

## Límites de la discrecionalidad técnica en el otorgamiento de licencias ambientales\*

### Limits of technical discretion in the granting of environmental licenses

Recibido: mayo 20 de 2019 - Evaluado: agosto 09 de 2019 - Aceptado: octubre 21 del 2019

María del Rosario Santos de Aguirre\*\*

Daniel Fabián Torres Bayona\*\*\*

#### Para citar este artículo / To cite this article

Santos de Aguirre, M del R., & Torres Bayona, D. F. (2020). Límites de la discrecionalidad técnica en el otorgamiento de licencias ambientales. *Revista Academia & Derecho*, 11(20), 155-192.

**Resumen:** El presente artículo es el resultado de una investigación que busca determinar los límites de la discrecionalidad técnica en el otorgamiento de licencias ambientales, dentro del derecho colombiano, con el fin de evidenciar la definición y alcance de la discrecionalidad, el concepto de discrecionalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, las competencias de las Autoridades Ambientales en la expedición de

---

\* Artículo inédito. Artículo resultado de investigación. Presenta los principales resultados de la investigación titulada: “Límites de la discrecionalidad técnica en el otorgamiento de licencias ambientales” desarrollada en el Grupo de Investigación CIPJURIS.

\*\* Magister en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo, Universidad Pontificia Bolivariana Seccional Bucaramanga; Especialista en Ingeniería Ambiental, Universidad Industrial de Santander, Especialista en Derecho Público, Universidad Autónoma de Bucaramanga; Abogada, Universidad Santo Tomás Seccional Bucaramanga; Profesora Interna (Categoría Asociada), Línea de Investigación en Neoconstitucionalismo, Grupo en Ciencia Política y Derecho «CIPJURIS», Facultad de Derecho, Escuela de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana Seccional Bucaramanga. Áreas de actuación: Derecho Administrativo y Derecho Ambiental. Correo electrónico: maria.santos@upb.edu.co.

\*\*\* Doctorando en Derecho, Universidad Autónoma de Barcelona; Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia; Especialista en Derecho Público, Universidad Autónoma de Bucaramanga; Abogado, Universidad Industrial de Santander; Profesor de Medio Tiempo, Facultad de Derecho, División de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Santo Tomás Seccional Bucaramanga. Área de actuación: Derecho Constitucional. Correos electrónicos: daniel.torres01@ustabuca.edu.co y dtorresbayona@gmail.com.

licencias ambientales, la diferencia entre acto reglado y acto discrecional, así como el control judicial de la potestad discrecional.

**Palabras clave:** Actos reglados, presunción de legalidad, discrecionalidad técnica, licencia ambiental.

**Abstract :** This article is the result of an investigation that seeks to determine the limits of technical discretion in the granting of environmental licenses, within Colombian law, in order to demonstrate the definition and scope of discretion, the concept of discretion in the jurisprudence of the Council of State and the Constitutional Court, the competences of the Environmental Authorities in the issuance of environmental licenses, the difference between regulated act and discretionary act, as well as the judicial control of the discretionary power.

**Key words:** Regulated acts, presumption of legality, technical discretion, environmental license.

**Resumo:** Este artigo é o resultado de uma investigação que busca determinar os limites da discricção técnica na concessão de licenças ambientais, dentro da lei colombiana, a fim de demonstrar a definição e o escopo da discricção, o conceito de discricção na jurisprudência do Conselho de Estado e do Tribunal Constitucional, as competências das Autoridades Ambientais na emissão de licenças ambientais, a diferença entre um ato regulamentado e um ato discricionário, bem como o controle judicial do poder discricionário.

**Palavras-chave:** Atos regulamentados, presunção de legalidade, discricção técnica, licença ambiental.

**Résumé :** Cet article est le résultat d'une enquête qui cherche à déterminer les limites du pouvoir discrétionnaire technique dans l'octroi de licences environnementales, en droit colombien, afin de démontrer la définition et l'étendue du pouvoir discrétionnaire, le concept de pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle, les compétences des autorités environnementales dans la délivrance des licences environnementales, la différence entre un acte réglementé et un acte discrétionnaire, ainsi que le contrôle judiciaire du pouvoir discrétionnaire.

**Mots-clés:** actes réglementés, présomption de légalité, discrétion technique, autorisation environnementale.

SUMARIO. Introducción. – Problema de investigación. – Metodología. – Plan de redacción. -1. 1. La discrecionalidad en Colombia: una mirada desde la doctrina y la jurisprudencia. 1.1. Origen de la discrecionalidad administrativa. 1.2. Definición y alcance de la discrecionalidad. 1.3. El Estado social de derecho y los principios constitucionales. 1.4. El concepto de discrecionalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional. 2. Competencias de las Autoridades Ambientales en la expedición de licencias ambientales. 2.1. Antecedentes de la licencia ambiental. 2.2. Autoridades Ambientales competentes. 3. Discrecionalidad técnica en la expedición de licencias ambientales. 4. Control de legalidad de los actos administrativos. 5. Diferencia entre acto reglado y acto discrecional. 6. Discrecionalidad técnica. 6.1. La discrecionalidad técnica en la jurisprudencia del

Consejo de Estado. 6.2. La discrecionalidad técnica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. 7. El control judicial de la potestad discrecional. 8. Límites de la discrecionalidad. 8.1. Transgresión a los límites de la discrecionalidad. 8.1.1. La desviación del poder. 8.1.2. La motivación del acto. - Conclusiones. Referencias.

## Introducción

En Colombia la actividad administrativa por disposición constitucional está encaminada a la satisfacción de los fines estatales y de los intereses colectivos; entendiendo que, en desarrollo de uno de esos fines, se enfoca hacia la protección del medio ambiente y de los recursos naturales y culturales de la Nación, como lo estipula la Constitución en su artículo octavo. Esa actividad propia de la administración se encuentra regulada a través de las diferentes normas: la Constitución, la ley, los reglamentos; además del aporte de la jurisprudencia emanada de los tribunales y cortes.

En razón a que los funcionarios están sometidos al imperio de la ley, como lo establece el texto superior y desde luego, los que forman parte de las autoridades ambientales a través de las diversas formas de vinculación lo son, por tanto, los actos administrativos de carácter ambiental gozan de las mismas prerrogativas, es decir son el producto de una facultad discrecional o reglada, con un distintivo que emana del carácter técnico que sirve de soporte a tales pronunciamientos.

El incremento y la evolución de la actividad administrativa, trajo como consecuencia que, la Administración Pública fuera provista de una serie de facultades que le permitieran abordar y resolver de manera eficaz, las diferentes problemáticas que se presentaban en su accionar diario. La posterior consolidación del ejercicio de dichas prerrogativas, es lo que se conoce hoy como facultades administrativas discrecionales, cuyo estudio se abordará en este artículo. La Constitución Política de 1991 creó unos órganos autónomos llamados Corporaciones Autónomas Regionales, como administradoras del medio ambiente, las cuales dentro del desarrollo de su función administrativa, expiden actos administrativos que otorgan o niegan los permisos de licencias ambientales; dichos actos administrativos tienen como soporte un concepto técnico, y además gozan de presunción de legalidad en la expedición toda vez que ellos deben ser motivados conforme exige la ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Sin embargo, de acuerdo con los principios constitucionales, estos no escapan al control judicial, toda vez que, sean expedidos violando la Constitución y la ley.

El objetivo final del trabajo se centra en el hecho de establecer, hasta donde dentro de un Estado social de derecho, esa facultad discrecional del funcionario

administrativo se cumple dentro de unos límites precisos y definidos, sin desmedro de los intereses de los particulares y sin afectar tampoco los del Estado, dando cumplimiento en todo caso a los presupuestos de que gozan o están investidos las actuaciones de la administración.

## **Problema de investigación**

¿Cuáles son los límites de la discrecionalidad técnica en el otorgamiento de licencias ambientales?

## **Metodología**

El método investigación empleado es el descriptivo, ya que consiste en un proceso de conocimiento que se inicia por la identificación de cada una de las partes que caracterizan una realidad, en este caso jurisprudencial. De esa forma se establece la relación causa - efecto entre los elementos que componen el objeto de investigación. La investigación tendrá un enfoque cualitativo ya que sólo busca aspectos de valoración y análisis, sin la utilización de variables numéricas, ni tampoco la realización de encuestas. Es de tipo eminentemente jurídica, puesto que se enfocará en las fuentes formales del Derecho, especialmente la norma jurídica (Constitución, leyes, decretos, actos administrativos) y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, sin realizar un estudio de caso u observar la realidad con la ayuda de otras ciencias sociales.

Como técnicas de investigación se tuvieron el análisis de contenido de textos, frente a las teorías, doctrina, normatividad y jurisprudencia. Como instrumentos de recolección de información o de datos, se elaboraron unas fichas de recolección de información, una para teoría y doctrina, otra para normatividad y otra para jurisprudencia.

## **Plan de redacción**

1. La discrecionalidad en Colombia: una mirada desde la doctrina y la jurisprudencia. 1.1. Origen de la discrecionalidad administrativa. 1.2. Definición y alcance de la discrecionalidad. 1.3. El Estado social de derecho y los principios constitucionales. 1.4. El concepto de discrecionalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional. 2. Competencias de las Autoridades Ambientales en la expedición de licencias ambientales. 2.1. Antecedentes de la licencia ambiental. 2.2. Autoridades Ambientales competentes. 3. Discrecionalidad

técnica en la expedición de licencias ambientales. 4. Control de legalidad de los actos administrativos. 5. Diferencia entre acto reglado y acto discrecional. 6. Discrecionalidad técnica. 6.1. La discrecionalidad técnica en la jurisprudencia del Consejo de Estado. 6.2. La discrecionalidad técnica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. 7. El control judicial de la potestad discrecional. 8. Límites de la discrecionalidad. 8.1. Transgresión a los límites de la discrecionalidad. 8.1.1. La desviación del poder. 8.1.2. La motivación del acto.

## **1. La discrecionalidad en Colombia: una mirada desde la doctrina y la jurisprudencia.**

### **1.1. Origen de la discrecionalidad administrativa**

Una posición mayoritaria dentro de la que se encuentra Malagón (2012), ha sostenido que la idea de lo discrecional fue originariamente desarrollada en el contencioso-administrativo francés y su nacimiento se produjo en el ámbito de la separación de poderes, que interpretó rígidamente el esquema divisorio en un doble sentido, puesto que, mientras por una parte se prohibía a los tribunales judiciales juzgar a la Administración, por la otra, se consideraba que esta función era de naturaleza administrativa. Así fue como, para la mayoría de la doctrina, se originó en el derecho público la llamada jurisdicción contencioso-administrativa.

