

Principio de proporcionalidad, argumentación jurídica y potestad discrecional de la administración pública: análisis desde los límites a los derechos y garantías fundamentales¹

YEZID CARRILLO-DE LA ROSA²
MILTON PEREIRA-BLANCO³

- 1 El presente trabajo constituye un avance del marco teórico de la investigación concluida, titulada "Argumentación jurídica y derecho administrativo: análisis desde la jurisprudencia constitucional de la Corte Constitucional colombiana", en la cual el autor es investigador principal. Este trabajo se encuentra adscrito a la línea de investigación denominada "Derechos fundamentales y derechos sociales" del Grupo de Investigación Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales "Phrónesis" de la Universidad de Cartagena.
- 2 Decano de la Facultad de Derecho y profesor de Filosofía del Derecho y Teorías la Argumentación Jurídica y del Razonamiento Judicial de la Universidad de Cartagena, Cartagena, Colombia. Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia. Abogado y filósofo. Correo-e: yezidcarillo@hotmail.com
- 3 Miembro de la Asociación de Filosofía del Derecho para el mundo latino. Profesor de Derecho Administrativo General, Filosofía del Derecho I y Teorías la Argumentación Jurídica y del Razonamiento Judicial de la Universidad de Cartagena, Cartagena, Colombia. Abogado y licenciado en Filosofía (C). Magíster en Derecho de la Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo y Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: mpereirab@unicartagena.edu.co Fecha de recepción: 20 de noviembre de 2016. Fecha de modificación: 3 de marzo de 2017. Fecha de aceptación: 30 de mayo de 2017. CARRILLO-DE LA ROSA, Y., PEREIRA-BLANCO, M. "Principio de proporcionalidad, argumentación jurídica y potestad dis-

RESUMEN

En este trabajo se analiza el problema jurídico referente a *qué implicaciones tiene la aplicación del principio de proporcionalidad frente a 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 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.

Palabras clave: Argumentación jurídica, Principio de proporcionalidad, Potestad reglada encubierta, Potestad discrecional aparente.

The Principles of Proportionality, Legal Argumentation and the Discretionary Power of the Public Administration: An Analysis from the Limits on Fundamental Rights and Guarantees

ABSTRACT

This paper examines the implications of the principle of proportionality with regards to administrative decisions that limit civil liberties and fundamental rights. The hypothesis we intend to demonstrate is that a discretionary power of the Public Administration for issuing measures that restricts individual rights and liberties is just apparent, since the reach of agency discretion for choosing time, means and place conditions is very narrow. As the following research shows, the principle of proportionality obliges administrative agencies to implement effective means to attain the purposes of their intervention, but minimizing its impacts on constitutionally protected rights and liberties.

crecional de la administración pública: análisis desde los límites a los derechos y garantías fundamentales", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 18, segundo semestre, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 65-83. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n18.05>

Keywords: Fundamental Rights and Liberties, Legal Argumentation, Administrative Procedure, Principle of Proportionality, Discretionary Powers, Administrative Intervention.

INTRODUCCIÓN

Desde sus inicios la Corte Constitucional colombiana ha sostenido que la discrecionalidad como facultad funcional pública excepcional puede ser más o menos reglada. En palabras nuestras, la potestad discrecional de la administración pública está condicionada frente a algunos presupuestos fácticos y otros presupuestos jurídicos; esto es, 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 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.

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, las normas dejan un aparente grado de libertad, que es a lo que denominamos discrecionalidad aparente.

Los límites a los que hemos hecho alusión aquí 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 dictan para contrarrestar el orden perturbado y la situación que se pretende restablecer. 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 intenta responder a la siguiente pregunta: *¿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?* Este trabajo pretende entregar elementos de juicio para desmitificar el carácter presuntamente discrecional que está inmerso cuando la administración adopta una medida concreta del poder de policía. Así también, se trata de entregar elementos de juicio para replantear, rediseñar o reestructurar la postura de la discrecionalidad administrativa a partir de la inexistencia de esta potestad cuando se traslapa el principio de proporcionalidad administrativa que obliga a la administración a escoger el medio que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados con su decisión, pues esto supone una potestad reglada encubierta.

