

# **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, Y POTESTAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: Análisis desde los límites a los derechos y garantías fundamentales\***

**Milton Pereira Blanco<sup>1</sup>  
Yezid Carrillo de la Rosa<sup>2</sup>**

## **Resumen**

En este trabajo se analiza el problema jurídico referente a ¿qué implicaciones tiene la aplicación del principio de proporcionalidad frente y las decisiones administrativas de las autoridades que limiten o restrinjan libertades y garantías fundamentales?. A partir de lo anterior se sostiene como tesis central, que la facultad discrecional de la administración pública para la expedición de actos administrativos que impliquen restricciones a los derechos y garantías fundamentales de las personas, es supuesta e hipotética, teniendo en cuenta que el margen de libertad de la autoridad para escoger las condiciones de tiempo, modo y lugar son inexistente, ya que la autoridad se obliga necesariamente a la adopción del medio necesario para el logro del fin que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios.

## **Palabras Claves**

Argumentación Jurídica, Principio de proporcionalidad, potestad reglada encubierta, potestad discrecional aparente.

## **Introducción**

---

\* El Presente trabajo constituye un avance del marco teórico de la investigación, titulada: *Argumentación jurídica y derecho administrativo: Análisis desde la Jurisprudencia Constitucional de la Corte Constitucional Colombiana*, la cual los autores son investigadores principales. Este trabajo se encuentra adscrito al Grupo de Investigación "*phrónesis*" de la Universidad de Cartagena (Colombia).

1 Profesor de Derecho Administrativo General, Filosofía del Derecho I y Teorías la Argumentación Jurídica y del Razonamiento Judicial de la Universidad de Cartagena. Abogado. Doctorando en Derecho de la Universidad de Alicante (España).

2 Decano y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena. Abogado y Filósofo. Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

Desde sus inicios la Corte Constitucional Colombiana (En adelante CCC) ha sostenido que la discrecionalidad como facultad excepcional, puede ser más o menos reglada (CCC, Sent. C-560/1992) . Esto quiere decir que la potestad discrecional de la administración pública (en adelante AP) está condicionada por algunos presupuestos facticos y jurídicos. Como consecuencia de lo anterior, la facultad discrecional de la AP para la expedición de actos administrativos que impliquen restricciones a los derechos y garantías fundamentales de las personas, es supuesta e hipotética, teniendo en cuenta que el margen de libertad de la autoridad para escoger las condiciones de tiempo, modo y lugar es son inexistente, ya que la autoridad se obliga necesariamente a la adopción del medio necesario para el logro del fin que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios.

Este estudio hace referencia a la discrecionalidad administrativa por cuanto en la adopción de las medidas o escogencia de los medios para restablecer el orden público, las disposiciones dejan un aparente grado de libertad a la autoridad, y es a ello lo que se denomina discrecionalidad aparente.

Los límites a los que se ha hecho alusión se fundamentan en el principio de proporcionalidad, el cual jurisprudencialmente se define como la justa medida que debe existir entre los distintos instrumentos que se dicten para contrarrestar el orden perturbado y la situación que se pretende restablecer (Sent. C-179/19941). Esto quiere decir que la proporcionalidad es la razonabilidad que debe mediar entre la medida y la gravedad de los hechos.

Teniendo en cuenta lo anterior, este trabajo propone la siguiente pregunta: *¿Qué implicaciones tiene la aplicación del principio de proporcionalidad en las decisiones de las autoridades administrativas que limiten o restrinjan libertades y garantías fundamentales?* Este trabajo sostiene que la aplicación del principio de proporcionalidad en las decisiones discrecionales que limitan o restrinjan derechos y garantías en su núcleo esencial trae como consecuencia el advenimiento de la discrecionalidad administrativa aparente, a partir de la

consagración de competencias regladas encubiertas para la escogencia de los medios para garantizar la finalidad de la función administrativa.

El presente trabajo tiene como objetivo general determinar las implicaciones que tiene la aplicación del principio de proporcionalidad en las decisiones de policía administrativa de las autoridades que limiten o restrinjan libertades y garantías fundamentales.

Los siguientes argumentos pretenden, en primer lugar, entregar elementos de juicio que desmitifiquen el carácter discrecional implícito cuando la administración adopta una medida concreta del poder de policía, y en segundo lugar, replantear la tesis de la discrecionalidad administrativa que sostiene que la discrecionalidad implica libertad relativa, limitada por el bloque de legalidad, por un lado y, por otro, libertad no para hacer cualquier cosa, para escoger entre indiferentes, sino y la libertad (o necesidad de establecer criterios objetivos..) para establecer criterios objetivos (componente técnico, económico, político, de conveniencia, etc.) de decisión, con base en los cuales escoger, elegir, decidir o, lo que es igual, en los cuales subsumir los hechos o las circunstancias propias de cada caso concreto.

