

El concepto de discrecionalidad en el quehacer de la administración pública

The concept of discretion in the work of public administration

REYNALDO MORA MORA

*Abogado, Licenciado en filosofía y en ciencias sociales. Doctor en Educación
Postdoctor en Gerencia de la Educación Superior
Docente –investigador de la Universidad Simón Bolívar*

Recibido: 25 de Octubre de 2011
Aceptado: 10 de Enero de 2012

RESUMEN

En Colombia, con la puesta en marcha de un nuevo orden jurídico y político a partir de 1991, el ejercicio del poder discrecional de la administración pública relacionado con la Constitución Política permite configurar un nuevo lenguaje de tal ejercicio, en sus correspondientes prácticas y discursos, para comprender la relación entre discrecionalidad y el principio de legalidad, como fenómeno que habrá de permitir la construcción de un nuevo concepto de discrecionalidad presente en el ejercicio cotidiano de la administración pública y sus implicaciones en el respeto y valoración de la dignidad humana. Un análisis inicial, necesario, sobre esta realidad socio-jurídica, pone en evidencia de cómo varían las concepciones de la discrecionalidad administrativa en el tiempo, lo que muestra la imagen que juega la Carta Magna en tales conceptos.

Para explicar el peso que en la administración pública se le concede a la discrecionalidad administrativa, es preciso recurrir al método de “rastrear” esta noción para exponer sus características y funcionalidad, a partir de un consolidado teórico desde la doctrina, entendido este procedimiento como la búsqueda del concepto en las relaciones de la administración pública con sus administrados. Es así, como puede llegarse a interrogar el accionar de tal administración y lo que el concepto mismo representa en el derecho administrativo.

Palabras clave: *discrecionalidad administrativa, constitución política, administración pública, , derecho administrativo, principio de legalidad*

ABSTRACT

Through the implementation of new legal and political system from 1991, the discretion acts of public administration related to the Constitution to configure a new language of such exercise in their respective practices and discourses. The aim is to understand the relationship between discretion and the principle of legality, as a phenomenon that will allow construction of a new concept of discretion acts present in the daily exercise of the Public Administration and its implications for the respect and appreciation for human dignity. An initial analysis is necessary on this socio-legal, gives us evidence misconceptions of discretion acts through the public administration activities, which shows the image playing the Constitution in such concepts.

To explain the weight in the public administration is granted to administrative discretion acts, it must resort to the method of “tracking” this notion to explain the features and functionality, from a theoretical bound from the doctrine, understood this procedure as the search for the concept of government relations with their constituencies. Thus, as can be reached to question the actions of the administration and what the concept represents the Administrative Law.

Key words: *administrative discretion acts, constitution, public administration, administrative law, rule of law*

Introducción

Es evidente, que el concepto de discrecionalidad domina el quehacer de la administración pública en las prácticas y discursos de su organización y funcionamiento, siendo su expresión más visible, el de ser un dispositivo cargado de poder y de opciones implícitas en el derecho administrativo, en la medida que se impone una definición desde lo constitucional y legal, como aquella manera de cómo objetivar los fines del Estado, mediante una serie de procedimientos, instrumentos, recursos, etc., para hacer más eficaz este cumplimiento. En tal sentido, en Colombia, este concepto significa reflexión-acción para la administración en relación con sus administrados porque a través de sus prácticas y discursos; que son sometidos a una revisión permanente por parte de ella misma, y por la jurisdicción de lo contencioso, se responde así a los cambios emanados del ordenamiento jurídico-político de 1991 y a los progresos del derecho administrativo.

Lo anterior implica, entre otras cosas, que sean ajustadas las prácticas de la administración a este ordenamiento, que sostiene la construcción de un nuevo orden social justo y digno, a partir de los procesos y requerimientos que se le hacen a la administración pública, lo que en últimas, conlleva a considerar en sus actuaciones al principio de legalidad como principio rector del quehacer de la administración.

De esta forma, las actuaciones de la administración pública se expresarán acorde con el texto superior y las correspondientes interpretaciones doctrinales que son las escuelas de pensamientos nacionales o extranjeras, que ayudan a organizar un accionar orientado hacia un tipo particular de discrecionalidad. En todo caso, el concepto como categoría histórico-jurídica y cultural expresa, promueve, sanciona y consagra una cierta organización de la administración y, a través de sus mediaciones, se comprende el papel, por ejemplo, en la expedición de sus actos administrativos.

Algunas ejemplificaciones conceptuales

En lo que se podría llamar una geografía conceptual y teórica de la discrecionalidad administrativa se sigue a Beltrán De Felipe (1995), quien señala que hay diferentes exponentes que, por un lado, relacionan la discrecionalidad con los intereses generales; por el otro, quienes ven la discrecionalidad como posibilidad de elección, problemática esta que ha sido perfilada en el derecho administrativo como resultado de la aplicación de la perspectiva de la administración pública, formulada por Giannini (1991) para quien la discrecionalidad no es otra cosa que la valoración o apreciación que la administración pública realiza del interés público, valoración que se traduce en una dialéctica entre los intereses implicados en el caso bajo examen, a ser realizada por el órgano com-

petente de la siguiente manera: dicho órgano se encuentra jurídicamente obligado a actuar en pro de la concesión de un interés primario que, de ordinario, le viene señalado por el ordenamiento. Hay otros tratadistas que intentan concebir la discrecionalidad desde la perspectiva material, como (Marzuoli en Marín, 2007), quien afirma que consiste en la determinación de aquella decisión que, en supuesto fáctico concreto, debe adoptarse para alcanzar la satisfacción del interés público, recurriendo al efecto a una comparación y atribución de valor a los distintos intereses involucrados en el supuesto examinado.

Discrecionalidad e intereses generales

Desde Bernatzik, (en Beltrán De Felipe, 1995) distintos autores han definido la discrecionalidad en relación al interés público o general. En tal sentido, la definición más conocida es la de Giannini (1991). Para este autor discrecionalidad significa valoración o apreciación por la administración del interés público. Esta valoración se concreta en una dialéctica entre intereses que realiza el órgano administrativo competente; el órgano en cuestión ha de actuar para la consecución de un interés primario (el interés general) que le viene en general dado por el ordenamiento. En Alemania Forsthoff, 1958 (En Beltrán De Felipe, 1995) se refería a que existen conceptos de valor (eminentemente políticos) en los que no hay que eliminar la facultad discrecional: el interés público, el interés del Estado, el bien común. En España Nieto (1991), (En Marín, 2007) subraya la vinculación entre Discrecionalidad e intereses generales. García Trevijano Fos (1968) proponía una noción donde Discrecionalidad es ante todo ponderación valorativa entre intereses. Para Sainz Moreno (1976) la noción de interés público constituye el núcleo de la discrecionalidad Administrativa, la esencia de toda actividad discrecional lo constituye la apreciación singular del interés público realizada conforme a los criterios marcados por la legislación.

Discrecionalidad como posibilidad de elección: el margen de apreciación

Beltrán De Felipe (1995) establece un segundo grupo de definiciones que denomina formales o negativas, que hacen hincapié en considerar la discrecionalidad como un espacio o ámbito de decisión no regulado o sólo parcialmente regulado por el derecho, que el ordenamiento, y en concreto el legislador, ha otorgado a la administración; como esa parcela decisional que, generalmente está prevista en una norma habilitante, dejando un espacio vacío que ha de ser rellenado por la administración con criterios no necesariamente explicitados por el derecho.

