

Capítulo 14

Discrecionalidad. Ludismo, anacronismo y nomocracia en el poder público neoconstitucional¹⁴⁰.

Alex Rodrigo Coll

<https://orcid.org/0000-0001-8238-6944>

Introducción

La discrecionalidad administrativa es una figura originada en el derecho administrativo clásico. A través de ésta, la Administración Pública se investía de atribuciones omnímodas, abstraídas por completo de cualquier clase de control o injerencia por parte de agentes de poder extraños a la misma (Berrocal, 2001, p.103; Requena, 1996, p.p. 89 y 90). Se trataba de una serie de atribuciones emuladas de los anteriores regímenes totalitarios y absolutistas que aún persisten.

En contraste, el actual e imperante Estado Social y Constitucional de Derecho y de Derechos, abocado desde un enfoque neoconstitucional, actúa como una efigie hermenéutica, normativa y limitativa del ordenamiento jurídico y del poder público. Éste, el modelo estatal, exige actuaciones que viabilicen el

¹⁴⁰ Artículo producto del trabajo de investigación denominado “La discrecionalidad administrativa en materia laboral, disertaciones en torno a una facultad ludita, anacrónica y nomocrática. Una mirada neoconstitucional”, realizado como trabajo de grado de la Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Público. Universidad Santiago de Cali, 2016.

cumplimiento de los cometidos esenciales y que redunden en el interés general. Por ello, el problema, en la investigación originaria del presente escrito, se formuló con el cuestionamiento siguiente: ¿Cuáles son las características que deben tener la existencia, el otorgamiento, ejercicio y control de las potestades denominadas discrecionales en materia laboral administrativa, desde una concepción neoconstitucional?

Para responder a este interrogante se plantearon tres objetivos específicos: i) Estudiar crítica y propositivamente las teorías acerca de las potestades discrecionales de la Administración Pública en materia laboral y su evolución en el Estado Social de Derecho y de Derechos; ii) Proponer criterios teóricos para la existencia, otorgamiento y ejercicio de la discrecionalidad administrativa en materia laboral y; iii) Comparar sintéticamente los pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado respecto de la discrecionalidad administrativa en materia laboral.

El presente artículo parte de un recuento analítico del surgimiento de la discrecionalidad administrativa en Francia en el periodo posterior a la revolución, no sin antes detenerse en una definición tentada de discrecionalidad y de función administrativa, apoyadas en autores como Cassagne, Cosculluela, Penagos, García de Enterría y Fernández, entre otros. La referencia principal es a los aspectos políticos que le dieron surgimiento a la discrecionalidad como “Caballo de Troya” de la Administración pública en el Estado de Derecho (Parejo, 2012, p. 277). También se abordan otras efigies teóricas a través de las cuales el Ejecutivo se sumerge funcionalmente en los ámbitos reservados al Judicial. La evolución de la teoría del Derecho Administrativo clásico al moderno, identifica la descoordinación de la discrecionalidad administrativa con la evolución del Estado de Derecho a Estado Social de Derecho y de Derechos, donde el neoconstitucionalismo es vital para la fundamentación teórica y aplicativa de las potestades de las autoridades públicas.

Se realizó una investigación socio-jurídica en la cual se describe crítica y propositivamente la facultad discrecional y su debida aplicación, apoyada en el método de *lege ferenda* para propo-

ner límites a observar desde su denominación normativa hasta los criterios de existencia, otorgamiento, ejercicio y control. Se trata de una investigación con componentes problemáticos de justicia y de eficacia desde el objeto de estudio.

Se partió desde el pensamiento de autores como Zagrebelsky, Ferrajoli y Comandwucci principalmente, que a partir de un enfoque neoconstitucional, estudian y proponen al derecho como un producto social con contenido contextual, programático-evolutivo y obviamente regulatorio. Que tiene la finalidad de prever problemas futuros desde el valor de la dinámica social y la observación de los fenómenos históricos que amenazan o conculcan los preceptos del modelo antes dicho y que para el presente trabajo, se relacionan directamente con la moralidad de la actividad pública y los derechos de los coasociados. Para seleccionar las fuentes teóricas en el ámbito del Derecho Administrativo, se consultaron los autores más representativos en el estudio de la discrecionalidad administrativa en los contextos de mayor influencia de este tópico, como los españoles Cosculluela Montaner, García de Enterría y Fernández, el argentino Cassagne, el estadounidense Dworkin y el colombiano Penagos, entre otros.

Anamnesis de la actividad administrativa

La teoría clásica del Derecho Administrativo

La teoría clásica del Derecho Administrativo¹⁴¹, consolidada en la Francia de la pos-revolución (Cassagne 2013; Gordillo, 2013; Parejo, 2007), y acompañada de teorías del Derecho germano¹⁴² (Mayer, 1949), contribuyeron a instituir en el Derecho Administrativo, un molde Estado-céntrico, atiborrado de formas y sustancias

¹⁴¹ Véase: Gordillo (2003). También, Parejo (2007).

¹⁴² La teoría de Mayer (1949), sostiene que la voluntad que expresa la Administración Pública en un acto administrativo es producto de la voluntad subjetiva del funcionario facultado para expedir el acto. Es así porque la voluntad de la institución que es abstracción, se refleja en el querer y el actuar del servidor, que es concreción y que bajo la teoría de la ejecutoriedad, cobra valor de sentencia judicial; pues se declara lo que es derecho en cada caso concreto que aborda (p.126).

nocivas para los cambios estructurales que se estaban presentando en el reacomodo institucional. Bocanegra (2005), ha considerado como “antropomorfismo inaceptable” (pp. 44, 59 y nota 52), a la tendencia paradigmática clásica, que sintetiza la voluntad del actuar administrativo como una consecuencia del querer subjetivo del servidor y no del poder de heterodeterminación que posee el orden jurídico y la filosofía del modelo estatal, respecto del querer y del curso de acción, que deben adoptar las autoridades en el continuo ejercicio de sus potestades, especialmente las que se denominan discrecionales.

