

EL EJERCICIO DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA COMO
APLICACIÓN ORDINARIA DEL DERECHO COLOMBIANO

MILO DAVID BOLAÑOS MESÍAS

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
POSGRADO DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO (NARIÑO)

2012

EL EJERCICIO DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA COMO
APLICACIÓN ORDINARIA DEL DERECHO COLOMBIANO

MILO DAVID BOLAÑOS MESÍAS

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de Especialista en
Derecho Administrativo

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
POSGRADO DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO (NARIÑO)
2012

“Las ideas y conclusiones aportadas en la tesis de grado son de responsabilidad exclusiva del autor”

Artículo 1 Acuerdo N° 324 de octubre 11 de 1966, emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

NOTA DE ACEPTACIÓN

Firma del jurado

Firma del jurado

San Juan de Pasto, mayo de 2012

RESUMEN

La discusión acerca de las tesis sobre discrecionalidad administrativa y su control judicial se mueve, al menos, en tres niveles distintos. El primero es respecto de la estructura racional de la norma jurídico-administrativa; El segundo sobre la totalidad o no del control jurídico de la actuación administrativa; en el tercer nivel se sitúa el problema de los límites dentro de los cuales la Constitución permite al legislador atribuir a la Administración potestades discrecionales. Estos distintos niveles obligan a diferenciar sus dos grandes objetos: el control de su ejercicio y, el control de su atribución.

La administración pública tiene ámbitos decisorios en el Estado Social de Derecho, pues su labor de reglamentación y de ejecución de la Ley, entraña, unas veces, el uso de facultades discrecionales para la determinación del interés general; o, la necesidad de interpretar conceptos jurídicos indeterminados expresados en la norma habilitante. En ambos casos, la inexistencia de respuestas con la misma significación en su aplicación, ya sea porque existan dos o más alternativas de interés general, en el primer caso, ora porque se planteen varias formas plausibles de interpretar el concepto jurídico indeterminado, implica que la administración, a través del servidor habilitado, deba realizar un juicio valorativo sobre tales alternativas, por lo que se hace necesario exigir de éste, que su decisión final sea bajo pautas de racionalidad y razonabilidad. Con ello se pretende evitar el riesgo de arbitrariedad, ínsito en los procesos valorativos. La jurisdicción contenciosa y los órganos de control de la función pública cuentan con herramientas que determinan estas puntas de elección; entre otras, se halla: el control sobre los elementos formales del acto administrativo; control sobre los hechos determinantes; la coherencia con los fines determinantes; respeto de la decisión por los principios generales del derecho y, finalmente, la razonabilidad de la decisión, según las expectativas legítimas de los sujetos pasivos de la medida adoptada.

Por su parte, en Colombia, la aplicación de las tesis alemanas han generado confusión, pues en lugar de recepcionarlas con gran apremio, han tratado de adoptarlas y darle una connotación de autonomía sobre nuestro ordenamiento jurídico.

SUMMARY

The discussion of the thesis on administrative discretion and judicial moves, at least at three different levels. The first is about the rational structure of legal and administrative rule, the second over all or no legal control of administrative action, in the third level is the problem of the limits within which the Constitution allows the legislature attributed to management discretions. These levels require to differentiate its two great objects: the control over the exercise and control allocation.

Public administration has decision-making levels in the rule of law, for their work of regulation and enforcement of the law involves, sometimes, the use of discretion in determining the public interest, or the need to interpret legal concepts indeterminate expressed in the law enabling. In both cases, the lack of responses with the same meaning in its application, either because there are two or more alternatives of interest, in the first case, or because it raised several plausible ways to interpret the vague legal concept implies that the administration, through the server enabled, should make a value judgment on these alternatives, so that makes it necessary to require that a final decision is under guidelines of rationality and reasonableness. This is to avoid the risk of arbitrariness, I insist on the value processes. The contentious jurisdiction and supervisory bodies of the public have tools that determine these points of choice, among others, is: control over the formal elements of the administrative, control the facts decisive, consistent with the purposes determinants, respect for the decision by the general principles of law and, finally, the reasonableness of the decision, as the legitimate expectations of taxpayers for the measure.

Meanwhile, in Colombia, the application of the German thesis have caused confusion, because instead of recepcionarlas with great urgency, have tried to adopt them and give it a connotation of autonomy over our legal system.