Opiniones doctrinales

El autor arriba mencionado anota que Forsthoff 1958, (en Beltrán De Felipe, 1995) relaciona discrecionalidad e interés

público, definiéndola del modo siguiente: es un ámbito de acción y decisión, una elección entre varias formas de comportamiento igualmente posibles: hacer A o hacer B o abstenerse de toda acción (...), es una elección de comportamiento en el marco de una realización de valores. A su vez, Bullinger (1987) parece defender la idea que criticaba Venezia, 1958 (En Bullinger, 1987) que la Discrecionalidad es el margen de libertad que se deriva para la Administración Pública cuando su actuación no está completamente predeterminada, de tal manera que se configura como un margen de independencia o autodeterminación de la Administración frente a los poderes legislativo y judicial. Beltrán De Felipe (1995) hace un barrido doctrinal para indicar, que en Francia la Discrecionalidad la encontramos en autores como Hauriou (1921, Bonnard, 1923, Zanobini, 1954, Waline (1930), quienes sostienen que se trata de autonomía jurídica o poder de libre apreciación. En Alemania, Badura, (1984), (Zanobini, 1954) y Brohm, 1993 (En Cassagne, 2009) y en el Reino Unido, De Smith, 1986, (En Cassagne, 2009) escriben que la discrecionalidad supone poder elegir entre diversas alternativas de actuación. En España, por ejemplo García de Enterría y T.R. Fernández (1977) afirman que la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, entre indiferentes jurídicos porque la decisión se funda en criterios extrajurídicos no incluidos en la ley y sometidos al juicio subjetivo de la administración. Anota Cassagne (2009) que en España, en el marco de reducir el ámbito de la discrecionalidad, la doctrina acudió a la teoría alemana de los conceptos jurídicos indeterminados.

De acuerdo con las anteriores conceptualizaciones, cuando se trata de describir los efectos más señalados del concepto de discrecionalidad administrativa como su dispositivo de actuación, el derecho administrativo lo concibe como el concepto que plantea la cuestión de factores internos y externos que pueden explicar las variaciones históricas o nacionales del peso funcional de la discrecionalidad en la administración pública. En consecuencia, por eso es, imprescindible seguir explorando el mapa conceptual de la discrecionalidad para distinguir entre lo que se refiere a las actuaciones de la administración y su apego o no de su quehacer a la Carta Política, y lo que se refiere a la manera de satisfacer el interés general, al que toda Administración debe atender como su función propia.

En tal sentido, hay que referir el concepto de discrecionalidad administrativa al universo funcional del Estado social de derecho en cabeza de la administración, para comprender la significación funcional del concepto; es por ello, que debe situárselo permeado por los cambios constitucionales y jurisprudenciales que el proceso de expedición de actos administrativos implica para asegurar los fines del mencionado Estado, como manifestación particular de una tendencia de las sociedades modernas por hacer prevalecer el interés general.

Lo anterior, por cuanto en un Estado social de derecho, la categoría por excelencia para su desarrollo son sus fines, accionados por la administración pública, deduciéndose que en cada coyuntura histórica, la administración ocupa la mejor posición para encauzar las metas sociales, privilegiando el interés general, dando validez a los fines emanados de la naturaleza del estado, llevando a la aplicabilidad los fines constitucionales en cabeza de la Administración. Hay que velar, en particular porque las prácticas de la administración pública se realicen con base en éstos mandatos finalísticos a esos preceptos, que lleve al éxito al conjunto de la empresa constitucional del Estado social de derecho cual es, establecer una sociedad justa y digna.

En este orden de ideas, el estado actual de la administración pública permite adentrarnos en el resultado de una sucesión de acontecimientos que dinamizan el concepto de discrecionalidad administrativa: la Constitución de 1991 y los procesos de modernización y globalización, entre otros. Habría que reconocer que la administración para tal efecto goza de cierta autonomía, para que a través de ella, logre impactar las demandas externas que la sociedad le hace al Estado, de donde se deduce la comprensión de las características del funcionamiento que deducen el accionar de la administración pública y de su herramienta, la discrecionalidad; sin embargo, al tomar al pie de la letra tal autonomía, relacionándola con las funciones sociales que desde aquella se realizan: obedecer exclusivamente la lógica constitucional para el accionar propio de la administración.

Entonces se comprende, que para realizar completamente las funciones asignadas, la administración debe desplegar el concepto de discrecionalidad, entendida como aquella objetivación de una cierta autonomía para cumplir con los mandatos constitucionales de los fines del Estado social de derecho. Así, un análisis del concepto hay que relacionarlo con estas finalidades sociales. Es decir, su estudio conduce a la comprensión de la funcionalidad de la administración desde un estudio sistemático del concepto para la aprehensión de las relaciones entre el funcionamiento de la administración y la real función de la discrecionalidad administrativa. No hay nada mejor que este poder discrecional de la Administración para inspirar un estudio de la administración pública a partir de su reconocimiento social y legitimidad, según la Constitución Política y la Ley, que vendrían a constituir los fundamentos de la presencia de este poder. De esta forma, la administración realiza su función de legitimación en el orden que establece su organización y la de sus actuaciones legalidad con forma a la Constitución y la Ley.

Por ello, la administración pública con sus elementos movilizados pretende en un momento dado, dar crédito a su actuar desde cierta discrecionalidad, y con ella dar piso de legalidad a sus actos administrativos, debido a una actitud

creciente de desconfianza hacia el actuar de la administración, siendo un criterio del ciudadano común, fundado en la forma cómo esos actos nacen al mundo jurídico.

Lo anterior, obliga a analizar los diferentes elementos de la discrecionalidad administrativa, que son considerados indispensables para la organización de la administración, ya que mediante ellos se prolonga su quehacer como acción prolongada de todo el sistema administrativo público hacia el cumplimiento de los fines del Estado; tanto, si se propone estudiar la responsabilidad estatal, como fuente de daño antijurídico en la relación de la discrecionalidad administrativa, en el ejercicio de sus funciones con los administrados en sus efectos administrativos. Esto llevaría a identificar marcos conceptuales abiertos, revisables para la elaboración de nuevas tendencias del derecho administrativo, que identifiquen tipos de discrecionalidad en las condiciones de su puesta en marcha, así como la comprensión de la coherencia y complementariedad entre los fundamentos de la administración pública con el principio de legalidad.

El concepto de discrecionalidad como problema jurídico

Con la aprehensión del concepto por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Expediente 13074 de 30 de noviembre de 2006) en el sistema jurídico colombiano se tiene que este concepto es clave en la administración pública, porque a través de ella el Estado juega un papel fundamental en la materialización de sus fines esenciales, lo que viene a legitimar su actuación. Esto es la preocupación de la administración, y de tratadistas, como Marín (2007), quien señala que discrecionalidad es el margen de relativa libertad decisional que el ordenamiento jurídico confiere a la administración para apreciar o integrar el interés público en el caso concreto, margen que se deriva de la expresa atribución normativa que de él se hace, o de la escasa densidad o la imprecisión de las disposiciones que regulan la actividad administrativa. Este autor precisa que para describir la estructura de todo concepto es ya un lugar común en la doctrina identificar un núcleo que constituye su esencia o significado primario, configurado por datos previos, seguros, y un halo, que le rodea y amplía sus límites, constituyendo una zona en la que se duda si los distintos casos alcanzan a quedar comprendidos dentro del concepto y para cuya determinación, dada esa incertidumbre, es necesario desplegar el núcleo del concepto.

