



ALCANCES Y LÍMITES DEL CONTROL JUDICIAL DE DECISIONES ADMINISTRATIVAS ADOPTADAS EN EJERCICIO DE FACULTADES DISCRECIONALES

Uriel Ángel Pérez Márquez¹

Correspondencia: Pérez – Márquez, Uriel en: uriel.perez@curvirtual.edu.co

CvIac

http://201.234.78.173:8081/cvIac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001007564

RESUMEN

La discrecionalidad de que está dotada la administración para la toma de decisiones dentro del marco de sus competencias puede ser controlada por el juez de lo contencioso administrativo o por el constitucional. Con la elaboración de este artículo se pretende mostrar cuando es plausible jurídicamente que el Juez de lo Contencioso Administrativo o el Juez popular anulen y/o dejen sin efectos las decisiones que adopta la Administración en materia de planificación urbanística o de fijación de prioridades para la ejecución del gasto público, o, sustituyan las decisiones adoptadas por la Administración en los referidos ámbitos de actividad. En el desarrollo de este documento se recurrió a la consulta bibliográfica y el análisis de textos y artículos de revistas relacionados con el tema, en bibliotecas e Internet.

Los principales resultados están asociados con la descripción de la influencia del lenguaje en las decisiones jurídicas y el análisis de aspectos fundamentales como la discrecionalidad como atributo de la función judicial y la discrecionalidad administrativa desde la óptica judicial. La conclusión a la cual se llega en este trabajo establece que en ambos casos la respuesta debe ser afirmativa por varias razones desde el punto de vista doctrinal y a nivel jurisprudencial.

¹ Abogado. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo. Candidato a Magister en Derecho Administrativo (Universidad Externado de Colombia). Docente Programa de Derecho de la Corporación Universitaria Rafael Núñez.

Palabras Claves

Discrecionalidad, ponderación, control judicial, lenguaje.

ABSTRACT

The discretion of the administration which is provided for decision-making within the framework of its powers can be controlled by the court of administrative litigation or the Constitution. In producing this paper is to show when it is legally plausible that the Administrative Judge or the Judge popular cancel and / or leave without effect the decisions taken by the Administration in urban planning or setting priorities for implementation public spending, or substitute the decisions taken by the Administration in the aforementioned fields of activity. In developing this document was used to query bibliographic and analysis of texts and journal articles on the topic, in libraries and the Internet.

The main results are associated with the description of the influence of language in legal decisions and analysis of key issues such as discretion as an attribute of the judicial and administrative discretion from the judicial perspective. The conclusion which is reached in this work establishes that in both cases the answer must be yes for several reasons> from the standpoint of doctrinal and jurisprudential level.

Keywords

Language. Discretion, weighting, judicial review,

INTRODUCCIÓN

El estudio del poder de fiscalización que tiene el juez sobre las decisiones que toma la administración en el ejercicio de las facultades discrecionales de las que está dotada, implica elaborar una aproximación a temas que tocan muy de cerca la Filosofía del Derecho y de la Argumentación Jurídica, tales como la obvia

relación que existe entre el Derecho y el lenguaje (I), lo mismo que el papel que desempeña el juez en los sistemas jurídicos occidentales modernos (II), al establecer que efectivamente existe una fuerte tutela judicial a todos los actos que, en general, pudieran llegar a significar una violación a los postulados constitucionales. En este sentido, con una aproximación crítica a los límites que el mismo juez ha trazado a su labor de control y fiscalización de la actuación administrativa, enmarcada en los actuales intentos de sistematización que se han hecho acerca de la aplicación del juicio de proporcionalidad y el test de ponderación para delimitar el alcance que dicho control puede tener en el ordenamiento jurídico nacional² (III).

Es importante aclarar que en esta ocasión no se cuestionara de manera frontal el ejercicio de funciones discrecionales de la administración, por sobrepasar la pretensión epistemológica aquí establecida.