En el sistema francés, no obstante haberse efectuado una cierta sistematización sobre los criterios para fijar los límites del control jurisdiccional de la actividad discrecional, el juez ejerce el control que quiere haciendo de las normas lo que quiere y aunque la doctrina es consciente del peligro de que la Administración incurra en arbitrariedad en la utilización de la potestad discrecional, los jueces optan por auto limitarse y practican un control mínimo sin sustituir, en principio y como regla general, los aspectos que consideran puros juicios de oportunidad que lleva a cabo la Administración.

En Alemania, por su parte, afirma Cassagne (2007), se sostuvieron tesis opuestas acerca de la discrecionalidad, pero siempre bajo el entendido de que era una zona de la actividad administrativa que se encontraba exenta del control judicial o, al menos, en la que la densidad de ese control era menor. Sin embargo, a pesar de las diferentes tesis desarrolladas en Alemania:

el principal intento por reducir la discrecionalidad se centró en la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados con fundamento en que, al admitir una única solución justa, dichos conceptos constituyen un supuesto de remisión legal, cuyo control en nada difiere del que se efectúa sobre una actividad reglada.

Dicha teoría de los conceptos jurídicos indeterminados tuvo una extraordinaria recepción tanto en España como en Latinoamérica, especialmente en Argentina (Cassagne, 2007, pág. 9).

Otra tesis germánica sobre la evolución de la potestad discrecional es la del margen de apreciación, que se establece “para permitir que la Administración pueda llegar a una solución justa dentro del “halo conceptual” del concepto jurídico indeterminado, mediante un proceso de cognición o interpretativo”. (Malagón, 2007, pág. 38-42). En Colombia Malagón (2007) plantea el nacimiento de la discrecionalidad, de la siguiente manera:

En los siglos XIX y XX el arbitrio logró sobrevivir, a la ideología de las Luces, en el derecho administrativo. Circunstancia que tiene una explicación histórica en los escritos de Montesquieu, quien asignó al juez el papel de ser “la boca del derecho”, es decir de ser el operador que aplica y no valora la ley, pues esta se pensaba que podía resolver todos los casos incluso los más difíciles.

En un comienzo la discrecionalidad no tuvo control, la regla general fue la exclusión del control judicial. La administración se controlaba a sí misma (...) El particular siempre debía alegar sustentándose en un derecho adquirido, que no era oponible a la Administración cuando ella dictaba actos generales, para satisfacer los intereses comunes en materias como la agricultura, la industria o el comercio, amparándose en unos actos de pura facultad, emanados de un poder discrecional que era concomitante “con su deber general de vigilancia y de protección hacia los administrados. (pág. 40)

## 1.2. Definición y alcance de la discrecionalidad.

La discrecionalidad puede definirse como las diversas facultades que se conceden a la Administración Pública, a fin de responder de forma oportuna y eficaz a los retos que con frecuencia le plantean las volubles circunstancias de las distintas áreas en que ejecuta su actividad. No obstante, la deficiencia de controles y “el uso absoluto y tergiversado de dicha facultad, la hace degenerar en arbitrariedad, convirtiéndola en un elemento que atenta contra el Estado de derecho e imposibilita la concreción o materialización de sus fines” (Marín, 2007, pág. 141). Al arrogar a la Administración Pública una capacidad para tomar sus propias decisiones, dicha potestad genera entre los administrados el temor de que pueda ejercerse de forma arbitraria o equívoca, sin que existan controles adecuados que corrijan o eviten la arbitrariedad de las decisiones y, sin que exista suficiente control jurisdiccional del actuar de la administración. Al respecto es importante reconocer que la Administración no podría desempeñar en forma adecuada su función de servicio y garantía del interés general, si toda su actuación estuviera

supeditada y predeterminada por la Ley. Es por ello claro que, los gobiernos y las administraciones públicas, enfrentan continuamente problemas que no fueron previstos por el legislador o, siendo previstas, se contemplaron de manera general y, por consiguiente, son insuficientes para responder ante los problemas reales y actuales (Marín, 2007).

Estos problemas que la administración enfrenta continuamente y la legislación es insuficiente para resolverlos, requieren:

una respuesta, ya sea política o técnica, que puede ser diferente en cada caso concreto y en cada momento histórico. Corresponde a los gobernantes y administradores valorar esas circunstancias de oportunidad y conveniencia política y/o técnica, pues ésta es su función, para lo cual es imperioso que gocen de un margen de acción suficiente, pero obviamente sin salirse del marco de la Ley (Marín, 2007, pág. 145).

Como lo señala Marín (2007), es indiscutible que en algunos casos la administración que debe resolver conforme con la apreciación del órgano o funcionario competente. En algunas ocasiones, el funcionario podrá decidir, facultado para obrar o abstenerse, de acuerdo con las circunstancias; en otras ocasiones, la norma permitirá escoger entre varias opciones de decisión; en otras circunstancias, la Ley fijará sólo los presupuestos de hecho que lo autorizan para poner en ejercicio la atribución de que se trata, brindándole potestad para proferir la decisión que considere más adecuada. Así pues, algunas facultades administrativas se ejercen con un cierto margen de discrecionalidad, posibilitando a la autoridad para apreciar y juzgar las circunstancias de hecho, de oportunidad y conveniencia, y, de acuerdo con dichas circunstancias, actuar o no actuar, o para escoger el contenido de su decisión, de acuerdo con mismos criterios. Para Marín (2007), antaño la discrecionalidad era entendida jurídicamente como la libertad plena para decidir, a través de actos que por su naturaleza no eran justiciables, es decir, se trataba de actos que no estaban sujetos a control judicial. La evolución del Derecho Administrativo en el Estado de Derecho y, posteriormente en el Estado Social de Derecho, el poder del Estado no es ilimitado ni incuestionable y, tampoco puede ejercerse de manera arbitraria, según el capricho de los gobernantes y administradores, por el contrario, en la actualidad, la potestad administrativa se encuentra supeditada al marco legal y constitucional y la discrecionalidad no puede ser entendida como un permiso para tomar decisiones arbitrarias o exentas de control alguno.

García de Enterría (1999), citado por Desdentado (2010) explica que la discrecionalidad es "... esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (oportunidad, económicos, etc.), no

incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración” (Desdentado, 2010, pág. 178). Al respecto es importante recordar que, en el fenómeno de la discrecionalidad lo que existe es una libertad que faculta a la Administración para elegir “entre actuar y no actuar”, (discrecionalidad de actuación) mientras que, en otras circunstancias, se trata de una libertad de opción para elegir la solución entre diversas alternativas igualmente justas (discrecionalidad de elección). En este último sentido, no es dado suponer que la facultad de elección es siempre otorgada al órgano administrativo dentro de un margen de apreciación que el ordenamiento deja a la elección (es decir a la discreción) del mismo, ya que existen numerosos ejemplos en los que la potestad de elegir está limitada a escoger una solución entre dos o más alternativas que, no obstante, se encuentran regladas. De tal modo que, puede haber libertad de elección (discrecionalidad) sin que exista margen de apreciación, porque el legislador ya delimitó las opciones con una decisión predeterminada.

Resulta preciso distinguir entre discrecionalidad y arbitrariedad, pues son categorías que responden a diferentes conceptos y que, incluso, son contradictorios. La discrecionalidad es el ejercicio de potestades reglamentadas legalmente, pero con cierto margen de libertad de acción. La Administración profiere su decisión de acuerdo con la complejidad y variación de los casos en su conocimiento, para ello, aplica el criterio que considere más justo a la solución concreta y en procura siempre del bienestar general (atendiendo a los fines esenciales del Estado), para ello, observa los criterios generales establecidos en la legislación vigente. “La arbitrariedad, por el contrario, no consulta el ordenamiento jurídico vigente sino el capricho y la voluntad de quien la ejercita y no propende por el interés general sino por la satisfacción de intereses privados” (Cassagne, 2007, pág. 10).

### **1.3. El Estado social de derecho y los principios constitucionales.**

Los principios constitucionales regulan la organización y funcionamiento del Estado y toda la legislación está sometida a ellos, y por ser la Constitución la norma superior del ordenamiento jurídico, no pueden ser vulnerados, pues su violación afectaría la unidad e integridad del sistema legal del país (Agudelo Ibáñez, 2015). Estos principios no siempre están expresamente consagrados en la Constitución, pero se derivan de ella y tienen la misma fuerza jerárquica de las normas que ella contiene. Nino (1983) describe los principios como una herramienta argumentativa que permite reformular el derecho legislado, salvándolo de sus imperfecciones formales y adecuándolo a los estándares valorativos vigentes.

Según Lamprea (1994), lo más novedoso en la Constitución de 1991, es el establecimiento de principios fundamentales, declaraciones categóricas cuya función es servir de criterios superiores de la legalidad; ha determinado las normas

básicas materiales, que servirán para juzgar las demás que les sean subalternas. De esta forma, se sabe que igualdad, libertad, orden justo y pluralismo político, cumplen la función de servir de puntos de referencia para la expedición de nuevas normas y para la interpretación de las viejas; además, junto con los principios, obran a la manera de elementos interpretativos del orden jurídico, para todo individuo que tenga por función crear, interpretar o aplicar un precepto legal (Cárdenas Caycedo, 2016). Los llamados principios constitucionales se consideran elemento fundamental en la estructura conceptual jurídica, su función es la de presidir la aplicación de los textos constitucionales, servir de guía en la creación de nuevas normas y ser dechado en el cotejo normativo al indagar acerca de la constitucionalidad de los preceptos interiores. Esta postura ha sido particularmente aceptada por corrientes como el neoconstitucionalismo en sus variadas clasificaciones, al considerar el Estado Constitucional como la mejor y más justa forma de organización política y, al atribuir a las constituciones un “fuerte y ambicioso contenido normativo, contentivo de la organización del Estado, pero además de una formulación de derechos y de obligaciones correlativas” (Arévalo Perdomo, & Sotomayor Espitia, 2016, pág. 95)

La Corte Constitucional en (Sentencia C-818, 2005), a propósito del estudio de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002, realiza una clara distinción entre principios y reglas y explica las diferentes categorías en que se pueden dividir los primeros. Así mismo, ilustra acerca del papel que juegan los principios en el ejercicio de ponderación y los alcances de la potestad sancionadora que ejercen las autoridades administrativas. Explica dicha Corte, que en la teoría del derecho se reconoce a los principios y a las reglas como categorías de normas jurídicas. Ambas se suelen clasificar dentro de dicho concepto pues desde un punto de vista general (principio) o desde otro concreto y específico (regla) establecen aquello que es o debe ser. Así las cosas, tanto los principios como las reglas al tener vocación normativa se manifiestan en mandatos, permisiones o prohibiciones que delimitan y exigen un determinado comportamiento.

(...) Los principios (...), consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. (...) Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base [deontológico]-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. (Corte Constitucional, Sentencia C-818 de 2005).

