

Los actos discretionales en el marco constitucional del derecho

Discretionary Acts in the Constitutional Framework of Law

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.41.10676>

Resumen

El presente artículo hace alusión a las particularidades de los criterios de discrecionalidad en el marco constitucional del derecho, mostrando que el derecho administrativo latinoamericano presenta grandes falencias en su estructura. Las decisiones en cabeza del ejecutivo contienen un alto grado de discrecionalidad que no se compadece con la distribución orgánica al interior del Estado. La constante brega del constitucionalismo moderno por garantizar, a través del funcionamiento de los pesos y contrapesos, deja el procedimiento administrativo a merced del derecho temperamental del nominador; más aún, los esquemas de paráfrasis anquilosados en los procedimientos no permiten un mayor avance en la garantía constitucional. En la actualidad, las fallas en las interpretaciones hacen parte de los pensamientos iusnaturalistas y positivistas heredados maliciosamente por las carencias de la hermenéutica y por la dificultad de legitimar el enlace entre la crisis de validez, que no es otra cosa que la hegemonía de la jerarquización, la protección de los derechos humanos, políticos y sociales, y la crisis de la eficacia, que hace referencia a la existencia de infinidad de leyes y escasa justicia, impunidad y falta de orden, la potestad reglamentaria del ejecutivo y otras facultades en cabeza de la administración pública, comportan procedimientos alejados de los paradigmas constitucionales propios de un Estado Social de Derecho.

Palabras clave: criterios de discrecionalidad, derecho temperamental, sistema de pesos y contra pesos, justicia.

Abstract

The present study denotes the particularities of criteria of discretion in the constitutional framework of law, as from Latin American administrative law it presents great flaws in its structure. Decisions at the head of the executive contain a high degree of discretion that is not consistent with the organic distribution within the state, the constant struggle of modern constitutionalism to guarantee through the operation of checks and balances, leaves the administrative procedure at the mercy of the temperamental right of the nominator, even more, the paraphrase schemes ossified in the procedures, do not allow a greater advance in the constitutional guarantee. Most of the failures in current interpretations are part of natural law and positivist thoughts, which have been maliciously inherited due to the shortcomings of hermeneutics and the difficulty of legitimizing the link between the validity crisis, which is no more than the hegemony of hierarchization, the protection of human, political and social rights, and the crisis of effectiveness, which refers to the existence of infinities of laws and little justice, impunity and lack of order, the regulatory power of the executive and other faculties at the head of the public administration, involve procedures far from the constitutional paradigms of a social state of law.

Keywords: criteria of discretion, temperamental law, System of weights and counterweights, Justice.

**Jaider Manuel Núñez
Amaris**

Abogado de la Universidad del Atlántico, Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico (Colombia). miembro del grupo de investigación Estado y Territorio. Conoceteatimismo17@hotmail.com.

**Juan Carlos De los Ríos
Castiblanco**

Abogado de la Universidad del Atlántico, Magíster en Derecho de la Universidad del Norte. Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico (Colombia). Miembro del grupo de investigación Estado y Territorio. juancarlosdelosrios@gmail.com – juandelosrios@mail.uniatlantico.edu.co.

Como citar:

Núñez, J. M., De los Ríos, J. C. (2023) Los actos discretionales en el marco constitucional del derecho. *Advocatus*, 20(41), 93-104. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.41.10676>



Open Access

Recibido:
13 de septiembre de 2023

Aceptado:
8 de noviembre de 2023
Publicado:
15 de diciembre 2023

INTRODUCCIÓN

Es evidente que en un procedimiento administrativo se presentan crisis como la legitimización, la eficacia y la validez en la discrecionalidad administrativa, puesto que una disposición cuando es efectiva puede ser justa o no. Lo anterior, teniendo en cuenta que para que una norma se acate y respete no necesariamente debe demostrar justicia. Así mismo, si no se respeta no significa que sea injusta.

La consecuencia de la justicia de la eficacia puede confrontar una tesis que ordinariamente se maneja en el pensamiento iusnaturalista: “si se puede considerar máxima de derecho natural aquella que sea aceptada por todos los pueblos”, que algunos llamaban “pueblos civilizados”. Por lo general, los iusnaturalistas intolerantes siempre tenían respuestas negativas, se puede considerar que fueron con justa razón, puesto que, por ejemplo, aunque los pueblos civilizados practicaban la esclavitud, no hacía que esta práctica se transformara en una instauración de justicia. Por esta razón, la justicia es totalmente autónoma a la validez y la eficacia.

