanos con el fin de estipular la adaptabilidad del concepto de interés público, observando su desarrollo normativo de tendencia legislativa (A) y judicial (B), esto último en particular en la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia.

A. El Interés Público en la dimensión de construcción legal.

Es un hecho notorio que las constituciones modernas expresan la fórmula de la prevalencia del interés público y conforme a ella se extracta la importancia que cobra el sentido interés público para el actuar del Estado-administrador. Junto a esta fórmula, los derechos fundamentales y su calidad de derecho objetivo y no sólo de derecho subjetivo del pasado se constituyen en limitantes materiales de la acción estatal y del mismo poder constituyente.

La contemporaneidad ha traído consigo el empoderamiento de los jueces respecto de las garantías de los ciudadanos, puede decirse, sin temor a la equivocación, que el papel de los jueces ha llegado a la órbita de constituirse en verdaderos legisladores positivos.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Afirmación que se discute en el capítulo segundo de esta obra

¹⁸⁹ Caso colombiano sentencia dosis personal, homosexuales, desplazados, regulación de potestades del sector central y descentralizado, respecto a esto último véase: SIERRA CADENA, Grenfieth de Jesús. El Juez Constitucional: Un actor regulador de las políticas públicas. El caso de descentralización en Colombia. Ed. Universidad del Rosario. Colombia. 2009. Señala el autor: "*La noción del interés general justificó y delimitó la acción administrativa concreta del Estado, pero su definición y aplicación resultaron paradójicas, ya que se sitúan*

Al administrado-ciudadano se le revela ante sus ojos la bidimensionalidad del quehacer estatal: el Estado ejerce autoridad con el reconocimiento de un entramado de garantías, que posibilitan la proscripción a la arbitrariedad, o por lo menos de forma aparente. Bajo esta lógica del Estado-administrador (autoridad-garantía) se concibe como suficientes las formulas del interés público, el servicio público, las potestades administrativas, las finalidades estatales, los derechos fundamentales, entre otros. Esta presunta suficiencia desemboca en el establecimiento, entre otras, del interés público como institución fundante y garantista¹⁹⁰, aunque éste no posea el más mínimo contenido a priori de forma expresa.

Siendo inexistente la definición “precisa”¹⁹¹ de interés público, los poderes públicos se han familiarizado con ese vacío -no sé si para bien o para mal- sobreviviendo hasta el día de hoy, sólo perturbándose tan despiadado statu quo de vez en cuando en los casos que el pueblo decide tomarse por propia mano la definición del interés público, legitimando su actuar “destrutivo” en él, desapoderando los poderes públicos.

En estas situaciones se revela el sentido legitimante del interés público, sentido¹⁹² que -cree uno- las administraciones consideran satisfecha en la indeterminación. Si el Estado es un cuarto de máquinas, un estado minotauro,¹⁹³ la indeterminación es el espíritu de esa máquina, se cree que la indeterminación es pieza trascendental en la movilidad de esa máquina y el derecho, que gracias a tal indeterminación el Estado puede estar acoplándose cotidianamente a la complejidad del mundo social pretendiendo no perder su papel protagónico en el control de la vida colectiva. Tal ha sido la suerte de

entre los principios de control de la acción privada y la garantía de las libertades públicas en la sociedad”. Pág. 41

¹⁹⁰ Fundante en cuanto sirve de motivo de la actuación administrativa (actos administrativos), como el reconocimiento de la responsabilidad del Estado, o en la celebración de contrato estatal, ejercicio de auto tutelas, o la declaratoria de caducidades o sanciones. Garantista, en tanto que posibilita a los jueces a desplegar control jurisdiccional, concibiéndose que se hace en “nombre” del interés público.

¹⁹¹ Respecto de la categoría de determinación estipulada por Trevijano Fos

¹⁹² La diferencia entre significado y sentido. Véase: MÉRLICH, Joan-Carles. *Lógica De La Crueldad*. Ob. Prev. Cit.

¹⁹³ DE JOUVENEL, Bertrand. Ob. Prev. Cit.

ésta premisa, que los ordenamientos iberoamericanos han permanecido con la indeterminación del interés público sin precaver su necesaria transformación.

El interés público tiene una débil construcción en texto constitucional, esta situación es compartida por la mayoría de ordenamientos jurídicos.

El artículo primero de la constitución de Colombia de 1991, estipula expresamente la fórmula de prevalencia del interés general como principio fundamental, lo cual resultó siendo un avance, en tanto que la constitución de 1886 en ninguna de sus partes disponía de ésta; por el contrario, en el artículo 143 de la extinguida constitución de 1886 se concebía la orientación de las actuaciones de los servidores públicos a servir a los intereses de la nación a contrario de la actual constitución de 1991 que dispone (art. 209) que la función administrativa está al servicio de los intereses generales, particularizando la orientación del actuar de terminados funcionarios a la finalidad del interés público-general, así en el (art. 277) se determina como función del procurador general de la Nación, entre otras, la defensa de los intereses de la sociedad; por acto legislativo 02 de 2015 se dispuso en el artículo 178-A la responsabilidad de los magistrados de las altas cortes, cuando benefician indebidamente intereses propios o ajenos, lo que se constituiría en una referencia implícita del cumplimiento de funciones al servicio del interés general o público.

Por otra parte, el interés general se decanta en el texto constitucional para fundamentar el actuar de la administración en casos de expropiación (art.58) procediendo exclusivamente por motivos de utilidad pública o interés social previamente definidos por el legislador.

Hasta ahí lo que podría considerarse un señalamiento expreso del interés general o público en la constitución política de Colombia, pudiéndose clasificar en tres tipos de disposiciones, las primeras, *de establecimiento* de la prevalencia del interés general, las segundas, *de fijación* del interés general como finalidad de los poderes públicos y de funcionarios particulares, la

tercera, *de limitación* a partir interés general de derechos, en particular de propiedad en casos como la expropiación.

A nivel legislativo se aumenta considerablemente la referencia al interés general o público, decantándose con ello, una clara tendencia legislativa en la fijación de actuación de la administración orientada al interés general o público.

La ley 1437 de 2011 por la cual se expide el código de procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo de Colombia, dispone que la regulación y el procedimiento administrativo tendrá como finalidad la primacía de los intereses generales; en el (art.4) se establece la posibilidad de dar inicio a la actuación administrativa por motivo de la interposición del derecho de petición en interés general¹⁹⁴ , el (art.8,8) estipula la obligación de las autoridades de informar al público por medio del sitio de atención y la página electrónica, facultándolas discrecionalmente, respecto del plazo para presentar observaciones contra proyectos específicos de regulación y sus sustentos, señalándose expresamente: *“en todo caso la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general”*.

En el (Art.11) se dispone sobre el conflicto de interés y cómo sustenta éste las causales de impedimento y recusación, acudiendo la norma a la fórmula *“cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, éste deberá declararse impedido”*.

Bajo las anteriores dimensiones se estipula en la normativa específica del procedimiento administrativo y de lo contencioso colombiano la fórmula interés general.¹⁹⁵ Que siguiendo la metodología de clasificación, podría clasificarse tales disposiciones, en primera lugar, en disposiciones *ratificadoras de la prevalencia* del interés general y la finalidad de servicio orientado al interés general, la segundas, *facultativas de potestades* de la administración en casos

¹⁹⁴ El derecho de petición es desarrollado por la ley estatutaria 1755 de 2015, artículo 13.

¹⁹⁵ Por decreto nacional nro. 4085 de 2011 se establecen los objetivos y la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado Colombiano, señalando en varias disposiciones normativas (art.2 parágrafo, art. 12, art. 17, art. 18, art.19) la finalidad de la agencia en defensa de los interés jurídicos de la Nación.

como el inicio y continuación de la actuación administrativa, y las terceras, disposiciones *de saneamiento previo* de la actuación administrativa, como el caso ejemplo del conflicto de intereses.

En cuanto al ordenamiento constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, la constitución política de 1999¹⁹⁶ reconoce en el (art.102) la educación como “*función indeclinable y de máximo interés en todos sus niveles y modalidades*” así como la ciencia (art.110), presentándose un señalamiento implícito del interés general-público.

En cuanto al (art.113) respecto de la prohibición de monopolios y, particularmente, frente a las concesiones otorgadas por el Estado para la explotación de recursos naturales o la prestación de servicios de naturaleza pública , se estipula la necesidad de establecer contraprestaciones o contrapartidas “*adecuadas al interés público*”; (art.115) estipula el sometimiento de la propiedad a contribuciones, restricciones y obligaciones según los fines establecidos por ley de utilidad pública o de interés general ; (art. 142) señala que los interés públicos en “*corporaciones o entidades de cualquier naturaleza estarán sujetos al control del Estado, con la condición que la ley establezca*”.

Ya en la sección cuarta de la Constitución, artículos (150-151) se consagra algunas reglas constitucionales respecto de los *contratos de interés público*, aunque estipulan reglas, no se define la condición de interés público de estos contratos que los harían cumplir un procedimiento constitucional especial.

(Art.156,2) estipula , entre otras, la competencia del poder público nacional “*en defensa y suprema vigilancia de los intereses de la República*” ; en el (art.156, 20) se determina la competencia del poder público nacional en las “*obras públicas de interés nacional*”; en cuanto al poder público municipal se dispone (art.170) la facultad constitucional de los municipios para la creación de modalidades asociativas intergubernamentales “*para fines de interés público relativos a materias de su competencia*”; (art.187, 9 , 16) establece como

¹⁹⁶ En la exposición de motivos de la constitución de Venezuela, se relaciona la función ejercida por la Administración Pública está sujeta al servicio público o interés general. Tomado en : <http://www.mp.gob.ve/LEYES/constitucion/constitucion1.html>

competencias de la Asamblea Nacional, autorizar la celebración de “*contratos de interés nacional*”, autorizar “*contratos de interés público municipal, estatal o nacional*” con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, previa consulta para la aprobación de estos contratos de interés público nacional emitida por la Procuraduría General de la República (art. 247), así como velar por los intereses de los Estados.

En el (art.251) se reconoce competencia al Consejo de Estado para recomendar “*políticas de interés nacional*” en asuntos a los que el presidente o presidenta de la República reconozca de “*especial trascendencia*” y requieran su opinión; (art.305) decanta la producción de alimentos como política de “*interés nacional y fundamental*” reconociéndose al turismo (art.310) asunto de interés general; (art.307) estipula que el régimen latifundista es contrario al interés social, estableciendo la regla constitucional que la ley dispondrá “*lo conducente*” en materia tributaria para gravar las “*tierras ociosas*”.

Resulta interesante que dentro de las disposiciones transitorias de la Constitución (cuarta, 8) se estipuló, en su momento, que la representación exclusiva del interés de la nación recaería en el presidente de la República e integrantes del Banco Central de Venezuela.¹⁹⁷

La clasificación de las disposiciones constitucionales venezolana, sería la siguiente: i) disposiciones *de establecimiento de la prevalencia* del interés general, ii) disposiciones *de fijación del interés general como finalidad de los poderes públicos y de servidores públicos* (en general o particular), fijación de competencias, iii) disposiciones *limitantes de derechos* a partir del interés general, iv) disposiciones *de referencia de calidades*, entendidas como aquellas que definen cierto bien, servicio, actividad, objeto, etc., posee la condición de interés general.

¹⁹⁷ Art. 141 dispone: La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

La jurisdicción contenciosa administrativa¹⁹⁸ en el Estado Venezolano, conforme lo dispone el artículo 259 de la constitución política, está en cabeza del Tribunal Supremo de justicia (sala político-administrativa art. 23 ley orgánica de la jurisdicción contencioso administrativa) y demás tribunales que dispone la ley orgánica (arts.24, 25, 26).

La ley orgánica de la jurisdicción contencioso administrativa (gaceta oficial nro.39.447, caracas, miércoles 16 de junio de 2010), en tanto al interés público¹⁹⁹ hace referencia en el artículos 8 (principios fundamentales) como elemento material para el objeto de control de la jurisdicción contencioso Administrativa situaciones que puedan afectar “*los derechos o intereses públicos*”; el artículo 104 dispone que el tribunal podrá acordar las medidas cautelares ponderando los “*interés públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego*”, en el inciso segundo, se consagra que el tribunal contará con los más *amplios poderes cautelares* para proteger a los intereses públicos.

En la ley de contrataciones públicas (gaceta oficial Nro. 38.895 del 25 de marzo de 2008), (art. 76 numeral 9) dispone la procedencia de la contratación directa, independientemente del monto de la contratación, siempre y cuando, por medio de acto motivado, se justifique *adecuadamente* que se trata de contrataciones de obra, bienes o servicios requeridos para el restablecimiento de *actividades de interés general que hayan sido objeto de interrupción o falla, independientemente de su recurrencia*; (art. 73 numeral 2 inciso segundo) estipula la procedencia de la contratación por la modalidad consulta de precios

¹⁹⁸ HERNANDEZ G., José Ignacio. Repensando al derecho administrativo Venezolano, 25 de septiembre de 2013. Consultado en: <https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Entendiendo>. , señala el autor que la jurisdicción contenciosa administrativa, en realidad es una jurisdicción judicial, peros siguiendo los cánones del derecho administrativo francés págs.6-7, no existiendo dualidad de jurisdicciones en Venezuela, pero admitiendo la dualidad de aplicación del derecho(pág.10). Véase: BREWER-CARIAS, Allan R. *El concepto de derecho Administrativo en Venezuela*. En: Revista de Administración Pública. Núms.100-102, Enero-Diciembre, 1983; BREWER-CARÍAS, Allan R. Introducción general al Derecho Administrativo Venezolano. Consultado en: www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/ABC.pdf, ARAUJO-JUARÉZ, José. Derecho administrativo Venezolano, aproximación a su construcción científica. Consultado en: w2.ucab.edu.ve/tl_files/POSTGRADO/boletines/derecho-admin/1

¹⁹⁹ Art. 35 estipula la inadmisión de la demanda por razones de atentar contra las buenas costumbres.

que por *razones de interés general deban ser contratados y ejecutados en un plazo perentorio* conforme a lo señalado por el plan excepcional aprobado por el Ejecutivo Nacional.

A nivel legislativo, las disposiciones que contienen el interés general, cumplirían con las características referidas anteriormente, esto es: i) disposiciones *que ratifican de la prevalencia* del interés general y la finalidad de servicio orientado al interés general, ii) disposiciones *facultativas de potestades* de la administración en casos como el inicio y continuación de la actuación administrativa, manifestándose otro tipo, iii) disposiciones *que facultan al juez de lo contencioso administrativo con base en el interés general*.

Una mirada a la constitución de 2009 de la República de Bolivia, refleja que: se dispone (art.56; Art.300,22) la limitación de la propiedad privada en casos que resulte ser perjudicial al interés colectivo; (art.103) consagra el desarrollo de la ciencia y la investigación científica, técnica y tecnológica en beneficio del interés general, destinando recursos en el sistema estatal de ciencia y tecnología; (art. 158,12) estipula como atribución de la Asamblea legislativa Plurinacional aprobar contratos de interés público referidos a recursos naturales y áreas estratégicas, firmados por el órgano ejecutivo; (art. 176) decanta como prohibición para ser ministro o ministra de Estado ser socio, accionista, directivo de entidades financieras o empresas que enfrente intereses opuestos con el Estado²⁰⁰; (Art.217 aparte 2do) determina que la Contraloría general del Estado ejercerá supervisión y control sobre la adquisición, manejo y disposición de bienes y *servicios estratégicos para el interés colectivo*; (art.225) estipula como obligación constitucional del ministerio público la defensa de la legalidad y *los intereses generales de la sociedad*; (art.255) determina que como principio de las relaciones internacionales la salvaguarda de los intereses del pueblo, pero en el (art.377) se consagra que los tratados internacionales sobre los recursos hídricos priorizará el interés del

²⁰⁰ La ley Nro. 2027 de 1999, conocida como estatuto del funcionario público, dispone art. 1 que los servicios son orientados exclusivamente a los intereses de la colectividad. Consultado en: <http://www.comunicacion.gob.bo/?q=20130725/ley-n%C2%BA-2027-estatuto-del-funcionario-p%C3%BAblico>

Estado; (art. 306, III aparte segundo) estipula que la economía social y comunitaria complementará el interés individual con el *vivir bien colectivo*²⁰¹; (art.346, art. 348) estipula que el patrimonio natural es de interés público y de carácter estratégico; (art. 349) decanta que la administración de estos recursos es en función del interés colectivo; en el (art. 392, II) se reconoce valor histórico cultural y económico del sector de la amazonia (siringa y del castaño) cuya tala será penalizada, salvo en los casos de *interés público regulados por la ley*.

El (Art. 395, III) prohíbe la obtención de renta fiduciaria generada por el uso especulativo de la tierra, por ser contraria al interés colectivo, así mismo se prohíbe el latifundio y la doble titulación por ser contrarias al interés colectivo y al desarrollo del país (art.398 opción A y B referendo dirimitorio); (art.400) prohíbe la división de la propiedad en superficies menores a la superficie máxima de la pequeña propiedad que fije la ley por ser contrario al interés colectivo.

Las disposiciones contenidas en la constitución política de Bolivia conserva las categorías hasta aquí expuestas: i) disposiciones *de establecimiento de la prevalencia* del interés general, ii) disposiciones *de fijación del interés general* como finalidad de los poderes públicos y de servidores públicos (en general o particular), fijación de competencias, iii) disposiciones *limitantes de derechos y facultades estatales* a partir del interés general, iv) disposiciones *de referencia de calidades*, entendidas como aquellas que definen cierto bien, servicio, actividad, objeto, etc., posee la condición de interés general, agregándose; v) disposiciones *que fijan prohibiciones con base en la lesión del interés general* (implica ocupar cargos, actividades económicas, etc.)

La justicia²⁰² administrativa Boliviana ²⁰³ desarrollada en la ley 2341 de 2002 conocida como ley de procedimiento administrativo, reglamentada por decreto

²⁰¹ Vivir Bien suma qamaña (preámbulo constitucional) consagra como valor constitucional el vivir bien, (art. 8) determina el vivir bien como principio constitucional en la categoría de ser principios éticos-morales (suma qamaña (vivir bien), pero también como principio de orientación jurídicas-político como veremos: (art. 80) la relación entre la educación y el vivir bien, (art.306) determina que el modelo económico boliviano orientado al vivir bien, (313) establece propósitos se la organización económica Boliviana para el logro del vivir bien.

²⁰² La ley 1455 de 1993 fija la organización judicial en la República de Bolivia.

real Nro. 27113 de 2003²⁰⁴, dispone (art.4) sobre el principio de control judicial que la administración pública está obligada a impulsar el procedimiento de todos los trámites en los que medie el interés público, de igual manera se exige que las autoridades administrativas actúen en defensa del interés general; (art.34) determina que los actos administrativos serán objeto de publicación cuando *lo aconsejen razones de interés público*; (art.53 inc.2) regula el hecho que los interesados renuncien a su derecho o desistan de la actuación administrativa que será aceptada por la administración salvo *afectación al interés público*; (art.59, II) estipula que los recursos procedentes contra las resoluciones o actos administrativos no suspenden la ejecución del acto impugnado, salvo por razones de interés público o para evitar un perjuicio al solicitante, procediendo esto de oficio o a solicitud del recurrente.

A nivel judicial, de igual forma como acontece con el nivel constitucional, se equipara el tipo de disposiciones legales que refieren el interés general hasta aquí tratados.

En cuanto a la constitución política de la República de Ecuador de 2008, se establece (art.14 inc.2; art.400, inc.2)²⁰⁵ que la preservación del ambiente, la

²⁰³ Véase: MARTÍNEZ BRAVO, Juan Alberto. Derecho Administrativo Boliviano. Ed. El país. 2010. Págs.135-158

²⁰⁴ Dispone: (art.51, II) que los actos administrativos individuales firmes en sede administrativa, podrán ser impugnados por la autoridad que lo emitió o por el superior jerárquico cuando sea contrario a un *interés público actual y concreto*. Bajo este precepto es claro que se eleva a exigencia la predeterminación o pre-configuración de un interés público, eso es lo que debería implicar la exigencia actual y concreta. (art.53) dispone que la autoridad administrativa podrá en caso que por medio del recurso de revocatoria o jerárquico se alega la anulabilidad, revocar la decisión administrativa cuando resulte más conveniente para la satisfacción del interés público comprometido, (art.54, II) autoriza a la autoridad administrativa, excepcionalmente y mediante resolución motivada, para variar los efectos de la declaratoria de nulidad o anulabilidad, cuando sea necesario para *mejorar la realización del interés público comprometido*, (art.55) facultad la nulidad de procedimientos cuando se lesione el interés público, (art.59) desarrolla la institución de extinción del acto administrativo por revocación, permitiendo que la autoridad administrativa de oficio, mediante declaración unilateral de voluntad, revoque un acto administrativo por razones de *oportunidad para la mejor satisfacción del interés público comprometido*, (Art.103) refiriéndose a la audiencia pública en el procedimiento, que el servidor público responsable *podrá* cancelar la audiencia cuando no existan interesados habilitados en calidad de participantes, o cuando estos no se presenten el día de instalación de la audiencia, salvo que *por razones de interés público considere de utilidad su realización con la sola participación de los administrados que intervienen en el procedimiento principal*,

²⁰⁵ En el preámbulo constitucional se consagra como valor político y constitucional el *sumak kawsay (COMO HEREDEROS de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo, Y con un profundo compromiso con el presente y el futuro,*

conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados son de interés públicos; en el (art.17,1) en cuanto al fomento de la pluralidad y la diversidad en la comunicación se reconoce el deber de garantía, pero también el *deber precautelar que en la utilización prevalezca el interés colectivo*; (art.18,1) reconoce que todas las personas tienen el derecho a la información y a informar sin censura previa acerca de los procesos de interés general; (art.28 inc.1) estipula que la educación responderá al interés público y no estará al servicio de intereses individuales y corporativos; (art.61,2) reconoce como derecho de los ecuatorianos y ecuatorianas la participación en asuntos de interés público; (art.83, 7; art. 95, inc.2) fija que son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y ecuatorianos promover *el bien común y anteponer el interés general al particular, conforme al buen vivir*; (art.85,2) estipula que la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos, se regulará entre otras reglas: *“sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto”*; (art.132) estipula que la Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común; (art.195) señala que la fiscalía tiene el deber de dirigir la investigación pre procesal y procesal penal con especial atención al interés público; (art.207inc.1) señala que el consejo de participación ciudadana y control social establecerá mecanismos de *control*

Decidimos construir Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay), en el inciso primero del artículo 14 se señala que: *“se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay”*; estipula (art.250) en cuanto a la circunscripción territorial especial de las provincias amazónicas, que una ley de planificación integral deber acatar con el principio de sumak kawsay; (art.275) desarrolla constitucionalmente el régimen de desarrollo, señalando que *“el régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del sumak kawsay”*. Véase: TORRES MALDONADO, ÁNGEL. *El Sumak Kawsay, desde la perspectiva constitucional Ecuatoriana*.37-50. En: LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro, BARRERA VARELA, Pedro Javier (compiladores). Ed. Ibáñez. Colombia. 2015

social en los asuntos de interés público; (art. 231) estipula que las superintendencias se deberán sujetar al ordenamiento jurídico y atender al interés general; (art.313 inc.2) señala que el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, los cuales deberán orientarse *al pleno desarrollo de los derechos y al interés social;* aunque en (art.316, inc.1) disponga que el Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos, siempre y cuando la delegación se sujete al *interés nacional;* (art.323) dispone que el Estado por razones de utilidad pública o *interés social y nacional* podrá declarar la expropiación de bienes, previa *justa* valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley; (art.363, 7) decanta como responsabilidad del Estado garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces, prevaleciendo *los intereses de la salud pública* a los intereses económicos y comerciales; (art.401) se declara al Ecuador libre de cultivos y semillas transgénicas, excepcionalmente, y *sólo* en caso de *interés nacional debidamente fundamentado por la Presidencia de la República y aprobado por la Asamblea Nacional,* se podrán introducir semillas y cultivos genéticamente modificados, declaración que entre en consonancia con (art. 409, inc.1); (art.416, inc.1) estipula que las relaciones internacionales responderán a los *intereses del pueblo ecuatoriano.*

El artículo 173 de la constitución política establece que los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial²⁰⁶, la ley 35 de 1968 de la jurisdicción contencioso administrativa, fija en cuanto a las funciones del Tribunal de lo contencioso administrativo, en pleno, (art. 13-A,10) modificar de oficio o a petición fundamentada de la autoridad interesada o de una de las salas, la disposición obligatoria pronunciada en casos de fallos contradictorios, *siempre que se juzgue conveniente en relación con los intereses del Estado.*

²⁰⁶ Art. 178 dispone los órganos jurisdiccionales son 1. La Corte Nacional de Justicia. 2. Las cortes provinciales de justicia. 3. Los tribunales y juzgados que establezca la ley. 4. Los juzgados de paz.

Por su parte el código orgánico de la Función judicial señala (art.217.11) como atribución y deber de los miembros que integran la sala de lo contencioso administrativo, *conocer de las impugnaciones efectuadas por los titulares de la administración pública respecto de actos lesivos al interés público y que no puedan ser revocados por la propia administración.*

Por otra parte, la constitución política de 1994 de la república de Argentina dispone (art.75, 2) que es atribución del congreso imponer contribuciones directas por tiempo indeterminado, siempre que la defensa, seguridad común y el bien general del Estado lo exijan; (art.99,9) determina que el presidente de la Nación cuenta con la atribución de prorrogar las sesiones ordinarias del congreso o convocar a sesiones extraordinarias cuando un *grave interés de progreso lo requiera*; (art.120 inc.1) fija que el ministerio público tiene como función promover la actuación de la justicia en defensa de la *legalidad de los intereses generales de la sociedad.*

El decreto reglamentario de la ley nacional de procedimientos Administrativos 19.549 , dispone (art.4) en cuanto a las actuaciones administrativas que deben ser impulsadas de oficio por el órgano competente, lo cual no obstará a que también el interesado inste el procedimiento, exceptuándose de este principio aquellos trámites en los que medie sólo el interés privado del administrado “ *a menos que, pese a ese carácter, la resolución a dictarse pudiera llegar a afectar de algún modo el interés general*”; (art.70) determina que el desistimiento del procedimiento del derecho no producirá sus efectos para la terminación del procedimiento, “ *si la cuestión planteada pudiere llegar a afectar de algún modo el interés administrativo o general*”, declarándose por resolución fundada, tal situación.

El código contencioso administrativo y tributario de la ciudad de Buenos Aires, ley 189 de 1999, señala (art.289, 2 inc. 2) que procediendo la suspensión de ejecución de hecho, acto o contrato administrativo, por ostentar una ilegalidad manifiesta o tener como consecuencia mayores perjuicios que su suspensión, la autoridad administrativa correspondiente, “ *puede solicitar el levantamiento de la suspensión, en cualquier estado del trámite, invocando fundadamente que*

ella provoca un grave daño al interés público"; (art.414 inc.1) decanta que se podrá sustituir el modo de ejecución de la sentencia , si la autoridad administrativa dentro de los diez (10) días desde que se hubiesen resuelto todos los recursos previstos con efecto suspensivo, de la ejecución de la sentencia condenatoria, puede solicitar al tribunal la *"sustitución de la forma o modo de su cumplimiento, por grave motivo de interés público"*.²⁰⁷

En otras latitudes, la constitución Española (art.103,1) estipula que la *administración pública sirve con objetividad los intereses generales* y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación²⁰⁸; el (art.30,3) reconoce como derecho de los ciudadanos españoles la facultad de establecer un servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general, a su vez (art.34,1) reconoce el derecho de fundación para fines de interés general con arreglo a la ley; (art.44, 2) determina que los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general²⁰⁹; (art. 47 inc.1) refiere que los poderes públicos regularan la utilización del suelo²¹⁰ de acuerdo con el interés general para impedir la especulación²¹¹ ; (art.128) señala que toda *la riqueza del país en sus distintas formas²¹² y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general*, a sí mismo, que se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica²¹³, pudiéndose *acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general*; (art. 149, 20) señala que el Estado tiene competencia exclusiva sobre puertos de interés general y aeropuertos de interés general, en el numeral 24 del citado artículo se determina la competencia exclusiva sobre las obras públicas de interés general o cuya

²⁰⁷ Por medio de la ley 26.736 de 2011 se declara de interés público la fabricación, comercialización y distribución de pasta celulosa y de papel para diarios.