Siguiendo las definiciones dadas a estos preceptos acabados de referir, a título ilustrativo, la Corte Constitucional ha destacado los siguientes: 1) El artículo 230 Superior que, al someter a los jueces en el desarrollo de la función jurisdiccional al imperio del ordenamiento jurídico, reconoce a los principios generales del derecho como criterios auxiliares de la actividad judicial. 2) El artículo 8 de la Ley 153 de 1887, dispone que, cuando no haya Ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas o principios generales de derecho. 3) Finalmente, en el ámbito disciplinario, el artículo 21 de la Ley 734 de 2002, determina que: “En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta Ley y en la Constitución Política”.

Según la Corte Constitucional en la referida sentencia C-818 de 2005, la principal diferencia entre ambos tipos de normas radica en la especificidad de sus órdenes o preceptos, pues mientras los principios son típicas normas de organización, mediante los cuales se unifica o estructura cada una de las instituciones jurídicas que dan fundamento o valor al derecho, a través de la condensación de valores éticos y de justicia; las reglas constituyen normas de conducta que consagran imperativos categóricos o hipotéticos que deben ser exactamente cumplidos en cuanto a lo que ellas exigen, sin importar el ámbito fáctico o jurídico en el que se producen.

El Estado de derecho se encuentra consagrado como principio fundamental de nuestra organización política en los artículos 1 y 121 de la Constitución. El primero expresa que “Colombia es un Estado social de derecho” y el segundo consagra que “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”. En tal virtud, Colombia es un Estado no sólo de derecho (regido por el principio de legalidad), sino también social, en virtud de lo cual, debe primar el bienestar general de la colectividad y la Administración Pública debe cumplir para el efecto, cometidos tales como la salud, la educación, la vivienda digna, etc. La naturaleza social del Estado debe encauzar la efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales, con base en el principio de igualdad, que comprende no sólo las relaciones políticas sino todas las demás que existen entre los miembros de la comunidad. La Corte Constitucional en la citada sentencia C-818 de 2005 expresa:

Esta Corporación ha señalado que la fuerza normativa de los principios y valores constitucionales es tan clara que incluso habría que retirar del ordenamiento aquellas disposiciones que vulneran el Preámbulo, ya que éste forma parte de la Carta y goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma -sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios (Sentencia C-818, 2005).

En sentencia T-406 de 1992, la Corte Constitucional textualmente declaró:

Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante, el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos (Sentencia T- 406, 1992).

Dentro del contexto del Estado social de derecho, la Administración Pública desarrolla múltiples funciones en el ejercicio de sus relaciones con los particulares y los asociados en general, y para que el desarrollo de tales funciones no sea arbitrario sino acorde con los postulados del Estado de derecho, debe existir un total respeto por el ordenamiento jurídico denominado principio de Legalidad: que, debe ser entendido como inherente al Estado de derecho, tal como lo define Santofimio (2004), es decir, como aquel que regula en todos los sentidos el ejercicio del poder público, en beneficio directo de los administrados. El derecho administrativo de la postmodernidad, será fruto de la participación de la comunidad, buscando el pluralismo y el respeto de la dignidad humana, la solidaridad de las personas sin discriminaciones conforme lo estipula el artículo 13 de la Constitución al decir: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación...” (Constitución Política de Colombia, 1991).

#### **1.4. El concepto de discrecionalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.**

La jurisprudencia del Consejo de Estado, recurre a definiciones formales o negativas de discrecionalidad, es decir, define las facultades discrecionales a través de su oposición a las facultades regladas, tal como se puede apreciar en el siguiente fragmento emanado de la Sala de Consulta y Servicio Civil de octubre 22 de 1995: “(..) en el ejercicio de la facultad reglada hay mera aplicación obligada de la norma: en el de la relativa discrecionalidad, la decisión viene a ser completada por el juicio y la voluntad del órgano que añaden una dimensión no prevista en la disposición”. En el mismo sentido, la jurisprudencia constitucional define la discrecionalidad de forma negativa, de manera implícita y no directa, contrastándola con la facultad reglada.

Tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, la mayoría de las veces recurren a definiciones formales o negativas de discrecionalidad

administrativa. Como resultado de ese margen de libertad decisoria, se le reconoce a la autoridad administrativa la posibilidad de disponer si actúa o no, y en caso de hacerlo, de disponer libremente, cual es la solución o medida que adoptará, es decir, la consecuencia jurídica en la que se concretará el supuesto de hecho de la norma habilitante, luego de elegir una de entre muchas alternativas jurídicamente admisibles.

No obstante, las referidas definiciones negativas, la jurisprudencia colombiana ha precisado que esa distinción entre facultades regladas y discrecionales no es radical, pues no existen “actos pura o totalmente reglados” ni “actos pura o totalmente discrecionales”. De tal suerte, más allá de la impropiedad terminológica en la que se incurre al hablar de “actos discrecionales” y no de facultades o potestades configuradas discrecionalmente, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado reconocen la existencia de un mínimo de elementos reglados en toda facultad, admitiendo, a la postre, una concepción mixta de la discrecionalidad, es decir, aquella que combina los conceptos “negativos” o “formales”, de un lado, y “materiales” o “positivos”, de otro, combinación que, ofrece la caracterización más completa de la discrecionalidad administrativa, lo que ha llevado a ambos tribunales a concluir que la distinción entre reglado y discrecional no es una cuestión categórica sino de grado.

## **2. Competencias de las autoridades ambientales, en la expedición de licencias ambientales.**

En el presente acápite del trabajo se hará referencia a las competencias establecidas por el Gobierno Nacional a las autoridades ambientales a través del Decreto 2041 del 2014 para la expedición de licencias ambientales.

### **2.1 Antecedentes de la licencia ambiental.**

En el año de 1974, como consecuencia de las facultades conferidas por el legislativo al ejecutivo, se expidió el Decreto Ley 2811, contenido del Código Nacional de Recursos Naturales, donde en sus artículos 27 y 28, se establece que, toda persona natural o jurídica tenía la obligación de declarar el peligro presumible que pudiera generar la obra o actividad susceptible de producir deterioro ambiental; además estableció la obligación de elaborar un estudio ecológico y ambiental (E.E.A.) e igualmente, la declaración de efecto ambiental (D.E.A.), tomado del modelo americano de regulaciones ambientales (Reyes Garcés, 2014).

Posteriormente, en la Conferencia Internacional de Naciones Unidas de 1992, celebrada en Río de Janeiro, se consagró en uno de sus principios que, los estudios de impacto ambiental serán la base para la toma de las decisiones de carácter ambiental y como consecuencia de esta manifestación, se expide en Colombia la Ley 99 de 1993 donde en su artículo 49 se estableció la obligatoriedad de la licencia ambiental cuando la ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad, que, de acuerdo con la ley o los reglamentos, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables notorias al paisaje.

Pero luego de fijar los eventos donde se requieren, el artículo 50 de la referida norma, la define como la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad sujeta al cumplimiento por parte del beneficiario, de los requisitos que ella establece, relacionada con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada. En consecuencia, las licencias ambientales se crearon para responder a la necesidad de prevenir, mitigar, corregir, compensar, manejar y controlar los impactos al ambiente generados por la actividad humana, en aras de establecer la forma en que puedan ser gestionados por los dueños de los proyectos, obras o actividades de forma responsable.

Igualmente, la Constitución Política de 1991 consagró el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano y la protección del patrimonio natural como una función tanto del Estado como de los ciudadanos, siendo uno de los mayores aportes el establecido por el artículo 80, como deber del Estado prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, además de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. De esta forma el desarrollo sostenible se constituyó en uno de los principios de la política ambiental colombiana y la planificación en uno de los instrumentos de la gestión ambiental y modificó la función del Estado al extenderle sus competencias, en los procesos de producción, explotación, distribución y consumo de bienes y servicios, donde juega un rol importante el otorgamiento de licencias y permisos ambientales.

## **2.2 Autoridades ambientales competentes.**

Son autoridades competentes para otorgar o negar licencia ambiental, conforme a la ley y al Decreto 1076 de 2015, las siguientes: la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA); las Corporaciones Autónomas Regionales y las de Desarrollo Sostenible; las Corporaciones Autónomas Regionales y las de Desarrollo Sostenible podrán delegar el ejercicio de esta competencia en las entidades territoriales, para

lo cual deberán tener en cuenta especialmente la capacidad técnica, económica, administrativa y operativa de tales entidades para ejercer las funciones delegadas; los municipios, distritos y áreas metropolitanas cuya población urbana sea superior a un millón de habitantes dentro de su perímetro urbano en los términos del artículo 66 de la (Ley 99, 1993) ; las autoridades ambientales creadas mediante la (Ley 768, 2002). Cuando el proyecto, obra o actividad se desarrolle en jurisdicción de dos o más autoridades ambientales, dichas autoridades deberán enviar la solicitud de licenciamiento ambiental a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), quien designará la autoridad ambiental competente para decidir sobre la licencia ambiental. En el acto de otorgamiento de la misma, la autoridad designada precisará la forma de participación de cada entidad en el proceso de seguimiento.

Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el (Decreto Único Reglamentario 1076, 2015), donde quedó compilada toda la reglamentación expedida en materia ambiental, con la finalidad de organizar la normativa existente. En esta norma y en materia de licencias ambientales, se establece las competencias asignados tanto a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) creada por el Decreto 3573 de 2011, como a las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, haciendo una enumeración taxativa de la competencias de los diferentes entidades administrativas ambientales, lo cual permite aseverar que, la actividad de las autoridades ambientales en Colombia en materia de la expedición de licencias ambientales se encuentra reglada o regulada, ya que la norma además establece también el procedimiento a seguir en cada uno de los trámites ante los diversos órganos competentes, así como su evaluación y seguimiento.

Si bien es cierto, la expedición de los actos administrativos por los cuales las autoridades ambientales otorgan dichas licencias se encuentra reglada, no es menos cierto que la discrecionalidad técnica se da en el soporte que sirve de base para la motivación de dichas decisiones administrativas, ya que en todo caso es un concepto de carácter técnico, quedando prácticamente al arbitrio o discrecionalidad de la administración la decisión que se adopte.

### **3. Discrecionalidad técnica en la expedición de licencias ambientales.**

La función administrativa que se ejerce dentro del Estado social de derecho, se materializa a través del instrumento de derecho administrativo llamado acto administrativo, el cual consiste en la manifestación de la voluntad de la Administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos.