Si bien existe control en las decisiones de la administración, no es menos cierto que las facultades abrogadas desde el proceso revolucionario francés siguen siendo exorbitantes. El ejercicio político se distorsiona por intereses estructurales supranacionales. Fenómenos como el neoliberalismo y la globalización ponen en jaque a la democracia. El procedimiento administrativo se convierte

en la principal herramienta del sistema capitalista. La importación de modelos europeos, especialmente del francés, facilita el robustecimiento de los poderes exorbitantes del Estado.

La influencia francesa en la exorbitancia de la discrecionalidad administrativa

Sin duda, la Revolución Francesa fue el aspecto cultural y político más trascendental de la historia moderna, su incidencia en el pensamiento político y jurídico es relevante. Este desarrollo político no tardó en llegar a Latinoamérica después de la pugna entre España y Francia, lo cual hizo del nuevo continente un exquisito plato para los intereses burocráticos del viejo continente¹.

Un interés constante de Napoleón era acercar las nacientes colonias americanas al dominio de la gran potencia mediante la Constitución de Bayona, en la cual se reivindicaba la participación de miembros de América en los organismos gubernamentales. Esta estrategia, que buscaba aliar el Nuevo Continente en el

¹ “La víspera de su llegada, antes de oír el vuelo de las primeras aves en la oscuridad del océano, había percibido en el viento una fragancia de flores de la tierra que le pareció la cosa más dulce del mundo. En su diario de a bordo escribió que los nativos los recibieron en la playa como sus madres los parieron, que eran hermosos y de buena índole, y tan cándidos de natura, que cambiaban cuanto tenían por collares de colores y sonajas de latón. Pero su corazón perdió los estribos cuando descubrió que sus narigueras eran de oro, al igual que las pulseras, los collares, los aretes y las tobilleras; que tenían campanas de oro para jugar, y que algunos ocultaban sus vergüenzas con una cápsula de oro. Fue aquel esplendor ornamental, y no sus valores humanos, lo que condenó a los nativos a ser protagonistas del nuevo Génesis que empezaba aquel día”. García Márquez (1994).

proyecto sionista de Napoleón fracasó con la derrota de Francia ante España. Un segundo intento se desarrolló con la aparente separación del ideario revolucionario francés de 1789, que buscaba atraer a las masas conservadoras de América con el eslogan “viva la religión católica apostólica y romana, muera el mal gobierno”. Este intento también se desvaneció con la batalla de Waterloo. Posteriormente, con el segundo imperio francés, la separación total de los postulados de la Revolución Francesa (libertad, fraternidad e igualdad), el afianzamiento de la iglesia católica, sumado al centralismo y autoritarismo como fuente fundamental de gobierno, influyeron en la denominación de Latinoamérica con influjo galo, como antípoda a la América sajona².

Con la importación del Consejo de Estado se nota la influencia de Francia en el esquema procesal administrativo de Colombia. Algunos expertos sostienen que el principio de este consejo proviene desde 1815, más específicamente de la llamada “Reforma del gobierno de las Provincias Unidas de la Nueva Granada” en el caso colombiano, muy similar a Francia, en la que la mayoría de las funciones estaban centralizadas en un ejecutivo que pocas veces dejaba margen para las ideas de Montesquieu³.

En otros países, la influencia en el derecho administrativo llegó de otras latitudes. Argentina, por ejemplo, aunque, *la constitución fue aprobada por la Convención de Santa fe en 1853, y posee cierta originalidad, responde a circunstancias históricas locales, está muy influenciada por la estadounidense en su faceta orgánica (la estructuración de los poderes públicos)*⁴.

En el caso de Colombia se toma el ideario francés, “excluir a la administración del fuero común y librirla del yugo de los tribunales ordinarios”, precisamente contrario al derecho anglosajón, que pasó después a la constitución de Norteamérica, que ahora tiene como modelo⁵.

En Francia, con ideas totalmente contrarias al modelo anglo, en el ejecutivo estaba enquistada la magnificencia del Estado. Algunos autores consideran que este retroceso del ideario revolucionario pretendía disfrazar el absolutismo de antes⁶, distorsionando la idea de la democracia.

² Rabinovich, R. (2006).