PALABRAS CLAVES: Discrecionalidad administrativa, Norma jurídico-administrativa, Consecuencias jurídicas, Supuesto de hecho (indeterminado), Supuesto de hecho (imperfecto).

KEYWORDS: Administrative discretion, Legal and administrative rule, Legal implications, Assumption made (unspecified), Assumption made (imperfect).

CONTENIDO

LA APLICACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA COMO APLICACIÓN ORDINARIA DEL DERECHO EN COLOMBIA,	9
COMPLEMENTO AL EJERCICIO DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA COMO APLICACIÓN ORDINARIA DEL DERECHO COLOMBIANO,	18
CONCLUSIONES,	20
REFERENCIAS,	22

LA APLICACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA COMO APLICACIÓN ORDINARIA DEL DERECHO EN COLOMBIA

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo, la discrecionalidad administrativa constituye el problema nuclear de la ciencia del Derecho administrativo, de igual forma, su control por el poder judicial continúa siendo una de las cuestiones del derecho público que reviste mayor trascendencia y significación para la protección de los derechos e intereses individuales y colectivos.

Quizás pueda parecer exagerado suponer que alrededor de la discrecionalidad gira el eje de toda la problemática del derecho administrativo y que el control por los jueces de la potestad discrecional constituya el núcleo central de dicha problemática. Sin embargo, esa idea encuentra sustento en la circunstancia de no haberse canalizado aún las distintas corrientes del pensamiento jurídico en un cauce que, con una mínima unidad de criterio, permita interpretar el fenómeno de lo discrecional dentro de la ley y del derecho como una actividad jurídica de la Administración controlable por los jueces.

Por su parte, las posturas contrapuestas que subsisten en algunos países como Alemania y los interesantes debates en los que han tomado parte, en los últimos años, distinguidos juristas españoles, se han concentrado, salvadas las diferencias conceptuales e ideológicas, en torno al alcance de la revisión judicial de la discrecionalidad, particularmente, sobre los poderes del juez para sustituir la actividad administrativa en caso de considerarla ilegítima o antijurídica.

En Argentina, desde los trabajos pioneros (Linares, 1958 y Fiorini, B. 1948) hasta los más recientes, la tendencia general se orienta hacia la admisión, en principio, del control judicial de la actividad discrecional, aun cuando difiere en sus alcances. Como se verá más adelante, si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, en algunos casos, ha limitado el control de la discrecionalidad con el argumento de que constituyen juicios de oportunidad reservados a la Administración, en otros, ha admitido la fiscalización judicial en supuestos de ilegalidad o arbitrariedad manifiestas.

Retomando el caso alemán, con diferentes matices y criterios ideológicos se sostuvieron tesis opuestas acerca de la discrecionalidad, en la inteligencia de que era una zona de la actividad administrativa que en principio se encontraba exenta del control judicial o al menos que la densidad de ese control era menor.

Por un lado, se postuló una concepción amplia, denominada unitaria, que partía de dividir la estructura de la norma en supuestos de hecho normativos y la consecuencia jurídica.

Entendemos por supuesto de hecho como la hipótesis de conducta que si se produce provocará la consecuencia y esta consecuencia jurídica que tiene por causal considerar la conducta humana como parte de un conjunto más amplio como es el supuesto de hecho normativo y consecuencias jurídicas, mientras que por otro lado, se sostuvieron ideas más restringidas que contuvieron ambos aspectos. Pero tampoco faltaron teorías que limitaron la discrecionalidad al ámbito de las consecuencias jurídicas ni otras que la acotaron a la indeterminación de los supuestos de hecho normativos en los que se reconocía un margen de decisión administrativa equiparable a la discrecionalidad, en el que los jueces no podían invadir.

En medio de esas corrientes, se tiene la desarrollada en Alemania que fue el principal intento teórico por reducir la discrecionalidad, se centró en la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados con fundamento en que, al admitir una única solución justa, dichos conceptos constituyen un supuesto de remisión legal, cuyo control en nada difiere del que se efectúa sobre una actividad reglada. Esta tesis, que implicó un fortalecimiento de la tutela judicial efectiva, acogida tempranamente por el maestro García de Enterría, tuvo una extraordinaria recepción tanto en España como en Latinoamérica, especialmente en Argentina. Como el propio difusor lo reconoce - cuando por ejemplo se refiere al “justiprecio” como concepto jurídico indeterminado-, la tesis no rechaza la existencia de la potestad discrecional aunque la reduzca significativamente.