Debe anotarse, por otra parte, que la mayoría de tratadistas, se encuentran lejos de alcanzar un grado de unanimidad conceptual, toda vez que el concepto de discrecionalidad administrativa ha logrado un desarrollo más avanzado en la jurisprudencia y doctrina extranjera; observándose que

las transformaciones que ocurren en la construcción de líneas jurisprudenciales en la temática son consecuencias intrínsecas de su desarrollo inicial con la Constitución Política de 1991 para el caso colombiano. Por lo general, los cambios en el Estado, y en el campo de la administración, además de la dinámica social generada por las presiones sociales por mayor materialización de los fines del Estado Social de Derecho a través de políticas gubernamentales y, sobre todo, por las influencias del campo internacional en materia de legislación sobre derechos humanos, tienen un efecto considerable en la concreción de la discrecionalidad administrativa mediante los principios y valores constitucionales, en sus fundamentos y en el quehacer de la administración en la expedición de actos administrativos. Por ello, uno de los propósitos del presente artículo es dar cuenta de la dinámica de la administración pública, en relación con el concepto de discrecionalidad del cual está investida para el logro de los fines estatales con apego a la Constitución Política y la ley; dinámica que yace en la misma raíz del sistema jurídico colombiano, caracterizado en la mayoría de los casos de un formalismo exacerbado. Luego, la transformación o modernización de las prácticas y discursos del poder discrecional de la administración en todos sus ámbitos requieren, por lo menos, considerar los siguientes puntos, que no son objeto de análisis en este trabajo:

El primero se refiere a la existencia de los fines estatales de la administración a través de un conjunto de acciones coherentes que efectúa transformaciones específicas en los diferentes ramos de la administración pública.

El segundo tiene que ver con la articulación del mandato constitucional y legal con el ejercicio reglamentario y potestativo de la administración pública.

Un tercer punto se refiere a la transformación de las estructuras organizativas tradicionales de la administración pública para el cumplimiento de los fines del Estado, para que frente a esto, ella reaccione con argumentos constitucionales en el ejercicio de su potestad reglamentaria y discrecional.

Un cuarto punto se refiere a la expedición de actos administrativos como medios para favorecer el cumplimiento de los fines estatales por parte de la administración pública.

Finalmente, es importante considerar el concepto de discrecionalidad en el quehacer de la administración pública que necesariamente tiene que ver con la articulación arriba mencionada.

Además de lo anterior, debe señalarse según Cassagne (2009), que el punto de partida del análisis de la discrecionalidad hay que abordarlo en el contexto jurídico-cultural e histórico en que se perfila su panorama. En tal sentido, la potestad discrecional es una categoría histórica asumida en el campo del derecho administrativo, lo que demuestra que el concepto ha ido variando a través del tiempo. Para el caso colombiano hay una dinámica actuante en la década de los noventa en adelante, cuando la modernización de la administración pública generó políticas estatales comprometidas con la naturaleza del Estado social de derecho, y este peso le ha correspondido a la administración, lo que ha tenido incidencia no sólo en la ampliación de los imperativos estatales para satisfacer demandas sociales, sino también en los modos de cómo acciona la administración pública este requerimiento a través de la discrecionalidad administrativa.

Respecto a la modernización, la sociología contemporánea colombiana distingue diversas caras o dimensiones, valora asimismo las causas y, también las consecuencias del proceso: el ingreso del país en la modernidad está articulado a una compleja red de aspectos sociopolíticos, culturales y económicos, que están vertidos en el accionar de la administración y en su papel discrecional frente a estos retos, para lo cual requiere de la racionalización de la gestión administrativa del Estado y sus poderes, con base en una legislación, que por un lado, que dinamice su actuación, y por el otro, que ese poder discrecional, se ajuste a la Constitución y la Ley.

En cuanto a la discrecional como el mecanismo de la administración para tener cierto grado de autonomía, anota Sánchez (1995), que la administración es aquella institución pública que se singulariza y legitima por su función de servicio de los intereses generales. De esta definición parte hoy en día la construcción de la constitucionalización del derecho administrativo y el análisis de las potestades administrativas que están limitadas, en la concreción normativa de su contenido y ejercicio, por el necesario respeto a los derechos de los particulares que sanciona la Constitución y la Ley. Por tanto, para este autor, la discrecionalidad administrativa no sólo existe, sino que es necesaria en el Estado de derecho y tiene un fundamento constitucional. De la misma manera que lo afirma la generalidad de la doctrina comparada, incluida la doctrina alemana, que ha redescubierto el valor positivo de la discrecionalidad, conclusión que se impone en nuestro ordenamiento constitucional en la reorganización de prácticas y discursos de las estructuras de la administración pública en su adecuación al desarrollo social para satisfacer los fines del Estado. Así, concebido el concepto responde básicamente a entrecruces e influencias del campo internacional en el derecho administrativo colombiano.

Estos argumentos conceptuales son fundamentales en el incremento del accionar del Estado a través de la administración, lo que se expresa en diferentes reclamos contra este actuar de la administración ante el Consejo de Estado, que buscan enderezar determinadas actuaciones que rayan en desviación de poder, haciendo prevalecer una discrecionalidad articulada al ordenamiento constitucional para un mejor desempeño de la administración pública centrada en los fines del Estado social de derecho.

Una de las más significativas consecuencias de lo anterior es que una apropiación jurisprudencial y doctrinal del concepto de discrecionalidad por parte de la administración pública, trae consigo transformaciones como:

En primer lugar, la expedición de actos administrativos ajustados al nuevo ordenamiento constitucional, en especial al principio de legalidad.

En segundo lugar, el surgimiento de nuevas demandas sociales al Estado, las cuales son satisfechas por la administración.

En tercer lugar, una preocupación más creciente de la administración por la centralidad del ser humano en los procesos administrativos.

En cuarto lugar, la transformación de las estructuras tradicionales y la asignación a la administración de un papel clave en la materialización de los fines estatales.

En quinto lugar, cambios fundamentales en la relación de la administración con los administrados, base del proceso constitucional de respeto y valoración de los derechos humanos, debilitando el todopoderoso poder discrecional exorbitante de la administración.

Entonces, el concepto de discrecionalidad administrativa se distingue por tener un tipo de estructuración conceptual, que va desde la influencia del derecho administrativo extranjero, pasando por las prácticas y discursos de la administración con sus fundamentos y tipologías; lo que se denomina “tipologías discrecionales”: discrecionalidad reglamentaria, discrecionalidad de planificación, discrecionalidad de iniciativa, discrecionalidad política, discrecionalidad técnica, discrecionalidad táctica y discrecionalidad de gestión, (Sánchez, 1995).

Se tiene, que la complejidad de los procesos de cumplimiento de los fines estatales por parte de la administración, que apuesta a la creciente simplificación de la burocracia estatal administrativa producida por los cambios tecnológicos, ha puesto al Estado social de derecho a reflexionar acerca del problema de la transformación de este accionar institucional en los procesos del cumplimiento señalado, lo que ha llevado a cambios permanentes en la generación de leyes, cada vez más flexibles a las necesidades de una

administración con autonomía discrecional para la materialización de los fines estatales.

De lo arriba planteado, como factores que son fundamentales en el quehacer administrativo, inspirados por veloces cambios sociales, políticos, económicos y culturales, se hace derivar una noción de discrecionalidad que se entiende como un conjunto de reglas, principios y dispositivos que generan diferentes clases de prácticas y discursos discrecionales que producen los sujetos de la administración pública como desarrollos de las competencias estatales por hacer realidad los mandatos constitucionales.

