

EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA¹

Juan José Montoya Bedoya²

RESUMEN. La discrecionalidad administrativa fue entendida como una facultad donde el juez no podía controlar a la Administración. Sin embargo, actualmente es necesario este control para evitar que se caiga en excesos como la arbitrariedad, ya que la libertad que le concede la potestad discrecional siempre debe estar direccionada a la consecución de los fines que contienen las normas que la autorizan. Estudiar el control de la discrecionalidad equivale a dilucidar los fundamentos que tiene la jurisdicción para fiscalizar los actos administrativos que se expidan en ejercicio de potestades discrecionales, incluso cuando tengan elementos técnicos o juicios de oportunidad y conveniencia. Lo cual resulta interesante porque es totalmente válido sostener que todos los actos administrativos, independientemente de que su contenido sea mayormente discrecional, podrán ser controlados por el juez de lo contencioso administrativo.

Introducción

La discrecionalidad analizada en relación con los actos administrativos lleva a concluir que no sería del todo correcto afirmar la existencia de actos totalmente discrecionales, más bien podría sostenerse que la potestad discrecional configura algunos elementos del acto³. Es normal, entonces, que los actos administrativos en su mayoría se compongan tanto de elementos reglados como discrecionales. Esta última potestad se hace necesaria debido a la imposibilidad que tiene el legislador de predeterminar todas las conductas posibles de la Administración y condensarlas en leyes. Es allí donde la libertad de actuación aparece ante «normas incompletas»⁴.

Este texto se centrará en el estudio del control sobre la discrecionalidad, entendiéndola esta, de acuerdo con Díaz Díez, como: «[...] un momento previo de valoración de las circunstancias por parte de la autoridad; una fase psicológica que

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 14 de diciembre de 2024, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del Grupo de Estudio de Derecho Público adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del profesor Juan David Montoya Penagos, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA –que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo– sino también para el beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es: El acto administrativo, dirigida por el Profesor–Investigador Principal Fabián Marín Cortés.

² Auxiliar de investigación del Grupo de Estudio de Derecho Público, nivel I, adscrito al Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–.

³ DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés. La jurisdicción de lo contencioso administrativo. Medellín: Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA– y Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2013. p. 332.

⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Buenos Aires: Marcial Pons. 2009. pp. 177.

conduce a la emanación del acto, caracterizada por la estimación de la gama de posibilidades con que la administración dispone, como fruto de una competencia que le es atribuida por el ordenamiento para actuar en tal sentido»⁵. Es necesaria la existencia de esta discrecionalidad administrativa para que la Administración pueda realizar lo que el ordenamiento le encomienda, pero esta siempre tendrá límites ya que según Fernández:

«La ley puede y debe conceder a la Administración [...] tanta libertad como necesite para cumplir eficazmente sus complejas tareas, pero esa libertad, cualesquiera que sean los términos que la Ley convenga darla en cada caso, vendrá siempre condicionada, en una u otra medida, por el Derecho al que la Constitución somete plenamente la actuación administrativa»⁶.

Teniendo claro entonces que la discrecionalidad debe hacer parte del ordenamiento jurídico, si se pretende que la Administración pueda actuar con mayor eficacia, en el presente ensayo se resaltarán la importancia de que dicha discrecionalidad sea sometida a un control, principalmente para que no se caiga en las arbitrariedades. La estructura del texto será la siguiente: *i)* aproximación a lo que se entiende por control de la discrecionalidad administrativos; *ii)* justificación del control a esta discrecionalidad y, finalmente, *iii)* algunas técnicas que se encuentran en la doctrina para el control de la discrecionalidad administrativa.