En ese largo camino que muestra (sólo en sus líneas básicas y elementales) la evolución de la potestad discrecional encontramos otra tesis germánica. Es la del

“margen de apreciación”, que se diseña para permitir que la Administración pueda arribar a una solución justa dentro del “halo conceptual” del concepto jurídico indeterminado, mediante un proceso de cognición o interpretativo.

García de Enterría y Fernández, han puntualizado -al comentar una sentencia del Tribunal Supremo español que sostiene que el margen de apreciación entraña “una cierta amplitud de criterio en la decisión”- ello está lejos de configurar un espacio que la Administración pueda cubrir con su libre voluntad y, en definitiva, sólo “expresa sólo un ámbito cognoscitivo e interpretativo”. (García de Enterría, 1983: 234 y Fernández, 1976)

Por otra parte, y sin dejar de reconocer la trascendencia de la doctrina y jurisprudencia italianas que, como decía Giannini, demuestran que la discrecionalidad es un proceso creativo (o categoría histórica) menos aún se justifica prescindir en esta materia del análisis de la evolución acontecida en el derecho francés sobre el poder discrecional y su control por los jueces administrativos.

Aunque la doctrina y jurisprudencia francesas han ido ampliando el control sobre los elementos discrecionales de las decisiones ejecutorias y de los reglamentos, manejándose con un criterio coincidente, en el sentido de limitar la revisión jurisdiccional a un “control mínimo”, cuando se está en presencia de una competencia discrecional en la que se analizan razones de oportunidad, lo cierto es que las fronteras no son tan nítidas como podría parecer a primera vista.

En efecto, si bien las categorías clásicas de legalidad y oportunidad se corresponden, en teoría, con la competencia reglada y discrecional, no siempre guardan simetría. Ello acontece, en primer lugar, por la sencilla razón de que no hay poderes reglados ni discrecionales puros. A lo sumo existe, como puntualizó Hauriou, un cierto poder discrecional de la Administración que, en mayor o menor medida, se encuentra en todos los actos, para apreciar la oportunidad de las medidas administrativas o mejor dicho, aspectos de los elementos del acto que son parcialmente reglados y parcialmente discrecionales. En segundo lugar, en Francia, el juez administrativo, al crear derecho, amplía la competencia reglada y hasta se ha sostenido que la oportunidad puede

constituir un elemento de la legalidad. Por lo demás, las técnicas desarrolladas en el curso de la evolución que ha tenido el excès de pouvoir (exceso de poder) a través del reconocimiento del error manifiesto de apreciación y de la teoría del balance terminaron penetrando en el campo de lo discrecional. El mecanismo o ardid al que se acude consiste en sostener que, en tales casos, se ejerce un control de legalidad y no de oportunidad, reduciéndose de ese modo, el ámbito de lo discrecional.

Como han señalado Vedel y Delvolvé, “los amplios poderes de creación del Derecho que posee el juez administrativo le permiten integrar en la legalidad, al formular una regla de derecho nueva, numerosos elementos que se refieren a la oportunidad del acto. Dicho de otra forma, desde el punto de vista del Derecho hecho, no hay nunca control de la oportunidad y del poder discrecional; desde el punto de vista del derecho que se hace, el juez se asegura el control de ciertos elementos de oportunidad y de poder discrecional formulando reglas de Derecho que extienden la esfera de la competencia reglada y de la legalidad”.

En definitiva, en el sistema francés, no obstante haberse efectuado una cierta sistematización sobre los criterios para fijar los límites del control jurisdiccional de la actividad discrecional el juez “ejerce el control que quiere haciendo de las normas lo que quiere” y aunque la doctrina es consciente del peligro de que la Administración incurra en arbitrariedad en la utilización de la potestad discrecional los jueces suelen autolimitarse y practican un control mínimo sin sustituir, en principio y como regla general, los aspectos que consideran puros juicios de oportunidad que lleva a cabo la Administración. Aquí radica, como se verá más adelante, uno de los puntos de mayor fricción doctrinaria que exhibe la teoría de la discrecionalidad.