Se trata de una investigación eminentemente jurídica, de tipo analítico, documental, de carácter cualitativo, que se desarrollará a nivel dogmático teórico, la cual busca analizar la relación del principio de proporcionalidad frente a

las decisiones administrativas de las autoridades que limiten o restrinjan libertades y garantías fundamentales, y de la literatura existente sobre la materia, determinando los alcances de la aplicación del principio de proporcionalidad en el derecho administrativo. Para efectos de este informe de investigación se desarrollarán los objetivos específicos, lo cual resulta indispensable para alcanzar el objetivo principal y así dar respuesta al problema jurídico planteado.

El contenido de este trabajo se divide en tres partes: 1. *Potestad discrecional y principio de proporcionalidad*; 2. *Orden público: medios concretos de policía administrativa y limitación a los derechos fundamentales*, y 3. *El principio de proporcionalidad y el control de la discrecionalidad administrativa en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Para llegar a las conclusiones planteadas fue necesario acudir a bibliografía tanto nacional como internacional, incluidos documentos oficiales.

1. POTESTAD DISCRECIONAL Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

En esta primera parte de nuestro trabajo se hace alusión a los aspectos conceptuales y generales de la potestad discrecional de la administración pública. De igual forma se analizan los aspectos centrales del principio de proporcionalidad, y su relación con la potestad discrecional. 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

En este primer aparte se analiza el concepto de potestad discrecional de la administración pública a partir de la doctrina internacional y nacional 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 de dicha naturaleza y por tanto radicados en la voluntad de la administración pública actuante, quien posee así diversas opciones a la hora de dotar de contenido al acto, todas ellas ajustadas a derecho⁴.

En este mismo sentido, García de Enterría y Fernández señalan 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,

4 LUCIANO PAREJO ALFONSO, *Lecciones de derecho administrativo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2.ª ed., 2010, p. 394.

económicos, etc.), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la administración⁵.

Al respecto, Berrocal Guerrero afirma 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. El número de tales factores (oportunidad, contenido, conveniencia, etc.) respecto de los cuales el funcionario disponga de libertad para proveer, determina el grado de discrecionalidad del acto, de modo que a mayor número de los mismos, mayor será la discrecionalidad, y viceversa⁶.

Lo dicho hasta aquí constituye lo que clásicamente se ha denominado discrecionalidad, es decir, la discrecionalidad formal. Esto es lo que en realidad es 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.

Para Marín Hernández⁷, 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 libertad para establecer criterios objetivos de 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 tanto en la doctrina como en la jurisprudencia como discrecionalidad administrativa material, y lo que para nosotros constituye la *potestad reglada encubierta*.

En resumen, de las definiciones dadas anteriormente encontramos definiciones de potestad discrecional formal (en su gran mayoría) y otras desde la perspectiva material⁸.

5 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, t. II, Madrid: Civitas, 9.ª ed., 2004, p. 55.

6 LUIS BERROCAL GUERRERO, *Manual del acto administrativo*, Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 4.ª ed., 2005, p. 103.

7 HUGO MARÍN HERNÁNDEZ, "Algunas anotaciones en relación con la discrecionalidad administrativa y el control judicial de su ejercicio en el derecho urbanístico colombiano", *Revista digital de Derecho Administrativo*, p. 13. Sobre este mismo punto, ver ISABEL LIFANTE VIDAL, "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica", *Revista Doxa*, n.º 25, 2002, pp. 413-439.

8 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 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

Es pertinente aclarar el importante giro que tomó el derecho administrativo actual a partir del surgimiento del Estado constitucional, y para el caso concreto, de las llamadas potestades discrecionales, teniendo en cuenta que a nuestro juicio el advenimiento de la constitucionalización de los derechos y la aplicación del principio de proporcionalidad implicó la *crisis del concepto de discrecionalidad administrativa* y, a partir de allí, el surgimiento de lo que llamaré las *potestades regladas encubiertas*.

Hemos denominado *potestades regladas encubiertas* a la aparente libertad de que goza la administración pública para establecer criterios objetivos de componente técnico, económico, político, de conveniencia, etc., con base en los cuales puede escoger, decidir o, lo que es igual, utilizar para 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 tenga 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.

Las conclusiones de la investigación realizada permiten que nos apartemos de las tesis actuales, con una postura que se considera alternativa. En este orden de ideas, es preciso indicar que no se comparte la posición según la cual la aplicación del principio de proporcionalidad sería un límite al control de la discrecionalidad, por cuanto se estima que este principio solo torna aparente a la discrecionalidad y encubre lo real, esto es, la potestad reglada encubierta.