Se trata de una investigación eminentemente jurídica, de tipo analítico, documental, de carácter cualitativo, que se desarrollará a nivel dogmático y teórico-jurídico; que analiza la relación del principio de proporcionalidad frente a las decisiones administrativas de las autoridades que limiten o restrinjan libertades y garantías fundamentales determinando los alcances de la aplicación del principio de proporcionalidad en el derecho administrativo.

Para desarrollar la tesis planteada el contenido de este trabajo se ha dividido en tres acápite: El primer se denomina: *Potestad Discrecional y Principio de Proporcionalidad*. El segundo: *Orden público: Medios concretos de policía administrativa y limitación a los derechos fundamentales*. El tercero: *El principio de proporcionalidad y el control de la discrecionalidad administrativa en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*.

Finalmente las conclusiones, para las que fue necesario acudir al uso de bibliografía nacional como internacional, incluido documentos oficiales.

## **1. Potestad Discrecional y Principio de Proporcionalidad**

Esta primera parte tiene como finalidad (i) delimitar los aspectos conceptuales y generales de la potestad discrecional de la AP, (ii) analizar los aspectos centrales del principio de proporcionalidad y su relación con la potestad discrecional, (iii) por último, se estudia la relación entre la argumentación jurídica, la discrecionalidad administrativa y el principio de proporcionalidad.

### **1.1 La potestad discrecional de la Administración Pública**

A continuación se abordara el concepto de potestad discrecional de la AP, para luego hacer algunas precisiones conceptuales frente al concepto de discrecionalidad administrativa.

La discrecionalidad administrativa es definida por PAREJO ALFONSO como una potestad cuya construcción normativa permite la introducción de elementos normativos y, por tanto, radicados en la voluntad de la AP actuante, quien posee así diversas opciones al momento de dotar de contenido al acto, y todas ellas ajustada a derecho (2010, pag 394).

Por su parte, GARCIA DE ENTERRIA y TOMAS FERNANDEZ sostienen 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 normalmente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la administración.

En este mismo sentido, BERROCAL GUERRERO señala que la potestad discrecional es una atribución en cuyo ejercicio, su titular, es libre de escoger la oportunidad para su expedición y/o determinar el contenido o sentido de la decisión, y/o

valorar la conveniencia o el mérito para el mismo efecto, así, como el destinatario del acto (2005, pag 103).

Lo anterior registra lo que clásicamente se ha denominado discrecionalidad, esto es, la discrecionalidad formal, que en realidad es lo que se entiende por discrecionalidad (en nuestros tiempos casi extinta), pues la aplicación del principio de proporcionalidad en la potestad de la administración para el ejercicio de su competencia implica libertad aparente.

Contrario a los anteriores planteamientos, para MARIN HERNANDEZ, la discrecionalidad implica libertad relativa, limitada por el bloque de legalidad, y la libertad para establecer criterios objetivos (componente técnico, económico, político, de conveniencia, etc.) de decisión, con base en los cuales escoger, elegir, decidir o, lo que es igual, en los cuales subsumir los hechos o las circunstancias propias de cada caso concreto. Lo dicho por este autor, es lo que se conoce como discrecionalidad material. En este trabajo no se comparte la distinción entre discrecionalidad formal y discrecionalidad material, tal como se explica mas adelante<sup>3</sup>.

El derecho administrativo y, en particular, las llamadas potestades discrecionales, a han dado un giro importante a partir del surgimiento del llamado Estado constitucional, teniendo en cuenta que la constitucionalización de los derechos y por ende la aplicación del

---

<sup>3</sup> En este trabajo no se comparte la distinción entre discrecionalidad formal y discrecionalidad material. Recordemos en todo caso que la material opera en circunstancias en las cuales el interés general, para el caso concreto, no se encuentra exhaustivamente precisado por la ley, de suerte que la discrecionalidad surge como autorización que se confiere expresa o implícitamente a la administración para que, previa ponderación de todos los hechos, intereses, derechos o principios jurídicos comprometidos en el caso concreto, encuentre una solución para el mismo intentando “elegir la medida más adecuada para la satisfacción para la satisfacción del interés público: este se encuentra legalmente definido y fijado, pero no casuísticamente predeterminado, tarea para la que se confiere libertad al órgano actuante otorgándole un poder discrecional. La Discrecionalidad formal, el elemento determinante de la existencia de discrecionalidad no es ya el objeto de la facultad misma y el cómo ella debe ser ejercida –esto es, según se acaba de referir, la autorización conferida a la administración para apreciar o integrar en qué consiste el interés público en cada caso concreto, formulando criterios objetivos y razonables de decisión–, sino la forma en la cual se configura –la forma en la cual se redacta el precepto que atribuye la facultad–, entendiéndose, por tanto, la discrecionalidad, desde la perspectiva formal comentada, como un espacio o un ámbito de decisión no regulado o regulado apenas de forma parcial por el ordenamiento, ámbito de decisión que el legislador, entonces, ha decidido otorgar a la administración, con el propósito de que ésta decida de manera libre, eligiendo cualquiera de las alternativas que se ofrezcan como posibles para resolver el caso, habida cuenta de que –supuestamente, según estas posturas– todas esas alternativas resultan jurídicamente admisibles, esto es, se trataría de indiferentes jurídicos (Marin Hernandez, 2007).