1. Tesis en la cual la discrecionalidad administrativa únicamente opera en el ámbito de las consecuencias jurídicas de las normas jurídico-administrativas.

Desde hace cuatro décadas, la doctrina y jurisprudencia alemanas, han ubicado a la discrecionalidad en un ámbito de libertad de decisión administrativa, descartando de plano la concepción de que dicha discrecionalidad opera en el ámbito del supuesto de hecho de las normas jurídico-administrativas; pues así lo han sostenido los precursores

de la concepción Reduccionista como Otto Bachof, Hermann Reuss, Dietrich Jesch, Fritz Czermak, Hugo Kellener, Klaus Obermayer, Klaus Stern entre otros.

Esta teoría conocida en Europa como *Rechtsfolgeermessen* sostiene que lo que genera la discrecionalidad administrativa es la indeterminación normativa de las consecuencias jurídicas ya sea por:

No configurarse su aplicación como obligatoria siempre que concurra el supuesto de hecho normativo, que consiste en otorgarle facultad al nominador para adoptar una decisión discrecional con carácter alternativo, lo que implica que el nominador debe hacer un verdadero juicio de valor de las posibles consecuencias jurídicas normativas o no predeterminadas normativamente que pueden generarse con la aplicación o inaplicación de la decisión.

Lo anterior, puede traducirse en tres supuestos; el primero de ellos denominado Adopción facultativa no preceptiva de la consecuencia jurídica prevista por la norma; que prevé consecuencias jurídicas normativas con carácter alternativo; pues el supuesto de hecho de la norma habilitante no obliga al nominador a adoptar la consecuencia jurídica por ella prevista. El segundo supuesto denominado adopción facultativa o preceptiva de alguna de las diversas consecuencias jurídicas previstas como posibles por la norma; que prevé consecuencias jurídicas prevista por la norma habilitante que podrá o deberá adoptar el nominador. El tercer supuesto denominado adopción facultativa o preceptiva de una consecuencia jurídica no predeterminada normativamente; que prevé la consecuencia jurídica que el nominador estime conveniente, para lo cual deberá o podrá optar por su aplicación.

En este orden de ideas, la discrecionalidad se constituye como un acto de la voluntad para adoptar la decisión según los referidos supuestos; pues dicha discrecionalidad dejará de ser administrativa para actuar para convertirse en administrativa para elegir.

Lo anterior, opera dentro del sistema jurídico administrativo alemán; por su parte, en Colombia, la adopción y aplicación de aquellos supuestos se hace cada día más imperiosa, por cuanto las autoridades administrativas no quieren avanzar en materia de

discrecionalidad administrativa, generando cada vez más confusión al momento de interpretar dicha actuación.

2. Tesis en la cual la discrecionalidad administrativa opera tanto en el ámbito de las consecuencias jurídicas como en el supuesto de hecho (indeterminado) de las normas jurídico-administrativas.

A diferencia de la tesis anterior, ésta comienza a desarrollarse muy lentamente sin convertirse en pionera y es a mediados de la década de los setenta cuando comienza a ser frecuente, por cuanto se concibe que dicha teoría permite que la indeterminación del supuesto de hecho de las normas jurídico-administrativas genere una discrecionalidad administrativa o en su defecto un margen de decisión administrativa estructuralmente comparable y con diversas variantes. “Incluso dentro de quienes postulan una categoría unitaria de discrecionalidad administrativa y no solo la equiparabilidad estructural entre el ejercicio de la discrecionalidad y la aplicación de conceptos normativos indeterminados como margen de apreciación” (Bullinger, M.); razón por la cual se hace necesario distinguir entre el ejercicio de la discrecionalidad y la aplicación de conceptos normativos indeterminados, que tanta confusión ha generado al interior de los doctrinantes colombianos y al interior del Consejo de Estado como máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa situación que se ha extendido hasta el punto de rechazar la distinción categorial entre el ejercicio de la discrecionalidad y la aplicación de conceptos normativos, pero desde una perspectiva justamente inversa a la de los autores ya referenciados. En lugar de aproximar la aplicación de los conceptos normativos indeterminados al ejercicio de la discrecionalidad como ocurre en el caso de tales autores, lo que hacen estos otros es aproximar el ejercicio de la discrecionalidad a la aplicación de los conceptos normativos indeterminados sosteniendo que el ejercicio de aquella no consiste sino, al igual que la aplicación de dichos conceptos, en UNA APLICACIÓN ORDINARIA DEL DERECHO, tal cual sucede en el derecho Administrativo Colombiano ; pues a raíz de los reiterados fallos de tutela de la Honorable Corte Constitucional al solicitar a las autoridades administrativas “adoptar decisiones más razonables al momento de aplicar facultades meramente discrecionales fundamentadas en los principios de proporcionalidad y razonabilidad para evitar incurrir

