

## Los actos discrecionales en el marco constitucional del Derecho

### Discretionary Acts in the Constitutional Framework of Law

*Jaider Manuel Núñez Amaris<sup>1</sup>*

*Juan Carlos de los Ríos Castiblanco<sup>2</sup>*

#### **Resumen:**

El presente estudio denota las particularidades de criterios de discrecionalidad en el marco constitucional del derecho, como desde 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, dejan el procedimiento administrativo a la 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. La mayoría de las fallas en las interpretaciones de la actualidad, hacen parte de los pensamientos iusnaturalistas y positivistas, que han sido heredados maliciosamente por las carencias de la hermenéutica y por la dificultad de legitimar el enlace entre la crisis de validez, que no es más 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.

---

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad del Atlántico, Magister en Derecho 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

<sup>2</sup> Abogado de la Universidad del Atlántico, Magister en Derecho 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

**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.

## INTRODUCCIÓN

Se evidencia que son varias las crisis que se presentan en cuanto al procedimiento administrativo; la legitimización, la eficacia, 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 sea acatada y respetada, no necesariamente debe demostrar justicia y así mismo, si no se respetara, no significa que sea injusta.

La consecuencia de la justicia de la eficacia, puede confrontar una de las tesis que ordinariamente se maneja en el pensamiento iusnaturalista y es “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, y se puede considerar que fueron con justa razón, puesto que, por ejemplo; aunque la esclavitud fue practicada por los pueblos civilizados, no hacía que la práctica de la misma se transformara en una instauración de justicia. Es por ello, que la justicia es totalmente autónoma a la validez y la eficacia.

Si bien hay 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 por intereses estructurales supranacionales, fenómenos como el neoliberalismo y la globalización dejan en jaque la democracia, el procedimiento administrativo se convierte en la principal herramienta del sistema capitalista, la importación de modelos europeos, especialmente el francés, facilitan 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, la incidencia de la revolución francesa en el pensamiento político y jurídico es inmenso, el desarrollo político no tardó en llegar a Latinoamérica, posterior a este proceso la pugna entre España y Francia, hicieron del nuevo continente un exquisito plato para los intereses burocrático del viejo continente<sup>3</sup>.

Fue un interés constante por parte de Napoleón acercar las nacientes colonias americanas al dominio de la gran potencia, un primer intento con la constitución de Bayona en la cual se reivindicaba la participación de miembros de América en los diferentes organismos gubernamentales, estrategia que buscaba aliar el nuevo continente en el proyecto sionista por parte de Napoleón, la constitución de Bayona fracasó con la derrota de Francia en España. Un segundo intento se desarrolló con la aparente separación del ideario revolucionario francés de 1789 en procura de atraer a las masas conservadoras de América con el eslogan “viva la religión católica apostólica y romana muera el mal gobierno” intento que también se desvaneció con la batalla de Waterloo, posteriormente con el segundo imperio francés donde 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 sajona<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> 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. *POR GABRIEL GARCÍA MÁRQUEZ, Por un país al alcance de los niños, Colombia al filo de la oportunidad* 1994

<sup>4</sup> Colonialismo cultural francés y la creación del consejo de estado en el derecho administrativo colombiano, Fecha de recepción: abril 1º del 2008  
Fecha de aceptación: abril 30 del 2008.

Es en la importación del concejo de estado quizá donde más se nota la influencia de Francia en nuestro esquema procesal administrativo. Por consiguiente, algunos expertos sustentan que el principio de nuestro consejo asciende al año de 1815, más específicamente a lo llamado “Reforma del Gobierno de las Provincias Unidas de la Nueva Granada” en el caso colombiano, muy similar a Francia, donde la mayoría de las funciones se encontraban centralizadas en un ejecutivo que pocas veces dejaba margen para la idea de Montesquieu<sup>5</sup>.

A pesar de ello, En otros países la influencia en el derecho administrativo llegó de otras latitudes, Argentina por ejemplo, recibió un fuerte barniz en la estructura de los poderes públicos, “la constitución argentina aprobada por la convención de Santa Fe en 1853, aunque posee cierta originalidad, y responde a circunstancias históricas locales, está muy influenciada por la estadounidense en su faceta orgánica (la estructuración de los poderes públicos)”<sup>6</sup>.