³ El Derecho Administrativo y la decadencia argentina. Conferencia de Héctor Mairal al incorporarse como Académico de Número a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en sesión pública del 22 de agosto de 2012, ISSN: 0325-4763.

⁴ “En el Edicto de Saint Germain de 1641, en el cual se recordó a los súbditos que los tribunales judiciales que la corona había establecido tenían por misión resolver los conflictos entre ellos, los particulares, pero en ningún caso juzgar a los funcionarios reales. Este principio, que repitió Luis XIV en 1661, fue reiterado a fines del siglo siguiente por la legislación revolucionaria, sentando así la regla fundamental de la separación de poderes del derecho francés y que consiste en prohibir a los tribunales judiciales inmiscuirse en las tareas administrativas. Como se observa, es el principio opuesto al que rige en el derecho constitucional colombiano y que fuera expuesto definitivamente por la Corte Suprema en 1960”.

² Colonialismo cultural francés y la creación del Consejo de Estado en el derecho administrativo colombiano. Malagón, M. & Bohórquez, J. (2008)

³ Habrá que remontarse al periodo de la dictadura napoleónica (1799-1814) para encontrar los antecedentes de algunas instituciones que, pasado el tiempo, se consolidan en la Constitución de 1958, como el caso de los reglamentos autónomos o de los decretos-leyes. Hernández González (2004)

Con leves morigeraciones en su estructura, se puede decir que el sistema administrativo de Colombia estuvo muy influenciado por del ideario revolucionario francés. El surgimiento del Consejo de Estado francés, producto del celo de las decisiones judiciales que podían tener cierta injerencia en las decisiones del ejecutivo, se consolidó aún más la dependencia jurídica en materia administrativa. Sin embargo, el derecho administrativo como arquitectura de la discrecionalidad, herramienta de dominio y coerción de la libertad se origina precisamente en el absolutismo, previo al avance revolucionario. Cabe remontarse a los siglos XVII y XVIII, cuando se implementó el instrumento administrativo del llamado absolutismo, en el que las actividades de la policía no tenían un carácter judicial y hubo un gran intento por sistematizar sus actuaciones según los principios y reglas generales que se establecen con vista al “bienestar general” y el “interés público”.⁷

Con el proceso revolucionario francés el poder termina cimentado en un trípode sobre el cual descansa toda radiografía del Estado. Tergiversar esa idea orgánica se convirtió en una cortapisa para quienes pretendían gobernar unipersonalmente. Las ideas de Montesquieu quedaron en la retina de todos aquellos dependientes del nuevo Estado. Napoleón redujo hábilmente los actos unipersonales del rey a actos discrecionales de la administración. Mientras los del rey estaban

legitimados con la gracia divina, al ser la “voz de Dios”, en la discrecionalidad esta sumisión la dictaba la norma. La ley Napoleón centralizó el Estado en una sola corriente.

Los revolucionarios no tardan en observar que es necesario compensar el “poder judicial del derecho administrativo” para lograr sobrevivir. Por esta razón, a los jueces se les quita el control de actividades administrativas, circunstancia que ocasiona que el Consejo de Estado (órgano desarrollado por Napoleón) sea de consulta y asesoría por parte del gobierno, proponiendo posibles soluciones a la cabeza del ejecutivo, generando así la jurisprudencia del derecho administrativo⁸, concretamente, su autorregulación⁹.

Pese a ello, la discrecionalidad se reduce cuando nace el exceso de poder (entendiéndose como simple denuncia que pudiese tenerse en cuenta o no), posteriormente el vicio de forma (esto si el autor de la actuación no habría tenido la posibilidad de ejercer su poder válidamente) y de manera simultánea el extravío de poder “que nació de una decisión del emperador Napoleón III en su consejo del 25 de febrero de 1864”¹⁰.

⁸ Malagón Pinzón (2005).

⁹ Para resolver esa contradicción, los mismos hombres de la revolución idearon el mecanismo de la administración-juez, que consistió en que las eventuales reclamaciones contra la administración debían ser presentadas ante ella misma y resueltas por el jefe del ejecutivo solución que, sin duda, debilitaba la filosofía de la sumisión de los gobernantes ante la ley (preparar los proyectos de ley del ejecutivo, resolver los conflictos de carácter administrativo estudiar las reclamaciones interpuesta por los ciudadanos) lo cual se le denominó justicia retenida Rodríguez (2005).

