

## LA DISCRECIONALIDAD EN LA ESTRUCTURA NORMATIVA: ¿DÓNDE SE UBICA?<sup>1</sup>

Juan José Montoya Bedoya<sup>2</sup>

**RESUMEN.** La potestad discrecional es entendida como la posibilidad de decisión y acción con que cuenta la Administración cuando el ordenamiento jurídico no ha regulado por completo su ejercicio en un aspecto determinado. Toda potestad discrecional debe provenir de una norma que la autorice e incluso la limite. Es entonces válido preguntarse dónde se localiza la discrecionalidad en la estructura de dicha norma. El presente texto propone indagar a partir de este interrogante si la discrecionalidad se halla en el supuesto de hecho, en la consecuencia jurídica o en ambas. Incluso se plantea que la discrecionalidad no necesariamente se localiza en una única norma, sino que es necesario una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico para determinar de dónde proviene la facultad discrecional y qué tan amplia o reducida está en algunos casos.

### Introducción

El Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA– continúa con su investigación sobre el acto administrativo, en esta ocasión se centra en el acto discrecional. Se estudia la potestad de esta tipología de actos y especialmente se aborda la cuestión de dónde se localiza la discrecionalidad en la estructura normativa. Este tema ha sido analizado con bastante interés por la doctrina, quizá porque, en últimas, se trata de estudiar el fundamento del poder de la Administración en una de sus manifestaciones más plausibles. Incluso se debe tener en cuenta que los actos administrativos discrecionales, en el pasado, estaban exentos de control judicial, situación que en la actualidad no es así<sup>3</sup>.

En la potestad discrecional el ordenamiento jurídico solo predetermina o programa algunos elementos del ejercicio de la Administración pública, dándole un

---

<sup>1</sup> Este ensayo, escrito para la sesión del 30 de noviembre 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 Richard Ramírez Grisales, 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.

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

<sup>3</sup> ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 3a ed. Bogotá: Legis, 2021. p. 101.

margen de acción en los demás<sup>4</sup>. Se considera adecuado este margen porque en diversas situaciones se necesita usar criterios políticos y análisis de oportunidad y conveniencia en las distintas manifestaciones de la función administrativa<sup>5</sup>, incluyendo el acto administrativo que es el objeto de estudio de esta investigación.

En principio, se encuentran tres posibilidades para ubicar la discrecionalidad en la estructura normativa: en el supuesto de hecho, en la consecuencia jurídica y en ambas –supuesto de hecho y consecuencia jurídica–. El presente texto analizará todas, exponiendo los argumentos hallados en la doctrina. El orden del estudio sigue el desarrollo que ofrece Mariano Bacigalupo, y finaliza con una propuesta que se cree la más acertada. A raíz de lo anterior el texto se divide en: *i)* discrecionalidad en la consecuencia jurídica; *ii)* discrecionalidad en el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica; *iii)* discrecionalidad en el supuesto de hecho y *iv)* la discrecionalidad no se localiza en solo un enunciado normativo.

## 1. Discrecionalidad en la consecuencia jurídica

La posibilidad de ubicar la discrecionalidad tiene tres variantes: *i)* la norma ante un supuesto de hecho no prescribe de forma obligatoria su consecuencia jurídica; *ii)* la norma contiene varias consecuencias jurídicas y la elección es facultativa para la Administración y *iii)* puede suceder que la norma se agote en el simple supuesto de hecho y no prescriba ninguna consecuencia jurídica, allí quedaría, incluso, un margen mucho mayor de discrecionalidad<sup>6</sup>.

En todos estos casos la norma se entiende como condicional, ya que la elección de adoptar o no las consecuencias jurídicas es facultativa –con las particularidades de cada alternativa–. La discrecionalidad es tomada, entonces, como *margen de volición*, definido por Bacigalupo como la posibilidad de «[...] elegir entre la adopción o no de una consecuencia jurídica u otra en la aplicación de normas de estructura condicional que no obligan a adoptar la consecuencia jurídica por ella prevista o no predeterminan la consecuencia jurídica que deba o pueda adoptarse»<sup>7</sup>. En igual sentido, Hugo Marín Hernández divide la discrecionalidad en dos tipos, de actuación y de elección, y define ambas de la siguiente manera:

«Podrían identificarse, entonces, dos tipos de discrecionalidad: una discrecionalidad de actuación, consistente en la posibilidad de aplicar, facultativamente, no de forma preceptiva, la(s) consecuencia(s) jurídica(s)

---

<sup>4</sup> BACIGALUPO, Mariano. La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1997. p. 112.

