



Límites jurídicos y políticos de la decisión de la administración pública en nuestro sistema constitucional

Roosevelt Jair Ospina Sepúlveda

Abogado. Magíster en Derecho, Facultad de Derecho y
Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Correo
electrónico: ospinar@quimbaya.udea.edu.co

Resumen

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 unívocas en su aplicación, ya sea porque existan dos o más alternativas de interés general (indiferentes jurídicos), 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 lo 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.

Palabras clave: Discrecionalidad administrativa; conceptos jurídicos indeterminados; decisión administrativa; acto administrativo discrecional; acto administrativo relativamente reglado; racionalidad y razonabilidad de la decisión administrativa.

Límites jurídicos y políticos de la decisión de la administración pública en nuestro sistema constitucional*

El principio de legalidad permea todos los procedimientos democráticos en el Estado Social de Derecho, incluso las pautas procesales para la formación y expedición de las leyes, en cuanto a la actividad legislatora se refiere; no obstante, el poder legislativo actúa bajo el amparo de la capacidad de configuración legislativa dentro de los límites impuestos únicamente por la constitución, por ello sus decisiones son medidas con criterios de oportunidad más no de legalidad.

No ocurre lo mismo tratándose del ejercicio de la función judicial y de la función administrativa. En el ejercicio de sus atribuciones, ambas funciones plantean rasgos esencialmente similares, por ejemplo, sus determinaciones se adoptan con criterios de decisión particular (sentencias y actos administrativos), no general; excepcionalmente, a través del ejercicio de la potestad reglamentaria la administración actúa por vía general; les está vedado actuar dentro de espacios francos o libres de Ley, pues se parte del entendido que el derecho condiciona y determina, de manera positiva, sus actuaciones, las cuales no serán válidas si no responden a una previsión normativa; sólo de forma excepcional, la Administración, cuando hace uso de facultades discrecionales, puede actuar bajo criterios de oportunidad. Igualmente, ambos órganos, en tanto operadores jurídicos, permanentemente se ven en la necesidad de hacer interpretaciones sobre conceptos jurídicos indeterminados.

A pesar de las similitudes entre la función jurisdiccional y la función administrativa, se debe reconocer la existencia de importantes diferencias en la labor hermenéutica y de aplicación de la Ley que se les encomienda. Así, se tiene que, según Stahl, mientras los tribunales tienen en la ejecución o particularización en un caso concreto de la ley, el objeto exclusivo de su función, la Administración, por el contrario, tiene como función propia realizar los diversos fines públicos materiales sólo que debe hacerlo dentro de los límites de la ley.¹ El anterior enunciado se entiende mejor con el siguiente ejemplo: cuando la Administración Pública decide construir una plaza pública o un parque, lo hace siguiendo cuidadosamente el plan de desarrollo y de acción municipal y la ley de contratación, pero no porque el cumplimiento de tales cuerpos normativos sea su última finalidad, sino porque a partir de dichas obras respeta las condiciones de

* El presente artículo condensa uno de los componentes que integra la propuesta de profundización denominada "*Tendencia de los principios de Legalidad y de la Buena Fe en los Ámbitos de Decisión de la Administración pública*", presentada por el autor para optar al título de Magíster en Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Su desarrollo representa el contenido vertido en el capítulo segundo de dicho trabajo: "*De la Discrecionalidad Administrativa y de los Conceptos Jurídicos Indeterminados: Ámbitos de Decisión de la Administración pública*". págs. 42 a 103.

¹ Citado en: García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón (2000). *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Madrid. pág. 436.

oportunidad decididas políticamente; el objeto de la Administración no es, en sí mismo, ejecutar la ley, sino servir a los fines generales.²

Estas diferencias, y la especial característica de la función administrativa de propender por la consecución del interés público o interés general,³ no es óbice para dejar de someter a juicios lógicos y de argumentación jurídica las determinaciones adoptadas por la Administración Pública a través de sus servidores, cuando quiera que se vean enfrentados a casos difíciles o de varias alternativas plausibles de elección. Ello nos conduce a entender que la aceptabilidad racional de sus decisiones permite el cumplimiento de las exigencias de legitimidad social y certeza jurídica que debe respetarse en un Estado Social de Derecho, como fundamento de la garantía de libertad de la población y de la paz social.

Métodos de control de los ámbitos de decisión de la administración pública

Ahora bien, la dogmática jurídica ha desarrollado ampliamente a lo largo de la construcción de sus principios y postulados, en los regímenes occidentales en los cuales se ha instaurado el Estado de Derecho fundado en el principio de legalidad, los métodos procedimentales a través de los cuales se determina la solución a los diferentes problemas jurídicos que se presentan cotidianamente. Dichos métodos

² La jurista española Eva Desdentado Daroca diferencia tres tipos de discrecionalidad en el Estado Social de Derecho: a) *Discrecionalidad Administrativa*; b) *Discrecionalidad Jurídica* y; c) *Discrecionalidad Política*. Según su apreciación la *Discrecionalidad Política* es la inherente al ejercicio de la función legislativa, refleja en la elección de medios y fines, dentro de un amplio marco de opciones políticas, para ser consagrada en normas generales, con el único límite de los preceptos constitucionales. Por otro lado, la *Discrecionalidad Administrativa* es definida por la autora española como aquella que consiste en la realización de elecciones sobre los medios más convenientes para la consecución de los fines de interés público establecidos por el legislador o, incluso, en la especificación de esos fines. En cuanto tiene que ver con la *Discrecionalidad Jurídica* es expresada como “una discrecionalidad puramente instrumental porque el ordenamiento jurídico no atribuye a los tribunales poder de decisión alguno para realizar elecciones conforme a su propia apreciación del interés público (...) La discrecionalidad que aparece en el ejercicio de la función jurisdiccional no es, pues, más que una consecuencia inevitable de la dificultad de la tarea interpretativa y de límites de la racionalidad práctica”. En: Eva Desdentado Daroca (1997). *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*. Civitas, Madrid. págs. 22-24.

³ El principio de interés público o general será entendido siguiendo la propuesta de Hugo Alberto Marín Hernández, como: “(...) aquél que gobierna el proceso de establecimiento, aplicación e interpretación del derecho referido a la identificación y satisfacción de la necesidades y los fines públicos (...) el cual cumple una función directiva del desarrollo normativo del orden constitucional en programas administrativos, en los que se produce una definición del interés general que ha de entenderse como el pertinente (...) Desde él cabe siempre un juicio de valor jurídico sobre la base de la regla de ser legítimo todo lo necesario pero solo lo necesario para la realización efectiva de la norma aplicable y no ya del interés general en abstracto (...)” En: Marín Hernández, Hugo Alberto (2007). *Discrecionalidad Administrativa*. Universidad de Externado de Colombia, Bogotá. págs. 42-43

representan, en buena parte, lo que la doctrina moderna denomina métodos formales del razonamiento, y que, aplicados a la labor de interpretación del derecho a casos concretos, permite, la mayor de las veces, que la solución de los mismos lo sea de acuerdo con las prescripciones del ordenamiento jurídico y del derecho positivo. Para ello basta con recurrir a las fuentes formales del derecho y realizar un procedimiento de subsunción para que, de esa forma, el resultado de dicho proceso sea la solución que se ha de aplicar.

Este procedimiento permite la separación de los poderes públicos y está llamado a impedir que la actuación de la administración pública y de los jueces interfiera en la actividad legislativa creando normas de derecho, o desbordando el ámbito propio de sus respectivas competencias. En uno y otro caso, se rastrea la idea de la legitimidad de la decisión basada en criterios de respeto a las competencias, sobre la base que sólo el legislador plasma su voluntad general a través del texto legal; mientras que, la administración y el juez deciden, generalmente, bajo las pautas de los casos particulares. Esta concepción parte del entendido que el funcionamiento del aparato estatal obedece, por un lado a la voluntad y por el otro a la razón de sus órganos, resultando de ello que el órgano legislativo es quien posee voluntad (está vinculada con el uso del poder social); y por el otro, la administración y el juez, en tanto que llamados a aplicar el derecho en casos concretos, realizan su labor guiados sólo por la razón.

De acuerdo con lo anterior, se ha dicho que la decisión jurídica o, en su caso, el punto de vista interpretativo enunciado por el operador jurídico debe respetar los criterios de racionalidad establecidos por el ordenamiento jurídico; esto es, su interpretación debe armonizarse con los requerimientos de coherencia y legalidad que exige la dogmática jurídica. Dicho requisito se entiende cumplido si el enunciado jurídico que es producto del procedimiento hermenéutico es el resultado del respeto por el sentido interno del sistema jurídico. Se tiene así que, en un primer estadio, la decisión jurídica y, más concretamente la decisión administrativa, debe ser racional, por lo cual se deben seguir las pautas de interpretación y las fuentes válidas del derecho expresamente consagradas en el propio ordenamiento, dichas fuentes han de estar debidamente categorizadas y priorizadas.

Una decisión tal será racional si, por ejemplo, tratándose de un acto administrativo discrecional o aquél que es producto de la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados, respeta los postulados constitucionales y legales; además de lo cual, si está fundamentada en una realidad fáctica verificable, y si se ajusta a las finalidades implícitas o explícitas de la norma constitucional o legal habilitante. Igualmente, si al hacerse aplicación de la medida de que trata el mismo acto, no se quebrantan principios generales del derecho y del derecho administrativo, como la interdicción de la arbitrariedad, el principio de la igualdad o de la proporcionalidad, entre otros. Una decisión racional en materia

administrativa debe proscribir la analogía cuando de competencias se trata. Esta forma de racionalidad puede ser identificada, en materia de actos administrativos, como aquella que exige de éstos el cumplimiento de los requisitos formales vertidos en la norma habilitante.

Además de la anterior forma tradicional de racionalidad jurídica-positiva,⁴ es posible exigir de las decisiones administrativas racionalidad teleológica, es decir racionalidad finalista: ella está basada en pautas diferentes a la primera forma de racionalidad. Por consiguiente, según la estructura del orden jurídico, la racionalidad teleológica⁵ tiene diferentes grados de importancia y de aplicabilidad; así, si el sistema de normas jurídicas está constituido por normas flexibles (elásticas), este modelo tiene un uso mayor que la interpretación de normas bien formuladas. Esta forma de racionalidad jurídica está íntimamente vinculada, en cuanto a los actos administrativos discrecionales y aquellos que son aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, como una forma de evitar la desviación de poder en la actuación administrativa, por lo cual su técnica está enderezada a garantizar la correspondencia entre la finalidad de la norma habilitante y la de la autoridad administrativa que expide el respectivo acto.

Por último, se halla también la racionalidad institucional, que es aquella racionalidad implicada en el propio sistema jurídico. Se parte entonces de entender que todo orden tiene sus propios principios generales, relaciones sistemáticas entre las normas: el sistema tiene sentido interno es el decir de Werner Krawietz,⁶ para denotar con dicha expresión que la comprensión de las funciones y el funcionamiento de las normas jurídicas y del orden jurídico en general presupone tomar en cuenta la racionalidad en el sentido de la teoría de los sistemas. Esta forma de racionalidad permite controlar la coherencia sistémica de la decisión administrativa, expresada a través de un acto administrativo; el sentido de la voluntad del administrador debe respetar los principios generales del derecho y, en particular, los principios del derecho administrativo.

Estas formas de racionalidad son las que mejor encarnan las pautas hermenéuticas establecidas por la dogmática jurídica para fijar los parámetros de legalidad de la decisión de la administración pública. Según ella, en primera medida, una decisión administrativa basada en la discrecionalidad conferida por el ordenamiento jurídico, debe respetar los elementos formales o reglados del acto administrativo; se tiene así que los actos administrativos (discrecionales o reglados) deben seguir

⁴ Término acuñado por Aulis Aarnio (1991). *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Garzón Valdés E. (Trad.) Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1991. pág. 235. Con dicho término pretende describir uno de los aspectos más importantes de la forma de decisión racional.