²⁰⁸ Véase: Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Cataluña, BOE, número 172 de 20 de julio de 2006. Los siguientes estatutos autonómicos: Estatuto de Andalucía artículo 133, artículo 164. La Rioja, art. 19, f; Castilla-La Mancha, Art. 30, tres- b, en el artículo cuarto canarias, art. 23-6; navarra, artículo 46, Extremadura, art. 59, 4, art. 62-2. Art. 73-1. Illes balears, art. 114. ; *ceuta, art.12-f; art.21, 1-2^a*

²⁰⁹ Estatuto de Cataluña, Artículo 21. ARAGÓN, artículo 21

²¹⁰ Estatuto de autonomía de Cataluña, artículo 117, numeral 1, literal a: *art. 149, d: 1.*

²¹¹ Estatuto autonómico de Navarra, Art. 57, literal d

²¹² El estatuto de Andalucía, Artículo 156.

²¹³ Estatuto de autonomía para Galicia artículo 28, numeral 4

realización afecte a más de una Comunidad Autónoma²¹⁴; por su parte el (art.155,1) dispone que en caso de incumplimiento por una Comunidad Autónoma de las obligaciones que le impone la constitución u otras leyes, o *actuar de forma que atente gravemente el interés general*²¹⁵ de España, el gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma²¹⁶ y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación absoluta del senado, *podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquella al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general.*

En la ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (referencia: BOE-1-2015-10565), reconociendo previamente que la esfera jurídica de los derechos de los ciudadanos frente a la actuación de las administraciones públicas se encuentra protegida a través de una serie de instrumentos tanto de carácter reactivo, como preventivo, sometándose la administración pública al derecho y a la ley como lo dispone la constitución política española²¹⁷, a razón del programa nacional de reformas de España 2014, se concibe que dos leyes se constituirán en pilares del derecho administrativo español, una, precisamente la ley 39/2015, otra, la ley de régimen jurídico del sector público ley 40/2015 (BOE-A-2015-10566).

²¹⁴ Véase en cuanto al régimen de comunidades autonómicas: estatuto de autonomía para el País Vasco artículo 10, numeral 33; artículo 11, numeral segundo, literal b, artículo 12, numeral 8, artículo 17, numeral 6, literal b. Estatuto de autonomía de Cataluña art 40, numeral 1. Estatuto de Autonomía para GALICIA, art.27, El estatuto de Autonomía del principado de Asturias. artículo 10, nro. 4-1. Cantabria, art. 26-14; La Rioja art.8-14,28; Comunidad Valenciana: art. 49-13; art. 71-11,14; Castilla-La Mancha, art.31, 1-3ª, 33, 14; canarias, disposiciones adicionales, quinta. Estatuto De Autonomía Reintegración y Mejoramiento Del Régimen Foral De Navarra, art. 44, art. 58, f; Extremadura art.36. Comunidad De Madrid, art. 28-1.7, Castilla Y León, art. 70, 7; 76-10; País Vasco, art. 12, 8; art. 17.6.

²¹⁵ Véase: Estatuto de Autonomía para Galicia, disposiciones adicionales Tercera. Uno.; Estatuto de Autonomía para Andalucía artículo 10, numeral 3; Canarias, Art.23, 6; Art.30-17,22

²¹⁶ En el estatuto de autonomía de castilla y león, ley orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del estatuto de Autonomía de Castilla y león, dispone que: "*De las relaciones entre la Comunidad y los entes locales Artículo 48. Principios. La Comunidad de Castilla y León impulsará la autonomía local. La Comunidad y las entidades locales ajustarán sus relaciones recíprocas a los principios de lealtad institucional, respeto a los ámbitos competenciales respectivos, coordinación, cooperación, información mutua, subsidiariedad, solidaridad interterritorial y ponderación de los intereses públicos afectados, cualquiera que sea la Administración que los tenga a su cargo*"; Aragón, art. 99, 1

²¹⁷ Referencia consideraciones de la ley citada, numeral I. Se dispone de igual forma que la expedición de la ley obedece al programa nacional de reformas de España 2014, donde se determina la aprobación de nuevas leyes administrativas como una medida para racionalizar las actuaciones de las instituciones y entidades del poder ejecutivo, mejorar la eficiencia en el uso de los recursos públicos y aumentar la productividad.

Se dice que la reforma del ordenamiento jurídico administrativo, se decanta en dos ejes: *ad extra* y *ad intra*²¹⁸ de las administraciones Públicas. Las dos referidas leyes recaen sobre el eje *ad extra*²¹⁹, regulando las relaciones entre las administraciones y los administrados, tal como se informa en el cuerpo considerativo de la ley 39/2015.

En la citada ley 39/2015, dispone el (art.33) en cuanto a la obligatoriedad de los términos y plazos para la tramitación de los asuntos por parte de la administración, que a estos puede dársele de oficio o a petición del interesado, tratamiento de tramitación de urgencia²²⁰, *cuando razones de interés público lo aconsejen*, sin que proceda recurso alguno en contra de tal decisión; (art.44.1) determina que serán objeto de publicación los actos administrativos cuando lo aconsejen razones de interés público apreciadas por el órgano competente ; (art.86.1) faculta a las administraciones públicas para celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas de derecho público o privado

²¹⁸ La ley 40/2015 se toma como norma estructural del eje ad- intra.

²¹⁹ Complementan este eje: la ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera; ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria, y la ley de presupuestos generales del Estado. El marco constitución de las funciones *ad extra* están contenidas en los artículos 103, 105, 1149.1.18^a de la Constitución Política. (ley de 1958, ley 30/1992, ley 4/1999, ley 11/2007 acceso electrónico, ley 19/2013, ley 20/2013)

²²⁰ Véase: Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del Sector Público,(art.112.1) fija el trámite de urgencia de los expedientes correspondientes a contratos cuya celebración responda a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público. A tales efectos el expediente deberá contener la declaración de urgencia hecha por el órgano de contratación, debidamente motivada. En el mismo sentido (art. 137.1); el artículo 153 dispone que el órgano de contratación podrá no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas; (Art 155.3) determina la renuncia a la celebración del contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente; (art.219.1) determina la facultad de modificación de los contratos administrativos por razones de interés público, previo el cumplimiento del procedimiento contenido en el artículo 211; El (art 223.f) dispone como causal de resolución de los contratos la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público (art.224.4), el (art.235.6) decanta sobre la ocupación de la obra; el (art. 249.1.a,c) dispone sobre las prerrogativas y derechos de la administración , modificar los contratos por razones de interés público debidamente justificadas, restablecer el equilibrio económico de la concesión a favor del interés público conforme al artículo 258; (art.250.1) la administración podrá ordenar la modificación de la obra por razones de interés público (art. 256.b); el (art.258.2) dispone que la administración podrá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, cuando la administración modifique, por razones de interés público las condiciones de explotación de la obra, (art.282.1, 4.a),estipula el (art.286.c) como causa de resolución del contrato de gestión de servicios públicos, la supresión del servicio por razones de interés público.

siempre que no sean contrarias al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto *satisfacer el interés público encomendado*; (art.96.1) decanta que cuando *por razones de interés público o la falta de complejidad del procedimiento así lo aconsejen* , las administraciones públicas podrán acordar de oficio o a solicitud del interesado, la tramitación simplificada del procedimiento; (num.2) dispone que de ser decidido de oficio y fuese objetado por el interesado se deberá seguir con la tramitación ordinaria, (num.3) pero en el evento de ser solicitada la tramitación simplificada por los interesados, y esta ser negada por la administración, por encontrar que no se presenta alguna de las razones de interés público o falta de complejidad, no habrá posibilidad para interponer recurso; (art.107.1) dispone que las Administraciones públicas podrán impugnar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo los actos favorables para los interesado que sean anulables, previa la *declaración de lesividad para el interés público*, declaración que se tiene en cuenta como presupuesto procesal de admisibilidad de la acción y sobre la cual no recae recurso alguno; (art.109.1) dispone que las administraciones públicas podrán revocar mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción, sus actos de gravamen o desfavorables, siempre, (entre otras causales) que no se contrarié al interés público ; en cuanto a los recursos administrativos (art.117) determina que la interposición de los recursos, salvo norma en contrario, no suspende la ejecución del acto impugnado, salvo que el órgano a quien compete resolver el recurso, *“previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el ocasionado al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido”*, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado siempre y cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias: a) que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación, b) que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de esta ley.

En el numeral cuarto de la citada disposición se dispone que al *dictarse el acuerdo de suspensión se podrá adoptar las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o de terceros y la eficacia de la resolución o el acto impugnado*; (art.133) decanta el procedimiento de consulta pública previa a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley²²¹ o de reglamento, pudiéndose prescindir de los trámites de consulta, audiencia e información públicas, en determinados asuntos o *cuando concurran razones graves de interés público que lo justifiquen*.

La citada ley refiere (art.24.1) que en casos de procedimientos iniciados a solicitud del interesado, cuando el procedimiento tenga por objeto el acceso a actividades o su ejercicio, la ley que disponga el carácter desestimatorio del silencio deberá fundarse en la concurrencia de razones imperiosas de interés general; (art. 94.5) estipula que la administración podrá limitar los efectos del desistimiento o la renuncia al interesado y seguirá el procedimiento; (art.95.4) determina que podrá no ser aplicable la caducidad en el supuesto de que la cuestión suscitada afecte al interés general, o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento; (art. 129.2) en el marco del principio de buena regulación estipula que en virtud de los principios de necesidad y eficacia, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general.²²²

La ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del Sector Público, en el (Art.4.1) regula que las administraciones públicas en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, *motivar su necesidad para la protección del*

²²¹ Véase: Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. (Art. 26.2)

²²² Respecto del interés general, la ley orgánica de protección de datos de carácter personal, ley 15/1999, dispone (art.7.3) que los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrá ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente. El real decreto de ordenación del diario oficial (boletín oficial del Estado) (real decreto 181/2008), determina en el (art. 6.2) que el consejo de ministros podrá excepcionalmente acordar la publicación de informes, documentos o comunicaciones oficiales, cuya difusión sea considerada de interés general.

*interés público*²²³debiendo evaluar periódicamente los efectos y resultados obtenidos; (art.33.2) estipula en cuanto a la responsabilidad concurrente de las administraciones públicas, en caso de producción de daño la responsabilidad se fijará de cada administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención, siendo la responsabilidad solidaria cuando no sea posible tal determinación; en cuanto a la indemnización (art.34.4) podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y *convenga al interés público*, siempre que exista acuerdo con el interesado; en capítulo V la citada ley desarrolla las sociedades mercantiles estatales, disponiendo en el (art.116.4) que en casos excepcionales, debidamente justificados, el titular del departamento al que corresponda su tutela podrá dar instrucciones a las sociedades, para que

²²³ La ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. (Referencia: BOE-A-2013-12887) capítulo III desarrolla el derecho de acceso a la información pública , disponiendo en el artículo 14.2, que la limitación de tal derecho será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso, a su vez, (el art. 15) menciona , numerales dos y tres: “2. *Con carácter general, y salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación que lo impida, se concederá el acceso a información que contenga datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano.* 3. *Cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*”. En cuanto al buen gobierno, se determina en el (art.26.4) que los funcionarios objeto de la ley ejercerán los poderes con sujeción a la ley, evitando toda acción que pueda poner en riesgo el interés público, así (art.30.2) decanta que la graduación de las sanciones a los funcionarios, se valorará, entre otras, la existencia de perjuicios para el interés público. Interesante resulta en la disposición adicional quinta de la ley, la referencia respecto al acceso de la información bajo la tesis de la ponderación del interés público. En cuanto al interés general dispone (art. 26.a.1) los funcionarios sujetos de la ley, Actuarán con transparencia en la gestión de los asuntos públicos, de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia y *con el objetivo de satisfacer el interés general*. Véase: Real decreto legislativo 5/2015, de 30 octubre, por el que se aprueba el texto refundido del estatuto básico del empleado público, dispone en cuanto al interés público su fundamentación temas como (art. 32.2 cumplimiento de convenios colectivos y acuerdo, podrán excepcionalmente ser suspendidos por causa grave de interés público, en el mismo sentido (art. 38.10), principios éticos del empleado público (art.53.12), faltas disciplinarias graves (art.95.3.a), determinándose (art. 96.3) respecto de la sanciones la graduación conforme al daño al interés público.

realicen determinadas actividades, *cuando resulte de interés público su ejecución.*²²⁴

En cuanto al interés general, (art.128.2) determina que las fundaciones del sector público estatal ejercen actividades para el cumplimiento de fines de interés general, con independencia de que el servicio se preste de forma gratuita o mediante contraprestación; (art.143.1) desarrolla el principio de cooperación entre Administraciones públicas, estipulando que las administraciones cooperarán al servicio del interés general²²⁵, pudiendo acordar de manera voluntaria la forma de ejercer sus respectivas competencias que mejor sirva a este principio.

El Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, (art.3.1.h) dispone que se consideran parte del sector público para efectos de la ley, cualquiera ente, organismo o entidad con personalidad jurídica propia, que haya sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia; (art.11.1) desarrolla lo correspondiente a los contratos de colaboración y su determinación con

²²⁴ Haciendo alusión al interés general la ley 37/2007 sobre reutilización de la información del sector público, dispone (art. 2.1) en cuanto al ámbito subjetivo de aplicación, serán sometidas a la ley las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. La ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, dispone (art.3.4) en cuanto a la finalidad de la ley, que ésta busca: “4. *Promover la proximidad con el ciudadano y la transparencia administrativa, así como la mejora continuada en la consecución del interés general*”

²²⁵ La ley, 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la administración general del Estado, artículo 3.1.a. La ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. (Referencia: BOE-A-2013-12887), señala en cuanto al principio del buen gobierno (art.26.1.a.1) la orientación a la satisfacción del interés general; en el mismo sentido la ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (art.3.4), en el preámbulo del Real decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad sancionadora, norma derogada por la ley 39/2015, se manifiesta que: “***El principio de seguridad jurídica exige que en todo momento exista un procedimiento que permita la salvaguardia del interés general mediante la sanción de aquellas conductas que están legalmente tipificadas como infracciones administrativas***” .

actuaciones de interés general ; (art.38.2) respecto de la potestad de la administración de declarar la nulidad del contrato, permite que ésta no la declare siempre y cuando existan razones imperiosas de interés general que lo exijan, aclarando que no se consideran razones imperiosas de interés general, “*los intereses económicos directamente vinculados al contrato en cuestión, tales como los costes derivados del retraso en la ejecución del contrato, de la convocatoria de un nuevo procedimiento de contratación, del cambio del operador económico que habrá de ejecutar el contrato o de las obligaciones jurídicas derivadas de la nulidad*”; el (art.249.1.j) determina en cuanto a las prerrogativas y derechos de la administración respecto de los contratos de concesión de obra pública que “*Imponer con carácter temporal las condiciones de utilización de la obra pública que sean necesarias para solucionar situaciones excepcionales de interés general, abonando la indemnización que en su caso proceda*”, en cuanto a la financiación de las obras públicas objeto de concesión (art.253.2) señala que siendo deber del concesionario financiar total o parcial la obra, asumiendo el riesgo en función de la inversión realizada, la administración podrá aportar recursos públicos para su financiación, siempre y cuando “*existan razones de rentabilidad económica o social, o concurren singulares exigencias derivadas del fin público o interés general de la obra objeto de concesión*”; en cuanto al mantenimiento del equilibrio económico del contrato (art.258.1)²²⁶ fija que debe mantenerse, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario.²²⁷

La citada ley hace alusión como en todos los casos lo hacen las leyes, hasta aquí tratadas, al interés público así: (art.25.1) determina que en los contratos del sector público podrán incluirse cualquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración; (art.112.1)²²⁸ dispone que la administración podrá tramitar a título de urgente de los expedientes

²²⁶ Artículo 258

²²⁷ El art. 270.4 dispone “*La resolución por mutuo acuerdo sólo podrá tener lugar si la concesión no se encontrara sometida a secuestro acordado por infracción grave del concesionario y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la continuación del contrato*”.

²²⁸ En concordancia con el art. 137.1

correspondientes a los contratos, cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público; (art.124.2) posibilita la presentación del proyecto por el empresario, consagrando *“En todo caso, la licitación de este tipo de contrato requerirá la redacción previa por la Administración o entidad contratante del correspondiente anteproyecto o documento similar y sólo, cuando por causas justificadas fuera conveniente al interés público, podrá limitarse a redactar las bases técnicas a que el proyecto deba ajustarse”*, se suma a las disposiciones citadas, el (art.153) que se refiere a la información no publicable, en tanto que la administración podrá no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación del contrato cuando considere, previa justificación, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, *resultar contraria al interés público* o perjudicar interés legítimos de empresas públicas o privadas; (art.155.2) dispone que la administración podrá sólo renunciar a la celebración del contrato por razones de interés público debidamente justificadas, lo mismo que modificarlos (art.219.1)²²⁹, refiriéndose en los literales a, b, j al interés general; el artículo 249 se estipula las prerrogativas de la administración, facultándola a modificar los contratos por razones de interés público, y al restablecimiento del equilibrio económico de la concesión a favor del interés público²³⁰; el (art.286.c) señala entre las causales de resolución del contrato de gestión de servicios públicos la supresión del servicio por razones de interés público, así como la facultad de la administración para acordar el rescate del servicio (art.287.2).

No puede faltar en el análisis, obviamente sumario, de las normas que contienen el concepto interés público, la ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa, en la medida que tal normatividad se funda en la yuxtaposición entre el interés público y el interés privado, y la lógica de la prevalencia de aquel sobre éste.

El (art.119.1) facultad al Estado por razones de interés público y previo reconocimiento y pago de indemnización, a la intervención de una empresa mercantil que por cualquier causa hubiese cesado en el trabajo o que por

²²⁹ Véase: art. 223.f; art. 224.4; art.234.4 ; art. 258.2.a; art. 282..1; 282.4.a;

²³⁰ En consonancia : art. 250.1

sanción gubernativa hubiese sido temporalmente clausurada. Curiosamente, la ley 16 de 1954, tan sólo agrega el concepto interés público en el citado artículo, y aunque en la exposición de motivos haga uso del concepto interés general, no se estipula en ninguna disposición.²³¹

El decreto de 26 de abril de 1957 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, dispone en el (Art.3.1) que se entenderá para efectos del acto de expropiación, por beneficiario el sujeto que representa el interés público o social para cuya realización está autorizado a instar de la Administración expropiante el ejercicio de la potestad expropiatoria, y que adquiere el bien o derecho expropiado.

Son varias las conclusiones que resultan de la breve mirada hecha a los ordenamientos jurídicos descritos:

Primeramente, es importante reconocer que tomando ordenamientos jurídicos de corriente política distinta, como es, por un lado, de tendencia conservadora: España, Argentina, Colombia, y por el otro, de tendencia izquierda: Venezuela, Bolivia, Ecuador; enfoques que obviamente no son radicales, pero que son palmarias las diferencias en la orientación del gobierno, téngase en cuenta que países como Colombia, Argentina y España han preservado desde bastante tiempo un gobierno estable, a diferencia de Venezuela, Ecuador, Bolivia, quien en cabeza de Gobiernos de Chávez, Correa y Morales, una vez obtenido el poder como presidentes impulsaron procesos constituyentes que dieron vida a nuevas constituciones fundadas en principios de negación de neo-colonización, de apartamiento del Gobierno Norteamericano, de reconocimiento de una nueva corriente que propende de por la Latino-americanización de los poderes, con políticas exteriores que impulsan el no pago de la deuda externa, el inicio de procesos de estatitización, etc.

De modo que siendo importante la diferencia de los tipos de gobierno que opera en cada uno de estas dos tendencias de Estados-Administrador, la

²³¹ En cuanto al uso del concepto interés público e interés general en la de la jurisdicción contencioso-administrativa (ley 29/1998), puede consultarse los siguientes artículos: interés público: art. 19.2; 43; 74.4; 77.3; 107.1. Inter

referencia de la constitución respecto al interés general no refleja mayor oposición, por el contrario, las disposiciones normativas en las constituciones tratadas se podrían clasificar en:

- i) Disposiciones que establecen la prevalencia del interés general.
- ii) Disposiciones que fijan el interés general como finalidad de los poderes públicos y de servidores públicos (en general o particular), fijación de competencias.
- iii) Disposiciones que fundamentan y/o limitan derechos y facultades estatales a partir del interés general.
- iv) Disposiciones de referencia de calidades, entendidas como aquellas que definen cierto bien, servicio, actividad, objeto, etc., posee la condición de interés general
- v) Disposiciones que fijan prohibiciones con base en la lesión del interés general (implica ocupar cargos, actividades económicas, etc.)
- vi) Disposiciones que fijan competencias en el marco de la organización político-administrativa del Estado, de acuerdo a su complejidad.

De manera que contemplándose distinción política en los gobiernos, esta distinción sea bien de grado, no se refleja ello en el tratamiento del interés público en las respectivas constituciones políticas.

La segunda conclusión recae en el hecho y, en particular, sobre el tipo de disposiciones normativas contenidas en las constituciones políticas en referencia del interés general –público; en cada una de las constituciones bien con base del interés general se establece la prevalencia, se fijan la orientación de los poderes a su servicio, se fundamenta y limita el ejercicio de derechos y potestades de la administración que resultarían vulneradoras de éste, de igual forma se fijan la calidad de interés general a bienes, acciones, actividades, servicios , se fijan prohibiciones constitucionales cuyo objetivo es evitar la lesión del interés público, por último, se dispone a partir del interés público la

fijación de competencias en el marco de la organización político-administrativa del Estado.

Una tercera conclusión parte de la premisa de reconocer notoriedad en el desarrollo normativo del interés público en sede legislativa; constitucionalmente no existe mayor garantía de seguridad en la toma de decisiones conforme al interés público. Legislativamente, el legislador ha hecho una gran tarea en cada uno de los Estados, en la juridificación²³² de cierto tipo de actividades donde no solo la administración sino la jurisdicción se le facultan a ejercer sinnúmero de acciones u omisiones amparadas en el ejercicio del interés público.

Se observa en sede del legislativo el siguiente tipo de disposiciones que referencian el interés general:

- i) Disposiciones que ratifican la prevalencia del interés general y la finalidad de servicio orientado al interés general.
- ii) Disposiciones que fijan potestades de la administración en el marco de la actuación administrativa, contractual, sancionatoria, y de otro tipo.
- iii) Disposiciones que disponen facultades al juez de lo contencioso administrativo con base en el interés general.

Estos tres tipos de disposiciones normativas, más allá del avance legislativo de cada uno de los Estado, se muestran constantes y simétricos.

Es evidente que a nivel legislativo comparado con el nivel constitucional, en el primero se observa una tendencia a la reglamentación de actividades conforme al interés general, reglamentación que se afianza en técnicas como exigir la existencia de prueba, la motivación, la ponderación. Elementos no contenidos en las disposiciones constitucionales.

No menos importante es la cuarta conclusión. Tanto en legislativo como constitucional las disposiciones dan a entender que es bastante claro lo que se

²³² Klaus Müller refiere que la juridificación es el proceso por el cual se entra a regular jurídicamente asuntos que antes no estaban en el radar del derecho. Pág. 28. Véase: BECERRA RAMÍREZ, Manuel, MÜLLER UHLENBROCK, Klaus. (Coordinadores). La Juridificación de las Relaciones Internacionales. Un análisis plural. Ed. UNAM. México. 2008

entendería por interés público, pues en ninguna de ellas se evidencia un deseo de fijación del contenido de tal concepto. De modo, el contenido del interés general queda supeditado, en cuanto a lo jurídico, al cumplimiento de ritualidades y formalidades dispuestas por el legislador.

De esta conclusión se desprende el hecho que no existe mayor fijación previa en la constitución para orientar la fijación de ritualidades y formalidades alrededor del interés general-público, así, es autonomía política del legislador, bien exigir motivación del acto, o la necesidad de la prueba, o bien no exigirla. Se está a la deriva y los caprichos del legislador en cuanto a la fijación del interés público-general.

Estas cuatro conclusiones forjadas respecto del interés público en la dimensión normativa-legislativa, deben permitirnos apreciar el *quehacer* del juez ante los retos que impone el control de los actos de la administración soportados en el interés público.

A continuación, daremos una mirada en particular a la jurisdicción contenciosa administrativa en el ordenamiento Jurídico Colombiano.

B. El concepto de Interés Público en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del ordenamiento jurídico colombiano.

Un punto de partida importante para el análisis del concepto de interés público en la jurisdicción contenciosa administrativa colombiana, es la aceptación que hace el Consejo de Estado de la tesis de *divergencia* entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa²³³. Con ello ese hace clara la

²³³ El tribunal Constitucional Español estipula en cuanto a los conceptos jurídicos indeterminados que: “*la utilización de un concepto jurídico indeterminado que necesita ser dotado de contenido concreto, en cada caso, atendiendo a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico*”. Véase: Sentencias: Sentencia 85/1990, de 5 de mayo (BOE núm. 129, de 30 de mayo de 1990), sentencia 107/1996, de 12 de junio (BOE núm. 168 de 12 de julio de 1996); Sentencia 28/1996, de 26 de febrero (BOE núm. 80 de 02 de abril de 1996); Sentencia 16/1996, de 1 de febrero (BOE núm. 54 de 02 de marzo de 1996); Sentencia 10/1991, de 17 de enero (BOE núm. 38 de 13 de febrero de 1991); sentencia 139/1990, de 17 de septiembre (BOE núm. 254 de 23 de octubre de 1990). Así mismo ha reconocido de este tipo de conceptos “*encierra un concepto jurídico indeterminado que, por su imprecisión, exige examinar cada*

aceptación doctrinal en sede de la jurisdicción, advirtiendo que en ocasiones se presenta decisiones provenientes de lecturas transformadoras, que si bien aprueban la tesis, la confunden, la dilatan.²³⁴

Partiendo de lo anterior, indagaremos en este capítulo el tratamiento conceptual que hace la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional en Colombia del concepto de Interés público- Interés general²³⁵, advirtiendo de antemano que es una mirada sumaria, motivada sólo por el hecho de decantar piezas claves que nos permita establecer conclusiones que servirán de insumo para el desarrollo del segundo capítulo.

supuesto concreto a la luz de aquellos criterios que permitan verificar si ha existido” Sentencias: 103/2016, de 6 de junio (BOE núm. 170, de 15 de julio de 2016) ; 89/2016, de 9 de mayo (BOE núm. 147, de 18 de junio de 2016) ; 77/2016, de 25 de abril (BOE núm. 131, de 31 de mayo de 2016) ; 75/2016, de 25 de abril (BOE núm. 131, de 31 de mayo de 2016) ; 74/2015, de 27 de abril (BOE núm. 136, de 08 de junio de 2015) ; 89/2014, de 9 de junio (BOE núm. 162, de 04 de julio de 2014).

²³⁴ Respecto de la aceptación de la tesis divergente en el Consejo de Estado de Colombia, se remite a la obra: LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro. Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa. Ed. Tirant Lo Lo Blanch. Valencia- España. Pág. 182-233. En la jurisprudencia del máximo tribunal es aceptada la condición de los conceptos jurídicos indeterminados como técnicas de control de la discrecionalidad, aunque en el desarrollo jurisprudencial no sea del todo claro tal posición, sí es clara la toma de la condición sustancial de los conceptos jurídicos indeterminados (su definición), pero se observa que en una que otra sentencia se confunden las instituciones, situación que encajamos dentro de la estructura teórica de lectura transformadora (TTD Teoría transnacional de Derecho, TTL Teoría local del derecho y teoría Pop, descrita por el profesor Diego López Medina. Véase: LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Ed. Legis. Bogotá- Colombia. 2004. Pág.16-18

²³⁵ En el derecho Español y conforme a la Directiva 2006/123/CE de la Unión Europea, se integró en la Ley 17/2009 el concepto jurídico indeterminado “*«Razón imperiosa de interés general»*”, definiéndose en la citada ley, de la siguiente manera: “*razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural*”. La jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional Español aclara respecto del concepto : “*Un argumento adicional que, en este análisis preliminar que estamos realizando, serviría para apoyar la idea de que las razones imperiosas de interés general a que se refiere el art. 43.1 LPC solo son aplicables a los procedimientos relacionados con el acceso o la prestación de servicios, sería la redacción del antes citado art. 24.1 de la nueva Ley 39/2015 que, aunque aún no haya entrado en vigor, tiene el valor de interpretación auténtica del legislador, y que únicamente exige la concurrencia de dichas razones imperiosas de interés general para los procedimientos que tengan por objeto “el acceso a actividades o su ejercicio” Véase: sentencia 155/2016, de 22 de septiembre (BOE núm. 263 de 31 de octubre de 2016)*

Tal como acontece en el ordenamiento jurídico de los Estados tratados anteriormente, los conceptos interés público e interés general son utilizados para soportar la decisión judicial que se toma respecto de determinados asuntos que se ventilan en las respectivas instancias judiciales²³⁶.