<sup>5</sup> *Ibid.* p. 109.

<sup>6</sup> *Ibid.* p. 115.

<sup>7</sup> *Ibid.* p. 116.

prevista(s) por la norma habilitante, una vez se verifique la existencia de un caso subsumible en el supuesto de hecho; y una discrecionalidad de elección, si, en el mismo supuesto, la Administración opta por actuar y la norma prevé como posibles varias consecuencias jurídicas, alternativamente, o no predetermina ninguna, defiriendo dicha tarea a quien ejercita la facultad»<sup>8</sup>.

Siguiendo esta misma línea es necesario separar el ejercicio de la discrecionalidad administrativa y la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados. Estos últimos son tomados por Bacigalupo como actos cognitivos, que se interpretan mediante la teoría del margen de apreciación<sup>9</sup>. En sentido similar, García de Enterría y Fernández hacen referencia al alcance de esta última, en los siguientes términos: «[...] la Ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto»<sup>10</sup>. Se señala que lo más interesante en esta forma de ubicar la discrecionalidad es que no es posible evidenciarla en el supuesto de hecho, porque en este se excluye un ejercicio volitivo y se centra en un análisis cognitivo; Hugo Marín lo describe de la siguiente manera:

«Así pues, para la concepción que venimos exponiendo la discrecionalidad nunca puede operar en el ámbito del supuesto de hecho normativo, del cual pueden formar parte solamente conceptos jurídicos indeterminados que de suyo excluyen una posible apreciación discrecional, toda vez que su aplicación implica un simple proceso de subsunción, en un ámbito estrictamente cognitivo»<sup>11</sup>.

La discrecionalidad es entonces: «[...] una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración»<sup>12</sup>. Y se diferencia de manera clara de los conceptos jurídicos indeterminados, porque en estos: «[...] se trata de subsumir en una categoría legal [...] unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador [...]»<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. pp. 184-185

<sup>9</sup> BACIGALUPO, Op. Cit., p. 123.

<sup>10</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de derecho administrativo I*. 20a ed. Madrid: Civitas, 2022. p. 644.

<sup>11</sup> MARÍN HERNÁNDEZ, Op. Cit., p. 185.

<sup>12</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, Op. Cit., p. 646.

<sup>13</sup> *Ibid.* p. 647.

Esta forma de entender la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados genera cuestionamientos, porque si se adoptara determinada consecuencia jurídica se estaría influyendo de una u otra forma en el supuesto de hecho<sup>14</sup>. Se cree también que delimitar el significado que se considere más apropiado para la norma ante una situación fáctica particular, tiene a su vez relación directa con otros elementos del ordenamiento jurídico como serían: otras normas aplicables al caso, principios, valores e incluso también criterios de oportunidad y conveniencia. Es, entonces, bastante problemático pretender que la discrecionalidad solo se queda en la consecuencia jurídica, cuando la Administración para interpretar un concepto jurídico indeterminado puede elegir entre varios principios, valores e incluso debe tener presente otras normas aplicables al caso en cuestión.

En este acápite se analizará otra postura de dónde puede hallarse la discrecionalidad que no es, propiamente, una parte de las referenciadas: supuesto de hecho o consecuencia jurídica, sino en el elemento que una ambas, lo que comúnmente se denomina *elemento cópula*. Gabino Fraga plantea esta posibilidad: «Por lo general, de los términos mismos que use la ley podrá deducirse si ella concede a las autoridades una facultad discrecional. Así, normalmente, cuando la ley use términos que no sean imperativos sino permisivos o facultativos se estará frente al otorgamiento de un poder discrecional»<sup>15</sup>.

Según esta tesis, la discrecionalidad se encuentra cuando en el enunciado normativo se utilizan palabras como «podrá» o «elegirá». Mientras que será una potestad reglada si se emplean términos como «deberá» o «tendrá». Esta postura es demasiado problemática, bastarían dos ejemplos muy sencillos que la desvirtuarían. El primero sucede cuando a pesar de utilizar el término «deberá» la norma ofrece varias alternativas que no pueden realizarse en conjunto, allí es claro que pese a la palabra empleada la potestad es discrecional<sup>16</sup>. El segundo lo plantea Hugo Marín, citando a Eva Desdentado Daroca, ya que el uso de estos términos: «[...] simplemente constituyen un “indicio sobre la atribución o no de discrecionalidad a la Administración”, pues tan solo la interpretación de la norma en el contexto del sistema es lo que permite llegar a una respuesta concluyente a ese cuestionamiento»<sup>17</sup>. En el último ejemplo es totalmente factible que así se emplee la palabra «podrá» y esta sea seguida de varias posibilidades al interior de la misma norma, el análisis del caso concreto en relación con todo el ordenamiento

---

<sup>14</sup> MARÍN HERNÁNDEZ, Op. Cit., p. 188.