En nuestro caso (Colombia) tomamos el ideario francés, “excluir a la administración del fuero común, y librarla del yugo de los tribunales ordinarios”, precisamente en el punto contrario que infundió el derecho anglosajón, pasando después a la constitución de Norteamérica que ahora se tiene como modelo<sup>7</sup>.

En Francia con ideas totalmente contrarias al modelo anglo, enquistaban en el ejecutivo la magnificencia del Estado, para al algunos retroceso del ideario revolucionario que pretendía disfrazar el absolutismo de antes<sup>8</sup>, distorsionando la idea de la democracia.

Con leves morigeraciones en nuestra estructura, podemos decir que el parto de nuestro sistema administrativo estuvo asistido en su mayoría por la influencia del ideario revolucionario francés, con el surgimiento del concejo 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

---

<sup>5</sup> Habrá que remontarse al periodo de la dictadura napoleónica (1799 a 1814) para encontrar los antecedentes de algunas instituciones que, pasado el tiempo, se consolidan en la Constitución de 1958, como es el caso de los reglamentos autónomos o de los decretos-leyes. Por Francisco L. Hernández González, Profesor Titular de Derecho Administrativo Universidad de La Laguna. La evolución de la potestad reglamentaria en el constitucionalismo francés. Mitos y realidades.

<sup>6</sup> Ricardo Rabinovich, principios del derecho latinoamericano, editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palmas, Ciudad de Buenos Aires 2006.

<sup>7</sup> El derecho administrativo y la decadencia argentina, Conferencia del Dr. 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.

<sup>8</sup> 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 nuestro derecho constitucional y que fuera expuesto definitivamente por la Corte Suprema en 1960 en el *leading case* Fernández Arias, *ibidem*.

discrecionalidad, herramienta de dominio y coerción de la libertad, se origina precisamente en el absolutismo previo al avance revolucionario, debemos remontarnos al siglo XVII y XVIII en donde se implementa el instrumento administrativo del llamado absolutismo, que se relaciona en las distintas actividades desarrolladas por la policía que no tienen carácter judicial y gran intento de sistematizar las actuaciones según los principios y reglas generales que se establecen con vista “bienestar general” y el “interés público”.<sup>9</sup>

Con el proceso revolucionario francés el poder termina cimentado en un trípode sobre la cual descansaría toda radiografía del estado, tergiversar esa idea orgánica del estado se convirtió en toda una cortapisa para quienes pretendían gobernar unipersonalmente, las ideas de Montesquieu quedaron en la retina de todos aquellos dependientes del nuevo estado, Napoleón hábilmente redujo los actos unipersonales del rey en actos discrecionales de la administración, así, mientras los actos del rey eran legitimados con la gracia divina al ser la “voz de dios”, en la discrecionalidad, esta resina de sumisión lo daba la norma, en este sentido, a través de la ley napoleón centralizó el estado en una sola corriente.

Los revolucionarios no tardan en observar lo necesario que es compensar el “poder judicial del derecho administrativo” y así lograr sobrevivir. Es por ello que 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 administrativo<sup>10</sup>, en concreto, la autorregulación de sí misma<sup>11</sup>.

Pese a ello, se reduce la discrecionalidad cuando nace el exceso de poder (entendiéndose como simple denuncia que pudiese tenerse en cuenta o no) y 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)”<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>10</sup> 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, Miguel Malagón Pinzón, universidad del rosario.

<sup>11</sup> Para resolver esa contradicción, los mismos hombres de la revolución idearon el mecanismo de la administración – juez, consistente 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. Libardo Rodríguez Rodríguez. *La explicación histórica del derecho administrativo*.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

Si bien hay 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 dejan en jaque la democracia para luego sucumbir al interés unipersonal, la reducción del estado, bocado predilecto de los gobiernos de facto, convierten 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 estado<sup>13</sup> 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 cumulo de derechos consagrados en un mínimo de condiciones que debe proporcionar el Estado a través de la protección 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, a la dictadura, así esta se encuentre disfrazada de democracia por la utilización instrumental del sufragio<sup>14</sup>.