En el caso de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia, cuyo máximo tribunal es el Consejo de Estado, por ejemplo, en sentencia del 13 de abril de 2016, expediente (37453)²³⁷, al resolver sobre la responsabilidad del Estado (distrito de Bogotá) por el cierre de una estación de servicio de abastecimiento de combustible (Terpel) por motivos de declararse *fuentes de peligro inminente para la ciudadanía*, debido a que en desarrollo de las actividades estatales de construcción de un parque público en una zona de habitantes de la calle, estos -se pensó por el Estado- podrían “hacer explotar” la estación de Servicio; el máximo tribunal decidió condenar al Estado, bajo la tesis que si bien la administración con sus actuaciones legales y legítimas

²³⁶ El tribunal Constitucional Español en sentencia 124/2016, de 23 de junio (BOE núm. 181, de 28 de julio de 2016) amparándose en el efecto del concepto de interés general en el ordenamiento jurídico, señaló: “ A este respecto, hay que señalar que, aunque en algunas Sentencias hemos considerado que excede del objeto de estos procesos constitucionales la verificación de la aplicación práctica de los títulos competenciales a los supuestos concretos planteados (por ejemplo, STC 88/1989), esta limitación hace referencia a supuestos en que el análisis práctico a realizar sea puramente fáctico o, de ser jurídico, carezca de relevancia constitucional. No es esto, en cambio, lo que sucede en el caso presente, en que está en juego la concreción de un concepto jurídico indeterminado como el de “interés general” que es, en sí mismo, criterio constitucional atributivo de competencias en materia de obras públicas, en la forma que hemos venido describiendo (...) Así pues, siguiendo la doctrina entonces establecida, debemos señalar ... que el precepto impugnado es constitucional, siempre que se interprete que cuando concurren razones de interés general que justifiquen la incorporación a la red ferroviaria de interés general de infraestructuras que discurren íntegramente por la Comunidad Autónoma, será necesario, en todo caso, consentimiento de la Comunidad Autónoma cuando no estén conectadas físicamente a la red aunque tengan con ella una conexión funcional”. En el sentido de fundar el actuar del tribunal Constitucional en defensa del Interés público, véase: Sentencia 152/2016, de 22 de septiembre (BOE núm. 263 de 31 de octubre de 2016); Sentencia 230/2015, de 5 de noviembre (BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2015).

²³⁷ Véase: Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón Bogotá, D.C., trece (13) de abril de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01529-01(37453) Actor: Magaly Celmira Chiquiza De Parra Y Otro Demandado: Distrito Capital De Bogotá La demanda se proyecta contra el Instituto de Desarrollo Urbano - IDU que inició obras de demolición en los alrededores de una zona de habitantes de la calle (el cartucho) , y que por riesgo de que esas personas tomaran represalias utilizando los productos inflamables comercializados por la Estación de Servicio Terpel - Sucre como arma para impedir el avance de los programas que en la zona realizaba el gobierno distrital, se ordenó por medio de acto administrativo el cierre de la estación por representar *fuentes de peligro inminente para la ciudadanía*.

impone la prevalencia del interés general sobre el particular, cada vez que produzca con tales actuaciones daño antijurídico a una persona, deberá reparar el perjuicio respectivo.

En sentencia del 29 de febrero de 2016, expediente (33505)²³⁸, al resolver sobre la responsabilidad del municipio de Arauca por la expedición de un acto administrativo que limitaba la propiedad privada a razón de declaratoria de zona de protección del sistema hídrico, señaló el máximo tribunal que la expropiación y afectación al interés general de las propiedades privadas son instituciones sustancialmente distintas, en tanto que la expropiación requiere de la declaratoria de utilidad pública determinada previamente en la ley, en cambio en la afectación al interés general, el bien no sale de la esfera de la propiedad privada, *“el Estado no se hace dueño de él”*, sino que se limita el ejercicio del derecho de propiedad por la importancia del bien para la satisfacción de los fines del Estado; aclarando que en la expropiación se permite a la administración concretar el interés general mediante la apropiación del bien, en cambio en la afectación, la administración dirige *“finalísimamente el ejercicio del derecho de la propiedad para el cumplimiento del interés general manteniendo la propiedad privada”*²³⁹, concluyendo que la limitación a la propiedad no implica un daño antijurídico en cuanto que constitucionalmente la propiedad tiene una finalidad social y ambiental.

De las dos anteriores sentencias, que no son las únicas proferidas en ese sentido, por supuesto, el Consejo de Estado acepta que la producción de un daño antijurídico aun en el marco de la satisfacción del interés general-público debe ser reparado, que no es justificante de irresponsabilidad el actuar conforme a tal interés, a lo que conduciría que por motivos del propio interés público debe proceder la reparación por lesión a derechos fundamentales.

²³⁸Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B , Consejero Ponente: Ramiro De Jesús Pazos Guerrero Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016).Radicación número: 07001-23-31-000-2003-00015-01(33505)Actor: Margarita Quenza De Parales Y Otros Demandado: Municipio De Arauca Referencia: Acción De Reparación Directa (Apelación Sentencia) , señalará que *“19.8. Los humedales cuando son reservas naturales de agua, son bienes de uso público y en consecuencia inalienables e imprescriptibles, con la salvedad de que cuando formen parte de los predios de propiedad privada serán reservados en favor del interés público”*

²³⁹ Ibídem.

En la segunda sentencia se rescata la relación que se insinúa entre interés público y la delimitación de derechos, justificándose la intervención de la administración en pro del medio ambiente, sin que opere la indemnización por tal orden administrativa.

Así, resulta relativo el concepto de interés público para predicar judicialmente, por un lado, el reconocimiento de responsabilidad y reconocimiento de daños, y por el otro, delimitar derechos sin procedencia de reconocimiento de daños. Relatividad que se suma al hecho que en las sentencias no se hace un estudio objetivo de lo que pudiese entenderse por interés público, tan sólo se toma una decisión que se fundamenta en el argumento del interés público.

Cuando nos referimos al argumento del interés público, se quiere fijar el hecho normativo y jurisprudencial que aprueba como suficiente hacer alusión del interés público para soportar sus decisiones, sin concreción alguna. Argumento y concreción son instituciones distintas.

El interés público en la jurisprudencia sustenta la calidad de ciertas actividades, que bien se ejercen por el propio Estado, bien por particulares, por ejemplo lo que acontece con la actividad financiera, bursátil y aseguradora, que al ser declarada de interés público, para su ejercicio necesita previamente la autorización del Estado, en la medida que tales actividades se centran en el manejo de recursos públicos, ya sea por la intermediación tradicional de recursos, intermediación en el mercado de valores o la actividad aseguradora. La estabilidad del sistema financiero es un asunto de interés público, por cuanto dicha actividad se centra en el manejo de recursos del público, bien sea a través de la intermediación tradicional de recursos, la intermediación en el mercado de valores o la actividad aseguradora.²⁴⁰

²⁴⁰Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero ponente: Carmen Teresa Ortiz De Rodríguez, Bogotá D. C., veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 11001-03-24-000-2009-00048-00(17645) Actor: Luis Fernando Vergara Munarriz Demandada: Superintendencia Financiera De Colombia.

Al hacer el reconocimiento del servicio de radio fusión sonora como servicio público orientado a satisfacer el interés general, el Consejo de Estado no hace mayor alusión a la concepción de lo que se puede entender por servicio público orientado a satisfacer el interés general²⁴¹, le es suficiente el *argumento de interés general*.

Podría decirse que en la jurisprudencia se hace “*suficientemente obvia*” la prestación de un servicio orientado a satisfacer el interés general²⁴², por lo que no se decanta lo que pueda entenderse por tal; el dilema de esta situación no está en el hecho que sea obvio o no, sino que al no decantarse lo que pudiera entenderse por tal, permite, y lo cual ocurre, que en ocasiones en aras de satisfacer el interés general se llegue a prohibir cierto tipo de información, limitarla, o exaltarla en pro de los fines políticos de un gobierno de turno, limitar derechos sin reconocimiento de derecho de daños, etc. Así la *obviedad del argumento de interés público*, resulta ser una preocupante situación.

Ahora bien, la obviedad, no es una regla general, esto lo demuestra, como ocurre con la institución de la Contratación Estatal, que el interés público si bien no se define de manera expresa y previa, se relaciona de forma subsidiaria con un principio, que resulta ser principal, es el caso, por ejemplo, de la relación de dependencia del concepto de interés público con el principio de selección objetiva, su fijación estaría dada en el cumplimiento de cada una de las condiciones normativas para la selección del “*mejor contratista*”; en este evento se reconoce por la jurisprudencia que siendo la etapa precontractual un caso tipo de procedimiento administrativo está sujeta la administración al cumplimiento de ciertos procesos, procedimientos, formas, reglas y principios. El principio de selección objetiva supone, como lo advierte el Consejo de Estado, “*la elección de la oferta más favorable para la entidad y el interés*

²⁴¹ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (E) Bogotá, D.C., cuatro (4) de noviembre de dos mil quince (2015) Radicación número: 52001-23-33-1000-1999-01235-02(38785)Actor: sociedad radio latina f.m. Estéreo y otra Demandado: Ministerio De Comunicaciones

²⁴² La corte constitucional colombiana por su parte determina la actividad bancaria de interés público, estipulando que tal servicio reviste una naturaleza de interés general, de allí su importancia. Véase: SU157-1999. El poseer la condición de interés público algún servicio, la consecuencia, entiende la Corte Constitucional, es la necesaria regulación normativa, la predeterminación normativa. Véase: C-802 de 2000.

*público implícito en esta actividad de la administración, mediante la aplicación de precisos factores de escogencia, que impidan una contratación fundamentada en una motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva*²⁴³, la concreción de lo que se entendería interés público estaría dado por el cumplimiento de precisos, expresos y previos factores de escogencia, determinados en la norma, de modo que, se daría por sentado que virtualmente se cumple con el interés público si se cumple con ciertas formalidades.

La reducción del interés general al cumplimiento de ritualidades y formalidades es algo recurrente no solo en la jurisprudencia sino también en la normatividad, pudiésemos decir que concebir el acatamiento de tales formalidades garantizaría la satisfacción de la sustancialidad del interés público (interés general), así, la sustancialidad se constituye en un asunto de forma.

La problemática no se evidenciaría en tal estructura, pues, debe entenderse que el interés público no es una institución condenada a la verdad absoluta²⁴⁴, pues depende de factores disimiles, el tipo de gobierno, la corriente económica, por mencionar sólo dos. Pero lo que sí resulta alertante es que en la constitución como norma jurídica prevalente las insinuaciones al interés público abundan pero no se estipule la estructura a nivel constitucional; una salida a tal problemática, es sencilla, elevar a rango constitucional elementos formales y sustanciales -que de cumplirse- forjarían *el actuar conforme al interés público*.

-Continuemos-, la condición, digamos, subsidiaria del interés público, en temas de contratación estatal, es notoria, no solo respecto del principio de selección objetiva, sino también puede observarse en tanto al principio del equilibrio

²⁴³ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B Consejera ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil quince (2015) Radicación número: 25000-23-26-000-1997-13723-01(29942)Actor: Consorcio Inversiones Hoyos Y Vega Ltda. Y Fernando Vega Y Cía. Ltda. demandado: Fondo Rotatorio De La Policía referencia: Apelación Sentencia - Acción De Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho

²⁴⁴ En sentencias: STS 4492/2016T, STS 4491/2015, por mencionar algunas, el Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso, reconoce en cuanto a los conceptos jurídicos indeterminados que “En efecto, tanto la fuerza mayor como la diligencia exigible son conceptos jurídicos indeterminados que deben concretarse en cada caso, sobre todo teniendo en cuenta que la inobservancia no se debe a un error de un particular sino que la tramitación se realiza por una agencia especializada, y de reconocido prestigio en la que trabajan profesionales que conocen la existencia de los plazos y las consecuencias en caso de incumplimiento”.

económico del contrato: partiendo de la premisa que la administración es gestora del interés público en todas sus relaciones jurídicas, y en particular en las contractuales, el Consejo de Estado²⁴⁵ estipula que debe ser nula toda disposición contractual fincada sobre la libertad en la actividad negocial de las partes cuando se inobserve las normas de orden público, que buscan garantizar el equilibrio de intereses, como son por un lado la satisfacción del interés público, por el otro, la obtención de beneficios por parte del contratista. En este caso, la concreción del interés público estaría determinada por el reconocimiento normativo del principio de conservación de la ecuación contractual y la demostración objetiva del rompimiento del equilibrio económico, se entendería entonces que dado estos dos supuestos el interés público se satisfaría.

En cuanto a la procedencia de la *actio de in rem verso*²⁴⁶ sin la existencia de contrato estatal, se ha reconocido que ésta procede por razones de interés público o general, decantando la jurisprudencia tres situaciones: la primera donde es determinante la culpa de la administración imponiendo su autoridad o imperium al particular a quien se le constriñe o impone la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios por fuera del marco de un contrato estatal, la segunda, dada por la condición de urgencia de adquirir bienes o servicios para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, la tercera, debiendo la administración declarar la urgencia manifiesta no lo hace y procede a solicitar la ejecución de obras, prestaciones de servicios o suministro de bienes; conforme a estas tres causales se entiende que las razones del enriquecimiento sin justa causa en materia de contratación estatal si tiene que ver con el interés público o general sólo procedería bajo estas tres causales.

²⁴⁵ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (E) Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil quince (2015) Radicación número: 68001-23-31-000-2002-02796-01 (41008) Actor: Compañía De Trabajos Urbanos S.A. Demandado: Instituto Nacional De Vías.

²⁴⁶ Véase: Radicación número: 25000-23-26-000-1997-13723-01(29942) Actor: consorcio Inversiones Hoyos Y Vesga Ltda Y Fernando Vesga Y Cia Ltda. Demandado: fondo rotatorio de la policía.

Lo importante del asunto no resulta ser las tres causales²⁴⁷, sino que, por un lado, determinándose la procedencia de la acción por motivos de interés general o público, no se hace distinción alguna, lo que da entender que se trata de lo mismo, que los dos conceptos son sinónimos, así se evidencia también en la jurisprudencia lo que ocurre en la normatividad; recordemos que se estipula indiscriminadamente el concepto interés público e interés general, por lo que no se justificaría iniciar un camino para su separación conceptual, porque ello no modificaría la tendencia decisional de los jueces.

Por otro lado, las tres causales implicarían tres situaciones reales lo que daría lugar a tener en cuenta el factor de la realidad, o lo que es lo mismo de los hechos determinantes, de estudiarse las pretensiones de enriquecimiento sin justa causa en materia de contratación estatal, el juez contencioso no debe concretar el concepto interés público o interés general, sino solo estudiar y valorar si el hecho existió y justifica el reconocimiento de la relación obligacional por parte de la administración a favor del particular, aun en contra de la inobservancia de las normas de derecho público; ésta situación lo que refleja, claramente, es que si bien se estipula la procedencia de la *actio de in rem verso* por motivos de interés público o general, se trata de la demostración de hechos, más allá de la concreción del concepto, lo que se decanta aquí es la *condición del concepto interés público determinando por la demostración de ocurrencia de específicos hechos* que hacen presumir que se encuentra materializado tal concepto, sin necesidad de definirlo de forma previa.

En materia de Contratación Estatal es de uso recurrente el concepto de interés público²⁴⁸ por parte de la administración, es así, su uso en temas como la

²⁴⁷ Véase: sentencia de unificación Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 19 de noviembre de 2012; Exp. 24897; también: Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera subsección consejera ponente: Olga Melida valle de la hoz, Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil quince (2105).Radicación número: 25000-23-26-000-2005-01460-01(35554).

²⁴⁸ El Consejo de Estado reconoce que la celebración de los contratos estatales de por si implica la satisfacción del interés público, así, cuando a la administración no da respuesta a las peticiones de sus contratistas, no solo vulnera derechos fundamentales, sino afecta el interés público. Véase: Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (E) Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil quince (2015) Radicación número: 54001-23-31-000-2000-01661-

aplicabilidad del principio de selección objetiva²⁴⁹, donde se reconoce por la jurisprudencia del Consejo de Estado que es un concepto implícito a la actividad contractual, particularmente observable en el cumplimiento del principio de selección objetiva, entendida por tal, la aplicación conjunta de criterios de selección y principios de contratación estatal en proceso de selección, se razona que la aplicación de tales en el proceso contractual conllevaría a la elección de la propuesta más favorable para la administración.²⁵⁰

No son esporádicas tales conclusiones que se trasladan a otras decisiones tomadas por el Consejo de Estado²⁵¹, así, en materias del reconocimiento y pago de prestaciones ejecutadas en eventos de objeto y causa ilícita contractual, se acepta su pago por la administración sólo si se demuestra la obtención de beneficios, de modo que para decantar el beneficio, se entiende

01(38695)Actor: Consorcio Construcar Demandado: Instituto Nacional Penitenciario Y Carcelario.

²⁴⁹ Así mismo en temas como la declaración de la terminación unilateral de la administración por el contrato estatal por recaer en él nulidad absoluta, se sostiene la procedencia de tal hecho en aras de satisfacer el interés público invitándose a la remisión a la normatividad en la contratación estatal, en casos específicos donde normativamente la administración tendría competencia para declararla, y solo en tales casos (art. 44, m nro. 1,2 y ley 80 de 1993) Véase: Consejo De Estado sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera subsección Consejera ponente: Olga Melida Valle De La Hoz, Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de dos mil quince (2015) Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01208-01(30917)Actor: Departamento De Cundinamarca, Demandado: Cooperativa Interregional De Colombia Limitada "Coinco" Y Otro

²⁵⁰ Consejo De Estado sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B. Consejera ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil quince (2015) Radicación número: 25000-23-26-000-1997-13723-01(29942) Actor: consorcio inversiones hoyos y vesga ltda y fernando vesga y cia ltda. Demandado: fondo rotatorio de la policía.

²⁵¹ En el caso de la naturaleza de los partidos políticos, el consejo de Estado, entiende que son de naturaleza privada pero de interés público, de existir diferencia entre interés general y público, los partidos políticos deberían ser de interés general, porque no servirían a los intereses del Estado sino de la sociedad en general. Esta es una situación que pone en duda la distinción de los conceptos, y por el contrario invita a no distanciarlos, en la medida que resultaría confuso pretender la imposición de un interés sobre el otro. Véase: Consejo De Estado Sala Plena De Lo Contencioso Administrativo Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de dos mil quince (2015) Radicación número: 11001-03-15-000-2014-00105-00(PI)Actor: José Manuel Abuchaibe Escobar, demandado: Alfredo Rafael Deluque Zuleta. Reconoce en cuanto al servicio de transporte público de pasajeros que el otorgamiento de las licencias para la prestación del servicio no generan derechos adquiridos *"pues tratándose de actividades que comprometan el interés colectivo, como ocurre con los servicios públicos y, en particular con el servicio de transporte, los derechos individuales deben ceder ante el interés general"*, aunque el artículo 58 de la constitución política nacional establezca que se cede ante el interés público

por la jurisprudencia la necesaria remisión a las disposiciones normativas que decantan las funciones de cada entidad particular de la administración.

En otras ocasiones, el interés público se constituye en fundamento jurídico para predicar la existencia de daño a la administración por la actuación de los particulares. En el evento particular de la no presentación oportuna de información tributaria por parte del sujeto obligado, ha reconocido la jurisprudencia del Consejo de Estado, que la no presentación de tal información acarrea sanciones para los que no la hacen, de modo que, la administración para imponerla no requiere de demostrar efectivamente el daño a la administración, pues, de por sí la no presentación supone un riesgo real o potencial de que la omisión o comisión del error cause un daño a los intereses públicos, por tal motivo se justifica la sanción al particular.

En ese sentido es notable el hecho que el interés público se instituye en una presunción legal que desemboca en la imposición de sanciones, y con ello justificar que la jurisdicción entre hacer uso del argumento de interés público. Bajo esta arista nos encontramos con una clara situación normativa y jurisdiccional, que no es más que, la toma de decisiones bajo el amparo del argumento de interés público, sin que se defina lo que se entiende por tal; el argumento, pareciera ser, que resulta ser suficiente para predicar responsabilidad del Estado o la de los particulares. Entonces surge la condición del interés público en la jurisprudencia, que en casos como los relatados, si bien las disposiciones normativas decantan de modo general el interés público, no definiéndolo, en la jurisprudencia se toma decisiones sin tampoco hacerlo, el interés público como presunción legal se ensalza como gran atributo.

La expropiación proviene de la potestad del Estado de afectar el derecho a la propiedad privada²⁵², así que en la causa expropriandi se invita a la administración a la justificación que fundamenta la necesidad de expropiación;

²⁵² Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (E) Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil quince (2015) Radicación número: 63001-23-31-000-2002-00367-00(39165) Actor: Comunidad Nuestra Señora De La Caridad Del Buen Pastor, Demandado: Municipio De Armenia. Véase: Sentencia Corte Constitucional T-029 DE 2016, donde se determina la relación entre interés general, el principio de solidaridad y su fundamento en el Estado Social de Derecho

los motivos están previamente determinado en la norma, y por lo general son movidas por la necesidad de construir obras públicas, preservación del patrimonio en sus modalidades, y la salvaguarda de la integridad de poblaciones en situaciones de riesgo físicos inminentes²⁵³, particularmente, la expropiación por vía administrativa implica la declaratoria de urgencia que es limitada por criterios a tener en cuenta por la administración²⁵⁴, bajo esta óptica si bien la expropiación procede por razones de interés público, normativamente se expresan causas y criterios para que proceda, pero es de advertir que al no contarse con un concepto de interés público, la construcción de obras, la salvaguarda del patrimonio queda a la discrecionalidad de la administración, en esta realidad sobresale una condición del concepto de interés público entendido como técnica de control de la discrecionalidad, reconocida por la *doctrina divergente* como la posibilidad que le asiste al juez de controlar la administración cuando hace uso de tales conceptos, pero no se ha percatado la doctrina que, hoy por hoy, se hace imperiosa la necesidad de estipular el actuar conforme al interés público en sede constitucional.

Importante resulta que al concebirse de forma exclusiva la razón del interés público como concepto jurídico indeterminado en la dimensión de técnica de control jurisdiccional²⁵⁵, ha debilitado la importancia que posee el concepto, que como hemos visto soporta la actividad del Estado, en la fase previa a la actuación, en esta fase previa el interés público más allá de ser un limitante

²⁵³ Art. 58 ley 388 de 1997

²⁵⁴ Artículo 65º.- *Criterios para la declaratoria de urgencia.*

²⁵⁵ En sentencia STS 4705/2016 - Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso (Madrid) señaló: *"cuando, para la aplicación de la norma, hayan de valorarse conceptos jurídicos indeterminados determinantes del sentido de la decisión, en los que <<es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión y por tanto faltaría uno de los requisitos exigidos con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración"*. En sentencia STS 4686/2016 Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso (Madrid) señaló: *"Habrá que convenir, por tanto, que la fórmula legal utilizada de "...serias dudas de hecho o de derecho", conforma un concepto jurídico indeterminado teñido de subjetividad que dificulta no sólo medir la razonabilidad de la no imposición de costas en virtud del criterio del vencimiento, sino también las posibilidades de fiscalización en vía de recurso sobre la apreciación que de tales conceptos efectúe la Sala sentenciadora"*. Igual forma STS 4677/2016, Reconociendo con ello la amplitud de subjetividad que encierra algunos conceptos de este tipo.

posibilita a un actuar más amplio, pudiendo con el ello eludir la materialización de obligaciones esenciales, aplazar decisiones trascendentales o tomar decisiones en contravía de la población.

También se revela la condición limitante del interés público, respecto de derechos, como es la propiedad, pero también como es el caso de la confianza legítima; al respecto la Corte Constitucional Colombiana, sin distinguir entre interés general o público, acepta que éste es limitante del principio de la confianza legítima, pues, el contenido y aplicación de éste depende que no lesione el interés general, que es prevalente²⁵⁶. Misma suerte acontece con el principio de Buena fe.²⁵⁷

En materia procesal, en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el uso del concepto de interés público determina por disposición normativa la no procedencia del pago de condena de costas cuando se están ventilando asuntos de interés público, es decir, discusiones sobre administraciones públicas, patrimonio público.

En el desarrollo de la procedencia de las medidas cautelares en el procedimiento jurisdiccional, distintas a la suspensión provisional del acto administrativo, se ha dispuesto que el juez goza de un margen de discrecionalidad para decretar medidas cautelares fundamentadas en la posible lesión al interés público. Un caso particular se dio al interior del Consejo de Estado en donde se evaluó la necesidad de predicar medidas cautelares en casos donde la administración impone la obligación de pago de impuesto soportada en una base gravable que se cuestiona de ilegal e inconstitucional, razón por la cual, evaluando la posible afectación del patrimonio público a razón de una futura declaración de nulidad, se reconoce la aplicabilidad del decreto de las medidas cautelares distintas a la suspensión provisional del acto administrativo; de modo que se trató de decantar indirectamente lo que podría ser el interés público relacionado con las posibles afectaciones al patrimonio público, lo que resultaría dando que el interés público está condicionado por la

²⁵⁶ Véase: Sentencia T-617 de 1995.

²⁵⁷ Véase: sentencia: C-665 de 2014, recordando la corte que la limitación obedece al principio de la eficaz protección del interés público pieza fundamental en el Estado social de derecho.

posibilidad futura de lesión económica al patrimonio, situación ligada a la valoración de los derechos de los contribuyentes que están en juego con tal medida.²⁵⁸

La Corte Constitucional ha dispuesto la procedencia del desistimiento de la acción de tutela salvo asuntos de interés general²⁵⁹ o en las que se afecten a un número considerable de personas, sin fijar de manera expresa y previa el concepto de interés general, siendo un acto discrecional de la corte determinar en qué momento procedería el desistimiento y cuándo no.

Respecto de la procedencia del silencio administrativo en el derecho administrativo sancionador, La corte Constitucional, estudiando el juicio de constitucionalidad que se hiciera al artículo 52 de la ley 1437 de 2011²⁶⁰, declaró la exequibilidad de tal norma, que dispone que en caso de no ser resueltos los recursos dentro del término de un año a partir de su correcta interposición, operará el silencio administrativo positivo a favor del servidor público investigado. Frente al argumento del actor constitucional que sostendría la inconstitucionalidad por permitir que el servidor público que debe ser sancionado salga beneficiario de tal disposición lo que lesionaría el interés general, la Corte señaló que asistiéndole al legislador el principio de libertad de configuración, puede señalar los eventos y casos frente a los cuales puede operar el silencio administrativo, bien de forma negativa, bien de forma positiva, en el caso en concreto la libertad de configuración se cumplió para la Corte con lo cual no podría predicar la vulneración al Interés general, en la medida que se impone es una carga la administración para resolver de fondo, dentro un plazo específico y claro, así la omisión que incurre la administración no podrían recaer en el ciudadano sino en la propia administración. Frente a esta tesis dos magistrados de la Corte Constitucional salvaron su voto,

²⁵⁸ Véase: Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Bogotá D.C., quince (15) de febrero de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 11001-03-27-000-2016-00008-00(22328) Actor: Asociación Colombiana De Usuarios De Vehículos Particulares – AcuvP Demandado: ministerio de transporte.

²⁵⁹ Auto A-345 de 2010.

²⁶⁰ Ley que deroga el decreto 01 de 1984, conocida como Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Vigente a la fecha

disponiendo, ambos, que el derecho sancionador precisamente pretende castigar al servidor público que ha obrado contrario a su función, en tal sentido, la procedencia del silencio administrativo positivo vulneraría el principio de interés general²⁶¹.