Esta estructura que se enuncia va permitir proponer una respuesta a los principales interrogantes que constituyen el eje central de este artículo. Desde esta perspectiva las preguntas son, ¿resulta jurídicamente plausible que el Juez de lo Contencioso Administrativo o el Juez popular ANULEN y/o DEJEN SIN EFECTOS las decisiones que adopta la Administración en materia de planificación urbanística o de fijación de prioridades para la ejecución del gasto público?, ¿resulta jurídicamente plausible que el Juez de lo Contencioso Administrativo o el popular SUSTITUYAN las decisiones adoptadas por la Administración en los referidos ámbitos de actividad?

MATERIALES Y MÉTODOS

² En este aspecto se hace referencia principalmente al test de ponderación desarrollado por Robert Alexy, adecuado al contexto por autores como Bernal Pulido y estudiado por otros autores como Hugo Marín Hernández, y que ha sido aplicado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en variadas ocasiones.

El apoyo fundamental en la elaboración de este artículo fue la consulta y análisis bibliográficos a los temas relacionados con los objetivos centrales. Una vez consultada la información en textos y artículos de revistas, se hizo la selección de la más pertinente al tema, se elaboraron reseñas y fichas documentales.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

1. DERECHO Y LENGUAJE

Indudablemente, la capacidad que tiene la Administración para adoptar medidas de manera discrecional y la que tiene el juez de controlar estas decisiones, devienen en un primer nivel de la relación o mejor, de la identidad que tiene el Derecho y el Lenguaje³.

Esto es así porque precisamente del nivel de indeterminación que tiene el lenguaje jurídico es que surge la necesidad de adecuación o contextualización que debe hacer la administración o cualquier operador jurídico. Es decir, la textura abierta de las normas, sobre todo las constitucionales, son las que permiten a la Administración moverse con cierta soltura en aras a satisfacer el “interés general”.

Definitivamente el Derecho es un mundo independiente, y si partimos del presupuesto conceptual que predica que el mundo es lenguaje⁴, le corresponde al jurista dotar de vida o de cuerpo ese “mundo” concreto que es el Derecho. Ahora bien, es prolija la literatura filosófica que determina los niveles de la realidad que

³ Para esta reflexión en torno al derecho y lenguaje el autor de este artículo se apoyó en lo desarrollado por Arthur Kaufmann en su obra *Filosofía del Derecho*, 2ª. Ed. (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999), p.p. 223 y ss.

⁴ Sobre este aspecto se pronuncia Kaufmann de diversas maneras: “El derecho se produce a través del lenguaje...”; “el lenguaje es la expresión misma de la persona, es el origen del espíritu humano y de su personalidad; sólo a partir del poder hablar comienza el hombre, en sentido propio y profundo, a ser hombre... a través del medio del lenguaje se apodera el hombre del mundo y se apodera de su prójimo (...), se apodera también de sí mismo, se construye “su mundo”. Op Cit. p 228.

también aplican al Derecho. Se espera que el Derecho sea la correspondencia entre el mundo del deber ser y el ser⁵.

Como bien lo expone Marín (2007), el jurista siempre está en la permanente lucha por tratar de encontrar el equilibrio entre la estabilidad y la flexibilidad de las normas:

Todo lo hasta aquí dicho en torno a esa tensión entre estabilidad – o rigidez- y flexibilidad en el sistema jurídico, tiene gran relevancia de cara al funcionamiento del Estado constitucional que está basado, por lo menos en línea de principio, en la concepción de acuerdo con la cual quien elabora y profiere normas de alcance general y contenido abstracto son las cámaras legislativas, representativas de la soberanía y la voluntad de la colectividad. De esta manera, cuando en una sociedad es cada vez más frecuente la promulgación de disposiciones sumamente amplias, que concedan tal margen de interpretación o maniobra a quienes han de aplicarlas que las haga adaptables a las cambiantes circunstancias que regulan, lo que inevitablemente se produce es un desplazamiento del acento del poder hacia los órganos encargados de llevar a cabo esa aplicación de la ley.