Las autoridades ambientales colombianas, que poseen la competencia para la expedición de licencias ambientales, como ya se había anotado son la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y las Corporaciones Autónomas Regionales, encargadas de administrar los recursos naturales y el medio ambiente (Cuesta Hinestroza, Nupan Mosquera, Ramírez Moreno & Palacios Lozano, 2016). En cumplimiento de su función administrativa y previo agotamiento de un procedimiento administrativo especial, ellas terminan su actividad administrativa expidiendo actos donde otorgan o niegan las licencias ambientales en los diferentes ámbitos de la administración y atendiendo a la pluralidad de cobertura de las distintas actividades sujetas a este permiso, como los siguientes sectores: minería, hidrocarburos, eléctrico, marítimo y portuario, aeropuertos, infraestructura y otras actividades determinadas por la ley.

Sánchez (1995) plantea que la definición de acto administrativo, en contraste con los otros actos estatales, precisa de una mixtura de criterios, debido al carácter heterogéneo de sus creadores, así pues, se emplea el criterio orgánico al identificar como actos administrativos los actos de la Administración Pública en ejercicio de todas las funciones legislativas, jurisdiccional o administrativa netamente; se recurre al criterio material al identificar como actos administrativos los actos dictados por los Tribunales en ejercicio de las funciones administrativas y legislativas y los actos dictados por el Legislativo en ejercicio de funciones administrativas, y en todo caso, se emplea el criterio formal, cuando se trate de actos reglamentarios es decir, dictados en ejecución directa de la legislación indirecta de la Constitución.

Finalmente se puede afirmar que, los actos expedidos por estas autoridades ambientales, con base en un soporte técnico, le permite un margen de valoración a la administración, para resolver los casos utilizando nociones técnicas o especializadas de un saber, configurándose discrecionalidad técnica; decisiones que no escapan al sometimiento del principio de legalidad, y al control judicial, toda vez que el ciudadano afectado por esta decisión, podrá una vez agotada la vía administrativa acceder a la judicial y controvertir las decisiones de la administración, como consecuencia del exceso o incumplimiento de los límites existentes, para el ejercicio de la potestad discrecional.

#### **4. Control de legalidad de los actos administrativos.**

Al mismo tiempo que se concede a la Administración Pública la presunción de legalidad de sus actos por razones de seguridad jurídica y eficacia en las actuaciones; así mismo, el propio Estado se encarga de articular instrumentos jurídicos que le posibiliten al administrado desvirtuar esa presunción en aras de la defensa de sus

derechos y de la obtención de una eventual reparación de los mismos, cuando el poder del órgano administrativo se aparte de la juridicidad que le es exigible.

La sujeción no sólo a la Constitución sino también a la ley, es lo que se conoce como principio de legalidad, fundamento de las actuaciones administrativas, a través del cual se le garantiza a los administrados que la Administración, en ejercicio de sus potestades, actúa dentro de los parámetros fijados por el Constituyente y por el legislador, razón que hace obligatorio el acto desde su expedición, pues se presume su legalidad.

En síntesis, los actos administrativos que ponen fin al proceso de obtención de una licencia ambiental, expedida por la autoridad ambiental respectiva, gozan de la misma presunción de legalidad al cual hemos venido haciendo referencia y estarán sujetos al control judicial, en los eventos en que sea vulnerado este principio constitucional.

## 5. Diferencia entre acto reglado y acto discrecional.

Es necesario recalcar que, si bien la Administración Pública desarrolla su actividad con sujeción a lo dispuesto en la Constitución y la ley; la intensidad de dicha sujeción varía en la medida en que aquellas encauzan o limitan dicha actividad. En algunos casos las normas legales determinan con precisión lo que deben hacer los órganos de la Administración, dada una situación de hecho correspondiente, se debe proferir tal o cual acto administrativo, cuyo contenido y efecto será tal o cual, tal es el caso de las resoluciones motivadas que otorgan o niegan los permisos de licencias ambientales. En otros casos, los órganos administrativos se desenvuelven con mayor libertad; la ley no determina lo que deben hacer en los casos concretos, sino que les otorga poderes jurídicos y fija simplemente los lineamientos generales de su actuación. Los actos dictados en el primer supuesto se denominan actos reglados; en el segundo, actos discrecionales.

Tal como lo expone Fraga (1968), partiendo de la relación que guarda la voluntad creadora del acto con la Ley, los actos administrativos se clasifican en dos categorías: el acto obligatorio, reglado o vinculado y el acto discrecional. El primero es el acto que constituye la mera ejecución de la Ley, el cumplimiento de una obligación que la norma impone a la Administración cuando se ha realizado determinadas condiciones de hecho. En tanto que los actos discrecionales, son los dictados por las autoridades administrativas en procura del buen servicio público, como, por ejemplo, la declaración de insubsistencia y la facultad de libre nombramiento y remoción.

En ejercicio de la potestad reglada ha sostenido la Corte Constitucional que, hay una mera aplicación obligada de la norma en la que la relativa discrecionalidad de la decisión viene a estar supeditada por el postulado del buen servicio a la colectividad por parte del órgano competente para expedir el acto administrativo correspondiente. De esa manera puede afirmarse que hay facultad o competencia discrecional, cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, es libre, dentro de los límites que fije la Ley, para adoptar una u otra decisión, es decir, cuando su conducta no está previamente determinada por la Ley. A contrario sensu, hay competencia reglada cuando la Ley ha previsto que frente a determinadas situaciones de hecho el administrador debe tomar las medidas a él asignadas en forma expresa y sujetarse a las mismas. En todo caso, la discrecionalidad no constituye un concepto opuesto a lo reglado pues, aunque en principio parezca contradictorio, toda potestad discrecional debe observar ciertos elementos esenciales para que se considere legal, es así como, debe existir la potestad, su extensión, la competencia por parte del órgano que la ejerce y la finalidad a que responde que en todo caso debe tender a la satisfacción del interés general.

El margen de libertad de que goza la Administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales no puede ser extralegal, sino por el contrario, remitido por la Ley, de suerte que, como lo explica García de Enterría (1999), no puede haber discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de ésta y en la medida en que ésta lo haya dispuesto. Según la Corte Constitucional, en (Sentencia C-435, 2013), la diferencia entre los actos reglados y los discrecionales se reduce a una mera diferencia de grado, en los primeros prima la aplicación de normas de jerarquía superior al caso concreto, en los segundos prevalece la creación de soluciones para problemas concretos a la luz de esas mismas normas.

La exigencia de sometimiento al principio de legalidad no pretende desconocer la potestad discrecional de que goza la Administración Pública, es decir, la facultad de realizar juicios de valor, apreciaciones y estimaciones con el fin único de permitir el cumplimiento de los fines del Estado, sino advertir que ésta debe, en todo caso, sujetarse al principio de legalidad, esto es, al respeto del ordenamiento jurídico, y propender por la salvaguarda del bien común y del interés general. La potestad discrecional debe ser, por lo tanto, de evidente y estricta sujeción al bloque de la legalidad como lo expone Santofimio (2004), siendo por su naturaleza de esta misma estirpe, en la medida que se presenta tan sólo en aquellas oportunidades en que la Ley o los reglamentos permiten cierto grado de amplitud en la apreciación de los hechos que motiven su aplicación por los funcionarios administrativos.

En el ordenamiento jurídico colombiano, tanto la jurisprudencia como la doctrina han señalado que la facultad discrecional no es absoluta ni ilimitada,

pues de serlo, se quebrantaría el principio rector de la legalidad de los actos, pilar del Estado de derecho. En principio, en la legislación, ningún acto de la Administración se encuentra libre de control de legalidad por la jurisdicción contencioso administrativa, debido a que, discrecionalidad no es lo mismo que arbitrariedad (Santofimio, 2004, p. 29). La legislación colombiana en materia administrativa, exige que, al expedir un acto administrativo, exista identificación entre la decisión que se adopta y los fines de la norma que le sirve de sustento. Así mismo, que haya proporcionalidad entre la decisión y los hechos que le sirven de causa; principio que la doctrina denomina de la razonabilidad, el cual consiste en expresar los motivos que llevan a la Administración a tomar una decisión, partiendo del contenido de la norma discrecional y llegando a la realidad fáctica. Como lo manifiesta el artículo 44 de la ley 1437 del 2011: “En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular, sea discrecional, ésta debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa...”. Las autoridades ambientales deben forzosamente expresar las razones que la llevan a adoptar una determinada decisión, a la hora de expedir una licencia ambiental, dentro del amplio esquema de posibilidades que el ordenamiento les otorga.

Esta relación entre lo decidido, lo permitido y la realidad de los hechos, que debe quedar expresada en el respectivo acto administrativo, constituye una garantía de seguridad jurídica para el ejercicio de competencias discrecionales, y suministra los elementos necesarios para el ejercicio de los controles naturales sobre dichas decisiones. En consecuencia, el ejercicio de una potestad discrecional cuando no concurren los hechos determinantes del mismo, es contrario a derecho. En igual sentido, mediante Sentencia C-539 de julio de 2011, la Corte Constitucional puntualizó que, por expreso mandato constitucional, todas las autoridades administrativas están sometidas al imperio de la Constitución y la ley, lo cual envuelve el necesario acatamiento del precedente judicial emanado de las altas Cortes. El imperio de la Ley, al que están sujetas las autoridades administrativas, debe entenderse como la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales. El respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas se fundamenta en el respeto al debido proceso y al principio de legalidad en materia administrativa según se desprende de los artículos 29, 121 y 122 de la Constitución. Todas las autoridades administrativas se encuentran obligadas a interpretar y aplicar las normas a los casos concretos de conformidad con la Constitución y la Ley. Las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable. El desconocimiento del precedente y con ello del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos, según los artículos 6 y 90 constitucionales. Las actuaciones y decisiones

de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la Ley (C.P., 1991, art. 13).

## 6. Discrecionalidad técnica.

El concepto de discrecionalidad técnica y el control de su ejercicio por parte de las autoridades judiciales, ha experimentado una marcada variación doctrinal y jurisprudencial. El Consejo de Estado en la Sentencia 13503 de 31 de octubre de 2007, siendo Ponente Mauricio Fajardo Gómez, realiza un resumen de dicha variación, indicando que algunos autores ubican las primeras referencias al concepto de discrecionalidad técnica en la doctrina alemana del siglo XIX, cuando Bernatzik (1886) sostenía que la dificultad de algunos casos impide al juez controlar la compleja cadena de razonamientos que debe llevar a cabo la Administración para precisar las cuestiones técnicas necesarias para resolverlo, pues lo que tendría lugar, de admitirse en tales eventos la fiscalización judicial, no sería realmente un control objetivo sino el otorgamiento de prevalencia a un nuevo punto de vista técnico: “si un Tribunal administrativo pudiese examinar las decisiones tomadas por la Administración en esta materia, se producirá una “doble Administración” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia 13503, 2007).