⁵ Aulis Aarnio (1991). *Ibidem*. pág.240

⁶ Krawiestz Werner. Citado en *ibidem*. pág. 240

los lineamientos procedimentales para su existencia y validez y de la potestad que lo habilita. Se constituyen entonces en elementos reglados del acto administrativo los siguientes: 1) la existencia misma de la potestad habilitadora, su extensión, la competencia para ejecutarla y el fin que ella persigue; 2) los hechos determinantes del acto administrativo: estos constituyen la fundamentación fáctica para la expedición del respectivo acto; 3) elementos eventuales: tiempo u ocasión del ejercicio de la potestad, forma de ejercitarla y el fondo parcialmente reglado. Se tiene así que los ámbitos decisorios de la administración pública, en cuanto al ejercicio de las facultades discrecionales se refiere, deben, como primera medida, obedecer a unos requerimientos formales que impone la norma habilitante.

El jurista Eduardo García de Enterría, cuya obra se analiza ampliamente en el presente artículo por contener elementos doctrinales profundamente arraigados en los tribunales de cierre de la jurisdicción colombiana esbozó esta circunstancia pero refiriéndola a la discrecionalidad administrativa propiamente dicha, pues, en cuanto se refiere a los conceptos jurídicos indeterminados es enfático en manifestar, siguiendo al profesor norteamericano Ronald Dworkin que, al existir siempre una única respuesta jurídica correcta para la resolución de los casos dudosos en el derecho, respecto de éstos no opera propiamente ámbitos de discrecionalidad, ni la posibilidad de elección conforme a criterios de oportunidad, sino que, en todo caso, la administración pública está obligada a decidir conforme a los imperativos expresos o implícitos de las fuentes válidas del derecho: no es necesario hacer juicios interpretativos ni de elección tratándose de conceptos jurídicos indeterminados. No obstante dicha postura, que como veremos no se comparte en la presente propuesta, el citado autor, al referirse a la discrecionalidad administrativa, enuncia sus elementos reglados de la siguiente forma:

“(…) En concreto, puede decirse que son cuatro por lo menos los elementos reglados por la ley en toda potestad discrecional y que no pueden dejar de serlo: la existencia misma de la potestad, su extensión (que nunca podrá ser absoluta, como ya sabemos), la competencia para actuarla, que se referirá a un ente y dentro de éste a un órgano determinado y no a cualquiera, y, por último, el fin, porque todo poder es conferido por la ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una necesidad pública (...) Además de los cuatro elementos precedentes puede haber en la potestad otros eventuales: tiempo u ocasión de ejercicio de la potestad, forma de ejercicio, fondo parcialmente reglado (por ejemplo: la facultad de elección de personas dentro de ciertas categorías, determinación discrecional de un quantum pero dentro de determinadas magnitudes, etc.) (...)”⁷

⁷ García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón (2000). *Op. cit.* pág. 454. A esta misma dirección apunta la posición inicial del profesor García de Enterría, vertida en su clásica obra *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, en la cual, a propósito de su búsqueda en la reducción de la discrecionalidad administrativa, plantea como una primera medida para lograrlo lo siguiente: “(...) la primera reducción de éste dogma de la discrecionalidad

De los elementos referidos, el atinente a los fines para la expedición del acto administrativo (especialmente el acto administrativo discrecional), su pertinencia y coherencia con los fines establecidos por la ley habilitante es el que representa un caso que requiere especial mención, por tratarse de una forma de control de la voluntad de la administración que mayor controversia ha generado. Dicho control ha sido posible acudiendo a la técnica de la Desviación de Poder, que, sin duda, se ha constituido en un método eficaz para reducir las posibilidades de arbitrariedad, ínsitas en los ámbitos de decisión del administrador. Para aclarar mejor éste concepto la jurista española Carmen Chinchilla Marín, en su obra “*La desviación de Poder*”, partiendo de la noción de fin del acto administrativo como un elemento reglado, pasible de ser controlado, enseña algunos parámetros a partir de los cuales se puede identificar el fin que persigue la norma habilitante de la potestad discrecional, asimismo, permite precisar el alcance de los controles que sobre dicha discrecionalidad es posible ejercer.

Para cumplir el anterior cometido la citada autora parte de entender que, es imperativo en un Estado Social de Derecho que toda actividad o inactividad⁸ administrativa está siempre sometida un fin, que no es otro que servir con objetividad y eficacia a los intereses generales.⁹ Según su parecer toda actuación administrativa, cualquiera que sea la modalidad o forma que revista y que, a la vez, sea consecuencia del ejercicio de una potestad, o, inclusive, si es manifestación del cumplimiento de un deber, está sometida a un fin que la justifica. La desviación de poder como técnica del control del fin de la potestad administrativa, que implica la existencia de un vicio en la voluntad del acto administrativo expedido, puede producirse tanto en los actos administrativos discrecionales o aquellos que son relativamente reglados, incluso a los reglamentos; por lo tanto cada una de éstas

se opera observando que en todo acto discrecional hay elementos reglados suficientes como para no justificarse de ninguna manera una abdicación total del control sobre los mismos. Estos elementos reglados son, por de pronto, la misma existencia de las potestades, de cuyo ejercicio dimana el acto, la extensión concreta de esa potestad, que es imposible que sea totalmente indeterminada y, en fin, la competencia para ejercitarla. Estos elementos necesariamente reglados lo son normalmente, aunque pueden darse o darse en distinta medida...y en fin, el fondo parcialmente reglado (...)” En: García de Enterría, Eduardo (1983). *La lucha contra las inmunidades del poder*. Editorial Civitas S.A., Madrid. págs. 25 y 26

⁸ La autora defiende la posibilidad que la técnica de la desviación de poder sea utilizada para el control de las omisiones de la administración. Para ello trae a colación los planteamientos de GÓMEZ PUENTE M., en los siguientes términos: “(...) ningún obstáculo teórico puede oponerse a la utilización del instrumento de la desviación de poder para fiscalizar la inactividad administrativa, concretamente, para controlar si la administración, al hacer dejación del ejercicio del ejercicio de sus potestades que, como se sabe, son potestades – función, se aparta del fin que le encomienda la Ley (...)”. Gómez Puente, M (1997). *La inactividad de la Administración*. Arazandi. Citado por Chinchilla Marín, Carmen (1999). *La Desviación de Poder*. Editorial Thompson Civitas, Madrid. Concluye la autora expresando a lo anterior que: “(...) aunque el supuesto clásico y más frecuente de desviación de poder sea el ejercicio de potestades por parte de la administración, es igualmente posible que la misma incurra en ese vicio con su inactividad, ya sea ésta material o formal (actos presuntos) (...)”.

⁹ *Ibidem*.

formas de manifestación de la voluntad de la administración son susceptibles de ser anuladas acudiendo a la técnica de la desviación de poder. Entendida pues la desviación de poder como la herramienta o instrumento a través del cual se logra la coherencia entre los fines del legislador y los del administrador, es obvio deducir el carácter instrumental de dicha figura.

Se ve como la figura de la desviación de poder es inescindible del concepto de fin y de potestad o, más específicamente, potestades-función o potestades vinculadas legalmente al cumplimiento de unos fines establecidos por el ordenamiento jurídico, convirtiéndose en una idea propia de la actuación administrativa. Dicha noción está caracterizada por la nota de la voluntariedad e intencionalidad de la administración con su proceder; es decir, el apartamiento del fin es querido y buscado por el administrador autor del acto; por ello se ha dicho que este vicio implica una voluntad consciente y deliberada de utilizar sus prerrogativas para un fin distinto del querido por el legislador. Sobre el particular la jurista española en comentario manifiesta:

“(…) Si la desviación de poder exige intencionalidad en el apartamiento del fin establecido por la ley; si ha de haber un móvil torticero o desviado en la voluntad del órgano administrativo que dicta el acto, es una flagrante contradicción sostener que se pueda incurrir en desviación de poder por error. Precisamente porque la desviación es consciente y deliberada resulta tan difícil su prueba, porque hay que indagar en las intenciones más escondidas de la administración para demostrar que la misma quiso atender con su acto un fin diferente a aquel que le asigna la norma (...)”¹⁰

Es importante tener en cuenta que la desviación de poder no precisa que el apartamiento de los fines establecidos por el ordenamiento jurídico lo sea por fines espurios, mal intencionados o encaminados a producir afectación a derechos legítimos de los asociados, o que se utilice en beneficio de los agentes administrativos que han expedido el acto administrativo, es decir, no requiere la concurrencia de móviles subjetivos, sólo basta con demostrarse que el fin concreto de interés general impuesto por la norma habilitante ha sido distorsionado consciente y voluntariamente. No importará tampoco que el fin perseguido con la desviación del fin sea plausible, ni aún de interés general.

Ahora bien, sí la administración no persigue ese apartamiento, pero de hecho se produce, el acto será ilegítimo, pero entonces ya no estaremos ante una desviación de poder, sino ante un error de hecho o de derecho, cuya técnica de control será los hechos determinantes del acto. Sobre esta particular técnica de control de la actuación de la administración pública, el maestro Eduardo García de Enterría ha sostenido que toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho o fáctica que funciona como tal respecto de la norma de cuya aplicación pretenden derivarse los efectos del acto. Según el profesor español estos presupuestos fácticos

¹⁰ Chinchilla Marín, Carmen. *Op. cit.*

en tanto tal, dan cuenta de una realidad que es única y verdadera: “no se puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra”. Por ello, según su entender, aunque la valoración política de la realidad puede llevarse a cabo haciendo uso de la facultad discrecional, no ocurre lo mismo con la realidad propiamente dicha:

“(…) si se ha producido el hecho y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del derecho administrativo (...)” (subrayado nuestro)¹¹

Por último, como corolario de la racionalidad institucional se hallan los principios generales del derecho y del derecho administrativo que, como se vio, constituyen una eficaz forma de garantizar el sentido interno del ordenamiento jurídico y la coherencia sistémica de la decisión administrativa. Su utilidad como técnica de control en el derecho administrativo es indiscutible, máxime en un Estado Social de Derecho como el nuestro, en el cual pulula la legislación contingente y ocasional, de normas parciales y hasta contradictorias. Esa realidad excluye toda posibilidad de confiar la labor hermenéutica a una ciencia estrictamente exegética como lo planteaba el modelo de Estado de Derecho Liberal Clásico. Se tiene así que, en una administración que invade todas las esferas de la vida privada sólo la vinculación de ésta a principios jurídicos materiales puede asegurar la libertad individual y justicia social. Dichos principios pueden ser condensados sintéticamente siguiendo la clasificación efectuada por Hugo Alberto Marín Sánchez, así: objetividad, imparcialidad protección de la confianza legítima e igualdad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y, ante todo respeto por los derechos fundamentales.¹²

¹¹ García de Enterría, Eduardo (1983). pág. 32

¹² Dichos principios pueden ser definidos brevemente: 1) Objetividad: si por neutralidad ha de entenderse toda actividad desarrollada en posición de ajenidad e indiferencia respecto a la materia y a los intereses de los sujetos sobre los que se opera, parece claro que dicha posición es incompatible con el deber de los órganos administrativos de adoptar decisiones discrecionales. Neutral debe ser, en cierta forma la función judicial, y aún la de los órganos de la administración con tareas predominantemente técnicas; pero difícilmente puede serlo la toma de decisiones no vinculadas jurídicamente. Ponce Solé, Deber de Buena Administración. No obstante lo anterior es preciso manifestar que éste principio supone la prohibición para aquella (la administración) de efectuar discriminaciones no amparadas por el ordenamiento y que carezcan de razonabilidad. Un acto atacado por imparcial puede ser anulado por incurrir en desviación de poder; 2) Objetividad: exige una ponderación de los intereses presentes antes de decidir, debiendo realizarse un examen efectivo de los datos relativos al caso concreto, puesto que la decisión discrecional no puede ser producto de la intuición personal del órgano administrativo, sino resultado de un juicio lógico de estimación, conectado lógicamente con esas circunstancias propias del supuesto, previamente investigadas. Deber de Buena Administración; Igualdad: éste principio exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea

Los anteriores ámbitos de control de la discrecionalidad administrativa constituyen los métodos tradicionales para determinar la legalidad de las decisiones de los administradores en el ejercicio de sus funciones, cuando quiera que expidan actos administrativos (sean éstos discrecionales o relativamente reglados). Se constituyen en las herramientas procedimentales a través de las cuales se garantiza la racionalidad de la decisión. En diversas formas el Estado de Derecho ejerce contrapeso al ejercicio de la función administrativa: ello puede ocurrir a través del control jurisdiccional sobre la potestad y la manifestación de la voluntad administrativa misma, mediante la impugnación del acto administrativo¹³; o puede serlo indagando sobre la responsabilidad personal del servidor público que ostenta la majestad que confiere la potestad (responsabilidad política, patrimonial, disciplinaria y penal). Son dos caras de una misma moneda, no obstante los efectos disímiles que dichos controles aparejan. En estas hipótesis ha sido frecuente entender que sobre la administración pesa la obligación de justificar el alcance de sus determinaciones, sobre la base del principio de responsabilidad. La carga de la prueba para la justificación de sus decisiones generalmente ha sido radicada en el órgano que ejerce el poder público.

arbitraria o carezca de fundamento racional. Igualmente, este principio no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquella desigualdad que resulta artificiosa o injustificada por venir fundada en criterios objetivos y suficientemente razonables, de acuerdo con los juicios de valor generalmente aceptados; 3) Racionalidad y Razonabilidad: puede decirse que una decisión administrativa es racional si respeta las reglas de la lógica deductiva, es consistente, eficiente y coherente; además de lo cual no se fundamenta en criterios externos de naturaleza política o moral. Por su parte, la noción de razonabilidad está ligado al concepto de legitimidad de la decisión, en la medida en que respeta en la mayor medida posible las expectativas mayormente esperadas; 4) Proporcionalidad: éste se traduce en la exigencia de que cualquier limitación producida por la administración a los derechos de los particulares o, en general, al ámbito de la libre autodeterminación del individuo, sólo puede ser posible en la medida en que resulte estrictamente imprescindible para la salvaguarda del interés público en virtud del cual la medida en cuestión es adoptada, para ello la doctrina alemana ha hecho uso de tres subprincipios, estos son el mandato de adecuación, de idoneidad y de congruencia. Marín Hernández, Hugo Alberto (2007). *Discrecionalidad Administrativa*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. págs. 367 a 443

¹³ Nuestro ordenamiento jurídico establece dos mecanismos expeditos para atacar la ilegalidad de los actos administrativos, sean éstos de carácter particular o general. Así por ejemplo, el artículo 84 del C.C.A. establece: “(...) Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos (...)”; de igual forma, el artículo 85 establece la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, así: “(...) Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que se le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente (...)”

Método de decisión razonable de la administración pública

El proceso de decisión de la administración pública, a través de sus servidores en los ámbitos propios de su competencia, es una cuestión de interés público, por ello es del resorte de todos los asociados ejercer un adecuado control sobre tales determinaciones. Las potestades administrativas deben poseer un carácter expreso y específico,¹⁴ lo que deberá impedir que cuando son ejercidas por el respectivo funcionario éste desborde sus límites, lo cual implica, a su vez, la existencia de una correlativa situación o posición jurídica-activa a favor de la población para exigir que el cumplimiento de dicha prerrogativa lo sea en los precisos términos en que tal poder fue concedido por la norma habilitante: nada más saludable y deseable para un sistema regido por los principios participativos y representativos de las democracias constitucionales occidentales.

Esta vocación tiene una explicación histórica en la teoría de la división de los poderes públicos¹⁵ y en el principio de legalidad, bajo el auspicio de la lógica

¹⁴ En nuestro sistema, el Consejo de Estado ha negado la posibilidad del reconocimiento de las potestades implícitas de los poderes públicos en los siguientes términos: "(...) y por lo mismo el juez popular sólo puede ejercer las atribuciones expresamente asignadas por la ley, lo cual excluye en nuestro ordenamiento la existencia de las denominadas "competencias implícitas", como tampoco admite el criterio analógico en materia de atribuciones, ni mucho menos recurrir al expediente *ius privatista*, dominado por el postulado de la autonomía personal, según el cual el que puede lo más puede lo menos, criterio antinómico al de la función pública (...) (El principio de legalidad) impide 'deducir' competencias o atribución alguna para enjuiciar la legalidad de un acto administrativo en sede popular. Y no puede alegarse que en estos eventos la función jurisdiccional asignada al juez popular es esencialmente diferente a la que cumple como juez contencioso en las acciones ordinarias, puesto que el juez constitucional en un Estado de Derecho, como todos los servidores públicos, también está sometido al principio de legalidad, sumisión al imperio de la ley (artículo 230 C.P.) que no puede eludirse pretextando razones 'hermenéuticas', pues la tarea del fallador en materia de determinación de sus atribuciones o competencias es meramente aplicativa o de cumplimiento, como lo puso de relieve recientemente esta Sala (...) Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Ref.AP-01135-01 de 06 de octubre de 2005. Dicho apartado de la sentencia ilustra la forma en que el Consejo de Estado colombiano entiende debe operar el Principio de Legalidad referido al ejercicio de las potestades públicas y la negación de la aplicabilidad de la teoría de la potestades implícitas o inherentes y, aunque en el caso particular analizado la referencia que se hace lo es respecto de la función jurisdiccional, no cabe duda que, del desarrollo de dicha sentencia, se desprende que la limitación establecida por el alto tribunal hace referencia a la vocación que tiene el Principio de Legalidad en todos los ámbitos del ejercicio del poder público.

¹⁵ La idea de la separación de los poderes públicos está basada, según Chaim Perelman, en una cierta concepción del hombre: la separación de la voluntad (*Wille*) y la razón (*ratio*), según éste autor la actividad legislativa pertenece al ámbito de la voluntad - está vinculada con el uso del poder social- mientras que la aplicación del derecho - jueces y administración- es más bien un asunto de la razón; además de lo cual -prosigue- cuando el ordenamiento jurídico y el derecho fueron equiparados, el resultado fue una concepción totalmente racionalista de la interpretación del derecho: la interpretación según esta concepción es clarificación de las leyes (dogmática jurídica) y aplicación de las leyes a través de la subsunción a los hechos comprobados (toma de decisión). Según este autor, la idea de la única respuesta correcta es expresión de una cierta idea

formal, conceptualizada de mejor forma por la escuela de la exégesis y la jurisprudencia de conceptos.¹⁶

Dicho postulado presupone la completud del derecho y del ordenamiento jurídico; además de lo cual, prevé como posible hallar una única respuesta correcta para cada situación problemática, apelando a las herramientas de interpretación ofrecidas por la dogmática jurídica. En algunos casos se ha aceptado que, a pesar de la insuficiencia de la lógica formal y de los métodos subsuntivos para ponderar principios o para resolver las particularidades de un caso difícil derivado de la aplicación de una regla, siempre será posible, acudiendo a la moralidad o a la filosofía política, identificar la solución correcta para la situación problemática.¹⁷

del hombre y de una ideología social. Chaim Perelman (1974). *Juristische Logik als argumentationslehre*. Citado por Aulis Aarnio (1991). pág. 210

¹⁶ De la Escuela de la Exégesis nos dice el profesor Recaséns Siches: "(...) la doctrina de la ciencia dogmática del Derecho se apegó fuertemente a la tesis de que sólo la ley escrita podía ser la fuente de las decisiones concretas, y de que la función judicial consistía exclusivamente en la mecánica de un silogismo, cuya premisa mayor debía ser el texto aplicable; la premisa menor, la constatación de los hechos; y la consecuencia, el fallo (...)". Recaséns Siches, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Porrúa. 1958 p. 199. Por otro lado, de la Jurisprudencia de Conceptos nos comenta el profesor Díez Picazo que: "(...) La tarea de la ciencia del derecho consiste, a su juicio [Refiriéndose a George Friedrich Puchta], en conocer y establecer las conexiones sistemáticas existentes entre las diferentes proposiciones jurídicas. Las proposiciones se integran dentro de un sistema axiomático o lógico-deductivo, en el cual cada una de ellas procede o deriva de otras y a su vez condiciona o determina a las subsiguientes. El ideal es una pirámide de conceptos en la cual cada proposición jurídica puede ser lógicamente obtenida desde las demás". En: Díez, Picazo, Luis (1973). *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Ariel, Madrid. págs. 257-258. Para el profesor Lyons, esta tendencia extrema de sujeción a la ley se debe más al escepticismo moral de los nuevos autores y no solamente a la justicia formal. Ellos, nos dice Lyons, desconfían de la existencia de argumentos morales plausibles que le permita al juez desatender el tenor literal de la norma. En: Lyons, David (1998). *Aspectos morales de la teoría jurídica*. Barcelona: Gedisa. págs. 32-66.

¹⁷ La propuesta paradigmática que mejor encarna esta variante es la obra de Ronald Dworkin, para quien no existe en modo alguno Discrecionalidad Fuerte para el operador jurídico cuando interpreta conceptos jurídicos indeterminados ya que ello comportaría a su entender la creación de normas jurídicas. Para negar dicha posibilidad argumenta que el derecho es completo y ofrece siempre una solución correcta, para ello entonces reconoce que ante la existencia de un caso difícil por la vaguedad de la norma jurídica que ha de aplicarse aquel debe acudir a la moralidad o a la filosofía política en las que se integra el derecho mismo para buscar el principio que mejor se adecue a la tradición del sistema en donde se pretende aplicar, y a su vez sea el más fuerte desde el punto de vista ético, de lo cual se obtendrá la solución más justa. En: Dworkin, Ronald (1984). *Los Derechos en Serio*. Traducción de M. Gustavino. Barcelona, Ariel. pág. 233. Para Ronald Dworkin no existe en absoluto la posibilidad de que una expresión sea genuinamente ambigua, que puedan presentarse con respecto a ella varios significados alternativos y, ante la eventualidad planteada por el positivismo jurídico en el sentido de reconocer la existencia de "textura abierta" en ciertas normas jurídicas, asevera que sólo una de dichas alternativas será la correcta. El siguiente ejemplo ilustra su proposición: A sostiene la opinión T1 y B, la opinión T2, lógicamente hay tres posibilidades: t1 es la correcta, T2 es la correcta y T1 y T2 son correctas, para el profesor norteamericano sólo una de ellas es la correcta, por lo tanto un testamento es o bien válido o inválido. En: Dworkin, Ronald (1984). pág. 593, citado por Aulis Aarnio (1991). *Op. cit.* pág. 215

Este anhelo democrático debe ser un principio regulativo o de corrección para un Estado Social de Derecho como el nuestro, pero en modo alguno evidencia la realidad cotidiana de la actuación administrativa ni da cuenta de las grandes limitaciones que padece el sistema jurídico. El operador jurídico, dentro de dicha categoría el administrador público que expide actos administrativos discrecionales o que interpreta conceptos jurídicos indeterminados, se ve enfrentado, en ocasiones, a dichas limitaciones. Pero, ¿Cuales son tales limitaciones?