principio de proporcionalidad ponen en *crisis el concepto de discrecionalidad administrativa*, pues lo que en realidad existe es lo se denomina en este trabajo *potestades regladas encubiertas*.

Se denominan *potestades regladas encubiertas* por la aparente libertad de que goza la AP para establecer criterios objetivos de decisión, con base en los cuales escoger, elegir, decidir o, lo que es igual, en los cuales subsumir los hechos o las circunstancias propias de cada caso concreto. Es encubierta tal potestad por cuanto, el margen de libertad de la autoridad para escoger las condiciones de tiempo, modo y lugar es inexistente, ya que la autoridad se obliga necesariamente a la adopción del medio necesario para el logro del fin que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios; esto implica que en el fondo, la competencia de la administración tiene un supuesto de hecho definido de manera completa no por la ley en estricto sentido, sino por el principio de proporcionalidad y a aplicar en presencia del mismo, el medio que en menor medida lesione o afecte los derechos fundamentales y garantías. En ese sentido este trabajo se aparta de la tesis dominante, en la medida en que no cree que la aplicación del principio de proporcionalidad constituya un límite al control de la discrecionalidad, más bien, la aplicación del principio de proporcionalidad vuelve aparente la discrecionalidad administrativa y encubre lo real, esto es, la *potestad reglada encubierta*.

No se niega la existencia de la discrecionalidad administrativa, lo que sí no es de recibo es que se sostenga que existe discrecionalidad, cuando la administración en el ejercicio de la actividad de policía limita derechos y garantías fundamentales de las personas, pues, esto constituye una competencia reglada a partir de la obligatoriedad de la AP de elegir el medio que en menor medida restrinja el derecho. La doctrina coincide en sostener en que el principio de proporcionalidad es un límite hacia el control de la discrecionalidad, sin embargo, el principio de proporcionalidad como parámetro normativo dentro del ejercicio de las potestades amplias hace que tal presupuesto sea una ficción, por cuanto tal competencia encierra una *potestad reglada encubierta*.

Sobre la discrecionalidad administrativa la CCC sostuvo en Sentencia C-734/00 que la discrecionalidad relativa 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 en el marco del interés general.

En esa misma sentencia, la CCC dijo que hay facultades administrativas que se ejercen dentro de un cierto margen de discrecionalidad del funcionario u órgano, dejándole la posibilidad de apreciar, de juzgar, circunstancias de hecho y de oportunidad y conveniencia, ya para actuar o no hacerlo, o para escoger el contenido de su decisión, dentro de esos mismos criterios.

Como puede observarse la CCC asume en la sentencia citada una postura mixta a partir del criterio de elección libre (formal) limitada la elección libre por las finalidades generales de la función pública. Para la CCC en el ejercicio de la relativa discrecionalidad, la decisión viene a ser completa por el juicio y la voluntad del órgano que añaden una dimensión no prevista en la disposición que se está.

Este trabajo sostiene que el hecho de que una ley no señale las circunstancias de hecho o se deje que la decisión se deje a un juicio o voluntad de la autoridad no implica necesariamente discrecionalidad, por cuanto la dimensión de oportunidad, económicos, etc, aunque no estén en la ley, están definida en la situación fáctica concreta, la cual impone un límite a la escogencia, indistinta del medio o la adopción de la medida, pues, existen presupuestos en los cuales la autoridad se obliga a la escogencia del medio o medida que lesione en menor medida el derecho.

Esta tesis se ha mantenido, pues la CCC en Sentencia T-111/14 sostuvo que el ejercicio de atribuciones discrecionales, no suponen libertad absoluta en la toma de decisiones del funcionario que las ejecuta, sino que, simplemente les otorga un limitado grado de libertad que los faculta para que, en presencia de determinadas circunstancias de hecho y en atención a los objetivos que para el efecto fueron fijados por la Constitución y la Ley, puedan tomar sus decisiones en un mayor marco de flexibilidad. Estas facultades

otorgar a un funcionario, la posibilidad de realizar, con base en los principios de justicia, racionalidad y razonabilidad, un juicio de valor que tenga en cuenta las circunstancias de hecho, oportunidad y conveniencia que circunscriben el caso concreto y le permita decidir si en aras de alcanzar la finalidad que le ha sido encomendada, ha de actuar de una determinada manera, o abstenerse de hacerlo.