Lo que se ha transcrito en este documento, que apunta hacia la justificación en particular de la facultad discrecional de la administración, ya se venía desarrollando de manera más genérica en el marco de las teorías de la argumentación y de la lógica jurídica.

Desde una visión lógica, el ser humano usa las palabras también para designar conceptos que elabora en su mente. Estos no son más que expresiones mentales abstractas que nacen de una serie de ideas de objetos que tienen

⁵ Esto es lo que Kaufmann llama Bidimensionalidad del lenguaje. Habla de un lenguaje corriente y de un lenguaje ideal. De igual manera se puede consultar el Informe final de investigación titulada “Análisis Crítico sobre la coherencia del Derecho en la Función Judicial” del Grupo de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena.

elementos comunes que permiten ser agrupados, por ejemplo la palabra “casa” indica una vivienda concreta (idea de casa); pero como concepto se refiere a todos los tipos de vivienda que puedan existir. Lo anterior está indicando que en el plano conceptual todos los lenguajes son vagos porque la obligación consiste en precisar los conceptos cuando son comunicados y las palabras casi siempre se presentan ambiguas⁶.

La vaguedad se refiere al nivel de amplitud que tienen las palabras (no sobra decir que esto aplica en la estructura formal del lenguaje normativo, por su pretensión de universalidad); por ejemplo, al usar la expresión “casa”, se encuentra con la presencia de un concepto *vago*, puesto que esta noción admite muchas acepciones, como se ha dicho en las líneas precedentes, que deberán ser usadas a partir del caso concreto en que se emplee. De otra parte, la *ambigüedad* se refiere a la posibilidad de más de un significado completamente válido en su utilización. Esta se puede presentar en palabras homófonas u homónimas; por ejemplo, la palabra inglesa “*nail*” que goza de esta doble caracterización, se escriben igual y suenan igual, pero significa dos cosas diferentes (clavo-uña)⁷.

La lógica también enseña que los conceptos tienen dos elementos: la extensión y la comprensión. El primero designa el conjunto de objetos a los cuales se le puede aplicar el concepto; y el segundo designa a sujetos específicos susceptibles de ser cobijados por el concepto. Obsérvese que la extensión y la comprensión están enfrentadas, a mayor extensión menor comprensión y viceversa. Retomando el concepto de “casa”, enunciado así, se dice que se refiere a todo tipo de vivienda. Se ha de asegurar que tiene extensión total y comprensión nula; para precisarlo se debe disminuir esa extensión y aumentar la comprensión, es decir, su precisión conceptual, por medio de adherirle características; por

⁶ Sobre este punto se puede ver el texto de Alf Ross, desarrollado en el capítulo IV de su obra cumbre *Sobre el Derecho y la Justicia*, llamado “El método jurídico” (interpretación).

⁷ Para mayor ilustración sobre el lenguaje y derecho – derecho y argumentación, consultar a Manuel Atienza en su obra, *Derecho y Argumentación* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No 6); también a Hart en *El concepto del Derecho* (México: Editora Nacional, 1980), entre otros.

ejemplo, cuando se habla de “casas de concreto” se ha aumentado la comprensión y disminuido la extensión. La característica de “concreto” indica que las casas son de otro material – madera, por decir algo- y se les está excluyendo; si a esa característica se le añade “que sean de una planta”, se sigue ganando en precisión (comprensión) pero se está restringiendo su campo de aplicación (extensión). Así se podría seguir hasta detallar una sola casa en particular, de modo tal que se está ante un concepto que solo cabe aplicarse a un solo objeto (total comprensión – nula extensión) (Mercado, 2002).

Las características del lenguaje están demasiado presentes en el lenguaje jurídico, sobre todo en el lenguaje normativo, a partir del cual se entiende la relevancia que adquiere el papel de otros operadores jurídicos diferentes al legislativo, como el Ejecutivo y el Judicial, quienes son en la práctica los encargados de adecuar el *deber ser* jurídico con el *ser* social, de convertir ese lenguaje *ideal* en lenguaje *corriente*, de armonizar la *estabilidad* y la *flexibilidad* de las normas.