El profesor Herbert Hart analizó, desde su óptica positivista moderada y en el contexto del sistema precedencial inglés, algunos de los aspectos que componen las limitaciones anunciadas. Según su parecer, el sistema jurídico es incompleto, inclusive los enunciados de las reglas jurídicas, por ello considera que es necesario reconocer una labor creadora de derecho en los jueces. En términos generales acepta que cualquiera que sea la técnica utilizada para comunicar pautas o criterios de conducta, precedente o legislación, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto o etapa de su aplicación sus pautas resultarán siendo indeterminadas y, por virtud de ello, tendrá que reconocerse que ante la falta de certeza en la zona marginal de los conceptos aplicados éstos tendrán lo que el autor denomina “textura abierta”.¹⁸

A juicio del citado autor, las zonas de penumbra, ínsitas en el lenguaje usado para el diseño de algunas reglas de la conducta humana, son la inevitable consecuencia de la regulación por vía general, de la vocación del ordenamiento de anticipar los comportamientos futuros y de asignarles a éstos determinadas consecuencias. No obstante dicha realidad, ha sido costumbre en los diferentes sistemas jurídicos tratar de ignorar la necesidad de un ejercicio adicional de elección en la aplicación de reglas generales a casos particulares. Dicho vicio - como expresamente lo llama el autor- ha sido denominado por la teoría jurídica como formalismo o

¹⁸ Sobre el concepto de textura abierta del derecho el citado profesor expone: “(...) La textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho puede dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso (...) En todos los campos de experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite inherente a la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables (...) pero habrá también si aquellas (reglas) se aplican o no (...) Los cánones de interpretación no pueden eliminar, aunque si disminuir, estas incertidumbres; porque éstos cánones son a su vez reglas generales para el uso del lenguaje y emplean términos generales que también requieren interpretación. Ellos no pueden -y en eso no difieren de otras reglas- proveer a su propia interpretación. Los casos claros, en que los términos generales no parecen necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser automático, son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre su aplicabilidad en los términos *clasificatorios* (...)”. En: Hart H (1980). *El Concepto de Derecho*. Traducido por G. Garrido, Editorial Nacional, México. págs. 157-159.

conceptualismo y consiste en una actitud hacia las reglas verbalmente formuladas que procura encubrir y minimizar la necesidad de una tal elección discrecional por el operador jurídico, una vez que la regla general ha sido establecida.¹⁹

Con fundamento en lo anterior, el profesor Hart estima que dicho mecanismo, efectivamente tiene la vocación de asegurar un grado de certeza o predecibilidad en el ordenamiento jurídico, pero al precio de prejuzgar ciegamente lo que se debe hacer en un caso posterior, cuya composición es ignorada. Así pues, a su juicio, se podrá dilucidar anticipadamente, pero también a oscuras, situaciones que sólo se podrán resolver *razonablemente* cuando se presentan y son identificadas. En términos explícitos, el autor efectúa la crítica a esta forma del razonamiento jurídico en los siguientes términos:

“(…) Es importante apreciar, sin embargo, por qué, aparte de esta dependencia respecto del lenguaje tal como efectivamente es, con sus características de textura abierta, no podríamos considerar deseable, ni aún como un ideal, la concepción de una regla tan detallada que la cuestión sobre si ella se aplica o no a un caso particular estuviera siempre resuelta de antemano y nunca exigiera, en el momento de su aplicación efectiva, una nueva elección entre alternativas abiertas (...) Dicho brevemente, la razón está en que la necesidad de tal elección nos es impuesta porque somos hombres y no dioses. Es una característica de la condición humana (y por ello también de la condición de los legisladores) que en todos los casos que tratamos de regular, en forma no ambigua y por adelantado, alguna esfera de conducta por medio de criterios o pautas generales, para ser utilizadas sin nuevas directivas oficiales en ocasiones particulares, nuestro empeño halla dos obstáculos conectados entre sí: (...) El primero en nuestra relativa ignorancia de los hechos; el segundo nuestra relativa indeterminación de propósitos (...)”²⁰

Culmina el profesor inglés su disertación sobre formalismo y escepticismo ante las reglas, comparando las dos posiciones como el “*escila y el Caribdis de la teoría jurídica*”, para denotar con ello que dichas posiciones extremas son grandes exageraciones, y que resultaría mucho más apropiado entenderlas en una relación de mutua corrección. Según su parecer, la verdad se encuentra entonces en un punto intermedio de sus postulados, que permita entender mejor la forma de decisión de los operadores jurídicos y el uso de la función creadora que les deja la textura abierta de la ley o el precedente cuando deben aplicarlos a casos particulares sobrevinientes.²¹

¹⁹ *Ibidem.* pág. 161

²⁰ *Ibidem.* pág. 16

²¹ A esta dirección apunta, aunque en un contexto más contemporáneo, las apreciaciones del profesor italiano Luigi Ferrajoli, al analizar en su obra “*Pasado y Futuro del Estado de Derecho*”, los retos que asume en la actualidad el Estado de Derecho Legislativo y el Estado Constitucional de Derecho. A partir de dichas reflexiones plantea que, por un lado, se ha operado una suerte de crisis en el concepto mismo de legalidad, en virtud de la *regresión* a un derecho jurisprudencial de tipo premoderno, pues se ha presentado un colapso de la capacidad reguladora de la Ley, lo que ha implicado el retorno al papel creativo de la jurisdicción y la asunción de extensos ámbitos regulatorios por la administración pública.²¹ La observación del profesor italiano sobre la crisis del

Ahora bien, la realidad esbozada ha aparejado que la administración pública haya asumido por vía de la potestad reglamentaria y de las habilitaciones para expedir actos administrativos discrecionales, ámbitos de decisión propios del legislador; además de lo cual, la variedad de normas legales y su natural textura abierta, la han obligado a integrar e interpretar los conceptos jurídicos indeterminados contenidos en ella, en aras de alcanzar los intereses generales de la población. Cuando ocurre lo primero, es decir, cuando usa potestades reglamentarias o cuando expide actos administrativos discrecionales, actúa sobre la base de criterios de oportunidad (indiferentes jurídicos); mientras que, cuando ocurre lo segundo, actúa como un órgano competente para operar el derecho válido, en razón a lo cual el administrador se ha visto abocado, aunque en un ámbito distinto, si se quiere menos amplio, a las mismas vicisitudes a que se ve enfrentado el juez a la hora de interpretar y aplicar la ley que contiene conceptos jurídicos indeterminados.

En uno u otro caso es evidente la responsabilidad social que genera para la Administración Pública la adopción de tales decisiones. Debe satisfacer con ellas las expectativas de los administrados y propender porque las mismas sean expedidas con criterios de legitimidad, para lo cual debe cuidar que la coherencia y el carácter lógico (racionalidad interna) esté siempre presente en dichas determinaciones y, al mismo tiempo, debe procurar que se armonicen con los estándares de interés general definidos por la constitución política de acuerdo a los valores allí consagrados (razonabilidad). En otras palabras, debe lograr que sus determinaciones cumplan con las pautas de racionalidad y razonabilidad.

El punto de partida de la presente propuesta consiste en entender que la decisión del administrador, como ocurre con la decisión del juez, en tanto operador jurídico, debe respetar los límites de coherencia y de aceptabilidad que le impone el ordenamiento en su conjunto. A partir de dichos límites se puede pregonar que

Principio de Legalidad, como pilar básico del Estado Legislativo de Derecho quedó referida en los siguientes términos: "(...) En el primer aspecto, la crisis afecta al principio de legalidad, que como se ha dicho es la norma de reconocimiento propia del estado legislativo de derecho. Y tiene su génesis en dos factores: la inflación legislativa y la disfunción del lenguaje legal, frutos de una política que ha degradado la legislación a administración, difuminando la distinción entre ambas funciones tanto en el terreno de las fuentes como en el de los contenidos (...) Las leyes, en todos los ordenamientos avanzados, se cuentan ahora ya por docenas de miles y están formuladas en un lenguaje cada vez más oscuro y tortuoso, dando lugar a veces a intrincados enredos y laberintos normativos; hasta el punto de que en Italia el Tribunal Constitucional ha tenido que archivar como irreal el principio de que la ignorancia de la Ley no sirve de excusa (...) Así, la racionalidad de la Ley, que Hobbes había contrapuesto a la "*iuris prudentia* o sabiduría de los jueces desordenados" del viejo derecho común, ha sido disuelta por una legislación obra de legisladores todavía más desordenados, que abre el camino a la discrecionalidad de los jueces y a la formación jurisprudencial, administrativa o privada del derecho (...)" En: Ferrajoli, Luigi (2003). *Pasado y Futuro del Estado de Derecho, Neo constitucionalismo*. Editorial Trotta. págs. 20-21

ellas responden a los patrones de legitimidad, consustanciales a todo acto de autoridad en un Estado Social y Democrático de Derecho. En cuanto a la coherencia de la decisión, ésta puede ser enunciada, como se hizo al tratar el tema de los métodos de control de la decisión administrativa, como la exigencia de racionalidad que debe poseer, es decir, aquella condición según la cual se respetan premisas de contenido objetivo y que tienen que ver con su lógica interna; mientras que, el concepto de razonabilidad descansa sobre premisas de contenido valorativo, más abiertas a las convicciones sociales.

Ahora, si bien es cierto que un análisis exhaustivo de la diferencia que existe entre ambos conceptos (lo racional y lo razonable) desborda ampliamente el objeto de la presente propuesta, en términos generales la misma puede ser planteada a partir de los postulados del Test de racionalidad y el Test de razonabilidad, explicado por E. Alonso García, en virtud del cual el primero corresponde a la utilización del argumento objetivo, lógico, que presupone la relación medio-fines y, por virtud de ello, será considerado irracional todo aquello que pretenda ser un medio para la consecución de determinado fin, si en realidad no es apto para ello, verbigracia es irracional la desigualdad que no tenga nada que ver con la finalidad que pretende la norma.

Ahora bien, en cuanto tiene que ver con el Test de razonabilidad, el citado autor lo caracteriza como aquel que consiste en examinar directamente las normas promulgadas por el poder público, y, retomando el ejemplo anterior, se dirá que es precisamente dicha autoridad quien introduce el trato diferencial, para observar si las razones esgrimidas para sustentar dicha desigualdad están acorde con los valores constitucionales; es decir se comprueba directamente si las razones del trato diferente tiene un peso específico (un valor) capaz de contradecir a los valores constitucionales.²²

Esta diferenciación nos introduce, a su vez, en una distinción de suma importancia entre justificación interna²³ y justificación externa²⁴ o, en otros términos, entre

²² E. Alonso García. *La solución justa en las resoluciones administrativas*. págs. 50-51, citado por Eva Desdentado Daroca en una nota sobre la utilización por los jueces británicos de las técnicas jurídicas de control de la actuación administrativa. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 82. pág. 274.

²³ En la justificación interna, siguiendo a Robert Alexy, se trata entonces de establecer si la decisión se deriva lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación; a los problemas vinculados con este ámbito de justificación se les ha denominado silogismo jurídico y en ellos juega papel relevante el principio de universalidad, que aunado al de justicia formal, exigiría tratar de la misma manera a seres esencialmente iguales. Para el profesor alemán, de lo anterior resultarían las siguientes reglas de justificación interna: "(...) J.2.1. Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por los menos una norma universal; J.2.2. La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones (...)". En: Alexy, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Traducción Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997. págs. 222-223

contexto de descubrimiento y contexto de justificación. Dicha clasificación nos permite entender por qué se acude a la teoría de la argumentación jurídica como soporte conceptual de la propuesta que aquí se expone, en cuanto a la forma de la decisión de la administración pública, adoptada en espacios francos de regulación legal y que aparejan para sus servidores la posibilidad de elección en ámbitos de discrecionalidad, o en la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados vertidos en la norma habilitante.

La teoría de la argumentación jurídica, a partir de sus formulaciones iniciales esbozada por la tópica de Viehweg, la nueva retórica de Perelman y la lógica informal de Toulmin, y, más recientemente, pero de mayor interés, los planteamientos de Neil Maccormick y del profesor alemán Robert Alexy, se enderezan a trabajar en el contexto de justificación (justificación externa). Allí radica la originalidad de sus planteamientos, pues precisan que es insostenible un postulado tal que exprese una única solución justa o correcta para todos los problemas jurídicos (aunque en el caso del profesor R. Alexy lo estima como un principio regulativo), precisamente en virtud de los rasgos de vaguedad y de imprecisión del lenguaje; ello los induce a considerar que es imposible pregonar el carácter estrictamente lógico y subsuntivo del proceder de los operadores encargados de interpretarlo.

De los últimos autores reseñados se desprende la propuesta del jurista finlandés Aulis Aarnio, quien en su obra *Lo Racional como Razonable*, desarrolla un análisis sobre los ámbitos decisorios, no sólo del juez sino también del administrador, en tanto operador del ordenamiento jurídico. Su propuesta describe entonces qué puede entenderse como método de decisión razonable, la cual queda enunciada como un principio regulativo denominado *aceptabilidad racional*²⁵ de las decisiones jurídicas.