En el plano legítimo del ejercicio del poder, siempre han existido fuertes contradicciones entre sus miembros, para Marx, la aplicación práctica del materialismo dialectico redundaba en antagonismos de las clases sociales. Por el contrario, para otros, desde la perspectiva de Aristóteles, e interpretando correctamente su idea, mandar y obedecer no tiene nada que ver con

---

<sup>13</sup> “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, derechos y garantías, editorial Trotta, p. 15.

<sup>14</sup> El garantismo en el marco del derecho administrativo sancionado, Juan Gabriel Rojas López, el ágora revista de ciencias sociales, USB de Medellín volumen 9 No 2 PP. 294 – 600 julio diciembre 2009 issn 1657 – 8031.

la idea central del poder, “hay quienes nacieron para mandar y otros para obedecer, entendiendo que más que una facultad es una virtud, quien 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”<sup>15</sup>, 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, y así, resultaría 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 público<sup>16</sup>.

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 subordinación 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 constitución<sup>17</sup>.

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 puede ser completa. Es improbable que la constitución establezca todas las disposiciones de su realización. Según la constitución, eliminar radicalmente la discrecionalidad es inmejorable, puesto que esta misma es un aspecto dominante de la

---

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> Juan Carlos Cassagne, la prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial, p. 6.

<sup>17</sup> Raúl Gustavo Ferreyra. Breve manifiesto sobre el Estado constitucional.

humanidad<sup>18</sup>, de lo que se trata es 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 moderno, así la publicidad de los actos administrativos implica las potísimas 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. Lo anterior, 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<sup>19</sup>, si bien la motivación deviene de la norma, es necesario ahondar en los motivos facticos 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 denomina arbitrario los preceptos jurídicos de carácter inapelable y así mismo impositivos, que se dictan por parte del poder público y, 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 ilegales<sup>20</sup>.

Motivar el acto administrativo, es la regla en toda decisión discrecional de la administración<sup>21</sup>. Sin embargo, 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 Herbert Alexander según 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 coherencia

---

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> Cita de cita Gordillo agustin Op pags x-2 y ss.

<sup>20</sup> Vid. Recasens Siches, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho. Decimonovena Edición, Editorial Porrúa, México, 2008, pp. 213 -214.

<sup>21</sup> La corte constitucional colombiana en la sentencia SU – 250 de 1998 determino: “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 una determinada decisión, como elemento esencial para procurar la interdicción de la arbitrariedad de la administración”.



conexión entre ellas<sup>22</sup>; 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 este 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 aun, la motivación termina siendo “un requisito de validez, mas no de la eficacia”, lo cual deja en un terreno bastante infértil la protección del ciudadano, en este sentido el sistema de administración pública debe tener su propio mecanismo de autocuidado, lo que para nosotros 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 donde la facultad de legislar es del congreso, no es del todo cierto, las amplias facultades del ejecutivo en las regulaciones internas del estado, muestra como 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 fueron creadas las garantías, resguardándola contra 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, modalidades de contrataciones exprés y procedimientos de dudosa reputación, hacen de un derecho público que sucumben a los intereses particulares, bajo la aparente ineficacia del derecho administrativo, la participación del capital privado en lo público presente en muchos de los servicios públicos, el fenómeno conocido como la huida del derecho administrativo<sup>23</sup>, así lo deja

---

<sup>22</sup> Vid. Simon. Herbert Alexander. El Comportamiento Administrativo. S. Ed. S. E. Buenos Aires, 1978., p. 93., citado por Diez Sastre, Silvia...Ob Cit., p. 35.

<sup>23</sup> “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” la huida del derecho administrativo en la administración pública española Félix Fernández Castaño- Francisco de Asís López fecha de publicación 02/01/2017.

ver, fuera de la discusión si derecho público o derecho privado, el asunto es poder 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 en unas reglamentaciones que exceden las facultades estatales, el interés general del que deben estar desprovistas las decisiones del ejecutivo terminan siendo soslayadas por otro tipo de haberes, ferrajoli en muchos de sus escritos habla sobre los efectos de la globalización en 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 supra nacionales o por poderes económicos globales<sup>24</sup>”.

Externo a su entorno conceptual, la prohibición sobre la arbitrariedad por parte de la administración, fundamenta 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 distintos organismos políticos organizados, aspirando tutelar la división horizontal y vertical de los contrapesos recíprocos, los frenos y el mismo poder<sup>25</sup>.