Es importante precisar que si bien Marín Hernández defiende una discrecionalidad administrativa material, de su tesis se evidencia una inexistencia

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”: HUGO MARÍN HERNÁNDEZ, *Discrecionalidad administrativa*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 131.

de discrecionalidad cuando sostiene: "pues no puede perderse de vista que la administración pública *jamás* puede decidir con libertad, al contrario, constitucional y legalmente se encuentra obligada a razonar y a justificar por qué las decisiones que adopta son las que de mejor manera sirven al interés general, interés del cual no es titular"⁹. Es claro que el actuar de la administración pública siempre debe ampararse en el principio de legalidad y el cumplimiento de lo principios de la función administrativa; sin embargo, cuando la ley deja libertad de escogencia a partir de múltiples opciones dadas por la misma ley, todas las medidas o medios escogidos sirven al interés general.

No se trata aquí de negar la existencia de la discrecionalidad administrativa. Sin embargo, cuando la administración en el ejercicio de la actividad de policía limita derechos y garantías fundamentales de las personas, tal facultad se torna reglada a partir de la obligación que tiene la administración pública de elegir el medio que en menor medida restrinja esos derechos. Ahora bien, la doctrina mayoritaria coincide en sostener que el principio de proporcionalidad es un límite hacia el control de la discrecionalidad. A pesar de esto, en el presente trabajo se sostiene que tal planteamiento es un mito. El principio de proporcionalidad como parámetro normativo dentro del ejercicio de potestades amplias, hace que tal presupuesto sea una ficción, por cuanto crea una discrecionalidad aparente, toda vez que tal competencia encierra en la escogencia de los medios una potestad reglada encubierta.

Sobre la discrecionalidad administrativa la Corte Constitucional sostuvo en sentencia C-734 de 2000:

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 esa misma sentencia, la Corte 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.

Lo anterior significa que la Corte adoptó en esta sentencia un criterio mixto a partir de la posibilidad de elección libre (formal) pero limitada a los fines

9 Ibid., p. 131.

generales de la función pública. Para la Corte, en el ejercicio de la facultad reglada hay aplicación obligada de la norma, ya que 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 que se está aplicando. Para nosotros, el hecho de que una ley no señale la dimensión no implica necesariamente discrecionalidad, por cuanto la dimensión, aunque no esté en la ley, está definida en la situación fáctica concreta, la cual impone un límite a la escogencia indistinta del medio o la adopción de la medida.

Esta tesis se ha mantenido en la actualidad, pues la Corte Constitucional en sentencia T-111 de 2014 sostuvo:

El ordenamiento jurídico vigente ha establecido que las autoridades públicas, en la toma de las decisiones de su competencia, pueden obrar de dos maneras en específico, esto es: (i) a través del ejercicio de facultades regladas, las cuales se constituyen en la pauta general y se ejecutan siempre que la ley previene, en forma expresa, las consecuencias jurídicas que han de materializarse ante la ocurrencia de determinados supuestos de hecho; y (ii) mediante el ejercicio de atribuciones discrecionales, las cuales, contrario a la concepción común, no suponen una libertad absoluta en la toma de decisiones del funcionario que las ejecuta, pues ello implicaría desconocer el principio de legalidad que rige a la función pública, sino que por el contrario, 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 últimas fueron concebidas con la finalidad de otorgarle 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.*

Lo resaltado implica que, para la Corte Constitucional, la realización de juicios de valor por parte de un funcionario sobre las circunstancias de hecho, oportunidad y conveniencia para adoptar la decisión conlleva una discrecionalidad relativa. Esto no se comparte, por cuanto la tendencia actual de la teoría de la argumentación implica que las decisiones de la administración pública y de justicia estén fundadas y se den las razones de la medida. En este sentido, lo que para la Corte es discrecionalidad relativa, consideramos que es el rol natural de aplicar argumentación jurídica dentro del derecho actual a partir del surgimiento del *Estado constitucional*.

1.2. ALCANCES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Sostener en este trabajo que la potestad discrecional de la administración en ciertos 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, implica necesariamente hacer referencia a este principio.

La proporcionalidad aplicada a los actos discrecionales la encontramos consagrada de manera expresa en la Ley 1437 de 2011 (en adelante, CPACA), en el artículo 44, 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".