en la arbitrariedad que tanto rechaza el Estado Social de Derecho” (Escobar Bravo, O. 2009) plenamente fiscalizable, por tanto, en sede judicial.

Por otra parte, existe también la concepción de ciertos conceptos normativos indeterminados investidos de discrecionalidad como una variante de la teoría unitaria de la discrecionalidad administrativa de la cual se tiene como el exponente más destacado a Walter Jellinek (Gesetz, G.: 36, 86, 132), quien determino que la discrecionalidad es la delimitación individual de un concepto indeterminado dentro de sus límites, pues son los conceptos vagos de valor los que otorgan discrecionalidad, aunque no siempre; al considerar que “la indeterminación del concepto haya sido pretendida por la Ley. Si ello es así, no debería determinarse con base en una interpretación de la norma orientada a su finalidad y que tuviera en cuenta el parecer social”. (Gesetz: 39)

3. Tesis en la cual la discrecionalidad administrativa únicamente opera en el ámbito del supuesto de hecho (imperfecto) de las normas jurídico-administrativas.

Las diversas teorías de la discrecionalidad desarrolladas en la doctrina Alemana durante las últimas cuatro décadas no se agotan en la que postula su limitación al terreno de las consecuencias jurídicas de las normas jurídico-administrativas (teoría reduccionista) y aquella otra que también la admite en el ámbito del supuesto de hecho normativo (teoría unitaria). Por el contrario, existe una tercera según la cual la discrecionalidad solo opera en el terreno del supuesto de hecho de las normas jurídico-administrativas.

Para llegar a la conclusión de que la discrecionalidad constituye un fenómeno exclusivamente derivado de la indeterminación del supuesto de hecho normativo, esta teoría parte de la premisa de que lo que genuinamente genera discrecionalidad en la actuación administrativa es la inexistencia o la imperfección del supuesto de hecho de su norma habilitante (producto bien de la ausencia, bien de la insuficiencia o imprecisión de los criterios determinantes de la aplicación o no en cada caso de una consecuencia jurídica u otra) Así, la discrecionalidad consistiría en que la Administración puede (y debe) establecer o al menos precisar en sede aplicativa, los presupuestos de su propia actuación, intencionadamente imperfectos (inacabados o

indeterminados) en su configuración normativa inicial. De ahí que se conciba la discrecionalidad administrativa como habilitación a la Administración para completar o incluso crear en sede aplicativa el supuesto de hecho imperfecto o inexistente de una norma jurídico-administrativa.

El caso extremo sería en este sentido, el de las llamadas normas de programación final o por objetivos, es decir aquellas que a diferencia de las normas de programación condicional que habilitan discrecionalidad en la adopción o determinación de su consecuencia jurídica; así por ejemplo si ocurre el supuesto de hecho X, la Administración podrá adoptar la consecuencia jurídica Y o Z; así pues carecen de entrada, de supuesto de hecho definido en la propia norma. Por cierto que son estas las normas mediante las que se suele programar la actividad conformadora y/o planificadora de la Administración y en cuya aplicación es común que se reconozca a la misma un determinado tipo de discrecionalidad, la llamada discrecionalidad de configuración o de planificación en terminología alemana. De esta forma, el ejercicio de la discrecionalidad no radicaría solo en contra de lo que afirman los defensores de la teoría reduccionista en la adopción o no y en su caso, en la elección de una consecuencia jurídica u otra entre las varias posibles (pues deberían ambas decisiones, para no incurrir en arbitrariedad, responder a criterios objetivos previamente definidos) sino en la adopción o concreción, precisamente de los criterios finalmente determinante de la aplicación o no de una consecuencia u otra.