Con esto en claro, ahora se pasa a revisar cómo esta facultad discrecional, en el contexto del Estado Social de Derecho, está fuertemente relacionada con la actividad del juez, como garante de la protección de los derechos fundamentales de los asociados.

2. LA DISCRECIONALIDAD COMO ATRIBUTO DE LA FUNCION JUDICIAL

Hasta este momento se ha demostrado que el Derecho, por ser actividad lingüística requiere de un permanente proceso de adecuación e interpretación por parte del operador jurídico. En este proceso de interpretación está presente de manera inequívoca un amplio margen de discrecionalidad al momento de elegir de

entre las posibles opciones argumentativas la que mejor solucione el conflicto social o situación particular que se esté ventilando.

Esta labor, en el Estado Social de Derecho está, en primer lugar, en cabeza del Juez por ser este un portador de la visión institucional⁸ del Estado. Además, siempre que una norma del ordenamiento jurídico presente conflictos en su aplicación o interpretación deberá ser el juez, como guardián de la Constitución, quien finalmente dictamine el contenido y el alcance de dicho enunciado normativo. Es de resaltar que esto no opera para todas las normas, porque existen casos que no presentan ningún grado de dificultad, los llamados “casos fáciles”⁹, en los cuales se logra llevar al “auditorio”, parafraseando a Perleman, a un alto nivel de convencimiento.

Muy a pesar que para el autor de este artículo es claro que la labor del juez demanda discrecionalidad – que no arbitrariedad- no se puede soslayar que este aspecto ha sido motivo de acuciosas discusiones de tipo doctrinal. Es más, esta discusión está en el seno mismo del permanente proceso de cambio que ha atravesado la Teoría del Derecho desde la segunda postguerra¹⁰. Dentro de los dos grandes tipos de doctrinas donde se puede circunscribir el debate sobre la discrecionalidad judicial, se encuentra los que la niegan y por otra parte, los que la aceptan¹¹.

Dentro del primer grupo o vertiente doctrinal, es decir, los que niegan la existencia de la discrecionalidad en la decisión judicial, afirma García Amado, están la Exégesis francesa y la Jurisprudencia de Conceptos alemana, lo mismo que las teorías que defienden la teoría de la única respuesta correcta, a partir de

⁸ Ver sentencia T-406 de 1992.

⁹ Este concepto se utiliza en el sentido que le da Hart en su obra el Concepto del Derecho.

¹⁰ El modelo positivista cae en una fuerte crisis dado que la sujeción ciega a las normas no evitó, sino todo lo contrario, sirvió incluso de base epistemológica para legitimar las nefastas actuaciones y vejaciones perpetradas por el régimen nazi.

¹¹ Esta caracterización se ha tomado de la distinción hecha por Juan Antonio García Amado en el artículo intitolado “¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? Publicado en la edición No. 35 Correspondiente al período de Julio-Diciembre de 2006, de la Revista Isegoría. p.p 151-172.

la integración entre derecho y moral. El formalismo puro de la decisión judicial profesado por la Exégesis y la jurisprudencia de Conceptos, tiene su claro origen en aspectos de tipo histórico y sociológico que por razones metodológicas, no serán abordados con profundidad en este artículo¹². Pero sí se debe anotar que el papel instrumental del juez para estas vertientes, deviene de los atributos cuasi divinos que le atribuyen al ordenamiento jurídico: No necesita ser interpretado ni adecuado debido a que es *Completo, Coherente y Claro*¹³. Con estas características, el papel del juez y, no solo de él, sino de cualquier operador jurídico es absolutamente secundario. Se puede decir con Kaufmann (1999), si se trasladasen esas teorías a los tiempos actuales, que un computador bien podría ser un honorable juez.