¹⁰ Ibídem.

⁷ Ibíd p. 6.

Si bien existen controles en las decisiones de la administración, no es menos cierto que las facultades abrogadas desde el proceso revolucionario francés siguen siendo exorbitantes. El ejercicio político se distorsiona cada vez más por intereses estructurales supranacionales, fenómenos como el neoliberalismo y la globalización ponen en jaque a la democracia para luego sucumbir al interés unipersonal. La reducción del Estado, bocado predilecto de los gobiernos de facto, convierte el procedimiento administrativo en el utensilio de cocina propio de quienes preparan extrañas recetas poco digeribles en los estados modernos.

Así las cosas, desde la génesis del poder discrecional, el derecho administrativo, propio del Estado de Derecho, casi que inmodificado a través del tiempo, presenta fuertes contradicciones con las garantías constitucionales, el fuerte avance de los principios constitucionales difuminan la idea de un derecho administrativo independiente, razón por la cual se deben establecer límites en cuanto a la discrecionalidad del Estado¹¹ a través de la garantía propia del sistema constitucional.

Garantía constitucional en el acto administrativo

A pesar de las sujeciones del derecho administrativo francés a los poderes omnímodos del gobernante, la ilustración sirvió para dejar con mediana claridad que la idea de gobernar implica, de por sí, garantizar un cúmulo de derechos consagrados en un mínimo de condiciones que debe proporcionar el Estado a través de la protección de garantías en un pacto social. El garantismo constitucional simboliza la doctrina del respeto y reconocimiento de los derechos fundamentales y, así mismo, establece límites para ejercer el poder. Aunque haga referencia al dominio de las mayorías, es el reflejo del “Estado Constitucional de Derecho”, representando así un razonamiento distinto al totalitarismo, el absolutismo y a la dictadura, así esta se encuentre disfrazada de democracia por el uso instrumental del sufragio¹².

En el plano legítimo del ejercicio del poder siempre han existido fuertes contradicciones entre sus miembros. Para Marx, la aplicación práctica del materialismo dialéctico redunda en antagonismos de las clases sociales. Para otros, desde la perspectiva de Aristóteles, e interpretando correctamente su idea, mandar y obedecer no tiene nada que ver con la idea central del poder, “hay quienes nacieron para mandar y otros para obedecer, entendiendo que más que una facultad es una virtud,

¹¹ “Es evidente que esta triple crisis del derecho corre el riesgo de traducirse en una crisis de la democracia. Porque en efecto, en todos los aspectos señalados, equivale a una crisis del principio de legalidad, es decir, de la sujeción de los poderes públicos a la ley, en la que se fundan tanto la soberanía popular como el paradigma del Estado de derecho. Y se resuelve en la reproducción de formas neoabsolutistas del poder público, carentes de límites y de controles y gobernadas por intereses fuertes y ocultos, dentro de nuestro ordenamiento”. Ferrajoli Luigi (p. 15).

¹² Rojas López (2009).

quién nació para mandar tiene la necesidad y la obligación de mandar no para sí, sino para todos los demás aun a costa de su propio perjuicio”¹³. Es una característica filantrópica, un don que no todos tienen la capacidad de soportar. Cuando se distorsiona esta idea del poder, la discrecionalidad termina mancillada, así el principio de legalidad materializa el control de la administración según la hermenéutica filosofo-histórica, buscando que la norma tenga un sentido moderado dentro del contexto de la constitución. De esta forma, resulta evidente que si bien es cierto que nadie se obliga a realizar lo que el derecho y la ley no manda, no es menos cierto que por parte de la administración tampoco se puede imponer ni privar de nada contrario a lo estipulado en el derecho y las leyes. Teniendo en cuenta que la administración está sujeta a la ley, tiene como precepto la regla que prohíbe la arbitrariedad en medio de sus acciones, configurándose así como un principio del derecho público¹⁴.

El ciudadano debe tener claro que la discrecionalidad administrativa debe estar subsumida en el derecho constitucional. En este sentido, la regla de subordinación del maestro Ferreira teoriza que la norma referente a la subordi-

nación jurídica del Estado por medio de los despliegues que dispone la constitución como, por ejemplo, la rigurosa juridicidad, el control de constitucionalidad, la relación con el derecho internacional de los derechos humanos y la supremacía normativa para así instituir la certeza, en otras palabras, “conocimiento seguro” además de los servidores públicos y la ciudadanía, sobre el valor del derecho y del área libre, un universo sin normas jurídicas. Los servidores públicos y los ciudadanos deben desarrollar e implementar el derecho de la constitución¹⁵.