La autonomía de las ramas del poder público, la discrecionalidad de la actividad administrativa, las decisiones políticas o de gobierno y el control contencioso administrativo, sobresalen entre las efigies jurídico-políticas, imprecisas y deletéreas, que se nutren de una férrea oposición a las transiciones por parte del legislativo y del gobierno de la ley que practican algunos extremos de la Administración Pública, con la connivencia indiferente del Judicial –falta de activismo y reacción–. Las efigies jurídicas que se nombran, en sus formas más inicuas, se sostuvieron en modelos teóricos como la justicia retenida y la justicia delegada.

Justicia retenida y justicia delegada

En la Francia de la posrevolución, el temor de los nuevos gobernantes a que la función del juez les limitara la gobernabilidad, incentivó a que a través de la ley se estableciera la actividad administrativa como un ámbito exento del control judicial –discrecionalidad–. El Consejo de Estado como órgano de la Administración Pública, con su carácter meramente consultivo, era el encargado de proyectar las decisiones que el Ejecutivo adoptaría para dirimir las controversias jurídicas del Estado. La decisión final quedaba, siempre, en cabeza del órgano mayor de la Administración. Función judicial ejercida por el jefe del Ejecutivo –justicia retenida–.

Lo acertado de las decisiones del Consejo, dieron tranquilidad al Ejecutivo, que cada vez las revisaba menos y terminaron por ser inmodificables, adquiriendo así el Consejo de Estado, total inde-

pendencia decisoria sobre las cuestiones atinentes a las relaciones jurídicas de la Administración. Función judicial de titularidad del Ejecutivo, pero puesta en cabeza de un órgano de la Administración Pública diferente al jefe del mismo –justicia delegada– (Rodríguez, s.f., p. 299; Gordillo, 2013, p. 518).

Se trataba de una estructura de conceptos ideológicos –funcional-instrumentales– que presentaban al Estado y su actuar, como un orden infranqueable de virtudes (Hobbes, 1980), que siempre busca el bien común y sin poner en tela de juicio la realización material –y no meramente formal–, de la relación de complementariedad entre las razones que inspiran el orden jurídico con las razones del actuar de la Administración y, de las finalidades perseguidas y de los sustentos fácticos, con los medios que se utilizan para estos propósitos (Huxley, 2000).

La inmersión del Derecho Procesal Administrativo –propio de la actividad judicial– en la zona reservada para el Procedimiento Administrativo –propio de la actividad administrativa–, da cuenta de la desnaturalización del Estado de Derecho a través de la desfiguración de la teleología que persigue el sistema de frenos y contrapesos. Se concentran en una rama dos funciones esenciales de la tricotomía del poder; administración y justicia –retenida o delegada (Rodríguez, 1981) –, con fundamento en la consecución de fines de utilidad general.

El núcleo del principio de utilidad es el bienestar del mayor número de individuos en una sociedad (Bentham, 1839, 31). Bajo este enfoque del utilitarismo, se desatiende la racionalidad de los beneficios y de los sacrificios. No siempre el peso del derecho individual sacrificado es proporcional al peso del bienestar social logrado. La utilidad de los procederes de la actividad pública en un Estado Constitucional, no puede responder a concepciones que parecieran derivar de algoritmos matemáticos estáticos y errados, pues se ignoran las realidades de una sociedad y la preponderancia de la concepción de humanidad en el ejercicio del poder conferido. Además, a través de preceptos que atomizan¹⁴³

¹⁴³ El poder atomizado (Zagrebel'sky, 1996, p. 118), se presenta así para exhibir al

el poder delegado –*reductio ad unum*– (Zagrebelsky, 1996, pp.114 y s.s.), se contraría la deontología de un modelo construido desde razonamientos crítico-democráticos, cuya titularidad reside en el pueblo y redundante en su beneficio.

Teoría moderna del Derecho Administrativo

El Fallo Blanco en 1873 y luego el Fallo Cadot en 1889; se constituyen en la historia del Derecho Administrativo, como los referentes –no únicos– de la creación de una rama especializada para el juzgamiento de las relaciones de la Administración Pública, bajo principios diferenciales de los que rigen las relaciones comunes o particulares. En algunos lugares del mundo fue adoptada la creación de un derecho especializado con rama independiente dentro de la Administración de Justicia –teoría dualista–. En otros, bajo la de única justicia con contenidos especializados –teoría monista–.

Las divergencias conceptuales y de ejercicio respecto de las atribuciones de la Administración Pública, circundan en torno al raciocinio que el Estado Social de Derecho y de Derechos le exige al otorgamiento, aplicación y control de las potestades de la Administración Pública (Zagrebelsky, 2011, p.p. 89-91). El cumplimiento de los cometidos institucionales, requiere en algunos casos, de medidas excepcionales, adoptadas a través de instrumentos expeditos, sin que ello signifique el establecimiento de una Administración Pública totalitaria y arbitraria o, por el contrario ineficaz, ante la ausencia de medios que viabilicen el cumplimiento de la misión atribuida por la Constitución y la ley.

gobernante de turno como una imagen mesiánica dotada de virtudes infranqueables no susceptibles de revisión ni de división. Este mesías es el único conspicuo en la estructura estatal y proficuo para el bienestar común, donde las decisiones que se adoptan, se entienden justificadas per se –determinismo metodológico (Atienza, 2004)– o, se sostienen en percepciones de beneficio común aunque signifiquen subrepticamente inconveniencias generales.

Facultades regladas y facultades discrecionales

Las atribuciones otorgadas a las autoridades públicas para la correcta realización material de sus fines, han suscitado controversias en materia aplicativa y de la teoría jurídico-política. Entre la Administración Pública y los coasociados, el desacuerdo se centra en la primera de las mencionadas y, entre los órganos que ejercen el control judicial y la comunidad académica, en ambas esferas. Para intentar sofocar la dicotomía, se han establecido dos grandes categorías de facultades públicas, estas son: las potestades regladas y las discrecionales.