Quienes sostienen esta posición se preguntan, pues, si tales criterios no son, en realidad, elementos o requisitos que vienen a completar o integrar un supuesto de hecho imperfecto, o a crearlo incluso, si este ni siquiera existía, como sucede además de en los supuestos de aplicación de las llamadas normas de programación final, en el caso de las actuaciones no programadas por el ordenamiento jurídico, esto es, aquellas que se producen por cierto lícitamente en ámbitos cuya regulación no está reservada en la ley y en los que ésta tampoco ha penetrado. En este último caso, la actuación de la Administración conforme a un supuesto de hecho (materialmente normativo) que ella misma crea en sede ejecutiva, constituye la garantía de que la misma se ajusta a criterios, no siendo por ello el producto del mero capricho.

En conclusión, la aplicación de una norma habilitante de discrecionalidad comprendería, así, dos operación consecutivas (una primera propiamente discrecional y una segunda de carácter reglado)

En el primer caso, la perfección o integración, en sede aplicativa, del supuesto de hecho normativo. Es ésta como es evidente, una tarea materialmente normativa, pues consiste en la concreción o adopción de aquellos criterios determinantes de la aplicación o no de una consecuencia jurídica u otra, que el creador de la norma omitió precisar o bien incluso prefigurar.

En segundo lugar, la posterior subsunción bajo dichos criterios del supuesto factico la Administración está llamada a actuar en su caso, y como se apuntó, esta segunda será entonces una operación reglada de aplicación normativa

Complemento al ejercicio de la discrecionalidad administrativa como aplicación ordinaria del derecho colombiano

¿Cuál es la aplicación ordinaria de la discrecionalidad en el derecho colombiano?

Dado el artículo 36 del código Contencioso Administrativo, el criterio que hoy se utiliza en el Derecho Colombiano es reduccionista, en razón de que a partir de la constitución política de 1991 hay un criterio de garantía a través de la aplicación de los principios de la proporción y la razonabilidad, lo que genera que la discrecionalidad esquive la arbitraria dado el actual Estado Social de Derecho, sin embargo en algunos casos de ser necesario se asume un control judicial por la jurisdicción contenciosa administrativa.

¿Que se dilucida del artículo 36 del código Contencioso Administrativo?

Lo que se interpreta del artículo en mención es que cada decisión debe ser consecuente con una realidad y obviamente tener como finalidad el interés general, por eso se habla de proporcionalidad y razonabilidad. Dicho de otra manera, la

discrecionalidad no se puede entender como una libertad absoluta, sino que debe ser adecuada a los intereses generales.

¿Qué concepto merece la posición de la corte constitucional?

Teniendo en cuenta los principios de la proporcionalidad y razonabilidad, tratándose de situaciones individuales que generan unos derechos ha manifestado que todos los actos deben ser motivados, así la decisión de vincularlos a la administración pública haya sido discrecional como ejemplo en cuanto a los nombramiento en provisionalidad. Se entiende entonces que ante actos individuales y constitutivos de derechos se genera una discrecionalidad relativa para proteger los derechos de cada uno, y de evitar la desviación del poder. Par garantizar los derechos fundamentales y el debido proceso).

Como ejemplos de discrecionalidad relativa, que excluyen la motivación de los actos administrativos son: nombramiento y retiro de ministros, directores de departamentos administrativos y agentes del Presidente de la República, nominación y desvinculación en cargos de libre nombramiento y remoción. (Sentencia SU-917 De 2010)

¿Qué concepto merece la posición del Concejo de Estado?

El concejo de estado sobre los actos administrativos aplica la regla o principio “las cosas en derecho se desasen tal como se hacen”, deduciendo que al igual que se genero una decisión bajo la discrecionalidad puede darse otra decisión del mismo carácter - discrecional- que revierta la primera, pero sin motivarse, prueba de ello son los nombramientos en provisionalidad.

¿Cuál es el precedente jurisprudencial?

Se tiene que el conjunto de criterios creados por las normas constitucionales, leyes, fallos y precedentes jurisprudenciales deben de ser aplicados por los jueces y operadores administrativos, esto se hace evidente en la sentencia C-539 de 2011 que declaro exequible el artículo 114 de la ley 1395 del 2010, cuando menciona sus páginas 22 y 23 que:

“...la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico.”, asumiéndose que debe respetarse “...el precedente judicial o los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores;...”.