Es imposible gobernar sin discrecionalidad, hay decisiones que no pueden quedar a merced del legislativo por la velocidad que requieren las decisiones de la administración, generalmente determinación o demarcación nunca pueden ser completas. Es improbable que la constitución establezca todas las disposiciones de su realización. Según la constitución, eliminar radicalmente la discrecionalidad es inmejorable, puesto que es un aspecto dominante de la humanidad¹⁶. Se trata de mejorar su accionar a través de parámetros argumentativos desde el punto de vista constitucional.

Motivación de los actos administrativos desde la deóntica constitucional: freno a la arbitrariedad de la discrecionalidad

La administración pública debe estar regida por garantías propias del constitucionalismo

¹³ La autoridad se enaltece y se mejora tanto cuanto lo hacen los seres que la ejercen o a quienes ella rige. La autoridad vale más en los hombres que en los animales, porque la perfección de la obra está siempre en razón directa de la perfección de los obreros, y una obra se realiza dondequiera que se hallan la autoridad y la obediencia. Estos dos elementos, la obediencia y la autoridad, se encuentran en todo conjunto formado de muchas cosas que conspiren a un resultado común, aunque por otra parte estén separadas o juntas. Aristóteles, la Política, Libro primero De la sociedad civil. De la esclavitud. De la propiedad. Del poder doméstico. Cassagne (año, p. 6).

¹⁵ Ferreyra (2015).

¹⁶ Ibídem.

moderno, así la publicidad de los actos administrativos implica las principales razones que envuelve la motivación de los actos administrativos. En palabras del maestro Gordillo, la incitación del acto, comprendido según lo que generalmente se denomina “considerandos del acto”, es una declaración de las distintas circunstancias de derecho que han dirigido a la emancipación, es decir; los presupuestos y motivos del acto. Esto constituye los fundamentos jurídicos y facticos con los que la administración concibe el sostenimiento de la oportunidad y legitimidad de las decisiones tomadas, siendo este el punto de partida para juzgar la legitimidad. Si bien la motivación deviene de la norma, es necesario ahondar en los motivos fácticos y científicos que requieren su fundamentación. Cada decisión debe tener sorbo a sorbo el criterio constitucional, la garantía de la norma de normas argumentando y soportando la necesidad del carácter teleológico de su dogmática, evitando a toda costa acto jurídicos arbitrarios. Se entiende, de manera estricta, que se denominan arbitrarios los preceptos jurídicos de carácter inapelable y, así mismo, impositivos, los que dicta el poder público. Por el contrario, las actuaciones antijurídicas que interpone el poder público, que son sancionables y rectificables por instancias superiores a estas, alcanzan la apreciación de ilegales¹⁷.

Motivar el acto administrativo es la regla en toda decisión discrecional de la administra-

ción¹⁸. No obstante, no se valora la eficacia de la decisión con la arquitectura propia de la razonabilidad jurídica, lo que necesariamente implica la presencia de la constitución en cada acto administrativo. Como lo señala Simon (1972), el pensamiento de la “conciencia en torno al entrelazamiento de las decisiones pasadas, presentes y futuras”, que según el requerimiento de racionalidad compone un método de inspección que requiere conexión entre ellas¹⁹, tomando como base los hechos, fuente de la motivación del acto administrativo. En estas condiciones, el acto administrativo es el principal cimiento para la seguridad jurídica, si bien la discrecionalidad es reglada y, por tanto, tiene su aprobación normativa en la constitución y la ley, siendo la cortapisa a la arbitrariedad la motivación de acto administrativo. Cuando no se encuentra debidamente motivado se estaría frente a un inminente caso de arbitrariedad. Sin embargo, con la crisis de la democracia no es garantía para los asociados. En este sentido, el amparo de los derechos fundamentales aparece como paliativo ante el abuso de la discrecionalidad. Más complejo aún, la motivación termina siendo “un requisito de validez, mas no de la eficacia”, lo cual deja en un terreno bastante infértil la protec-

¹⁸ La Corte Constitucional colombiana, en la Sentencia SU - 250 de 1998, determinó: “la Corte Constitucional ha sido exigente en el deber de motivar los actos administrativos, en Sentencia C- 054 de 1996, se dijo que la motivación no contradice disposición constitucional alguna y, por el contrario, desarrolla el principio de publicidad al consagrar la obligación de expresar los motivos que llevan a una determinada decisión, como elemento esencial para procurar la interdicción de la arbitrariedad de la administración”.