De lo tratado hasta aquí, si bien en la normatividad se dispone en ocasiones del concepto de interés público, y otras veces del concepto de interés general, como si se tratara de dos instituciones distintas, la verdad sea que no lo son, o por lo menos, esto se refleja en la jurisprudencia. Además de ello, pareciera que resulta suficiente para el máximo tribunal de lo contencioso administrativo colombiano, hacer mención al concepto de interés público o general, para tomar decisión judicial, sin entrar a concretar lo que se entendería por tales conceptos, por el contrario, sin entrar a resolver lo que se entiende por interés público, se acude de forma indirecta a su concreción, bien sea a través de la aplicación de otro principio como es el caso en contratación estatal de selección objetiva, bien a través de formulación de criterios, formalidades o situaciones que implicaría la presencia de interés público o general.

Estas condiciones del uso del interés público en la jurisprudencia del Consejo De Estado decantan que el interés público como concepto jurídico se aprovecha en calidad de técnica de control de las actuaciones de la administración pero no cumple mayor utilidad como concepto que de forma expresa y previa oriente el actuar del legislador, la administración y de los jueces.

Es mayor la tendencia de la fundamentación a partir del interés general o público en la Corte Constitucional que en Consejo de Estado, esto tiene una explicación obvia, mientras el Consejo de Estado resuelve litigios que se trazan por intereses en juego, La Corte Constitucional por disposición de los artículos 4 y artículo 241 superior posee la competencia de evaluar la constitucionalidad de las normas, en ese sentido emitiendo sentencias de constitucionalidad (tipo C,) fundando muchas de sus decisiones en el concepto de interés público o general.

²⁶¹ Véase: Sentencia C-450 de 2003.

Admitiéndose la sustentación en el interés público o general para emitir acciones positivas, la corte Constitucional también ha revelado la necesidad de un estudio razonado y conveniente de los hechos para proceder por el juez de tutela a la suspensión de obras públicas, pues, si bien se está facultado para ello, la suspensión traería afectaciones superiores al interés general, pues, entiende la Corte que la suspensión de la obra implicaría pérdida de tiempo, perjuicios e incomodidades para la comunidad.²⁶²

Frente a la decisión de declarar la constitucionalidad o no de la disposición contenida en la ley 1753 de 2015, plan de desarrollo nacional, que estipulaba la fijación de una contribución especial con destinación específica para cubrir los costos de la infraestructura del servicio de alumbrado público, pago que debería hacer quienes eran beneficiarios del servicio. La corte Constitucional, refiriendo en ocasiones que tal servicio propende por la satisfacción del interés público y general, y en otras, la satisfacción del interés público o general, decidió declarar la inconstitucionalidad de tal disposición bajo el entendido que la contribución variaba la naturaleza del servicio de alumbrado público que es de interés general, ya que se conduciría a que tal servicio “se preste con arreglo a criterios económicos y se someta su continuidad de suministro a la capacidad económica del prestador”, de esta postura la Corte Constitucional hace gala de la conexión que existe entre la fórmula de Estado Social de Derecho y el interés general profiriendo la decisión con sustento en ello.

En el estudio de constitucionalidad sobre la ley que aprobaba las modificaciones al capítulo sobre derechos de propiedad intelectual en relación con trámites de patentes y mecanismos de compensación por retrasos irrazonables del Tratado de Libre comercio celebrado entre el Gobierno de Estados Unidos y el gobierno de Colombia, La Corte Constitucional señaló que las modificaciones pretendidas por las partes no lesionaban el interés general, pues ambas partes orientan su actuar en la salvaguarda de la salud pública y la promoción al acceso a los medicamentos.²⁶³

²⁶² Véase: Sentencia T-371 de 1997

²⁶³ Véase: C-751 de 2008

Los Estados latinoamericanos han fundamentado sus actuar en dos procesos distintos, por un lado, algunos países del continente, entre los que se encuentra Colombia, han adelantado procedimiento de ventas de activos nacionales, para algunos llamados de privatización, o para otros de des-estatización, otros países, como Venezuela bajo el gobierno fallecido presidente Hugo Chávez y la política del socialismo del siglo XXI, han querido replantear tal proceso, invitando a un giro de 360°, conllevando a la estatización, implicando adelantar acciones de expropiación de la propiedad privada, curiosamente, en ambos procesos se invoca el interés público como centro que impulsa tal política.

El Consejo de Estado Colombiano, frente a la venta de una empresa nacional como lo sería ISAGEN, dispuso en cuanto al interés público y la procedencia de las medidas cautelares necesarias solicitadas por algunos intervinientes en el proceso judicial para evitar su venta que: *“ el decreto de las medidas cautelares por el juez se fundamentan en la admisibilidad de tal medida, bajo la esencia del análisis de los efectos prácticos de su decisión, sumado al hecho que se reconoce que la normatividad que regula los procesos de enajenación de la participación del Estado en empresas, no prohíbe ni restringe el derecho a discutir ante los jueces las decisiones que se adopten durante estos procedimientos”*, precisando frente al hecho de la enajenación que sobrepasa la necesidad de anteponer la ponderación de intereses por parte de los jueces, pues toda enajenación de bienes del Estado de por sí implica el interés público pues se decanta una *“relación directa con el patrimonio del Estado y con la capacidad de satisfacer las necesidades de la comunidad en general”*²⁶⁴.

Una conclusión importante que surge del interés público, es que si bien no cuenta con una concreción previa, sí de forma indirecta, y como característica

²⁶⁴ Se advierte en la sentencia que la ponderación que se hizo jugó un papel preponderante la valoración del *“principio de legalidad, patrimonio público, moralidad administrativa, ambiente sano, etc, y en la imposibilidad de calcular o asumir los costos de las perjuicios que eventualmente, de actuar en defensa del ordenamiento jurídico, aspecto que no involucra intereses particulares o derechos subjetivos”*. Véase: Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta Consejero ponente: Martha Teresa Briceño De Valencia Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil quince (2015) Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00054-00(21025) Actor: Helber Adolfo Castaño y otros. Demandado: ministerio de hacienda y crédito público y ministerio de minas y energía. En la propia sentencia luego se hablara que lo ventilado en el proceso se trata de interés general, no distinguiéndose entre tal interés y el público.

establecida , se acude a varios criterios, como es la competencia, el patrimonio público, la concreción normativa previa de principios del ordenamiento jurídico; siendo el interés público un *principio de tipo subsidiario*, también a través de la aplicación de formalidades y procedimientos, la determinación con las funciones de las instituciones del Estado, y en casos como la procedencia de las medidas cautelares, a través de la técnica de la ponderación, donde , no sobra decirlo, los jueces gozan de discrecionalidad al momento de decidir sobre la procedibilidad o no de las medidas cautelares, como fue el ejemplo tomado.

Existe una tendencia de relacionar el interés público con los derechos colectivos y la existencia de garantías como la acción popular²⁶⁵, en donde se admite que tales derechos prevalecerían sobre los intereses particulares, aunque obviamente esta postura admite discusión por las condiciones también prevalentes que gozan los derechos fundamentales como derechos de libertad negativa, de importante protección por el Estado.²⁶⁶ El interés público determinado en su relación con los derechos colectivos, es una relación no del todo sólida, pues, se desconoce que también es razón de ser del interés público la salvaguarda de los derechos fundamentales de dimensión negativa.

Se debe consentir que el concepto de interés público se ha erigido indirectamente, siendo campo de cultivo para arbitrariedades por el hecho de la ambigüedad, entendiendo por arbitrariedad-ambigüedad la *amplitud de subjetividad* de la que gozan el legislador, la administración y los jueces al momento de tomar decisiones conforme al interés público, a primera luz, podría considerarse que esto se debe a la falta de determinación previa y expresa del contenido del interés público, pero esto no es así (o por lo menos no de forma

²⁶⁵ Véase: sentencia corte constitucional Colombia C-377 de 2002, en la cual se reconoce la orientación de la acción popular a la defensa del interés público. Aunque en la propia sentencia determine la procedencia de la acción popular en la defensa del interés general.

²⁶⁶ La Corte Constitucional colombiana ha decantado la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, más aun cuando se trata de asuntos donde el interés público sea afectado. Sin dar claridad de lo que podría entenderse por tal, reconoce que en el caso de la procedencia de una tutela contra la providencia de un juez que no aplique cierto tipo de normas, que a juicio de la Corte debería haberlo hecho, el interés público estará dado por el “mantenimiento de las condiciones que tornan posible la operatividad y la eficacia del sistema diseñado para satisfacer las pretensiones pensionales, y los derechos a ellas vinculados”. Véase: Sentencia T-042 de 2012.

absoluta) pues ya lo refleja tanto la cimentación constitucional, legislativa y judicial que el contenido material del interés público se ancla a *fórmulas de no retorno*, resultando que el interés público es la aceptación de la salvaguarda de derechos, de la materialización del principio Estado Social de Derecho, del reconocimiento de posiciones jurídicas de los administrados; por estas cláusulas de no retorno, es que se soporta la no necesidad de determinación previa del concepto de interés público, y son estas mismas las que encierran en su esencia interna la aceptabilidad de la relación entre interés público y Estado Social de Derecho, garantía, derechos fundamentales, etc. Conforme a lo anterior, la problemática de la ambigüedad no se resuelve con la fijación de un contenido expreso, absoluto y previo del interés público, pues, se daría por sentado que en cuanto a su contenido las cláusulas de no retorno cumplen su cometido de no permitir que interés público sea una monarquía absoluta y negación de la república, el rechazo de los derechos fundamentales, o la aprobación de un Estado sin ninguna funcionalidad a favor del pueblo. Son precisamente las cláusulas de no retorno aprobadas en la contemporaneidad, las que orientan la problemática de la ambigüedad a otros escenarios, que en particular creemos es el siguiente: la ambigüedad, o lo que es lo mismo la amplitud de subjetividad en torno al concepto de interés público no se resuelve, en gran parte, por la fijación del contenido, sino por la determinación en sentido general de lo que se entiende un actuar conforme al interés público, determinación que debe ser contemplada en la constitución política, aprovechando la condición de re-materialización constitucional. Veamos cómo se da esto en el siguiente capítulo.

**CAPITULO SEGUNDO: AMBIGÜEDAD E IMPLICACIÓN.
PRESUPUESTOS DE SOLUCIÓN EN LA TÉCNICA: CONCEPTO
JURÍDICO DE DETERMINACIÓN EN SENTIDO GENERAL DE
INTERÉS PÚBLICO.**

Partiendo por un lado de la premisa que los ordenamientos jurídicos como en sede judicial se hace uso del concepto de interés público de forma amplia y sumaria, o lo que es lo mismo careciendo de gran objetividad, y por el otro lado, de dos criterios epistemológicos, como son:

i) Habiendo una apariencia de solides en las formulas del Estado social de derecho, gobiernos democráticos, el poder sometido al cumplimiento del interés público, por qué presenciamos un Estado cada vez más opresor, unas condiciones de vida de los ciudadanos más deplorables, más gobiernos corruptos; esto más allá de una estruendosa lamentación, debe conducir a la reflexión de las estructuras de apariencias solidas que hoy soportan la vivencia colectiva y la legitimación del poder, para decantar de tal análisis un replanteamiento de posiciones, de ser necesario.

ii) Los cambios transformadores de la sociedad, de la convivencia colectiva, de la mismísima forma de “*tratar*” el derecho y la legitimación el poder han sido *sutiles* en su declaración pero trascendentales en la realidad, de modo que en la sutileza estaría la propuesta de solución de múltiples problemáticas del hombre social. Así lo demuestra la historia. La sutileza aflora en una era contemporánea que mira en retrospectiva.

Es importante una vez hecho el análisis de la institución de interés público como concepto, proponer una fórmula de solución “sutil” pero con pretensiones de efectividad que determinen un uso objetivo del concepto de interés público.

Conforme a ello se abordara en el presente capítulo, siendo la cuestión central de este trabajo, la construcción en sede teórica del derecho administrativo la formula ***interés público como concepto jurídico de determinación en sentido general.***

Así se decantara las consecuencias adversas del interés público como concepto jurídico indeterminado que invitan a la arbitrariedad apartándonos de la doctrina sobresaliente que reconoce plena garantía al interés público como concepto indeterminado (Sección I, A, B), para abordar la técnica de determinación general , en sus componentes teóricos e implicaciones en el

sede del derecho administrativo, proponiendo, primero la eliminación de la indeterminación del concepto jurídico de interés público; segundo construyendo la causal de control de legalidad de las actuaciones de la administración, titulada *lesión de interés público* como causal de control mixto, lo cual se abordará en la sección II (A, B) de este capítulo.

SECCIÓN I. FUNDAMENTOS DE AMBIGÜEDAD PROVENIENTE DE LA FÓRMULA: CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO DE INTERÉS PÚBLICO.

El reconocimiento del interés público como concepto jurídico indeterminado lo encasilla en ser una técnica de control de fondo de los actos discrecionales, posición asumida por la mayoría de la doctrina y en particular por el Consejo de Estado Colombiano.

La debilidad que expresa la fórmula se decanta en no garantizar que las actuaciones de la administración como de la jurisdicción a partir del interés público de *manera previa* posean alguna determinación, es decir, de aceptarse como fórmula sagrada que el interés público sea un concepto jurídico indeterminado, se admite una sola condición del interés público, como es servir de **control** de la discrecionalidad a modo de divergencia, pero se abandona las otras dimensiones como son la **fundacional y limitante**.²⁶⁷

²⁶⁷ Recuérdese el tipo de disposiciones: Cconstitucionales: i) disposiciones de establecimiento de la prevalencia del interés general, ii) disposiciones de fijación del interés general como finalidad de los poderes públicos y de servidores públicos (en general o particular), fijación de competencias, iii)fundadoras y/o limitantes de derechos y facultades estatales a partir del interés general, iv) disposiciones de referencia de calidades, entendidas como aquellas que definen cierto bien, servicio, actividad, objeto, etc., posee la condición de interés general, v. disposiciones que fijan prohibiciones con base en la lesión del interés general (implica ocupar cargos, actividades económicas, etc.), vi. Fijación de competencias en el marco de la organización político-administrativa del Estado; como las disposiciones legales: i) Disposiciones que ratifican la prevalencia del interés general y la finalidad de servicio orientado al interés general, ii) Disposiciones que fijan potestades de la administración en el marco de la actuación administrativa, contractual, sancionatoria, y de otro tipo; iii) Disposiciones que disponen facultades al juez de lo contencioso administrativo con base en el interés general. Se agruparan en dos tipos de dimensiones en el presente capítulo: dimensión fundacional y dimensión limitante. Como una tercera dimensión estaría la reconocida en la doctrina como la categoría del interés público como concepto jurídico indeterminado.

Estas últimas para su efectividad exigen que el interés público como concepto goce de una previa determinación por lo que hace limitada la técnica expuesta por Eduardo García de Enterría.

Las dimensiones fundacionales y limitantes del interés público exigen una reformulación de la institución, orientada a la búsqueda de una determinación en sentido general que se incruste en el ordenamiento jurídico a partir de la constitución política.

De no desarrollarse este cambio que hacemos relación, paradójicamente el concepto indeterminado del interés público conlleva a ser campo de cultivo de arbitrariedades, lo cual trataremos en la (Sección A); la necesidad del tal formulación se funda en el marco de la re-materialización constitucional. (Sección B).

A. La arbitrariedad del “interés público” en los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

En la *lucha contra las inmunidades del poder* el maestro Español Eduardo García de Enterría, es expresamente claro en sostener que los conceptos jurídicos indeterminados son técnicas de control de la discrecionalidad, en la medida que existe una gran diferencia entre aquellos y ésta. Así, mientras los conceptos indeterminados invitan al escenario de lo cognitivo, la discrecionalidad se funda en el campo volitivo; frente a los conceptos indeterminados existe una única respuesta correcta bajo la fórmula *Tertium non datur* y el *juicio disyuntivo*, que se traduce que cada concepto indeterminado se *da o no se da* llegado un caso concreto, mientras en la discrecionalidad la administración goza de una margen de apreciación amplia, aceptando su control posterior jurisdiccional.

Pero más allá de estas diferencias estructurales entre las instituciones conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa, en el estudio particular del concepto Interés público hace que reformulemos su categorización como concepto indeterminado.

La reformulación se debe dar porque sostenemos en este escrito que poseyendo el concepto de interés público tres dimensiones: técnica de control jurisdiccional, fundacional y limitante de derechos y potestades; la fórmula se queda “corta” al abordar tan sólo una dimensión (técnica de control jurisdiccional) y no las tres como exige la contemporaneidad. Entiéndase bajo la concepción de contemporaneidad tratada en el primer capítulo, la aceptación de fórmulas como el Estado social y constitucional de Derecho, la categoría normativa de la constitución política, la objetivización de los derechos fundamentales y la re-materialización constitucional, que son principios establecidos en lo actual, en lo presente, y que no tienen punto de regreso (cláusulas de no retorno).

Al amparo de estos elementos que impone la contemporaneidad, se ve que en el transcurso de los tiempos el Derecho en sentido general y en particular el derecho administrativo ha cambiado por agregarse en su estructura elementos neo constitucionales y/o garantistas²⁶⁸, esto conlleva a la necesidad de repensar el derecho administrativo, que es lo que aquí nos interesa, en especial al interés público, encasillado hace bastante tiempo y antes de la era de la contemporaneidad, como concepto jurídico indeterminado, propiamente, como técnica de control.

Si algo se ha avanzado en materia de derecho administrativo, es fundar el concepto de administración no sólo en la existencia de prerrogativas-potestades administrativas y en su posterior control jurisdiccional, sino en la presencia de contenido material de manera previa al qué-hacer de la administración.

²⁶⁸ Véase respecto al neo-constitucionalismo: CARBONELL, Miguel, GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. El Canon Neo constitucional. Ed. Universidad Externado. Colombia. 2010; PRIETO SANCHÍZ, Luis. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Ed. Trotta. España. 2009; GASCON ABELLAN, Marina (Coord.). Argumentación Jurídica. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia-España. 2014. Respecto de garantismo Véase: FERRAJOLI, Luigi. El garantismo y la filosofía del derecho. Traducción. Díaz Martín José Manuel. Ed. Universidad Externado. 2000. FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Traducción. Andes Ibáñez, Andrea Greppi. Ed. Trotta. España. 2009. FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. Traducción Andrés Ibáñez y otros. Ed. Trotta. España. 2011.

Si se piensa que la contemporaneidad consolidó la re materialización constitucional y la existencia de un margen garantista de los derechos de los administrados-ciudadanos, se acepta que la administración, si bien goza de unas potestades, cualquiera que sea, se limita de forma expresa o implícita en el respeto al contenido material del derecho, lo que hace que la actuación de la administración se materialice bajo el respeto de los contenidos, so pena, de ser contrario a derecho y tener que desaparecer del ordenamiento jurídico.²⁶⁹

Se ha creído tanto en la doctrina como en la práctica jurídica (ejecutivo, legislativo, judicial, órganos de control, etc.) que es suficiente que en las constituciones políticas se establezca los principios de la finalidad de la administración al servicio de los intereses generales o el interés público, así como el principio de la prevalencia del interés general sobre el particular, pues, es aceptable sin más ni más su fuerza axiológica. Esta es una razón fundamental para su permanencia indemne durante bastante tiempo.

En la contemporaneidad se hacen relevantes tales principios, como en la antigüedad, pero, lo que ha cambiado, o mejor, lo que se espera que cambie, es que no resulta suficiente la expresión de tales principios con su fuerza axiológica, se requiere amparar la actuación de la administración y los derechos de los administrados-ciudadanos en fórmulas más concretas. Se trata entonces no de “escribir” de mejor forma estos principios, que gozan de una claridad gramatical perfecta, sino abordar los contenidos a lo que se orientan, en ambos principios, es obvio que se conduce al interés público o general.

²⁶⁹ Explica Prieto Sanchís que la caracterización del constitucionalismo contemporáneo es el reconocimiento de la fuerza normativa de la constitución y la re-materialización constitucional, la primera de origen Norteamericano, la segunda de origen Europeo que arranca con la revolución Francesa, así se entiende la inclusión dentro de la constitución no solo de normas formales, sino también de normas sustantivas que “*pretenden trazar límites negativos y vínculos positivos a lo que dichos poderes están en condiciones de decidir legítimamente*”. Véase: PRIETO SANCHÍZ, Luis. *Presupuestos neo constitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica*. Págs. 20-21 En: GASCON ABELLAN, Marina (Coord.). *Argumentación Jurídica*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia- España. 2014; De igual forma el autor señala respecto del neo constitucionalismo que puede poseer cuatro acepciones principales: encarna un cierto tipo de estado de derecho, es una teoría del derecho, es una ideología o filosofía política o es una filosofía jurídica. PRIETO SANCHÍZ, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Ed. Trotta. España. 2009, Págs. 101-102.

En el estudio del profesor Humberto Ávila sobre los principios en el derecho, estipula varios criterios para la distinción entre reglas y principios, estos son: 1) Criterio hipotético – condicional, que diferencia las reglas por contar con un supuesto fáctico y consecuencia jurídica , a diferencia de los principios que sólo indican el fundamento que ha de utilizar el aplicador para encontrar en el futuro la regla para el caso en concreto.; 2) criterio del modo final de aplicación, las reglas se aplican todo o nada, mientras los principios se aplican de modo gradual más o menos; 3) criterio de la relación normativa, parte de la base de que la antinomia entre reglas materializa un verdadero conflicto, solucionable con la declaración de invalidez de una de las reglas o con la introducción de una excepción , mientras el conflicto de principios se trata de una superposición solucionable a través de la ponderación atribuyendo una dimensión de peso a cada uno de ellos. 4) el criterio del fundamento axiológico, que reconoce solo a los principios como fundamento axiológico para la toma de una decisión.²⁷⁰

Los poderes públicos han gozado al amparo de los referidos principios de un amplio margen de acción frente al interés público, se ve , hoy por hoy, que actuaciones que se esperaban por una parte de la población fueran declaradas inconstitucionales o ilegales por lesionar el interés público, resultan aprobadas por los máximos tribunales que no dudan en declarar su constitucionalidad o legalidad, en otras ocasiones pasa todo lo contrario, esperando se declare la constitucionalidad o legalidad, resulta las decisiones jurisdiccionales prescribiendo la inconstitucionalidad o ilegalidad.

García Figueroa entiende que los jueces ante casos difíciles no pudiendo abstenerse de decidir, toman decisiones que en ocasiones no resultan las más acertadas. Reconoce entonces que –

“la interpretación de lo que el juez hace o de lo el juez debe hacer bajo estas circunstancias depende de dos extremos: cómo se conciba la actividad del jue en el ámbito de apertura del derecho positivo y cual sea la teoría del derecho que se propugne. En otras

²⁷⁰ . Véase: ÁVILA, Humberto. Teoría de los Principios. Trad. Laura Criado Sánchez. Ed. Marcial Pons. España. Págs. 36-37

palabras, la cuestión se plantea en torno a dos elementos fundamentales: la discreción judicial y el concepto de derecho. Naturalmente la concepción del segundo modula el alcance que se confiera a la primera y la toma de posición acerca de la primera presupone una determinada idea del segundo”²⁷¹

Hay otros casos donde las decisiones dividen la opinión de la población, como es el caso del reconocimiento de derechos a parejas Homosexuales, o los derechos de los transexuales, los derechos de los animales, los derechos de la naturaleza.

Sebastián Linares hace un estudio de la ilegitimidad democrática del control judicial de las leyes, sosteniendo que WALDRON, expositor importante de la crítica al control judicial, partiendo de la base que toda sociedad tendría cuatro asunciones, a saber: i) existe una legislatura representativa, elegida por el pueblo, ii) existe un conjunto de instituciones judiciales, no elegidas por el pueblo, iii) existe un compromiso por la mayoría de la sociedad y de los funcionarios públicos con la idea de los derechos individuales, iv) Existe un desacuerdo persistente, sustancial y de buena fe entre los miembros de la sociedad sobre el contenido, los límites y el alcance de los derechos . En cuanto a la última asunción, dice el autor, que Waldron aceptando que los desacuerdos se dan, en la mayoría de eventos, en la base de la interpretación frente a circunstancias concretas. Tal interpretaciones no son exclusivamente jurídicas, lo que debe implicar la necesidad debate y la presencia de elecciones.²⁷²

No es solo la jurisdicción que materializa decisiones antagónicas y yuxtapuestas para el interés público, también lo hace el legislativo cuando omite la realización de cierto tipo de leyes que por mandato constitucional se

²⁷¹ Véase: GARCIA FIGUEROA, Alfonso. Principios y Positivismo Jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworking y Robert Alexy. Ed. Centro de Estudios Políticos Y constitucionales. Madrid- España, 1998. Págs. 54-55

²⁷². Véase: LINARES, Sebastián. La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes. Ed. Marcial Pons. España. 2008. Pág.69

exige su existencia, o por la realización de leyes contrarias a lo que se pensaría sería el interés público.

La administración y los entes de control que adelantan procesos administrativos sancionatorios se jactan de proferir decisiones bajo la salvaguarda de defender el interés público, aunque en ningún momento determinen que se entiende en la decisión en concreto por la salvaguarda del interés público; cuando se desdibuja tal situación, tan solo resulta siendo el interés público un *argumento*.

La ciudadanía, el administrado, también juega con el interés público, actos de rebelión, asonada, los famosos “paros”, el bloqueo de calles, la destrucción de lugares públicos con grafitis, se fundamenta por los que lo hacen en la defensa del interés general, en el amor a la patria, por el respeto de todos, por las generaciones futuras, etc.

En Colombia, el dos de octubre de 2016 se decidió por el pueblo NO al plebiscito que pretendía la aprobación de los acuerdos de terminación del conflicto armado de hace cincuenta años entre las Guerrillas de las FARC-EP y el Estado Colombiano, esa decisión del No, está amparada en la baja popularidad del presidente Juan Manuel Santos, por el rechazo de varios gremios que adelantaron “paros” para exigir al Gobierno acciones directas, así transportadores y campesinos, muchos de ellos no votaron, otros votaron por él No, o por el enfrentamiento de dos fuerzas electorales. Si algo se evidenció en Colombia el proceso del plebiscito para la refrendación del acuerdo de terminación del conflicto, es la fragilidad con que el interés general o público se toma.

En Venezuela se exige por un sector político la formulación del procedimiento para llevar a cabo el proceso de revocatoria del mandato del presidente Maduro, procedimiento que tardó en explicitarse por el Consejo Nacional Electoral de Venezuela y que amparado en el Interés público estableció ciertas reglas, que para muchos hace imposible que prospere la revocatoria de mandato, hasta llegar al nivel, en el mes de noviembre de 2016 de presentarse

una crisis institucional, crisis que se pretende relativizar con el desarrollo de un dialogo propuesto por la Iglesia (Vaticano).

El profesor BREWER CARIAS en su obra *Dictadura Judicial y Perversión del Estado de Derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, afirma con total certeza “la perversión diabólica del Estado de derecho” pero aunque lo afirme del Estado Venezolano, formulando varios ejemplos de desconocimientos en sede judicial de potestades de la asamblea Nacional, puede, con las variaciones pertinentes, hacerse extensiva las conclusiones dadas por él.

“De ello resulta entonces que si bien todos órganos del Estado y a los actos que dicten están sometidos al derecho establecido en la Constitución, el ámbito del derecho que les es aplicable varía por el grado que tengan en la ejecución del orden jurídico, por lo que, en los segundos, al ser dictados en ejecución directa de la legislación e indirecta de la Constitución el ámbito del derecho que les es aplicable es más amplio, pues además de la Constitución, incluye a todas las otras fuentes del derecho. Por ello, precisamente, para asegurar el sometimiento al derecho, la garantía judicial del Estado de derecho ha dado origen básicamente a tres sistemas clásicos de control judicial de la conformidad de los actos estatales con el derecho que son: primero, el sistema de justicia constitucional o de control de constitucionalidad de las leyes destinado a controlar la conformidad con la Constitución de las leyes y demás actos estatales dictados de ejecución directa e inmediata de la misma, y que por ello, solo están sometidos a la Constitución;⁴⁴ segundo, el sistema de justicia administrativa o de control judicial contencioso administrativo que tiene por objeto asegurar el sometimiento al derecho de los actos administrativos dictados por la Administración Pública y por los demás órganos y entes del Estado en ejercicio de la función administrativa, que además de estar sometidos a la Constitución, esencialmente están sometidos a la legalidad general,

por lo que siempre son de rango sublegal; y tercero, el sistema de control judicial de las decisiones de los propios tribunales de justicia, destinado a controlar la conformidad con el derecho de las sentencias, a través de los procesos judiciales de apelación, revisión y de casación respecto de las sentencias y demás actos judiciales.