De esta manera se reitera que las autoridades administrativas están supeditadas al precedente judicial en razón del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa, por lo tanto toda actuación y decisión administrativa debe integrar a su vez la constitución y la ley.

Conclusiones

Con el análisis de la aplicación y la forma de las teorías de discrecionalidad administrativa, se ha logrado explorar los ámbitos de operatividad de la discrecionalidad; determinando en qué medida las tesis sobre discrecionalidad administrativa son aplicables en Colombia.

La discrecionalidad administrativa como teoría general del Derecho público ha generado arduos debates con grandes resultados especialmente en el Derecho administrativo; pues dicha discrecionalidad se ha convertido en una discrecionalidad de elección; que determina en primer lugar la consecuencia jurídica de la aplicación normativa, otorgando al nominador un margen de maniobra administrativa con criterios objetivos.

Como se aprecia, al final de este artículo la actuación administrativa discrecional ha evolucionado, no solo por tratar de unificar criterios sobre el tema, del mismo modo por la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad que tanto énfasis ha hecho la Honorable Corte Constitucional, a este tenor se cuenta con los reiterados fallos de tutela de la Honorable Corte Constitucional colombiana en relación a las actuaciones discrecionales, ha educado jurisprudencialmente al nominador respecto al derecho del debido proceso, defensa y contradicción; porque sus actuaciones discrecionales en la mayoría de los casos suelen vulnerar los derechos fundamentales, lo que genera eventualmente un paso obligado del control judicial incluso de la tutela para la protección inmediata.

Así mismo se dedujo que la jurisdicción contenciosa administrativa a través el Honorable Consejo de Estado y su control jurisdiccional ha restablecido la aplicación de

actuaciones y facultades discrecionales que devienen en arbitrariedad, incluso en fallos de única instancia emitidos por jueces administrativos.

Finalmente, la incursión a nuestro ordenamiento jurídico, jurisprudencial y doctrinal de teorías extranjeras se ha convertido en una guía de las bases sólidas para garantizar la efectividad de los derechos constitucionales de los administrados por pertenecer a este Estado Social de Derecho al aplicar de forma objetiva las facultades discrecionales, razón por la cual, se hace necesario continuar contribuyendo en la depuración de estas actuaciones y evitar un ambiente de arbitrariedad; mas aun tratándose de un Estado Social de Derecho.

REFERENCIAS

- Constitución Política de Colombia, *Preámbulo, artículos 1, 2, 4, 16, 29, 91 ins 2, 189 núm. 3 y 13, 209, 218, 219, 133, 136 núm. 5, 220, 221, 222, 228, 241*
- Código Contencioso Administrativo, *artículos 4, 35, 36, 84, 175*
- Corte Constitucional *Sentencia C-539 de 2011, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.*
- Bacigalupo, M. (1997). La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución, Colección de monografías jurídicas, 1ª edición, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid.
- Escobar Bravo, O.J. (2009). Proyecto de Grado “*La Facultad discrecional de la Policía Nacional en Colombia obedece a razones objetivas*”. Universidad Cooperativa de Colombia – Cali.
- García de Enterría, E. (1986). *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas S.A.
- García de Enterría, E. (1983). *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, 3º edición, Ed. Civitas S.A.
- García de Enterría, E., y Fernández, T.R. (1994). *Curso de Derecho Administrativo I*. Ed. Civitas, S. A. Madrid.
- Rodríguez R, L. (2005). *Derecho Administrativo General y Colombiano*, Decimocuarta edición, Ed. Temis S.A, Bogotá Colombia.
- Linares, J. F. (1958). *Poder discrecional administrativo*, Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires.
- Fiorini, B. (1948). *La discrecionalidad de la Administración pública*, Ed. Alfa, Buenos Aires.
- Sainz Moreno, F. (1976). *Conceptos jurídicos. Interpretación y discrecionalidad administrativa*, 1º edición, Ed. Civitas, Madrid, p. 234 y ss.
- Vedel, G., y Delvolvé, P. *Droit Administratif*, Tº I, cit., pág. 303.
- Bullinger, M. “*La discrecionalidad de la Administración Pública*”, cit, pág. 2
- Walter Jellinek, G. *Gesetzesanwendung und Zweckmassigkeitserwagungen*, cit., pp. 36, 86 y 132; Cfr. Gesetz, cit., pág. 39