Las facultades regladas, son márgenes de actuación enteramente circunscriptos –reducidos– al texto de la ley. Sin posibilidad de interpretación –ampliación o reducción– de la potestad otorgada, por parte de su titular. Sobre la discrecionalidad, se ha dicho que “es esencialmente una libertad de opción entre alternativas, igualmente justas no incluidas en el texto legal, libradas en la decisión al juicio subjetivo de la administración” (Penagos, 2001, p. 461).

La concepción de libertad decisional de las autoridades y de oportunidad de juicio subjetivo sobre un tópico, que refiere Penagos (2001), se presentan como terminologías inconvenientes para la realización de los principios misionales del Estado. La libertad decisional pública alimenta la idea en el servidor facultado, de que, aunque el sistema jurídico gobierna su actuar, este régimen no lo heterodetermina y permite que a través de las facultades discrecionales se establezcan ámbitos de autonomía para éste, en los cuales su proceder no acepta injerencia externa que module la parte esencial del querer y del hacer¹⁴⁴, en su función.

144 La diferenciación respecto del querer y del hacer, se introduce tomando como base los dos conceptos de libertad adoptados por Isaiah Berlin (1958). En éstos se diferencia la posibilidad de hacer sin interferencia o constreñimiento; por otro lado, la posibilidad de decidir el curso de acción, el rumbo o el destino, con autonomía. Para hablar de libertad en uno u otro sentido, libertad negativa y libertad positiva, respectivamente, es necesario que por una parte no haya impedimento o coacción para el hacer así la decisión de hacer no sea auto determinada y; por la otra parte, cuando hablamos de autonomía, se involucra la posibilidad de decidir sin injerencia extraña. Con un concepto de libertad –negativa– Berlin explica la libertad de hacer y con el otro –positiva– la libertad de querer.

Éstos, el querer y el hacer del servidor, se percibe, están precedidos por prerrogativas normativas –legalidad, ejecutoriedad y ejecutividad– que sustentan su poder para heterodeterminar los rumbos del querer y del hacer de la Administración.

La clasificación de las facultades públicas, entre regladas y discrecionales, contrario a zanjar la dicotomía existente, lo que hace es incrementar la problemática. Partiendo del principio de legalidad del actuar público, todas las posibilidades de acción y omisión, existen, se otorgan, se ejercen y se controlan, por los dictados del orden jurídico, sin distinción por la denominación de dichas facultades (Sáchica, 1989, p.1). Si existe una norma que describe un supuesto de hecho y una consecuencia concreta y obligatoria a su realización, se trata de un proceso de subsunción de los elementos fácticos en el contenido normativo para verificar su coincidencia y adoptar así la decisión y/o la acción que se prescribe. Si por el contrario, la norma es contentiva de un supuesto de hecho y una consecuencia que permiten valoración por parte del facultado, es necesario que éste, consulte normas complementarias en un proceso de remisión, para completar el cuadro normativo y adoptar así, una decisión que satisfaga las exigencias del sistema normativo en su conjunto y que sea coherente con la teleología del modelo estatal.

Los dos conjuntos de facultades descritas –las de contenido y respuesta concreta y las de proceso de remisión–, nacen, se otorgan, se ejercitan y se controlan, según los contenidos de las disposiciones normativas, que intervienen como un sistema de reglas de actuación, por acción o por omisión. No existen facultades que no se encuentren condicionadas por el sistema normativo.

Cuando se ejercen facultades regladas, la norma heterodetermina el querer y el hacer de la Administración y por ende del servidor público facultado que materializa el acto de ésta. Cuando se ejercen facultades discrecionales, la norma heterodetermina la voluntad de la Administración –mejoramiento continuo del servicio público–. El hacer puede estar no constreñido o no limitado enteramente. Empero, si se excede la voluntad heterodeterminada, es el control judicial el llamado por el orden jurídico a determi-

nar externamente la voluntad de la Administración, con base en el exceso cometido por el servidor público facultado.

Muchos coinciden en manifestar que no existen facultades enteramente regladas o enteramente discrecionales (Cassagne, 2013; Penagos, 2001; García de Enterría y Fernández, 1980), porque siempre habrá un margen libre de valoración por parte de la autoridad, pues es imposible que el legislador prevea hasta los más mínimos detalles de la actuación. Lo que se descubre como punto de coincidencia en el análisis de las facultades que hasta ahora se denominan regladas y discrecionales, no es el margen subjetivo-valorativo; sino el margen regulatorio en su existencia, otorgamiento, ejercicio y control, que permite colegir que todas las facultades públicas –unas reducidas y otras amplias– son contentivas de normas de obligatoria observancia; es decir, reglas que modulan el querer y el hacer públicos¹⁴⁵. El factor humano actúa en el proceso de racionalización de los medios dados por el orden jurídico y por el modelo, para la realización de los fines contenidos en éstos, ajustando sus naturalezas a través de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, pues exige un actuar dinámico pero nunca irrestricto.

El margen no previsto a punto exacto por el legislador, debe ser completado –tanto en las facultades que se denominan regladas, cuando hay lugar a ello; como en las discrecionales–, con las normas de remisión, por expresa exigencia legal o porque tácitamente lo exige su coincidencia con las normas supra. Las reglas de actuación como punto de convergencia en las facultades que hoy se denominan regladas y discrecionales, derrumban la clasificación vigente y motivan a repensar la estructura teórica que sustenta el actuar público. Así lo expresan Ferrajoli y Ruiz Manero (2012), al hacer la crítica a la teoría pura del Derecho de Kelsen, en la cual éste último fusiona existencia y validez de una norma –facultad para el caso presente–, considerando que

¹⁴⁵ Chinchilla (1999), se refiere al acto administrativo discrecional, relacionándolo con la desviación de poder, en los siguientes términos: “sin perjuicio de cierta amplitud de criterio en la decisión, éste, en lo que afecta a su parte resolutive, se ha convertido en reglado (p. 85).

es válida en tanto se cumplan sus requisitos de existencia –ser–, ignorando el análisis de su contenido material y su confrontación con las normas supra y con el modelo estatal –deber ser– (p. 39); caso en el cual siempre habrá remisión aunque sea por verificación simple y no por completitud¹⁴⁶.