### **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 distintas instancias del ordenamiento jurídico<sup>26</sup>.

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

---

<sup>24</sup> Manuel Atienza Luigi Ferrajoli, Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho Primera edición: 2005 DR © 2005, Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de investigaciones jurídicas Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n Ciudad de la Investigación en Humanidades Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F. Impreso y hecho en México ISBN 970-32-2662-0, p. 109.

<sup>25</sup> Raúl Gustavo Ferreyra, Derecho constitucional del ciudadano y derecho constitucional del poder del Estado, *Academia*. Revista sobre enseñanza del Derecho año 8, número 15, 2010, ISSN 1667-4154, págs. 83-122

<sup>26</sup> Atienza, Manuel, El Derecho como argumentación, Ariel Barcelona, 2006, pp .59-60.

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 todos los actores del acto administrativo, argumentar es convencer a la sociedad que la decisión discrecional es lo más conveniente en la toma de decisiones, fuera de la motivación legal que debe estar inmerso en el proceso argumentativo.

En el marco del estado social de derecho se tienen mecanismos que responden a una serie de ideales que se materializan a través de los principios constitucionales, en procura de garantizar la eficacia de las decisiones estatales, se tiene principios básicos como el de la justicia material por encima de la justicia formal, lo cual deja el exceso formalismo de lado para garantizar de manera ágil el interés general, sin embargo, también ha sido la excusa para que la globalización y el neoliberalismo entraran por la puerta de atrás agudizando la crisis de la administración pública, a merced de la ley de la oferta y la demanda, fuera de esta discusión que recorre como fantasma en las estructuras estatales, y si bien uno y otro esquema tiene ventajas y desventajas la argumentación jurídica puede ser el faro que guie 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 gobierna el acto administrativo<sup>27</sup>, 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, esa 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.

---

<sup>27</sup> Por ello, ningún acto estatal –legislativo, administrativo o judicial– puede ser considerado 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 Luis Casarini, Docente de Derecho Administrativo, Universidad Nacional de Lomas de Zamora. la motivación como instrumento de control de la discrecionalidad administrativa Luis Casarini Docente de Derecho Administrativo, Universidad Nacional de Lomas de Zamora.

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 están sometidos a tener el control suficiente y pleno sobre la administración. Dichas actuaciones y/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 Estado de Derecho que afirme y sostenga las libertades y demás intereses y derechos individuales y colectivos.<sup>28</sup>

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 de ejercer las facultades que integran el llamado debido proceso adjetivo (derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas y a una decisión fundada)<sup>29</sup>.

Según 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 colocarle un pare a los abusos que ocasionalmente se presentan con la “discrecionalidad”.

## Referencias

Atienza, M. (2006). El derecho como argumentación. Valdivia.  
[https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502006000200015](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](https://www.gordillo.com/pdf_tomo8/tomo8.pdf)

---

<sup>28</sup> Ibídem, p. 9.

<sup>29</sup> Ibídem, p. 10.

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. 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\\_discrecionalidad\\_administrativa\\_por\\_el\\_poder\\_judicial.pdf](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_prohibicion_de_arbitrariedad_y_el_control_de_la_discrecionalidad_administrativa_por_el_poder_judicial.pdf)

Casarini, L. (2016). la motivación como instrumento de control de la discrecionalidad administrativa. Universidad Nacional Lomas 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-ElDerechoComoSistemaDeGarantias-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>

Ferreya, R. (2015). Breve manifiesto sobre el estado constitucional. Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión. <file:///C:/Users/alman/Downloads/Dialnet-BreveManifiestoSobreElEstadoConstitucional-5830169.pdf>

Fernandez, F. & Asís, F. (2017). La Huida del Derecho Administrativo en la Administración Pública Española. Universidad de Lleiva. <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/>

Herbert, S. (1972). El Comportamiento Administrativo. Aguilar.  
[https://isabelportoperez.files.wordpress.com/2011/11/simon-comportamiento\\_admtivo.pdf](https://isabelportoperez.files.wordpress.com/2011/11/simon-comportamiento_admtivo.pdf)

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-LaEvolucionDeLaPotestadReglamentariaEnElConstituci-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. Porrúa, México. <file:///C:/Users/alman/Downloads/ymunozlopez,+335169-Texto+del+art%C3%ADculo-156036-1-10-20180903.pdf>

Rodriguez, 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/>

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