²⁴ Por su parte, la justificación externa es la fundamentación de las premisas para la justificación interna, las cuales pueden ser de diferente tipo, cada una corresponde con un método distinto de justificación (por ejemplo: reglas de derecho positivo, en cuanto tiene que ver con los criterios de validez del sistema al cual está integrado; los enunciados empíricos, las máximas de presunción racional o las reglas de la carga de la prueba; y un tercer tipo de premisa no encajaría ni en las reglas de derecho positivo ni en las reglas empíricas para lo cual se recurre a la argumentación jurídica. El objeto de la argumentación consiste en justificar este tipo de premisas. En expresos términos del profesor Robert Alexy: "(...) Aquí reside todo el núcleo de toda la interpretación jurídica. La justificación externa no es silogística en modo alguno. Es una cuestión de convencer a la otra parte, al destinatario de la interpretación (...) Esto se hace simplemente de manera tal que el interprete agrega nuevos silogismos que apoyan su interpretación o sus argumentos, pero cada paso está guiado sólo de una manera laxa por los criterios de racionalidad o por las pautas de interpretación jurídica. No hay criterios exactos sobre la base de los cuales se pueda decir que justamente este argumento (silogismo) es el adecuado. El interprete tendrá éxito si la totalidad de los argumentos (la cadena de silogismos) es lo suficientemente convincente para la otra parte (...)” En: Alexy, Robert. *Ibidem*. págs. 218-221

²⁵ Aarnio, Aulis. *Op. cit.*

Su propuesta parte de la base de considerar la inexistencia de una única respuesta correcta en los problemas de interpretación del ordenamiento jurídico; además, reafirma la necesidad, en la dogmática jurídica, de la efectivización del principio de la certeza jurídica, como un valor inmanente a todo orden justo y legítimo. Para ello aclara que la interpretación y la enunciación de un punto de vista interpretativo sólo se justifica en la medida en que esté vinculado a la resolución de un caso difícil, pues aquellos que pueden ser fácilmente resueltos con los mecanismos de la lógica formal no son pasibles de ser interpretados. En este último caso bastará con recurrir a la subsunción y a los silogismos o, en todo caso, a la adecuada elección de las fuentes de derecho a aplicar.

Tratándose de casos difíciles, el citado autor asevera que siempre pueden presentarse varios puntos de vista conducentes para resolverlo; no obstante, para que dicho punto de vista no sea una mera recomendación basada en la autoridad o en la persuasión, debe estar justificado. Para que la elección basada en un punto de vista interpretativo pueda ser considerada la base de la aceptabilidad racional del ejercicio de la autoridad (en las decisiones de jueces y otras autoridades), éste debe seguir el procedimiento del discurso práctico racional, pero, ¿qué significa presentar un punto de vista interpretativo justificado? Para resolver el anterior cuestionamiento el autor pone de relieve el siguiente ejemplo:

Tomando en cuenta las fuentes del derecho F, la interpretación F1 del texto legal Li, es la mejor justificada. Con base en ello y suponiendo que la situación de un caso difícil incluye dos alternativas de interpretación competitivas I1 e I2. El interprete A presenta un punto de vista con respecto al contenido I1. Para ser la mejor justificada, la interpretación I1, tiene que satisfacer, al menos, las siguientes precondiciones: a) Las fuentes del derecho F han sido usadas en la forma establecida por las reglas de la interpretación jurídica, lo que implica que no se han violado las pautas de categorización de las fuentes, que se han seguido las pautas de prioridad de las fuentes del derecho y que, por ejemplo no se ha violado la prohibición de la analogía. Por medio de las fuentes del derecho y las pautas de interpretación jurídica, el interprete puede elegir entre las alternativas interpretativas semánticamente posibles y legalmente relevantes; b) Todas las pautas de interpretación jurídicas están abiertas desde el punto de vista de su contenido (estas pautas son del tipo de principios y no del tipo de reglas), por lo cual todo caso difícil y toda elección de alternativas interpretativas en la dogmática jurídica están abiertos a criterios valorativos.²⁶

Para aclarar el alcance del anterior ejemplo, el profesor finlandés explica en qué consiste el concepto de racionalidad jurídica o, al menos, las nociones a partir de las cuales ésta puede ser utilizada; esbozando, en primer término, que este concepto puede denotar la obediencia en la labor hermenéutica de ciertas pautas de interpretación y estar basada en ciertas fuentes del derecho; sin embargo, otras acepciones en las que puede ser entendida la racionalidad es la teleológica, es decir, la finalista, en virtud de la cual, si el sistema de normas jurídicas está

²⁶ *Ibidem.* pág. 239

constituido por normas flexibles (elásticas): este sistema de racionalidad tiene mayor uso que en el de normas bien formuladas. Finalmente, esboza como acepción de la racionalidad jurídica la institucional, en virtud de la cual todo orden jurídico tiene sus propios principios generales y unas relaciones sistemáticas entre las normas, o expresado en términos del autor “*el sistema tiene sentido interno*”,²⁷ lo cual conduce, de forma necesaria, a analizar esta acepción a la luz de la teoría de los sistemas con base en los principios generales del derecho.

Ahora bien, en cuanto tiene que ver con el concepto de *aceptabilidad racional*, es planteado por el autor como un fenómeno totalmente diferente al de la racionalidad, pues dicha noción es el resultado final del procedimiento de justificación jurídica, como consecuencia de ello, se habla de la aceptabilidad racional de los puntos de vista interpretativos.²⁸ Esta noción está conectada directamente con la conclusión del discurso, con el contenido material de la interpretación y no con la forma del razonamiento o con las propiedades del procedimiento justificatorio mismo. Es por ello que, en términos del profesor Aarnio, lo adecuado sea referirse al resultado razonable de la interpretación y no que el razonamiento es razonable. Para ser aceptable, este tiene que responder al sistema de valores de una comunidad jurídica determinada en el cual se esboza, por ello este concepto de comunidad no debe entenderse como comunidad universal en los términos de Perelman sino como comunidad particular e ideal.²⁹ En términos expresos, su planteamiento al respecto es el siguiente:

“(…) Lo más importante es observar que una forma de vida común justifica también la intersubjetividad de las variaciones. Nos permite entender por qué los valores no son individuales de una manera arbitraria. Las valoraciones reciben su intersubjetividad de las formas de vida. Una forma de vida es siempre de alguna manera y en alguna medida un asunto común. Es específicamente una forma de vida. Un individuo no puede conformar autónomamente para sí mismo una forma de vida completamente privada, una imagen del mundo y del lenguaje propio. Al hacerlo, se aislaría de la interacción social. Es el aspecto de la forma de vida lo que facilita la comunicación y, a través de ella, la interacción (...) Sería igualmente equivocado vincular una opinión que subraya la relatividad de los valores con la pura arbitrariedad. La vida social y la sociedad misma crean en gran medida contactos

²⁷ *Ibidem.* pág. 240

²⁸ Es por ello que el profesor Aulis Aarnio en cuanto a la naturaleza de la interpretación jurídica se refiere, la observa como un *diálogo, una forma de comunicación humana*, y denomina este tipo de racionalidad, siguiendo al profesor alemán Habermas: *racionalidad comunicativa*. Con base en ello, el autor, a partir de la teoría de la acción comunicativa, reconoce que la racionalidad comunicativa es la base de la comprensión humana y, además, la base de la aceptabilidad, pues está vinculada con la argumentación y con el convencimiento. En: Habermas, Jürgen. Citado por Aarnio Aulis. *Op. cit.* pág. 241

²⁹ Siguiendo al profesor Chaim Perelman, nuestro autor define el concepto de audiencia particular en los siguientes términos: “(...) sus miembros se obligan a ellos mismos a seguir las reglas del discurso racional e, igualmente, la audiencia está ligada a una determinada forma de vida (...) Por ello se dice entonces que una audiencia particular e ideal está cultural y socialmente determinada (...)” En: Chaim Perelman. Citado por: Aarnio, Aulis. *Op. cit.* pág. 279

entre las personas y, a través de ellos, los valores y las valoraciones son también cuestiones sociales que pertenecen a grupos de individuos. Los valores son justamente tan intersubjetivos como lo es la sociedad misma (...) Si es posible justificar satisfactoriamente una posición interpretativa sobre una base racional utilizando un sistema de valores, toda decisión puede ser justificada. Después de todo es racional y está basada en un código de valores (...) por ello la audiencia está compuesta por aquellos individuos que comparten una forma de vida común. Y es precisamente en este sentido que el concepto de audiencia ocupa una posición clave desde el punto de vista de un relativismo axiológico (...)³⁰

Como se puede observar, el autor parte de la base del rechazo explícito al relativismo fuerte de los valores y apela a una relatividad axiológica cognoscitiva, para lo cual se hace necesario, en primer término, el respeto de las reglas básicas de racionalidad L, entendidas por el autor como aquellas que hacen referencia a la coherencia o justificación interna de la decisión (lógica deductiva); además, debe respetar las reglas de racionalidad D, que corresponden a la justificación externa del punto de vista interpretativo. Estas reglas de racionalidad D son consistencia, eficacia, sinceridad, generalización, de apoyo y las reglas de la carga de la prueba.³¹ Ello le permite ubicar su teoría en el contexto de una sociedad democrática occidental moderna; es decir, una teoría que posibilite, en dicho contexto social, que la interpretación jurídica de cualquier operador del derecho garantice por un

³⁰ Aulis Aarnio, *Op. cit.* pág. 279. Para desarrollar este punto de vista se apoya, además, en la filosofía del lenguaje formulada por Ludwig Wittgenstein, quien criticó el entendimiento tradicional del lenguaje, ya que éste era apreciado como una serie de signos que se refieren a la realidad externa, y, por el contrario, lo caracterizó como una forma de acción, asociado a la práctica, por ello habla de *juegos del lenguaje*, como la manera en que se exterioriza su funcionalidad. L

Wittgenstein, Ludwig. *On Certainty*. Citado por Aarnio Aulis. *Op. cit.* pág. 27. El punto de partida fundamental.

³¹ Según Robert Alexy, estas reglas son necesarias para obtener una decisión que respete el procedimiento de justificación de una decisión en un caso difícil. Las define de la siguiente manera: a) reglas de consistencia: la ausencia de contradicción interna significa que un enunciado y su negación no pueden existir al mismo tiempo en la misma configuración de justificación; en tal virtud todo hablante no puede contradecirse; todo hablante solo puede afirmar aquello que él mismo cree; el tratamiento de casos análogos debe ser coherente y distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados; b) reglas de eficiencia: para ser racional el discurso práctico presupone efectividad, es decir el discurso tiene que resultar en una conclusión, un discurso inefectivo es una anomalía; c) reglas de sinceridad: la exigencia de honestidad significa que un participante no puede invocar una justificación que sabe invalida; d) reglas de generalización: un participante en la discusión no puede invocar un juicio de valor que él mismo no está dispuesto a generalizar para cubrir otros casos similares, o en expreso términos del profesor Alexy “quien desea convencer a todos puede proponer solo las normas que cada cual puede aceptar”; e) la regla de apoyo: la regla de necesidad de justificación establece que, si así lo demanda, toda proposición tiene que ser justificada. El profesor alemán la expresa así “cada hablante debe fundamentar, si se le solicita, lo que sostiene” y finalmente, f) las reglas de la carga de la prueba, formulado en términos explícitos de Alexy así: “una concepción que ha sido ya aceptada no puede ser abandonada sin razón suficiente”. En: Alexy, Robert (1997). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. págs. 184-191

lado la expectativa de certeza jurídica; además de lo cual, que posibilite la máxima legitimidad de tal decisión: racionalidad y aceptabilidad.