Además, en cuarto lugar, se podría distinguir en muchos países un cuarto sistema garantista de control judicial de las actuaciones del Estado y en muchos casos de los particulares, establecido específicamente para la protección o amparo de los derechos fundamentales de las personas, a través de los procesos judiciales de amparo, tutela o protección constitucional de los mismos

(...)

Es inconcebible por tanto, en ese esquema, que un Juez Constitucional pueda llegar a ser el instrumento para lo contrario de aquello para lo cual fue concebido, y que llegue a configurarse, arrogándose todo el poder del Estado, como el instrumento para garantizar la violación impune de la Constitución por los otros órganos del Estado, para asegurar la destrucción del Estado de derecho o el desmantelamiento de la democracia, o incluso para convertirse en el instrumento para implementar y sostener un régimen autoritario²⁷³

Es lo último que a título de afirmación puede extenderse a los demás ordenamientos jurídicos que poseen una problemática actual de la seguridad de las decisiones judiciales, y no solo de las intenciones en el ejercicio de sus funciones del legislador y el ejecutivo- administración. Estando en el esquema de los poderes públicos el sistema judicial con pretensiones de servir de garantía a partir de efectuar el control judicial de las decisiones; la contemporaneidad revela una problemática actual, el sistema judicial al servicio de intereses ocultos, arbitrarios.

²⁷³ BREWER-CARÍAS, Allan R. Dictadura Judicial y Perversión del Estado de Derecho. Ed. Jurídica Venezolana Internacional. 2ª ed. Actualizada. Caracas- Venezuela. 2016. Págs. 28-29

Ahora bien, siendo manifiestamente arbitrarias las decisiones tomadas por la máxima instancia judicial en Venezuela respecto de los poderes de la Asamblea Nacional como las describe el profesor Brewer- Carías, puede considerarse que no es solo ese tipo de arbitrariedad, la manifiesta, la que existe en los ordenamientos jurídicos. Se presenta un tipo de arbitrariedad fundada en el uso subjetivo y amplísimo de la fórmula de interés público para justificar cuanta decisión se desee. Si la ciudadanía encomendaba en los jueces, en cualquiera de los tipos de justicia que predica el profesor venezolano, la salvaguarda de lo público, hoy estos no son precisamente fundantes de objetividad, seguridad y lealtad al ordenamiento jurídico.²⁷⁴

La arbitrariedad, tan combatida, en el pasado, hoy toma fuerzas en la indeterminación del interés público, si se acepta tal oportunidad para el poder institucionalizado como por los ciudadanos-administrados de definir lo que quieran de interés público, termina por ser el peor de los males tal indeterminación, en palabras de Jeremías Bentham un sofisma político, el más peligroso de todos los tiempos.

Así como la constitución ha sufrido una variación en su reconocimiento no solo como texto político sino como norma jurídica, misma suerte ha llevado el interés público. Si bien el interés público es una institución política que conduce a la Unidad política, a la limitación del poder y su control, justificación y legitimante²⁷⁵, en el ámbito normativo es un principio constitucional, pero en esta sede normativa, es importante advertir que es un principio formulado expresamente bajo dos figuras, la primera la prevalencia, la segunda, la orientación del actuar de la administración.

Frente a la prevalencia, se quiere decir que el interés público o general está consagrado en la constitución no como principio autónomo, sino bajo el principio que entiende que en caso de enfrentarse el interés general y el interés

²⁷⁴ En cuanto al papel de todos en la defensa de lo público. Véase: VELILLA MORENO, Marco Antonio. La ética y la Defensa de lo Público. Un camino para la construcción de la solidaridad y la responsabilidad colectiva. Ed. Planeta Colombiana S.A. Bogotá- Colombia. 2014.

²⁷⁵ Véase sobre el concepto de unidad a partir de la identidad del sistema jurídico. VILAJOSANA, Josep M. El Significado Político del Derecho. Ed. Fontamara. México.2005

particular, la prevalencia no debe ser discutida porque a priori se ha estipulado la superación sobre el interés particular del interés público o general. En el otro caso, tampoco se representa la autonomía del interés público, sino éste está ligado al principio de orientación del poder público hacia un fin supremo: el interés público; en cuanto a ello, es clara la bidimensionalidad de la fórmula, por un lado, representa un valor político de legitimidad, que conlleva a la obediencia, por otro lado, a la admisibilidad del control jurisdiccional a la reducción de las zonas de inmunidad jurisdiccional.

Ha parecido ser suficiente estas dos consagraciones del interés público, su prevalencia y su carácter legitimante; tanto en lo político como en lo jurídico no se ha discutido su reformulación, creería que no ha habido necesidad de ello, no tanto por los hechos que trae la vida colectiva diariamente, sino que no se cree que las formulas necesiten ser replanteadas.

Estamos de acuerdo que las formulas del interés público aquí señaladas, son suficientes, que no se hace necesario re-plantearlas a gracia de la solidez de las cláusulas de no retorno. Pero una vez advertimos que el interés público no es un principio autónomo, se abre la puerta a la exigibilidad de su formulación, para que no sea una formula axiológica de segundo nivel por su subsunción a principios principales como la prevalencia y orientación, es decir, se hace imperiosa la fijación de un principio autónomo de que *trate del actuar conforme al interés público*.

La falta de determinación del interés público como principio autónomo sino relegado o subsumido a dos principios, que si bien hacen alusión a éste lo hacen de forma secundaria, vislumbra una clara situación: que tales principios posibilitan una actuación arbitraria de la administración que puede ser amparada por otra decisión del mismo nivel, no teniendo salvaguarda el ciudadano-administrado para exigir en concreto un control de éstas. La mayor de las garantías contra la arbitrariedad es que previamente a la actuación de los poderes públicos no se indique tan sólo que estos sirven al interés público, sino que se tenga claridad en sentido general de lo que se entiende o debería entender cómo *actuar conforme al interés público*.

La re-materialización constitucional si bien aprueba la presencia de contenidos en el derecho, también abre la puerta a la argumentación jurídica, siendo ésta en ocasiones nociva para el propio derecho y los derechos de los administrados si no posee límites, debido a la posibilidad de amplitud.²⁷⁶

Ahora bien, la no condición de principio autónomo del interés público y por el contrario su supeditación a principios de prevalencia y orientación, han conducido a no fijar la mirada en la construcción constitucional de tal principio de forma previa y expresa; formulación que debe contenerse en la constitución política con el objetivo de implicar mayor seguridad de las actuaciones del poder público, en particular de la administración y los jueces.

El reconocimiento de los principios en el derecho, decantan que pudiéndose acudir a ellos por medio de la argumentación jurídica, puede darse soluciones concretas a problemas concretos, aunque en ella no se presenten únicas soluciones justas.²⁷⁷

La arbitrariedad en las actuaciones de los poderes públicos respecto de la invocación para sus actuaciones al interés público, se forja en una situación concreta: la inexistencia de consagración del interés público como principio autónomo, de lo cual pueda predicar una determinación, apartándolo de la clasificación de concepto jurídico indeterminado.

Siendo el interés público el móvil de actuar de los poderes públicos y la de la ciudadanía tanto en la dimensión jurídica como política, no es aceptable que previamente la constitución no contenga expresamente y de manera particular lo que puede entenderse por actuar conforme al interés público; una objeción

²⁷⁶ Precisa Martínez Zorrilla los problemas del lenguaje en relación con la argumentación: vaguedad, ambigüedad y carga emotiva. Véase: MARTÍNEZ ZORRILLA, David. Metodología jurídica y argumentación. Ed. Marcial Pons. España. Págs. 205-206

²⁷⁷ Prieto Sanchís se pregunta ¿puede la teoría de la argumentación superar toda indeterminación y alcanzar la anhelada unidad de solución correcta? Respondiendo: “*No parece necesario compartir una tesis tan comprometida: falta un horizonte normativo objetivo y estable del que inferir en cada caso una única respuesta justa o correcta que excluya toda dimensión discrecional; y falta también un modelo argumentativo capaz de producir esa inferencia*” Véase: PRIETO SANCHÍS, Luis. *La Teoría de la interpretación en el origen de la Justicia constitucional y en el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica*. Pág. 71 En: GASCON ABELLAN, Marina (Coord.). *Argumentación Jurídica*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia-España. 2014

que pudiera hacerse a esta tesis de la formulación, podría ser que al estar anclado el interés público al principio de Estado Social de Derecho, se entendería que el interés público es aceptación de la democracia, satisfacción de fines esenciales, salvaguarda de derechos, cumplimiento de procedimientos y formas, y de ese modo ser innecesaria la determinación en concreto del interés público.

Si bien a través de los tiempos se ha decantado vía jurisprudencial, acudiendo caso por caso, dar concreción al interés público, nótese que en muchas de tales decisiones judiciales donde se ha decidido con base en el interés público, sólo ha sido suficiente recalcar un discurso tradicional para emitir sentencias, de modo que decidir a partir del interés público se constituye en una exigencia argumentativa de lo que en el caso en concreto puede comprenderse por interés público; tomando un ejemplo señalado en el capítulo anterior, nótese en cuanto al estudio de la procedencia del silencio administrativo positivo ante la no decisión a tiempo de los recursos instaurados por un servidor público en el marco del proceso administrativo sancionatorio, la mayoría de magistrados de la Corte Constitucional de Colombia, estipularon su constitucionalidad por estar conforme al interés general en cuanto se salvaguardaba derechos de los investigados, pero en el salvamento de voto algunos magistrados sostuvieron que era inconstitucional en cuanto que en particular en los procesos administrativos sancionatorios se persigue el castigo a un servidor público que ha faltado a su deber funcional no debiendo premiarse tal comportamiento con una garantía del silencio positivo, más aun cuando la regla general en el ordenamiento jurídico Colombiano es el silencio administrativo negativo, de manera que, la aceptación de constitucionalidad de tal excepción lesionaba el Interés general. ¿Quién tiene la razón?²⁷⁸, curiosamente el interés público resulta ser un asunto decisional con base en la argumentación, en cuanto que

²⁷⁸ Aulis Aarnio reconoce en lo racional como razonable que todo se trata de convencer a un auditorio. Véase: AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991. Pág176-178. A su vez la relación entre interpretación, poder y decisión Véase: RAZ, Joseph. *Entre la Autoridad y la Interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*. Ed. Marcial Pons. España. 2013. Págs.133-137. Juan Carlos Bayon expone cuestiones sobre la derrotabilidad, indeterminación y justificación jurídica. Véase: BAYÓN, Juan Carlos. *¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?* Págs. 62-71. En: ORTEGA GOMERO, Santiago (Editor). *Razonamiento e Interpretación Jurídica*. Ed. Ara. Perú. 2010.

no puede estipularse con certeza la fórmula de la única respuesta justa o correcta.

Cualquiera de tales posturas expuestas en la sentencia es aceptable, porque argumentativamente son admisibles al tenor del ordenamiento jurídico, evidenciándose la debilidad que representa el interés público por no poseer la condición de principio autónomo. De nada sirve que prediquemos la prevalencia del interés general sobre el particular, porque salvaguardar los derechos ²⁷⁹ también es un asunto de finalidad del Estado social de Derecho y de interés general, más en los casos de libertades negativas; tampoco sirve de mucho el principio de orientación de la administración al servicio de intereses generales, porque no se puede endilgar a los magistrados de la Corte que sentaron la posición mayoritaria de reconocer la constitucionalidad de la excepción del silencio administrativo positivo, haber obrado en contra de derecho y de los intereses generales, como tampoco podremos decir nada de ello a los magistrados vencidos.

Hoy son más comunes las situaciones donde la ciudadanía se polariza frente a las decisiones de la administración como de la jurisdicción, la fijación del salario mínimo de los trabajadores año por año, deja “felices” a los trabajadores en ocasiones, en otras a los empresarios; la suscripción de TLC abre posibilidades algunos sectores, a otros, los conduce al exterminio; la declaratoria de inconstitucionalidad de los actos de reformas de la constitución por medio de la técnica de la sustitución constitucional en Colombia conllevó a la caída de la ley de referendo que pretendía promover la reforma constitucional para impulsar la segunda reelección de Álvaro Uribe Vélez; en Venezuela se declaró la constitucionalidad de la toma de juramento de presidente reelecto de Hugo Chávez, en cualquier momento, ha contrario de lo que algunas voces manifestaban de inconstitucional.²⁸⁰ La situación actual del mundo demuestra

²⁷⁹ Artículo segundo de la constitución de Colombia estipula finalidades esenciales del Estado, promover la garantía de los derechos.

²⁸⁰ El tribunal Supremo de Venezuela expuso que por ser presidente reelecto, el juramento podría hacerse en cualquier momento, sin tener en cuenta lo expuesto por el artículo 231 constitucional

que el interés público como discurso no es pieza de absoluta garantía, por el contrario, cada vez cobra fuerza las declaraciones de Bentham y de Jouvenel.

Teniendo de presente que aun en la falta de determinación previa es la inexistencia de reconocimiento como principio autónomo, la causal que invoca la arbitrariedad a partir del interés público en estos tiempos. Se hace necesario afrontar la problemática promoviendo soluciones a ella.

La arbitrariedad es definida en general como capricho o libre voluntad, lo que implicaría ser libre ante ataduras como la ley y la razón, en particular se ha dicho en materia del actuar de la administración que un actuar arbitrario es aquel que no se sujeta a derecho, que se aparta de él de manera manifiesta, de modo que debe ser proscrito en el marco de la constitución todo actuar arbitrario de la administración, a su vez, este comportamiento arbitrario se obliga a su sometimiento al control jurisdiccional del que se espera declare su ilegalidad o inconstitucionalidad.

Visto de esa forma, la idea de la arbitrariedad y su prohibición es sencilla, simple y fácil, por no decir que suficiente para impulsar la legitimidad de las actuaciones del poder institucional, ya que obliga a la administración a actuar correcta y no arbitrariamente, legitimando política y jurídicamente el actuar de los jueces en defensa del ordenamiento jurídico. La proscripción de la arbitrariedad en un primer momento se exige de las actuaciones del legislador y la administración, en un segundo momento, de los jueces. La conversión es simple, respecto de la regla del gran Montesquieu. En el tiempo de la contemporaneidad se predica la proscripción de la arbitrariedad de los poderes en general, no quedando libres de tal mandato los jueces, fijando a que cada vez se perfile de mejor forma tal mandato.

Ya no bastara entonces que el juez se reconozca como guardián del ordenamiento jurídico, sino que es necesario predicar y garantizar que los jueces no desbordan su actuar hasta llegar a ser arbitrarios a título de una dictadura judicial, parafraseando al maestro Brewer-Carías.

La historia del hombre ha demostrado que las instituciones creadas deben ser perfiladas con el paso de los años, so pena, que recaigan en desuso; téngase en cuenta, por ejemplo, lo acontecido con el paso de las poliarquías medievales a las monarquías absolutas, luego de estas al Estado liberal que ante sus crisis se formuló el Estado Social de Derecho. Misma suerte es la de la proscripción de la arbitrariedad, si bien los jueces son pieza angular en este nuevo sistema de control, a contrario de ser simple boca de ley, nada debe imposibilitar que sean sujetos de limitantes y controles.

Obviamente no se trata aquí de predicar perfección en el derecho o la necesidad de verdades absolutas, nada de eso, específicamente ante la proscripción de la arbitrariedad se hace gala que el interés público y su concepción no autónoma de prevalencia y orientación robustecen la proscripción; pero precisamente al no contar con una determinación previa y expresa así como no poseer la condición de principio autónomo, lo que hace es no posibilitar que el actuar de los jueces se subsuma a tal principio.

Si se quiere atraer el comportamiento de los jueces al acatamiento objetivo del mandato de proscripción, no se hace necesario crear otra instancia de control, que lo único que constituiría sería dar vida a una cadena interminable de controles. Lo importante es estipular una herramienta, o al estilo de García de Enterría, una *técnica* perfeccionada, pero para los tiempos contemporáneos, con la cual se invoque mayor seguridad en la toma de decisiones por los poderes públicos, no sólo de par de ellos.

Visto el marco general de la arbitrariedad a partir del interés público, pasemos a perfilar los elementos de los cuales se partiría el proceso de re-formulación de la tesis que acepta el interés público como concepto jurídico indeterminado.

B. Re-planteando la indeterminación del interés público a partir del fenómeno de Re materialización Constitucional.

Se ha sostenido hasta aquí que la indeterminación del concepto interés público no garantiza que las decisiones que se tomen sean las correctas o justas, sino que al ser tomadas, en particular por los jueces se trata de una dimensión decisionista. De igual forma el interés público como concepto, hemos señalado, permea en los ordenamientos jurídicos múltiples potestades de la administración, el legislador y los jueces.

Decantando detalladamente las condiciones de tal concepto, se observa que predica tres funciones especiales, que brotan del análisis del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, estas son:

Primera, servir de técnica de control jurisdiccional, en donde los jueces se apoyan de la condición de indeterminación del concepto para predicar en sus sentencias la decisión²⁸¹, que no es justa, sino mejor, la definitiva; en calidad de definitiva la sentencia si bien cierra la discusión llevada ante la jurisdicción, para nada debe, a título de dogma, considerarse que sea acorde en todos los casos con el interés público.

Segunda, la relación subordinada del interés público al principio de prevalencia estipulado en las constituciones políticas.

Tercera, el uso del interés público como concepto incrustado en el principio de orientación de los poderes públicos. Líneas atrás hemos señalado que en ambos casos el principio de interés público no es autónomo, bien sea

²⁸¹ Respecto del desarrollo de derecho por medio de la concreción hermenéutico- jurisdiccional, véase:

Donde la autora, expone, teniendo en cuanto lo descrito por Hesse : “*puede decirse que la interpretación de las normas constitucionales (no solo) no puede limitarse a la apropiación de algo determinado , por lo que resulta necesario un procedimiento de concreción que se corresponda con ellas*” , recalcando los siguientes principios de interpretación constitucional para la consecuencia de concreción: a) principio de la unidad de la Constitución, b) principio de la concordancia práctica. C) criterio de exactitud funcional, d) principio de la valoración de la relevancia de los puntos de vista elaborados o principios de efecto integrador, e) criterio de la fuerza normativa de la constitución. Estos principios cumplen con el papel no como obligatorios, sino en el acto de interpretación como procedimiento tópico. Véase: ALFLEN DA SILVA, Kelly Susane. *Hermenéutica Jurídica y concreción Judicial*. Trad. Humberto Orduz Maldonado. Ed. Temis. Colombia. 2006. Págs. 232-233

subordinado a la prevalencia o al principio de Estado Social de Derecho; ésta subordinación da una supuesta imagen de seguridad y certeza jurídica de las decisiones tomadas a partir del interés público, conduciendo los argumentos que tratan del interés público a reflejar una falsa imagen de certeza y seguridad, dando la apariencia que el interés público como principio se encuentra totalmente desarrollado, lo que no es cierto, los desarrollados son los principios de prevalencia, orientación de los poderes públicos y Estado Social de Derecho.

El no reconocimiento del interés público como principio autónomo conduce a considerar como fórmula absoluta la condición del interés público como concepto jurídico indeterminado, en la medida que pareciera ser suficiente que expresándose en principios y estos contener el concepto de interés público, solo debe propenderse porque la administración o los jueces concreten el concepto en cada caso en concreto, al tenor del principio *tertium non datur*. Concreción, que como hemos señalado en el capítulo anterior, no siempre es afortunada. La realidad es fiel muestra de las desafortunadas decisiones²⁸², que no sólo se quedan en el papel, sino que resultan materializándose en la venta de activos nacionales, de limitaciones a los derechos, reducción de potestades del sector central a las entidades territoriales o descentralizadas, etcétera. Adentrándonos más a la necesidad de re-plantear la indeterminación del concepto de interés público, resulta que lo que pareciera ser su deseada ventaja respecto de la posibilidad de concretar en cada caso en particular, bajo la fórmula *tertium non datur* el interés público, en la contemporaneidad no resulta acertada, pues se constituye en el *In-Put* para que a forma de argumentación jurídica se determine lo que es interés público, tal vez respondiendo a intereses particulares, gremiales o a presiones de Entidades Supra-nacionales, Económicas-Multinacionales o Bancarias.

²⁸² Petev nos habla de la racionalidad específica de la actividad decisoria judicial, señalando: “*son las acciones de órganos estatales, ella es siempre rigurosamente dependiente del sistema, tanto del sistema social en general como el sistema del correspondiente derecho válido, en lo particular*”, véase: PETEV, Valentin. Metodología y Ciencia Jurídica en el umbral del Siglo XXI. Trad. Luis Villar Borda. Ed. Externado. Bogotá-Colombia. 1996. Pág. 45

La contemporaneidad del Derecho puede decantarse en particular por el proceso de re-materialización constitucional, que significa, no otra cosa, que el reconocimiento de contenido material en la constitución como norma jurídica, lo cual implica la concepción de la validez material, la limitación de las decisiones de los poderes públicos, no solo a partir del enfoque del marco de competencia, sino de respeto de contenidos materiales expuestos en la constitución.

La fórmula de la prevalencia y orientación de los poderes públicos ha sobrevivido decenios de años, particularmente, por su aspecto legitimante que ofrece al poder político institucionalizado y al esquema de autoridad por valores; pero en los tiempos contemporáneos, la falta de autonomía como principio del concepto de interés público se constituyen en piezas claves para la arbitrariedad, disfrazada bajo la imagen de una clara seguridad y certeza.

Hoy por hoy, los jueces han recaído en la actuaciones reprochadas al legislador y a la administración: la inseguridad de sus decisiones; si bien en el tiempo al juez se le dotó de la condición de guardián del derecho y los intereses generales por razón de la admisibilidad del control jurisdiccional y la reducción de las zonas de inmunidad jurisdiccional, ahora la sociedad se pregunta quién es guardián ante las decisiones de los jueces.

Esta amplitud del problema de la guardia de las decisiones de los poderes públicos se amplifica con la entrada de la re-materialización constitucional, en la medida que admitiéndose la existencia de principios en las constituciones, al ser normas jurídicas, las decisiones que se tomen de ellos, no serán por el silogismo jurídico clásico para las reglas, sino a través de la interpretación y argumentación jurídica. Pareciera ser entonces que el interés público al ser un concepto indeterminado se ajustaría perfectamente al esquema de aceptabilidad de los principios y la argumentación como técnica de decisión judicial. Pero eso que pareciera ser un acoplamiento perfecto, no lo es en realidad, por el contrario, la re-materialización constitucional siendo aceptada debe invitar a reformular ciertas instituciones con el fin de evitar escenarios de arbitrariedad e inseguridad jurídica, dados por la posibilidad de los poderes

públicos gozar de un margen amplio de interpretación (amplitud de subjetividad) respecto de las formulas indeterminadas, como el caso del interés público que sustenta no solo el acto de control judicial de las actuaciones de la administración como del legislador, sino también lo hace de la fundamentación de las acciones de los jueces.

Entendiendo que la re materialización constitucional es la aceptación de contenidos materiales en la constitución con fuerza de predicar validez o invalidez jurídica de ciertas actuaciones de los poderes públicos y, aceptando que el interés público se constituye en pieza clave del comportamiento estatal, se hace importante pensar las posibilidades de certeza y seguridad jurídica que pudiese ofrecer que el interés público se materializara como *principio autónomo* diferenciándose de los principios a los cuales ha estado atado; así mismo que se formulara el interés público apartándose de la cláusula que lo ha contenido de concepto jurídico indeterminado.

Si bien el Estado Social de Derecho tiene su origen como principio inspirador y legitimante del comportamiento del Estado como institución frente a las necesidades de la sociedad y el individuo, estipulando claramente una sujeción a la satisfacción de finalidades sociales, so pena, de desdibujarse política y jurídicamente el papel relevante del Estado²⁸³, no es oculto el hecho que en nuestros días el Estado Social de Derecho no imposibilita que las administraciones Estatales produzcan cierto tipo de acciones u omisiones con las cuales se creería no se cumpliría con las funciones sociales; es claro también el hecho que ciertas decisiones que toma los poderes públicos, como elevar los impuestos, la venta de activos estatales , el fortalecimiento de ciertos sectores económicos so pena de abandonar otros, son decisiones tomadas bajo la imposición de condicionamientos externos a los Estados.

Conforme a lo anterior, nada nos dice que sea “cien por ciento” segura la fórmula incluir el interés público en el principio de Estado Social de Derecho, pues, su mayor inconveniente en la era de la contemporaneidad es el

²⁸³ Véase: CHEVALLIER, Jacques. El Estado Postmoderno. Trad. Oswaldo Pérez. Ed. Universidad Externado, Bogotá- Colombia.2011

paradigma económico que lo rodea²⁸⁴, que se robustece en países subdesarrollados como los latinoamericanos, en donde la explotación desmedida de los recursos naturales no renovables junto a la política de endeudamiento externo, hacen que la prestación de las finalidades sociales se vean desdibujadas por la satisfacción de otras, que en ultimas, no benefician a la sociedad o a la mayoría de ésta, véase por ejemplo que el marco del endeudamiento externo, los países deben acordar la implementación de ciertas medidas político-jurídicas que garanticen el pago de lo recibido, la reincidencia en el endeudamiento ya es el menor de los males, lo peor es la reestructuración *desde afuera* de los Estados y las condiciones de vida de sus habitantes; en ese entendido, qué seguridad puede ofrecer la obligatoriedad del respeto al interés público, si éste se subsume al principio de Estado Social de Derecho, de manera que, la modificación de éste conlleva a la reformulación de aquel, sin que sirva de pieza de control de las acciones del Estado.²⁸⁵

La indeterminación del concepto de interés público es puerta de entrada a la toma de decisiones movida por múltiples intereses, pero que son fácilmente pasadas como interés público, cuando en realidad es un claro sofisma, pero más allá de tal objeción, en la esfera de la re materialización constitucional, se posibilita con mayor facilidad que tal o cual argumentación jurídica fundamente las situación jurídicas que se relacionan con el interés público.

Si algo la sociedad exige hoy, es la garantía que en las decisiones no solo administrativas y legislativas sino judiciales se tomen acciones en defensa del interés público, lo problemático aquí es la facilidad con que se argumenta lo que se entiende por interés público, y como a partir de allí se da una fuerza vinculante a las decisiones, que si bien ante las de la administración y el legislador se garantiza con el control judicial, nada se puede hacer respecto de

²⁸⁴ Véase del autor El paradigma Económico del Estado Social de Derecho. En: LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro, BARRERA VARELA, Pedro Javier (compiladores). Ed. Ibáñez. Colombia. 2015.

²⁸⁵ LÓPEZ PEÑA, Edmer Leandro. Relatividad de contenido del interés general por su dependencia al principio de Estado Social Y Democrático De Derecho (a propósito del libro "con miras del interés general" de los profesores Arana Muñoz y Rivero Ysern). En: Ciencia jurídica, ISSN 2007-3577, N°. 6, 2014, págs. 159-166. Consultado en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5147388>

las decisiones de los jueces, nada garantiza que los jueces no se equivoquen intencional o no. El juez más allá de una esperanza confiada, no puede obviarse que en sus decisiones pueden equivocarse, producir males.

En cuanto al principio de prevalencia del interés general sobre el particular, éste ha sufrido variaciones, particularmente y la más importante de las variaciones es la delimitación de la decisión de prevalencia a partir del respeto de los derechos fundamentales, el reconocimiento de la propiedad privada por el triunfo del Capitalismo sobre el comunismo, la salvaguarda de los derechos de la minoría, el rechazo al eudemonismo social como fuente exclusiva para la toma de decisiones políticas y jurídicas, así mismo con FERRAJOLI a la cabeza de la doctrina y su reconocimiento de la esfera de lo decidible de los derechos fundamentales articulados en lo llamado por él democracia sustancial, el propio poder constituyente poseería límites en la materialización de su actuar.²⁸⁶

Con todo ello, la prevalencia del interés general sobre el particular no ha perdido vigencia como fórmula de legitimación del poder público, con lo cual no se ha justificado su variación al tenor de las constituciones políticas que lo contienen, pero es claro que como principio jurídico, la prevalencia, sí y sólo sí, es procedente bajo el margen de las delimitaciones.