Reduccionismo de las facultades de la Administración y la teoría de la esencialidad.

Realizada la clasificación de las facultades públicas en regladas y discrecionales; la problemática en el ejercicio y control de las segundas nombradas, para intentar su reducción aplicativa, impulsó su clasificación según el grado de libertad valorativa que otorgue la norma facultativa¹⁴⁷ –teoría de la esencialidad (Sánchez Morón, 1994)–. Se sostiene que existe la discrecionalidad mayor y la discrecionalidad mínima (Penagos, 2001), o la discrecionalidad relativa por grados –mayor o menor–, ante la inexistencia de una discrecionalidad total como facultad pública (García de Enterría y Fernández, 1980; Requena López, 1996).

Esa discrecionalidad puede ser mínima, cuando el mandato de la ley, y el actuar administrativo, están estrechamente ligados. Pero al contrario, puede ocurrir una discrecionalidad mayor, cuando la relación entre la regla de derecho y la acción administrativa es más amplia (Penagos, 2001, p. 461).

Al igual que en la clasificación entre facultades regladas y discrecionales, nuevamente se encuentra una estructura semántica inconveniente para los fines que persigue un Estado Constitucional y su ordenamiento jurídico. Es propio entender tanto en la

¹⁴⁶ “La potestad entraña un poder otorgado por el ordenamiento jurídico de alcance limitado, no supone en ningún caso un poder de acción libre según la voluntad de quien lo ejerce” (Cosculluela, 2012, p. 320).

¹⁴⁷ Esta sub-clasificación se hizo necesaria, en la medida que la denominación de discrecionalidad, fue asumida por las autoridades facultadas y por las que ejercían el control jurisdiccional; como ámbitos exentos de injerencia externa, al mejor estilo de los modelos totalitarios o de los que sin serlo, sostenían la actividad administrativa por fuera del ámbito de control judicial. Como sucedía en los albores del Derecho Administrativo francés.

clasificación de las facultades entre regladas y discrecionales, como en la clasificación de las facultades discrecionales entre mayor y mínima o relativa y total; que es la ley –en su *lato sensu*– el factor determinante de dichas clasificaciones. La imprecisión de los criterios para clasificar estas potestades, se concreta, concluyendo que las facultades públicas son ámbitos decisionales, amplios –en las denominadas discrecionales– o reducidos –en las denominadas reglada–, modulados por el sistema jurídico. Hacer clasificaciones sobre amplitudes valorativas sin dejar claramente sentado que el único poder determinante del querer y del hacer de las autoridades radica en la ley y no en el ámbito de esencialidad funcional, luego de haber apostado la definición mostrada, constituye una aporía latente.

Dworkin (2002), sostiene que tanto la discrecionalidad como el agujero en una rosquilla, no existen; en tanto que lo que se pregona incuestionable, es la circunferencia-parámetro, que establece criterios moduladores de la actuación y de la posibilidad de decidir sobre un tópico en particular. El área vacía es la posibilidad de decidir y actuar y, la rosquilla es el orden normativo. Si desaparece la rosquilla –la norma marco– desaparece el vacío en ella –la facultad de decidir y de actuar–. Hace también una distinción entre discrecionalidad fuerte y discrecionalidad débil; para separar aquellas potestades en las cuales la norma contiene conceptos indeterminados que reducen la facultad –discrecionalidad débil– y aquellas en las cuales la norma que faculta no impone tales, quedando más amplio el margen de la atribución –discrecionalidad fuerte– (p. 83 y s.s.).

El planteamiento de Dworkin (2002), en realidad lo que desentraña es la imposibilidad de sostener teórica, política y jurídicamente, en un Estado Constitucional, potestades públicas fuertes frente al orden jurídico. En la actividad administrativa de un Estado Constitucional, lo fuerte siempre serán los imperativos normativos que bajo su jerarquía, condicionan las facultades públicas. Débiles serán las facultades, todas condicionadas¹⁴⁸. Sólo

¹⁴⁸ En Colombia, los artículos 121, 122 y 123 de la Constitución Política, hacen eco en esta manifestación; al establecer la imposibilidad de que existan funciones públicas

existen, se otorgan y se ejercitan facultades, en virtud de la ley, para los fines y bajo los controles en ella previstos. Una vez desaparece el marco normativo, desaparece la facultad.

Respecto de las potestades, se puede señalar que son amplias o reducidas –ámbito de maniobra–, no por su grado de discrecionalidad; sino por el grado de modulación –condicionamientos– que hace la ley en su lato sensu, puesto que si están concebidas por mandato legal y limitadas por éste y por las normas supra e infra legales, no podrán ser atemperadas al significado de discrecionalidad sin recurrir a aporías o a un eclecticismo teórico timorato que justifique lo injustificable¹⁴⁹.

Teoría timorata, práctica desmedida

La ausencia de contundencia, relacional-complementaria, entre la dinámica práctica –facticidad y ejercicio– y la teoría, en algunas instituciones problemáticas como la discrecionalidad administrativa, se convierte en talanquera para una valoración adecuada de los elementos que sostienen su existencia, otorgamiento, aplicación y control. La falta de dicha coherencia, ha permitido la introducción de postulados que explican tales elementos, pero no logran, ni siquiera un conato de justificación (Atienza, 2004, p.p. 4 y s.s.). Aún se sostiene como axioma, que las facultades discrecionales se ejercen “siempre” inspiradas en el mejoramiento del servicio público y en pro del interés general. Se soporta también, que sus motivos están inmersos en tales postulados que consolidan su contenido de fondo y que su proceso aplicativo se satisface con el cumplimiento a rigor de sus formas.