Con la enunciación de su propuesta, el profesor de Hensilki entiende que es equivocado vincular la interpretación jurídica con una opinión que subraya la relatividad absoluta de los contenidos valorativos con la pura arbitrariedad, pues no se trata de cualquier sistema de valores –dentro de cual se pueda justificar racionalmente la verdad o falsedad de todo enunciado–; debe ser aquel que pueda considerarse socialmente relevante. De ahí que, como se dijo, su propuesta de relativismo axiológico sea moderada y que confiera también destacada importancia al concepto perelmaniano de audiencia ideal y concreta, a la que se dirige la argumentación. A continuación se enuncia textualmente la fórmula propuesta por Aarnio para justificar la razonabilidad de las decisiones de los operadores jurídicos (dentro de dicha categoría los funcionarios administrativos). Dicha propuesta es la que consideramos acertada para describir la situación del servidor público a la hora de expedir actos administrativos discrecionales, o aquellos amparados en normas que contienen conceptos jurídicos indeterminados, a través de la cual se logrará una mayor legitimidad de la decisión en la comunidad jurídica destinataria de la medida. Su tenor es el siguiente:

“(…) Supongamos que la comunidad C, está constituida sólo por miembros que respetan los principios de racionalidad –D y que hay más de dos miembros. Supongamos también que los miembros cumplen criterios adicionales sobre la base de los cuales podemos decir que esta comunidad es una comunidad jurídica. En virtud de los análisis precedentes, podemos decir que la comunidad es una audiencia ideal. La mayoría de los miembros acepta el sistema de valores V. Son estos miembros quienes forman una parte particular de la audiencia ideal (...) Supongamos además que dos científicos, A y B, pertenecen a la comunidad C, es decir, ambos respetan los principios de la racionalidad –D. Son personas que razonan sensatamente. El científico A presenta un punto de vista P1, según el cual la norma N es válida en la comunidad C. El otro científico, a su vez, sostiene el punto de vista P2 que contiene la norma M (que no es idéntica a N). P1 está de acuerdo con el sistema de valores V y P2 con el sistema de valores U (...) Si, sobre la base de razones jurídicas (G,D) y sobre la base del sistema de valores V, la mayoría de los miembros de C podría aceptar P1, ella es racionalmente aceptable en C. Es aceptable por parte de la mayoría de aquellos miembros de la comunidad que aceptan los principios de racionalidad –D y, al mismo tiempo, respetan el sistema de valores V. En este sentido, podemos decir que el punto de vista del científico A tiene mayor peso en C que el del científico B. La mayoría de los miembros de C razonan racionalmente y respetan el sistema de valores V llegarían a la misma conclusión que A. Por otra parte, las opiniones del científico B son compartidas sólo por la mayoría de C. (...) Sobre la base de estas condiciones, podemos derivar el siguiente principio regulativo: R: La dogmática jurídica debe intentar lograr aquellas interpretaciones jurídicas que pudieran contar con el apoyo de la mayoría en una comunidad jurídica que razona racionalmente (“aceptabilidad racional”).³²

³² Aarnio Aulis. *Op. cit.* pág. 286

Culmina el profesor su disertación sobre la aceptabilidad de un enunciado interpretativo, expresando que un funcionario puede tomar una decisión en un caso si posee la información básica y apropiada acerca del ordenamiento jurídico; pero en todo caso, la expectativa de certeza jurídica quedará plenamente satisfecha de verificarse las siguientes condiciones: “(...) a) la decisión (o interpretación) cae dentro del marco legal; b) el discurso procede de manera racional y; c) la decisión satisface el código de valores dominante (...)”.³³ De todo lo anterior se sigue que la aceptabilidad racional no es meramente un ideal abstracto sino un principio válido y efectivo que funciona en la práctica cotidiana. Es una guía para el decisor y para el jurista, que le permite encontrar la interpretación más adecuada, aunque no la única o definitiva.

De la discrecionalidad administrativa

Hasta este punto se ha señalado lo que pueden constituir condiciones a partir de las cuales es considerada racional la decisión adoptada por el administrador público; asimismo, se ha indicado sobre la base de qué criterios esa decisión, siendo racional, puede estar justificada y ser aceptada como plausible por sus destinatarios. Se pudo apreciar entonces que la decisión racional se corresponde con el respeto a los requerimientos de la lógica interna de la decisión, esbozada por la dogmática jurídica como el respeto a las fuentes válidas del derecho en un determinado ordenamiento o sistema jurídico; mientras que, en cuanto tiene que ver con la justificación de la decisión, se pudo precisar que dicho aspecto entraña el carácter razonable que debe revestir. En este último sentido quedó claro que la razonabilidad hace referencia al resultado final de la argumentación, de acuerdo con la cual aquella debe ser el producto de la elección, en espacios francos de regulación positiva, de la alternativa que mejor garantice el respeto por los valores generalmente aceptados por una comunidad jurídica.

No obstante el anterior entendimiento, la razonabilidad aquí enunciada, apreciada desde una óptica axiológica cognoscitiva, no apela a cualquier clase de argumento moral para justificar decisiones últimas; es decir, aunque la decisión final, resultado de la elección entre varias alternativas plausibles de ser aplicadas en un caso concreto y problemático (conceptos jurídicos indeterminados) o de la aplicación de una noción determinada de interés general, o bien común (discrecionalidad administrativa); dicha decisión no estará fincada en cualquier clase de valores, la misma deberá respetar los valores superiores consagrados en la Constitución Política, que en nuestro caso particular son: la dignidad humana, la libertad, la justicia, la igualdad y la solidaridad.

Pues bien, teniendo en cuenta el anterior punto de arriba, los ámbitos decisorios materia de análisis son, por un lado, el acto administrativo discrecional y, por el otro, aquel que, siendo relativamente reglado, se deriva de conceptos jurídicos

³³ Aarnio Aulis. *Ibidem*. pág. 288

indeterminados, que, por su misma indefinición, necesariamente deben ser interpretados por el administrador que ha de asumir la decisión.

En el primer evento (discrecionalidad administrativa), nuestro ordenamiento jurídico no consagró una definición expresa de tal noción; no obstante lo cual, el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo prescribió la forma en que dicha potestad debe ser ejercida por la autoridad respectiva. Al respecto estableció que: “(...) En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa.” Dicha disposición establece límites para el ejercicio de tales prerrogativas por parte del servidor público habilitado; sin embargo, es claro que las restricciones impuestas en la misma versan sobre los fines que debe perseguir la autoridad con su ejercicio, el cual debe corresponderse con la norma habilitante; además, establece una limitación en cuanto a la proporcionalidad en el análisis de los hechos que le sirven de causa. En el primer caso, como ya se vio, será un presupuesto controlable a través de la técnica de la desviación de poder, mientras que, en el segundo evento, la norma hace referencia al control mediante el análisis de los hechos determinantes y de los principios generales del derecho.

No obstante el deficitario desarrollo legal de la figura de la discrecionalidad administrativa, nuestra Corte Constitucional y el Consejo de Estado han dado diversas definiciones sobre ésta; analizándola unas veces a partir de una concepción formal o negativa,³⁴ o, en otros pronunciamientos, entendiéndola desde su acepción material o positiva, esto es, como la existencia de un poder para

³⁴ Según esta particular forma de entender la discrecionalidad administrativa ella opera en la medida en que exista en el ordenamiento jurídico y más concretamente en la ley habilitante de la potestad discrecional un vacío de regulación que debe ser llenado con criterios de oportunidad, económicos, sociales, entre otros. A esta dirección apunta la sentencia de constitucionalidad C-525 de 1995 de la Corte Constitucional, a través de la cual sentenció: “(...) puede afirmarse que hay facultad o competencia discrecional cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, es libre (dentro de los límites que le fija la ley) de adoptar una u otra decisión; es decir cuando su conducta no esté previamente determinada en la ley. A contrario sensu hay competencia reglada cuando la ley ha previsto que frente a determinados supuestos de hecho el administrador debe tomar las medidas a él asignadas en forma expresa y sujetarse a las mismas (...)” En: Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia de Constitucionalidad C-525 de 1995*. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Por su parte, el Consejo de Estado ha hecho lo propio en los siguientes términos: “(...) cuando existe poder discrecional, la ley, habiendo creado la competencia, deja al agente la libertad de escoger el sentido en que la ejercerá, le deja juzgar, apreciar, medir, pensar la oportunidad de su decisión, quedando el acto amparado, además, por la presunción de legalidad que lo protege en virtud de su propia naturaleza. Sin embargo, el acto administrativo discrecional no escapa al derecho ni al control que ejerce sobre él la jurisdicción, ya que ha podido ser arbitrario o ha podido ser dictado con desviación de poder. En: Consejo de Estado, Sección Segunda 19 de octubre de 1993, *Expediente número 4883*. Magistrado Ponente: Álvaro Lecompte Luna.

completar los supuestos de hecho establecidos en la norma habilitante, a través de criterios de oportunidad, económicos, técnicos o políticos.

Ha sido la jurisprudencia de nuestras altas cortes la que ha decantado la última acepción (material), al analizar dicha figura como la habilitación extendida al órgano administrativo para completar el supuesto de hecho de la norma que establece la prerrogativa.³⁵ Ello a través de una elección política o de oportunidad que le permite apreciar y elegir entre varias alternativas plausibles de interés general o de bien común, que no simplemente como la posibilidad de elección entre espacios francos de regulación legal como lo establece la concepción negativa.

Ahora bien, la clasificación enunciada, de acuerdo al criterio adoptado para analizar el fenómeno de la discrecionalidad administrativa ha inducido a identificar elementos comunes a tales definiciones. Así, por ejemplo, es claro que en uno y otro caso (adopción de criterios formales o materiales) es necesario apelar a juicios electivos del servidor público que ostenta la potestad administrativa; igualmente, dichos juicios electivos deben estar basados, en últimas, en criterios de oportunidad, políticos, económicos, técnicos y hasta morales. Se trata, como ya se ha dicho, de la elección con base en indiferentes jurídicos, pero no cualquier clase de elección, pues el margen de posibilidad está supeditado en todo caso a criterios de racionalidad y razonabilidad; es decir, aún reconociendo un ámbito franco de regulación de las fuentes formales de derecho, la determinación así adoptada debe respetar los principios generales del derecho en general y del derecho

³⁵ El Consejo de Estado ha hecho lo propio a través de *sentencia del 18 de febrero de 1997*, mediante la cual resolvió una impugnación presentada por la sociedad Apuestas Madrid y Cía. Ltda. contra las resoluciones de la Beneficencia Departamental del Quindío, por medio de las cuales se le negó a esta empresa la concesión para la explotación del juego de apuestas permanentes del Departamento del Quindío para el año de 1987. El tenor literal de dicha determinación fue el siguiente: “(...) En efecto, si el lleno de los requisitos establecidos en los artículos 26 y 27 del Decreto 33 de 1984 no configura el surgimiento de un derecho, sino la existencia de una mera expectativa cuya concreción se halla sujeta a consideraciones en torno al interés público, propias del resorte de la administración, mal puede pretenderse erigir tales consideraciones en requisitos adicionales a los establecidos en la ley para conformar así una supuesta intromisión en las competencias del órgano legislativo o en las del Gobierno Nacional (...) La adjudicación de una licitación, si bien es un acto reglado no está exenta de cierta dosis de discrecionalidad. Y es reglado porque la Administración se tiene que ajustar para hacerla a una serie de requisitos previos, impuestos por la ley de contratación pública. Requisitos que una vez reunidos deben evaluarse en su conjunto para lograr la definición de lo que para la entidad pública constituye ‘la mejor propuesta’ (...) Y es en este extremo en el cual juega la discrecionalidad administrativa, por la dosis de conveniencia para los intereses generales que entran en juego (...) Y este factor es precisamente el que debe desvirtuar el licitante vencido que aspira a obtener éxito en la contienda jurisdiccional frente a los otros proponentes calificados. Desvirtuación que no es fácil y que no puede limitarse a simples afirmaciones, sino que debe tener su apoyo en pruebas legalmente incorporadas al proceso que evidencia la apreciación errónea de la administración (...)” En: Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Primera. *Sentencia del 8 de febrero de 1991, expediente 1099*. Consejera Ponente: Myriam Guerrero de Escobar.

administrativo en particular, el fin que justifica la decisión, de acuerdo con la norma habilitante, la sistematicidad del ordenamiento y debe, además, basarse en las expectativas legítimas de los asociados fundada en los valores constitucionales.