Y, es que la discrecionalidad administrativa viene a ser el concepto-tipo más importante en el quehacer de la administración pública. En consecuencia, el concepto se enraíza a través del derecho administrativo, entre los discursos de la jurisprudencia y la doctrina para actuar sobre el nacimiento a la vida jurídica de los actos administrativos y su ejecución; en procura de operacionalizar lo que se ha denominado diversos “tipos de discrecionalidad”, (Marín, 2007).

Al respecto, en el fallo del Consejo de Estado, de la Sección Segunda, Subsección “B” del 2 de octubre de 2008 se anota: Además del incremento cuantitativo de los ámbitos en los cuales la administración se ha visto precisada a desplegar su actividad, como consecuencia de la asunción de una considerable multiplicidad de responsabilidades en la gestión de los intereses generales por parte del Estado social de derecho, de forma paralela puede darse cuenta de una creciente tecnificación de las actuaciones que a los órganos administrativos concierne llevar a cabo en la actualidad. Por esa razón, las normas que regulan dichas actividades con frecuencia se ven precisadas a remitir a conceptos y reglas técnicas, dada la necesidad de recurrir a criterios de decisión y conocimientos propios de ámbitos científicos, artísticos o, en fin, del saber especializado. De lo anterior se deriva la necesidad de establecer hasta qué punto el fundamento técnico de la actividad administrativa incide en la naturaleza jurídica de la misma, así como en los alcances y límites de su control por parte de la autoridad judicial.

El concepto de discrecionalidad administrativa en sus diferentes dimensiones, debe pensarse en relación con nuevos modos de reflexionar sobre su peso en el derecho administrativo, pues su articulación con él, viene a ser un constructo importante para su dinámica, y para hacer posible la operatividad de la administración con las oportunidades y posibilidades de impacto en el cumplimiento de los fines del Estado. En tal sentido, la discrecionalidad singulariza una administración respetuosa del ordenamiento constitucional y legal, en un marco histórico-jurídico, es decir, como promotora del cambio en su relación con los administrados. Por ello, Bullinger citado por Martínez

(2007) sostiene que la discrecionalidad es el margen de libertad que se deriva de la administración pública cuando su actuación no está completamente predeterminada (por una ley o por un tribunal) de tal manera que se configura como margen de independencia o autodeterminación de la administración, frente a los poderes legislativo y judicial. Todo esto relacionado con los debates contemporáneos sobre las nuevas tendencias del derecho administrativo, enmarcadas en un mundo globalizado que han puesto a este derecho en el centro del debate al considerar hasta qué punto la discrecionalidad, puede estar al servicio de una administración con más conexión con lo que sucede en la sociedad.

En otras palabras, como bien lo señala Sánchez (1995), la administración es una organización destinada al servicio de la sociedad, del bien común, de los intereses generales que han sido definidos por las normas jurídicas y, en el marco de las mismas, por los órganos gubernativos democráticamente elegidos por los ciudadanos. Lo que presupone, uno, su fundamentación en las nuevas formas de comprensión del derecho administrativo; y dos, los nuevos enfoques, que subrayan la necesidad de examinar la constelación de intereses económicos, políticos, culturales y sociales que pueden reflejar las diferentes tendencias del derecho administrativo. Pero, el uso genérico del concepto de discrecionalidad en el derecho administrativo, ha puesto el énfasis en la “discrecionalidad” del quehacer administrativo, donde se debe prestar atención a la construcción de un nuevo lenguaje que interprete las realidades y tensiones propias del campo de este derecho con las prácticas discrecionales de la administración.

Tal diferenciación que radica en el hecho de cómo la administración asume el concepto de discrecionalidad, como principio y horizonte de su existencia, que en último término es lo pensable para proceder a organizar el mandato constitucional de hacer posible los fines del Estado, hace entender la discrecionalidad como el conjunto de acciones y procedimientos necesarios para diseñar, desarrollar, ejecutar y evaluar este mandato. Así, los hechos de la administración no pueden comprenderse independientemente de la discrecionalidad administrativa.

Lo anterior sugiere como hipótesis acerca de las razones de la importancia de la discrecionalidad en el quehacer de la administración pública, acorde con los cambios, el agotamiento de la concepción instrumental y positivista, y el surgimiento de un nuevo concepto sustentado en nuevas tendencias de un derecho administrativo contemporáneo que ha favorecido la conceptualización de nuevas posiciones académicas, doctrinales y jurisprudenciales en la reconceptualización del concepto a partir de referentes teóricos que piensan la práctica de la discrecionalidad en ese quehacer frente a los

administrados, donde algunas veces ese actuar es abiertamente violatorio de principios constitucionales como el principio de legalidad. Por medio de esas corrientes, desarrolladas especialmente en Alemania, el interés se centró en la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados con fundamento en que, al admitir una única solución justa, dichos conceptos constituyen un supuesto de remisión constitucional y legal. Esta tesis, que implicó un fortalecimiento de la tutela judicial efectiva, acogida tempranamente por el maestro García de Enterría, (1996) tuvo una extraordinaria recepción tanto en España como en Latinoamérica, especialmente en Argentina, asevera Cassagne (2009).

Debe señalarse que esta perspectiva de la naturaleza del concepto puede impulsar nuevas prácticas y discursos del poder discrecional al tenor de los nuevos vientos constitucionales colombianos y los del derecho administrativo contemporáneo, donde tales prácticas se fundamentan en el valor y poder diferencial que ellas establecen entre sus agentes y la Constitución Política.

Frente al poder discrecional, dirá Hauriou (En Marín, 2007), de que no hay poderes reglados ni discretos puros. A lo sumo existe, un cierto poder discrecional de la Administración que, en mayor o menor medida, se encuentra en todos los actos, para apreciar la oportunidad de las medidas administrativas, o mejor dicho, aspectos de los elementos del acto que son parcialmente reglados y parcialmente discretos. Todo ello ha influido directamente, en virtud de la estructura de relación entre la Administración y su articulación con los administrados, rompiendo el encapsulamiento de una administración que irrespetuosa de la dignidad humana, permitiendo replantear el concepto de “poder discrecional” a partir de nuevos medios, contextos y posibilidades que favorezcan la confianza, motivación e intereses de los administrados frente a la administración. lo anterior, se amarra a principios constitucionales, como el principio de legalidad, que es la base de una administración centrada en el ser humano de conformidad con lo establecido en los fines del estado, en tal sentido, el concepto de discrecionalidad debe apuntar a:

1. Esclarecer el marco de una política estatal de la administración frente a los fines del interés general.
2. Identificar criterios políticos del quehacer de la administración, en la creación de espacios y técnicas que reivindicquen ese interés general.
3. Identificar referentes constitucionales alrededor de lo administrativo, para fortalecer entre otros, el sistema de validación de los fines estatales de la administración.
4. Identificar referentes legales de ese quehacer para darle legalidad a los componentes institucionales que se deriven de la participación de la administración en el cumplimiento de los fines estatales.

5. Identificar técnicas procedimentales para el desarrollo total o parcial en el cumplimiento de las actividades de la administración en la expedición de actos administrativos.

El concepto de discrecionalidad administrativa en el marco constitucional colombiano

La discrecionalidad administrativa se explica, a partir del conjunto de múltiples interrelaciones existentes entre los elementos que estructuran la funcionalidad de la Administración Pública; es decir, de cada una de sus dimensiones, en cuanto constitutivas de la esencia del interés general plasmado en los fines del Estado social de derecho.