<sup>15</sup> FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. Ciudad de México: Editorial Porrúa S.A., 1985. p. 232.

<sup>16</sup> MARÍN HERNÁNDEZ, Op. Cit., p. 185.

<sup>17</sup> *Ibid.* p. 192.

lleve solo a una actuación que deba seguir la Administración, incluso obligatoriamente.

De esta manera se finaliza la primera posibilidad de que la discrecionalidad se encuentre en la consecuencia jurídica y en el *elemento cópula*, y se dieron razones para justificar por qué no es adecuado ubicar la discrecionalidad solo en estos componentes de la norma. Se da paso entonces a la siguiente posibilidad, que la localiza tanto en la consecuencia jurídica como en el supuesto de hecho.

## **2. Discrecionalidad en el supuesto de hecho y en la consecuencia jurídica**

Esta posibilidad es conocida dentro de la doctrina como «teoría unitaria o amplia de discrecionalidad»<sup>18</sup>. Lo principal de esta forma de ubicar la discrecionalidad en ambos componentes de la norma es la equiparación del margen de apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados con la discrecionalidad administrativa<sup>19</sup>. Incluso algunos autores plantean la posibilidad de asimilar uno y otro, ya que ambas figuras servirían para lo mismo. Eberhard Schmidt-Assmann se suscribe a esta tesis:

«La discrecionalidad administrativa no está limitada al ámbito de las consecuencias jurídicas de las normas, sino que puede estar residenciada asimismo en el supuesto de hecho de las mismas. De ahí que la discrecionalidad y el llamado margen de apreciación no constituyan dos figuras jurídicas férreamente separadas, pues tienen su origen tan sólo en la utilización por el legislador de distintas técnicas de formulación normativa, siendo intercambiables desde el punto de vista metodológico»<sup>20</sup>.

Al interior de esta teoría se encuentran variantes. Bacigalupo las desarrolla con base en la doctrina alemana. La primera, como ya se citó, es la total equiparación de los conceptos jurídicos indeterminados con la discrecionalidad; la segunda es la división de los conceptos jurídicos indeterminados que habilitan la discrecionalidad y aquellos que no<sup>21</sup>. En el caso de la segunda variante aquellos que habilitan la discrecionalidad reciben diversidad de nombres: conceptos de valor, conceptos normativos, entre otros. Bacigalupo, citando a Jellinek, sostiene que la discrecionalidad se presenta porque el ordenamiento jurídico pretende que estos conceptos sean indeterminados y, por ende, sea necesaria la interpretación<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> BACIGALUPO, Op. Cit., p. 161.

<sup>19</sup> *Ibid.* p. 163.

<sup>20</sup> SCHMIDT-ASSAMANN, Eberhard. La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 2003. pp. 220-221.

<sup>21</sup> BACIGALUPO, Op. Cit., pp. 163-165.

<sup>22</sup> *Ibid.* p. 164.

Sin embargo, destaca que Bacigalupo el punto débil de todas estas clasificaciones es el mismo: «[...] la falta de certeza de las propias premisas conceptuales en que se apoyan sus respectivas clasificaciones de los conceptos jurídicos indeterminados»<sup>23</sup>. Se analiza, entonces, la propuesta de Horst Ehmke, desarrollada por Bacigalupo con particular detenimiento. En esta tesis todos los conceptos jurídicos indeterminados habilitan la discrecionalidad de la Administración<sup>24</sup>. Ehmke propone tres argumentos para sostener que es imposible distinguir entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa. Cada argumento es debatido, y, si se quiere, vencido por Bacigalupo.

El primer argumento plantea que hay normas donde es imposible distinguir entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, más aún porque algunas no tienen supuesto de hecho. Bacigalupo contraría esta tesis sosteniendo que las normas que no contienen de manera expresa un supuesto de hecho son entendidas como «meras directrices», y que no es correcto afirmar que no tengan un supuesto fáctico, sino que este tiene un grado de determinación menor que si estuviese expreso en la disposición<sup>25</sup>.