Como es obvio, estas características del sistema jurídico (plenitud, coherencia y claridad) profesadas por este primer grupo no encontraron asidero alguno en la realidad de la aplicación del Derecho. Sin embargo, en tiempos recientes surgieron unas nuevas tesis que siguen negando la discrecionalidad judicial a fuerza de desdoblar el orden normativo, empezando por la Constitución, en la medida que hacen distinción entre varios niveles en las normas. Un nivel superficial (que viene dado por las normas positivizadas) y un nivel profundo (donde reposa el aspecto axiológico de las mismas). Estas ideas han sido defendidas, entre otras, por las vertientes conocidas como Jurisprudencia de Valores y algunos neoconstitucionalistas¹⁴.

Importante es resaltar de estos postulados, que pueden ser considerados iusnaturalistas racionales para el fin que persigue en este acápite, estriba en dejar

¹² Es comprensible que en la Francia posrevolucionaria se tratara de evitar al máximo cualquier tipo de actuación que emanara directamente de la figura del gobernante. Sólo la ley, el tenor literal de la ley, podía garantizar la "seguridad" de un régimen normativo donde fuera imposible retornar a modelos despotas y tiránicos de gobierno. De esta suerte que la rotunda negación de discrecionalidad también aplicaba a la función judicial.

¹³ Al respecto, recomendamos ver la mordaz crítica que hace Von Ihering a este modelo de sistema jurídico en su texto "*El cielo de los conceptos jurídicos. Fantasía*" en *Jurisprudencia: En broma y en serio*. Madrid. Revista de Derecho Privado, 2000, pp 249-316.

¹⁴ Dentro de este último grupo se puede ubicar al mismo Gustav Zabrevelsky (Ver su obra *el Derecho Dúctil*).

en claro que el único capaz de desentrañar el verdadero sentido axiológico de la norma, en su nivel más profundo es el juez; personaje que para estas doctrinas debe estar dotado de unas virtudes y poderes que bien describe Dworkin (1994) al llamarlo “juez Hércules”. Entonces, para que quede claro, no tiene el juez la opción de escoger entre varias posibles respuestas acertadas la que más que convenga al interés general, sino la misión de encontrar La respuesta correcta que subyace en la norma misma, en ese nivel profundo, que abriga la llamada moral social, los valores y principios imperantes en un modelo de sociedad que trasciende y a la vez permea el sistema jurídico.

Dentro del grupo que sostiene o defiende la existencia de discrecionalidad judicial se encuentran posturas radicales y moderadas – ¡qué original!- cuyos planteamientos centrales se pasan a describir, con el objeto de dejar en claro que definitivamente siempre habrá un margen de escogencia en el fallador.

Por considerar que estas posturas son explicadas con suficiente claridad y brevedad, se toma textualmente parte de lo expresado por el antes citado García Amado (2006, p. 168):

Entre las corrientes del pensamiento jurídico que han mantenido que la discrecionalidad judicial existe y es inevitable, podemos diferenciar una radical y una moderada. La primera, representada por numerosos autores del realismo jurídico y, más recientemente, por algunos de los adscritos al movimiento Critical Legal Studies, afirma que dicha discrecionalidad es total y absoluta, que todo lo que hace el juez lo hace siempre y por definición a su libre albur y que la cosa no tiene posibilidad de limitación ni arreglo. La segunda corriente, moderada, tiene su mejor ejemplo en el positivismo jurídico del siglo XX, paradigmáticamente representado por Hart, y mantiene que el ejercicio de discrecionalidad es constitutivo de la labor

judicial, pero que dicha discrecionalidad puede y debe ser limitada, y lo es de hecho...

De manera, pues, que el juez para el adecuado desarrollo de su función de garante y protector del ordenamiento jurídico cuenta – y no puede ser de otra forma- con un poder de decisión que de uno u otro modo termina siendo discrecional.

3. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA ANALIZADA DESDE LA ÓPTICA JUDICIAL

Tal como se había anunciado en la introducción, se parte del presupuesto que la administración goza de unos poderes discrecionales para el cumplimiento de sus funciones misionales, principalmente en aquellos temas que tienen que ver con la consecución de los fines que inspiran su existencia; o en palabras de Beltrán, citado por Marín (2007), “la discusión no es entre discrecionalidad sí y discrecionalidad no, sino hasta dónde puede constitucionalmente llegar y cómo se articula su control judicial”.