En todo caso, una decisión discrecional adoptada en forma tal que se respete los parámetros ya vistos (racionalidad y razonabilidad), mal podría calificarse peyorativamente como “*El caballo de Troya*” del Estado de Derecho y, por el contrario, la misma debe ser vista como una autorización para que la administración pueda concretar el interés general en el caso particular entre diferentes alternativas posibles; por lo tanto, ha de ser estimada como una herramienta necesaria para que la actividad de la administración pueda ajustarse, con la ductilidad, flexibilidad y eficacia necesarias para cumplir con los requerimientos que le exige la sociedad a la cual le sirve.³⁶

De los conceptos jurídicos indeterminados

Los conceptos jurídicos indeterminados representan un mecanismo de aplicación del derecho a los casos particulares; se les ha considerado, esencialmente, como un problema de interpretación jurídica y, por tanto, cognoscitivo. Su ámbito de operancia se ha extendido tanto al derecho privado como al derecho público y, sin duda, se constituyen en una valiosa herramienta para la adaptabilidad de las normas jurídicas que los contienen a los cambiantes contextos sociales en los cuales deben aplicarse. Por ello, más que analizárseles como desviaciones de la capacidad reguladora del poder legislativo, aunque pueden ser consecuencia de

³⁶ Siguiendo al profesor español Miguel Sánchez Morón, hemos de considerar que el ejercicio de las potestades discrecionales no puede catalogarse como un proceso lógico íntegramente constituido por razonamientos jurídicos, sino que dentro de él tienen lugar valoraciones políticas o técnicas que involucran un componente volitivo, de manera que puedan darse varias soluciones igualmente lícitas en Derecho. Para el jurista español, la discrecionalidad administrativa, así entendida, se constituye en auténtica fuente del derecho administrativo, puesto que, a través de ella los órganos más altos de la administración pública pueden crear normas, pueden crear situaciones jurídicas solamente consultando los mínimos supuestos reglados de la potestad discrecional, y fundamentalmente, cuestiones de oportunidad o conveniencia. Según su parecer, cuando la administración hace uso del poder discrecional ejerce una capacidad creadora y configurativa del ordenamiento administrativo; reconoce, además, que dicha posibilidad también se avizora tratándose de actos administrativos relativamente reglados que contienen conceptos jurídicos indeterminados. Su posición sobre lo dicho anteriormente es la siguiente: “(...) la discrecionalidad comporta, como se reconoce por doquier, la necesidad de tomar en cuenta criterios no estrictamente jurídicos para adoptar la decisión, es decir, criterios políticos, técnicos, económicos o de mera oportunidad o conveniencia (económica, social, organizativa), según los casos. Criterios que han de utilizarse bien para adoptar una iniciativa de gobierno o de gestión, bien para aplicar una directriz legal imprecisa, bien para valorar una situación de hecho para la que la ley dispone una cierta consecuencia, bien para optar entre una u otra soluciones posibles cuando la terea de gobernar o de administrar impone una decisión (...)” (subrayadas nuestras). En: Sánchez Morón, Miguel (1994). *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*. Editorial Tecnos, Madrid. pág. 114

ello, han sido utilizados como verdaderas herramientas de evolución del ordenamiento, a través de la interpretación contextual. Su utilidad en el derecho administrativo es innegable, teniendo en cuenta la cada vez más recurrente difuminación de la labor legislativa y administrativa, a raíz de la asunción de roles de regulación y empresariales del estado benefactor y del poder ejecutivo; como ejemplo de ellos pueden enunciarse los siguientes: justo precio, utilidad pública (como concepto legal), urgencia manifiesta, circunstancias excepcionales, orden público, buena fe, diligencia, entre otras.

En la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados la ley no fija, unívocamente, la forma en que deben ser entendidos; de modo que éstos deben ser aplicados acudiendo a criterios de valor o de experiencia, según sea la naturaleza del concepto. En ambos casos es posible encontrar un núcleo fijo del concepto que lo identifica y otro que generalmente se ha denominado zona de penumbra y que genera la indeterminación a la hora de su aplicabilidad. La doctrina ha sido convergente en aceptar que, en cuanto tiene que ver con la zona de penumbra del concepto jurídico indeterminado, es necesario reconocer un cierto *margen de apreciación* en el servidor que ha de decidir; sin embargo, las diferencias surgen al momento de analizar los efectos justiciables de ese margen de apreciación y sí, en todo caso, es posible siempre identificar una única respuesta correcta para su adecuada aplicación.

Según el maestro Eduardo García de Enterría, lo peculiar del concepto jurídico indeterminado frente a la discrecionalidad administrativa, estaría representado en la forma de su aplicación, ya que en el concepto jurídico indeterminado habrá siempre una única forma válida de interpretación; mientras que, la discrecionalidad administrativa se caracteriza por la pluralidad de soluciones justas pasibles de ser aplicadas sin que ello implique el quebrantamiento del principio de legalidad (indiferentes jurídicos). El concepto jurídico indeterminado, al no ser aplicado en los términos que prescribe la norma que lo contiene, entraña una violación al ordenamiento jurídico, deviene en ilegal y es pasible de ser anulado. Así lo ha expuesto el autor en comentario:

“(...) Justamente por esto, el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado, podemos decir, utilizando el par de conceptos reglado-discrecional, porque no admite más que una solución justa, es un proceso de aplicación e interpretación de la ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado, no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o de decisión entre indiferentes jurídicos en virtud de criterios extrajurídicos, como es, en definitiva, lo propio de la facultades discrecionales(...)” (subrayado nuestro)³⁷

³⁷ García de Enterría, Eduardo (1983). *La lucha contra las inmunidades del poder*. Editorial Civitas S.A., Madrid. pág. 38. En esa misma obra el jurista español, con el fin de clarificar su posición, plantea el ejemplo del concepto jurídico indeterminado “*casa ruinoso*” y asevera que, ante una casa determinada, no cabe más que una solución justa: la casa es ruinoso o no es ruinoso. Es claro para él que esa determinación no puede ser objeto de una facultad discrecional, sino que se trata de un

Nuestra Corte Constitucional, siguiendo la doctrina explicitada del tratadista español, ha sostenido que en el ordenamiento jurídico colombiano, los conceptos jurídicos indeterminados no abren espacios de discrecionalidad al operador jurídico, pues siempre puede rastrearse en ellos una solución única que arroja el mismo ordenamiento. Será entonces una labor hermenéutica del operador jurídico (juez o administrador) tendiente a desentrañar el sentido que el propio sistema le asigna al concepto en cuestión. Este especial carácter adquiere una relevancia inusitada tratándose de conceptos jurídicos indeterminados que puedan abrigar el quebrantamiento de derechos fundamentales, pues, en tales hipótesis, será necesario precisarlos o determinarlos a la luz de las normas constitucionales y legales que mejor se compatibilicen con el derecho fundamental respectivo. En este sentido se encuentra la sentencia T-706 de 1996:

“(…) Lo propio de este tipo de conceptos es que, no obstante su indeterminación, los mismos deben ser precisados en el momento de su aplicación. Y tal concreción no responde a una apreciación discrecional del operador jurídico, sino que se encuadra dentro de los parámetros de valor o de experiencia que han sido incorporados al ordenamiento jurídico y de los cuales el operador jurídico no puede apartarse. En particular, cuando los conceptos jurídicos indeterminados afectan derechos fundamentales, la Corte ha puntualizado que su determinación debe hacerse siempre a la luz de las normas constitucionales y legales que resulten aplicables a tales derechos, y que de la indeterminación legislativa del concepto no puede derivarse la posibilidad de imponer restricciones injustificadas a los derechos fundamentales, entendiéndose por tales restricciones, aquellas que trasciendan los límites que a cada derecho trazan las respectivas normas constitucionales y legales (...)” (subrayados nuestros)³⁸

problema de aplicación de la Ley en un caso concreto. Esta posición es reiterada por nuestro autor en los siguientes términos: “(...) La indeterminación del enunciado (de los conceptos jurídicos indeterminados) no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una unidad de solución justa en cada caso; a la que se llega mediante una actividad de cognición objetivable por tanto, y no de volición (...)” Ver: García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón. *Op. cit.* pág. 457. A nuestro juicio, el error del maestro español en el ejemplo citado radica en su punto de partida, pues la disyuntiva del todo o nada de lo que es considerado finalmente como una *casa ruinosa*, es el punto de arribo del proceso de interpretación o, en todo caso de decisión, pues, naturalmente que, una vez realizado el razonamiento tendrá que claudicarse en uno u otro sentido: es o no ruinosa; sin embargo, previamente se debió establecer los criterios técnicos a partir de los cuales se ha de determinar si una estructura o edificación reviste peligro por su estado ruinoso. Teniendo en cuenta lo anterior el ámbito de decisión del servidor será amplio o restringido (en todo caso una cuestión de grados) en la medida en que los criterios técnicos estén fijados por la norma o por parámetros objetivados o estandarizados, que deban ser aplicados en el proceso de aplicación de la disposición de que se trata. El resultado final será una consecuencia de ese proceso previo; lo que no obsta, para que, en todo caso, la jurisdicción contenciosa pueda establecer la justiciabilidad de los criterios aplicados.

³⁸ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-706 de 1996*. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta Sentencia, la Corte encontró que se vulneraban los derechos constitucionales de los reclusos cuando al amparo de la indeterminación de ciertos conceptos jurídicos de carácter reglamentario se les impedía la difusión dentro del penal de informaciones legítimas dentro de un orden democrático. Igualmente, a través de reciente pronunciamiento, el

Siguiendo este parámetro, mediante sentencia C-818 de 2005, al estudiar la constitucionalidad del numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 del 05 de febrero de 2002 (Código Disciplinario Único), en cuanto hace referencia a la tipología abierta de los tipos disciplinarios y a la posibilidad de hacer reproches disciplinarios a los servidores del Estado con fundamento en principios vertidos en faltas disciplinarias (en el caso en comento se trataba de normas contractuales), sobre el caso particular que nos ocupa sentenció:

“(…) Dentro de la categoría de ‘conceptos jurídicos indeterminados’, se incluyen aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por el legislador, que limitan o restringen el alcance de los derechos y de las obligaciones que asumen los particulares o las autoridades públicas. Dichos conceptos lejos de permitir a su intérprete escoger libremente por una determinada opción que se considere justa y válida, se encuentran sujetos a una única solución frente al asunto planteado, pues el mismo ordenamiento jurídico a través de los distintos métodos de interpretación, le impone al mismo dicha decisión. Al respecto, en sentencia C-371 de 2002, esta Corporación al pronunciarse acerca de la constitucionalidad condicionada de la expresión ‘buena conducta’, prevista la Ley 600 de 2000, como requisito para acceder a los mecanismos sustitutos de la pena privativa de la libertad, manifestó: Los conceptos de buena conducta o de buen comportamiento tienen distintos ámbitos de aplicación y han sido ampliamente utilizados por el legislador. Así, por ejemplo, los mismos constituyen la base del buen nombre, tienen aplicación en el campo disciplinario, en materia crediticia, en asuntos laborales, en los establecimientos educativos, en los centros penitenciarios, en relación con obligaciones tales como las alimentarias, etc. Cuando son empleados por el legislador tienen, por lo general, el carácter de lo que la doctrina conoce como conceptos jurídicos indeterminados, esto es, aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por las leyes y por virtud de los cuales éstas refieren a ‘una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado (...)’³⁹

máximo tribunal constitucional declaró inexecutable el numeral 9 del artículo 35 de la Ley 734 del 05 de febrero de 2002 (Código Disciplinario Único), que establece como prohibición para los servidores públicos: “(…) *Ejecutar en el lugar de trabajo actos que atenten contra la moral y las buenas costumbres (...)*”. Según el pronunciamiento, las nociones de moral y buenas costumbres entrañan conceptos jurídicos indeterminados cuya delimitación semántica, por su amplitud, se hace imposible, lo cual puede general una violación al derecho de defensa del servidor cuestionado. Ver: Corte Constitucional. *Sentencia C-467 de 2009*. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

³⁹ Corte Constitucional. *Sentencia C-818 de 2005*. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Esta posición se rastrea, igualmente, en la jurisprudencia del Consejo de Estado que, siguiendo al precitado profesor Eduardo García de Enterría, estableció que *los conceptos jurídicos indeterminados contienen mandatos unívocos que deben ser encontrados por el operador jurídico a la hora de aplicarlos*. Así, se refirió al analizar el artículo 27 del antiguo Decreto 150 de 1976, “Estatuto de Normas para la Celebración de contratos por parte de la Nación y de sus entidades descentralizadas”, de acuerdo con el cual la ley podía subordinar el perfeccionamiento del contrato a la aprobación de un organismo o autoridad superior, que podía aprobarlo o improbarlo por encontrarlo bien ilegal, o bien “inconveniente”. Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. *Sentencia del 24 de noviembre de 1988, Expediente 3182*. Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta.