El segundo argumento expone que limitar la discrecionalidad a la consecuencia jurídica quebraría la unidad de las normas, y cita un ejemplo de una disposición que habilita la discrecionalidad de la Administración y esta decida no adoptar las consecuencias jurídicas sin comprobar que el supuesto de hecho sea acorde al caso concreto. Bacigalupo rebate planteando que en dicho ejemplo – cuando la Administración decide no actuar sin siquiera subsumir el caso concreto al supuesto de hecho de forma previa– Ehmke termina por afirmar que incluso podría haber discrecionalidad por fuera del supuesto de hecho de la norma, justo lo contrario que quería plantear este autor<sup>26</sup>.

Finalmente, Ehmke plantea que hay normas donde el supuesto de hecho y la discrecionalidad para determinar las consecuencias jurídicas se encuentran *imbricados indisolublemente*. El autor ejemplifica esto con dos enunciados normativos que contienen el término «necesario», el primero prescribe que: «Siempre que se produzcan perturbaciones que así lo hagan *necesario*, la policía intervendrá», y el segundo: «en caso de perturbaciones la policía adoptará las medidas *necesarias*»<sup>27</sup> (resaltados en el texto original). Bacigalupo finaliza cuestionando este argumento porque se centra en entender la discrecionalidad de forma *reduccionista*, haciendo relación a que los conceptos son los habilitantes de

---

<sup>23</sup> *Ibid.* p. 167.

<sup>24</sup> *Ibid.* p. 169.

<sup>25</sup> *Ibid.* p. 170.

<sup>26</sup> *Ibid.* p. 170.

<sup>27</sup> *Ibid.* p. 171.

la discrecionalidad, lo cual es errado. El autor puntualiza que la discrecionalidad es concebida más como un *margen de volición*, entendiendo esta como la facultad que tiene la Administración para, a partir de la norma, adoptar o no las consecuencias jurídicas o elegir entre aquellas que la misma le ofrece<sup>28</sup>.

Así se concluye el análisis de la posibilidad de hallar la discrecionalidad en el supuesto de hecho y en la consecuencia jurídica de la norma, que no es la manera más adecuada de ubicarla, ya que implica equiparar lo entendido como *conceptos jurídicos indeterminados* con la *discrecionalidad administrativa*, algo que genera ciertas perplejidades. A continuación, se analizará la propuesta de ubicar la discrecionalidad en el elemento restante: el supuesto de hecho.

### 3. Discrecionalidad en el supuesto de hecho

Bacigalupo plantea en esta posibilidad que: «Esta teoría parte de la premisa de que lo que genuinamente genera discrecionalidad en la actuación administrativa es la inexistencia o la imperfección del supuesto de hecho de su norma habilitante (producto bien de la insuficiencia o imprecisión de criterios determinantes de la aplicación o no en cada caso de una consecuencia jurídica u otra)»<sup>29</sup>. La norma en este caso deja inacabado el supuesto de hecho adrede, para que la Administración acuda a la potestad discrecional. Luciano Parejo Alfonso desarrolla esta idea de la siguiente forma:

«El supuesto se traduce en que la Ley define ciertamente un supuesto de hecho, pero omite (bien por no disponerla o por disponer varias de forma alternativa) precisar la consecuencia jurídica que ha de seguirse de su actualización. En estos casos existe una remisión a la “discreción” de la Administración, una entrega a ésta de la definición de lo que sea Derecho en el caso concreto. La Administración pasa a tener un verdadero poder de configuración social, lo que se da especialmente en las materias en las que el legislador construye su régimen administrativo sobre la técnica de la planificación: el ejemplo por excelencia es la ordenación territorial y urbanística»<sup>30</sup>.

La premisa básica en esta tesis radica en que los supuestos de la norma se dejan inacabados para que la Administración pueda establecer en qué circunstancias específicas puede obrar. Bacigalupo lo plantea de esta forma: «De ahí que se conciba la discrecionalidad administrativa como habilitación a la Administración para completar (o incluso crear) en sede aplicativa el supuesto de

---

<sup>28</sup> *Ibid.* p. 171.

<sup>29</sup> *Ibid.* pp. 181-182.