Una de las manifestaciones más evidentes del poder discrecional que tiene el juez – en sintonía con lo desarrollado en las líneas precedentes-, se encuentra precisamente en la manera en que él mismo ha venido estableciendo unos límites para su actividad fiscalizadora del proceder de la administración, a partir de la aplicación de la ponderación en los casos concretos.

Es necesario hacer un barrido lo más sucinto posible por la jurisprudencia nacional para poder acercarse a la aplicación práctica de todo este entramado teórico objeto de este artículo. Pero antes es menester recordar las posiciones doctrinales que se encuentran vigentes, a la luz del derecho español, siguiendo lo presentado por Marín en el artículo de la referencia anterior.

Básicamente son dos posturas que en últimas tienden más a acercarse que a ser contradictorias. De un lado están quienes sostienen que el juez sólo puede ejercer un control negativo, esto es, decirle a la administración que la medida que tomó es violatoria del ordenamiento jurídico para que ésta adopte los correctivos que sean necesarios. De otra parte, se tienen a quienes defienden la posibilidad del juez de “enderezar” las actuaciones erradas de la administración o de ejercer un control positivo, con el fin de proteger el interés general. Estas tesis se aproximan en la medida en que no son radicales ni defendibles de manera *apriorística*. Es decir, el alcance del control judicial, finalmente deberá determinarse en cada caso concreto, a partir del cual se define hasta qué punto puede y, sobre todo, debe el juez tomar los correctivos a que haya lugar.

El tratamiento que la jurisprudencia le ha dado al tema en Colombia es el que a continuación se describe:

En la sentencia T-406 de 1992 se percibe que el juez constitucional imparte unas órdenes muy puntuales a la administración, consistentes en la elaboración de un alcantarillado a una comunidad que ve vulnerados algunos de sus derechos constitucionales, entre ellos, el derecho a la salubridad pública. Aquí se ejerce a claras luces un control positivo bastante intenso, dicho sea de paso.

En la sentencia AP 289 de 2001, que versa sobre la necesidad de mejorar las condiciones de acueducto y alcantarillado de una comunidad, el Consejo de Estado se limita a ejercer un control negativo o restringido, en la medida en que sólo ordena que se tomen las medidas necesarias y en un tiempo perentorio para mejorar las condiciones de prestación del servicio. Esto lo hace sin dar órdenes puntuales sobre lo que debe hacer y cómo lo debe hacer. En este fallo hay algunas cosas dignas de resaltar.

En primer lugar es importante el papel que juegan los conceptos técnicos y científicos que son aportados como pruebas por la entidad demanda; la juez respeta las decisiones que la administración ha tomado en materia de planeación y de ejecución presupuestal aunque con ello no quede resuelto el conflicto de manera definitiva¹⁵.

El otro punto que resulta llamativo en este pronunciamiento es el relacionado con la utilización del juicio de ponderación, aunque fuera de manera precaria y tímida, por parte del fallador para reconocer que se deben confrontar y sopesar los principios constitucionales en conflicto a efectos de ubicar la solución más correcta.

Otro fallo que vale la pena revisar es el AP-166 de 2001. En este caso la posición del juez es un poco ecléctica en el sentido que hace uso de los dos modelos anteriores de control (positivo y negativo) puesto que ordena que se suspenda una obra (construcción de un estadio en una zona de riesgo volcánico y sin las respectivas licencias ambientales), pero no dice cómo debe hacerse y dónde. Lo mismo que respeta el manejo presupuestal que el municipio hace.

Como dato relevante en esta sentencia se destaca la exigencia que hace el juez a la administración de ponderar sus decisiones. No se limita esta vez a realizar el ejercicio de encontrar el principio que más peso tenga, sino que plantea que esta operación la ejecute la administración antes de tomar decisiones donde se puedan presentar colisión de principios, que para el caso concreto eran el de seguridad pública de un lado, y el de desarrollo económico del otro.