Ahora bien, desde el punto de vista constitucional, esto es, como principio constitucional, la Corte Constitucional ha señalado que 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"¹⁰.

La proporcionalidad del medio se determina, entonces, mediante una evaluación de su idoneidad para obtener el fin (constitucionalmente legítimo de acuerdo con el principio de razón suficiente); su necesidad, en el sentido de que no existan medios alternativos igualmente adecuados o idóneos para la obtención del fin, pero menos restrictivos de los principios afectados; y su proporcionalidad en sentido estricto, esto es, que la efectividad del fin que se persigue se alcance en una medida mayor a la afectación de los principios que sufren restricción, y particularmente, del principio de igualdad¹¹.

En cuanto al contenido del principio, la Corte Constitucional ha señalado tres elementos que dan forma a este patrón utilizado para establecer la exequibilidad de las medidas legislativas que limitan derechos fundamentales: i) idoneidad, en cuya sede es preciso establecer 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; ii) necesidad, momento en el cual se analiza la eventual existencia de otros medios que supongan una limitación menos severa al derecho fundamental, y iii) proporcionalidad en sentido estricto, en donde se indaga por la relación entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada.

En este sentido, el sub principio necesidad del principio de proporcionalidad implica un análisis por parte de la administración pública encaminado a determinar cuál es el medio que supone una limitación o restricción menos severa a los derechos fundamentales. Así las cosas, la competencia discrecional de la administración carece de margen de libertad y se torna reglada (por eso es

10 Sentencia C-122 de 2003.

11 Sentencia C-934 de 2013.

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 aparejada la necesidad de hacer referencia a la argumentación jurídica¹².

En los supuestos de discrecionalidad, la administración debe justificar y dar las razones en virtud de las cuales el medio o la medida adoptada es adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa, a la luz de lo señalado en el artículo 44 CPACA.

En este sentido, la justificación de las razones conlleva en todo caso la motivación o fundamentación de la decisión administrativa discrecional, esto es, la relación necesaria entre argumentación jurídica y decisiones discrecionales.

De igual forma, es importante señalar que cuando nos encontramos frente a decisiones producto de la *potestad discrecional aparente*, es decir, cuando estamos frente a casos especiales como el ejercicio del poder de policía, la aplicación del principio de proporcionalidad, tal como se dijo líneas arriba, implica sustentar *por qué el medio utilizado lesiona o restringe en menor medida que otro los derechos fundamentales*. Esto incorpora la teoría de la argumentación jurídica dentro del derecho administrativo, sin ser este el único caso.

Lo que hemos dicho hasta aquí se relaciona con lo que en palabras de Atienza se denomina *contexto de justificación*, teniendo en cuenta que la administración pública debe señalar las razones que permiten considerar esa decisión como algo aceptable o justificable. Para Atienza los elementos que configuran el concepto de argumentación son cuatro, a saber: 1) argumentar es siempre una actividad relativa al lenguaje; 2) una argumentación presupone un problema; 3) una argumentación supone tanto un proceso como el resultado de un proceso; 4) la argumentación es una actividad racional¹³.

El juez del control de las decisiones administrativas discrecionales debe valorar el acto administrativo a partir de las buenas razones que sustentan la decisión, lo cual trae consigo analizar que, para que el acto se ajuste a derecho y a la legalidad (entiéndase también constitucionalidad) abstracta en general, debe soportarse en razones que justifiquen la adopción de la medida a los fines

12 D. SARMIENTO RAMÍREZ, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 9.

13 MANUEL ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta, 2013, p. 34. Además ver YEZID CARRILLO DE LA ROSA, *Teorías de la argumentación jurídica y del razonamiento judicial. Doctrina y Ley*, Bogotá, vol. 1, 2009, p. 311.

de la norma o que se justifique para el caso de la *potestad discrecional aparente* que la medida es la que en menor medida lesiona o limita el derecho.

De conformidad con lo anterior, es claro que la conexidad entre proporcionalidad y discrecionalidad administrativa es lo que hace que esta última se torne aparente; y la aplicación del principio de proporcionalidad implica el argumentar para efectos de justificar las razones de la decisión. 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 justifica en el advenimiento del Estado constitucional, pues este supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa 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. Parece por ello bastante lógico que 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; y que el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica haya corrido también paralelo a la progresiva implantación del modelo del Estado constitucional¹⁴.