En la Constitución Política de 1991, art. 90, la discrecionalidad constituye el concepto central de la actividad administrativa estatal. Un concepto como el de discrecionalidad se refiere a lo que ha sentado la Constitución y la Ley, que luego la jurisprudencia y la doctrina lo interpretan con autoridad emanada de la Carta Política para el caso de la jurisprudencia (Ver Fallo de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 26 de octubre de 2006). Este concepto lleva consigo un significado y se construye desde la actividad de la administración. Por tal razón, el concepto de discrecionalidad constituye la base sobre la que se funda el quehacer de la administración pública, en el modo de objetivación de su actividad en actos administrativos. Además, este concepto sirve para todas las tentativas de comprender, definir y conceptualizar dicho ejercicio a partir de sus actos, porque es fundamental en el cumplimiento de los fines del Estado social de derecho.

Este concepto, en el modelo de la Constitución Política de 1991 debe ser analizado a través de los fines para pensar la administración pública como una institución cumplidora de esos mandatos estatales para las transformaciones sociales. De esta manera, se configura un concepto que visto en su conjunto muestra la manera como se estructura el proceso de organización del quehacer de la administración como soporte histórico-jurídico y cultural del Estado social de derecho.

El concepto de discrecionalidad se presenta como una categoría conceptual básica en el campo del derecho administrativo, entendida como articulación y medio de la administración pública dada su complejidad, contradicciones y cambios permanentes en relación con los fines estatales. En este sentido, la discrecionalidad administrativa se da siempre en sectores de la administración, por ejemplo, el sector educativo. Esta determinación condiciona el concepto y en consecuencia, también determina el papel de la discrecionalidad en la producción de sus actos administrativos; es por ello, que García De Enterría (1985) anota

que la discrecionalidad administrativa se apoya en una realidad de hecho que funciona como supuesto de hecho de la norma de cuya aplicación se trata. Este hecho ha de ser una realidad como tal hecho, se trata de los hechos de la Administración Pública en relación con sus administrados.

La discrecionalidad como espacio de autonomía que goza la administración no pierde de vista el conjunto y las partes de su quehacer en el cumplimiento de los fines estatales, en cuanto tal, su génesis se halla en el corazón de su actividad frente a los administrados; en donde se produce el acto administrativo para dar funcionalidad a los fines mencionados. es por ello, que pensar el concepto de discrecionalidad conlleva re-crear la cotidianidad de la administración pública en su desempeño, lo que obliga a actuar conforme a la Constitución y la ley desde sus prácticas y discursos.

En el proceso creciente de la estructura de la administración pública hay una compleja pluralidad de finalidades estatales presentes en el tejido constitucional colombiano, entonces, el concepto se refiere como aquel modo de existencia de la administración para gozar de cierto margen de autonomía que contiene elementos de ese tejido para dar respuesta a los imperativos estatales del interés general.

De tal modo, que la discrecionalidad es en cierto sentido una creación histórico-social y cultural del derecho administrativo como respuesta al accionar de la administración, como el producto de su autodespliegue que se da a través de sus actos administrativos, ya que en ellos coexisten múltiples acciones correspondientes al proceso de su actuación en determinados momentos históricos por vía constitucional o legal. Así, la discrecionalidad administrativa se constituye en ese espacio privilegiado para el actuar autónomo de la administración, que es sometida constantemente a un proceso complejo de interpretar y verter en esos actos su actuación procediendo de acuerdo con los fines e intereses generales en comunión con el principio de legalidad.

Con justa razón sostienen autores como Desdentado (1997) que toda administración pública que alcanza un cierto grado de desarrollo se halla naturalmente inclinada a practicar la discrecionalidad. Entonces, la discrecionalidad es el principio mediante el cual la administración posee y conserva cierto espacio discrecional para su actuación, transmitiendo una formalidad conforme al principio de legalidad. De tal forma, que la discrecionalidad se puede pensar como un elemento dinamizador del quehacer funcional de la administración en un Estado, que le da sentido a la vida individual y colectiva de una sociedad desde la implementación de los fines estatales. El primer autor afirma que la Discrecionalidad es básicamente un margen de maniobra que tienen las autoridades en el ejercicio de sus potestades y que aparecen en

diferentes momentos de ese ejercicio, con una extensión y una intensidad que pueden variar sustancialmente dentro de una escala gradual. Para Desdentado (1997), reuniendo los aspectos característicos mínimos, la discrecionalidad es el margen de libre decisión, cuya existencia depende de dos variables: 1) los términos legales en los que la potestad ha sido conferida y, 2) la actitud de los tribunales en cuanto al reconocimiento de ese ámbito de decisión como exclusivo, de tal forma que excluye la posibilidad de ejercer su control sobre las resoluciones adoptadas.

De ahí, que el proceso del quehacer administrativo a través de la discrecionalidad es imperativo bajo el ropaje de la Constitución Política, porque la administración pública, entendida como el conjunto de normas para tal efecto y como receptáculo espacial de las impotencias de la sociedad, estimula comportamientos y actitudes, siendo expresión de significaciones sociales, es un código de interpretación y construcción de realidades a partir de los fines estatales. El consenso para asignar significados al concepto de discrecionalidad y a los espacios de actuación de la administración, se demuestra en la construcción de un marco legal operativo discrecional para ese actuar en la realidad, y es mediante la interacción de los administrados con la administración como puede llegarse a un salto cualitativo del poder discrecional en el cumplimiento de los fines estatales.

Esta interacción hace que los administrados, en relación con el poder discrecional de la administración se avienen y exigen una interpretación de ese poder en el marco de la Constitución Política. Aquí, esta relación son los límites que impone la Carta Política para efectuar las demandas de los administrados para con la administración, que sirve de basamento para la construcción de la vida particular y colectiva de una sociedad. Entonces, este poder no es arbitrario sino constitucional y legal, porque es creación y re-creación del Estado social de derecho. Es decir, si bien la discrecionalidad implica un poder, ese poder no es completamente autónomo y libre. Su ejercicio no puede estar motivado por intereses particulares, sino por un concepto de interés público. En este sentido, donde hay facultades discrecionales, la administración tiene ese poder especial de actuación y la legalidad adquiere otra dimensión. Sin embargo, este poder o facultad del cual se inviste la Administración debe estar limitado en todos los casos por normas jurídicas, si se enmarca en un Estado de derecho o social de derecho.

Pensar el concepto de discrecionalidad administrativa en el marco constitucional y en él, el proceso de cumplimiento de los fines estatales desde la actuación de la administración se constituye en una institución constitucional, producto de su propio mandato, con el cual se construye el tejido social de la naturaleza del Estado social de derecho, y es por ello

que se da esa complejidad en la administración pública, que se materializa en la satisfacción de las demandas los administrados. En las diversas ramas de la administración hay valores explicitados que emanan de la propia Carta Política; y cuando se da la actividad administrativa, es necesario explicitar las normas, valores y finalidades, para poner en cuestión si dichos valores y normas coadyuvan el cumplimiento de los fines del Estado a través de ese poder discrecional.