En la doctrina española Sánchez (1994), afirma que la discrecionalidad técnica supone el otorgamiento que la Ley hace de “un ámbito de decisión a los administradores para obtener un resultado conforme a evaluaciones de naturaleza exclusivamente técnica”, ámbito de actuación que suele venir orientado o delimitado por conceptos jurídicos indeterminados cuya concreción frecuentemente es “incierta y opinable”. Por su parte, para Desdentado (2010), los criterios técnicos esgrimidos por la Administración como fundamento de sus decisiones pueden ser plenamente fiscalizables por los jueces, en algunas ocasiones, mientras que en otros casos el juez deberá estarse a lo resuelto por el órgano administrativo, dada la naturaleza del criterio técnico en el cual la decisión se apoya:

En el ordenamiento jurídico colombiano se advierten algunos pronunciamientos jurisprudenciales en los cuales se reflejan las referidas líneas doctrinales, de tal suerte, en ocasiones se ha sostenido la imposibilidad para el juez, de fiscalizar los fundamentos técnicos de las decisiones de la Administración; otras veces se ha negado la existencia de margen alguno de apreciación técnica en beneficio de la Administración; y en otras ocasiones, se ha estimado necesario que el juez controle el contenido de los criterios técnicos acogidos por la Administración para adoptar ciertas decisiones. (Murillo, 2014, pág. 52)

En la actualidad, para la jurisprudencia contencioso administrativa y la constitucional colombiana, resulta claro que, en las sociedades modernas es menester

la utilización de conocimientos y nociones técnicas o propios del saber especializado, y la consecuente atribución de márgenes de valoración a la Administración para que resuelva los casos concretos con base en criterios de dicha naturaleza; en la medida en que no siempre la técnica o la ciencia, ofrecen alternativas únicas para la resolución de un supuesto específico para la determinación del sentido de una política pública, la adopción de decisiones con base en criterios técnicos puede dar lugar, en algunos eventos, a la existencia de márgenes de apreciación que, incluso, pueden configurarse como facultades de naturaleza discrecional, eso sí, siempre susceptibles de fiscalización judicial.

Así las cosas, según la jurisprudencia, los márgenes de valoración técnica, pueden dar lugar a la existencia de facultades discrecionales (discrecionalidad técnica), lo cual, en manera alguna suponen que el juez se encuentre impedido para fiscalizar el fundamento técnico de los actos administrativos demandados. El tratamiento que se ha dado en la jurisprudencia colombiana a este tema de la discrecionalidad técnica ha sido el siguiente:

### **6.1. La discrecionalidad técnica en la jurisprudencia del Consejo de Estado.**

En la Sentencia 13503 de 31 de octubre de 2007, antes referida, el Consejo de Estado, desarrolla a profundidad los lineamientos generales en que se basa la Corporación en cuanto a la noción de discrecionalidad técnica, su incidencia en la naturaleza jurídica de las facultades que ejerce la Administración con base en criterios de naturaleza técnica, y los alcances y límites del control judicial de las correspondientes decisiones. En primer lugar, afirma el Consejo de Estado que no puede compartirse la aseveración absoluta de acuerdo con la cual el derecho público colombiano es ajeno a la “discrecionalidad técnica”.

Así mismo, señala que las decisiones administrativas fundamentadas en criterios técnicos, incluso en aquellos casos que planteen “cuestiones técnicas complejas”, al igual que la entera actividad de los poderes públicos en un Estado de derecho, se encuentran sometidas por completo al ordenamiento jurídico y, por tanto, son susceptibles de fiscalización judicial. Cosa distinta es que, en consideración a las particularidades de cada caso concreto y a la naturaleza y complejidad de la cuestión técnica debatida, el control judicial que se lleve a cabo puede tener una intensidad diversa, de tal forma, en los supuestos en los cuales la ciencia o el conocimiento técnico aplicable no aporte soluciones unívocas e indiscutidas, o se trate de pronósticos o juicios técnicos que dan lugar a la aplicación de criterios de decisión que superan el ámbito de lo estrictamente científico, el juez, en principio, se estará al criterio objetivo elegido por la Administración para decidir, a no ser

que se acredite que el mismo incurre en error manifiesto de apreciación. En los demás casos, nada obsta para que el control que se practique respecto del soporte técnico de la decisión administrativa pueda tener la mayor intensidad.

En atención a lo anterior, según dicho Tribunal, cuando se trate de litigios en los cuales se controvierta la legalidad de decisiones administrativas sustentadas en cuestiones técnicas, las autoridades judiciales no están obligadas a inclinarse por la valoración previamente efectuada por la Administración, toda vez que ello contravendría la naturaleza y los propósitos de la actividad probatoria desplegada dentro del proceso y de la función jurisdiccional misma, que tienen por objeto, precisamente, permitir a las partes obtener, o cuando menos intentar, el convencimiento del juez en favor de sus pretensiones. Y como el Tribunal se halla ubicado en una posición de imparcialidad, *supra partes*, debe resolver la discrepancia técnico-valorativa entre demandante y demandado, que se encuentran en pie de igualdad en tratándose de supuestos en los cuales (i) para llevar a cabo su escogencia la Administración acude a la técnica y ésta no reconoce como posible una, sino varias alternativas de solución igualmente eficaces para alcanzar el propósito perseguido o (ii) de aquellos casos en los cuales la decisión administrativa está basada en hipótesis científicas que no han sido corroboradas, bien porque el estado de la ciencia no lo permite, ora por tratarse de juicios de prognosis, de suerte que la Administración habrá de efectuar la elección última atendiendo a lo que estime más conveniente para el interés público, en estos dos tipos de supuestos, el control judicial habrá de contraerse, en principio, a excluir la alternativa seleccionada por la Administración cuando ésta incurra en

“error manifiesto de apreciación”, esto es, cuando la elección resulte manifiestamente desproporcionada, irrazonable o arbitraria control judicial “negativo”, en la medida en que se limita a verificar la no trasgresión de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico. En cambio, en los supuestos en los cuales (iii) la Administración decide aplicando conceptos jurídicos que remiten a criterios de naturaleza técnica que permiten identificar, en el caso concreto, la única solución ajustada a derecho y se demuestra en el proceso que no fue ésa la elegida por el órgano administrativo, la intensidad del control judicial debe ser mayor y, entonces, se tratará de un control “positivo” en la medida en que el juez habrá no sólo de anular la decisión demandada, sino de imponer la única solución que resulta jurídicamente admisible, sustituyendo, por tanto, la escogencia previamente efectuada por la Administración, siempre que exista soporte acreditativo suficiente en el expediente para proceder de tal manera y el resultado de la apreciación conjunta de la comunidad probatoria, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, así lo impongan. (Sentencia Nulidad y restablecimiento del derecho 13503, 2007)

Finalmente, indicó el Consejo de Estado que corresponde al demandante la carga de aportar los elementos de prueba que conduzcan a evidenciar el error manifiesto

de apreciación en el cual ha incurrido la valoración administrativa y, cuando haya lugar a ello, a acreditar cuál es entonces la única interpretación del concepto técnico en cuestión que resultaría jurídicamente admisible. Queda así claro que los márgenes de valoración técnica, sin duda pueden dar lugar a la existencia de facultades discrecionales (discrecionalidad técnica) que en manera alguna suponen que el juez de lo contencioso administrativo se encuentre impedido para fiscalizar el fundamento técnico de los actos administrativos demandados.

## **6.2. La discrecionalidad técnica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.**

La jurisprudencia constitucional por su parte, adopta una posición diferente en el tratamiento de la discrecionalidad técnica; llegando en ocasiones la Corte Constitucional a sostener la imposibilidad para el juez, de fiscalizar los fundamentos técnicos de las decisiones de la Administración como se aprecia en la Sentencia T-418 de 1993:

(...) tradicionalmente, la Constitución y la ley reconocen un campo de poder discrecional al ejecutivo, inmune al control de los jueces. Su fundamento se encuentra en la mayor capacidad técnica de la administración para tomar determinado tipo de decisiones, cuya valoración no pueden hacerla más que los órganos especializados o las instancias del poder político-administrativo. (Sentencia T-418, 1993)

Así mismo, la Corte Constitucional en la sentencia antes mencionada, ha rechazado la posibilidad de que el juez sustituya los criterios técnicos de la Administración, con base en los aportados al proceso judicial por parte de peritos. Como, por ejemplo, al plantearse el interrogante “¿A través de la tutela se puede ordenar a la administración pública la adopción de ciertas especificaciones técnicas de una obra pública?”, la Corte respondió lo siguiente:

La Sala de Revisión de la Corte Constitucional considera que en el estudio de asuntos en los que se encuentre involucrado el análisis de temas científicos o técnicos, los jueces de tutela, cuando decidan amparar un derecho, no deben llegar en todo caso a inmiscuirse en dichos asuntos, fruto de disciplinas científicas diferentes al derecho, para efectos de obligar a una autoridad administrativa a realizar algo técnico de una cierta manera. Ahora bien, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al revisar la decisión producto de la discrecionalidad, debe examinar si ésta es razonable o arbitraria, de conformidad con el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo. (Sentencia T-418, 1993)

No obstante, luego de haber reconocido la existencia de la discrecionalidad técnica de que goza la Administración, y de haber rechazado la posibilidad de que

el juez sustituya los criterios técnicos de la Administración por aquellos criterios técnicos aportados por peritos, a renglón seguido, dentro de la misma (Sentencia T-418, 1993), la Corte Constitucional, niega la existencia de margen alguno de apreciación técnica en beneficio de la Administración, y afirma que el juez no debería irrumpir en temas técnicos, señalando lo siguiente:

...Discrecionalidad técnica es, según Garrido Falla (1985), aquella en la cual la emisión del acto administrativo depende de un juicio o informe técnico previo, cuya valoración queda a cargo de la Administración Pública.

A criterio de la Sala de Revisión, el derecho público colombiano es ajeno a la “discrecionalidad técnica”, por las siguientes razones:

1. Porque las reglas técnicas no pueden estar supeditadas a la discrecionalidad. A lo sumo la técnica puede quedar supeditada a la elección de un método, sistema o procedimiento científico, pero nunca a la discrecionalidad. Las reglas técnicas obedecen a conclusiones científicas, y éstas derivan de criterios que nada tienen que ver con la discrecionalidad, por ejemplo: la capacidad de una presa o la estructura de un puente.

2. Porque aun cuando una conclusión “técnica” puede lograrse mediante distintos métodos, igualmente eficaces, ello no siempre sucede así, pues puede ocurrir que para llegar a la conclusión deseada exista un método único, cuya utilización sea entonces ineludible.