La suerte del interés público como principio subsumido, implica que de él se predicen las propias barreras delimitantes del principio principal, lo cual no es un error, pues, es obvio, por ello, recayendo en concreto que el principio de prevalencia se delimita, el concepto como tal también lo hace, sumándose el efecto irradiante de las cláusulas de no retorno en la producción normativa y el ejercicio político²⁸⁷.

²⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. La Democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Ed. Trotta. España. 2014. Exponiendo el constitucionalismo principialista. Pág.96-134

²⁸⁷ Recordemos que bajo el amparo del principio de mensurabilidad, al aceptarse que no existen potestades absolutas, la existencia de la indeterminación de los conceptos se acepta en la medida que existen elementos que orientan su concreción en cada caso en concreto, bajo esta fórmula se toma como aceptada la inexistencia de márgenes volitivos como regla general

El fundamento de la aceptabilidad de prevalencia y en sí del concepto indeterminado del interés público, es la existencia de delimitantes estipulados en el ordenamiento jurídico. Por eso se cree que en la argumentación desde el ordenamiento jurídico es posible hallar las concreciones “correctas” que exige el interés público.

Pero nótese que tales delimitantes, a diferencia de lo que se cree, de lograr una perfecta concreción, reflejan el hecho que frente ellos, se admiten varias decisiones que resultan validas, que cada una de ellas puede convencer a un auditorio; así, al admitirse la posibilidad de que sean válidos y aceptados múltiples argumentos, todo se constituye en una simple regla decisionista. Sea por mencionar entre muchos casos, el siguiente: ¿lesiona el interés público el reconocimiento judicial del derecho a la familia conformada por personas del mismo sexo?, o si bien de aceptarse por el reconocimiento del derecho fundamental a la libertad sexual y de expresión ¿no es dable para con el interés público reconocer derecho de adopción de tales parejas?, ¿afecta o no al interés público el reconocimiento de los derechos de los animales, o de los trans-especies?²⁸⁸ , ¿es conforme al interés público salvaguardar la libertad de las personas en la compra y venta de divisas por internet?²⁸⁹

En cada uno de estos cuestionamientos y muchos más que faltarían por expresar, la última decisión judicial bajo la forma de argumentación jurídica resulta ser una simple acción decisionista (no absoluta por supuesto, delimitada), en cuanto que la respuesta a cada interrogante que toma el juez resulta ser la correcta, aunque se presenten voces disidentes al interior como sería la presentación de salvamentos de votos, o voces externas a la corporación provenientes de gremios o parte de la sociedad. De todos modos, la última decisión es obligatoria, ¿qué control habría sobre los jueces en sus decisiones, especialmente que implican el interés público?

en la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados, siendo la excepción el halo del concepto, lo cual abordaremos en el capítulo siguiente.

²⁸⁸ <http://www.actuall.com/tag/trans-especies/>

²⁸⁹ En Colombia se dio un caso emblemático respecto de tales hechos, que afectaron el mercado FOREX pues se toma como delito de captación ilegal de dineros.

Respecto del principio de orientación de los poderes públicos al interés general o intereses generales, es claro que la orientación envuelve que los poderes públicos se ajusten al mandato del Estado Social de Derecho, a la satisfacción de fines esenciales y a la salvaguarda de los derechos. Una mirada más próxima a este principio decanta que no es más que un recordatorio de lo exigido al Estado bajo la modalidad de funcionamiento del Estado Social de Derecho.²⁹⁰

El principio de orientación constituye una fórmula de legitimación del poder público como las dos anteriores, ahora, en cuanto a su dimensión, la relatividad que representa el principio es importante, véase que en el caso de la orientación a los intereses generales, uno de los más vitales es la toma de decisiones salvaguardando los derechos fundamentales, en ese sentido, teniendo en cuenta que los derechos fundamentales, poseen la forma de derechos subjetivos con una marcada estructura actual de M1, M2, M3, M4 Y M5²⁹¹, donde M1 es la existencia de una norma, M2, la consagración de un derecho, M3 el reconocimiento de una posición jurídica, lo que implica su exigibilidad, M4 el fundamento que explica la posición jurídica M3, y M5 que manifiesta la generalidad de los derechos fundamentales.

Los poderes públicos si bien sirven a la protección de los derechos fundamentales, no variando la concepción, sí pueden concebirse que lo que antes protegían puede quedar sin protección a gracia de la presencia de un nuevo fundamento (M4) que conduzca a la variación de la posición jurídica (M3). Las crisis económicas que atraviesan algunos países, como el caso de Grecia, condujo a que este país en pro de cumplir las exigencias impuestas por el préstamo bajo condición, reformulara sus fundamentos de protección

²⁹⁰ El Estado Social de Derecho no responde a la pregunta qué es el Estado, sino cómo funciona o debería funcionar el Estado.

²⁹¹ Respecto de la estructura de los derechos sociales fundamentales, véase: ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Ed. Legis. Colombia. 2005. Reconoce el autor que los derechos subjetivos pueden concebirse como posiciones jurídicas cuyo no reconocimiento le ocasiona a su titular un daño inminente sin justificación alguna. Págs. 56-57. Por su parte Martin Borowski, estipula la estructura de las funciones específicas de los derechos fundamentales, de la siguiente forma: ámbito de protección, la intervención y la justificación constitucional. Véase: BOROWSKI, Martin. Trad. Carlos Bernal Pulido. La estructura de los derechos fundamentales. Ed. Universidad Externado. Colombia. 2003. Págs. 119-123

(M4) variando las posiciones jurídicas (M3). En general entiéndase el hecho de los derechos adquiridos de las personas pensionadas, o el reconocimiento de ciertos derechos o prestaciones con los que se contaban, que al momento de entrar en crisis económicas los Estados, en cesación de pagos de deuda externa, etc., son modificados los fundamentos y con ello las posiciones jurídicas.

No hay clara seguridad y certeza de que los poderes públicos comportándose como lo describen los tres principios donde se incrusta el interés público, conduzcan a acciones acertadas; se suma que, la interpretación jurídica como fórmula para resolver casos a partir de principios, termina, más allá de sus defensores, siendo una clara amplificación de la escuela decisionista.

SECCIÓN II. CONCEPTO JURÍDICO DE DETERMINACIÓN EN SENTIDO GENERAL DEL INTERÉS PÚBLICO. PRESUPUESTOS TEÓRICOS E IMPLICACIONES.

Después de haber hecho el recorrido en los capítulos precedentes, nos adentraremos a la formulación de una posible solución a los interrogantes formulados. Son dos las instituciones que se pretende construir como posible solución, la primera, trata de desvirtuar la naturaleza indeterminada del concepto jurídico de interés público, reformulando la indeterminación, una vez decantado el contexto de la re-materialización constitucional, promoviendo **la teoría de la determinación en sentido general del concepto de interés público**, que acepta de entrada que no es posible determinar a priori de la existencia de cualquier hecho el interés público, pero que sí puede concebir una estructura tal, que conlleve a evaluar las decisiones de la administración y en especial la de los jueces (Sección A) en torno al interés público. Segunda, se propone la técnica de control de los actos concernientes al interés público, titulada **lesión al interés público**, cuya consecuencia relevante es la unificación de todas las causales de control de forma y fondo de los actos administrativos en una sola causal con vocación constitucional (Sección B).

A. La Piedra Angular: Eliminación de la indeterminación en el concepto de Interés Público. Un criterio de transformación de las constituciones contemporáneas

Las constituciones políticas, ya hemos visto, formulan al interés público en el marco de los principios de prevalencia, orientación de los poderes públicos y Estado Social de Derecho.

Conducir a la autonomía del interés público como principio implica decantar una distinción entre éste y los principios que lo contiene, así mismo y de forma paralela, diría como consecuencia de la autonomía que cobra, se recae en la necesaria determinación en sentido general del interés público. Esto como consecuencia de aquello.

La doctrina mayoritaria que aprueba la existencia de los conceptos jurídicos indeterminados como técnica de control de la discrecionalidad administrativa, entiende que estos y aquella se distancian en alto grado, que su naturaleza no es la misma, pues mientras la discrecionalidad aprueba la volatilidad relativa por la mensurabilidad, los conceptos jurídicos indeterminados a gracia del juicio disyuntivo y el *tertium non datur*, se funda en lo cognitivo, en la fórmula de la única respuesta justa o correcta, que como bien lo han señalado varios autores no puede constituirse, aprobándose a lo mucho la respuesta definitiva.

La lucha por sostener los conceptos jurídicos indeterminados como técnica de control de fondo, ha pasado del reconocimiento a la salvaguarda necesaria que hay que hacer de la obtención de la única respuesta correcta, que no es cosa sencilla, pues, se recae en la fórmula expuesta por el maestro García de Enterría que la concreción de tales conceptos en modo alguno admiten un margen volitivo a la administración, por el contrario lo cognitivo de ellos involucra que debe demostrarse y concretarse en cada caso en concreto, así es admisible bajo la fórmula de la única solución justa el hecho que el concepto se *dé o no se dé* (*tertium non datur*) en cada caso en particular.

Notoria resulta ser la confianza depositada por el maestro GARCIA DE ENTERRIA a la función de los jueces, en particular en la reducción de las zonas de inmunidad jurisdiccional, la cual advierte la presencia de actuaciones de la administración imposibles de escapar a la órbita de acción de los jueces.

Frente a la construcción de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados como técnica de control, la doctrina de la divergencia²⁹² tuvo que decantar la posibilidad de admitir un actuar volitivo frente a algunos conceptos jurídicos indeterminados, así aceptó la presencia en algunos conceptos de un halo en los cuales no habría más razón que aprobar la posibilidad amplia de concreción, rechazando, obviamente, la manifiestamente contraria al derecho. Tal zona implica de por sí que la fórmula de la única solución justa, si bien podría aceptarse como regla general, se desvanece frente a conceptos que por su condición y especialidad, cuentan con un halo del concepto, que conduce a

²⁹² Véase LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro conceptos jurídicos. Ob. Prev. Cit.

la necesaria admisión de indistintas concreciones que se tomen, lo que nos conduciría al tema del decisionismo relativo. Esto en cuanto que imposibilitándose llegar a la única respuesta correcta, lo único que queda es aceptar una de las tantas respuestas correctas que trae consigo tal o cual concepto jurídico indeterminado.

Conforme a lo anterior, el interés público siendo un concepto jurídico indeterminado no podría predicarse de él la presencia de una única respuesta correcta, tan solo la aceptación decisional relativa de validez, que no es otra cosa que aprobar que la decisión tomada por el juez es la correcta por ser la definitiva. Nótese que el interés público contaría con tal halo del concepto y que la constitución de nada serviría para orientar la acción del juez, pues, como lo advertíamos nada expresa en concreto, particular y autónomamente sobre el interés público, por el contrario lo hace a título subsidiario. De modo que, la remisión lo único que implicaría es que el juez cuente con una amplitud de interpretación.

El interés público como concepto jurídico indeterminado, dentro de la doctrina de la divergencia, admite como aceptable la posibilidad “volitiva” de la administración de concretar el concepto. Es entendible que no era preocupación para GARCIA DE ENTERRIA reconocer que si bien se daba la volitividad de la administración frente a tales conceptos indeterminados que cuentan con el halo del concepto, no era óbice para no predicar un control jurisdiccional bajo la fórmula del juicio silogístico, en tanto que, la decisión de la administración debía someterse a que lo dicho allí se diera o no se diera.

Concibo que el sistema desarrollado por GARCIA DE ENTERRIA potencializa al juez, en un marco normativo en su momento que ataba al órgano judicial de tomar varias decisiones, pero es claro que el esquema allí planteado ha variado, en tanto que la preocupación de hoy es poder controlar la decisión de los jueces, obviamente no a través de otra instancia superior, pues esto traería como hemos dicho una cadena interminable. El asunto está que debe presentarse a priori una desconfianza respecto de las actuaciones de la administración en cuanto al interés público, que no es resuelta con el

reconocimiento de facultades a los jueces, porque de ellos también se desconfía en la contemporaneidad. El halo del concepto del interés público, determina el actuar volitivo tanto a la administración como de los jueces y la salvaguarda del *tertium non datur* y juicio disyuntivo no es garantía en sede judicial de que los jueces tomen la decisión si bien no la única, la más correcta de todas.

Una refrenda a la doctrina de la divergencia fue elevada por el profesor Español MANUEL MARTIN GONZALEZ, al estipular que GARCIA DE ENTERRIA había recaído en un error al caracterizar como conceptos jurídicos indeterminados lo que era conceptos indirectamente determinados²⁹³. Esta equivocación, por decirlo de algún modo, para el profesor MARTIN GONZALEZ, trajo consigo que se definiera que los conceptos indeterminados conduciría sin importar su indeterminación a la formulación de únicas respuestas correctas o soluciones justas, cuando de ellos no puede predicarse tal situación, que sí es propia de los conceptos indirectamente determinados²⁹⁴.

Para el autor la diferencia entre ambos conceptos se daría por lo siguiente: tanto los conceptos directa como indirectamente determinados afirman una solución unívoca, que llevada a la actuación administrativa, sólo puede predicar una potestad reglada, sea por la directa determinación del concepto conducida a la significancia explícita del concepto a aplicar, o sea porque la remisión al conocimiento vulgar o técnico, solo permite un camino, controlable totalmente por el juez. En cambio, en materia de *los conceptos jurídicos*

²⁹³ En palabras del profesor español MANUEL MARTIN GONZALEZ existen tres tipos de conceptos jurídicos a partir de su determinación legal: conceptos jurídicos determinados, que pueden ser directamente determinados de forma explícita o implícita; indirectamente determinados, bien por remisión a la experiencia común y general, o bien, por remisión a la experiencia técnica; y conceptos jurídicos indeterminados. Véase. MARTIN GONZALEZ, Manuel. "El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos". *Revista de la administración pública*, núm.54, 1967. Pág. 211,212

²⁹⁴ *Ibíd.* Pág. 203. Eduardo García De Enterría –por su parte, sostiene– “por ello, el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, sino un proceso de juicio o estimación, que ha de atenerse, necesariamente, por una parte a las circunstancias reales que han de calificarse” GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*. ob. pre. cit. Pág. 47,48.

*indeterminados*²⁹⁵, la indeterminación según piensa MARTIN GONZALEZ - no puede confundirse con incertidumbre, pues, la indeterminación en sentido lógico supone vaguedad, imprecisión en la fórmula empleada, que sólo marca una directriz a la actuación del agente que determina con su propios conocimientos o con su personal valoración; en sentido jurídico, la indeterminación supone exclusivamente habilitación al órgano administrativo *para que rellene con su propia valoración el contenido del concepto*. Para él, la indeterminación significa que examinado el bloque jurídico en su conjunto, al subsistir la indeterminación subsiste la habilitación a la administración para que discrecionalmente lo determine, existiendo una total coincidencia entre estos conceptos y la atribución de facultades discrecionales.²⁹⁶

Bien sea por la aceptabilidad dentro de los conceptos jurídicos indeterminados de un halo de concepto que imposibilita la tarea de lograr la obtención de la única respuesta justa o correcta, o por el hecho de ser el interés público un mero concepto indeterminado bajo la premisa de existencia de conceptos indirectamente determinados, la conclusión que se logra obtener es la misma, y no es más que, si bien la actuación de la administración debiéndose orientar al interés público puede ser controlada en sede jurisdiccional, no hay garantía que la decisión del juez sea afortunada al interés público.

Esta situación es relevante en nuestros tiempos, el marco de garantías, no puede contentarse con la aceptación de un discurso legitimante del poder público a partir del interés público, ni con la existencia de acciones procesales y el reconocimiento de la facultad de los jueces en controlar las acciones de la administración. Se exige en estos tiempos difíciles, por su estado líquido²⁹⁷, que haya certeza y seguridad en la toma de decisiones tanto de la

²⁹⁵ GAMBIER BELTRAN. Artículo: el concepto "oferta más conveniente" en el procedimiento licitatorio público (la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y el control judicial) tomado del siguiente enlace: http://www.despachogambier.com/despacho/images/pdf/oferta_mas_conveniente.pdf Pág.4, 5.

²⁹⁶ MARTIN GONZALEZ, Manuel. "El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos". *Revista de la administración pública*, núm.54, 1967. Pág. 254 - Sosteniendo que "un amplio sector doctrinal, sin embargo, desconociendo una arraigada tradición, ha intentado separa ambos conceptos, negando la presencia de discrecionalidad cuando tales conceptos se dan"

²⁹⁷ Lukhman. *Tiempos Líquidos*. Ob. Prev. Cit.

administración como de los jueces que ejercen su actividad conforme al interés público.

La proximidad a esa garantía requiere que se piense en una técnica que delimite el actuar de la administración, por un lado, y que oriente a priori el actuar del juez en el control de tal actividad, por el otro lado, con el fin de controlar las acciones del juez.

La construcción de tal técnica, parte de la base del reconocimiento del interés público como principio autónomo, resultando ineludible que en las constituciones políticas se deba contemplar lo que se entiende por interés público, tarea que es difícil y ante la cual habría la objeción de ser innecesaria²⁹⁸, pero la realidad actual de la vida colectiva, de la sociedad, que en términos de ORTEGA Y GASSET es mera convivencia antes que justificación²⁹⁹ se hace indispensable trabajar.

Se tendría de entrada que lo que se podría razonar por interés público es todo lo que se dice en el marco del principio de Estado Social de Derecho³⁰⁰, por eso acéptese que el interés público es la salvaguarda y garantía de los derechos fundamentales, la prestación de servicios públicos de manera eficiente y eficaz, la salvaguarda de los recursos de todo tipo que conforman el Estado, el reconocimiento de garantías a todos los ciudadanos-administrados, el ejercicio de la soberanía nacional bajo el amparo de los principios del derecho internacional, la soberanía nacional, la autodeterminación de los pueblos, el reconocimiento de la horizontalidad de los Estados, de igual modo, la aceptabilidad de la democracia³⁰¹, la garantía de la libertad.

El interés público como la fórmula del Estado Social de Derecho implica el ejercicio del poder público sometido a la constitución y a la ley. Con todo ello,

²⁹⁸ Lo innecesario estaría dado por las cláusulas de no retorno.

²⁹⁹ JOSE ORTEGA Y GASSET. La rebelión de las masas Ob. Prev. Cit.

³⁰⁰ Es la construcción acertada de los maestros Rodríguez-Arana Muñoz, y Rivero Ysern.

³⁰¹ Respecto de los principios conceptuales de la democracia, sus características e implicaciones en el derecho, Véase: FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José. Filosofía Política de la Democracia. Ed. Fontamara. México. 2006. Págs.13-33; R. OQUENDO, ÁNGEL. Democracia y pluralismo. Ed. Fontamara. México. 2004. Presentando como dilemas políticos la existencia de un sistema con principios perfectamente coherentes. Págs. 76-87

no cabe razón alguna para decantar cuáles de tales concepciones pertenece al interés público y cuáles otras pertenecen al Estado Social de Derecho, sería una tarea innecesaria, por la aceptabilidad del discurso del Estado Social de Derecho y por la potencialidad que ostentan las cláusulas de no retorno. Igualmente innecesaria resultaría la tarea de pretender rechazar una de las condiciones ya anotadas, aun contenidas en un constitucionalismo aspiracional, para proponer otras que sólo conducirían a retro-alimentar las ya establecidas.

Entonces, debe entenderse que la autonomía de principio de interés público no está dado por el hecho que se haya dejado de “decir algo” en la fórmula del Estado Social de Derecho, sino es una autonomía que se funda en la necesaria distinción práctica que se requiere para lograr controlar a los jueces en la toma de decisiones respecto del interés público.

Frente a esta óptica no resulta innecesaria la tarea propuesta, sino tal vez, muy útil, pues algo que posee como característica el principio de Estado Social de Derecho es su carácter integrador, nótese como, hoy por hoy, lo que se quiera explicar de la funcionalidad y limitantes del actuar de los poderes públicos recae en el principio de Estado Social de Derecho. La integridad de tal principio no resulta ser una problemática en los eventos de fijar las actuaciones de la administración y los jueces al cumplimiento del principio Estado social de Derecho no encarnando un inconveniente para el ordenamiento jurídico, pero sí es una falencia en casos en particulares, como es el accionar de los poderes públicos a partir del interés público ,allí, la subsunción o integridad no resulta afortunada, por la permisividad a la que se conduce, dada por la ya vista amplitud de interpretación y decisionismo relativo.

Conforme a lo anterior, es importante que en las constituciones políticas se contenga autónomamente el principio de interés público.

Las constituciones políticas frente a esta falencia de reconocimiento, la han subsanado preferiblemente vía jurisprudencial, a través de la contención de la figura en el principio de Estado Social de Derecho.

La autonomía implica construir un enunciado normativo en el cuerpo de las constituciones políticas, con lo cual se esperaría una ubicación precisa del interés público y no su remisión a principios que lo contienen.

De manera que la propuesta sería la siguiente :, de manera clara y expresa estipular el siguiente enunciado en las constituciones políticas:

“entiéndase por actuar conforme al interés público, el que se ajusta a las reglas o principios contenidos en la constitución, ley o reglamento, según sea el caso, previa motivación y existencia de prueba necesaria, pertinente y conducente que guarde relación con el o los principios y/o la o las reglas en las cuales se fundamente en particular y concretamente el actuar específico del poder público”

Esta fórmula permite: por un lado, identificar de modo autónomo las condiciones de lo que se reconoce como interés público, haciendo alusión a criterios determinantes, el primero de ellos es la sujeción de la actuación tanto de la administración, el legislador y el juez a la constitución, ley o reglamento, según sea el caso en particular. Se entiende con ello que la voluntad del poder público no es un poder absoluto, que la voluntad de los poderes públicos es heterónoma, que la sujeción al derecho es de tipo positivo y que si bien es aceptable la posibilidad de margen más amplio entre el juez y la administración en comparación el con legislador, en todo caso los poderes públicos se someten al cumplimiento irrestricto del principio de juridicidad.

En segundo lugar el enunciado normativo impone en la actuación en particular de los poderes públicos el deber de motivación, aunque parezca obvia tal exigencia, algunos ordenamientos, como el caso Colombiano admiten que las decisiones discrecionales no sean motivadas, de modo que, con este enunciado normativo se pondría fin a la discusión sobre la exigencia de

motivación frente a los actos reglados y discrecionales, haciéndose una voz común la motivación en todas las actuaciones de los poderes públicos.

Precisamente la motivación es la pieza de garantía relevante que hace posible controlar tanto las decisiones de la administración como la de los jueces. No hay razón jurídica y política suficiente para omitir la exigencia de motivación de las actuaciones de la administración como la de los jueces.

El tercer criterio determinante de la formula aquí expuesta está en relacionar la presencia y reconocimiento de la sujeción de las actuaciones de los poderes públicos al principio de juridicidad y la motivación como garantía, a la necesaria y oportuna carga probatoria que debe acompañar la decisión a tomar. De ese modo se construye la exigencia expresa, a veces distorsionada, de la carga probatoria en las actuaciones de los poderes públicos, por lo tanto, toda decisión de la administración, legislador o juez debe estar apoyada de prueba debidamente aportada. Con la carga probatoria se reduce, si bien no de forma absoluta, sí en gran medida, el margen de argumentación en la cual llegan a parar cada una de las intenciones de los poderes públicos.

La necesidad de la prueba es un principio sobresaliente en el derecho moderno, que debe fortalecerse en el derecho contemporáneo no solo por las razones históricas que lo soportan sino por la necesidad que a partir de allí se logre la concreción de las interpretaciones.

No se trata de desconocer los elementos fundantes de la contemporaneidad, con el fin de retroceder a un estadio anterior, pues si algo tiene la Historia del Hombre, es que, para bien o para mal, cada institución creada ha derrotado una arbitrariedad pasada, creándose a su vez, con el pasar de los años nuevas zonas de arbitrariedad, lo que es una vuelta en círculo cada vez más compleja.

La motivación apertura la escena para la argumentación, mientras la exigencia de necesidad de la prueba concreta y particulariza la interpretación ofrecida. Bajo esta premisa, decisiones apoyadas exclusivamente en la argumentación serían contrarias al interés público, lo cual hoy no es así; ahora bien, la exigencia de la prueba, conlleva a decantar la procedencia de ciertos medios

de prueba relevantes en cada caso en particular, la procedencia, pertinencia y conducencia son importantes tanto para la administración que toma la decisión como para el juez que la controla.

La prueba que apoya la motivación se constituye en pieza clave para atar la decisión del juez, pues, más allá de anteponer sus propias argumentaciones a las dadas por la administración, es deber razonar y así decidirlo que las pruebas que apoyaban la motivación se ajustan a lo estipulado por la administración. Es claro que esto no imposibilita que los jueces tomen decisiones caprichosas, pero sí las logra reducir a un número importante, pues existirían elementos objetivos que relativizarían la amplitud interpretativa de los jueces.

Si la dictadura judicial hoy es un hecho, debe ser también importante crear las técnicas y concebir las razones para controlarla, al mismo nivel que se hizo de antaño con la dictadura clásica, sujetándola a reglas previas y definidas.

El cuarto elemento conlleva a que las pruebas no solo soporten la motivación dada, sino que demuestren relación con el principio o regla que sustenta el actuar; así, si la norma faculta a la administración para ejercer las prerrogativas estatales como el caso de imponer multas, terminación del contrato, declaratoria de caducidad, la prueba debe guardar relación con dichas disposiciones, debiendo éstas no solo servir de base objetiva a la motivación sino al reconocimiento de la procedencia del uso de tales disposiciones jurídicas.

Esta regla para nada es improvisada como tampoco lo es la exigencia de la motivación, nótese que los ordenamientos jurídicos han dispuesto para algunos casos particulares como vimos en el capítulo primero de este escrito, que ciertas actividades estatales que se fundamenten en el ejercicio del interés público deben ser debidamente motivadas, apoyada en prueba. Se trata de aquí de traer esa regla especial, elevándola a grado constitucional, a través de la declaratoria de autonomía del interés público como principio. Concertando con ello una pre-configuración de nivel constitucional, reduciendo la amplitud

de decisión del legislador al momento de fijar “Reglas de juego” relacionadas con el interés público. Se trata de empoderar al poder constituyente primario de la pre-configuración normativa constitucional respecto de los elementos del interés público.

Situaciones complejas que quedaban al albedrío de la administración o de los jueces y que conducían a la arbitrariedad, bien sea por el uso ilimitado de la argumentación jurídica o la práctica del decisionismo relativo, con la fórmula de regla elevada a rango constitucional de principio de interés público, no podrán quedar exoneradas de la carga de motivación como de la necesidad de la prueba, pues si bien estas situaciones son autorizadas por el ordenamiento jurídico bastándole a la administración y luego por los jueces la remisión al concepto indeterminado de interés público o interés general, con la presencia del principio del interés público en la constitución de forma autónoma, la remisión se hace obligatoria debiendo cumplir con lo allí establecido.

A gracia de lograr la autonomía como principio del interés público, la variación del interés público como concepto indeterminado se da, precisamente, lo que hacía que se soportara que el interés público se mantuviera como concepto jurídico indeterminado era la sumisión dentro de principios principales, con lo cual para lograr la concreción de estos en casos particulares se acudía a definir en cada caso en concreto lo que se entendería por interés público.

La reformulación del interés público como concepto jurídico indeterminado, se fundamenta en el hecho que presentándose de forma expresa un enunciado normativo en la constitución que decanta la actuación conforme al interés público, en mencionada disposición normativa ya se presenta el cambio de naturaleza indeterminada del concepto de interés público, pues allí, aparecen elementos trascendentales que determinan su naturaleza, como es la sujeción a la juridicidad, la carga de motivación conforme a principios y/o reglas jurídicas pre-establecidas fundamentadas en la existencia de pruebas.

Al reconocerse que los conceptos jurídicos indeterminados son aquellos que poseen la condición de volitividad como afirma Manuel Martín González, o en

particular el interés público que es un concepto indeterminado dentro de los valorativos, cuyo halo de concepto no conduce a la única solución justa o correcta, se hace vital que al forjarse dicho concepto fundamental en el actuar de los poderes públicos, éste cuente con criterios determinantes sino de forma absoluta por lo menos de manera general.

El concepto determinado en sentido general es aquel concepto que cuenta con una determinación previa pero no de forma unívoca, distanciándose ostensiblemente de la categoría de conceptos jurídicos indeterminados.