Dicha pretensión, por muy saludable que ella sea en un Estado de Derecho Democrático, no puede sino ser considerada como ficticia e insostenible, pues es inevitable reconocer algún grado de discrecionalidad del servidor a la hora de hacer aplicación de esta categoría jurídica. Esta situación se pone de relieve si se tiene en cuenta que es la misma doctrina que defiende esta postura, la que acepta la existencia de cierto “*margen de apreciación*” en la aplicación de tales conceptos.

Sin embargo, esta legítima pretensión limitadora de las potestades administrativas debe operar, si se quiere, como un principio regulativo del razonamiento jurídico, lo que, en modo alguno, significa que siempre deba hallarse la respuesta correcta para el problema planteado; lo importante será encontrar una solución aceptable para el ordenamiento en su conjunto. Nótese bien la evidente contradicción en que incurre la doctrina mayoritaria al tratar de vincular la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados con la única solución correcta: se parte de reconocer la existencia de cierto *margen de apreciación* (más o menos extenso, dependiendo de la vaguedad del concepto y del contexto) en cabeza del operador jurídico; sin embargo, se niega la posibilidad de varias alternativas plausibles de elección, pues, utilizando un proceso lógico-deductivo, a través de la subsunción, se debe arribar a una solución apropiada. Lo anterior sin tener en cuenta que en la zona de incertidumbre no existe premisa mayor –fijada en la norma– bajo la cual se pueda subsumir la premisa menor –caso particular a resolver–, por lo cual el proceso de aplicación de dicho concepto no puede obedecer a un juicio silogístico simplemente, pero sí de justificación; razón que induce a la aplicación de criterios extrajurídicos y razonables –que no contrarios a derecho–, actuando en aplicación de criterios valorativos.

Pero la crítica más contundente a la posición que se analiza está referida a la siguiente consideración: se ha dicho que ésta parte, igualmente, de una premisa incorrecta, y es creer que el significado de todo concepto se expresa siempre mediante reglas semánticas que remiten a condiciones a la vez suficientes y necesarias (y no sólo suficientes) para su aplicación (positiva) o inaplicación (negativa). La concurrencia de este tipo de condiciones –suficientes y necesarias– solo se da realmente tratándose de conceptos determinados, en los que la negación de la condición para su aplicación equivale automáticamente a la condición para su inaplicación, verbigracia la mayoría de edad, pues ella sólo se da a los 18 años, no antes, y ello excluye la zona de vaguedad; no obstante, no ocurre lo mismo con los conceptos indeterminados, para cuya aplicación o inaplicación basta con que se den condiciones solo suficientes, por lo que la negación de la condición para su puesta en práctica no es automáticamente la condición para su inaplicación.⁴⁰

Ahora bien, si la preocupación de la vertiente doctrinaria que defiende la univocidad de la solución correcta, en tratándose de conceptos jurídicos

⁴⁰ Bacigalupo, M. (1997). *La Discrecionalidad Administrativa*. Citado por Marín Sánchez, Hugo Alberto. *Discrecionalidad Administrativa*. Universidad Externado de Colombia. pág. 240

indeterminados, es la posibilidad del control judicial sobre su aplicación, se puede contestar a dicha objeción manifestando, como lo hace el profesor Miguel Sánchez Morón, que dicho control se compatibiliza con el respeto de un margen de apreciación para que precise el contenido del concepto en el caso concreto y, como éste lo expresó textualmente:

*“(...) si se admite que existe ese margen de apreciación, quiere decirse que la administración puede llevar a cabo aplicaciones distintas del concepto que serían igualmente lícitas, lo que pone en cuestión que exista una sola solución jurídicamente aceptable... el problema real se reduce a determinar quien declara cuál es la solución que ha de estimarse no ya la justa y verdadera, sino simplemente la solución conveniente (o más conveniente) entre las válidas en derecho (...)”.*⁴¹

El citado profesor Sánchez Morón expone que el concepto jurídico indeterminado puede dar lugar, aunque en menor grado que la discrecionalidad propiamente dicha, a varias soluciones jurídicamente aceptables; siendo ello así en realidad se está ejerciendo una potestad discrecional, por lo tanto la administración está llamada en estos casos a completar una norma imprecisa en el proceso aplicativo. Lo que ocurre - según su parecer- es que el grado de discrecionalidad será en este supuesto menor que en otros, dado que el proceso administrativo de valoración se halla condicionado y restringido por el núcleo del propio concepto indeterminado.^{42 43}

Se tiene entonces que, la consecuencia de la instauración del Estado Social de Derecho, además de las características propias del lenguaje jurídico, el administrador público, a la hora de expedir actos administrativos discrecionales, es depositario de una función creadora del derecho y, por tanto, su voluntad plasmada en el respectivo acto no se limita simplemente a integrar vacíos del ordenamiento, sino que, al aplicar criterios de oportunidad, económicos, políticos, técnicos y hasta morales, su elección se convierte en una fuente normativa. Igual

⁴¹ Sánchez Morón, Miguel (1994). *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*. Editorial Tecnos, Madrid. págs. 117-119.

⁴² *Ibidem*. pág. 120

⁴³ De este parecer es el Consejero de Estado colombiano Hugo Alberto Marín Hernández, para quien es de especial trascendencia abordar en su trabajo la noción de interés público como una noción medular a la de discrecionalidad administrativa y de conceptos jurídicos indeterminados. Su posición es la siguiente: “(...) de acuerdo con todo lo expuesto, parece que no es acertado pretender que el concepto de interés público reduce en última instancia la discrecionalidad administrativa a supuestos completamente reglados, sino, mejor, afirmar que dicha noción -la de interés público- opera como límite negativo del ejercicio de facultades discrecionales, toda vez que tiene la virtualidad de excluir del abanico de posibilidades a contemplar por la administración al momento de decidir, aquellas que resultan arbitrarias, ilógicas o irrazonables. Ésta, que es la conclusión a la que llega la gran mayoría, se nos antoja la más apropiada (...) nuestro acuerdo con la referida posición obedece a que configura la noción de interés público como una importante herramienta para el control judicial de la discrecionalidad administrativa, sin que ello suponga un detrimento de la esencia que justifica la existencia de la misma (...)”. En: Marín Sánchez, Hugo Alberto. *Op. cit.* pág. 267

situación se pregona de la decisión administrativa en virtud de la cual se expiden actos administrativos relativamente reglados que se derivan de la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados. En esta hipótesis el administrador se ve expuesto, aunque de manera distinta, si se quiere menos amplia, a las mismas vicisitudes del juez de la república, ya que se convierte en un intérprete autorizado del derecho válido, y, en virtud de ello, se ve abocado a hacer juicios electivos con fundamento en criterios extrajurídicos, aunque, en modo alguno, contrarios al ordenamiento jurídico en su conjunto.

En ambos casos el servidor público se ve enfrentado a una realidad inevitable para el derecho, sobre todo en un Estado Social de Derecho como el nuestro, que consiste en la realización de juicios electivos –capacidad volitiva–, con fundamento en criterios de oportunidad, económicos, políticos, técnicos y hasta morales. El margen de discrecionalidad que se presenta en ambas hipótesis es el resultado, en el primer caso, de la facultad que el legislador o el constituyente otorga al servidor para completar el supuesto normativo y para determinar la noción de interés general que ha de primar en la situación particular y concreta –potestad discrecional–; mientras que, en el segundo evento –interpretación de conceptos jurídicos indeterminados–, la habilitación para elegir le viene dada por virtud de la existencia de una zona de penumbra susceptible de ser dilucidada a través de dos o más alternativas razonables de elección –margen de apreciación–, sometidas igualmente a las precitadas exigencias de racionalidad y de aceptabilidad de su contenido.

Se tiene así que, el margen de apreciación discrecional de que es depositario el administrador al verse enfrentado a las dos hipótesis referidas, implica para éste que su elección final deba serlo en términos racionales; de tal suerte que, en el proceso de formación y expedición del acto administrativo, deberá respetar las fuentes válidas de derecho operante en el respectivo sistema; asimismo, éstas deberán estar debidamente categorizadas y priorizadas. Con ello se logrará que la decisión final respete la precondition de coherencia interna y los postulados de la lógica formal. Esto último se obtendrá si se obedecen los elementos reglados de la norma habilitante: competencia, extensión de la misma, fin y veracidad de los hechos determinantes; además de lo cual, si la decisión está acorde con los principios generales del derecho y del derecho administrativo en particular.

Ahora bien, esa misma decisión racional, deberá ser, igualmente, aceptable o razonable. Este supuesto se verá satisfecho en la medida en que, agotadas las exigencias de los parámetros de legalidad y racionalidad, no obstante continúe existiendo varias alternativas plausibles de elección de interés general o bien común (potestad discrecional) o subsista la indefinición en la zona de penumbra del concepto jurídico indeterminado (actos relativamente reglados), y el administrador, en tales eventos, opte por aquella alternativa que respete, en sus justas proporciones, los valores consagrados en el ordenamiento constitucional,

que para nuestro caso son los siguientes: libertad, igualdad, justicia, dignidad humana y solidaridad. Pero, además, para que la elección de que se trata goce de mayor aceptabilidad en el contexto de una comunidad jurídica que razona racionalmente, debe propender porque la misma se acompase con el anhelo mayoritario.

Referencias bibliográficas

Aarnio, Aulis (1990). *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. DOXA número 8. Cuadernos de Filosofía del Derecho. www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA.1990.

_____ (1991). *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Garzón Valdés E. (Trad.) Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Alexy, Robert (1997). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Traducción Manuel Ateienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Bernal Pulido, Carlos (2005). *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid (España).

Chinchilla Marín, Carmen (1999). *La Desviación de Poder*. Editorial Thompson Civitas, Madrid.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. *Sentencia del 21 de mayo de 2002*. Consejero Ponente: Juan Ángel Palacio Hincapié. Ref. # 0042-01 PI-039.

_____, Sala de Consulta y del Servicio Civil. *Concepto No 898 de 1996*. Consejero Ponente: César Hoyos Salazar.

_____, Sección Segunda 19 de octubre de 1993. *Expediente número 4883*. Consejero Ponente: Álvaro Lecompte Luna.

_____, *Sentencia del 18 de octubre de 2001, radicado número 6688*. Consejero Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero.

_____, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. *Sentencia del 8 de febrero de 1991, expediente 1099*. Consejero Ponente: Myriam Guerrero de Escobar.

_____, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. *Sentencia del 24 de noviembre de 1988, Expediente 3182*. Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta.

_____, Sección Primera. *Acción de Nulidad y Restablecimiento. Radicado 11001-03-24-000-2002-00162-01(7942) del 07 de abril de 2005*. Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional. *Sentencia C-467 de 2009*. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

_____ *Sentencia de Tutela T-706 de 1996*. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____ *Sentencia de Constitucionalidad C-818 de 2005*. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Desdentado Daroca, Eva (1994). *Una nota sobre la utilización por los jueces británicos de las técnicas jurídicas de control de la actuación administrativa*. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 82.

_____ (1997). *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*. Civitas, Madrid.

García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón (2000). *Curso de Derecho Administrativo*. Tomos I y II. Editorial Civitas, Madrid.

García de Enterría, Eduardo (1983). *La lucha contra las inmunidades del poder*. Editorial Civitas S.A., Madrid.

Ferrajoli, Luigi (2003). *Pasado y futuro del Estado de Derecho, Neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta 2003.

Hart, Herbert (1980). *El Concepto de Derecho*. Traducido por G. Garrido. México, Editorial Nacional.

Marín Hernández, Hugo Alberto (2007). *Discrecionalidad Administrativa*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Sánchez Morón, Miguel (1994). *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*. Editorial Tecnos, Madrid.

Sitios web consultados

<http://www.procuraduria.gov.co>

<http://www.ramajudicial.gov.co>

<http://www.banrepublica.gov.co>

<http://www.ministeriorjusticia.gov.co>

<http://www.contraloriageneral.gov.co>