2. MEDIOS CONCRETOS DE POLICÍA ADMINISTRATIVA Y LÍMITES A LOS DERECHOS

En este acápite del trabajo se hace alusión a los aspectos centrales del orden público y sus elementos, así como a 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.

Empezaremos entonces por precisar el concepto de orden público y sus elementos, pues la administración, para restablecer el orden público turbado, goza de amplias facultades para la escogencia de los medios, y a partir de ahí surgen los grandes problemas entre orden público y límites y restricciones a los derechos fundamentales.

2.1. EL ORDEN PÚBLICO: UN ANÁLISIS DESDE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Para empezar, es importante recordar que el Decreto 1355 de 1970 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

14 MANUEL ATIENZA, "Argumentación jurídica y Estado constitucional", *Novos Estudos Jurídicos*, vol. 9 (1), p. 22.

moralidad públicas. Así mismo, el CPACA señala en el artículo 2^[15], como excepción al ámbito de aplicación de esa norma, los procesos militares y de policía.

Desde el punto de vista jurisprudencial, la Corte Constitucional ha definido al orden público como "el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos"¹⁶.

La Constitución en el artículo 218, y en general 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 moralidad y ecología para hacer posible el goce efectivo y generalizado de los derechos¹⁷.

La Corte Constitucional ha sostenido en jurisprudencia reiterada que en un Estado social de derecho, la preservación del orden público representa el fundamento y a la vez el límite de las competencias de policía. El poder de policía se subordina a los principios constitucionales y las libertades públicas, que solo pueden ser restringidos cuando sea indispensable y exista una finalidad constitucionalmente legítima orientada a lograr la convivencia pacífica y asegurar los derechos ciudadanos. De este modo, la expresión "orden público" no puede entenderse desligada 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.

Quiere decir lo anterior que los derechos fundamentales se constituyen en el límite al ejercicio del poder de policía, lo cual implica que su ejercicio esté siempre y en todo momento subordinado al principio de proporcionalidad, el cual hace desaparecer la aparente discrecionalidad para introducir la potestad reglada encubierta en el ejercicio de esta competencia cuando se escogen los medios para restablecerlo. 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 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;

15 Ley 1437 de 2011: "Artículo 2. [...] Las disposiciones de esta Parte Primera no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas. Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción".

16 Corte Constitucional. Sentencia C-024 de 1994.

17 Corte Constitucional. Sentencia C-224 de 2009.

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.º 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 al 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 este mismo sentido, la Corte Constitucional 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 (resaltado fuera de texto).

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 juega un papel central frente a lo sostenido en este trabajo.

De conformidad con lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado algunas reglas respecto de las cláusulas indeterminadas y la restricción de las libertades constitucionales: i) los conceptos jurídicos indeterminados no suponen la discrecionalidad de las autoridades puesto que implican clasificar una situación para tomar una única medida apropiada o justa; ii) si bien se admite cierto grado de indeterminación y ambigüedad en el lenguaje jurídico, y no obstante no todo concepto jurídico indeterminado sea *per se* inconstitucional, el Legislador debe evitar emplear palabras y conceptos que impliquen un grado de ambigüedad tal que afecte la certeza del derecho y lleve a una interpretación absolutamente discrecional de la autoridad a quien corresponde aplicar determinada disposición, especialmente cuando se trata de normas que restringen el derecho a la libertad en sus múltiples expresiones; iii) cuando sea posible esclarecer un concepto jurídico indeterminado a partir de las herramientas hermenéuticas que ofrece el propio ordenamiento, la disposición no será in-

constitucional. Por el contrario, si el concepto es tan abierto que no puede ser concretado en forma razonable, se desconoce el principio de legalidad; iv) en materia sancionatoria, ya sea penal o disciplinaria, la exigencia de certeza sobre el supuesto de hecho de una norma es mayor puesto que la aplicación de la misma puede implicar una afectación más profunda de los derechos y libertades constitucionalmente protegidos.

Esto, aunque dentro de la ambigüedad discursiva de la Corte Constitucional, le da soporte a lo dicho a lo largo de este trabajo, ya que en realidad, en los supuestos de escogencia de medios o indeterminación del derecho, el principio de proporcionalidad se convierte en el horizonte determinante de los conceptos jurídicos indeterminados.