Hablar del concepto de discrecionalidad administrativa implícito en el quehacer de la administración pública como la institución que hace posible el cumplimiento de los fines constitucionales, implica concebirlo como una creación constitucional y legal en apoyo de ese actuar, que está inmerso en el universo de significaciones que instituye a la Administración como el sustento material del Estado social de derecho; ya que ella participa en la vida y el crecimiento de la sociedad, en el destino de ese Estado en su estructuración interna y en su desarrollo material. Y, puesto que el desarrollo social del Estado depende de la conciencia que se tenga frente a los valores constitucionales que rigen el Estado, entonces, la historia misma del concepto de discrecionalidad se halla esencialmente condicionada por el respeto a esos principios y valores.

Para entender bien lo que es y no es discrecionalidad administrativa, es preciso indicar como ella es una expresión que deviene del marco constitucional y legal. Con Alessi (1970) en su aprehensión del concepto se puede decir que la discrecionalidad es el margen de apreciación del interés público concreto, a fin de decidir sobre la oportunidad de actuar o sobre el contenido de la actividad, margen que tiene la administración en caso de que los límites establecidos por la ley a la potestad de actuar conferida a aquélla sean imprecisos, es decir, señalados por determinaciones imprecisas del interés público. Se trata, pues, de un margen de libertad, más o menos limitada, de apreciar cuál es el interés público concreto, suficiente para justificar la acción conforme a criterios de oportunidad práctica, dentro de los límites del mínimo determinado por la ley, lo que permite a la administración pública ser lo que es frente a los administrados en el cumplimiento de los fines del Estado, lo que jamás está ausente dentro del Estado, aquello en lo cual está sumergida la discrecionalidad, porque es permanente en su devenir. Es una dimensión administrativa definida, una articulación objetivable con los principios y valores constitucionales. En consecuencia, logra brindar un espacio autónomo para la actuación de la administración en la construcción de los fines estatales consistentes con el Estado social de derecho, en gran medida, convierte en real sus fines: se parte de argumentos jurídicos en la expedición de los actos administrativos emanados de la administración para lograr su materialización.

En tal sentido, la discrecionalidad administrativa es una categoría conceptual histórico-jurídica y cultural muy particular en el derecho administrativo: es un concepto que configura una forma de trabajo de la administración pública, construida y reconstruida a través del tiempo.

El concepto mismo está ligado indisolublemente con el quehacer de la administración, pues esta no puede eludir los complejos problemas sociales. En el concepto mismo se debe analizar su importancia, surgiendo un gran interrogante: ¿en qué consiste la discrecionalidad administrativa como problema jurídico? Es así, como una filosofía de la pregunta que indague sobre la evolución del concepto mismo a través de la doctrina y la jurisprudencia debe privilegiar el concepto como “problema jurídico” para el derecho administrativo como razón principal de su desarrollo conceptual: se trata de privilegiar las tendencias dominantes en este derecho. En este camino el concepto de discrecionalidad no puede quedar volcado a servir como pura abstracción conceptual de la mecánica de la administración pública, y no puede asimilarse a un mero instrumentalismo facilitador del accionar de aquella.

Entonces, la discrecionalidad administrativa no puede abordarse aislada de los problemas que vive la sociedad, la cual espera que sus soluciones desde el quehacer de la administración pública sean atendidas. Por lo tanto, este concepto debe tener como objeto de reflexión la reconceptualización de las funciones de la administración pública como la asunción de los fines estatales. Ello implica, asumir la discrecionalidad como la complejísima relación del accionar de la administración con las exigencias de los fines estatales a partir fin de un cierto margen “discrecional” para ese actuar.

De lo anterior, se desprende una compleja consideración ontológica sobre el concepto si lo examinamos a través de las manifestaciones de la administración pública, o sea, como elementos clave para entender la expedición de actos administrativos. Con el concepto de discrecionalidad la administración establece la condición de posibilidad de su realización frente a esas exigencias hechas al Estado, por tanto, la administración a través de la discrecionalidad comulga para el establecimiento de los fines del Estado social de derecho, en cuanto su dinámica se debe a cómo acciona la administración su poder discrecional para tal cumplimiento; que es indispensable en su ejercicio, porque mediante él, opera su funcionalidad y tiene legalidad su misionalidad.

El soporte articulador de la compleja trama entre administración pública y fines estatales se hace a partir del uso o abuso de la discrecionalidad administrativa en su aplicación. El proceso de institucionalización de la discrecionalidad

en el quehacer de la administración se hace posible en un momento en el cual la sociedad tiene intereses comunes, que están presentes en los fines del Estado social de derecho como ese espacio de cierta autonomía discrecional para la toma de decisiones por parte de aquella.

La discrecionalidad no es la "extensión" de un abuso de autoridad, sino la creación e institucionalización de un requerimiento constitucional y legal para el atendimiento de los intereses generales plasmado en los fines del Estado social de derecho. En cierto sentido, y quizás en su sentido más fuerte, la discrecionalidad administrativa se hace más visible en cuanto a las representaciones de las prácticas y discursos de ese poder discrecional, que encauza la concreción de los fines estatales en esa institución jurídica. No es posible concebir la discrecionalidad administrativa solamente con criterios convencionales. Ella, en tanto categoría histórico-jurídica y cultural del derecho administrativo, es un concepto de gran complejidad; lo que viene a significar que no es sólo un dispositivo instrumental, sino la exigencia que se le hace a la administración para el cumplimiento de los fines, que por lo tanto nunca es un accionar acabado sino dinámico.

El concepto de discrecionalidad administrativa en nuestra opinión consistiría en esperar de la administración pública un proceso permanente de humanizar sus prácticas y discursos hasta propiciar de forma más contundente la centralidad del ser humano en sus actuaciones y niveles superiores de autonomía y racionalidad en sus actos administrativos. En el devenir de este concepto, Cassagne (2009) anota que este concepto es compartido por doctrinantes alemanes, franceses y españoles, enriquecido por la concepción de grandes pensadores del derecho administrativo, quienes reconocen que la administración se desarrolla y humaniza por un enriquecimiento que se produce al interior de la administración, como un despliegue autónomo que se va forjando a través del cultivo de la razón constitucional en sus principios y valores.

La discrecionalidad administrativa establece su objeto, cual es, la integralidad de la Administración en el cumplimiento de los fines estatales; por ello, se tiene que pensar el concepto, no en términos de la lógica convencional y la racionalidad del derecho *per se*. La aprehensión de este concepto no se puede hacer exclusivamente, según la forma cómo se han estructurado los procedimientos de las prácticas administrativas que a aquella corresponden. La conceptualización y la aprehensión del concepto, debe concebirse sobre la base de todo un acervo doctrinal y jurisprudencial como creación del Derecho Administrativo, que instituye significaciones variadas del concepto. Los tipos de discrecionalidad descritos por Marín (2007), postulan conceptos íntimamente coherentes y claramente determinados con los fines del Estado.

Es a partir de las anteriores observaciones como se puede entender mejor la magnitud del accionar de la administración y del uso que de la discrecionalidad administrativa se haga, proceso que se hace visible cuando nos enfrentamos como administrados a las actuaciones de la administración en la toma de decisiones en el cumplimiento de una política estatal. La discrecionalidad como ese espacio privilegiado de actuación por parte de la administración plantea la necesidad de atenerse a la legalidad de su actuar que permita construir conocimientos y competencias en la expedición de sus decisiones, a fin de captar las relaciones en el proceso de construcción de un determinado acto administrativo, entre sus atributos y dimensiones del Estado social de derecho y las diferentes instancias a que son sometidos los administrados. Este sistema de relaciones en la expedición de actos discrecionales no debe dejar pasar por alto los límites que imponen la Constitución y la Ley a la administración, en términos de entender esos límites como alteraciones que pueden promover de diversas maneras las complejas redes en el proceso de atención a los fines del interés general por parte de la administración. Se trataría, por consiguiente, pensar la discrecionalidad administrativa a partir del quehacer constitucional y legal de la administración donde se le aborde como el resultado de la asunción de lo jurídico-humano de los fines estatales.