Para la CCC, la realización de juicios de valor por parte de un funcionario sobre las circunstancias de hecho, oportunidad y conveniencia para adoptar la decisión conlleva discrecionalidad relativa. Esta tesis no puede ser admitida, por cuanto la tendencia actual de la teoría de la argumentación presupone que las decisiones de la administración pública aporten las razones que justifiquen una medida. En este sentido, lo que para la CCC es discrecionalidad relativa, en este trabajo se considera que es el rol natural de aplicar argumentación jurídica dentro del derecho actual a partir del surgimiento del *Estado Constitucional* que implica una cierta objetivación de lo moral.

## **1.2 Alcances del principio de proporcionalidad**

Sí se sostiene, como se hace en este trabajo, que la potestad discrecional de la administración, en determinados casos especiales, es supuesta o aparente (a partir de que en el fondo, la competencia de la administración tiene un supuesto de hecho definido por la proporcionalidad), es necesario hacer referencia a esos casos especiales.

La proporcionalidad aplicada a los actos discrecionales la encontramos consagrada en el artículo 44 de la ley 1437 de 2011 (en adelante CPACA), el cual señala *“en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”*.

Para la CCC la proporcionalidad se define como *“la justa medida que debe existir entre los distintos instrumentos que se dicten para contrarrestar el orden perturbado y las situaciones o circunstancias de crisis que se pretende conjurar. De donde puede deducirse*



*que la proporcionalidad "es la razonabilidad que debe mediar entre la medida y la gravedad de los hechos" (Sent. C- 122/03).*

La CCC ha señalado tres elementos del principio de proporcionalidad a tener en cuenta frente a medidas que limitan derechos fundamentales: a) idoneidad, esto es, la existencia de un fin constitucionalmente legítimo al cual se encuentre orientada la restricción objeto de control y, en segundo término, que el instrumento ideado esto es, la restricción misma resulte adecuado para la consecución de dicho propósito. b) Necesidad, esto es, análisis sobre la existencia de otros medios que supongan una limitación menos severa al derecho. c) Proporcionalidad en sentido estricto, en el cual se indaga por la relación entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada.

El sub-principio de necesidad (del principio de proporcionalidad) implica un análisis, por parte de la AP, encaminado a determinar cuál es el medio que suponga una limitación o restricción menos severa a los derechos fundamentales. Así las cosas, la competencia discrecional de la administración carece del margen de la libertad y se torna reglada (por eso es encubierta) ya que fácticamente los elementos obligan a que la administración adopte la decisión que en menor medida lesione los derechos.

### **1.3 Principio de proporcionalidad, Potestad Discrecional y argumentación jurídica**

La aplicación del principio de proporcionalidad en materia de las decisiones administrativas trae consigo aparejado la necesidad de hacer referencia a la argumentación jurídica (Sarmiento Ramirez, 2007). En los supuestos de discrecionalidad, la administración debe justificar y dar las razones que justifiquen que el medio o la medida adoptada es adecuada a los fines de la disposición que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa. La justificación de las razones conlleva la motivación o fundamentación de la decisión administrativa discrecional, esto es la relación necesaria entre argumentación jurídica y decisiones discrecionales.

Es preciso señalar que cuando nos encontramos frente a decisiones producto de la *potestad discrecional aparente*, como en el ejercicio de medidas de policía, la aplicación del principio de proporcionalidad exige aportar razones que justifiquen *porque el medio utilizado lesiona o restringe en menor medida que otro los derechos*. Esto incorpora la teoría de la argumentación jurídica en el derecho administrativo, sin ser este el único caso. ATIENZA (2013) denomina lo anterior *contexto de justificación*, teniendo en cuenta que la AP debe dar las razones que permiten considerar esa decisión como algo aceptable o justificable.

Para ATIENZA argumentar implica una actividad racional, relativa al lenguaje que presupone un problema y supone tanto un proceso o como el resultado de un proceso(2013).

El juez del control de las decisiones administrativas discrecionales debe valorar el acto administrativo a partir de las razones que sustentan la decisión, lo cual trae consigo que para qué el acto se ajuste a derecho debe apoyarse en buenas razones que soporten la adopción de la medida en relación a los fines de la disposición que se justifique para el caso de la *potestad discrecionalidad aparente* que la medida es la que lesiona o limita, en menor medida el derecho.