2.2. LA ACTIVIDAD MATERIAL DE POLICÍA, PODER Y FUNCIÓN DE POLICÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

La actividad de la administración pública 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 administración pública para el cumplimiento de los cometidos estatales puede resumirse en la actividad de policía, intervención, regulación, control, planificación, programación, defensa, preservación, gestión económica, fomento, infraestructura, servicios públicos, arbitrales, etc.¹⁸.

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 Corte Constitucional 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 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 este a las autoridades administrativas de policía.

18 JAIME SANTOFIMIO GAMBOA, *Tratado de derecho administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, vol. 1, 2003, p. 38.

En este sentido, no se discutirá el carácter reglamentario del poder de policía, teniendo en cuenta que está claro, sin embargo, que respecto de los medios para restablecer el orden público en muchas ocasiones tiene un margen de discrecionalidad aparente. Quiere decir lo anterior que 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 indeterminados¹⁹.

Ejemplo de lo anterior lo encontramos claramente en el artículo 230 del Código de Policía²⁰, 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 dicho hasta aquí evidencia el ejercicio de una *potestad reglada encubierta*, pues, en definitiva, no existe 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 la aplicación del principio de proporcionalidad.

Ahora bien, vale aclarar que los presupuestos de la proporcionalidad en materia de policía administrativa deben atenderse aun 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 supuestos de que trata el artículo 11 del Código de Policía no están dotados de discrecionalidad material, por cuanto, si 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, LÍMITE A LOS DERECHOS Y DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

En este punto del trabajo se analizan las implicaciones de lo expuesto en los acápites anteriores y cómo ha incidido en la práctica jurídica de la Corte Constitucional. Esto a partir del análisis de la jurisprudencia constitucional frente al poder de policía, los derechos fundamentales y la discrecionalidad administrativa. Por cuestiones de espacio, en esta oportunidad nos limitamos a un solo caso concreto.

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

19 J. RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, "Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la Ley española de Procedimiento Administrativo", *Revista de la Facultad de Derecho: PUCP* (67), p. 229.

20 Decreto 1355 de 1970.

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 administración pública para la escogencia de los medios o la determinación de los conceptos indeterminados (aunque para la Corte Constitucional de Colombia esto no es discrecionalidad²¹) está reglada por la aplicación del principio de proporcionalidad. En efecto, la autoridad se obliga necesariamente a la escogencia del medio necesario para el logro del fin que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de los mismos. 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, por lo que debe aplicar el medio que en menor medida lesione o afecte los derechos fundamentales.

Para la Corte la interpretación constitucional debe en lo posible armonizar los principios constitucionales en tensión. Es probable que en una situación específica puedan existir poderosas razones de interés general que justifiquen la restricción de un derecho fundamental, siempre y cuando esta sea proporcional y respete el contenido esencial del derecho afectado. La restricción puede ser mayor a las limitaciones ordinarias que derivan 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 aprecia en la sentencia T-111 de 2014. En esta, la Corte analiza la situación de una persona que, tras haber tenido una hoja de vida con mínimas vicisitudes, fue retirada del servicio activo de la Policía Nacional en ejercicio de la facultad discrecional otorgada al Gobierno Nacional por la Ley 857 de 2003.

El actor impetró acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de esta decisión, lo cual tuvo como resultado que en primera instancia se accediera a sus pretensiones, y en segunda instancia se revocara lo dispuesto. Lo anterior, por cuanto el *ad quem* consideró que la hoja de vida del actor no era impecable, de manera que, habiendo tenido anotaciones negativas de tan solo un año y medio de anterioridad al acto de retiro, este último resultaba legítimo y razonable, en cuanto se consideraba evidente que tenía por finalidad la mejora en la prestación del servicio de la institución.

En este caso, la Corte juzgó que si bien existe discrecionalidad, la autoridad administrativa debe valorar si verdaderamente existe una razón o motivo que justifique el ejercicio de dicha competencia. Es decir, se encuentra necesario que en estos casos se realice un estudio de las circunstancias de tiempo, modo

21 Ver ISABEL LIFANTE VIDAL, "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica", *Doxa*, n.º 25, 2002, p. 415.

y lugar en que estas anotaciones se materializaron, para determinar la medida a adoptar y si esta es completamente indispensable a efectos de obtenerla.