Pensar el concepto de discrecionalidad administrativa en el marco constitucional del Estado social de derecho en la anterior perspectiva, significa tomar conciencia de la necesidad de iniciar el camino de la reflexión sobre los procesos que constituyen e instituyen la discrecionalidad como apego a la legalidad de las actuaciones de la administración. Se debe entonces, desplegar una actitud de investigar simultáneamente el sí y no de los por qué de determinadas actuaciones discrecionales, lo cual abre posibilidades hacia la apertura de pensar reflexiva, crítica y analíticamente sus actuaciones, interpretando lo esencial de la Discrecionalidad, que muchas veces se oculta, y a lo que tenemos que sumergirnos desde una descripción densa del concepto para develar y sacar a la superficie lo oculto y las singularidades de ese proceder discrecional en las prácticas y discursos de la administración Pública.

El problema del concepto de discrecionalidad administrativa no puede ser abordado y aplicado sólo considerando *per se* el cumplimiento de los fines estatales por parte de la administración. Ligado a este propósito, Beltrán De Felipe (1995) señala que casi todos los autores españoles que han estudiado esta materia abogan por la reconstrucción de arriba hacia abajo de la teoría del poder discrecional (...), se requiere repasar y actualizar el estado de la cuestión en la doctrina y la jurisprudencia, pero también y sobre todo encontrar en la medida de lo posible, un fundamento o referencia constitucional en la discrecionalidad adminis-

trativa para que la administración sopesa constitucional y legalmente sus actuaciones.

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos señalar que la discrecionalidad administrativa y con ella el proceder de la administración pública son hechos de los cuales da cuenta el derecho administrativo, que se abren en muchas dimensiones y actúan en múltiples interacciones tejidas por lo que preceptúa la Constitución y la Ley. La discrecionalidad es una categoría jurídica que sirve de soporte a la expedición de los actos administrativos por parte de la administración en su actividad. Por ello, la discrecionalidad debe ser pensada en cuanto tejido de significaciones históricas, jurídicas y culturales inseparablemente asociadas a la administración en la confluencia de eventos, acciones, interacciones, determinaciones, azares, que constituyen el universo de su actuar. Cualquier acción deliberada sobre la misma, construcción, modificación, reestructuración, debe hacerse a través de una cierta discrecionalidad que permita servir de puente entre la administración por cumplir los fines estatales y los administrados en la operación particular de cada una de las atenciones por parte de aquella.

La construcción jurídica del concepto de discrecionalidad administrativa en el campo intelectual del derecho administrativo es un proceso que ha evolucionado en la dinámica misma de la administración pública. Como una de las condiciones básicas para su construcción, está la conformación de un momento intermedio que haga posible la actuación de la administración en la expedición discrecional de un determinado acto administrativo, el cual debe ser motivado, argumentado, desde los fines estatales y el proyecto complejo funcional de la administración pública. Así, como la suma de los fines estatales nos da como resultado un Estado que atiende integralmente a sus habitantes, entonces, la consecución de esto, es el buen uso discrecional que la administración haga de su poder con apego a la Ley Superior. La discrecionalidad administrativa como espacio de autonomía discrecional viene a ser la confluencia de prácticas y discursos de la administración para impactar la sociedad mediante los fines estatales.

Por tanto, conjugar la visión integral de la administración pública con el poder discrecional en su actuar sólo puede conseguirse creando al mismo tiempo un nivel práctico, operativo y conceptual, que permita transitar de un extremo al otro, permeando esa visión para desarrollar, precisar y ajustar el proceso de su actuación desde lo constitucional y legal. Pensar de esta manera la discrecionalidad administrativa exige, establecer adecuadamente las relaciones entre la expedición de un acto administrativo y la consiguiente Discrecionalidad, sin olvidar que esta relación debe darse en términos constitucionales y legales, lo que implica una discusión mediante una filosofía crítica de la discrecionalidad

en cuanto, desde ella se plantea un proyecto de Estado respetuoso del principio de legalidad como principio rector que unifica una concepción de Estado y de administración en términos de su determinante básico: evitar decisiones irrespetuosas hacia la dignidad humana de los administrados.

Pensar la discrecionalidad administrativa y con ella el accionar de la administración significa, replantear las visiones deterministas de quienes ejercen ese poder discrecional, para dar paso a una interpretación que articule las necesidades de la administración con los preceptos constitucionales, reclamando este sustento como elemento de reconstrucción de la realidad histórico-jurídica y cultural del concepto de discrecionalidad. Se requiere entonces, de ese basamento, si se entiende la actuación discrecional de la administración ajustada a la Constitución, para que actúe con sus propias regulaciones y mecanismos de producción de actos administrativos en procura de una administración más eficiente y humana, conectada y articulada a través de los procesos de transformación desde el Estado social de derecho.

En esta articulación no sólo la administración aprende a respetar a los administrados, sino también a entrecruzar su quehacer con los principios constitucionales para saber ponderar en cada caso las serias exigencias planteadas a la Administración en el cumplimiento de los fines estatales fundando una nueva forma de organización estatal del servicio público más dirigida a la centralidad del ser humano. La discrecionalidad administrativa, en tanto concepto fundamental de la administración, plantea una importante pregunta: ¿el ejercicio de la discrecionalidad administrativa asegura los principios y valores de la Constitución? La anterior pregunta vale, en cuanto los valores son el problema fundamental de la administración, en su dimensión ética y política para el establecimiento de un orden social justo y digno.

La actuación consciente de un Estado o de una administración pública parte del reconocimiento de la Constitución misma, la cual, busca consolidar ética y moralmente una administración respetuosa de los administrados desde sus actuaciones, que es sin duda el proyecto político propuesto por la Ley de Orden Superior de 1991, en cuanto conlleva propuestas para que sus finalidades y valores adquieran sentido en la vida cotidiana. Esta exigencia es aún más necesaria ante el abismo social en que se debate la sociedad colombiana. Frente a esto, la discrecionalidad administrativa le da el destino a la administración pública a través del cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho.

Conclusiones

Se comparte con Marín (2007) cuando escribe que en cuanto al concepto de discrecionalidad en la jurisprudencia colombiana se han reproducido, en buena medida y salvadas las

distancias, variadas polémicas. Con la Constitución de 1991 se produjo una revitalización de la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional en relación con la temática. Por ejemplo, el Consejo de Estado, tras la reglamentación de las acciones populares y de grupo en 1999, incrementó el pronunciamiento en ámbitos como el planeamiento urbanístico, la protección del medio ambiente, la prestación de los servicios públicos por parte del Estado o la protección del patrimonio público y la moralidad administrativa en la contratación estatal, lo que ha dado lugar a una prolija y progresista jurisprudencia en materia de desviación de poder.

El estudio del concepto de discrecionalidad administrativa desde la doctrina, es un concepto que dinamiza el quehacer de la Administración Pública. Por ello, es necesario concluir, respecto a las conceptualizaciones presentadas, que el concepto mismo sigue generando una dinámica evolutiva en la doctrina y en el campo intelectual del derecho administrativo tanto nacional como el extranjero.