En efecto, al ser el acto acusado expresión del ejercicio de la potestad discrecional, no es necesario que la autoridad administra-

y maneras de ejercerlas, por fuera de los mandatos constitucionales, legales y reglamentarios.

¹⁴⁹ La evolución del modelo democrático reclama la integración del Derecho Administrativo, no solo con las normas, sino también con las conductas y valores, conduciendo así a “depurarlo de las interpretaciones autoritarias sin sacrificar su efectividad, para alcanzar los consensos que demanda la democracia real” (Cassagne, 2013, p.p. 1 y 2).

tiva manifieste y exteriorice los criterios que tuvo en cuenta para disponer la separación del servicio de sus servidores y por ello, no es dable calificar de arbitraria la actuación que omite consignar tales motivos, éstos se entienden intrínsecos en la decisión (República de Colombia, C. E., 2011).

Se robustece así una posición basada en el determinismo metodológico (Atienza, 2004), en el cual las decisiones de las autoridades se entienden justificadas per-se o justificadas con base en su simple explicación, acudiendo a teoremas cuestionados (Ferrajoli, 2012, p.p. 33 y s.s.), en los cuales se reduce la validez sustancial de la norma, a su mera validez formal –existencia–¹⁵⁰. Es así, porque el intérprete aún busca la solución en proposiciones anacrónicas del origen, sin tener en cuenta el dinamismo social, político y jurídico, que reclaman soluciones reales, eficaces y sobre todo acompasadas con el modelo estatal¹⁵¹. Se reclama la implementación de instituciones jurídicas progresivas¹⁵² y la eliminación de las que evidentemente representan el fracaso de la administración efectiva de justicia y de la evolución hacia una democracia plena¹⁵³ (Zarini, 1992).

¹⁵⁰ Ver: Ferrajoli, (2012, p.p. 34 y s.s.). Citando para la crítica de la reducción de la validez de la norma a la simple existencia formal de la misma, a Kelsen (1945), *General theory of law and State*.

¹⁵¹ Que se pretende materialmente, porque ya está anclado de manera ideal y formal en el contenido normativo.

¹⁵² Al respecto de las instituciones que conducen al fracaso las democracias; Acemoglu y Robinson (2012) describen el problema de las instituciones económicas y políticas extractivas y las que son por el contrario inclusivas. Es lo que sucede para el presente caso, con las instituciones jurídicas regresivas y las que, contrario sensu, representan fortalezas para la implementación material del Estado Social de Derecho y de Derechos desde la actividad administrativa y desde una correcta Administración de Justicia.

¹⁵³ El ejercicio desmedido del poder por parte de la Administración Pública, representa una amenaza constante de involución social en el Estado constitucional moderno. Esta nueva presentación del constitucionalismo –neoconstitucionalismo– exige la racionalización del poder como elemento fundamental para el establecimiento de un modelo materialmente democrático (Zarini, Helio Juan. 1992, p. 11).

Neoconstitucionalismo y Administración Pública

El Estado Social de Derecho y de Derechos, en materia administrativa, exige que en la interpretación normativa y en la modulación de los efectos aplicativos de ésta, se garantice la realización humana¹⁵⁴ de los objetivos impuestos a las autoridades públicas. Se trata de establecer un constitucionalismo fuerte.

Neoconstitucionalismo. Que supere la simple limitación del ejercicio del poder público y se establezca condiciones garantes de la realización efectiva de los derechos de las personas. Que eleve la condición de ser humano a finalidad implícita y no necesariamente explícita del modelo a través del orden jurídico (Comanducci, 2002; Alexi, 2003, p. 34).

La dinámica del neoconstitucionalismo aborda la forma de Estado para zanjar esas concepciones sibilinas, en las que el texto de la ley sometía desarticuladamente la actividad pública. La Administración se sujetaba a la prescripción del tenor expreso y simple de la ley, sin importar la realización material de los principios que gobiernan la condición de dignidad de las personas.

Estado de Derecho. Se trataba de una relación entre Administración como un todo funcional y administrados como estadísticas dentro de dicha funcionalidad. Se desatendía la consolidación del ser humano como finalidad del andamiaje público, el que existe por la cohesión ideal de aquiescencias individuales, materializadas a través de la derivación del poder¹⁵⁵.

¹⁵⁴ “En la persona, la humanidad está representada como valor. Esta representación constituye la conciencia moral” (Sève, Lucien 1994, p. 26; citado en: Paredes, 2002, p.p. 85 y 86). Se desplaza ese paradigma que sostiene al Derecho como una reunión de elementos individualmente considerados, que confluyen en una agrupación sin sentido holístico alguno, donde se ignora la dinámica renovadora e integradora de sus contenidos conceptuales, con una teleología integralmente prospectiva y constante en su creciente hacer (Dworkin, 2002, p. 70 y s.s.).

¹⁵⁵ Se proyecta así, la construcción de una estructura que los relacione y que module la culminación de sus intereses colectivos, cimentados éstos, en los de tipo individual – ambos racionalizados– y que sostienen en el consentimiento fusionado, la existencia de un poder otorgado y nunca de tipo originario.

Conjugación de los elementos básicos del concepto social y del neoconstitucionalismo en el modelo estatal

El concepto social, se introduce como una efigie filosófica, normativa y política, que conforme con ello tiene como funciones principales: i) la transversalidad de los valores, los principios y los derechos para solidificación epistémica e interpretativa de la ley, en beneficio del bienestar general e individual –función filosófica–, ii) la consolidación manifiesta de la dignidad del ser humano en el modelo, a través de su integración a los derechos innominados, donde se aplique el valor del concepto social de manera directa cuando existe alguna e indirecta cuando hay antinomia en las normas o cuando se ignora la convergencia de sus finalidades –función normativa– y, iii) la limitación de los desafueros que se cometen en el ejercicio del poder –función política y de control–.