3. Porque para llegar a una conclusión científica o técnica, el elemento o factor “interés público” es irrelevante. Este interés sólo se valora y entra en juego cuando, conocido un informe técnico, haya de resolverse si, con base en tal informe, corresponde o no dictar determinado acto administrativo para satisfacer exigencias del interés público”. (Sentencia T-418, 1993)

No obstante, la teoría de la discrecionalidad técnica ha sido ampliamente cuestionada, hasta el punto de que, en la actualidad, nadie puede, razonablemente, sostener que una actuación administrativa que deba fundarse en criterios técnicos carezca de control judicial. Nada obsta para que los datos científicos que sirven para tomar una determinada decisión administrativa puedan ser judicialmente controvertidos a fin de precisar si resultan razonables desde perspectivas científicas aceptables. Lo anterior no implica que el juez sustituya a la administración. Se trata, simplemente, de que ésta no se escude en la antigua teoría de la “discrecionalidad técnica” para tomar decisiones arbitrarias, sin que por ello resulte afectada su facultad de optar, entre varias decisiones posibles, por la que considere más adecuada. En otras palabras, una decisión basada en datos técnicos o científicos no puede apoyarse en meras especulaciones originadas por el criterio subjetivo del funcionario público, sino en la regla propia de la técnica o de la ciencia de que se trate y, por lo tanto, en criterios objetivos, ciertos y confrontables

Se puede inferir de la (Sentencia T-587, 1998) que, incluso cuando exista discrecionalidad, los criterios de tipo técnico tenidos en cuenta por la Administración para decidir, son fiscalizables en sede judicial. Y, finalmente, que la existencia de elementos técnicos aportados durante el procedimiento previo a la adopción de la decisión, traslada a quien pretenda apartarse de ellos, la carga de la prueba.

## 7. El control judicial de la potestad discrecional.

Es lógico pensar que las facultades administrativas de carácter discrecional, son objeto de diversos tipos de controles tanto constitucionales, legales y judiciales, pues de lo contrario no se entendería como los ciudadanos a diferencia de épocas remotas estarían sometidos al arbitrio de la administración, posición que ha sido reiterativa de la Corte constitucional, en lo que se refiere a la motivación de los actos de la administración y a la observancia del principio constitucional de legalidad, lo cual no obsta para que el ciudadano pueda por vía contenciosa administrativa acudir ante los jueces, para que conforme a derecho resuelva sus peticiones.

Las tesis contrapuestas de varios juristas, especialmente alemanes, se han concentrado en torno al alcance de la revisión judicial de la discrecionalidad, particularmente, en los poderes del juez para sustituir la actividad administrativa en caso de considerarla ilegítima o antijurídica. En Argentina, la tendencia general de los juristas se orienta hacia la admisión, en principio, del control judicial de la actividad discrecional de la Administración, aun cuando difiere en sus alcances (Marín, 2007, p. 170). PAREJO y SÁNCHEZ (1994), citados por MARÍN (2007, pp. 143-160), coinciden en el reconocimiento de la plena vigencia del Estado de derecho siempre que exista plena exigencia de control por parte de los jueces, pero se diferencian en cuanto a las modalidades e intensidad de dicho control.

El primer mecanismo para controlar el ejercicio de las facultades administrativas discrecionales es el que hace alusión a los elementos reglados del acto discrecional, mecanismo según el cual, no es posible la existencia de un acto sin la de una potestad previa, ni la de ésta si no ha sido consagrada previa y expresamente en la Ley. El segundo mecanismo es el de la desviación de poder, en virtud del cual, el fin de las potestades discrecionales es también un elemento reglado de las mismas, por encontrarse previsto en la Ley o condicionado por los conceptos de utilidad pública o interés general.

En la actualidad, existen tres nuevos mecanismos de control al ejercicio de las facultades administrativas discrecionales, los cuales son: el control por los hechos determinantes, consistente en verificar la existencia, veracidad y exactitud de los hechos que determinan la decisión, el control basado en los principios generales

del derecho, el cual tiene como fundamento la plena vinculación de toda actividad administrativa a la Ley y al derecho, incluyendo dentro de éste la “condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el sustratum del ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica” (García de Enterría & Fernández, 1999, p. 476), de suerte que el ejercicio de la discrecionalidad debe respetar como límites infranqueables principios tales como los de objetividad, imparcialidad, protección de la confianza legítima e igualdad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y respeto a los derechos fundamentales. Finalmente, el mecanismo de control referente a los conceptos jurídicos indeterminados, el cual constituye una reducción a la discrecionalidad, en la medida en que, a diferencia de aquella, no hay pluralidad de soluciones válidas, sino que sólo es correcta una solución dentro de varias posibilidades (Cassagne, 2007, p. 20).

Para la doctrina especializada, el alcance y fijación de los límites del control judicial sobre el ejercicio de las facultades discrecionales, debe encontrar el equilibrio entre facultades administrativas y derechos individuales, y a la vez, evitar el riesgo de que el juez termine asumiendo la posición que ocasionalmente corresponde a la Administración en la garantía del interés público (Marín, 2007, p. 173). Por su parte, la línea jurisprudencial imperante afirma, que la facultad discrecional conferida a la Administración no implica una habilitación para decidir de manera arbitraria, por tanto, siempre debe estar sometida al control jurisdiccional. En palabras de Fernández (1994), el juzgamiento de la discrecionalidad “en principio, fue la excepción, el principio ahora es el sometimiento pleno de toda la actuación administrativa a la ley y al Derecho”.

Finalmente, vale la pena resaltar que la Ley 1437 del 2011 introdujo modificaciones importantes en la concepción del juez, conforme a las exigencias constitucionales y a las transformaciones sociales e institucionales. Las orientaciones dogmáticas de la Constitución de 1991 introdujeron cambios en la forma de pensar y de actuar de los jueces, quienes no continuaron limitando su labor a la sola defensa objetiva de la legalidad, sino que orientan también sus poderes, ampliados por los mandatos superiores, a la defensa y garantía de los derechos de los asociados; un juez garante y protector de los derechos de las personas.

## **8. Límites de la discrecionalidad.**

Como se ha venido mencionando, el ejercicio de toda potestad discrecional se somete a ciertos límites jurídicos generales, aparte del deber de observancia de los aspectos específicamente delimitados en las normas que la regulan. Ahora bien, la discrecionalidad presupone una norma que la autoriza. La facultad discrecional es una excepción, por ello, el Consejo de Estado advirtió que, siendo los actos

discrecionales excepcionales en el ordenamiento jurídico colombiano, para que se pueda decir que se está en presencia de ellos, es requisito indispensable que la Ley expresamente lo disponga. Así, según el principio de competencia constitucional y legal previa, en el Estado de derecho la Administración Pública está sometida al ordenamiento jurídico y sólo le está permitido actuar discrecionalmente cuando la Constitución y la ley, en forma expresa y excepcional, lo autorizan. No hay acto sin potestad, ni potestad que no haya sido previa y expresamente atribuida por la Constitución y la ley. Si no existe norma expresa que autorice la discrecionalidad como excepción, se presume el carácter reglado como regla general.

Así mismo, la discrecionalidad debe ser “Adecuada a los fines de la norma que la autoriza” la adecuación es la correspondencia entre el contenido discrecional y la finalidad de la norma originante, es decir, la armonía del medio con el fin. La función administrativa está al servicio de los intereses generales, más exactamente para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado; no se concibió para satisfacer caprichos individuales. El único tipo de discrecionalidad que resulta de recibo es la que puede fundamentarse en datos y hechos objetivos controlables, que pueden vincularse a una finalidad legítima no vulneradora de los principios jurídicos y cuyo ejercicio, además, pueda considerarse razonable y proporcionado.

En síntesis, el poder discrecional es un poder funcional, por lo que está obligado a dar cuenta de su efectiva adecuación a la función para la cual fue creado, a justificarse en su ejercicio y a justificar también su conformidad con la Ley. Si la decisión discrecional no es adecuada a los fines de la norma que la autoriza, ni es proporcional a los hechos que le sirven de causa, ello significa que se transgreden los límites de la discrecionalidad y se configura el vicio de nulidad por desviación de poder.

## **8.1. Transgresión a los límites de la discrecionalidad.**

### **8.1.1. La desviación de poder.**

En un Estado de derecho la determinación del interés público y de las necesidades colectivas, conciernen al legislador en su calidad de depositario de la soberanía popular y representante de la voluntad del cuerpo electoral. La Administración como subordinada y servidora de tales fines, es llamada en ocasiones a completar esa tarea, bien de manera expresa cuando el legislador le atribuye márgenes de libertad decisoria, o bien de modo implícito en los supuestos en que utiliza conceptos vagos o indeterminados en los actos que profiere. Sin embargo, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado el hecho de que el órgano administrativo se encuentre en la posición de precisar o integrar esos fines de interés público en

algunos ámbitos de su actuar, en manera alguna significa que pueda modificarlos, reemplazarlos por su propia alternativa teleológica o, peor aún, desconocerlos, pues al hacerlo usurparía la función constitucionalmente atribuida al Legislador, quebrantando así el equilibrio de poderes. Los fines que este último determina como de interés público, son la justificación de la actividad de la Administración, de modo que, si ésta se aparta de dichos fines en el desempeño de sus funciones, incurre en desviación de poder. Como señala la Sentencia proferida dentro del radicado 11001-03-26-000-1995-307401, de 30 de noviembre del 2006, siendo Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez, de la Sección Tercera:

Como se aprecia, uno de los elementos reglados presente en todo acto administrativo es el fin. En un Estado democrático de Derecho la determinación de los fines de interés público y de las necesidades colectivas que orientarán la gestión de las Instituciones de dicho Estado, en general, y de las autoridades administrativas, en particular, concierne al Legislador en su calidad de depositario de la soberanía popular y representante de la voluntad del cuerpo electoral. La Administración, subordinada y servidora de tales fines, ciertamente es llamada en ocasiones a completar esa tarea, bien de manera expresa cuando el Legislador le atribuye márgenes de libertad decisoria, ora de modo implícito en los supuestos en que utiliza conceptos vagos o indeterminados en las disposiciones que produce, o en los que opta por una baja densidad normativa en la regulación del sector de actividad administrativa de que se trate. Sin embargo, que el órgano administrativo se vea en la tesitura de precisar o integrar esos fines de interés público en algunos ámbitos de su actuar o a nivel de los casos concretos, de ningún modo significa que pueda modificarlos, reemplazarlos por su propia alternativa teleológica o, peor aún, desconocerlos, pues al hacerlo se ubicaría en la posición constitucionalmente atribuida al Parlamento, quebrantando así el equilibrio de poderes. Los fines que éste determina como de interés público son, por tanto, la justificación de la actividad de la Administración y, en ese orden de ideas, indisponibles para ella, de modo que si se aparta de los mismos en el desempeño de sus funciones incurre en desviación de poder. (Sentencia Nulidad y Restablecimiento del derecho 307401, 2006)

Así pues, existe desviación de poder toda vez que el funcionario actúe con una finalidad distinta de la perseguida por la Ley. El acto está así viciado, aunque su objeto no sea contrario al orden jurídico. Vedel (1980) define la desviación de poder como “el hecho de que una autoridad administrativa utilice sus poderes con vistas a un fin distinto de aquel para el que le han sido conferidos” (s.p).