¹⁹ Simon (1972).

¹⁷ Recasens Siches (2008).

ción del ciudadano. Así las cosas, el sistema de administración pública debe tener su propio mecanismo de autocuidado, lo que no es otra cosa que la argumentación constitucional en el acto administrativo.

La idea de un ejecutivo legislador desboca la arbitrariedad

Pensar en un Estado en el que la facultad de legislar es del congreso, no es del todo cierto, las amplias facultades del ejecutivo en las regulaciones internas del Estado muestran cómo el sistema legal de la administración pública está en cabeza del ejecutivo, y de forma genérica, por el legislativo, lo que no se compadece con el esquema de pesos y contrapesos. Proteger la norma de normas es la misión por la que se crearon las garantías, resguardándolas de las tentativas o transgresiones de quebrantamiento.

Mutatis Mutandi – del derecho público al derecho privado y el menoscabo del interés general en la discrecionalidad administrativa

Hablar de un derecho administrativo eficaz puede conducir a interpretaciones disímiles, modalidad de contrataciones exprés y procedimientos de dudosa reputación, lo cual permite que el derecho público sucumba a los intereses particulares, bajo la aparente ineeficacia del derecho administrativo, la participación del capital privado en lo público presente en muchos servicios públicos, el fenómeno conocido como la huida del derecho

administrativo²⁰. Aparte de la discusión sobre derecho público o derecho privado, el asunto es contar con garantías propias en el marco jurídico del derecho, esto es, un sistema de fundamentación jurídica bajo la perspectiva de la argumentación constitucional, lenitivo balsámico de las incongruencias de esta rama del derecho. Estas facultades en el marco de un Estado Social de Derecho pueden dar una respuesta más eficiente; sin embargo, en los modelos de Estado en el que el interés económico determina los beneficios de las grandes potencias, el ciudadano termina bajo reglamentaciones que exceden las facultades estatales. El interés general del que deben estar desprovistas las decisiones del ejecutivo termina siendo soslayadas por otro tipo de haberes. En muchos escritos, Ferrajoli habla de los efectos de la globalización en el *ámbito jurídico*, mencionando lo siguiente:

“En la época de la globalización, el futuro de cada país depende cada vez menos de la política interna y cada vez más de decisiones externas, tomadas en sedes políticas supranacionales o por poderes económicos globales²¹”.

La prohibición sobre la arbitrariedad, por parte de la administración, fundamenta

²⁰ “Partiendo de estos hechos, el uso de la expresión ‘huida del Derecho Administrativo’ va a suponer hacer referencia a las consecuencias que tienen lugar cuando se crean fórmulas organizativas dentro del ámbito del derecho público que se rigen en mayor o menor medida por el derecho privado, incluso cuando hablamos de organismos públicos” Fernández Castaño & De Asís López (2017).

²¹ Ferrajoli (2005). Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho Primera edición.

generalmente un principio de derecho administrativo relacionado con el punto inicial que debe trabajar la teoría de la “discrecionalidad”, teniendo en cuenta que a su alrededor existe un problema que se esboza en el control judicial. Según Bertrand Russell, la constitución posee como política de garantía el “pacto democrático fundamental”, establecido para manejar las relaciones de poder que existen entre los organismos políticos organizados, aspirando tutelar la división horizontal y vertical de los contrapesos recíprocos, los frenos y el mismo poder²².

La argumentación y garantía constitucional

La argumentación jurídica ha tomado valor sobre el derecho, siendo referencia fundamental de los conflictos. El derecho puede verse como una institución compleja, inclinada al valor o método de las problemáticas que se presentan en las diferentes instancias del ordenamiento jurídico²³.

La discrecionalidad administrativa no solo debe estar motivada por el criterio positivo de su fundamentación. Este modelo enquistado en la estructura exegética y positiva del derecho no permite un criterio de regulación por parte de los asociados. La decisión de la

administración termina siendo mucho mayor que la simple búsqueda de adhesión de los actores del acto administrativo. Argumentar es convencer a la sociedad de que la decisión discrecional es lo más conveniente en la toma de decisiones, fuera de la motivación legal que debe estar inmersa en el proceso argumentativo.