En este orden de ideas, se observó que dicho concepto encuentra su más inmediato nicho en el quehacer de la administración pública, en aras de cumplir los fines del Estado social de derecho; aspecto éste que queda ampliamente corroborado al articular cada una de las reformas del Estado en procura de esta satisfacción, lo que viene a caracterizar el concepto de discrecionalidad administrativa como esa figura, cuya finalidad se centra en otorgar cierto margen de acción a la administración para dicho cumplimiento, aspecto éste que permite establecer la asunción de su responsabilidad social.

Igualmente, se logró precisar en el recorrido teórico realizado aquellas concepciones más relevantes de la doctrina. Ahora bien, interesa señalar que la discrecionalidad, viene a ser el producto de la necesidad por crear un instrumento de acción para el ejercicio del poder que goza la administración, poder que debe estar ajustado a la Constitución y la Ley, concepto que ha estado influido ciertamente por los sistemas y experiencias de otros países con sus variantes respectivas, lo que ha permitido dotar al concepto para pensarlo como una institución del derecho administrativo basada en el cumplimiento de los fines estatales, es por esta razón que se deben tomar en consideración estos influjos.

Un aspecto positivo que merece ser destacado, y que surge a partir de la Constitución Política de 1991, es el relativo a la concreción de quién debe velar por el cumplimiento de los fines estatales, considerando entonces, que la administración pública usa esta herramienta para esa misión. Igualmente, puede considerarse como un avance del derecho administrativo ya que esta figura permite la materialización de los fines estatales, como esa forma de reivindicación con la sociedad en forma más útil, eficiente y eficaz; además la ley le permite a la administración procurar por esa misionalidad.

De esta manera, el concepto de discrecionalidad ofrece a la administración una serie de alternativas que permiten su desenvolvimiento bajo el amparo de la Constitución y la Ley. De tal forma, que los administrados tiene la posibilidad de acudir a la justicia contenciosa cuando crean que hay una desviación de poder en el actuar de aquella.



Referencias

Alexis, R. (1995). *Teoría del discurso y derechos humanos*. Santafé de Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Alessi, R. (1970). *Instituciones de Derecho Administrativo. Tomo I*. Barcelona. Bosch, Casa Editorial.

Baladiez, M. (1994). *Los principios jurídicos*. Madrid. Tecnos.

Beltrán De Felipe, M. (1995). *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*. Madrid. Tecnos.

Bernald, C. (2008). *El Derecho de los derechos*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Bonnard, R. (1923). *“Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir”*. Paris. Revue de droit et de la science politique.

Bullinger, M. (1987). *“La discrecionalidad de la Administración Pública. Evolución, funciones, control judicial”*. En, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía No. 4 de 1987. Madrid

- Cassagne, J. C. (2009). *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Buenos Aires. Marcial Pons.
- Cortina, A. (1995). *Presupuestos Morales del Estado Social de Derecho*. En: *Ética y Conflicto*. Santafé de Bogotá, Colombia. Uniandes.
- Chinchilla, C. et al (1992). *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo*. Madrid. Civitas.
- Desdentado, E. (1997). *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*. Madrid. Civitas.
- Fernando, M. (1993). *La motivación del acto administrativo*. Madrid. Tecnos.
- Forero, J. (2007). *Estado constitucional, Potestad Disciplinaria y Relaciones Especiales de Sujeción*. Bogotá. Imprenta Nacional.
- Friorini, B. (1948). *La discrecionalidad: En la Administración Pública*. Buenos Aires. Alfa.
- García, E. (1983). *La lucha contra las inmunidades del poder*. Madrid. Civitas.
- García, E. (1983). *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*. Madrid. Civitas.
- García, E (1985). *La administración española*. Estudios de Ciencias administrativa. Madrid. Alianza Editorial.
- García, E. (1996). *Democracia, jueces y control de la Administración*. Civitas. Madrid.
- García, E et al (1977). *Curso de Derecho Administrativo. Tomos I y II*. Civitas. Madrid.
- García-Trevijano, F. (1968). *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I*. Madrid. Ed. Revista de Derecho Privado.
- García, E. (1992). *Hacia una nueva justicia administrativa*. Madrid. Civitas.
- García, M. (1993). *La eficacia simbólica del Derecho*. Santafé de Bogotá, Colombia. Universidad de los Andes.
- García, J. (1957). *Principios Jurídicos de la Organización Administrativa*. Madrid. Instituto de Estudios Políticos
- García, M. et al (1991). *De qué manera se puede decir que la Constitución es importante*. En: *Doce ensayos sobre la Constitución*. Medellín, Colombia. Señal Editora.
- Giannini, M.S. (1991). *Derecho Administrativo*. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública.
- Hauriou, M. (1933). *“Le pouvoir discrètionnaire et sa justification”*. En VVAA, *Melanges Carrè de Malberg*. Sirey. Paris.
- Lasalle, F. (1994). *¿Qué es una Constitución?* Santafé de Bogotá, Colombia. Jenis.
- Marienhoff, M. (1966). *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II*. Ediciones Glem S.A. Buenos Aires.
- Marín, H. (2007). *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá. Ediciones Universidad Externado de Colombia.
- Martínez, E. (2007). *La planeación urbanística. Manifestación del ejercicio de una potestad administrativa discrecional*. Ediciones UIS. Bucaramanga.
- Mestre, J. (2007). *La discrecionalidad para acusar: aspectos generales relacionados con el principio de oportunidad*. Bogotá. Universidad Javeriana.
- Montaña, A. (2010). *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Bogotá. Ediciones Universidad Externado de Colombia.

- Parejo, L. (1983). *Estado Social y Administración Pública*. Madrid. Civitas.
- Parejo, L. (1993). *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial a la luz de la discrecionalidad administrativa*. Madrid. Tecnos.
- Parejo, L. (2009). *El concepto del Derecho Administrativo*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- Prat, J. (S/F). *La discrecionalidad administrativa*. Bogotá. Biblioteca Universidad del Rosario.
- Ramón, T. (1991). *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Madrid. Civitas.
- Rentería, A. (2002). *Discrecionalidad Judicial y Responsabilidad*. México. Doctrina Jurídica Contemporánea.
- Rodríguez, J. (2009). *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- Sánchez, M. (1995). *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Tecnos. Madrid.
- Santamaría, J. (1994). *Principios de Derecho Administrativo*. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.
- Santofimio, J. (2007). *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio, J. (2007). *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- Sarmiento, D. (2004). *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- Sarria, C. (S/F). *La discrecionalidad*. Bogotá. Biblioteca Universidad del Rosario.
- Sosa, F. (Coord.) (2000). *El Derecho Administrativo en el umbral del Siglo XXI. Tomo I*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- Sosa, F. (Coord.) (2000). *El Derecho Administrativo en el umbral del Siglo XXI. Tomo II*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- Tobón, C. (2010). *La discrecionalidad administrativa y el principio de autonomía de la voluntad en la contratación estatal*. Bogotá. Ediciones Universidad Externado de Colombia.
- Vedel, G. (1980). *Derecho Administrativo*. Madrid. Editorial Aguilar.
- Vega, G. (1984). *La discrecionalidad administrativa*. Trabajo de grado. Bogotá. Universidad Javeriana
- Waline, M. (1930). *Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel*. Paris. En Revue de droit public et de la science politique.
- Zanobini, G. (1954). *Curso de Derecho Administrativo. Parte General. Tomo I*. Arayu. Buenos Aires.