1. Aproximación al control judicial de la discrecionalidad administrativa

La discrecionalidad administrativa, como es bien sabido, tiene su origen en el propio ordenamiento jurídico, por lo cual es totalmente válido que deba ejercerse siempre con el sentido que la norma le confiere. En ese orden de ideas, es apenas normal que dicha discrecionalidad pueda ser controlada. Tomás Ramón Fernández plantea frente a esto que «El poder administrativo en un Estado de Derecho es siempre, y más todavía el poder discrecional, un poder funcional, un poder obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para la que fue creado, a justificarse en su ejercicio y a justificar, también, su conformidad con la Ley y al Derecho, a los que está expresa y plenamente sometido por la Norma Fundamental»⁷.

Un motivo por el cual la libertad que concede la discrecionalidad a la Administración no es absoluta, es que las entidades por sí mismas no tienen voluntad –se les atribuye por una ficción jurídica– por lo cual no se puede pretender que haya un ejercicio pleno de esta libertad, tal como lo haría una persona natural.

⁵ DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés. Óp. Cit., p. 333.

⁶ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. De la arbitrariedad de la administración. 5ª ed. Navarra: Thompson Civitas, 2008. p. 90.

⁷ *Ibid.* p. 83.

Siempre los intereses con que actúan los órganos están determinados por la norma, y en la discrecionalidad deberá escogerse, entre las múltiples soluciones posibles, aquella que se adecúe más a la satisfacción de los intereses que la norma o el ordenamiento le prescribe a la Administración en dicha potestad⁸.

El control de la discrecionalidad obedece, entonces, a la finalidad de fiscalizar que dichos fines expresados en las normas que la otorgan sean cumplidos. Cassagne señala que cierto sector de la doctrina cree que el control no basta o no sirve y que lo más adecuado sería reducir al máximo la discrecionalidad y así evitar en mayor medida la arbitrariedad. Sin embargo, esta lógica reduccionista de preferir disminuir la discrecionalidad terminaría por caer en una paradoja, ya que blindaría una pequeña parte de la discreción al control judicial – como se verá más adelante hay escenarios donde los autores creen que el juez no debe intervenir en las decisiones administrativas–. Cassagne lo expresa de la siguiente manera:

«[...] pareciera que cuando se achica el campo de lo que antes se concebía como discrecional, aumenta el margen de control judicial y viceversa. Este fenómeno puede describirse como la paradoja de las reducciones, dado que, en algunas teorías o posiciones doctrinarias, la reducción del concepto responde a la idea de mantener inmunes al control jurisdiccional determinadas zonas de la actividad del Ejecutivo calificadas como actividad discrecional o privativa»⁹.

Dichas zonas, de acuerdo con el autor, son las concernientes a los aspectos técnicos o políticos del acto administrativo. Esta forma de entender el control de la discrecionalidad administrativa obedece a una concepción limitada del poder judicial, según la cual el juez solo podría controlar aspectos como los supuestos de hecho cuando haya un error manifiesto, y solo podría reducir la discrecionalidad con base en los principios generales del derecho¹⁰.

Por otro lado, Cassagne también expone otra concepción del control judicial de la discrecionalidad, aquella de carácter pleno: «La referida tesis afirma la plenitud del control judicial sobre los aspectos discrecionales de la actividad administrativa, reconociendo la posibilidad, incluso, que el juez la sustituya en caso de ser necesario para la protección de los derechos e intereses de las personas lesionadas»¹¹. Según este autor, hay dos formas posibles de entender el control judicial de la discrecionalidad, ambas ya referenciadas: limitada y plena.

En el siguiente acápite se desarrollará la justificación del control de la discrecionalidad, esto por mero interés académico, porque con lo expuesto hasta

⁸ *Ibid.* p. 85

⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. *Óp. Cit.*, pp. 174 – 175.

¹⁰ *Ibid.* p. 187.

¹¹ *Ibid.* p. 188.

ahora se deduce de manera clara la necesidad de dicho control. Antes de pasar al otro acápite se resalta que, en Colombia, retomando lo planteado por Díaz Díez, esta justificación es de carácter legal y está en el artículo 44 del CPACA que prescribe: «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». En virtud de esta norma, se entiende que allí se contemplan los límites con los cuales se controla la discrecionalidad administrativa¹².