Del caso anteriormente analizado, la Corte indicó que existe discrecionalidad en el ejercicio de la competencia de retiro de miembros de la Policía Nacional para mejorar el servicio, si bien es claro que no podemos hablar propiamente de tal competencia, pues en el ejercicio de tal atribución existe una potestad reglada encubierta a partir de la discrecionalidad administrativa aparente.

Para terminar, vale aclarar que si la entidad no asumiese la obligación de tomar la decisión a partir del derecho lesionado, sino desde la competencia, podríamos hablar de discrecionalidad, pero, como se hace desde el punto de vista contrario, esto es, desde el derecho, la competencia es reglada.

CONSIDERACIONES FINALES

Como conclusión del presente trabajo frente a la pregunta problema planteada, esto es, de *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 limiten 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.

Con la expresión 'potestades regladas encubiertas' denominamos a la aparente libertad de que goza la administración pública para establecer criterios objetivos en sus decisiones de componente técnico, económico, político, de conveniencia, etc., con base en los cuales ella escoge, elige o subsume los hechos o las circunstancias propias de cada caso concreto.

Los casos estudiados y el marco teórico aquí expuesto, permiten concluir que la potestad es reglada o aparentemente discrecional por cuanto el margen de libertad que se le atribuye a la autoridad para determinar las condiciones de tiempo, modo y lugar es, en realidad, inexistente. De la revisión de la literatura jurídica y la jurisprudencia constitucional se desprende precisamente que la autoridad está obligada a la adopción del medio que sea necesario para el logro del fin que persigue, pero con el que sacrifique en menor medida los principios y derechos constitucionales que podrían verse afectados por el uso de los mismos. De esta manera se responde al problema jurídico aquí planteado, afirmando 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, por lo que debe aplicar, en presencia del mismo, el medio que lesione o afecte en menor medida los derechos fundamentales de los administrados.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007.
- ARROYO JIMÉNEZ, L. "Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo", *Revista para el Análisis del Derecho* 2, 2009, pp. 2-32.
- ATIENZA, M. "Argumentación jurídica y Estado constitucional", *Novos Estudos Jurídicos*, 9 (1), 2004, pp. 9-22.
- ATIENZA, M. *Argumentación y Constitución*, 2008, pp. 21-56.
- BERNAL PULIDO, C. *El derecho de los derechos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- BERNAL PULIDO, C. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá: Libro de Investigación, 2009.
- BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Barranquilla, 2014.
- BERROCAL GUERRERO, L. E. *Manual del acto administrativo*, Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2005.
- CARRILLO DE LA ROSA, Y. *Teorías de la argumentación jurídica y del razonamiento jurídico*, Bogotá: Doctrina y Ley, 2011.
- CASSAGNE, J. C. "La revisión de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1990, pp. 349-358.
- FERNÁNDEZ ESPINAL, L. C. "El control judicial de la discrecionalidad administrativa", *Revista Jurídica de Castilla y León* (26), 2012, pp. 211-258.
- LIFANTE VIDAL, I. "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica", *Doxa* 25, 2002, p. 415.
- LORCA MARTÍN, M. I. *Principio de proporcionalidad y neoconstitucionalismo*, Medellín: Universidad de Medellín, 2014.
- MARÍN HERNÁNDEZ, H. *Discrecionalidad administrativa*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- MARÍN HERNÁNDEZ, H. A. *Algunas anotaciones en relación con la discrecionalidad administrativa y el control judicial de su ejercicio en el derecho urbanístico colombiano*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

MEILÁN GIL, J. L. "La argumentación en el contencioso administrativo", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 15, 2011, pp. 35-54.

MESQUIDA SAMPOL, J. "El concepto de discrecionalidad y su control", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 37, 2003, pp. 337-358.

PAREJO ALFONSO, L. *Lecciones de derecho administrativo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

PERELLO DOMENECH, I. "El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional", *Jueces para la Democracia* 28, 1997, pp. 69-75.

RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, J. "Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la Ley española de Procedimiento Administrativo", *Revista de la Facultad de Derecho: PUCP* 67, 2011, pp. 207-229.

SANTOFIMIO GAMBOA, J. *Tratado de derecho administrativo*, vol. 1, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

SAPAG, M. "De la razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado", *Dikaion* 17, 2008, pp. 157-198.

SARMIENTO RAMÍREZ, D. *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo*, 2007.