Las tres funciones esenciales que cumple la concepción de lo social se robustecen con las exigencias que desarrolla el neoconstitucionalismo (Zagrebelsky, 2011, p. 89 y s.s.), dotándolas de asiento normativo superior, al establecer dentro de un orden constitucional: i) la existencia de una Constitución y la superioridad de estas normas sobre las demás; ii) la nominación de unos derechos de tipo fundamental que prevalecen en el orden jurídico y que se amplían innominadamente bajo la figura de la inherencia a la condición humana, dándole dinamismo al sistema; iii) la existencia de Tribunales especiales en lo constitucional y dotando al Juez ordinario de dicha categoría vía excepción en cualquier momento de su habitual hacer y; iv) zanjando la dicotomía teórica existente de la relación entre derecho y moral¹⁵⁶, pues se discierne que para cumplir cabalmente los puntos anteriores, no basta con darle éxito de justicia al derecho positivizado, con único fundamento en tal condición, que desatiende la teleología que inspira una Constitución, un método constitucional y una ideología de igual categoría (Dworkin, 2002).

¹⁵⁶ El planteamiento ha resultado tan acertado que ha logrado conducir a la implementación teórica del denominado positivismo suave o incluyente (Hart, 1994), que acepta la relación entre Derecho y moral, impensable en la concepción originaria de éste; logrando la realización del diseño de Zagrebelsky (2011), en el cual, la ciencia del constitucionalismo debe abandonar esa idea de sostener un amo al que hay que servir –ley, Estado–; pues está decantada en la “dimensión histórica del Derecho Constitucional” (p. 91).

El modelo neoconstitucional le impone a las autoridades, la carga de contar con contenidos sustanciales de justicia en su querer y en su actuar (Wolkmer, 2003). El intérprete y aplicador de la norma, no sólo toma como fuente de su querer y de su curso de acción al legislador, como en el Estado de Derecho; sino también –y necesariamente– al modelo constitucional¹⁵⁷. Éste le exige realizar una integración analítica-racional del bloque normativo del tópico, para adoptar una decisión que acompañe su curso de acción con las razones que lo inspiran desde el sistema jurídico y que establezca el equilibrio entre éste y los fines que se persiguen.

Para ello es de vital importancia, la relación del sistema de derecho con una moral objetiva basada en la dignidad de las personas¹⁵⁸ (Papacchinni, 2003), que se fortifica con un desarrollo y ejercicio del poder inspirado en la complementariedad relacional del bienestar individual y del bienestar social, más allá de su categorización conflictual. Esta concepción no se dirige únicamente al juzgador y al administrador; también compromete al legislador, para que en la producción normativa, atienda la responsabilidad que conlleva el establecimiento de un régimen legal dentro de un Estado de este tipo, que pondrá en cabal orden, la existencia, el otorgamiento, el ejercicio y el control de las facultades públicas.

El interés general y la libertad individual

El Estado Social de Derecho y de Derechos, modulado por un orden jurídico constitucional que se funda en la dignidad humana, con materialización del pluralismo democrático, es una quimera cuando en él, algunas autoridades cuentan con potestades que permiten, desde la libertad de querer y la libertad de hacer del servidor-individuo, maniobrar el querer y hacer del Estado Administrador. Nada más

¹⁵⁷ Portela, Jorge Guillermo, (2009), en un análisis del neoconstitucionalismo, explica la conexión ontológica y deontológica de un orden jurídico. El ser de las normas se ilumina con los principios y se produce el deber ser inherente a un sistema normativo para que se realice la finalidad de su existencia.

¹⁵⁸ También en Paredes (2002, p.p. 85 y 86) citando a Séve, Lucien (1994): “En la persona, la humanidad está representada como valor. Esta representación constituye la conciencia moral” (p. 26).

cercano a los estándares de dominación¹⁵⁹, que la prescripción de prerrogativas que germinan y fenecen en la letra inerte de la norma. Que no cuentan con factores de ampliación y prospección que busquen fincar la realización efectiva y progresiva de éstas.

Las autoridades y su actividad están heterodeterminadas por la Constitución y la ley, en su *lato sensu*, para la realización efectiva –vale decir, no simplemente nominativa– del bienestar general, aún, desde la protección de las libertades individuales. Gordillo (2013), sustenta la relación de complementariedad que debe existir entre la racionalización de las libertades individuales y los derechos sociales, en tanto una concepción fundamentalista para protección de los primeros, fragmenta la cohesión de una sociedad y debilita el Estado de Bienestar y, *contrario sensu*, la extrema y nominativa invocación de los segundos, consume la libertad y por lo tanto provoca el declive del Estado de Derecho. Cimiento de la importancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad y del proceso de racionalización en el desarrollo de la actividad administrativa pública.

La magistratura democrática¹⁶⁰

El neoconstitucionalismo representado por autores como Zagrebelsky, Ferrajoli, Comanducci, Carbonell, Dworkin y Alexi; establece un nuevo paradigma cimentado en la realización de los derechos fundamentales y en la relación entre Derecho y moral (Hernando Nieto, E., 2014, p. 44 y s.s.). Se aborda esta categoría de derechos –fundamentales–, no como un elemento de dominación, mera-

¹⁵⁹ Marx y Engels (1932), sostenían que los colectivos de la clase burguesa utilizan el poder público como un consejo de administración para el beneficio de sus intereses.

¹⁶⁰ Es un movimiento italiano de jueces y magistrados, que busca la despolitización de la justicia y la solidificación del garantismo jurídico. Propende por la realización de la concepción de lo justo, implícita en el derecho y materializada en una debida administración de justicia. El modelo neoconstitucional le imprime a la función del Juez un protagonismo multidimensional que conjuga derechos, justicia –valores–, normas supra y ley; desplazando la secular e impermeable función unidimensional que solo observaba la ley y en ella agotaba sus principios misionales, desatendiendo la presencia de un sistema constitucional y su significado histórico; de donde se decanta la finalidad de su origen en una misión sustancial contra la perseverancia formal de los sistemas anteriores y de los rezagos de éstos que aún sobreviven (Zagrebelsky, 2008, p.p. 253 y 254).

mente descriptivo en el contenido normativo, que alele a la sociedad; sino como universos de realización social e individual que le imprimen al dinamismo jurídico, político, económico y social, un sentido humano que lo atiborra de ideas reales de justicia¹⁶¹.