Existen dos modalidades de desviación de poder atendiendo a la naturaleza de los móviles que hubieren llevado al administrador a apartarse del orden teleológico fijado en la norma, así, hay una forma de desviación que se lleva a cabo en interés personal y otra que se encuentra orientada a la consecución de un interés público pero diverso del que ordena la norma habilitante para el caso, tal como ocurre

cuando la desviación de poder se inspira en motivos político-partidistas. Sobre estas dos modalidades de la desviación de poder (en interés particular, o en interés público, pero diferente de aquel consagrado en la norma), el Consejo de Estado desde el año 1945 (5 de octubre, Anales del Consejo de Estado, T. 55, p. 321) ya lo había advertido:

El Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, (14 de septiembre de 1988) en Sentencia 2521. [C.P. Álvaro Lecompte Luna], hizo alusión a las dos modalidades de desviación de poder, sosteniendo que:

“(...) el criterio del buen servicio público es el fundamento del poder discrecional, el fin del acto administrativo discrecional ha de entenderse como aquel que busca el bienestar colectivo, por encima de cualquier interés privado. El interés general, por ende, es la regla de conducta obligatoria para todo agente del Estado y bajo ese rumbo ha de juzgarse esa clase de actos. Sólo entonces si aparece plenamente probado en un caso concreto, de modo indubitable, que el móvil fue tomado por venganza, por favoritismo, por consideraciones meramente privadas o subjetivas, se estará en presencia de un tipo clásico de desviación de poder, (pág. 321)

En igual sentido, la Corte Constitucional en (Sentencia C-456, 1998), explicó que el vicio de la desviación de poder en la expedición de un acto administrativo se presenta cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades del procedimiento y aparentemente sin incurrir en violación de la Ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos generales, o a los intereses públicos específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer o desagraviar al otorgar la respectiva competencia.

En Sentencia 21023 de junio 27 de 2012, siendo ponente Mauricio Fajardo Gómez, el Consejo de Estado definió la desviación de poder como la función administrativa que ejerce el servidor público con un propósito distinto, diferente al fin legítimo que persigue la ley con la atribución de la respectiva competencia. Dicha finalidad no es otra que la búsqueda del beneficio común, la satisfacción del interés general y el bienestar de la comunidad, de conformidad con los preceptos constitucionales y legales que la regulan. Señala el mencionado Tribunal que se ha tratado de llenar de contenido la noción de desviación del poder, fundamentalmente cuando se estudia el tema de la discrecionalidad administrativa que existe para expedir ciertas decisiones de remoción de empleados. En tal sentido, dicha facultad debe tener límites, y aunque hay momentos en que las normas le otorgan al funcionario cierta libertad para tomar decisiones, las mismas deben estar dirigidas al cumplimiento de los cometidos estatales, porque de lo contrario, se exceden las facultades que las disposiciones otorgan, incursionando en el ámbito de la arbitrariedad, actitud que atenta contra el Estado Social de Derecho.

En la Administración Pública colombiana, la principal fuente generadora de desviación de poder parece ser la corrupción, la cual se puede definir como el abuso del poder público para la obtención de beneficios privados. Si bien, no se puede profundizar en este tema, ya que no es objeto de este trabajo, es del caso mencionar que la corrupción se ha convertido, sin duda, en el mayor obstáculo para el desarrollo económico y social del país. Su ejercicio no solo menoscaba los recursos que el Estado debe utilizar, sino que desconfigura los fines del Estado y los principios de la Constitución, así como la vigencia de un orden justo que ella proclama.

### **8.1.2. La motivación del acto.**

Según citas realizadas por la Corte Constitucional en (Sentencia C-734, 2000), una posición mayoritaria de la doctrina es el considerar que la motivación del acto administrativo es una forma eficaz de frenar la desviación de poder; es el elemento que permite diferenciar la potestad discrecional de la arbitrariedad, ya que en cualquier acto discrecional, la autoridad está obligada a expresar los motivos de su decisión, cosa que no ocurre cuando el actuar es arbitrario, pues resultaría absurdo exigir una motivación a quien actúa al margen de la ley.

La motivación de los actos administrativos es vista en el derecho contemporáneo como una garantía en contra de la arbitrariedad; encuentra cimiento en el principio de publicidad que preside el ejercicio de la función pública, plasmado en el artículo 239 de la Constitución. Mediante (Sentencia SU-250,1998), la Corte Constitucional resaltó cómo, la motivación de los actos administrativos es una garantía en contra de la arbitrariedad, especialmente cuando de actos discrecionales se trata; es la mejor forma para distinguir lo discrecional de lo arbitrario:

(...) puede concluirse que la discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional. En este orden de ideas, le asiste razón al actor cuando afirma que la necesidad de motivar el acto administrativo se erige como la mejor garantía para distinguir lo discrecional de lo arbitrario. (Sentencia SU-250,1998)

En la misma Sentencia la Sala Plena de la Corte Constitucional unificó por primera vez su jurisprudencia sobre el deber de motivación de los actos

administrativos. Apoyada en importantes planteamientos doctrinarios, la Corte explicó que la discrecionalidad no puede ser interpretada ni confundirse con la arbitrariedad, además se refirió al deber inexcusable que tiene la Administración de motivar los actos administrativos, no solo en asuntos de tutela sino también en decisiones de control abstracto de constitucionalidad.

Acerca de la obligación de motivar el acto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha expresado que en todo acto administrativo existen ciertos elementos esenciales de los cuales depende su validez y eficacia. Esos elementos son: 1. Órgano competente, 2. Voluntad administrativa, 3. Contenido motivos, 4. Finalidad y 5. Forma. En lo que se refiere a los motivos, ha dicho la Corporación que la Administración no puede actuar caprichosamente, sino que debe hacerlo tomando en consideración las circunstancias de hecho o de derecho que en cada caso la determinen a tomar una decisión. Los motivos, o la motivación del acto, son los hechos que provocan la decisión, que son determinados por el agente administrativo para, con fundamento en ellos, manifestar la voluntad que fuere del caso. Los motivos o la motivación son preliminares a la emisión del acto y reglan y orientan la parte decisoria de éste.

No es fácil definir cuándo un acto debe ser motivado, no obstante, la jurisprudencia ha sentado ciertas pautas a este respecto. Así ha sostenido que deberá motivarse el acto que extinga o modifique una situación jurídica ya creada; el que cambia una práctica administrativa sin que se produzca modificación en el ordenamiento; el que esté en contradicción con actuaciones o documentos que formen parte del proceso previo a su expedición; el que se expida siguiendo ciertos factores señalados como presupuestos en la ley; en fin, todo el que cree situaciones perjudiciales para el administrado. Al respecto, la Corte Constitucional en (Sentencia SU-250, 1998), ya referida, ha manifestado:

La consecuencia práctica de la abolición de los poderes omnímodos en un Estado de derecho es que siempre que se actúe en ejercicio de una potestad de este carácter debe como mínimo expresarse los hechos y causas que llevan a la autoridad a tomar la decisión, así como su adecuación a los fines de la norma que la consagra. Esto garantiza el respeto por el debido proceso de los destinatarios de la decisión que se adopta. Por tanto, la existencia de facultades discrecionales no necesariamente riñe con la Constitución. Sin embargo, no es admisible en un Estado de derecho que a los particulares se les impida conocer los motivos que llevaron a una entidad pública a tomar una medida particular que los afecte, toda vez que de esta manera “se hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta

forma a la administración le corresponde motivar los actos, esto es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente. (Sentencia SU-250, 1998)

Así pues, existen excepciones al deber general de motivación de los actos administrativos, las cuales, en aras de preservar el principio de legalidad de las actuaciones de la Administración, deben estar expresamente establecidas en la ley. En Sentencia C-371 de 1999, la Corte Constitucional señaló:

Si en el Estado de Derecho ningún funcionario puede actuar por fuera de la competencia que le fija con antelación el ordenamiento jurídico, ni es admisible tampoco que quien ejerce autoridad exceda los términos de las precisas funciones que le corresponden, ni que omita el cumplimiento de los deberes que en su condición de tal le han sido constitucional o legalmente asignados (arts. 122, 123, 124 y 209 C.P., entre otros), de manera tal que el servidor público responde tanto por infringir la Constitución y las leyes como por exceso o defecto en el desempeño de su actividad (art. 6 C.P.), todo lo cual significa que en sus decisiones no puede verse reflejado su capricho o su deseo sino la realización de los valores jurídicos que el sistema ha señalado con antelación, es apenas una consecuencia lógica la de que esté obligado a exponer de manera exacta cuál es el fundamento jurídico y fáctico de sus resoluciones. Estas quedan sometidas al escrutinio posterior de los jueces, en defensa de los administrados y como prenda del efectivo imperio del Derecho en el seno de la sociedad.

(...)

Todos los actos administrativos que no sean expresamente excluidos por norma legal deben ser motivados, al menos sumariamente, por lo cual no se entiende que puedan existir actos de tal naturaleza sin motivación alguna. Y, si los hubiere, carecen de validez, según declaración que en cada evento hará la autoridad judicial competente, sin perjuicio de la sanción aplicable al funcionario, precisamente en los términos de la disposición examinada. (Sentencia C-371 de 1999)

## **Resultados de investigación.**

En un principio se consideraba que la jurisdicción administrativa debía limitarse al control de legalidad sobre la forma y competencia. Posteriormente, que también debía ejercerse sobre el fin del acto administrativo a través del recurso. En el sistema francés, no obstante haberse efectuado una cierta sistematización sobre los criterios para fijar los límites del control jurisdiccional de la actividad discrecional, el juez “ejerce el control que quiere haciendo de las normas lo que quiere” y aunque la doctrina es consciente del peligro de que la Administración incurra en arbitrariedad en la utilización de la potestad discrecional, los jueces suelen auto limitarse y practican un control mínimo sin sustituir, en principio y

como regla general, los aspectos que consideran puros juicios de oportunidad que lleva a cabo la Administración.

A la postre, no hay poderes reglados ni discrecionales puros. A lo sumo existe, un cierto poder discrecional de la Administración que en mayor o menor medida se encuentra en todos los actos, para apreciar la oportunidad de las medidas administrativas, o, mejor dicho, aspectos de los elementos del acto que son parcialmente reglados y parcialmente discrecionales.