Sólo estaría por encontrar si el concepto de determinación en sentido general guarda una absoluta similitud con los conceptos indirectamente determinados o si logra diferenciarse de algún modo, que conduzca a reconocerse como nueva categoría dentro de la trilogía de los conceptos jurídicos expuesta por Manuel Martín González.

Los conceptos indirectamente determinados aceptan que su concreción se dé dentro del derecho en algunas ocasiones o en otras con remisión a la experiencia, en cuanto a estos últimos dentro de los conceptos indirectamente determinados por la experiencia no podría contarse el interés público, en la medida que es un concepto asumido por la ciencia del derecho e impregnado bien de forma subordinada o autónoma en los ordenamientos jurídicos y es allí donde debe propenderse por su concreción.

Sería bien un concepto indirectamente determinado por remisión a los valores o un concepto jurídico de determinación en sentido general.

Se diferencian ambos tipos de conceptos en la medida que mientras los primeros adoptan la orientación hacia la concreción, por el contrario, el *concepto determinado en sentido general* se orienta a que el concepto se exprese en el ordenamiento jurídico, si bien no estando su definición sustancial sí los elementos fundantes que delimitan tanto la actuación del legislador, de la administración y de los jueces.

La fijación expresa y previa en la constitución de elementos trascendentales que orientan el actuar al interés público, es lo que llamamos concepto de determinación en sentido general. Justificándose su reconocimiento como tipología distinta a las ya reconocidas.

Nótese que el interés público como concepto indirectamente determinado se formula en clave que se acuda al ordenamiento jurídico para formular su concreción, de modo que principios como la prevalencia, la orientación y en particular el Estado Social de Derecho permitirían a que en cada caso y de manera argumentativa decisionista se decantara lo que podría entenderse por interés público.

Así mismo la remisión se da a cualquiera de las normas contenidas en el ordenamiento jurídico o fuera de él. Lo cual no daría certeza y seguridad frente a la toma de decisión de los jueces, en particular del interés público.

A contrario sensu, el concepto de determinación en sentido general, implica que el concepto posea de forma previa y determinada unos elementos claros, específicamente en la constitución política, es ésta la característica trascendental del concepto de determinación en sentido general. La determinación se debe encontrar en la constitución política.

Así, el interés público siendo relevante como fórmula no solo para la legitimación del ejercicio del poder público sino de la fundamentación jurídica de las acciones de los poderes como de su posterior control jurisdiccional, exige que su presencia se ubique en la constitución política, norma que no solo tiene un valor político sino jurídico, en cuanto a lo último irradiando validez a las demás normas que contiene el ordenamiento jurídico; tradicionalmente se ha reconocido el valor constitucional del interés público, por esa razón, la categoría de conceptos que requieren ser determinados pero a partir de la constitución política recibirá el termino de **conceptos jurídicos de determinación en sentido general.**³⁰²

³⁰² Edouard Lambert hace alusión a varias teorías que se han fundado con la pretensión de controlar la interpretación judicial. Con lo cual se decanta una necesidad, esta es la finalidad de

La fundamentación en la concreción a partir de la constitución es una de las características, la otra es la característica propia del concepto de contar en la constitución con elementos previos que orientan su concreción, reduciendo la amplitud de interpretación. Si determinado concepto jurídico debe ser contenido en la constitución y a su vez cuenta con un concreción general en la misma, estaremos tratando de un concepto de determinación en sentido general que se diferencia de los indeterminados, determinados e indirectamente determinados. Formulando el interés público como principio autónomo y como concepto jurídico de determinación en sentido general, se provoca como reacción, la necesidad de concebir una técnica de control jurisdiccional que particularice el control de las actuaciones de la administración a partir del interés público como concepto de determinación en sentido general. Así nacería la técnica de control titulada: lesión al *interés público*.

B. Control jurisdiccional de la actuación de la administración por la causal: *lesión de interés público*.

La construcción teórica de la determinación en sentido general del concepto de interés público con su reconocimiento de principio autónomo, trae consigo indistintas implicaciones, las cuales se pretenderán abordar no en este escrito pero sí en una próxima oportunidad, por el momento sólo es suficiente abordar una, me refiero a la materialización de la causal de lesión al interés público.

Aquí se trata de decantar a prima facie que una nueva construcción del interés público como concepto jurídico y como principio constitucional autónomo, implica replantear las técnicas de control de las actuaciones de la administración a partir de ello. Dos tipos de técnicas de control de las actuaciones de la administración se han establecido tanto en la práctica judicial como en la doctrina, por un lado, están las causales de control forma de la

la institución conceptos jurídicos de determinación en sentido general propuesta en este trabajo. Véase: LAMBERT, Edouard. El gobierno de los Jueces. Trad. Félix de la Fuente. Ed. Tecnos.2010. Págs. 157 y ss.

actuación administrativa, por el otro , las causales de control de fondo de la actuación administrativa.³⁰³

Se han erigido dos causales de fondo: la falsa motivación y la desviación de poder.

Es claro que respecto de las actuaciones administrativas que no respeten los elementos formales de su que-hacer, se contradice al ordenamiento jurídico, pudiéndose extender las consecuencias al desconocimiento y rechazo de los pilares del Estado Social de Derecho³⁰⁴.

En sede de interpretación podría, y de hecho se extracta de tal forma en la jurisprudencia contenciosa administrativa y constitucional, que un actuar de la administración fuera de su competencia, sin el cumplimiento de las formalidades, sin motivación cuando ésta se exige ,es una flagrante afectación a los pilares que soportan el móvil de los poderes públicos, lo cual orienta nuevamente al principio integrador del Estado Social de Derecho y dentro de él el principio de salvaguarda de los derechos como la satisfacción al interés público.

Pero nótese que con la determinación expresa y previa en la constitución del concepto de determinación en sentido general del interés público, se permite vislumbrar un nuevo rumbo de la discusión.

³⁰³ GÜECHA MÉDINA, Ciro Nolberto. Derecho Procesal Administrativo. Ed. Ibáñez. Colombia. 2014. Págs. 245-273. Precisa el maestro Güechá Medina como causales de nulidad de los actos administrativos. Violación de normas que debe fundarse, incompetencia del órgano o funcionario que expide el acto, expedición en forma irregular del acto, desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, falsa motivación y desviación de poder

³⁰⁴ En el ordenamiento jurídico Español, explica los profesores Gallego Anabitarte y Menéndez Rexach, se da la siguiente estructura para la obtención de la nulidad absoluta y anulabilidad de los actos administrativos: Nulidad de pleno derecho i) infracciones formales, ii) infracciones sustantivas. Anulabilidad: i) infracciones sustantivas, ii) desviación de poder, iii) infracciones formales, que se clasifican en tres: a) cuando el acto produzca la indefensión de los interesados, b) cuando el acto carezca de los requisitos esenciales para alcanzar su fin, c) acto dictado fuera del plazo, cuando éste tenga carácter esencial. Véase: GALEGO ANABITARTE, Alfredo, MENÉNDEZ REXACH, Ángel. Acto y Procedimiento Administrativo. Ed. Marcial Pons. España. 2001. Pág.227. En el mismo sentido: GONZÁLEZ PÉREZ Jesús. Manual de Procedimiento Administrativo. Ed. Civitas. España. 2002. Pág.247-265

La actuación administrativa que se aparte del ordenamiento jurídico, que no sea motivada teniendo presente que a partir de la incrustación en la constitución de la fórmula del interés público, no hay razón para soportar la imposibilidad o falta de necesidad de motivación, pues, todas las decisiones tendría que ser motivadas, sumado a la exigencia normativa de apoyar las decisiones en prueba oportuna, pertinente y conducente, debiendo guardar relación éstas con los principios o reglas de las cuales se apoya la administración para actuar.

Se logra particularización concreta de la falta de competencia o el incumplimiento de formalidades, atando ambas instituciones, pues, siendo claro que es la autonomía de la administración heterónoma y su sujeción de tipo positiva al principio de legalidad, se reconoce que no goza de una amplia libertad de acción como un particular, de modo que, a la falta de competencia se suma el hecho que se exige para que no se lesione el interés público la materialización de los requisitos formales como son la motivación, la necesidad de la prueba y *congruencia racional- jurídica* entre éstas y los principios y/o reglas de las que se apoya la decisión administrativa.

En ese orden de ideas, la causal de ***lesión de interés público*** toma el carácter de una causal de forma de las decisiones administrativas, cuya característica esencial es proponer la conexión de la falta de competencia con el cumplimiento de requisitos formales, que por primera vez, estaría estipulados de forma previa y expresa en la constitución política.

La exigencia de ritualidad respecto de las actuaciones de los poderes públicos, no es capricho, es precisamente, la pieza clave para construir el sistema garantista que demanda la sociedad contemporánea y que la recibe de un proceso histórico desde la antigüedad a la edad moderna.

Atar la necesidad de competencia a la carga de motivación y esto a la necesidad de prueba bajo la mirada de la congruencia racional- jurídica, es reducir el margen tanto de la administración como del juez contencioso administrativo, que conduzca a una amplia libertad de apreciación, en la

medida que la administración para su actuar necesitaría relacionar en la actuación administrativa, el fundamento jurídico que le permite tomar la específica decisión, para lo cual es indispensable la motivación en aras de satisfacer principios como la buena administración y la tutela judicial efectiva ³⁰⁵

Una vez dado ello, dentro de la actuación administrativa debe contarse con prueba que guarde relación con la competencia normativa de la que se echa mano, por su parte, la instancia jurisdiccional debe evaluar no solo la existencia de la normatividad que reconoce la competencia, sino a su vez, decantar que la motivación en el acto se presente y que ésta se relacione puntualmente a la existencia de una prueba que guarde congruencia racional jurídica con el fundamento normativo de la competencia manifestada por la administración.

La importancia de la causal de lesión del interés público, deriva en primer momento, y en la dimensión formal, en lograr articular desde la constitución política los elementos formales que deben ser contemplados para reconocer que el actuar de la administración se ajusta a derecho, al interés público. Es claro que actuar conforme al interés público es actuar conforme a derecho.

Otra implicación de la fórmula constitucional del interés público, está dada en la construcción de la formalidad de la motivación para todos los casos sin excepción alguna, a lo que se conduce que no existiendo la obligación en sede legal en sentido estricto o reglamentaria de motivar determinada actuación, constitucionalmente sí se impone, por lo que no habría más iniciativa jurisprudencial en decantar bajo estos argumentos la necesidad de motivación en algunos casos y en otros no, la exigencia de la motivación de todas las actuaciones de la administración estaría directamente relacionada con el derecho actual de la buena administración y el principio de tutela judicial efectiva.

³⁰⁵ En el derecho iberoamericano se incluye el derecho a la buena administración a partir de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública. Contenido en el capítulo tercero: el derecho fundamental a la Buena Administración pública y sus derechos derivados.

Quede claro, entonces, que en la dimensión formal de la causal lesión al interés público, si bien se parte del reconocimiento de principios que conciben hoy causales de control forma de los actos administrativos, se trata de apoyar en ello pero logrando una articulación al tenor del interés público en sede constitucional.

Ahora bien, la causal de lesión de interés público, cuenta con la dimensión de permitir un control de fondo de la actuación de la administración.

Si consecuencias claras trae consigo la buena administración, la proscripción a la arbitrariedad y la tutela judicial efectiva, es particularmente la concepción que las actuaciones deben ser controladas de fondo por la jurisdicción.

Respecto del interés público hemos visto en capítulos precedentes y con base en la normatividad de algunos ordenamientos jurídicos que los jueces en cumplimiento de sus funciones y frente a las actuaciones fundadas en el interés público, toman en muchas ocasiones decisiones apoyadas en la mera argumentación, lo cual es criticable, en tanto que, nada asegura que la decisión tomada sea la más acertada respecto al ordenamiento jurídico.

La propuesta teórica de la concepción del interés público como principio autónomo y concepto jurídico de determinación en sentido general, no solo posee el alcance de lograr la conjunción de los elementos formales, también posibilita al juez el control de fondo de la decisión de la administrativa, a la vez que posibilita que de manera previa se cuente con elementos que permitirán evaluar la decisión del juez respecto al interés público.

El control de fondo a partir de la causal de la *lesión del interés público* estaría dado por los siguientes elementos:

Primero, el cumplimiento por parte de la administración de lo dispuesto en el enunciado normativo que se incluye en la constitución garantiza que la motivación del acto no solo sea el cumplimiento de una ritualidad o formalidad, sino que en ella debe incrustarse la apreciación de la administración respecto y en particular de lo qué se entiende por interés público.

Segundo, no es tampoco una simple ritualidad la exigencia de que tal motivación, y en si la concreción del interés público por parte de la administración se apoye en prueba que a su vez implique congruencia racional jurídica con la normatividad que apoya la acción administrativa, pues, la necesidad de la prueba y su congruencia racional determina que en la motivación se decante de forma expresa el alcance las pruebas y la fundamentación apoyada en las disposiciones normativas concretas.

Tercero, bajo estas premisas el control de fondo por parte del juez implicaría el análisis de la motivación girando en torno a la congruencia racional; es este elemento en particular del principio autónomo de interés público que conduce a la apertura de la posibilidad de control de fondo por parte del juez.

La ***congruencia racional jurídica*** es una condición de doble vía, por un lado afecta la actuación de la administración siendo una exigencia para el obrar conforme al interés público, por el otro lado, el juez en el marco del control de fondo de la actuación administrativa evaluando la congruencia esgrimida por la administración, admitiéndola ,puede apartarse de ella, por lo que le correspondería conforme al principio cumplir con lo allí establecido, es decir, de declararse nula la decisión de la administración del juez, es necesario que éste cumpla con la condición de *congruencia racional-jurídica*, debiendo motivar, concretar el interés público, apoyándose de prueba practicada, estipulado a su vez la relación entre la motivación , la prueba y las disposiciones normativas que tomó en su momento la administración pero que el juez considera insuficiente.

La causal de **lesión al interés público**, dicho lo anterior, ostenta la condición de causal mixta, en la medida que permite controlar de forma y de fondo la decisión de la administración invocada en el interés público a partir de la noción de concepto de determinación en sentido amplio.

Esta causal mixta subsume en una sola las causales de forma y de fondo, así respecto de las causales desviación de poder y falsa motivación estas dos se orientan a permitir el control de fondo de las decisiones de la administración, la

primera afianzándose en el hecho de que el acto administrativo de la administración se aparte considerablemente de los preceptos dispuestos en la norma, de modo que bajo la premisa que actuar conforme al interés público es un actuar conforme a derecho, la técnica de desviación de poder sería absorbida por la causal de lesión del interés público.

En cuanto a la segunda: falsa motivación. Reconociéndose que se trata del control a partir de los hechos determinantes, donde se predica que la administración tomando una decisión motivada en la existencia de un hecho, y luego demostrarse que no existió; ante la realidad tergiversada o alterada, más aun cuando es unívoca la realidad, no hay más conclusión que declarar el acto administrativo nulo.³⁰⁶ En este evento al contemplarse en la determinación en sentido general del interés público, la necesidad de contar con prueba y motivación en todos los casos, la causal de lesión al interés público partiría de la base de demostración de la realidad, con lo cual la causal de falsa motivación quedaría absorbida por aquella.

De acuerdo a lo anterior, la causal de lesión de interés público formulándose en sede constitucional, por el sentido de la re-materialización constitucional y el principio de juridicidad, conllevaría a que la causal de desviación de poder como causal autónoma no estaría dada a mantenerse más, pues entendiendo la desviación de poder como el reproche que se hace a la actuación de la administración al cumplimiento de lo ordenado por el derecho (juridicidad), se confirmaría la tesis que la desviación de poder sería una causal absorbida por

³⁰⁶ Se reconoce, en nuestros días, la distinción entre ambas causales, aunque en un momento en la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia, se pretendió unificarlas en la causal titulada en su momento: desviación de poder por falsa motivación. En 1969 la falsa motivación era falsedad en los hechos, en relación con la desviación de poder era la afectación del principio de buen servicio así se decía que habiendo falsa motivación no tenía por qué haber desviación de poder. Sentencia del 25 de noviembre 1965. Radicación: sin número. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo. CP. ANDRÉS HOLGUÍN En el año 1979, el Consejo de Estado, despolvando y haciendo una re-interpretación de la hecha en 1951 por la misma entidad, de la doctrina de la *motivación material inexacta*, entendió que si el motivo no existe o lo que es lo mismo el hecho no está presente, no hay razón alguna para predicar la legalidad del acto. Sentencia del 22 de mayo de 1981, expediente 6020, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección cuarta. CP. GUSTAVO HUMBERTO RODRIGUEZ.

la lesión al interés público, porque todo actuar jurídico es conforme al interés público.

En cuanto a esta última, mientras se decanta la realidad como ingrediente trascendental en la toma de decisiones de la administración, la lesión al interés público no solo se sustenta en la realidad, sino en la necesidad de la prueba, la motivación y el principio de congruencia racional-jurídica, es esta última condición la que conlleva a la subsunción de la tesis del control de la realidad de la falsa motivación al principio de congruencia racional-jurídica de la lesión al interés público.

De esa forma la lesión al interés público está llamada a prosperar como causal autónoma de control de las decisiones de la administración, en casos particulares donde se evoque el interés público como fundamento de acción administrativa, siempre y cuando se contemple dentro del ordenamiento constitucional el concepto de determinación en sentido general del interés público.

Los maestros García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, señalaron:

“Históricamente, los vicios del acto administrativo han ido surgiendo al compás de a propia expansión del recurso contencioso-administrativo (el recurso de anulación o pour excès de pouvoir en Francia), como otras tantas ouvertures del mismo: incompetencia, vicio de forma, desviación de poder y , finalmente, violación de Ley y de los derechos adquiridos (...)Nuestra Ley Jurisdiccional de 1956 se apartó ya decididamente de esta dirección (...)Nada justifica, por otra parte-sigue diciendo la Exposición de Motivos-, enunciar una clasificación de las infracciones y qe en las demandas tenga que subsumirse la ilicitud denunciada en uno de esos tipos abstractos, lo

que importa es si existe infracción jurídica y ante ella más interesa hacer expeditiva la justicia que dificultarla”³⁰⁷

Con lo anterior, la consecuencia más importante de la fijación del interés público como principio autónomo es la unificación de las causales de control de los actos administrativos.

c. El Interés público como concepto jurídico de determinación en sentido general: Una expresión de Seguridad Jurídica, Tutela Judicial Efectiva, Juridicidad y empoderamiento del Constituyente Primario.

Una mirada general de las consecuencias que traería la adopción de la institución de determinación en sentido general del interés público, descrita anteriormente, arrojaría que principios como seguridad jurídica, tutela judicial efectiva y juridicidad se vigorizarían, en el mismo sentido un principio que consideramos trascendental en la edad contemporánea, nos referimos al empoderamiento del constituyente primario.

Concibiéndose que el principio de seguridad jurídica encierra dos dimensiones como es por un lado, la instrumentalidad para la realización de los valores constitucionales y normativos, y por el otro, la condición de garantía que a partir de este principio se logre la consistencia del sistema jurídico³⁰⁸, implica admitir de entrada que la seguridad jurídica representa no solo la convergencia de principios³⁰⁹ sino además de ello concierta la orientación del sistema jurídico a la certeza.

Si bien la certeza jurídica no puede anclarse a fórmulas de verdad absoluta, el principio de seguridad jurídica determinaría que ésta puede alcanzarse con la orientación del ordenamiento a la pre-configuración normativa; también es claro

³⁰⁷ Véase: GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. 13ed. Ed. Civitas. España. 2006. Pag.647

³⁰⁸ LAUROBA LACASA, María Elena. *El principio de seguridad Jurídica y la discontinuidad del derecho*. En: Louisiana Law Review, 63, Number 4, summer 2003. Pág. 1247

³⁰⁹ Sentencia STC 173/1996 se reconoce en la seguridad jurídica “*la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad*”

que la pre-configuración normativa no puede desembocar en fórmulas jurídicas totalmente acabadas, pues, lo reglado y discrecional son instituciones connaturales al derecho y al ejercicio del poder público.

La suerte del interés público, lo decíamos, ha sido estar subsumido a principios principales, esto ha empañado la condición autónoma que merece, así como lo ha petrificado en la institución de indeterminación. La condición actual en relación con el principio de seguridad jurídica demuestra que al no identificarse autónomamente el interés público, como tampoco su determinación, ha permitido que abunden decisiones judiciales y administrativas caprichosas, decíamos líneas atrás, apoyándonos de las afirmaciones acertadas del profesor Brewer Carías en torno a la dictadura judicial, que reinen los argumentos del interés público; de modo que el concepto se torna en un concepto comodín. Obviamente la seguridad jurídica se lesiona con tal situación en cuanto si se trata de certeza, el no haberla y demostrar la realidad política y jurídica de los Estados el trato diferenciado y no muy pocas veces interesado que se hace el interés público, es criterio suficiente para adelantar campañas de revisión de instituciones.

La certeza del interés público la brinda la institución de determinación en sentido general, en cuanto en el texto constitucional se expresaría las condiciones que envuelven *el actuar conforme al interés público*, esta estructura normativa está orientada a incrustar una pre-configuración normativa en el nivel constitucional, lo que conllevaría ha:

- i) Integrar el interés público como principio autónomo al principio de seguridad jurídica, significando que la identificación de lo que se entiende por interés público, si bien se funda en la aceptabilidad de las *cláusulas de no retorno*, contaría con respaldo normativo previo, y bajo la concepción de la re-materialización constitucional, como ya hemos visto.
- ii) Siendo la seguridad jurídica emblemática para la consecución de los fines del sistema jurídico y de la vida política de la colectividad, la institución de la determinación en sentido general, al orientar previamente el actuar conforme al

interés público tanto de la administración como de los jueces, así como reducir la libertad del legislador en la configuración de criterios , lograría que en la contemporaneidad se perfilará con mayor rigurosidad el actuar de los poderes públicos, fortaleciendo la deteriorada tesis de check and balance (frenos y contra-frenos)

iii) La determinación en sentido general del interés público lograría concebir una mayor y mejor predicibilidad de la decisión judicial³¹⁰, evitando la discrecionalidad, hoy reinante. La predicibilidad de la decisión judicial es una necesidad contemporánea de seguridad jurídica.

La fortaleza de la seguridad jurídica en torno a los tres ejes expuesto, desembocan en el aumento de garantía que representa el principio de tutela judicial efectiva³¹¹, esto en cuanto que si bien es cierto hoy es una posibilidad importante de los ciudadanos -administrados acceder a la justicia en búsqueda del control de las decisiones de los poderes públicos, el avance que debe darse en la materia es que se cuente con criterios precedentes que permitan prever de forma segura las decisiones de las instancias judiciales, por tal motivo, la reducción de la impredecibilidad judicial, es la nueva lucha contra las inmunidades del poder.

La tutela judicial efectiva constituyéndose como pilar fundamental de orientación del actuar de los jueces y de la propia la administración, se fortalecería con la institución de determinación en sentido general del interés público, en cuanto que determinándose el actuar conforme al interés público se conduce a la satisfacción del derecho a la buena administración, pues se consolida con la institución el deber de la administración de cumplir con lo consagrado constitucionalmente , no pudiéndose escudar en los

³¹⁰ *Ibíd.* Págs.1268-1269

³¹¹ El profesor Cassagne señala respecto de la tutela judicial efectiva lo siguiente : “ *en la última parte del siglo XX, aproximadamente desde treinta años atrás, la tutela judicial efectiva ha cobrado gran relevancia en el plano jurídico, gracias al impulso dado por la doctrina en España, con motivo de su recepción constitucional*” para Cassagne la tutela judicial efectiva representa una institución de mayor amplitud no solo en el “*plano garantístico, sino también en cuanto a la protección del interés general en procurar la buena administración, proyectándose también al procedimiento administrativo*” . Véase: CASSAGNE, Juan Carlos. El principio de legalidad y el control de la discrecionalidad administrativa. Ed. Marcial Pons. Madrid-España. 2009. Pág.95

configuraciones legislativas (a veces contradictorias); el mandato de la buena administración en torno a la interés público a partir de la determinación en sentido general se resuelve en un mandato constitucional, lo cual es una expresión de mayor garantía. Respecto del actuar de los jueces hemos dicho que la predictibilidad de la decisión judicial es el criterio de la tutela judicial efectiva que se plasma y fortalece en mayor medida con la determinación en sentido general.

En la reducción de las causales de control de los actos administrativos hemos resuelto unificar todas en la causal de lesión al interés público, bajo la premisa que un actuar contrario a derecho es un actuar contrario al interés público; la relación entre derecho e interés público se consolida con el fenómeno de la re-materialización constitucional, bajo tal luz , en particular el interés público poseería tanto la dimensión política (ideológica-unida del poder) como jurídica (principio constitucional autónomo). La juridicidad se resalta en la contemporaneidad como atributo del ordenamiento jurídico, representando la integridad de éste, en esa línea teórica, la institución de la determinación en sentido general, contribuiría con la consolidación del principio juridicidad, pues, siendo política y jurídica la trascendencia del interés público, y aceptándose la construcción de contenido del interés público en las cláusulas de no retorno, el principio de interés público representaría un actuar conforme a la juridicidad, identificándose con ello una amplitud del sentido del derecho, amplitud que es una fortaleza.

La tutela judicial efectiva y la juridicidad son ejemplos que en la contemporaneidad se pretende consolidar la relación entre autoridad y garantías, consideramos que siendo vitales estos avances, es necesario orientar técnicas no solo políticas sino jurídicas para empoderar al constituyente primario. La determinación en sentido general del interés público, pretende constituirse en institución de materialización del poder constituyente primario, en la medida que se ha dejado en manos del legislador y los jueces la determinación del actuar conforme al interés público, lo cual es un debilidad del sistema, en cuanto que reconociéndose la trascendencia del interés

público, tanto en lo político como en lo jurídico, es importante que el constituyente primerio se empodere de la fórmula y bajo la concepción del principio de juridicidad y del derecho a la buena administración estipule en la constitución el principio autónomo de actuar conforme al interés público, logrando con ello la certeza en la pre-configuración constitucional del interés público y la predictibilidad de la decisión judicial. El empoderamiento del poder constituyente primario a través de técnicas políticas y jurídicas, creemos, es el mandato de la contemporaneidad.

CONCLUSIONES.

1. La Contemporaneidad representa la aprobación de las *cláusulas de no retorno*, dentro de las cuales se contemplan las fórmulas de Estado Social de Derecho, proyección de los derechos Fundamentales, trascendencia en la organización del poder en el reconocimiento de la Democracia, principio de separación de poderes, entre otras. A partir de estas cláusulas de no retorno, se concibe el contenido del Interés público, lo cual resulta acertado, no tanto porque se admita acabada la tarea de definir el interés público, sino que estas cláusulas representan los logros políticos y jurídicos de la humanidad en el acto de convivencia colectiva. Conforme a ello, la problemática del contenido del interés público, se encapsula en la aprobación de no retorno.

2. La contemporaneidad, asumida como quedó expresado en el presente texto, identifica en la actividad del juez, una necesidad imperiosa de construir técnicas de control de su actuar. Se trata en la contemporaneidad de promover controles jurídicos no solo a los actos del legislativo y la administración; la promoción de la predicibilidad de la decisión judicial es importante en estos tiempos.

3. Un estudio del interés público como concepto jurídico indeterminado, revela el uso ambiguo del término, más allá de la "solides" teórica que pueda poseer la tesis de los conceptos jurídicos indeterminados, el interés público como principio y concepto no goza de una estructura a priori que permita estipular un *actuar conforme al interés público* de todos los poderes públicos, en los que se incluye los jueces; la manera de corregir la ambigüedad, se plantea a través de la técnica de determinación en sentido general del interés público, que no es otra cosa que la formulación del interés público como principio autónomo incrustado a nivel constitucional, de modo que la fijación de parámetros no estaría en manos de la administración y el legislador, sino provendría de la propia constitución, acto de formulación que no solo implica una decisión política, también lo es relevantemente jurídica en tanto se encaja al fenómeno de la re-materialización constitucional.

4. La determinación en sentido general del Interés público, su reconocimiento como principio constitucional autónomo, integra materialmente la constitución política, por lo que se trata de conducir un control de las actuaciones de la administración a partir del nivel constitucional y no legal como se viene tratando respecto del interés público; la fijación a nivel constitucional del control a partir del interés público desemboca en la causal “única” titulada lesión al interés público, ésta subsume la categorización de indistintas causales de control de las actuaciones de la administración en una sola, subsunción que se presenta por los efectos de las premisa: todo actuar contrario a derecho (juridicidad) es contrario al interés público.