En el marco del Estado Social de Derecho se tienen mecanismos que responden a ideales que se materializan a través de los principios constitucionales, en procura de garantizar la eficacia de las decisiones estatales. Existen principios básicos como el de la justicia material, que está por encima de la justicia formal, lo cual deja el exceso formalismo de lado para garantizar de manera ágil el interés general. No obstante, esto también ha servido como excusa para que la globalización y el neoliberalismo entren por la puerta de atrás, agudizando la crisis de la administración pública, dejándola a merced de la ley de la oferta y la demanda. Fuera de esta discusión, que recorre como fantasma las estructuras estatales, si bien uno y otro esquema tiene ventajas y desventajas, la argumentación jurídica puede ser el faro que guíe ese enorme barco llamado Estado.

La motivación del acto administrativo lleva consigo los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan, por la vía de la argumentación, la aplicabilidad del acto, es decir, la razonabilidad de la decisión está en la argumentación de la lógica del derecho que

²² Ferreyra, R.G. (2010). Derecho constitucional del ciudadano y derecho constitucional del poder del Estado* Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho, 8, número 15, 2010, ISSN 1667-4154, pp. 83-122.

²³ Atienza, M. (2006). El derecho como argumentación. Barcelona: Ariel, pp 59-60.

gobierna el acto administrativo²⁴, más que en la garantía de la protección de los derechos fundamentales, entendiendo la jurisdicción administrativa como una disciplina independiente y compleja que comporta decisiones en diferentes vías, la razonabilidad de los motivos del acto administrativos. Si hay carencia de esa argumentación el acto debe ser nulo, no por la protección de los derechos fundamentales, sino por la esencia de las garantías que cotejan ese derecho administrativo, por ejemplo, el interés general, eficiencia, eficacia, entre otros principios de carácter técnico, lo cual implica una argumentación científica y política en las decisiones de la administración. En este aspecto, el juez no solamente está obligado a regirse por el “principio de tutela efectiva” ni por la “prohibición de arbitrariedad” e integrarlas de manera razonable según sus decisiones, sino que está sometido a tener el control suficiente y pleno sobre la administración. Dichas actuaciones o decisiones pueden sustituirse de manera excepcional, sin cometer exceso de jurisdicción.

Para eliminar esta frontera, se entiende que debe haber un buen funcionamiento del Es-

tado de Derecho que afirme y sostenga las libertades y demás intereses y derechos individuales y colectivos.²⁵

“En las decisiones o elementos discrecionales de los actos que dicta la administración, la obligatoriedad de la motivación obedece a dos razones fundamentales. La primera, como señala Fernández, permite deslindar la discrecionalidad de la arbitrariedad, ya que al no haber motivación el acto administrativo aparece en el mundo jurídico “como un producto de la sola y exclusiva voluntad del órgano que lo dicta, lo que resulta incompatible con el Estado de Derecho”, que es gobierno del derecho y no de los hombres. La segunda razón tiene que ver con la tutela judicial efectiva y, más precisamente, con la garantía de la defensa, pues si el acto no se encuentra motivado el particular se halla impedido para ejercer las facultades que integran el llamado debido proceso adjetivo (derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas y a una decisión fundada)²⁶”

Con base en lo anterior, la discrecionalidad administrativa tiene que desarrollar no solamente la motivación jurídica, también debe implementar adecuadamente los mecanismos de la argumentación constitucional, generando así la oportunidad de desligarse un poco del principio de legalidad, siempre y cuando la actuación administrativa persiga un interés diferente, y de esta manera frenar los abusos

²⁴ Por ello, ningún acto estatal –legislativo, administrativo o judicial– se puede considerar válido si no es razonable, y son los jueces quienes –toda vez que medie la debida impugnación– deben verificar el cumplimiento de tal exigencia. El principio de razonabilidad da por entendido que los intérpretes políticos de la Constitución tienen una “gran latitud” o bien un “ancho campo discrecional” para la elección de los medios que satisfagan las necesidades del país y aumenten su prosperidad. Pero con un límite. Si la definición del bien común dada por ellos es razonable, la restricción que establezcan tiene validez; si es irrazonable, los intérpretes judiciales, actuando como “guardianes”, deben invalidarla. administrativa Casarini (2016).