En un comienzo la discrecionalidad no tuvo control, la regla general fue la exclusión del control judicial. La administración se controlaba a sí misma, el particular siempre debía alegar sustentándose en un derecho adquirido, que no era oponible a la Administración cuando ella dictaba actos generales, para satisfacer los intereses comunes en materias como la agricultura, la industria o el comercio, amparándose en unos actos de pura facultad, emanados de un poder discrecional que era concomitante con su deber general de vigilancia y de protección. En principio, se puede afirmar que existe facultad o competencia discrecional, cuando la autoridad administrativa, en presencia de hechos o circunstancias determinadas, es libre de adoptar una u otra decisión, es decir, cuando su conducta no está preestablecida por la Ley. Así, la facultad discrecional constituye una potestad jurídica del Estado de derecho, expresamente atribuida por una norma habilitante que autoriza a la Administración para apreciar, valorar y juzgar las circunstancias de hecho, a fin de escoger la oportunidad y el contenido de su decisión, dentro de las distintas posibilidades existentes en el ordenamiento jurídico, como lo ha sostenido el Consejo de Estado.

La discrecionalidad bien concebida, es decir, entendida como la facultad de que goza la Administración Pública para realizar juicios de valor, apreciaciones y estimaciones en pro de la concreción de los fines del Estado; constituye un mecanismo útil en la búsqueda de la eficacia, eficiencia y celeridad necesarias en la adopción y ejecución de decisiones. hacia los administrados. Acerca de la clara distinción que debe existir entre discrecionalidad y arbitrariedad, la Corte Constitucional en Sentencia T-064 de 2007 sostuvo lo siguiente:

... Las decisiones que adopte la Administración en ejercicio de dichas facultades, necesariamente deben tener fundamento en motivos suficientes que permitan distinguir lo discrecional de lo puramente arbitrario o caprichoso, tal como lo exige el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo. De esta suerte, las facultades discrecionales no pueden ser absolutas, sino limitadas por los objetivos que se persiguen con su otorgamiento y por la proporcionalidad en su aplicación. (Sentencia T-064, 2007)

## Conclusiones

Dentro del Estado social de derecho, la administración pública desarrolla múltiples fines, para que el cumplimiento de estas funciones no resulte arbitrario, si no acorde con los postulados del Estado de derecho, debe existir respeto por el ordenamiento Jurídico es decir actuar conforme al principio de legalidad.

La jurisprudencia del Consejo de Estado como la de la Corte Constitucional definen las facultades discrecionales en oposición a las regladas, no de forma directa si no implícita, dando el legislador a la administración potestad para llenar los asuntos no regulados con criterios de naturaleza extrajurídica.

Si bien es cierto la expedición de actos administrativos por los cuales las autoridades ambientales otorgan licencias, se encuentran reglados, no es menos cierto que, estas autoridades gozan de una discrecionalidad de carácter técnico, ya que el soporte que sirve de base para la motivación del acto y posterior decisión requiere de información técnica, científica, compleja a veces, más no de carácter jurídico.

Se evidencia en el trabajo que existen límites a la discrecionalidad técnica, derivados de la Constitución y de la ley, pero que además estos actos administrativos de autoridades ambientales que otorgan licencias son controlables por el juez de lo contencioso administrativo.

## Referencias

- Agudelo Ibáñez, S. J. (Julio-Diciembre de 2015). Identidad Constitucional: límite a la reforma constitucional en Alemania, Italia y la India. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), (123-154).
- Arévalo Perdomo, E., & Sotomayor Espitia, C. (2016). La restitución de tierras consagrada en la Ley 1448 de 2011 a la luz de la teoría neoconstitucional. *Revista Academia & Derecho*, 7 (13), 91-118.
- Bernatzik, E. (1886). *Rechtsprechung and materielle Rechtskraft*. Viena: reimpression Scientia Verlag Galen. Obtenido de: <https://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/goToPage/bsb11126951.html?pageNo=9>
- Cárdenas Caycedo, O. A. (2016). Contratación electrónica en las transacciones con bitcoins en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 7 (13), 265-308
- Cassagne, J. (2007). *El control judicial de la discrecionalidad administrativa-VII jornadas Hispano-Argentina de derecho administrativo* (1 ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Lexi.

- Constitución Política de Colombia. (20 de Julio de 1991). Asamblea Nacional Constituyente. Bogotá D.C, Colombia: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)
- Cuesta Hinestroza, L., Nupan Mosquera, M. I., Ramírez Moreno, S., & Palacios Lozano, L. G. (2016).
- Cuesta Hinestroza, L., Nupan Mosquera, M. I., Ramírez Moreno, S., & Palacios Lozano, L. G. (2016). El derecho a la participación en el trámite de licencias ambientales: ¿una garantía para la protección del medio ambiente? *Revista Academia & Derecho*, 7 (12), (53-86)
- Decreto 1076. (26 de mayo de 2015). El Presidente de la República. *Por medio del cual se expide el Decreto Unico Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <https://corponor.gov.co/ACTOSJURIDICOS/NORMATIVIDAD/decreto1076.pdf>
- Decreto 2811. (27 de enero de 1975). El Presidente de la República. *Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No 34.243, del 27 de enero de 1975. Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_2811\\_1974.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2811_1974.html)
- Decreto 3573. (27 de septiembre de 2011). El Presidente de la República. *Por el cual se crea la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de [http://www.minambiente.gov.co/images/normativa/decretos/2011/dec\\_3573\\_2011.pdf](http://www.minambiente.gov.co/images/normativa/decretos/2011/dec_3573_2011.pdf)
- Desdentado Daroca, E. (2010). *El Principio de Interdicción de la Arbitrariedad. En los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo* (1 ed.). Madrid, España: Editorial La Ley.
- Fernández, T. (1994). *De la arbitrariedad de la administración* (1 ed.). Madrid, España: Editorial Civitas.
- Fraga, G. (1968). *Derecho Administrativo* (1 ed.). México D.F, México: Editorial Porrúa.
- García de Enterría, E. (1999). *Democracia, jueces y control de la administración* (1 ed.). Madrid, España: Editorial Civitas.
- García de Enterría, E., & Fernández, T. (1999). *Curso de Derecho Administrativo* (1 ed.). Madrid, España: Editorial Civitas.
- Garrido Falla, F. (1985). *Tratado de derecho administrativo* (1 ed.). Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Lamprea Rodríguez, P. (1994). *Principios Fundamentales en la Constitución de 1991* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Jurídica Radar.

- Ley 1437. (18 de enero de 2011). El Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011. Obtenido de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1437\\_2011.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html)
- Ley 153. (28 de agosto de 1887). El Congreso de la República. *Que adiciona y reforma los Códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial Año. XXIII. N 7151, 28, Agosto, 1887. Obtenido de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1792950>
- Ley 734. (13 de febrero de 2002). El Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código Disciplinario Unico*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 44.708 de 13 de febrero de 2002. Obtenido de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0734\\_2002.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0734_2002.html)
- Ley 768. (7 de agosto de 2002). El Congreso de la República. *Por la cual se adopta el Régimen Político, Administrativo y Fiscal de los Distritos Portuario e Industrial de Barranquilla, Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 44.893, de 07 de agosto de 2002. Obtenido de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0768\\_2002.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0768_2002.html)
- Ley 99. (22 de diciembre de 1993). El Congreso de la República. *Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 41.146 de 22 de diciembre de 1993. Obtenido de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0099\\_1993.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0099_1993.html)
- Malagón Pinzón, M. (2007). *Vivir en Policía: Una contra lectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Malagón Pinzón, M. (2012). *Los modelos de control administrativo en Colombia* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Universidad de Los Andes.
- Marín Hernández, H. (2007). *Discrecionalidad Administrativa* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Niño, C. (1983). *Introducción al Análisis del Derecho* (1 ed.). Barcelona, España: Editorial Ariel.
- Reyes Garcés, H. M. (2014). Los daños ecológicos puros y la tragedia de los comunes: ¿existe una respuesta desde la justicia correctiva? *Academia & Derecho*, 5(9), 51-82.
- Sanchez Morón, M. (1994). *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial* (1 ed.). Madrid, España: Editorial Tecnos.

- Sánchez Torres, C. (1995). *Teoría General del Acto Administrativo* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Biblioteca Jurídica Dike.
- Santofimio Gamboa, J. (2004). *Tratado de Derecho Administrativo* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Sentencia C-371. (26 de mayo de 1999). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Jose Gregorio Hernandez Galindo*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente D-2250. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-371-99.htm>
- Sentencia C-435. (10 de julio de 2013). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Mauricio González Cuervo*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente D-9434. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-435-13.htm>
- Sentencia C-456. (2 de septiembre de 1998). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Antonio Barrera Carbonell*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente D-1932. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-456-98.htm>
- Sentencia C-539. (6 de julio de 2011). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-8351. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-539-11.htm>
- Sentencia C-734. (21 de junio de 2000). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-2732. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-734-00.htm>
- Sentencia C-818. (9 de agosto de 2005). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Rodrigo Escobar Gil*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-5521. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-818-05.htm>
- Sentencia Nulidad Simple 13074. (30 de noviembre de 2006). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. *C.P.: Alier Eduardo Hernandez Enriquez*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 11001-03-26-000-1995-03074-01(13074). Obtenido de <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-52526168>
- Sentencia Nulidad y Restableciendo del Derecho 2521. (14 de septiembre de 1988). Consejo De Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. *C.P.: Alvaro Lecompte Luna*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente numero 2521. Obtenido de [https://www.redjurista.com/Documents/consejo\\_de\\_estado,\\_seccion\\_segunda\\_e.\\_no.\\_n2521\\_de\\_1988.aspx#](https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado,_seccion_segunda_e._no._n2521_de_1988.aspx#/)
- Sentencia Reparacion Directa 13503. (31 de octubre de 2007). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. *C.P.: Mauricio Fajardo Gómez*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación numero: 250002326000200102697 01. Obtenido de [http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol\\_759920424265f034e0430a010151f034](http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_759920424265f034e0430a010151f034)
- Sentencia Reparacion Directa 23998. (30 de enero de 2013). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. *C.P.: Mauricio Fajardo*

- Gómez*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación numero: 52001-23-31-000-2000-00141-01(23998). Obtenido de <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/651735925>
- Sentencia SU-250. (26 de mayo de 1998). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-134192. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU250-98.htm>
- Sentencia T-064. (1 de febrero de 2007). Corte Constitucional. La Sala Cuarta de Revisión. *M.P.: Rogrigo Escobar Gil*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-1409334. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-064-07.htm>
- Sentencia T-406. (5 de junio de 1992). Corte Constitucional. La Sala Primera de Revisión. *M.P.: Ciro Angarita Baron*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-778. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm>
- Sentencia T-418. (4 de Octubre de 1993). Corte Constitucional. La Sala Séptima de Revisión. *M.P.: Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-14.813. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-418-93.htm>
- Sentencia T-587. (20 de octubre de 1998). Corte Constitucional. La Sala Tercera de Revisión. *M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-164386. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-587-98.htm>
- Vedel, G., & Rincon Jurado, J. (1980). *Derecho Administrativo* (1 ed.). Madrid, España: Editorial Aguilar.