2. Justificación del control a la discrecionalidad administrativa

En caso de no haber control a la discrecionalidad administrativa, es decir, de que los jueces no juzgaran esta potestad de la Administración, es apenas lógico pensar que habría un desequilibrio en la separación de poderes en favor del ejecutivo¹³. Esto sería así porque no habría ningún obstáculo para que la Administración expidiera actos arbitrarios que atentaran contra los derechos de los ciudadanos. Bajo esta lógica se plantea que no debe haber ningún acto que escape al control, es decir, no solo los discrecionales –objeto de estudio principal en este escrito– sino también los de naturaleza política¹⁴.

En este sentido, es necesario el control de la discrecionalidad para garantizar la tutela efectiva de los derechos e intereses individuales y colectivos. Sin embargo, señala Cassagne, para aquellos que no validan el control de la discrecionalidad aducen, como razón, que dificulta o impide la realización de los fines económicos y sociales que persigue la Administración y que benefician a los ciudadanos¹⁵. Este argumento se considera bastante débil porque, justamente, muchos de los principios y normas que contemplan los ordenamientos jurídicos y que se usan para controlar la discrecionalidad son para buscar el bienestar de sus administrados, e incluso también para alcanzar estos fines económicos y sociales. Vale la pena señalar que el control de la discrecionalidad administrativa no se agota solo en lo relacionado a los actos administrativos, sino que, en virtud de la salvaguarda de la tutela judicial efectiva y de principios como la separación de poderes, los jueces pueden enjuiciar otra manifestación del ejercicio de la función administrativa, como los contratos¹⁶.

Es interesante destacar también que en estas mismas normas que son el límite para el ejercicio de la discrecionalidad administrativa también se encuentra el límite para el ejercicio del control judicial, pues el juez no debe excederse en sus

¹² DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés. Óp. Cit., p. 330.

¹³ CASSAGNE, Juan Carlos. Óp. Cit., p. 180

¹⁴ *Ibid.* p. 180.

¹⁵ *Ibid.* p. 175.

¹⁶ *Ibid.* p. 191.

fundamentos para juzgar a la Administración. Fernández lo expone así: «Siempre que la decisión en causa sea susceptible de una crítica concluyente en nombre del Derecho, el juez deberá anular dicha decisión, pues en el ejercicio de su función jurisdiccional sólo le está vedada la arbitrariedad, el juicio que no tenga otro apoyo que su propia voluntad o su mero capricho»¹⁷. En sentido similar Díaz Díez plantea que «El juez se encuentra autorizado para decidir sobre los límites de la discrecionalidad administrativa, a través de una interpretación del ordenamiento jurídico en su conjunto»¹⁸.

Es claro entonces que cuando se realiza este control también se hace de acuerdo a los parámetros que el ordenamiento otorga, por lo cual se está cumpliendo con una tarea encomendada a la jurisdicción. Díaz Díez expone que «De esta manera, es claro que cuando el juez contencioso administrativo inspecciona la correcta utilización de las potestades discrecionales no sustituye a la administración en el ejercicio de una tarea que le es exclusiva, sino que cumple su papel de guardián del orden jurídico objetivo y de los derechos e intereses subjetivos»¹⁹.

Un aspecto interesante en este punto es que la discrecionalidad cuando se basa en aspectos netamente técnicos sigue siendo objeto de control, es decir, que el hecho de tomar criterios distintos a los jurídicos para la expedición del acto administrativo no hace que se pierda la fiscalización por parte del juez. Frente a esto, Díaz Díez plantea que «[...] la posibilidad de tomar una decisión discrecional, con fundamento en conocimientos técnicos, no justifica que se excluya del control jurisdiccional, porque incluso allí el juez puede verificar que el acto sea aceptable técnicamente, esto es, acorde con los patrones científicos o de experiencia que tenga a su alcance»²⁰.