5. El reconocimiento de una única causal de control, respecto de la actuación de la Administración, es el logro de una teoría que propende por la satisfacción y cumplimiento del derecho a la Buena Administración y la tutela judicial efectiva, en la medida que la existencias de múltiples causales de control, terminan por socavar la máxima del derecho administrativo, concerniente en que tanto la actuación de la administración como la jurisdicción se orientan a la salvaguarda del Interés Público.

6. A nivel político-jurídico la determinación en sentido general del Interés público, promueve el robustecimiento de principios como seguridad jurídica, tutela judicial efectiva y juridicidad, y especialmente el principio, que hemos osado titular- empoderamiento del poder constituyente primario. En cuanto a los tres primeros es claro que al fijarse constitucionalmente los criterios para el reconocimiento del actuar conforme al interés público, se hace más segura jurídicamente y conforme a derecho las decisiones de la administración como de los jueces en torno al interés público. Respectivamente, el fijar criterios en la Constitución Política lo que indica es el activismo del poder Constituyente primario, diluyendo la potestad dada al legislador para la determinación del interés público.

7. El principio del empoderamiento del poder constituyente se afianza de entrada en las posturas de la teórica crítica constitucional, que alza su voz, al manifestar que los jueces, más allá de un sano activismo judicial, improvisan con sus decisiones, que no siempre son afortunadas al interés público; la re-materialización constitucional, si bien, constituye las bases de un derecho constitucionalizado, ha traído consigo, la necesidad de construir herramientas tendientes al robustecimiento de la predictibilidad de la decisión judicial. Es un asunto de la contemporaneidad, se ha extendido la desconfianza que se tiene del ejecutivo y el legislativo, a los jueces, y no es infortunada tal precisión, por el contrario, es trascendental, el principio de empoderamiento del poder constituyente determina que la constitución política como norma jurídica debe cumplir con preceptos más elevados de tipicidad, o lo que es lo mismo, el interés público debe anclarse a la razón de la pre-configuración constitucional previa, como una técnica de reducción de arbitrariedad en los poderes del Estado, y una garantía de los ciudadanos. El interés público como concepto jurídico de determinación en sentido general, no es otra cosa, que una técnica proveniente de la pre-configuración constitucional previa, que proponemos. Si el texto constitucional, su razón de ser, no es solo, hoy por hoy, ser un texto político, sino normativo, esto trae consigo nuevas exigencias para el creador de la norma constitucional, en aras de evitar los excesos de los poderes constituidos.

8. La determinación en sentido general del concepto de Interés público, afirma que, si bien los conceptos jurídicos indeterminados y su tratamiento actual por los Tribunales Contenciosos administrativos Español Y Colombiano se afianza en la tesis del tertium non datur y el juicio silogístico, en aras de satisfacer constitucionalmente las exigencias de principios como seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, empoderamiento del poder constituyente, debe retirarse de la ese tipo de conceptos la noción de interés público, debiéndose elaborar pre-configurativamente en la constitución Política.

9. Indirectamente la teoría de la determinación en sentido general del Interés Público, propone, la consolidación de un NUEVO TIPO DE CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Los principios de empoderamiento del poder constituyente primario y pre-configuración constitucional previa, se articulan en una causa común, no sola jurídica, como será la reducción de la arbitrariedad, sino política, hacer que los poderes constituidos sirvan efectivamente a la causa social e intereses colectivos.

10. La historia de desarrollo de la vida colectiva del hombre, refleja un fundamento epistemológico: la sutileza transformadora. La presente tesis propone una “sutileza” en el manejo del concepto de interés público, esperando ser transformadora y contribuir, en algo, a la consolidación de un vivir bien.

BIBLIOGRAFÍA.

- ARAUJO-JUARÉZ, José. Derecho administrativo Venezolano, aproximación a su construcción científica. Consultado en: w2.ucab.edu.ve/tl_files/POSTGRADO/boletines/derecho-admin/1
- AROSTEGUI SANCHEZ, Julio. La contemporaneidad, época y categoría histórica. En: Mélanges de la Casa de Velázquez. Nouvelle série. 36-1. Consultado en: <http://mcv.revues.org/2338>
- ALFLEN DA SILVA, Kelly Susane. Hermenéutica Jurídica y concreción Judicial. Trad. Humberto Orduz Maldonado. Ed. Temis. Colombia. 2006
- ALONSO MÁS, María José. La solución justa en las resoluciones administrativas. Ed. Tirant Lo Blanch, España- Valencia, 1998
- ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Ed. Legis. Colombia.2005
- AARNIO, Aulis. Lo Racional como Razonable. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991
- ALGHIERI, Dante. La Monarquía. Ed Tecnos. España
- ALZAMORA MENÉNDEZ, Manuel. Sobre el Poder. Ed. Tecnos. España2007
- ARTOLA, Miguel. Constitucionalismo en la Historia. Ed. Crítica. Barcelona-España. 2005
- ARNAIZ AMIGO, Aurora. Ciencia Política. Estudio doctrinario de sus instituciones. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. 4ª ed. 1999
- ÁVILA, Humberto. Teoría de los Principios. Trad. Laura Criado Sánchez. Ed. Marcial Pons. España

- BAUMAN, Zygmunt. Modernidad Líquida. Fondo de cultura económica. México.2003
- BAYÓN, Juan Carlos. *¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?* Págs. 62-71. En: ORTEGA GOMERO, Santiago (Editor). Razonamiento e Interpretación Jurídica. Ed. Ara. Perú. 2010
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, MÜLLER UHLENBROCK, Klaus. (Coordinadores). La Juridificación de las Relaciones Internacionales. Un análisis plural. Ed. UNAM. México. 2008.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. Dictadura Judicial y Perversión del Estado de Derecho. Ed. Jurídica Venezolana International. 2ª ed. Actualizada. Caracas- Venezuela. 2016
- BREWER-CARIAS, Allan R. *El concepto de derecho Administrativo en Venezuela.* En: Revista de Administración Pública. Núms.100-102, Enero-Diciembre, 1983
- BREWER. CARÍAS, Allan R. *la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como mecanismo de control judicial de la actividad administrativa.* Pág. 99 Consultado en: archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2396/12.pdf
- BERZOSA LÓPEZ, Daniel. *El principio de servicio objetivo a los intereses generales en la Constitución y su traducción legislativa.* En: DA. Revista Documentación Administrativa. Nro. 289, enero-abril, 2011.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. Introducción general al Derecho Administrativo Venezolano. Consultado en: www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/ABC.pdf
- BOBBIO, Norberto. Kelsen y Max Weber. En: CORREAS, Oscar (compilador). El Otro Kelsen. Ed. UNAM. 1989. En: CORREAS, Oscar (compilador). El Otro Kelsen. Ed. UNAM. 1989

- BOROWSKI, Martin. Trad. Carlos Bernal Pulido. La estructura de los derechos fundamentales. Ed. Universidad Externado. Colombia. 2003
- CARBONELL, Miguel, GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. El Canon Neo constitucional. Ed. Universidad Externado. Colombia. 2010
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond. Teoría General del Estado. Ed. Fondo de cultura Económica, 2001. México
- CASSIRER, Ernest. El Mito del Estado. Traducción. Eduardo Nicol. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. 1968
- CASAS, Ulises. Origen y desarrollo del Movimiento Revolucionario Colombiano. Ed. Escuela ideológica de Filosofía. Colombia. 1990
- CASTILLO MENESES, Yadira. El sesgo de debilidad a favor del Inversionista Extranjero. Ed. Universidad de los Andes, 2015. Bogotá-Colombia
- CASSAGNE, Juan Carlos. El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Ed. Marcial Pons, 2009. Madrid-España
- CASSESE, Sabino. Derecho Administrativo: Historia y futuro. Ed. Global Law Press-INAP. Sevilla-España. 2014
- CHEVALLIER, Jacques. El Estado Postmoderno. Trad. Oswaldo Pérez. Ed. Universidad Externado, 2011, Bogotá- Colombia
- COMTE, Auguste. Discurso sobre el espíritu positivo. Ed. Alianza Editorial. 2ª reimpresión, 2011. Madrid
- C. COX, Oliver. El capitalismo como sistema. Ed. Fundamentos. Madrid-España. 1972.
- CHEVALLIER, Jacques. El Estado Postmoderno. Trad. Oswaldo Pérez. Ed. Universidad Externado, 2011, Bogotá- Colombia

- DÁURIA, Aníbal. Teoría y crítica del Estado. Ed. Eudeba, 2012. Buenos aires- Argentina
- CUEVA, Mario. La idea del Estado. Ed. Fondo de Cultura Económica. México.5ª ed. 1996
- DE LEON ARMENTA, Luis Ponce. Modelo Trans-Universal del Derecho y del Estado. Ed. Porrúa. México-Argentina, 2010
- DE LA BOÉTIE, Étienne. Discurso de la servidumbre voluntaria o el contra uno. Ed. Aldus. Colombia.SIN FECHA
- DE VICENTE GONZALEZ, José Luis. *Normas de aplicación directa y protección del paisaje en la ley Cantabria 2/2001 de 25 de junio. ¿límites a las direccionalidades de la administración o conceptos jurídicos indeterminados?*, En: REAL-2003
- DIAS DE CARVALHO, Adalberto. *La contemporaneidad como expresión de un nuevo humanismo*. En: THÉMATA, Revista de Filosofía. Núm. 39, 2007 Consultado en: institucional.us.es/revistas/themata/39/art79.pdf
- DIETERLEN, Paulette. La Pobreza: Un Estudio Filosófico. Ed. 1ª . México. Fondo de Cultura Económica. 2003
- DUAYHE MACCISE, Mónica. El Derecho a Cuestionar el Derecho: La teoría democrática de Claude Lefort. Ed. Coyoacán. México. 2012
- DE JOUVENEL, Bertrand. Sobre el Poder. Historia Natural de su crecimiento. Ed. Unión. España. 1998
- DE ZAN, Julio, La ética, los Derechos Y la Justicia. Ed. Fundación Konrad-Adenauer. Uruguay. 2004
- EBESBTEIN, William. La teoría Pura del Derecho. Ed. Coyoacán. México. 2004.

- FAZIO, Hugo. *La Historia Global: ¿encrucijada de la contemporaneidad?*. En: Revista de Estudios Sociales. Nro. 23. Bogotá-Colombia, 2006. Consultado en: <https://lacontemporaneidadcomoespaciodeintegracion.wikispaces.com/%C2%BFQu%C3%A9+es+la+Brecha+de+Contemporaneidad%3F>
- FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José. *Filosofía Política de la Democracia*. Ed. Fontamara. México. 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. *El Estado Constitucional de Derecho Hoy: El Modelo y su divergencia de la Realidad*. En: IBÁÑEZ, Perfecto Andrés (Editor). *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción*. Ed. Trotta. España. 1995.
- FRANCH I. SAGUER, Marta. *El Interés público: La ética Pública del Derecho Administrativo*. En: FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (Coordinador). *Derecho Administrativo. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y sistemas Jurídicos Comparados*. Ed. UNAM. México. 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. *La justicia penal transicional para la Colombia del Posconflicto y las garantías para la paz interna n: LONDOÑO ULLOA, Jorge Eduardo (compilador académico). Justicia, Derecho y Posconflicto en Colombia*. Ed. Ibáñez. Bogotá- Colombia, 2016
- FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Traducción. Díaz Martín José Manuel. Ed. Universidad Externado. 2000
- FERRAJOLI, Luigi. *La Democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Ed. Trotta. España. 2014
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Traducción. Andes Ibáñez, Andrea Greppi. Ed. Trotta. España. 2009
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*. Traducción Andrés Ibáñez y otros. Ed. Trotta. España. 2011

- GALEANDO, Eduardo. Las Venas Abiertas de América Latina. Ed. Siglo XXI. México. 2003
- GASCON ABELLAN, Marina (Coord.). Argumentación Jurídica. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia- España. 2014
- GAMBIER BELTRAN. Artículo: el concepto “oferta más conveniente” en el procedimiento licitatorio público (la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y el control judicial) tomado del siguiente enlace: http://www.despachogambier.com/despacho/images/pdf/oferta_mas_conveniente.pdf
- GARCIA FIGUEROA, Alfonso. Principios y Positivismos Jurídicos. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Ed. Centro de Estudios Políticos Y constitucionales. Madrid-España, 1998
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Lógica del Concepto Jurídico. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. 1949
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo. Tomo I. Décimo tercera Edición. Ed. Thomson. Civitas. España, 2006
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la Administración. Ed. Civitas. España 5ª ed. 1998.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder. Ed. Civitas. Madrid-España, 1983
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, Eduardo. Tratado de derecho administrativo. Tomo I. 2da edición, ampliada y revisada. Ed. Revista de derecho privado. España-Madrid.
- GALEGO ANABITARTE, Alfredo, MENÉNDEZ REXACH, Ángel. Acto y Procedimiento Administrativo. Ed. Marcial Pons. España. 2001

- GOBERNADO ARRIBAS, Rafael. *Individualismo y colectivismo en el análisis sociológico*. Revista REIS, 85/99
- GONZÁLEZ SEARA, Luis. La Metamorfosis de la Ideología. Ensayos sobre el poder, la justicia y el orden cosmopolita. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2011
- GONZÁLEZ PÉREZ Jesús. Manual de Procedimiento Administrativo. Ed. Civitas. España. 2002
- GÛECHA MÉDINA, Ciro Nolberto. Derecho Procesal Administrativo. Ed. Ibáñez. Colombia. 2014
- HART ELY, John. Democracia y desconfianza. Una teoría del Control Constitucional. Trad. Magdalena Holguín. Ed. Universidad de los Andes. Colombia. 1997
- HERNANDEZ G., José Ignacio. Repensando al derecho administrativo Venezolano, 25 de septiembre de 2013. Consultado en: <https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Entendiendo>
- HELLER, Herman. Teoría del Estado. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. 1942.
- HESSEN, Johannes. Teoría del Conocimiento. Ed. Atenea. Colombia. 2004
- HOFMANN, Hasso. Filosofía del Derecho y del Estado. Trad. Luis Villar Borda. Ed. Universidad Externado. Colombia. 2002
- HOBBS, Thomas. Leviathan. Ed. Gallimard. Colombia. 2000
- HUME, David. Investigación Sobre el conocimiento Humano. Ed. Mestas. España. 2003

- HUERTA, Carla. *Solución a los conflictos entre principios. En: VÁZQUEZ, Rodolfo. Normas, razones y derechos. Filosofía Jurídica contemporánea en México. Ed. Trotta. España.2011*
- IRIARTE, Gregorio. *La Deuda Externa es Inmoral. Ed. Paulinas. Bogotá. 1991*
- JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado. Ed. Fondo de cultura Económica. México. 2000*
- JINESTA LOBO, Ernesto. *El control jurisdiccional de la administración pública. Revista judicial. Costa Rica. Año XX, Nro.63 del año 1997*
- JOLY, Maurice. *Diálogo en el Infierno. Entre Maquiavelo y Montesquieu. Trad. Matilde Horne. Ed. El Aleph. España*
- KELSEN, Hans. *Religión Secular. Una polémica contra la malinterpretación de la filosofía social, la ciencia y la política modernas como nuevas religiones. Trad. Manuel Abella. Ed. Trotta. España. 2015*
- KELSEN, Hans. *La Paz por medio del Derecho. Trad. Luis Echávarri. Ed. Trotta. España. 2ª ed. 2008*
- KELSEN, Hans. *Ensayo sobre la jurisprudencia y Teología. Ed. Fontamara. México.2004; KELSEN, Hans. Introducción a la Teoría pura del Derecho. Ed. Coyoacán. México. 1960*
- KELSEN, Hans. *Ficciones Jurídicas. Ed. Fontamara. México. 2003*
- KELSEN, Hans. *La idea del derecho natural y otros ensayos. Ed. Coyoacán. México. 1979*
- KELSEN, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado. Ed. UNAM. México. 1949.*
- KELSEN, Hans. *Compendio de la Teoría general del Estado. Ed. Coyoacán. México.2012*

- KELSEN, Hans. ¿Qué es la Justicia? Ed, Fontamara. México.1991
- LENIN, V.I, El Estado y la Revolución. Ed. En lenguas extranjeras. Pekín. 1974
- LAMBERT, Edouard. El gobierno de los Jueces. Trad. Félix de la Fuente. Ed. Tecnos.2010.
- LA SPINA, Encarnación. *Más allá del (Ir) refutable nexo poligamia-desintegración Social en la jurisprudencia contencioso-administrativa del tribunal suprema*. En: Anales de la Cátedra Francisco Suarez. Volumen 48 de 2014, pág.228-230.
- LAUROBA LACASA, María Elena. *El principio de seguridad Jurídica y la discontinuidad del derecho*. En: *Louisiana Law Review*, 63, Number 4, summer 2003.
- LARENZ, Karl. La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid-España. 1935
- LENIN, V.I, obras, tomo V (1913-1916). Ed. Progreso. Moscú, 1973
- LINARES, Sebastián. La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes. Ed. Marcial Pons. España. 2008
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Eslabones del Derecho. El deber de coherencia con el precedente judicial. Ed. Legis. Colombia. 2016.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. La Letra y el Espíritu de la Ley. Ed. Universidad de los Andes- Ed. Temis. Colombia. 2008
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Ed. Legis. Bogotá-Colombia. 2004

- LÓPEZ CALERA, Nicolás. “El interés público: entre la ideología y el Derecho” en: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44 (2010), 123-148
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, José. *El concepto de legitimidad en perspectiva histórica. En: cuadernos electrónicos de filosofía del derecho. Nro. 18 (2009) ISSN: 1138-9877*
- LÓPEZ PEÑA, Edmer Leandro. *Relatividad de contenido del interés general por su dependencia al principio de Estado Social Y Democrático De Derecho (a propósito del libro “con miras del interés general” de los profesores Arana Muñoz y Rivero Ysern). En: Ciencia jurídica, ISSN 2007-3577, N°. 6, 2014, págs. 159-166. Consultado en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5147388>*
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces*. Ed. Legis. Colombia. 2ª ed. 2006.
- LÓPEZ PEÑA, Edmer Leandro. *Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia- España. 2015
- LÓPEZ PEÑA, Edmer Leandro. *La Cotidianidad de la Investigación y la programación Neurolingüística. El mensaje inicial como técnica de investigación*. Ed. Académica Española. Alemania.2015
- LÓPEZ PEÑA, Edmer Leandro. *Heavy Metal y política*. Ed. Editorial académica española. Alemania, Saarbrücken, 2015
- LÓPEZ PEÑA, Edmer Leandro. *La paz y la guerra entre el instinto y la racionalidad, en el mundo de la insignificancia*. Pág. 11-18. En: LONDOÑO ULLOA, Jorge Eduardo (compilador). *Justicia, derecho y posconflicto en Colombia*. Ed. Ibáñez. Colombia.2016

- LÓPEZ PEÑA, Edmer Leandro. El paradigma Económico del Estado Social de Derecho. En: LÓPEZ PEÑA, Edmer Leandro, BARRERA VARELA, Pedro Javier (compiladores). Ed. Ibáñez. Colombia. 2015.
- LUKÁCS, Georg. Historia y conciencia de clases. Ed. De Ciencias Sociales del Instituto del Libro. Cuba- La Habana. SIN FECHA
- LUNA SERRANO, Agustín. Las Ficciones del Derecho. Ed. Temis. Bogotá-Colombia. 2013
- LUKMANN, Niklas. La Sociedad de la Sociedad. Ed. Herder. España.2010
- LOZANO VILLEGAS, Germán. Control político en el ordenamiento constitucional Colombiano: ¿un concepto diluido en el control jurídico o una idea que debe consolidarse? Ed. Universidad Externado. Colombia. 2010
- LLORENTE & CUENCA. Informe especial: La Justicia en América Latina como factor imprescindible de Desarrollo. Madrid. 2015
- MAI, Mapreth. Breve historia del mundo para jóvenes Lectores. Ed. Ariel. España. 2016
- MANNHEIM, Karl. Ideología y utopía. Trad. Salvador Echevarría. Ed. Fondo de Cultura Económica de México. México, D.F., 1987
- MARX, Carlos y ENGELS, Federico. La Ideología Alemana. 5ª ed. Ed. Pueblos Unidos- Grijalbo S.A., España-Uruguay. 1974
- MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo. Tomo I. Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1982
- MARTÍNEZ BRAVO, Juan Alberto. Derecho Administrativo Boliviano. Ed. El país. 2010
- MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa. Ed. Universidad Externado. Bogotá-Colombia. 2007

- MARTIN GONZALEZ, Manuel. *“El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos”*. *Revista de la administración pública*, núm.54,, 1967
- MAURER, Hartmut. *Derecho Administrativo. Parte General*. Ed. Marcial Pons. 2011
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David. *Metodología jurídica y argumentación*. Ed. Marcial Pons. España
- MERKL, Adolf. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Ed. Coyoacán. México. 2014.
- MÉLICH, Joan-Carles. *Lógica de la Crueldad*. Ed. Herder. España. 2014
- MONTOYA BRAND, Mario, MONTOYA RESTREPO, Nataly (editores-compiladores). *Hans Kelsen. El reto contemporáneo de sus ideas políticas*. Ed. Universidad EAFIT. Colombia. 2011
- MONTALVO ABIOL, Juan Carlos. *Concepto de Orden Público en las democracias contemporáneas*. En: *Revista RJUAM*, Nro. 2, 2010-II.
- MONTEDURO, Massimo. *El carácter multidimensional de la imparcialidad administrativa y el principio de objetividad: reflexiones sobre la experiencia italiana*. En: *DA. Revista Documentación Administrativa*. Nro.289, enero-abril 2011.
- NÁJERA PÉREZ, Elena. *Del Ego Cogito al Vrai Homme. La doble mirada de Descartes sobre el ser Humano*. Ed. Universidad Politécnica de Valencia. Valencia- España. 2003.
- ORDOÑEZ, Alejandro. *El Neo constitucionalismo: ¿Un derecho nuevo para la Aldea Global?* En: *La Constitucionalización de las Sociedades Contemporáneas*. Ed. Universidad Santo Tomás. Bogotá-Colombia. 2007
- ORTEGA Y GASSET, José. *La revolución de las masas*. Ed. Géminis Ltda., Colombia. Primera Edición. 2014

- OSORIO, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Ed. Heliasta, 1981. Buenos Aires Argentina
- O'DONNELL, Guillermo. *Estado, democracia y Globalización*. Publicado en Revista Realidad Económica. Consultado: https://issuu.com/ghoh/docs/o_donell_-_estado_democracia_y_glo
- PAREJO ALFONSO, Luciano, ORTEGA ALVAREZ, Luis., JIMENEZ-BLANCO, Antonio. Manual de Derecho Administrativo. Volumen I. Ed. Ariel. Barcelona- España. 1998
- PASSERIN D'ENTRÉVES, Alessandro. La Noción de Estado. Ed. Ariel. Barcelona- España. 2001.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional. Ed. Universidad Externado. Colombia. 2002.
- PETEV, Valentin. Metodología y Ciencia Jurídica en el umbral del Siglo XXI. Trad. Luis Villar Borda. Ed. Externado. Bogotá-Colombia. 1996.
- PRIETO SANCHÍZ, Luis. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Ed. Trotta. Madrid- España. 2ª ed. 2009
- PRIETO SANCHÍZ, Luis. *Presupuestos neo constitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica*. Págs. 20-21 En: GASCON ABELLAN, Marina (Coord.). Argumentación Jurídica. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia- España. 2014
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *La Teoría de la interpretación en el origen de la Justicia constitucional y en el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica*. Pág. 71 En: GASCON ABELLAN, Marina (Coord.). Argumentación Jurídica. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia- España. 2014
- PNUD. La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos. 2da ed. Ed. Alfaguara, Argentina. 2004.

- PONCE SOLÉ, Juli. *Ciencias Sociales, Derecho administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un dialogo fructífero*. En: Revista gestión y análisis de políticas públicas, Nueva época, Nro. 11, enero-junio 2014
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, URREGO ORTIZ, FRANKY. *Los Decretos Presidenciales en el Sistema Normativo*. Ed. Doctrina Ley. Bogotá-Colombia. 2011
- QUIROGA LAVIE, Humberto. *Las constituciones Latinoamericanas. Estudio preliminar*. Ed. Fondo de cultura economía. México.1994
- URIOL EGIDO, Carmen. *La discrecionalidad en el derecho tributario: Hacia la elaboración de una teoría del interés general*. En: Revista: Instituto de Estudios Fiscales. 29/02.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. *El interés superior del niño: concepto y delimitación del término*. En: Revista Educatio Siglo XXI, Vol. 30 Nro.2-2012
- RIVERO YSERN, Enrique, RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ. Jaime. *Con Miras al Interés General*. Ed. Bubok Publishing. España.2015
- RIVERO YSERN, Enrique. *el ordenamiento jurídico nuclear y la ordenación y gestión del medio ambiente*.en: Revista de administración pública, ISSN 0034-7639, N° 83, 1977, págs. 59-98. Consultado en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=1791011>
- RICOEUR, Paul. *Teoría de la Interpretación. Discurso y excedente de sentido*. Ed. Universidad Iberoamericana. 1995
- RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. *Derecho Administrativo y Derechos sociales Fundamentales*. Ed. Global Law Press-INAP. Sevilla-España. 2015

- ROBIN, Corey. El miedo. Historia de una idea política. Ed. Fondo de cultura Económica. México. 2009
- R. OQUENDO, ÁNGEL. Democracia y pluralismo. Ed. Fontamara. México. 2004.
- SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. Ed. Civitas. Madrid-España. 1976
- SANCHEZ, Ricardo. La crisis del Bipartidismo y la Constituyente. Ed. Toro Nuevo. Colombia. 1977
- SÁNCHEZ PÉREZ, Alexander. Las normas de derecho blando. Un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial. Ed. Universidad Externado. Colombia. 2012
- STAMMLER, Rudolf. Modernas teorías del derecho y del Estado. Ed. Ara. Perú. 2006
- SANÍN RESTREPO, Ricardo. Teoría crítica constitucional. La democracia a la enésima potencia. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia-España. 2014
- SEPULVEDA PINO, Hernán. La teoría Marxista del derecho y la teoría normativista de Hans Kelsen. Ed. ECOE. Bogotá. 1989
- SIERRA CADENA, Grenfieth de Jesús. El Juez Constitucional: Un actor regulador de las políticas públicas. El caso de descentralización en Colombia. Ed. Universidad del Rosario. Colombia. 2009
- SPENCER, Herbert. El individuo contra el Estado. Ed. F Sempere y C.A. Valencia- España. Sin fecha
- TORRES MALDONADO, ÁNGEL. *El Sumak Kawsay, desde la perspectiva constitucional Ecuatoriana EN: LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro, BARRERA VARELA, Pedro Javier (compiladores). Ed. Ibáñez. Colombia. 2015*

- VELASCO, Luis Fernando. El papel del congreso en el proceso de Paz. n: LONDOÑO ULLOA, Jorge Eduardo (compilador académico). Justicia, Derecho y Posconflicto en Colombia. Ed. Ibáñez. Bogotá- Colombia, 2016
- VELASQUEZ TURBAY, Camilo. El poder Político. Ed. Externado. Colombia. 1985
- VELEZ CORREA, Jaime. El comunismo. Compendio y discusión. Ed. Voluntad Ltda. Bogotá-Colombia. 1963
- VELILLA MORENO, Marco Antonio. La ética y la Defensa de lo Público. Un camino para la construcción de la solidaridad y la responsabilidad colectiva. Ed. Planeta Colombiana S.A. Bogotá- Colombia. 2014.
- VILAJOSANA, Josep M. El Significado Político del Derecho. Ed. Fontamara. México.2005
- VILA CASADO, Iván. Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo. 2ª ed., Ed. Legis, 2012, Bogotá- Colombia
- V.I, Lenin. El Estado y la Revolución. Ed. En lenguas Extranjera. Pekín. 1966
- WAHL, Rainer. Los últimos cincuenta años de Derecho administrativo Alemán. Ed. Marcial Pons, 2013. Madrid- España
- WALTER, Roberto. Kelsen, la Teoría pura del derecho y el problema de la Justicia. Ed. Universidad Externado. Colombia. 2002