La aplicación del principio de proporcionalidad implica aportar razones (argumentar) que justifiquen la decisión y que esta conexidad entre argumentación, proporcionalidad y discrecionalidad administrativa lo que hace que esta última se torne aparente. En este ejercicio la autoridad pública debe ponderar y esto conlleva pasar de un nivel a otro mediante el establecimiento de una relación de preferencia condicionada.

La discrecionalidad administrativa aparente se explica por el advenimiento del Estado Constitucional, pues, éste supone un incremento de las tareas justificativas de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado liberal de Derecho).

ATIENZA sostiene que el ideal del Estado constitucional supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: el imperio de la fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza. El avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de las decisiones de los órganos públicos (2004).

AARNIO ha sostenido que la exigencia de argumentar y justificar las decisiones judiciales, históricamente está ligada a la idea de Estado de Derecho (1990). En el Estado de Derecho formalista, la protección y certeza de los derechos viene garantizada por: el principio de separación de poderes, el tratamiento objetivo del caso, la separación entre derecho y moral, la identificación de la justicia (formal) y derecho con las normas (reglas) establecidas por el Estado y el modelo del razonamiento deductivo y silogístico (1995). En el Estado Social de Derecho o de Bienestar (en el que debe incluirse también el Estado Constitucional), por el contrario, la protección y certeza de los derechos está vinculada a la creencia en la aceptabilidad sustancial, lo que replantea la idea de que al juez le basta con ejecutar una operación silogística (justificación interna) y motivar la sentencia apoyándose en razones de autoridad (reglas positivas); además de ello, es necesario justificar materialmente la elección de la premisa normativa (justificación externa), con fundamento en la cual se decide el caso, así como ponderar y balancear argumentos, y ello exige siempre apelar la racionalidad práctica (racionalidad discursiva habermasiana) (1995).

## **2. Medios concretos de Policía Administrativa y Límites a los Derechos**

En este acápite del trabajo se hace alusión al orden público y sus elementos, así como la relación de este concepto con el poder de policía frente a la limitación de derechos y garantías. Asimismo, se analiza el concepto de policía administrativa como categoría jurídica.

Es necesario aclarar que la administración para restablecer el orden público turbado goza presuntamente de amplias facultades para la escogencia de los medios y a partir de ahí

surge los grandes problemas entre orden público y límites y restricciones a derechos fundamentales.

## **2.1 El orden público: un análisis desde la jurisprudencia constitucional.**

El Código de Policía (en adelante CP), señala que el orden público que protege la policía resulta de la prevención y eliminación de las perturbaciones de la seguridad, de la tranquilidad de la salubridad y la moralidad públicas.

La CCC en Sentencia C-024/1994 definió el orden público como el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos.

El derecho de policía contemporáneo, se refieren también al estado de convivencia social, que además de seguridad, tranquilidad y salubridad, precisa también de condiciones de la moralidad y ecología para hacer posible el goce efectivo y generalizado de los derechos (CCC Sent. C-224/2009).

Para la CCC el poder de Policía se subordina a los principios constitucionales y las libertades públicas, que solo pueden ser restringidas cuando sea indispensable y exista una finalidad constitucionalmente legítima orientada a lograr la convivencia pacífica y asegurar los derechos ciudadanos.

De este modo, el "*orden público*" no puede entenderse desligado del reconocimiento de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, ya que precisamente el respeto de estos derechos representa el núcleo esencial de esta noción. Los derechos fundamentales se constituyen en el límite al ejercicio del poder de policía, lo cual implica que su ejercicio este siempre y en todo momento subordinado al principio de proporcionalidad, la cual hace inexistente la aparente discrecionalidad, pues realmente la competencia de la AP es una potestad reglada cuando se escogen los medios para restablecer el orden. Lo anterior a partir de la supuesta libertad de que goza la

administración pública en el ejercicio del poder de policía, con el argumento de la prevalencia del interés general sobre el interés particular.

La jurisprudencia constitucional en sentencia C-435/13<sup>4</sup> sostuvo que los límites de la actividad de policía consisten en el respeto por el principio de legalidad, el aseguramiento del orden público sin interferir con el ámbito privado de los ciudadanos, la toma de las medidas necesarias y eficaces para cumplir con su tarea y utilizar la fuerza únicamente cuando sea indispensable, la adopción de medidas proporcionales y razonables en relación con las circunstancias y el fin perseguido, su ejercicio debe estar circunscrito para preservar el orden público en beneficio de las libertades y derechos ciudadanos y no puede traducirse en una limitación absoluta de los mismos, la imposibilidad de llevar a discriminaciones injustificadas de ciertos sectores de la sociedad y las medidas de policía deben obrar contra el perturbador del orden público, pero no contra quien ejercite legalmente sus derechos.