Por otro lado, en términos generales, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido pacífica en aceptar el control judicial de la discrecionalidad, no solo de aquella que se ampara en criterios técnicos, sino de toda esta potestad en general. A manera de ejemplo se cita una providencia donde desarrolla, justamente, el sometimiento de la discrecionalidad al ordenamiento jurídico:

«En este punto, recuerda la Sala que la discrecionalidad corresponde a una potestad de valoración emanada de la ley y conferida por ella, que faculta a la administración a tomar una definición dentro de un amplio margen de maniobra; es decir, autoriza a definir si algo debe o no hacerse, siempre con referencia al marco normativo de la potestad que gobierna la materia. La simpleza de esta descripción, que se proyecta en

¹⁷ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Óp. Cit.*, p. 89.

¹⁸ DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés. *Óp. Cit.*, p. 341.

¹⁹ *Ibid.* p. 341.

²⁰ *Ibid.* p. 375.

diferentes escalas, no ignora que el actuar de la administración está sometido al ordenamiento jurídico –expresión del principio de legalidad que es llenado de contenido a través de reglas y principios– que, en nada se opone al íntimo relacionamiento entre las diversas disciplinas que confluyen por determinación normativa, en el proceso de formación de la decisión administrativa»²¹.

Además, en otra providencia esta misma corporación señala que los valores jurídicos que direccionan el ordenamiento no deben verse transgredidos por el ejercicio de la libertad que se concede con la potestad discrecional:

«El control de la discrecionalidad no implica, sin embargo, una negación del ámbito propio de los poderes de mando y de la iniciativa conformadora del poder público, sino que, más sencillamente, trata de imponer a sus decisiones el respeto por los valores jurídicos sustanciales, cuya transgresión no integra sus funciones, ni la requieren tampoco sus responsabilidades, ni puede justificarse en ningún margen de libertad, que no es posible admitir ante el ordenamiento jurídico que proclama esos valores»²².

Otro aspecto interesante que vale la pena resaltar es la posibilidad de que este control judicial de la discrecionalidad permita al juez reemplazar la decisión de la Administración. Este problema se abordará de manera breve, ya que un análisis pormenorizado del asunto desbordaría el objetivo del presente ensayo. Se mencionarán entonces dos posturas generales, una que no contempla la posibilidad de que el juez reemplace la decisión y otra que entiende esta posibilidad como incorporada dentro de su control de la discrecionalidad.

Un primer autor que es partidario de limitar al juez y sostener que no puede reemplazar la decisión de la Administración es Sánchez Morón, para quien el control jurídico no puede confundirse con otro tipo de controles de distinta índole:

«Lo que ocurre es que el control jurídico no puede, amparándose de manera abstracta en estos principios, confundir su propia función con ningún tipo de fiscalización técnica, política o de oportunidad sobre lo que conviene al interés público. Por eso, el límite jurídico general aplicable a la valoración de los elementos de hecho de la decisión solo puede ser el error manifiesto cometido por la Administración en esa valoración»²³.

²¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 27 de agosto de 2021. Rad. 25000-23-36-000-2015-00995-01(58.927). C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

²² CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Sentencia del 3 de noviembre de 1995. Rad. 1.443. C.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

²³ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995. p. 135.

En sentido similar, García de Enterría plantea que el juez no puede sustituir la Administración cuando esta ejerce la libertad que le otorga la potestad discrecional: «Es en esa libertad última de decisión, en vista de lo singular y de lo concreto, en donde radica la responsabilidad del poder político, responsabilidad de que el juez está exento y que nunca puede pretender sustituir»²⁴. Otro autor que en apariencia rechazaría esta posibilidad es Fernández. Sin embargo, el mismo sostiene la necesidad de que la situación jurídica alterada por el acto sea restablecida, siendo esto posible a través de la misma sentencia proferida por el juez: «Lo que no ofrece duda es que la situación jurídica alterada por el acto disconforme con el ordenamiento jurídico debe ser en todo caso restablecida, bien directamente por la propia sentencia si el juzgador cuenta con elementos suficientes para ello [...] bien indirectamente sentando en la propia sentencia las bases para su ulterior ejecución»²⁵. Es posible proponer que si mediante la sentencia se busca restablecer una situación jurídica previa al acto esto implica de por sí una decisión nueva que se basa en retrotraer la primera.