²⁵ Ibídem, p. 9.

²⁶ Ibídem pag 10

que ocasionalmente se presentan con la “discrecionalidad”.

discrecionalidad_administrativa_por_el_poder_judicial.pdf.

Referencias

- Atienza, M. (2006). El derecho como argumentación. Valdivia. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000200015
- Agustín, G. (2013). Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. Fundación de derecho administrativo. https://www.gordillo.com/pdf_tomo8/tomo8.pdf.
- Atienza, M. & Ferrajoli, L. (2018). Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho. UNAM. <https://repositorio.unam.mx/contenidos/jurisdiccion-y-argumentacion-en-el-estado-constitucional-de-derecho-5012919?c=KplPaP&d=false&q=>
- Biblioteca Nacional de España (s.f.). Luis XIV, Rey de Francia. <https://datos.bne.es/persona/XX1048059.html>.
- Corte Constitucional (1998). Sentencia SU-250 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero; 26 de mayo de 1998.
- Cassagne, J. (2009). La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial. http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_prohibicion_de_arbitrariedad_y_el_control_de_la_
- Casarini, L. (2016). La motivación como instrumento de control de la discrecionalidad administrativa. Universidad Nacional Lo-mas de Zamora. <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-casarini-motivacion.pdf>.
- Ferrajoli, L. (s.f.). El derecho como sistema de garantías. Themis. file:///C:/Users/alman/Downloads/Dialnet- ElDerecho-ComoSistemaDeGarantias-5109886.pdf.
- Rojas, J. (2009). El garantismo en el marco del derecho administrativo sancionado. El Ágora USB. <https://www.redalyc.org/pdf/4077/407748995004.pdf>.
- Ferreyyra, R. (2015). Breve manifiesto sobre el estado constitucional. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. file:///C:/Users/alman/Downloads/Dialnet-BreveManifiestoSobreElEstado-Constitucional-5830169.pdf.
- Fernández, F. & Asís, F. (2017). La huida del derecho administrativo en la administración pública española. Universidad de Lleida. <https://www.studocu.com/ca-es/document/universitat-de-lleida/dret-administratiu-i/la-huida-del-derecho-administrativo/23551680>.
- García, G. (2018). Por un país al alcance de los niños. *Diario de paz Colombia*. <https://>

diariodepaz.com/2018/10/10/por-un-pais-al-alcance-de-los-ninos/.

Hernández, F. (2004). La evolución de la potestad reglamentaria en el constitucionalismo francés. mitos y realidades. Universidad de la Laguna. <file:///C:/Users/alman/Downloads/Dialnet-LaEvolucion-DeLaPotestadReglamentariaEnElConstituci-904663.pdf>.

Malagón, P. (2005). La Revolución Francesa y el Derecho Administrativo Francés. La invención de la teoría del acto político o de gobierno y su ausencia de control judicial. Universidad del Rosario. <https://repository.urosario.edu.co/items/2d0c1b90-3aa0-4b6c-bfd8-addd69c435b4>.

Malagón, M. & Bohórquez, J. (2008). Colonialismo cultural francés y la creación del consejo de estado en el derecho administrativo colombiano. <https://www.redalyc.org/pdf/825/82511507.pdf>.

Marial, H. (2012). El derecho administrativo y la decadencia argentina. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

<https://www.ancmyp.org.ar/user/files/15mairal12.pdf>.

Recaséns, L. (1959). Tratado general de filosofía del derecho. México: Porrúa. <file:///C:/Users/alman/Downloads/ymunozlopez,+335169-Texto+del+art%C3%ADculo-156036-1-10-20180903.pdf>.

Rodríguez, L. (2005). La explicación histórica del derecho administrativo. UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1594/16.pdf>.

Robinovich, R. (2006). Principios generales del derecho latinoamericano. Editorial Astrea. <https://www.marcialpons.es/libros/principios-generales-del-derecho-latinoamericano/9789505087228/>.

Simon, H. (1972). El comportamiento Administrativo. Aguilar. https://isabel-portoperez.files.wordpress.com/2011/11/simon-comportamiento_admivo.pdf.

Webdianoia (s.f.). Textos de Aristóteles. Fragmento del libro I de la “Política”. <https://www.webdianoia.com/aristoteles/textos/politica2.htm>.