En la sentencia anteriormente citada la CCC sostuvo a título enunciativo que las medidas para preservar el orden público consisten en el establecimiento de normas generales que limitan los derechos para preservar el orden público, **la expedición de actos normativos individuales, dentro de los límites de esas normas generales** y el despliegue de actividades materiales, que incluyen el empleo de la coacción y que se traduce en la organización de cuerpos armados y funcionarios especiales a través de los cuales se ejecuta la función (*resaltado fuera de texto*).

---

4 En sentencia C-435/13 la CCC ha señalado que los límites de la actividad de policía consisten en:

1. Respetar el principio de legalidad;
2. Asegurar el orden público sin interferir con el ámbito privado de los ciudadanos;
3. Tomar las medidas necesarias y eficaces para cumplir con su tarea y utilizar la fuerza únicamente cuando sea indispensable, de acuerdo con el artículo 3° del "Código de conducta para funcionarios encargados de aplicar la ley", aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución 169/34 del 17 de diciembre de 1979;
4. Adoptar medidas proporcionales y razonables en relación con las circunstancias y el fin perseguido;
5. El poder de policía es inversamente proporcional con el valor constitucional de las libertades afectadas;
6. Debe ejercerse para preservar el orden público en beneficio de las libertades y derechos ciudadanos y no puede traducirse en una limitación absoluta de los mismos;
7. No puede llevar a discriminaciones injustificadas de ciertos sectores de la sociedad;
8. la policía debe obrar contra el perturbador del orden público, pero no contra quien ejercite legalmente sus derechos.

En cuanto al punto resaltado, esto es, en cuanto a la expedición de actos normativos individuales, dentro de los límites de esas normas generales; es donde la discrecionalidad aparente de medios de policía juega un papel central frente a lo sostenido en este trabajo<sup>5</sup>.

## **2.2 La actividad material de policía, poder y función de policía de la administración**

La actividad de la AP desde el punto material está dirigida al cumplimiento de los propósitos de la comunidad, a partir de cada una de las materias o asuntos que tienen incidencia directa con los asociados.

Para SANTOFIMIO GAMBOA las responsabilidades más importantes de la AP para el cumplimiento de los cometidos estatales son la actividad de policía, intervención, regulación, control, planificación, programación, defensa, preservación, gestión económica, fomento, infraestructura, servicios públicos, arbitrales etc. (2003, pág. 38).

En ese sentido es importante precisar que la actividad administrativa de policía es el conjunto de medidas apremiantes utilizadas por las autoridades administrativas para que la comunidad o los asociados encaminen su actuar hacia la garantía del interés general.

Es importante precisar que la actividad de policía es la ejecución material del poder y de la función de policía, y esencialmente es por esencia de carácter preventivo y se manifiesta en medidas lícitas, razonables y proporcionadas, tendientes a la conservación del orden público. Ahora bien, visto lo anterior, resulta necesario señalar que según la CCC el poder de policía es normativo y corresponde a la facultad legítima de regulación de la libertad. En sentido material es de carácter general e impersonal. Conforme al régimen del

---

<sup>5</sup> La CCC ha sostenido a título enunciativo que las medidas para preservar el orden público pueden consistir en:

1. El establecimiento de normas generales que limitan los derechos para preservar el orden público;
2. **La expedición de actos normativos individuales, dentro de los límites de esas normas generales;**
3. El despliegue de actividades materiales, que incluyen el empleo de la coacción y que se traduce en la organización de cuerpos armados y funcionarios especiales a través de los cuales se ejecuta la función.

estado de derecho es, además, preexistente; de igual forma, la función de policía es reglada y se halla supeditada al poder de policía, pues supone el ejercicio de competencias concretas asignadas por éste a las autoridades administrativas de policía.

En este sentido, no se discutirá el carácter reglamentario del poder de policía, teniendo en cuenta que está claro, sin embargo, los medios en muchas ocasiones para restablecer el orden público tiene un margen de discrecionalidad aparente. Cuando se ejercen las medidas de policía administrativa de carácter particular la autoridad goza de una aparente discrecionalidad para escoger los medios o para determinar el alcance de los conceptos indeterminados. (Rodríguez, 2011, pág. 584).

Ejemplo de lo anterior lo encontramos claramente en el artículo 230 del CP, el cual señala que *“si se diere el caso de poderse aplicar, indistintamente, una u otra medida correctiva, se preferirá la que se tenga por más conveniente habida consideración de las circunstancias del hecho y de las condiciones personales del contraventor”*.

Lo anterior involucra el ejercicio de una *potestad reglada encubierta*, pues, en definitiva es inexistente la libertad de escogencia a partir de la preferencia por la medida más conveniente según la consideración de las circunstancias del hecho. Esto no es más que a partir de la aplicación del principio de proporcionalidad.