El modelo sobrepasa las consideraciones del positivismo legalista que sostenía el Estado de Derecho, en el cual la validez de un sistema normativo estaba fincada en la verificación formal de: i) quién lo expide y ii) bajo qué procedimiento lo hizo. Donde la dignidad humana es un producto de las normas y no una efigie anterior a éstas, que racionaliza su producción, aplicación y control. Bajo esta corriente –positivismo legalista– no se ahonda en la materialización de los derechos de las personas con fundamento en la observancia de los principios que amplían y modulan el entendimiento y el ejercicio de los mandatos normativos (Ferrajoli, 2006, p.p. 114 y 115; Zagrebelsky, 2008, p.p. 252 y s.s.).

El control judicial de las relaciones jurídicas en una sociedad, constituye el eje esencial sobre el cual gira la realización dinámica o estacionaria de los preceptos de un ordenamiento. La sostenibilidad práctica de instituciones jurídicas anacrónicas establecidas bajo el ludismo legislativo y soportadas en la nomocracia de las autoridades administrativas –para el caso de relaciones con la Administración Pública– y las judiciales –para el caso del control judicial–, es un desafuero que persigue retrocesos inconvenientes del modelo estatal y que fortalece proceder autoritarios y totalitarios.

Movimientos de activismo judicial¹⁶² como la magistratura democrática, nacido en Italia y del cual hizo parte Luigi Ferrajoli, se constituyen como fuentes evaluadoras, previsivas y reaccionarias, frente a los conatos de retrocesos en las concepciones teórico-aplicativas de los contenidos normativos y de la praxis del poder público en los modelos constitucionales.

¹⁶¹ Como valor principal de los ordenamientos normativos y del Derecho en general, ausentes éstos, en el estancamiento del poder público nomocrático del Estado de Derecho y sus anteriores.

¹⁶² El actuar del Juez que limita los desafueros de los otros poderes públicos –Ejecutivo y legislativo–, fundamentado en la Constitución y en la primacía de los derechos fundamentales.

El Juez –constitucional– está obligado a detectar la antinomia –cuando una norma infra vulnera derechos y principios supra– y la laguna –cuando no existe norma infra que permita la realización material de los derechos y principios supra– (Ferrajoli y Ruiz Manero, 2012, p.p. 48 y s.s.), para activar las funciones del concepto social en el Estado Constitucional; filosófica, normativa y política: i) acrecentando la forma de conocer e interpretar el alcance del derecho o principio, ii) dando aplicación directa si es necesario y iii) controlando los desafueros de las autoridades o de quien ejerza indebidamente su condición de superioridad. Se convierten así, aquellas antinomias y lagunas evidentes, en simplemente aparentes, gracias a las funciones del modelo neo-constitucional que conjuga sus elementos con las funciones del concepto social, viabilizando la realización material de su tesis.

Conclusiones

La discrecionalidad administrativa es una potestad que nace en la Francia pos-revolucionaria, producto del autoblandaje que se pretendió por parte del Ejecutivo respecto de los jueces. A través de esta efigie, la Administración Pública poseía la facultad de adoptar decisiones y de realizar actuaciones, exentas de injerencia externa no consentida por parte de quien detentara la potestad, con la finalidad de garantizar esencialmente la gobernabilidad. Se caracterizaba por ser absolutamente incondicionada, por hacer parte del espectro subjetivo de autonomía de las autoridades –libertad de hacer y de querer–, sin lugar a revisión de cumplimientos y/o completitudes normativas.

La discrecionalidad administrativa se presentaba y se presenta aún, como un rezago del poder anquilosado del modelo totalitario, materializado en la capacidad de la Administración Pública de administrar o de eludir la debida administración de justicia (Quinche Ramírez, 2006). Situación contraria a las banderas –libertad, igualdad y fraternidad– y al presupuesto de la separación y balance de los poderes, ambos conceptos, fundantes del Estado de Derecho.

El recorrido teórico acerca del actuar administrativo y en especial del ejercicio de la facultad discrecional, desentraña la inconve-

nencia de dotar de significados artificiales a significantes que en el ámbito natural del lenguaje, expresan contenidos distantes del asignado en la convención. Las vertientes aplicativas que otorga la palabra, admiten interpretaciones diversas respecto de los destinatarios, aunque tales, no se acompañen con la pretensión que persigue el emisor. Lo discrecional no tiene condicionamientos, la actividad administrativa siempre será condicionada. Para el ejercicio del poder público derivado, solo existen facultades con ámbitos de maniobra decisional, sean éstos amplios o reducidos, pero siempre modulados por la ley en su *lato sensu*.

La evolución del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho y de Derechos, es producto del carácter progresivo que posee el concepto de dignidad humana, el que a su vez constituye el elemento medular-objetivo en el que radica la interrelación entre derecho y moral. Relación que se desatiende, por las remisiones teóricas que realiza el intérprete normativo, el legislador y el administrador, a:

- i) Algunos paradigmas reduccionistas como el positivismo *kelseniano*, que comprimen la validez del derecho en su mera existencia o validez formal. Donde el valor justicia del derecho es posterior a éste y no un valor anterior a su formación.
- ii) A modelos en desuso que permiten que el sujeto heterodetermine la voluntad y la posibilidad de hacer de la Administración Pública, zona reservada al sistema normativo y al modelo, establecidos.
- iii) A justificar la existencia, el otorgamiento, el ejercicio y el control de las potestades públicas, con explicaciones semánticas inexactas y retóricas que no guardan coherencia con la tesis de la efigie.