En un punto intermedio se situaría Cassagne, debido a que sostiene que el juez puede remplazar las decisiones de la Administración en casos excepcionales donde no haya otra solución posible y sea la única opción:

«Y aunque no ejercen las funciones que competen a la Administración pueden, excepcionalmente, sustituir sus decisiones, cuando sea imprescindible para la realización de la justicia, en supuestos en los que no exista otra posibilidad de realizarla o sea la única solución válida, sin perjuicio de las medidas cautelares que tiendan a proteger los derechos de los particulares durante el pleito o con independencia del proceso principal, para realizar la tutela urgente y de manera efectiva de los derechos individuales o colectivos [...]»²⁶.

Finalmente, Díaz Díez defiende la posibilidad de que el juez remplace a la Administración cuando este, tratándose de discrecionalidad técnica, tenga razones de mayor envergadura que permitan dejar sin peso el paradigma previo:

«Como sucede en la ciencia, cuando un nuevo paradigma se impone, el juez puede encontrar razones técnicas que venzan las que ha utilizado la administración, sin que por ello pueda afirmarse que menoscaba la separación del poder público, pues al desempeñar un control jurídico, se encuentra habilitado para encontrar mecanismos de protección del interés general, categoría jurídica por excelencia»²⁷.

²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1989. p. 48-49.

²⁵ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Óp. Cit., p. 94.

²⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. Óp. Cit., p. 175.

²⁷ DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés. Óp. Cit., p. 375.

Por otra parte, Díaz Díez plantea que la discrecionalidad que se basa en la oportunidad o conveniencia también puede ser enjuiciada, no llegando al punto de afirmar que la jurisdicción remplace el acto, pero sí juzgando criterios que antes se entendían vedados. Esto era así porque juzgar las apreciaciones de los gobernantes por parte de los jueces podría tomarse como una usurpación de la posición constitucional que corresponde a los gobernantes, como representantes del pueblo²⁸. Sin embargo, este autor sostiene que en la actualidad no habría fundamento para impedir un control absoluto sobre la discrecionalidad:

«No existe a nivel constitucional una norma que impida a la judicatura detenerse en el examen de la oportunidad o mérito de las decisiones tomadas como producto de la discrecionalidad. Y ello es así, porque mal habría obrado el constituyente creando este obstáculo al control jurisdiccional, luego de consagrar en Colombia la cláusula de Estado social de derecho y de enaltecer el interés general, estableciéndolo como una categoría jurídica que guiaría el ejercicio de la función administrativa, pues si hubiese sustraído la oportunidad y la conveniencia del examen de jurisdicción habría incurrido en una insalvable contradicción»²⁹.

Incluso el autor va más allá en su tesis al afirmar que en los artículos 1³⁰ y 2³¹ de la Constitución se establecen como fines generales del Estado la prevalencia del interés general, la prosperidad general y el bien común, por ello el juez, velando por estos principios, puede juzgar la oportunidad y conveniencia de los actos administrativos expedidos en ejercicio de potestades discrecionales. Es decir, que no solo no hay norma que prohíba el control de la oportunidad y la conveniencia, sino que en virtud de los artículos citados el juez tendría la facultad para controlarlas³².

En relación con la posibilidad de que el juez pueda reemplazar esta potestad discrecional la jurisprudencia del Consejo de Estado, al menos cuando se trata de la figura de control inmediato de legalidad, ha sido reacia a aceptar que sea viable:

²⁸ *Ibid.* p. 376.

²⁹ *Ibid.* p. 384-385.

³⁰ «Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la *prevalencia del interés general*».

³¹ «Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la *prosperidad general* y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo».

³² DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés. *Op. Cit.*, p. 384.