<sup>30</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMENEZ BLANCO, Antonio & ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. Manual de Derecho Administrativo. Parte General. 5ª ed. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1998. p. 468.

hecho imperfecto (o inexistente) de una norma jurídico-administrativa»<sup>31</sup>. En igual sentido Laguna da Paz comparte que la discrecionalidad se ubica en el supuesto de hecho:

«Las normas que atribuyen potestades discrecionales, con frecuencia, utilizan conceptos jurídicos indeterminados en la definición del supuesto de hecho (Koppelungsvorschriften). En algunos casos, el supuesto de hecho está tan interrelacionado con las consecuencias jurídicas que su mera constatación elimina cualquier margen de decisión discrecional, ya que la potestad solo podrá ser ejercida en un sentido determinado. En este sentido, podríamos decir que la discrecionalidad se desplaza a la apreciación misma del supuesto de hecho»<sup>32</sup>.

La discrecionalidad en el supuesto de hecho no sería de aplicación restrictiva, no habría varias opciones válidas para que la Administración elija la que mejor le convenga, sino que le corresponde crear los criterios determinantes que justifiquen su actuación y pueda llegar a la consecuencia jurídica<sup>33</sup>. Se está ante dos operaciones consecutivas por parte de la Administración, la primera sería la concreción o adopción de los criterios que completan y determinan la aplicación de la norma, que es lo omitido por el legislador. Posteriormente se hace una subsunción bajo dichos criterios que la Administración estableció en relación con el caso, para consecutivamente pasar a los efectos jurídicos<sup>34</sup>.

Siguiendo esta lógica, el máximo ejercicio de potestad discrecional se halla en las normas que no tienen supuesto de hecho, aquellas solo otorgan la consecuencia jurídica y, por lo general, se asocian a la actividad planificadora de la Administración. Hugo Marín desarrolla esta idea así:

«La máxima discrecionalidad vendría conferida en las denominadas normas de programación final o por objetivos, es decir, aquellas que carecen de supuesto de hecho definido y mediante las cuales suele programarse la actividad conformadora y/o planificadora de la Administración (por oposición a las normas de programación condicional que autorizan discrecionalidad en la adopción de su consecuencia jurídica: “Si concurre el supuesto de hecho X, la Administración podrá adoptar la consecuencia jurídica Y ó Z”). La discrecionalidad no radicaría, entonces, en la elección de la consecuencia jurídica, sino en el establecimiento de los criterios que a la postre determinarán la aplicación –o inaplicación– de una u otra consecuencia jurídica»<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> BACIGALUPO, Op. Cit., p. 182.

<sup>32</sup> LAGUNA DE PAZ, José Carlos. Tratado de derecho administrativo. General y económico. 4a ed. Pamplona: Civitas, 2022. p. 555.

<sup>33</sup> BACIGALUPO, Op. Cit., p. 183.

<sup>34</sup> *Ibid.* p. 184.

<sup>35</sup> MARÍN HERNÁNDEZ, Op. Cit., pp. 199-200.

En esta posibilidad de ubicar la discrecionalidad tampoco habría lugar a la distinción entre la aplicación de *conceptos jurídicos indeterminados* y la *discrecionalidad*, ya que ambos casos terminan en el mismo escenario: la Administración debe completar el contenido inacabado de la norma que habilita la potestad discrecional<sup>36</sup>. Esta es la tesis por la cual se decantan tanto Bacigalupo como Hugo Marín, este último afirmando que:

«Nosotros creemos, con Bacigalupo, que es ésta la tesis más coherente y acertada entre las que explican la ubicación de la discrecionalidad en la estructura de la norma de Derecho administrativo que la habilita, pues tal como el referido autor aduce, además de su solidez desde el punto de vista lógico, es la única que se ajusta a las exigencias constitucionales en el sentido de que la actuación administrativa debe siempre responder a criterios objetivos [...]»<sup>37</sup>.

Este mismo autor plantea que es una contradicción insalvable que la discrecionalidad administrativa deba ejercerse siempre con base en criterios objetivos, y que al mismo tiempo jamás se refleje en el supuesto de hecho. Se considera como un acto arbitrario que se elija la consecuencia jurídica de forma discrecional sin completar o adecuar el supuesto de hecho<sup>38</sup>. En este punto surgen dudas, ya que habría muchos casos donde se termine por aceptar que la discrecionalidad se ubicaría, entonces, en ambos componentes de la norma, vale la pena preguntarse: ¿qué pasa si después que la Administración determina de manera clara el supuesto de hecho, la norma ofrece varias consecuencias jurídicas? ¿Eso es discrecionalidad o qué fenómeno jurídico sería?, en caso de afirmar que se sigue en presencia de discrecionalidad, se termina por validar que esta se ubica tanto en el supuesto de hecho como en la consecuencia jurídica.

Finalmente, se da paso al último acápite de este texto donde se aborda la forma más adecuada de ubicar la discrecionalidad en la estructura normativa, a criterio de quien escribe este ensayo. Esta tesis será apoyada también en doctrina, exponiendo la manera más adecuada de analizar estos conceptos y no circunscribiéndose a alguna de las teorías desarrolladas.

#### **4. La discrecionalidad no se localiza únicamente solo en un enunciado normativo**

Esto retomaría lo planteado por Hugo Marín cuando citaba a Eva Desdentado Daroca, porque más que un análisis riguroso de una norma para ubicar en cuál de sus partes se halla la discrecionalidad, se requiere una interpretación sistemática de todo el ordenamiento jurídico en relación con el caso puntual. El mismo autor

<sup>36</sup> BACIGALUPO, Op. Cit., p. 188.

<sup>37</sup> MARÍN HERNÁNDEZ, Op. Cit., p. 201.

<sup>38</sup> *Ibid.* p. 202.

lo plantea así: «Sin embargo, precisábamos que lo más importante a efecto de establecer si determinada potestad administrativa es discrecional o reglada, más allá de las palabras utilizadas por la Ley, es la densidad de la regulación previa que ella efectúa de la actuación administrativa de que se trate, así como los principios jurídicos aplicables al caso concreto»<sup>39</sup>. En este orden de ideas, los principios también juegan un papel relevante a la hora de delimitar la discrecionalidad, entendiendo la sumisión de la Administración al derecho mismo. Sánchez Morón desarrolla esta idea en los siguientes términos: «Puesto que la Administración no sólo está sometida a la ley, sino también al Derecho, este último límite está presente incluso en aquellos casos en que la ley y otras normas escritas apenas delimitan, condicionan o restringen la discrecionalidad de la Administración. Por consiguiente, cualquier decisión discrecional no es lícita si vulnera algún principio general del Derecho»<sup>40</sup>.

Finalmente se cita a Juan Francisco Linares, quien resume la idea central de este acápite, ya que no bastaría un análisis de un texto normativo aislado para determinar en un caso concreto si hay ejercicio de una potestad discrecional o no por parte de la Administración:

«La atribución reglada y la discrecional no derivan de un texto legal aislado, sino de la totalidad del orden jurídico. Por eso no basta para calificarla de tal una sola disposición legal positiva que regule la atribución de modo directo. Es necesario tomar también en cuenta los textos que la determinen de modo indirecto, como son, por ejemplo, los que, en vez de referirse directamente a la competencia de actuación en sentido lato de un órgano administrativo, se refieren a la libertad jurídica del administrado, como facultado o interesado legítimo y libre de toda regulación, o de cierta regulación, que la interfiera»<sup>41</sup>.

Se concluye acogiendo esta posibilidad de ubicar la discrecionalidad no únicamente en una disposición normativa, sino hallándola en una interpretación sistemática dentro del ordenamiento jurídico. Esto se justifica en que, si bien puede haber discrecionalidad en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica, incluso en ambos, esta no se agota allí, sino que puede ser otorgada por otras normas distintas a la aplicada para analizar un caso puntal.

## Referencias

### Doctrina

---

<sup>39</sup> *Ibid.* p. 194.

<sup>40</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho Administrativo. Parte General. 6a ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2010. p. 100.

<sup>41</sup> LINARES, Juan Francisco. Derecho administrativo. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2000. p. 182.

ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. 3a ed. Bogotá: Legis S.A., 2021. 532 p.

BACIGALUPO, Mariano. La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1997. 338 p.

FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. Ciudad de México: Editorial Porrúa S.A., 1985. 506 p.

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

MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. 1047 p.

PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMENEZ BLANCO, Antonio & ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. Manual de Derecho Administrativo. Parte General. 5a ed. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1998. 999 p.

LAGUNA DA PAZ, José Carlos. Tratado de derecho administrativo. General y económico. 4a ed. Pamplona: Civitas, 2022. 2624 p.

LINARES, Juan Francisco. Derecho administrativo. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2000. 564 p.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho Administrativo. Parte General. 6a ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2010. 942 p.

SCHMIDT-ASSAMANN, Eberhard. La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales, S. A., 2003. 475 p.