Referencias bibliográficas

- Acemoglu, Daron y Robinson, James (2012). *Por qué fracasan los países*. Traducción de Martha García Madera. Barcelona: Editorial Deusto.
- Alexy, Robert. (1988). Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, 5, 139-151.
- _____, (2003). *Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático*. Traducción de Miguel Carbonell. Madrid España: Editorial Trotta.
- Atienza, Manuel (2004). *Las razones del derecho – Teorías de la argumentación jurídica*. Lima Perú: Palestra Editores.
- Bentham, Jeremy (1839). *Deontología o ciencia de la Moral* (tomo I). Valencia España: Librería de Mallen y Sobrinos.
- Berrocal Guerrero, Luis Enrique, (2001). *Manual del Acto Administrativo*. Bogotá D.C.: Ediciones Librería del Profesional.
- Bocanegra Sierra, R. E. (2005). *La teoría del acto administrativo*. Madrid España: Editorial Iustel.
- Cassagne, Juan Carlos (2013). *El acto administrativo, teoría y régimen jurídico*. Bogotá Colombia: Editorial Temis S.A.
- Chinchilla Marín, C. (1999). *La desviación de poder*. 2ª ed. Madrid España: Editorial Civitas.
- Comanducci, Paolo (2002). Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico. Traducción de Miguel Carbonell, Universidad de Génova Italia, *Revista Isonomía* No. 16.
- Coscolluela Montaner, Luis (2012). *Manual de Derecho Administrativo, Parte general*. Pamplona (Navarra): Editorial Civitas.

- Dworkin, R. (2002). *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino. Barcelona: Editorial Ariel.
- Ferrajoli, Luigi (2006). El constitucionalismo como nuevo paradigma del derecho positivo en: Sobre los derechos fundamentales, trad. Miguel Carbonell. México. *Revista Cuestiones constitucionales* No. 15. Universidad Nacional de México.
- Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan (2012). *Dos modelos de neo-constitucionalismo*. Madrid España: Editorial Trotta.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón (1980). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid España: Editorial Civitas.
- Gordillo, Agustín (2013). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: teoría general del derecho administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Hart, H. L. A. (1994). *El Concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Hobbes, Thomas (1980). *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México: Fondo de Cultura de Económica.
- Huxley, Aldous (2000). *El fin y los medios*. Argentina: Sudamericana.
- Kelsen, Hans (1945), *General theory of law and State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Mayer, Otto (1949). *Derecho Administrativo alemán*, traducción de la versión francesa. Buenos Aires Argentina: Depalma.
- Papacchini, Ángelo (2003). Dignidad y solidaridad En Kant, en: *Filosofía y derechos humanos – Memorias*. Cali, Colombia: Programa Editorial Universidad del Valle.
- Paredes Collazos, Alcibíades, (2002). *Estado de Derecho ¿Realidad o mito liberal? Y otros ensayos*. Cali: Editorial Universidad Santiago de Cali.

Parejo Alfonso, Luciano (2007). La evolución histórica del Estado, de la Administración Pública y del Derecho Administrativo, en: *Lecciones de Derecho Administrativo*. Bogotá Colombia: Tirant lo Blanch – Universidad Externado de Colombia.

_____ (2012). *Lecciones de derecho administrativo*. 5ª edición, Valencia España: Tirant lo Blanch.

Penagos, Gustavo (2001). *El acto administrativo*. Bogotá Colombia: Ediciones Librería del Profesional.

Quinche Ramírez, Manuel Fernando (2006). *La elusión constitucional*. Bogotá Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

República de Colombia. C. E. (2011). Sentencia del 18 de mayo. Rad. No. 2001-00054-01. C.P. Alfonso Vargas Rincón.

Requena López, Tomás (1996). *Discrecionalidad administrativa y control judicial. Ideas en torno a una expresión falaz*. Madrid España: Editorial Civitas.

Rodríguez Rodríguez, Libardo, (1981). *Derecho Administrativo: general y colombiano*. Bogotá Colombia: Editorial Temis.

Sáchica, Luis Carlos (1989). *Principios constitucionales y legales de la administración del Estado*. Bogotá Colombia. Editorial Temis.

Sánchez Morón, Miguel (1994). *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid España: Ediciones Tecnos.

Séve, Lucien (1994), *Pour un critique de la raison bioéthique*, Paris: Editions Odile Jacob.

Wolkmer, Antonio Carlos (2003). *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. Bogotá D.C. Colombia: Editorial Ilsa.

Zagrebelsky, Gustavo (1996). *La crucifixión y la democracia*. Barcelona España: Editorial Ariel.

_____ (2011). *Historia y Constitución*, traducción de Miguel.

Carbonell. Madrid España: Editorial Mínima Trotta.

Zarini, Helio Juan (1992). *Derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

Cibergrafía

Berlin, Isaiah (1958). Dos conceptos de libertad. Conferencia dictada en el marco de la lección inaugural de la cátedra de Chichele de la teoría social y política de Oxford. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2570/8.pdf>

Hernando Nieto, E. (2014). Constitucionalismo en el siglo XXI: ¿Neoconstitucionalismo o constitucionalismo popular? *Revista de Economía y Derecho*, 10(38), 47-59. Recuperado de: <http://revistas.upc.edu.pe/index.php/economia/article/view/328/293>

Marx, K. y Engels, F., Andler, C., y Ormaechea, R. G. (1932). Manifiesto comunista (No. 04; HX276, M3.). Ediciones Europa-América. Recuperado de: http://profesionalespcm.org/Marxismo/ManifiestoComunista_MarxEngels_Prologoado_Explicado_Anotado_Glosado_GomezCrespo_11marzo2012.pdf

Portela, Jorge Guillermo (2009). Los principios jurídicos y el neoconstitucionalismo. Chía Colombia. *Revista Dikaion* ISSN 0120-8942, Año 23 - Núm. 18 - 33-54. Disponible en: <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1542/2112>

Rodríguez Rodríguez, Libardo, (s.f), *La explicación histórica del Derecho Administrativo*. Recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1594/16.pdf>

Zagrebelky, Gustavo (2008). El juez constitucional del siglo XXI. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 10, 249-268. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25297.pdf>