«Con todo, el control inmediato de legalidad, como cualquier otra competencia judicial, tiene límite en la ley (art. 230 CN). De allí que la confrontación del acto con el ordenamiento que le sirve de sustento no puede extenderse a otras materias, por ejemplo, a reemplazar la legítima discrecionalidad administrativa -que en un estado de excepción está limitada por los postulados de necesidad, finalidad, proporcionalidad, conexidad y debida motivación de las decisiones- por una inconstitucional “discrecionalidad judicial”»³³.

Finalmente se dará paso al último acápite de este texto donde se pretende mencionar las técnicas propuestas por la doctrina para el control de la discrecionalidad. Esto con el fin de no solo quedarse con la justificación teórica de la misma, sino de mostrar cómo se propone que deba realizarse este control.

3. Técnicas de control de discrecionalidad

Se mencionarán las siete técnicas propuestas por Díaz Díez para el control jurisdiccional de la discrecionalidad: «(i) a partir de los elementos reglados del acto, (ii) la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados, (iii) la comprobación de los hechos determinantes de la decisión, (iv) el test de proporcionalidad o razonabilidad, (v) los principios generales del derecho, en especial el de interdicción de la arbitrariedad, (vi) la exigencia de motivación de la medida y (vii) la verificación de respeto de los derechos e intereses de los administrados»³⁴.

La primera técnica es abordada también por García de Enterría y Fernández como la primera gran reducción del dogma de la discrecionalidad, planteado que opera de la siguiente manera:

«[...] en todo acto discrecional hay elementos reglados suficientes como para no justificarse de ninguna manera una abdicación total del control sobre los mismos (existencia y extensión de la potestad, competencia del órgano, formas y procedimientos, fin, tiempo, fondo parcialmente reglado -en general o en relación a una situación jurídica concreta-, etc.). El control de estos elementos reglados permite, pues, un primer control externo de la regularidad del ejercicio de la potestad discrecional»³⁵.

³³ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala Veintiséis Especial de Decisión. Sentencia del 26 de marzo de 2021. Rad. 11001-03-15-000-2020-01463-00(CA). C.P. Guillermo Sánchez Luque. En igual sentido: CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala Veinticuatro Especial de Decisión. Sentencia del 2 de julio de 2021. Rad. 11001-03-15-000-2020-04467-00 (CA) (ACUMULADO 11001-03-15-000-2020-04468-00). C.P. Guillermo Sánchez Luque.

³⁴ DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés. *Op. Cit.*, p. 342.

³⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de derecho administrativo I*. 20ª ed. Madrid: Civitas, 2022. p. 657.

La segunda técnica, que se centra en los conceptos jurídicos indeterminados, es estudiada por García de Enterría que propone: «Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su clasificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no hay buena fe en el negocio, o el sujeto se ha comportado como un buen padre de familia o no [...]»³⁶. La tercera técnica, relacionada con la comprobación de los hechos determinantes de la decisión, es abordada por García de Enterría y Fernández, quienes sostienen:

«Esta facultad en orden a la práctica de cualquier clase de pruebas hace perfectamente viable un control pleno de la exactitud de los hechos determinantes de la decisión y, a través de él, del correcto uso de los poderes discrecionales de la Administración, que, cualquiera que sea su efectivo alcance, sólo pueden operar cuando se producen las concretas circunstancias de hecho previstas en la norma que atribuye tales poderes»³⁷.

La cuarta técnica, asociada al test de proporcionalidad o razonabilidad, es definida por Díaz Díez de la siguiente manera: «En términos amplios, la razonabilidad o proporcionalidad se refiere al carácter lógico de la decisión que ha sido consecuencia de la discrecionalidad administrativa, concibiéndola como un acto sensato, prudente o moderado de la autoridad, opuesto a una solución vehemente o exagerada»³⁸. Por su parte, la quinta técnica se centra en el control a partir de los principios generales del derecho. García de Enterría propone frente a esta forma de intervención de la discrecionalidad que:

«Los principios generales del Derecho son, como bien se sabe, una condensación, a la vez, de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el substratum mismo del Ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica [...] Pues bien, hay que afirmar que la Administración está sometida no sólo a la Ley, sino también a los principios generales del Derecho, y ello por una razón elemental, porque la Administración no es un señor del Derecho, como pretende serlo, aunque siempre será parcialmente, el legislador»³⁹.