Vale aclarar que los presupuestos de la proporcionalidad en materia de policía administrativa deben atenderse aún cuando se hace uso del poder de policía a través de medidas generales como expresión del poder reglamentario.

En este sentido, la escogencia de los supuesto de que trata el artículo 11 del CP, no están dotados de discrecionalidad, por cuanto, sí bien existen medios que cumplen los fines, en todo caso se debe necesariamente escoger el medio que en menor medida lesione el derecho.

### **3. El principio de proporcionalidad, limite a los derechos y discrecionalidad administrativa.**

En este punto se analiza las implicaciones de lo expuesto en los acápites anteriores y su incidencia en la práctica judicial de la CCC. Por cuestiones de espacio nos limitamos a un solo caso concreto.

Para la CCC, sí bien existe en algunos reglamentos que señalan una potestad discrecional se debe siempre valorar sí en efecto existen razones o motivos que justificara el ejercicio de esa especial tipo de atribución, es decir, sí se estima necesario que en esos eventos se lleve a cabo un estudio de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que estas anotaciones se materializaron.

Desde este punto de vista, en consonancia con todo lo dicho en este trabajo, la potestad discrecional no es tal cosa, pues, la aparente libertad de que goza la AP para la escogencia de los medios, completar la disposición normativa a criterio de la autoridad o la determinación de los conceptos indeterminados (aunque para la CCC<sup>6</sup>) está reglada por la aplicación del principio de proporcionalidad, ya que la autoridad se obliga necesariamente a la adopción del medio necesario para el logro del fin que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios; esto implica que en el fondo, la competencia de la AP tiene un supuesto de hecho definido de manera completa no por la ley en estricto sentido, sino por el principio de proporcionalidad y al aplicar en presencia del mismo, el medio que en menor medida lesione o afecte los derechos fundamentales.

Para la CCC la interpretación constitucional debe en lo posible armonizar los principios constitucionales en tensión. Es posible que en una situación específica puedan existir poderosas razones de interés general que justifiquen la restricción de un derecho fundamental, siempre y cuando ésta sea proporcional y respete el contenido esencial del derecho afectado. La restricción puede ser mayor a las limitaciones ordinarias que derivan

---

<sup>6</sup> Ver, LIFANTE VIDAL, Isabel (2002).



de las normas de policía o de orden penal, siempre y cuando cada incremento en el grado de limitación del derecho sea estrictamente proporcionado para alcanzar un fin específico de carácter imperioso.

Un ejemplo de lo que hemos señalado a lo largo de este trabajo se refleja en la sentencia T-111/2014. En esta sentencia la CCC analiza una situación en la cual un sujeto X quien tras haber tenido una hoja de vida con mínimas vicisitudes, fue retirado del servicio activo de la Policía Nacional a través del ejercicio de la facultad discrecional otorgada al Gobierno Nacional por la Ley 857 de 2003.

En el caso que se analiza el sujeto X impetró la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la decisión, la cual, en primera instancia se accedió a sus pretensiones, y en segunda instancia se revocara lo dispuesto. Lo anterior, pues el *ad-quem* consideró que la hoja de vida del actor no era impecable, de forma que por haber tenido anotaciones negativas de tan solo un año y medio de anterioridad al acto de retiro, éste último resulta legítimo y razonable, en cuanto se considera evidente que tenía por finalidad la mejora en la prestación del servicio de la Institución.

En este caso, la CCC señaló que es necesario adherir que incluso si, no obstante su antigüedad, dichas anotaciones fueran tenidas en cuenta a efectos de determinar la legalidad del acto de retiro discrecional, la CCC consideró que sí bien existe discrecionalidad la autoridad administrativa debe valorar si en efecto existen en una razón o motivo que justifique el ejercicio de dicha competencia. Es decir, se estima necesario que en estos casos se lleve a cabo un estudio de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que estas anotaciones se materializaron, para determinar la medida ha adoptar y sí esta es completamente necesaria a efectos de obtenerla.

Del caso anteriormente analizado, la CCC señaló que existe discrecionalidad en el ejercicio de la competencia de retiro de miembros de la policía nacional para mejorar el servicio, sin embargo, no se puede hablar propiamente de tal competencia, pues en el ejercicio de tal atribución existe una potestad reglada encubierta a partir de la discrecionalidad

administrativa aparente, pues en realidad no existía libertad en cuanto a las circunstancias de tiempo para ejercer tal atribución.

Para terminar, sí la entidad no asumiese la obligación de tomar la decisión a partir del derecho lesionado, sino desde la competencia podríamos hablar de discrecional, pero como la decisión se toma desde el punto de vista contrario, esto es, el análisis desde el derecho, la competencia es reglada.