En la Sentencia AP- 708 de 2005, la cual condensa y sistematiza de manera clara y profunda la visión y posición del Consejo de Estado en materia de control de las

¹⁵ En este sentido del respeto a la discrecionalidad técnica, debidamente justificada de la administración, se puede citar las sentencias T-418 del 4 de Octubre de 1993, T-587 del 20 de Octubre de 1998, entre otras.

facultades discrecionales de la administración, dentro de los problemas jurídicos que se debaten merecen especial atención los siguientes:

¿Hasta dónde se extienden las facultades del juez de la acción popular al dictar órdenes de hacer o de no hacer a la administración demandada, en el caso concreto?

¿Posibilitaban los principios jurídicos, derechos o intereses implicados en el sub lite, así como el material probatorio obrante en el expediente, proferir las concretas órdenes impartidas por el Tribunal Administrativo del Quindío en el fallo de primera instancia?

Como elemento contundente para dar respuesta a los problemas jurídicos planteados el juez tiene en cuenta el material probatorio de carácter técnico que se allega al proceso. A partir de esos argumentos se elabora el test de ponderación, a efectos de llegar a la decisión más ajustada a los preceptos legales y constitucionales y al interés general.

Luego de hacer un recuento por las diferentes posturas antes descritas, el Consejo de Estado pasa a establecer las siguientes reglas para fijar los límites del control judicial, las cuales por su relevancia, se transcriben en este texto de la siguiente manera:

1. En los casos en los que el tribunal concluya que la decisión administrativa no es ponderada, debe proceder a declarar su invalidez.

- 1.1. Si, adicionalmente, como resultado de la actividad probatoria desplegada a lo largo del proceso y de las normas y/o principios jurídicos aplicables al caso, el juez puede también concluir que existe solamente una alternativa de solución conforme con el ordenamiento jurídico y con las

exigencias de la «ley de la ponderación»¹⁶, puede —y debe— imponer esa única decisión ponderada.

1.2. Si, en cambio, tras concluir que la solución por la que ha optado la administración no es ponderada, igualmente advierte que existen varias posibles soluciones satisfactorias de acuerdo con los postulados de la ponderación, no puede el juez sustituir con una de ellas la determinación administrativa previa, como quiera que la formulación del criterio de decisión correspondiente es del resorte de la administración.

2. Si la decisión administrativa enjuiciada respeta las exigencias de la ponderación, aunque pudieran identificarse en el proceso judicial otras soluciones ponderadas, tampoco corresponde al juez sustituir la opción elegida por la administración.

3. El control judicial que apunta a establecer si la administración ha elegido o no una alternativa ponderada, cuando ejercita facultades discrecionales, parte de la previa atribución de valor o peso a los diferentes valores, derechos o intereses contrapuestos en el caso concreto. El *quid* de la cuestión radica en que no siempre —de hecho son escasas las ocasiones en que así ocurre— el ordenamiento se ocupa de prefijar esos criterios de jerarquización, con lo cual el establecimiento de los mismos queda deferido a la instancia aplicativa, esto es, a la administración que ejerce las facultades discrecionales correspondientes, eligiendo los criterios objetivos con base en los cuales optará entre las diferentes alternativas de que dispone (Marín, 2005, p. p. 450-451).

¹⁶ Cuanto mayor sea el grado de detrimento del principio que ha de retroceder, mayor ha de ser la importancia del cumplimiento o satisfacción del principio que prevalece.

Con lo desarrollado hasta este punto, han quedado debidamente resueltos los interrogantes planteados en la parte inicial del artículo. Sin embargo, es de suma importancia a manera de conclusión precisar algunos aspectos pendientes.

CONCLUSIONES

La respuesta debe ser afirmativa, a la luz de todo lo desarrollado. Es afirmativa por varias razones. Desde un punto de vista doctrinal, se ha visto en lo expresado por Marín en su trabajo que la discusión sobre si el juez solo anula o si también puede sustituir a la administración pasa de un lado a otro, dependiendo siempre del análisis que se haga del caso concreto. Lo desarrollado a nivel jurisprudencial en Colombia no dista mucho de estos mismos planteamientos, con el aditamento que se ha tratado de crear una suerte de reglas que permitan continuar adelante con el proceso de sistematización sobre la materia.