La sexta técnica se basa en el control de la discrecionalidad de los actos administrativos a partir del requisito de motivación, frente a esto Fernández argumenta: «La motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay una motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio en un Estado de Derecho en el que no hay

³⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Óp. Cit., p. 35.

³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Óp. Cit. p. 663

³⁸ DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés. Óp. Cit., p. 354.

³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Óp. Cit., p. 43.

margen, por principio, para el poder puramente personal»⁴⁰. En sentido similar el Consejo de Estado ha planteado que la motivación es un requisito de actos de carácter discrecional, como aquellos en los cuales se retira a alguien de un cargo que ocupa en provisionalidad⁴¹.

Finalmente, frente a la séptima técnica, que basa el control en la verificación de los derechos e intereses de los administrados, Díaz Díez sostiene que la persona termina siendo el centro de la actuación pública, y que la discrecionalidad no debe chocar con los derechos que el ordenamiento le otorga:

«En efecto, al estar la administración sometida a la ley y al ordenamiento (principio de legalidad), los actos que expida deben adecuarse a los postulados objetivos que regulan su forma de actuación, y deben guardar, también, armonía con el contenido de los derechos que el sistema jurídico consagra a favor de los administrados. [...] la persona, tanto en su esfera individual como social, es el centro de la actuación pública [...]»⁴².

A manera de conclusión se puede plantear que sería adecuado el uso de estas técnicas de forma integral, ya que algunas por sí solas no garantizarían que se controle la discreción. Un ejemplo sería utilizar únicamente la primera, segunda y tercera técnica, pues en ese caso es válido argumentar que solo se quedaría en un control de los elementos reglados del acto administrativo. Por lo anterior la propuesta sería un uso sistemático a la hora de pretender el control de la discrecionalidad administrativa con todas las posibilidades descritas.

Bibliografía

Doctrina

CASSAGNE, Juan Carlos. El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Buenos Aires: Marcial Pons. 2009. 239 p

DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés. La jurisdicción de lo contencioso administrativo. Medellín: Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA– y Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2013. 530 p.

FERNÁNEZ, Tomás Ramón. De la arbitrariedad de la administración. 5ª ed. Navarra: Thompson Civitas, 2008. 262 p.

⁴⁰ FERNÁNEZ, Tomás Ramón. Óp. Cit., p. 94.

⁴¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 9 de julio de 2021. Rad. 11001-03-26-000-2013-00005-00(45.988). C.P. Alberto Montaña Plata.

⁴² DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés. Óp. Cit., p. 354.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1989. 99 p.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de derecho administrativo I. 20ª ed. Madrid: Civitas, 2022. 1160 p.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Editorial Tecnos, 1995. 167 p.

Jurisprudencia

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 27 de agosto de 2021. Rad. 25000-23-36-000-2015-00995-01(58.927). C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 9 de julio de 2021. Rad. 11001-03-26-000-2013-00005-00(45.988). C.P. Alberto Montaña Plata.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala Veinticuatro Especial de Decisión. Sentencia del 2 de julio de 2021. Rad. 11001-03-15-000-2020-04467-00 (CA) (ACUMULADO 11001-03-15-000-2020-04468-00). C.P. Guillermo Sánchez Luque.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala Veintiséis Especial de Decisión. Sentencia del 26 de marzo de 2021. Rad. 11001-03-15-000-2020-01463-00(CA). C.P. Guillermo Sánchez Luque.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Sentencia del 3 de noviembre de 1995. Rad. 1.443. C.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