## **Conclusiones**

Como conclusión del presente trabajo frente a la pregunta problema planteada, esto es, *¿Qué implicaciones tiene la aplicación del principio de proporcionalidad frente y las decisiones administrativas de las autoridades que limiten o restrinjan libertades y garantías fundamentales?* debemos señalar que la aplicación del principio de proporcionalidad en las decisiones discrecionales que limitan o restrinjan derechos y garantías en su núcleo esencial trae como consecuencia el advenimiento de la discrecionalidad administrativa aparente, a partir de la consagración de competencias regladas encubiertas para la escogencia de los medios para garantizar la finalidad de la función administrativa.

Las *potestades regladas encubiertas* denominamos a la aparente libertad de que goza la AP para establecer criterios objetivos de componente técnico, económico, político, de conveniencia, etcétera de decisión, con base en los cuales escoger, elegir, decidir o, lo que es igual, en los cuales subsumir los hechos o las circunstancias propias de cada caso concreto.

Es encubierta la potestad reglada o aparentemente discrecional la libertad por cuanto, el margen de libertad de la autoridad para escoger las condiciones de tiempo, modo y lugar es inexistente, ya que la autoridad se obliga necesariamente a la adopción del medio necesario para el logro del fin que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios; esto implica que en el fondo, la competencia de la

administración tiene un supuesto de hecho definido de manera completa no por la ley en estricto sentido, sino por el principio de proporcionalidad y a aplicar en presencia del mismo, el medio que en menor medida lesione o afecte los derechos fundamentales.

## **Bibliografía**

Meilan Gil, J. L. (2011). La Argumentacion en el Contencioso Administrativo. *Anuario da facultade de dereito da universidade da coruña* (15), 35-54.

AARNIO, A. “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, En: Revista Doxa No 8. Trad. de Joseph Aguiló Regla. 1990.

AARNIO, Aulis. *Derecho, racionalidad y comunicación social*, Distribuciones Fontamara, México, 1995.

Atienza, M. (2004 ). Argumentacion Juridica y Estado Constitucional. *Novos Estudos Juridicos* , 9 (1), 09.22.

Atienza, M. (2008). Argumentacion y Constitucion. 21-56.

Sapag, M. (2008). de Razonabilidad como limite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado . *DIKAION* (17), 157-198.

Rodriguez Araña Muñoz , J. (2011). Discrecionalidad y motivacion del acto administrativo en la Ley española de procedimiento administrativo. *Revista de la Facultad de derecho: PUCP* (67), 207-229.

Mesquida Sampol, J. (2003). El concepto de discrecionalidad y su control . *Anales de la catedra Francisco Suarez* (37), 337-358.

Perello Domenech, I. (1997). El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional. *Jueces para la Democracia* (28), 69-75.

Lifante Vidal, I. (2002). dos conceptos de discrecionalidad jurídica . *DOXA* (25 ), 415.

Fernandez Espinal, L. C. (2012). el control judicial de la discrecionalidad administrativa. *Revista Juridica de Castilla y Leon* (26), 211-258.

Cassagne , J. C. (1990). La Revision de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial. *Revista española de Derecho Administrativo* , 349-358.

Arroyo Jimenez, L. (2009 ). Ponderacion, proporcionalidad y Derecho administrativo . *Revista para el analisis del Derecho* (2), 2-32.

Bernal Pulido, C. (2005). *El Derecho de los Derechos*. Bogota : Universidad Externado de Colombia.

Bernal Pulido, C. (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho* . Bogota: Libro de Investigacion.

Bernal Pulido, C. (2014). *El Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* . Barranquilla .

Alexy , R. (2007). *Teoria de la Argumentacion Juridica*. Centro de estudios constitucionales .

Sarmiento Ramirez, D. (2007). *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*.

Lorca Martin , M. I. (2014). *Principio de proporcionalidad y neoconstitucionalismo*. Medellin: Universidad de Medellin.

Marin Hernandez , H. (2007 ). *Discrecionalidad Administrativa* . Bogota , Colombia : Universidad Externado de Colombia .

Parejo Alfonso , L. (2010). *Lecciones de Derecho Administrativo* . Valencia , España: Tirant lo Blanch.

Berrocal Guerrero , L. E. (2005). *Manual del Acto Administrativo* (Vol. Cuarta Edición). Bogota , Colombia : Libreria Ediciones del Profesional LTDA .

Marin Hernandez , H. A. (2009 ). *Algunas anotaciones en relación con la discrecionalidad administrativa y el control judicial de su ejercicio en el Derecho Urbanistico Colombiano*. Bogota , Colombia : Universidad Externado de Colombia .

Santofimio Gamboa , J. (2003 ). *Tratado de Derecho Administrativo* (Vol. i). Bogota , Colombia : Universidad Externado de Colombia .