A partir de aquí surgen varias cuestiones que tienen connotación crítica y que lejos de pretender cerrar tan acalorada discusión, pretenden dejar algunas inquietudes abiertas.

Es innegable que el “ideal” pretendido es lograr la reducción a cero de la discrecionalidad en temas que revisten especial relevancia para el interés general. Esto permitiría estar cada vez más cerca de una verdadera división de poderes donde el juez no tenga necesidad de entrar en los predios de las funciones que legítimamente, desde el punto de vista legal y democrático, le corresponden al ejecutivo. Se propone que en principio el ejecutivo tenga la última palabra y que el juez sea respetuoso de ese margen de libertad (como se hizo en la sentencia AP-708).

Sin embargo, se ha tratado en este artículo demostrar que la naturaleza del Derecho y del ordenamiento jurídico es demasiado cambiante, por ser lenguaje y por pretender regular relaciones que son *per se* conflictivas, donde siempre hay intereses de igual jerarquía en constante fricción.

De ahí la importancia mayúscula que hoy tiene todo este desarrollo teórico en torno al juicio o test de ponderación y el principio de proporcionalidad, no sólo en cabeza del juez, sino y especialmente para la administración.

No se puede dejar de reconocer que, pese a estos esfuerzos de sistematización, se sigue frente a una situación donde la discrecionalidad judicial y su labor de ponderación tienen más “peso material” o fuerza que lo hecho en sede administrativa. Para corroborar esto basta con recordar una vez más que el límite que tiene el juez en el ordenamiento jurídico colombiano para controlar las decisiones discrecionales de la administración es impuesto por él mismo. Ahora bien, no quiere esto decir que el juez puede obrar con un desconocimiento abrupto de las facultades administrativas o puede desconocer el principio de interdicción de la arbitrariedad, al que por supuesto también se encuentra sujeto.

Se seguirá insistiendo en que el juez, en un Estado Social de Derecho está llamado a dotar de contenido y alcance los preceptos constitucionales, que como se ha planteado, son de textura abierta.

BIBLIOGRAFÍA

Atienza, M. *Derecho y Argumentación*. En: Revista Universidad Externado de Colombia no. 6. .

Bernal, C. (2005). *El Derecho de los Derechos*. Bogotá; Universidad Externado de Colombia.

Dworkin, R. (1994). *Los Derechos en Serio*. Trad./ Marta Gustavino. Barcelona; Ariel.

García Amado, J. A. (2006). *¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?* En: Isegoría No. 35 (Julio-Diciembre 2006); p. 151-172.

Hart, H. (1980). *El concepto del Derecho*. Trad./ G Carrió. México: Editora Nacional.

Kaufmann, A. (1999). *Filosofía del derecho*. 2^a. Ed. Bogotá: Externado de Colombia.

Mercado, D. et.al. *Análisis crítico sobre la coherencia del derecho en la función judicial*. Cartagena: Universidad de Cartagena.

Mercado, D. (2002). *La Interpretación en el Derecho*. Revista Jurídica N° 15.

Marín, H., H. A. (2007). *Discrecionalidad Administrativa*. Bogota. Universidad Externado de Colombia. .

Marín Hernández, H. A. (2005). *Tratamiento de la discrecionalidad administrativa en la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa colombiana*, Tesis doctoral sustentada en la Universidad Carlos III de Madrid, dirigida por PAREJO ALFONSO, Luciano, Madrid, junio de 2005

Perleman, Ch. (1997) *El imperio Retórico*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.

Ross, A. *Sobre el Derecho y la Justicia*, llamado “El método jurídico” (interpretación).

Von Ihering (2000). *El cielo de los conceptos jurídicos. Fantasía*. En: *Jurisprudencia: En broma y en serio*. Madrid. Revista de Derecho Privado, 2000,

Zagrevelsky, G. (1995). *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta