



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

**ENTRE LA LEGALIDAD Y EL EJERCICIO DE  
POTESTADES DISCRECIONALES EN LAS DECISIONES  
DE LA ALTA POLICÍA ADMINISTRATIVA: UNA VISIÓN A  
PARTIR DE LA DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y  
PRINCIPIOS**

**JUAN DIEGO DIAZ QUIÑONES**

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Departamento de Derecho  
Bogotá, Colombia

2015



# **ENTRE LA LEGALIDAD Y EL EJERCICIO DE POTESTADES DISCRECIONALES EN LAS DECISIONES DE LA ALTA POLICÍA ADMINISTRATIVA: UNA VISIÓN A PARTIR DE LA DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS**

**JUAN DIEGO DIAZ QUIÑONES**

Tesis o trabajo de investigación presentada(o) como requisito parcial para optar al título  
de:

**Magister en Derecho**

Director (a):

Doctor Jheison Torres Ávila

Línea de Investigación:

Interpretación jurídica, argumentación y análisis jurisprudencial.

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Departamento de Derecho  
Bogotá, Colombia  
2015

*Para todos aquellos cómplices de mi vida  
y del conocimiento, quienes impulsaron y  
permitieron que las palabras tuvieran  
sentido e hicieron que no se perdiera el  
esfuerzo por lograrlo.*

*A Dios y a mi Madre, por supuesto.*

## **Agradecimientos**

Un especial reconocimiento por sus aportes y empeño en la construcción de este trabajo, a mis amigos y compañeros: Luis Alberto Quintero, Gerardo Jaimes Silva, Viviana Cañon, Elda Francy Vargas y Katherine Medina.

A mi tutor: Doctor Fredy Andrei Herrera

A mi Director: Doctor Jheison Torres

A mis Jurados: Doctora María Angélica Sánchez y Doctor Andres Abel Rodriguez

A mi Universidad y en especial a Andrea del Pilar Hernández.

Todos ellos sumaron con su tiempo, disposición y paciencia para encender y mantener la luz guía de este documento.



## Resumen

La realidad que supone la estructura misma de las normas y la satisfacción de sus fines, torna complejo que tales preceptos puedan determinar de antemano todas las situaciones que puedan caber dentro del sistema normativo, lo que conlleva por una parte a la necesidad de establecer un sujeto aplicador y, por la otra, la atribución de determinadas facultades para su ejercicio. El desarrollo de las actividades administrativas, por esencia, constituyen funciones estatales que se realizan siempre en ejecución directa e inmediata de la ley y de los fines consagrados en la Constitución Nacional y es allí donde las facultades discrecionales surgen como una atribución que permite elegir la más adecuada medida de satisfacción general que se encuentra legalmente definido pero no determinado respecto de los intereses particulares comprometidos, permitiendo al operador administrativo apelar a juicios lógicos y de argumentación jurídica cuando quiera que se vea enfrentado a casos difíciles o de varias alternativas plausibles de elección; encontrando en las técnicas interpretativas una opción de autocontrol de la actuación administrativa discrecional.

**Palabras clave:** Discrecionalidad administrativa, reglas y principios, ponderación en materia administrativa, policía administrativa.

## **Abstract**

The reality which is the very structure of standards and satisfy their purposes, such precepts becomes complex can predetermine all situations that can fit within the normative system, leading by one party to the need for a subject applicator and on the other, the allocation of certain powers to exercise. The development of administrative activities, in essence, constitute state functions are always done directly and immediately from the law and the purposes enshrined in the Constitution implementation and is where discretion emerge as an attribution that lets you choose the most appropriate measure of overall satisfaction which is legally defined but not certain regarding the special interests involved, allowing the administrative operator appeal to logical judgments and legal arguments whenever it sees itself confronted with difficult cases or several plausible alternatives of choice; interpretive techniques found in a choice of self-discretionary administrative action.

Keywords: Administrative discretion, rules and principles, weighting managerial, administrative pólice.



# Contenido

	<u>Pág.</u>
<b>Resumen.....</b>	<b>VII</b>
<b>Introducción.....</b>	<b>2</b>
<b>1. La actividad del estado desde el ámbito de la función administrativa.....</b>	<b>9</b>
1.1 Potestades regladas y potestades discrecionales como parte del desarrollo de la función administrativa.....	14
1.2 Alcance del componente discrecional en la actividad administrativa.....	18
1.3 Límites derivados de la aplicación de facultades discrecionales dentro de la actividad administrativa.....	27
1.4 Necesaria referencia al control judicial sobre la discrecionalidad.....	42
<b>2. La distinción entre reglas y principios frente al ejercicio de potestades discrecionales.....</b>	<b>47</b>
2.1 Aproximación a la discusión teórica.....	47
2.2 Reconocimiento y aplicación de principios y reglas en materia judicial.....	54
2.2.1 La aplicación de una postura “débil” de los conceptos de reglas y principios en el ámbito judicial.....	60
2.3 La ponderación y la proporcionalidad en la actividad administrativa: su desarrollo en las potestades discrecionales de la administración.....	63
<b>3. El ejercicio de facultades discrecionales en la función delegada de policía administrativa.....</b>	<b>79</b>
3.1. Encausando la discusión frente al ejercicio de la potestad discrecional.....	79
3.1.1. Concepto y función de policía administrativa: un primer escenario para la discrecionalidad.....	81
3.1.2. La potestad administrativa sancionatoria. Segundo escenario para la discrecionalidad.....	86
3.2. Las facultades de inspección, vigilancia y control – un especial campo para la discrecionalidad.....	92
3.3. Caracterización de la gestión discrecional en dos eventos de la actividad administrativa.....	98
<b>4. Conclusiones y recomendaciones.....</b>	<b>113</b>
4.1 Conclusiones.....	113
4.2 Recomendaciones.....	116
<b>Bibliografía.....</b>	<b>117</b>

# Introducción

Dentro de los problemas que son objeto de discusión en la teoría jurídica, se encuentra que la distinción entre reglas y principios ha dado lugar al nacimiento de diferentes corrientes<sup>1</sup> que pretenden ubicar el papel que ocupa uno u otro concepto en un determinado campo de la interpretación jurídica, bien porque se aborda su estudio desde el punto de vista doctrinal<sup>2</sup>, o bien porque se enmarca dentro del objeto mismo de la decisión judicial<sup>3</sup>.

Es éste último aspecto, en el que el juez, dentro de la concepción del Estado Social de Derecho, ha venido ocupando un papel más activo en el campo de la interpretación elevando sus debates judiciales a construcciones más abiertas desde normas constitucionales<sup>4</sup>, es lo que permite trasladar la discusión presente en la interpretación jurídica constitucional<sup>5</sup>, donde juega un papel importante la vinculación regla – principio y/o viceversa, hacía un aspecto propio de la actividad administrativa y propiamente cuando se está frente al ejercicio delegado de la función de policía administrativa, en la

<sup>1</sup> AARNIO, Aulis, GARZÓN VALDÉS, Ernesto y UUSITALO, Jyrki, *La normatividad del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997. ACKERMANN, Bruce. Et al., *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1991. ALCHOURRÓN, Carlos Eduardo, BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 2006. ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997. CALVO SOLER, Raúl, *Uso de normas jurídicas y toma de decisiones*, Barcelona, Gedisa, 2003. CARACCIOLO, Ricardo, *El Sistema Jurídico. Problemas Actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988. COMANDUCCI, Paolo, *Análisis y Derecho*, México, Fontamara, 2004. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988. GUASTINI, Ricardo, *Distinguiendo*, Barcelona, Gedisa, 1999. LOSANO, Mario, *La informática y el análisis de los procedimientos jurídicos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. MANASSERO, María de los Ángeles, *De la argumentación al Derecho razonable*, Navarra, Eunsa, 2001. MENDONEA, Daniel, *Introducción al análisis normativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992. MORESO José Juan, NAVARRO, Pablo Eugenio, *Orden jurídico y Sistema jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. NAVARRO, Pablo Eugenio, REDONDO, María Cristina, *La relevancia del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 2002. PERELMAN, Chaim, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Tratado de la argumentación*, Madrid, Gredos, 2006. RAZ, Joseph, *La ética en el ámbito público*, Barcelona, Gedisa, 2001. ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1994. SAUCA, José María, *Cuestiones lógicas en la derogación de las normas*, México. D.F., Fontamara, 2001. SUMMERS, Robert, *La naturaleza formal del Derecho*, México. D.F., Fontamara, 2001. WALLACE, Jay, *Cómo argumentar sobre la razón práctica*, México D.F., Instituto de investigaciones filosóficas, 2006. WRIGHT Henrik von, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Editorial Tecnos, 1979. WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Sentido y hecho en el Derecho*, México D.F., Fontamara, 2003.

<sup>2</sup> GARCIA Figueroa, Alfonso, *Teoría de la argumentación y teoría del derecho*. En Revista de Ciencias Sociales Valparaíso, Chile, en prensa.

<sup>3</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-46 de 1992. CORTE CONSTITUCIONAL. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Sentencia C-734 del 21 de junio de 2000. Expediente D-2732.

<sup>4</sup>Centramos la atención en el denominado “neoconstitucionalismo” entendido como un conjunto de cambios y transformaciones en los contenidos de los textos constitucionales en las últimas décadas que han llevado a una importante transformación en el papel desempeñado por la constitución en el conjunto del ordenamiento y en el plano institucional. Dentro de quienes han hecho análisis de las manifestaciones del neoconstitucionalismo, pueden citarse: COMANDUCCI, 2003, CARBONELL, 2003, MAZZARESE, 2003.

<sup>5</sup> UPRIMNY, Rodrigo, RODRIGUEZ, Andrés Abel, “El ámbito de la interpretación judicial”. *Ensayo*. en Interpretación Judicial, Módulo de Autoformación, 2006, Segunda Edición.

que se considera que la toma de decisiones puede estar moviéndose en una cierta dicotomía entre la facultad discrecional conferida al operador administrativo y el respeto al principio de legalidad, cuya relación jurídica a su vez lleva inmersa la expresión de un ejercicio interpretativo que busca dar solución a cualquier conflicto que se le presente.

Como aproximación a la discusión, se puede indicar que en los ordenamientos actuales es común encontrarse, de un lado, previsiones generales redactadas sin la estructura clásica de las normas positivas<sup>6</sup> y con tal grado de indeterminación que dejan un amplio margen al operador jurídico para concretar la conducta debida<sup>7</sup> y, por otra parte, se está ante reglas mucho más detalladas, circunstanciales y frecuentemente cambiantes, bastante proclives a suscitar contradicciones, conflictos y zonas de penumbra<sup>8</sup>, presupuestos teóricos que en el ordenamiento jurídico administrativo pueden revelarse sin mayor dificultad en el ejercicio mismo de aplicación de las normas que se encuentran allí previstas, por ello no es difícil entender que se contemple la existencia de actos reglados y actos discrecionales, en la medida que responden a ese mayor o menor grado de indeterminación que la norma positiva ha fijado.

Teóricamente, se ha indicado que el acto es reglado cuando la ley ha señalado a la administración en forma expresa la forma en que debe actuar, de manera que producido un hecho, el supuesto o antecedente previsto en la norma, la decisión de la administración no puede ser sino una. El poder discrecional, por el contrario, permite escoger la solución del asunto dentro de distintas opciones, pero ello no quiere decir que la administración pueda actuar alejada de la Ley pues la selección de esas alternativas posibles de decisión las consagra el mismo ordenamiento<sup>9</sup>. Sin embargo, esto último podría llevar a plantear un par de interrogantes frente a si las distintas opciones de solución del asunto, pueden aparejar un conflicto entre principios y reglas y si cuando hay lugar a ello el ordenamiento jurídico, en el campo administrativo, permite adoptar la

---

<sup>6</sup> ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica* (1978), trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

<sup>7</sup> KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, México, Ed. Porrúa, 2003, 13ª edición.

<sup>8</sup> En relación con el concepto de penumbra ver: HART, H.L.A., *“El Concepto del Derecho”*, Buenos Aires - Argentina, Abeledo Perrot, Segunda Edición.

<sup>9</sup> El artículo 36 del Código Contencioso Administrativo prescribe que: “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”.

solución que más se ajusta a uno u otro criterio, sin que se desconozcan dos elementos extremos pero no contradictorios que rodean la decisión administrativa, la potestad discrecional y el principio de legalidad reconocidos por el ordenamiento jurídico<sup>10</sup>.

Pareciera ser que, en principio, el ejercicio de la función de policía administrativa, a la que haremos referencia, excluye per se la existencia de actos puramente discrecionales por parte de la administración, pero ello no excluye una cierta capacidad creadora<sup>11</sup> del funcionario competente para decidir, que en semejanza con el papel que desarrolla el juez, lo puede llevar a plantearse posturas teóricas que den respuesta a un conflicto basado en la discusión de reglas y principios. Esto, de alguna manera implica que la vieja distinción entre el acto puro reglado y el acto puro discrecional, debe abandonarse a favor de una que prevea que el funcionario, dentro del nuevo esquema constitucional del derecho, no puede apartarse de la legalidad regida por la aplicación de las reglas o principios que regulan la materia y las herramientas hermenéuticas que permitan dar lugar a su mejor interpretación.

En ese orden de ideas, se puede decir que el eje de la presente investigación se sitúa en cómo a partir de la evaluación teórica que pretende distinguir entre reglas y principios, es dable analizar la manera en que se toman las decisiones en el campo administrativo, en particular, las actuaciones sancionatorias que adelantan lo que se ha denominado la alta policía administrativa, sin perder de vista la necesaria relación que debe existir entre el principio de legalidad y el ejercicio de la facultad discrecional conferida al operador administrativo. De allí que para aproximar el objeto de estudio, sea necesario incluir una revisión de las posturas teóricas, constitucionales y legales en relación con los conceptos que se han venido construyendo respecto de la discrecionalidad administrativa, en orden a determinar su alcance y límites, para luego apelar a un elemento propio de la

---

<sup>10</sup> Cuando nos referimos a la discrecionalidad y al principio de legalidad, estamos planteando la obligatoriedad de todos los órganos del Estado de someterse a los preceptos en Ley establecidos, y obviamente a este principio no escapan los órganos administrativos. En cuanto a si toda actividad administrativa debe estar vinculada o autorizada por una ley se plantean diversos criterios. En la opinión del catedrático Ramón Parada, la respuesta no puede ser discutida, puesto que no ha de ser razonable que toda la actividad administrativa sea objeto de previsión legal, allí donde la actividad administrativa va en línea de ampliar derechos y esferas de actuación del particular no parece estar justificado ese rigor de vinculación positiva a la ley, mientras que por el contrario, la vinculación positiva es requisito esencial de toda actividad que comporte limitación de libertad.

<sup>11</sup> Mediante Sentencia SU-250 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero, la Corte Constitucional destacó cómo, a pesar de ser una elaboración relativamente actual, la motivación de los actos administrativos es vista en el derecho contemporáneo como una garantía en contra de la arbitrariedad, especialmente cuando de actos discrecionales se trata.

interpretación jurídico – constitucional como lo es la distinción entre reglas y principios, a fin de intentar establecer algunas relaciones o elementos comunes que permitan traer o enlazar tal distinción teórica en un campo dogmático particular como el que aquí se ha tratado de enunciar, advirtiendo desde ahora que tal aproximación no pretende profundizar en análisis de casos de forma particular.

Los anteriores planteamientos, implican realizar un análisis a partir de la integración de dos sistemas del conocimiento jurídico: por una parte, el doctrinal desde la perspectiva del derecho público que involucra el campo administrativo y constitucional y por otro lado, un discurso propio de la teoría de la argumentación jurídica cuya relevancia en el estudio del derecho se ha hecho cada vez más visible en cuanto que sus elementos estructurales y valorativos han permitido una nueva dinámica interpretativa por parte del operador jurídico, cuya actividad exige una mayor concreción del derecho apelando a métodos de valoración o argumentación más racional.

Podría decirse entonces que el objetivo principal que se propone a través de la presente investigación, es lograr analizar si es posible para el operador administrativo en el ejercicio de sus funciones discrecionales de policía administrativa, acudir a criterios de interpretación basados en reglas y principios para la toma de decisiones; por lo que la pregunta de investigación que se puede plantear consistiría en saber si ¿En materia de Policía Administrativa es posible aplicar la diferencia entre reglas y principios y, por tanto, servirse de la misma con miras a determinar la aplicación del principio de legalidad y el ejercicio de potestades discrecionales?.

Para responder a ello, como hipótesis central de lo planteado se puede señalar que en el marco de la actividad de policía administrativa de carácter sancionatorio, la toma de decisiones involucra un componente discrecional, no obstante que las infracciones y las sanciones estén definidas por el legislador en virtud del principio de legalidad (se trata de un acto reglado), por lo que para su resolución deben tenerse en cuenta elementos basados en reglas y en principios, con miras a satisfacer el fin mismo del derecho administrativo sin que por ello se desconozca el principio de legalidad.

Así entonces, pretendiendo construir la línea argumentativa que permita validar esta hipótesis, en un primer momento, entraremos en el campo de análisis de la actividad de la administración desde el reconocimiento de la función administrativa que desarrolla y allí también identificar los conceptos y actividades que se enmarcan dentro de la misma, destacando lo que corresponde a la actividad o potestad reglada y la discrecional como elementos necesarios que nos permiten definir los puntos de encuentro de la discusión propuesta.

Desde ahora, vale la pena mencionar que la discrecionalidad ha venido siendo calificada como un aspecto central del derecho que a la vez resulta inevitable por cuanto, por una parte, los sistemas jurídicos contemporáneos distribuyen cada vez más poderes expresos de decisión a funcionarios y operadores en general con el fin de poder realizar en mejor forma los objetivos legislativos de carácter general; por otra parte, resulta inevitable porque la materialización de las normas, es decir el paso de la abstracción a la realidad, implica sujetos que interpretan, realizan y adoptan decisiones. Según Añon, *“[E]ste último aspecto encierra la perspectiva más tradicional de la discrecionalidad, es decir el planteamiento sobre el alcance de las decisiones individuales que proporcionan las normas y es lo que ha llevado a pensar, durante mucho tiempo, que la discrecionalidad no es sino algo periférico en relación con el núcleo de las normas que es el que le da entidad a un sistema jurídico.”*<sup>12</sup>

En un segundo estadio, se abordará la discusión existente en la teoría del derecho sobre la distinción entre reglas y principios, para lo cual servirá de base la extensa literatura que sobre el particular se ha producido a nivel internacional y algunas propuestas existentes en el ámbito local, incluyendo en dicho análisis la caracterización acogida por la Corte Constitucional, para ver la forma en que deben resolverse sus colisiones en nuestro sistema jurídico desde el punto de vista judicial y con ello identificar los elementos que permitan repensar el alcance de las decisiones adoptadas en el campo administrativo, cuando se está frente al ejercicio de una facultad discrecional en materia sancionatoria.

---

<sup>12</sup> AÑON, María José. “Notas sobre Discrecionalidad y Legitimación” Tomado de DOXA 15, página 901.

Esta línea de construcción teórica pretende ilustrar como la dogmática jurídica ha desarrollado a lo largo de la construcción de sus principios y postulados, en los regímenes occidentales en los cuales se ha instaurado el Estado de Derecho fundado en el principio de legalidad, los métodos procedimentales a través de los cuales se determina la solución a los diferentes problemas jurídicos que se presentan cotidianamente. Dichos métodos representan, en buena parte, lo que la doctrina moderna denomina métodos formales de razonamiento, y que aplicados a la labor de interpretación del derecho a casos concretos, permite en la mayoría de las veces, que la solución de los mismos lo sea de acuerdo con las prescripciones del ordenamiento jurídico y del derecho positivo. No obstante, la especial característica de la función administrativa de propender por la consecución del interés público o interés general, cuya finalidad demanda herramientas para satisfacer las expectativas sociales, informa la necesidad de apelar a juicios lógicos y de argumentación jurídica para que las determinaciones adoptadas por la administración pública a través de sus servidores, resulten acordes a los fines mismos del Estado y puedan incluso resolverlas cuando quiera que se vean enfrentados a casos difíciles o de varias alternativas plausibles de elección.

Finalmente, en un tercer apartado se pretende evidenciar con alguna mirada crítica, la problemática existente en cuanto al estudio del principio de legalidad y la discrecionalidad como un criterio de toma de decisiones en materia administrativa, buscando contextualizar cada uno de estos conceptos y los elementos que pueden entrar en juego cuando se encuentran en el ámbito de una decisión de éste tipo. Para ello, sin una pretensión de exhaustividad, abordaremos lo relacionado con la función delegada de policía administrativa y la potestad administrativa sancionatoria, en el marco de las facultades de inspección, vigilancia y control que resultan ser un especial campo para la discrecionalidad, presentando un par de ejemplos que tienden a ilustrar el desafío que la misma implica dentro del ejercicio administrativo, sin llegar a realizar un ejercicio aplicativo de interpretación dogmática como tal, pues como lo advirtiéramos en líneas previas ello se escapa del objeto de estudio al que apenas nos estamos intentando aproximar.

Tal labor propuesta incluye una revisión de diferentes posturas teóricas desde la recopilación bibliográfica, así como la legislación y la jurisprudencia relevante de las altas Cortes en Colombia, cuyos enunciados serán presentados y planteados de manera descriptiva y deductiva, en orden a determinar su aplicación en lo que se ha señalado como alta policía administrativa. De allí que se espera que este trabajo constituya un avance en el conocimiento del derecho administrativo en cuanto pretende trasladar una discusión propia del derecho constitucional y de la actividad jurisdiccional, al campo de la actividad administrativa sancionatoria del Estado, buscando establecer límites materiales al ejercicio de competencias discrecionales atribuidas de forma directa o indirecta a los servidores públicos, desde una mirada de la teoría del derecho.



# 1. La actividad del estado desde el ámbito de la función administrativa.

A partir del surgimiento del Estado Burgués, la posición abstencionista de la Administración que correspondía a los principios demo-liberales iniciales de la organización política de la sociedad, impuso el carácter reglado de la actividad administrativa estatal<sup>13</sup>. Dicha concepción emanaba, sin dudas de la diferenciación entre función judicial y función administrativa propiciada por la abolición del absolutismo monárquico y la implantación de la “división de poderes” en Francia.

La administración se consideraba que debía actuar en rígido sometimiento a los preceptos legales, lo que en el plano ideológico contribuirá, además, a enmascarar su esencia clasista y en el orden de la legalidad burguesa, eminentemente formal, a supeditar el Estado a la Ley, supeditación que exigía la ya delineada idea del “Estado de Derecho<sup>14</sup>”.

El aumento demográfico y los avances científicos, ya como una necesidad para un desarrollo como clase social, impusieron a la burguesía una nueva concepción del servicio público que llegó a convertirlo como justificación de la propia existencia del Estado, como se denota en el pensamiento de ideólogos como León Duguit y Gaston Jéze.

También desde los inicios del siglo pasado, la legitimidad del acto administrativo y la necesidad de la defensa de los derechos subjetivos reconocidos por la Administración a los particulares frente a la arbitrariedad de la propia administración por violación o abuso de poder, mantuvo la necesidad del carácter reglado de la actividad de aquella.

---

<sup>13</sup>CAÑIZARES ABELEDO, Diego Fernando. Temas de Derecho Administrativo, en [www.fgr.cu/biblioteca](http://www.fgr.cu/biblioteca) jurídica/derecho administrativo, facultad de derecho cuba/libro temas/tema IV.

<sup>14</sup>Ver entre otros, RIVERO, Jean. Droit Administratif. Edit Dalloz, París, 1966.

Actualmente, el paradigma propio del orden constitucional que rige el Estado Social de Derecho, nos ayuda a comprender que el ejercicio del poder público debe ser practicado conforme a los estrictos principios y normas derivadas del imperio de la Ley, no existiendo por tanto, actividad pública o funcionario que tenga plena libertad para ejercer sus funciones sino en la forma como se hallan expresadas en las normas respectivas.

Tal función administrativa del Estado, va más allá de la separación de las funciones del poder público, de la concepción tripartita del poder conforme a la teoría de Montesquieu, que siendo en primera instancia un aporte importante en el derecho constitucional, para el Estado moderno y contemporáneo, tal división es más amplia que la concebida en dicha teoría. Reconocer que hay una autoridad administrativa, más allá de la concepción tripartita ha sido la posición de varios autores quienes de manera concreta sostienen que el Estado moderno cumple sus fines mediante otras funciones; ejemplo de ello resulta ser la función fiscalizadora que ejerce la Contraloría General de la República<sup>15</sup> o como lo ha señalado el tratadista Luis Carlos SÁCHICA<sup>16</sup> en cuanto a que hay numerosas funciones que no encajan en la división tradicional del poder público, tales como: las funciones económicas o de intervención en la explotación de la industria, el comercio y el trabajo; la función diplomática, de dirección y desarrollo de la política internacional y la función financiera y fiscal.

Bajo esa misma concepción, se pone de presente como en la organización de los Estados democráticos contemporáneos, junto a las tradicionales tres ramas del poder público, se han venido estructurando “organismos paralelos” que también integran la administración pública, pero cuyas misiones exigen una cierta independencia del poder central, justificada por los campos de acción de los mismos. En la mayoría de los casos, se trata de organismos técnicos, especializados en áreas de difícil intervención y donde están presentes grandes intereses económicos o sociales, coincidiendo en que se trata de los sectores financiero, bursátil, audiovisual, de la competencia, de las

---

<sup>15</sup> COPETE LIZARRALDE, A. *Lecciones del Derecho Constitucional*, Universidad Nacional, Bogotá, 1953.

<sup>16</sup> Citado por BOSSA ANGULO, A. *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional General*. Editorial Leyer, Bogotá, pág. 108.

telecomunicaciones y de las libertades fundamentales, entre otros<sup>17</sup>, quienes ejercen su función administrativa buscando en gran medida proteger los intereses generales que consagra el mismo ordenamiento jurídico. En el caso de nuestra legislación se puede citar como ejemplo de este cometido, lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 489 de 1998, armonizado con el contenido del artículo 209 de la Constitución Política, que claramente señalan como finalidad de la función administrativa la satisfacción de las necesidades generales, la cual indistintamente debe desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Valga decir en este punto, que la Constitución Política en el artículo 117 dispone que el Ministerio Público y la Contraloría General de la República son órganos de control. En el mismo sentido, el contenido del artículo 189 dispuso las funciones que al Presidente de la República corresponden en su condición de Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa y en cuyo caso contempló una facultad en los numerales 21 y 22 donde establece que le corresponde ejercer la inspección y vigilancia conforme a la ley, y ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos; función tal, que aunque corresponde al ejecutivo ejercerla, ante la imposibilidad de cumplir de manera directa, bajo las figuras como la delegación y desconcentración de funciones se descongestionan los órganos superiores que conforman el aparato administrativo y, facilita y agiliza la gestión de los asuntos administrativos con el objeto de realizar y desarrollar los fines del Estado en beneficio de los administrados, en cumplimiento y desarrollo de los preceptos constitucionales e intereses propios de un Estado Social de Derecho, cuyos pilares fundamentales están dados para regular y garantizar la satisfacción de necesidades.

La consecución de los fines del Estado requiere entonces de la aplicación de las normas producidas por el órgano legislador, sin embargo las normas en sí mismas no pueden

---

<sup>17</sup> JIMÉNEZ JARAMILLO Claudia. Un régimen jurídico propio para las actividades de vigilancia y control. En: Foros Universidad Externado de Colombia; 2010; Bogotá.

resolver todas las situaciones que caigan bajo su ámbito<sup>18</sup>, lo que conlleva a la necesidad de establecer un sujeto aplicador o ejecutor<sup>19</sup> que no es otro que la administración pública como parte del poder ejecutivo<sup>20</sup>. Independientemente de las diversas teorías como se clasifican las funciones del poder público y mediante que órganos se llevan a cabo, lo cierto es que estas tienen como objetivo que el Estado cumpla determinados fines (tales como: la justicia, la seguridad, la defensa, la prestación de servicios públicos entre otros), los cuales se materializan mediante la actividad de las diferentes funciones del poder público, es decir, en principio y tradicionalmente mediante la función legislativa, judicial y administrativa.

Cada uno de estos órganos esenciales, aparte de sus propias funciones específicas, ejercen o realizan otras de la misma naturaleza que le son atribuidas de manera principal a los otros órganos.<sup>21</sup> De esta manera la función administrativa no está reducida a la actividad de un solo órgano y si bien, en principio constituye la función específica de la rama ejecutiva, resulta ser compartida también por los órganos legislativo y judicial.

Visto así lo anterior, entendemos que la función administrativa es un concepto que ha ido cambiado conforme la concepción de Estado imperante en cada momento histórico. Antes la función administrativa era identificada con la que ejercían los órganos de la administración que se encargaban de ejecutar la ley para asegurar el interés general. Después, cuando se pasó al Estado Social de Derecho, la administración no sólo se encargaba de ejecutar la ley sino de prestar servicios públicos lo cual produjo un sobredimensionamiento normativo, pues la administración se encargó de expedir normas de carácter general similares a las expedidas por el legislador. Con el enfoque neoliberal de desmonte del aparato estatal prestador de servicios públicos, el Estado pasó a ser regulador la actividad de los particulares, por lo que el papel de la administración se amplió: ahora se habla de un estado regulador que utiliza la facultad sancionatoria para garantizar la efectiva prestación del servicio por parte de los particulares.

---

<sup>18</sup> BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Discrecionalidad Administrativa y constitución*. Tecnos. P. 24

<sup>19</sup> *Ibíd.* P. 25

<sup>20</sup> *Ibíd.* P. 25

<sup>21</sup> MARIENHOFF, M. *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I*. Editorial Albeledo Perrot, 2ª edición, 1977, pág. 38.

Así entonces, el profesor Dromi observa que la función administrativa “(...) es un conjunto de actividades encaminadas hacia un fin, con prescindencia del órgano o agente que la realice y que se traduce en una ejecución concreta y práctica, y cuando ese fin es de interés colectivo estaremos en presencia de la Administración Pública.”<sup>22</sup>

Andre Buttgenbach, estima que la actividad de la administración pública se puede agrupar en cuatro grandes grupos: uno que engloba la reglamentación, la vigilancia y el control de la actividad privada; el segundo comprende la ayuda a la iniciativa privada y a las empresas privadas de interés colectivo; el tercero abarca la creación y la gestión de los servicios públicos; el cuarto consisten en lo contencioso administrativo.<sup>23</sup> Otros autores en el ámbito nacional<sup>24</sup> identifican la existencia de los tipos de actividades que realiza la administración con el fin de materializar los cometidos estatales, de la siguiente manera: de intervención (policía administrativa, defensa del orden y seguridad pública), de fomento (producción y estímulo a la actividad de los particulares) y la prestación de servicio público, tendientes a satisfacer las necesidades públicas. A estas también se les ha sumado las de control y vigilancia, económica, planificadora y por supuesto la normativa y reguladora.

Como un punto común de lo anotado hasta ahora, de acuerdo con el profesor Santofimio citando a Parejo Alfonso, encontramos que la actividad de la administración pública encuentra su objeto en la definición y determinación de los intereses generales conforme a lo expuesto en la Constitución y en la Ley, e igualmente señala que los instrumentos de los que se sirve esta actividad, tales como el acto administrativo, procuran irremediablemente, dentro de un contexto eminentemente finalístico, materializar esos cometidos, satisfaciendo de esta forma las responsabilidades históricas de la administración pública dentro del Estado Social de Derecho.<sup>25</sup> De esta manera entonces, el legislador aparte de entregar la gestión a la administración debe establecerle los

<sup>22</sup> DROMI, J. *Derecho administrativo*. Ediciones Ciudad Argentina, 5ª edición, Buenos Aires, 1996, pág. 124

<sup>23</sup> Citado en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1920/8.pdf> Principales actividades del Estado. El día 29 de agosto de 2014. Buttgenbach, Andre. *Principes Generaus. Organización en el Moyen de Action des Administration Publique*. Larcier. París. 1954. P11.

<sup>24</sup> PENAGOS, G. *Derecho administrativo, Parte general, proyección al Siglo XXI*. Ediciones Librería del Profesional, 2ª edición, 2000. Pág. 249

<sup>25</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo, Acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez*. Tomo II. Universidad Externado de Colombia, 4ta edición, Colombia, 2003, pág. 30.

medios o herramientas para que ella pueda cumplir su fin, particularmente el legislador realiza esta actividad confiriendo potestades administrativas, que condicionaran, las técnicas, mecanismos e instrumentos utilizables por la administración a la hora de ejercer su potestad<sup>26</sup>.

Para el objeto de nuestro estudio, nos detendremos en la atribución que se hace por parte del legislador de potestades regladas y discrecionales dentro del contexto de la actividad administrativa, no sin antes señalar que, de acuerdo con nuestra Constitución Política, la función administrativa tiene como finalidad, mediante las diferentes actividades que desarrolla, la realización de los fines del Estado (artículo 2º de la Constitución Política).

## **1.1 Potestades regladas y potestades discrecionales como parte del desarrollo de la función administrativa.**

La actividad administrativa para poderse llevar a cabo necesita previamente de la atribución de potestades materiales. Esto se debe a que el poder de auto tutela que ejerce la administración para poder proyectarse sobre la entera actividad administrativa<sup>27</sup> es formal, por cuanto ninguna habilitación comporta la realización de actividades concretas, para que la administración pueda proyectarse sobre algún sector de la organización social es necesario que se le atribuyan dichas potestades a través de una operación legislativa<sup>28</sup>.

Este factor es indispensable para la administración y su actividad, ya que le da el poder exclusivo a esta última para que regule dicho tema. Se puede concluir que la gestión de estos sectores de la realidad social que en su interior contienen un factor jurídico

---

<sup>26</sup> PENAGOS, G. Op. Cit., pág. 384

<sup>27</sup> PAREJO, Luciano. Manual de derecho administrativo. 2ed. Barcelona: editorial Ariel S.A. 1992. P.383

<sup>28</sup> *Ibíd.* P. 383

administrativo, solo podrá ser regulada por la administración pública. En ese orden de ideas los sujetos de derecho en una sociedad no podrían proyectarse sobre estas situaciones, como si lo hacen en sus relaciones jurídicas que particularmente son reguladas por las jurisdicciones civil y mercantil, ya que en ellas las leyes regulan dichos aspectos, además de que entregan a los particulares la facultad de proyectarse sobre estos temas; todo esto se hace en el desarrollo del rol social<sup>29</sup>.

Luciano Parejo<sup>30</sup> ha llamado a estas potestades títulos de acción, que serán entregados a: (1) un ente administrativo de manera exclusiva, (2) entes concurrentes, (3) o compartido. Cuando se entrega a una sola entidad de manera exclusiva alguna facultad no presta mayor interpretación, en cambio las situaciones (2) y (3) no son exactamente iguales. En la numero (2) el legislador crea una situación que puede ser gestionada a través de una potestad específica que puede ser ejercida por dos o más entes administrativos cada uno trabajando por separado. Por otra parte la aplicabilidad del (3) es distinto, en este evento los entes administrativos tendrá que trabajar solidariamente la misma potestad.

Las potestades administrativas tratan de llegar a satisfacer un fin determinado por distintos medios, tan es así que estas han sido divididas en potestades regladas y potestades discrecionales. Los actos reglados y discrecionales por su parte son, el producto del ejercicio de las potestades regladas y discrecionales<sup>31</sup>.

La potestad reglada para Luciano parejo es aquella que determina la acción administrativa de manera completa, tanto así que la completitud está presente en su sentido formal y material<sup>32</sup>, es decir que al presentarse el caso concreto la administración solo podrá solucionar subsumiéndolo en el supuesto legal definido por la norma. En ese orden de ideas en el ejercicio de esta técnica jurídica, para dar solución a un conflicto

---

<sup>29</sup> Ibíd. P. 383

<sup>30</sup> Ibíd. P. 384

<sup>31</sup> Ibíd. P. 452

<sup>32</sup> Ibíd. P. 385

específico la norma establecerá el único medio correcto de hacerlo y conlleva a que ha dicho ejercicio de potestad, le sea aplicable un control judicial fuerte.

La otra clase de potestad o facultad administrativa en la que centraremos nuestro interés, alude al concepto de potestad discrecional que resulta ser aquella que en su contenido normativo no establece la manera correcta de fallar. Este carácter da la facultad a la administración de solucionar el caso de acuerdo a su libre voluntad, pero dicha voluntad debe ser pertinente, este tipo de potestades ofrece un campo más amplio de acción a la administración para buscar los medios que tendrán que ser “lícitos” y que darán posteriormente solución al caso previsto en la norma<sup>33</sup>.

“Lusfilosóficamente se diferencia la potestad discrecional de la reglada en cuanto a los fines y los medios previstos en la norma para el funcionario; estaremos en presencia de la primera cuando la ley le establece al funcionario público el fin previsto en la norma que debe conseguir a través de una serie de medidas para el cual el funcionario tiene cierta libertad, atendiendo a las circunstancias del caso, es decir, el funcionario tiene cierta libertad de medios, pero no de fines, ya que éstos están previstos claramente en la ley, y estaremos en los casos de potestad reglada, cuando al funcionario, la ley le establezca tanto los fines como los medios o medidas para la consecución de esos fines”<sup>34</sup>

Brewer Carías también señala respecto de la distinción entre ambas potestades lo siguiente: “en la potestad discrecional, la Administración no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a la oportunidad que tiene para obrar, puede considerar hechos pasados y consecuencias futuras; sin que esto signifique una libertad total de arbitrio y de alejamiento de cualquier regla de Derecho, pues la autoridad administrativa debe observar siempre los elementos formales del acto administrativo y en la potestad reglada, la ley establece si la autoridad administrativa ha de actuar, cuál es su autoridad y como deberá hacerlo, determinando de esta manera, las condiciones de la

---

<sup>33</sup> Ibid. P. 385

<sup>34</sup> DELGADO OCANDO, José Manuel. 1994. Curso de Filosofía del Derecho Actual. Caracas. Vadell Hermanos. 500p.



conducta administrativa, de forma que no deje margen a elegir al procedimiento, medio o contenido del acto”<sup>35</sup>.

Como anotación preliminar a la idea de lo discrecional frente a lo reglado, una aproximación histórica nos remite al contencioso administrativo Francés donde se desarrolló la facultad discrecional sobre la base de la división de poderes, cuyo esquema se interpretó en un doble sentido: Por una parte se prohibía a los tribunales judiciales juzgar a la administración y por la otra, se consideraba que dicha función era de naturaleza puramente administrativa. En ese marco, se consideraba que la jurisdicción administrativa debía limitarse al control de legalidad sobre la forma y competencia y posteriormente sobre el fin del acto administrativo, dado que con ello se protegían los derechos de los particulares los cuales no se consideraban configurados cuando la administración emitía actos de pura facultad dictados para asegurar los intereses colectivos de la agricultura, comercio, industria (actos de policía administrativa) o el funcionamiento de la organización administrativa. Estos actos se consideraban discrecionales y no estaban sujetos a revisión por la jurisdicción administrativa<sup>36</sup>, situación que hoy en día sigue siendo objeto de discusión en cuanto se dice que el fundamento teórico de esta característica radica en que la competencia discrecional busca que la voluntad de la administración se manifieste para solucionar un conflicto; si por algún motivo se permitiera la intervención judicial, ésta obligatoriamente expresaría la voluntad del juez que desplazaría la voluntad de la administración, desplazamiento que iría en contra de la remisión efectuada por el legislador. Como veremos más adelante, ya se han venido fijando algunos límites y contenidos a lo que debe ser el control judicial respecto de las decisiones tomadas por la administración sobre la base de esta potestad, que tiende a ser cada vez más reducida y debe obedecer a razones de proporcionalidad.

---

<sup>35</sup> BREWER CARÍAS, Allan. 1997. El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimiento Administrativa. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. 462p.

<sup>36</sup> M.F.LAFERRIERE, Cours ibéorique et pratique de Droit Public et Administratif, t. II, París, 1854, pp. 733 y ss., citado por T.R. FERNANDEZ; De la arbitrariedad de la Administración, cit., p 26, nota 10.

## 1.2 Alcance del componente discrecional en la actividad administrativa

Está visto que tradicionalmente en la teoría del derecho administrativo, el punto de partida generalmente asumido cuando se pretende abordar una definición de lo que debemos entender por discrecionalidad se basa en su oposición con el concepto de facultades regladas, ello a efectos de mostrar la limitación de la administración cuando solamente se le permite constatar el supuesto de hecho para dar aplicación a la consecuencia jurídica, frente a disposiciones que le permiten mayor libertad de juicio y decisión; esto último sobre la base que alguno de los elementos de la norma jurídica que aplica no ha sido totalmente definida por el legislador.

Sin embargo, más allá del referente únicamente de sus límites, encontramos que de los diferentes conceptos que se proponen tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se pueden encontrar elementos comunes o particulares que enmarcan esta atribución de la administración y cuya pretensión en este apartado consiste en poderlos ilustrar con miras a demarcar el notable interés que éste concepto representa dentro la propia actividad administrativa.

Así, autores como Desdentado Darocca, destaca como un concepto de discrecionalidad indicaría que: *“esta consiste en la realización de elecciones entre diferentes alternativas con la finalidad de ejercer una potestad conferida por el ordenamiento jurídico y que éste, sin embargo, no ha regulado plenamente”*<sup>37</sup>. La discrecionalidad resulta ser un modus operandi caracterizado por tres rasgos: 1. Adopción de decisiones en el marco de un margen de libre apreciación que el ordenamiento jurídico ha dejado; 2. Supone efectuar una elección basada en argumentos valorativos respecto de los cuales varias personas, todas ellas razonables, podrían diferir, y 3. Los criterios valorativos que fundamentan la elección son siempre extrajurídicos.

---

<sup>37</sup> DESDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia). Cuadernos Civitas, Civitas, Madrid, 1997, p. 22.

Por su parte, García de Enterría, explica el concepto de la siguiente manera: *"La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterio extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración, entendiendo que se trata de una forma de atribución legal de potestades administrativas"*<sup>38</sup>.

Señala el mismo autor que el ejercicio de potestades discrecionales de la administración comporta un elemento subjetivo de la propia administración en el proceso de aplicación de la ley con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad, sin que por ello sea una facultad extra-legal que surja de un supuesto poder originario de la administración, anterior o marginal al derecho, sino que por el contrario se ha configurado por virtud de ésta<sup>39</sup>. En ese sentido, siendo una potestad atribuida por la ley, necesariamente esta ha debido configurar algunos elementos (reglados) entre los que se señalan: - la existencia misma de la potestad, - su extensión, que no puede ser absoluta, - la competencia para actuarla, y por último, – su fin, porque todo poder es conferido por la Ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública. No obstante, acepta que además de los anteriores elementos, puede haber en la potestad otros que sean eventualmente reglados y que se configuran por la apreciación subjetiva de la administración ejecutora.

Sobre el tema de la discrecionalidad, dice Alessi:<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, señalan que los conceptos de potestad reglada y potestad discrecional, son dos formas de atribución legal de las potestades administrativas. En Curso de Derecho Administrativo I. Madrid, Civitas Ediciones, undécima Edición, p. 455.

<sup>39</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, RAMÓN FERNÁNDEZ Tomás. "Curso de Derecho Administrativo I", Civitas Ediciones, undécima edición, 2002, pag.455.

<sup>40</sup> ALESSI Renato (1970): Instituciones de Derecho Administrativo traducción española, Barcelona, Bosch Casa editorial, Tomo I, Pág. 195.

*“... discrecionalidad es el margen de apreciación del interés público concreto, a fin de decidir sobre la oportunidad de actuar o sobre el contenido de la actividad, margen que tiene la Administración en caso de que los límites establecidos por la ley o la potestad de actuar conferida a aquella sean imprecisos, es decir, señalados por determinaciones imprecisas del interés público. Se trata, pues, de un margen de libertad más o menos limitada, de apreciar cual es el interés público concreto suficiente para justificar la acción conforme a criterios de oportunidad práctica, dentro de los límites del mínimo señalado por la ley. La discrecionalidad, por lo tanto, se exterioriza, necesaria y únicamente en la apreciación comparativa de un interés público y de una forma de actividad como medio adecuado para su satisfacción.”*

Dentro de este panorama, autores como Giannini, cuyo concepto comparte parte de la doctrina italiana, asume la discrecionalidad como:

*“la valoración o apreciación que la administración realiza del interés público, valoración que se traduce en una dialéctica entre los intereses implicados en el caso bajo examen, a ser realizada por el órgano competente de la siguiente manera: dicho órgano se encuentra jurídicamente obligado a actuar en pro de la consecución de un “interés primario”-el interés general- que, de ordinario, le viene señalado por el ordenamiento. Durante el transcurso de su actuación el órgano administrativo deberá, asimismo, ponderar o comparar qué “intereses secundarios” – públicos o privados- merecen ser tenidos en cuenta o precisan ser sacrificados para la satisfacción del “interés primario”<sup>41</sup>.*

Para Bacigalupo,<sup>42</sup> por su parte, se concibe la discrecionalidad como margen para optar entre las siguientes conductas, una vez que en la aplicación de una norma de estructura condicional se ha verificado en el plano estrictamente cognitivo, la presencia de un caso subsumible bajo el supuesto de hecho normativo; en primer lugar actuar o no actuar, es decir, aplicar o no la consecuencia jurídica o alguna de las consecuencias jurídicas

<sup>41</sup> MARIN, HERNANDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Colombia. 2007, pg. 152.

<sup>42</sup> BACIGALUPO, Mariano (1997): La discrecionalidad administrativa, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, pp. 29 y ss.

previstas como posibles por la norma habilitante (discrecionalidad de actuación); y, en segundo, elegir entre una consecuencia u otra, si la Administración opta por actuar (o está obligando a ello) y son varias las consecuencias jurídicas permitidas (discrecionalidad de elección).

Otros autores, han preferido calificar los conceptos que se han generado, en grupos<sup>43</sup> de acuerdo con las visiones que puedan llegar a referir uno u otro. Por ejemplo Beltrán de Felipe califica las definiciones aportadas por la doctrina como formales o negativas en razón a los rasgos normativos de la definición – norma que faculta (vinculación jurídico formal), y otras como materiales o positivas enfocadas en la función de su contenido u objeto, referido a la apreciación de la administración del interés público con otros elementos presentes en el ordenamiento<sup>44</sup>.

De todo lo anterior, se desprende un rasgo común y característico en la definición de la facultad discrecional y es aquel referido a la libertad de acción que puede llegar a tener la administración para valorar o apreciar la satisfacción más adecuada del interés público en juego. En la actualidad, la doctrina ha tratado de superar el esquema tradicional dualista circunscripto a la interpretación y creación del derecho poniendo el acento en la función de integración<sup>45</sup> que lleva a cabo el juez al cubrir los vacíos legislativos o lagunas<sup>46</sup>. Esto tiene trascendencia en materia de discrecionalidad administrativa habida cuenta que las dificultades que provocaron la abstención de los jueces para entender su juzgamiento, obedecieron en gran medida a los dogmas del positivismo legalista de Kelsen<sup>47</sup>, particularmente al de la plenitud o hermeticidad del ordenamiento normativo, que es algo muy diferente al orden jurídico compuesto sólo por normas sino autointegrado, con los principios generales del derecho<sup>48</sup> emanados del ordenamiento o de la justicia material (heterointegración). Así entonces, la libre apreciación que

---

<sup>44</sup> BELTRÁN DE FELIPE. *Discrecionalidad administrativa y constitución*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 26 a 31.

<sup>45</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental del Derecho Constitucional Argentino*, T° I, Ediar, Buenos Aires, 1989, p. 69 y ss.

<sup>46</sup> VIGO, Rodolfo L., *De la ley al derecho*, Porrúa, México, 2005, ps. 102-103.

<sup>47</sup> DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. del inglés, Ariel, Barcelona, 1984, p. 83 y ss.

<sup>48</sup> CASSESE, Sabino, *La construcción du droit administratif, France et Rpyaume-Uni*, Montchrestien, Paris, 2000, p. 77 y ss. destaca que la Administración se halla sometida a los principios generales del derecho (p. 84). Sobre el proceso de elaboración de los principios generales en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés véase: JEANNEAU, Benoit, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, con prefacio de Jean RIVERO, ed. Sirey, p. 120 y ss.

constituye la base de la actividad discrecional plantea los interrogantes de si es libre la Administración de adoptar decisiones no predeterminadas en la legislación administrativa vigente, de si le está permitido todo lo que no le está prohibido o si le está prohibido aquello que no se encuentre dentro lo que legalmente puede hacer.

De acuerdo con el profesor Hugo Alberto Marín, trabajo doctoral que constituye un insumo importante para identificar el alcance del concepto de discrecionalidad, se encuentra que constitucionalmente se señala que la administración o la función administrativa se han instituido con el fin de servir a los intereses generales. Sin embargo, ello no quiere significar que dicha administración pueda decidir por sí misma cuáles son esos intereses generales a los que debe servir, pues no siempre está al alcance de la Ley el determinar con precisión los intereses generales aplicables a cualquier caso concreto a efectos de ser ejecutados por la administración a través del ejercicio de facultades regladas<sup>49</sup>.

La discrecionalidad administrativa surge entonces como una atribución que permite elegir la más adecuada medida de satisfacción general que se encuentra legalmente definido pero no determinado respecto de los intereses particulares comprometidos, permitiendo por ello al operador administrativo, actuar bajo un poder discrecional asignado por el ordenamiento. En ese sentido, se da por sentado que la administración desempeña una función de satisfacción del interés general.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en Colombia, ha coincidido en señalar que el acto de potestad discrecional es aquel en el cual la administración frente a un supuesto tiene libertad para actuar, es decir, puede tomar la decisión o no tomarla atendiendo a su arbitrio, elige un comportamiento que miradas las condiciones particulares del asunto que ha de resolver, considera que es la más conveniente al interés general, que es el que mueve su actuar.<sup>50</sup> Igualmente, este alto Tribunal reconoce que la discrecionalidad de la

---

<sup>49</sup> MARIN, pg. 147.

<sup>50</sup>En sentencia C-031 de 02 de febrero de 1995, manifiesta: "Puede afirmarse que hay facultad o competencia discrecional cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, es libre (dentro de los límites que fije la ley) de adoptar una u otra decisión; es decir cuando su conducta no le está determinada previamente por la ley. A contrario sensu, hay competencia reglada cuando la ley ha previsto que frente a determinadas situaciones de hecho el administrador debe tomar las medidas a él asignadas en forma expresa y sujetarse a las mismas."

administración se manifiesta principalmente en la actividad de policía, propia del mantenimiento del orden en sus distintas manifestaciones, advirtiendo que cuando se llegue a tomar la decisión, la misma debe guardar proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa y los fines que persigue la norma, pues su desbordamiento, genera responsabilidad de quien así actúa.<sup>51</sup> En sentencia C-144 de 2009 precisó lo siguiente:

*“Ha señalado esta Corporación en múltiples oportunidades, que la potestad discrecional es una herramienta jurídica necesaria en ciertas situaciones para lograr una buena administración pública. Lo anterior, por cuanto le brinda al gestor público la posibilidad de decidir -bajo alternativas de ponderación-, lo que le corresponde hacer en la situación en que se requiera superar o enfrentar una situación específica<sup>52</sup>. De hecho, la razón de ser de estas normas es el de permitir a la autoridad apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción, dentro de los límites fijados por el legislador<sup>53</sup>. Con todo, la toma de una decisión de esta naturaleza por la autoridad administrativa, no significa arbitrariedad en el ejercicio de la función pública<sup>54</sup>: lo arbitrario es aquello que se funda en el capricho individual de quien ejerce el poder, con desmedro de la ley. Las facultades discrecionales, por el contrario, están sometidas a reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente<sup>55</sup>, a los deberes del Estado, y las responsabilidades genéricas de las autoridades en cuanto a la protección de la vida, honra y bienes de los asociados (C.P. artículos 2º, 123<sup>56</sup> y 209<sup>57</sup>). En este sentido, el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, prescribe como condición de la expedición de actos administrativos discrecionales, que el contenido de la decisión sea “adecuad[o] a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.<sup>58</sup>*

<sup>51</sup> GIRALDO CASTAÑO, Oscar Anibal. Derecho Administrativo General. Séptima edición. Ediciones Abogados Librería. P. 139, citado por PALACIO HINCAPIE, Juan Ángel, Derecho Proceso Administrativo, 3ª Edición, 2002, librería Jurídica Sánchez R. Ltda, p.44

<sup>52</sup> Ver sentencia C-318 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>53</sup> Sentencia C-031 de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara.

<sup>54</sup> En la sentencia C-429 de 2001 esta Corporación señaló lo siguiente: “Que una facultad sea discrecional no significa que esté exenta de cumplir los principios y reglas establecidas en la Constitución ni los fines esenciales del Estado, lo cual excluye de plano la arbitrariedad. No se olvide que en el Estado de derecho las competencias son regladas y, por tanto, las facultades discrecionales son excepcionales y restringidas. De manera que el ejercicio de ellas debe dirigirse a obtener una mejor calidad y la eficiente prestación de la función pública asignada, como la norma acusada expresamente lo señala”.

<sup>55</sup> Sentencia C-318 de 1995 M.P. En el mismo sentido ver la Sentencia C-918 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>56</sup> El artículo 123 de la Carta establece que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, y ejercerán sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento.

<sup>57</sup> El artículo 209 define los principios que orientan la función administrativa y señala que ésta se encuentra al servicio de los intereses generales y debe ser ejercida de manera igualitaria e imparcial.

<sup>58</sup> Cfr. Sentencia T-377 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

*La Corte al respecto ha reiterado que una potestad de esa naturaleza, siempre debe entenderse circunscrita a la realización de los fines específicos que le han sido encomendados por el ordenamiento jurídico<sup>59</sup>, y condicionada por: (i) la existencia misma de la potestad - no se trata de una discrecionalidad al margen de la ley sino de una potestad definida por el legislador -; (ii) la competencia para ejercerla - otorgada a unas autoridades y no a otras -; (iii) la obtención de una finalidad específica<sup>60</sup> derivada del sistema normativo al que la norma pertenece; (iv) el acatamiento de las disposiciones constitucionales que regulan el ejercicio de la función pública; (v) las normas particulares que permiten la expedición del acto administrativo; y (vi) los elementos fácticos del caso concreto y la proporcionalidad de la decisión respecto de ellos<sup>61</sup>.*”

En jurisprudencia más reciente, el Consejo de Estado<sup>62</sup> ha indicado que:

*“La Ley puede determinar agotadoramente todas y cada una de las condiciones del ejercicio de la potestad, de forma tal que construya un supuesto legal completo en el cual dicha potestad se encuentra definida en todos sus términos y consecuencias; o puede, por el contrario, señalar algunas de las condiciones del ejercicio de tales potestades, y remitir a la estimación subjetiva de la Administración el resto de dichas condiciones, bien en cuanto a la integración del supuesto de hecho o bien en cuanto al contenido concreto, dentro de los límites legales, de la decisión aplicable, bien en cuanto a ambos elementos. La distinción de estas dos formas de atribución legal de las potestades administrativas corresponde a los conceptos de potestades regladas y de potestades discrecionales. El ejercicio de las potestades regladas reduce a la Administración a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar, en presencia del mismo, lo que la propia ley ha determinado también en forma agotadora. El titular de estas potestades se encuentra entonces limitado por la ley en todos los aspectos, esto es, en las circunstancias de hecho, tiempo, modo y demás que la norma prevea, de suerte que el sentido o contenido de su decisión o la oportunidad, el mérito o la*

---

<sup>59</sup> Cfr. Sentencia No. C-318 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>60</sup> Cfr. Sentencia C-179 de 2006 y sentencia T-199 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>61</sup> Cfr. Sentencia T- 377 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>62</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera, Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO (E). Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil doce (2012). Radicación número: 25000-23-24-000-2004-00325-02. Actor: SERES LTDA. Demandado: SUPERINTENDENCIA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA.



*conveniencia de la misma previamente se encuentran definidos. Así por ejemplo ocurrirá tratándose de potestades relativas al reconocimiento de una pensión de jubilación o a la liquidación de un tributo, etc. Por diferencia con esta manera de actuar, el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración comporta un elemento sustancialmente diferente: la inclusión en el proceso aplicativo de la ley de una estimación subjetiva de la propia Administración con la que completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular. En este caso, el titular de la potestad, dentro de los límites que señala la ley, podrá apreciar libremente las circunstancias que determinan el ejercicio de ésta y establecer el sentido o contenido de su decisión. Es el caso, por ejemplo, de la facultad de libre nombramiento y remoción de determinados empleados públicos.*

*La discrecionalidad administrativa, sin embargo, no debe entenderse como arbitrariedad. El ejercicio de estas facultades no es al margen de la ley sino justamente en virtud de la ley y en la medida en que la ley haya dispuesto. Ciertamente, en tratándose de estas potestades, la ley define los siguientes elementos: la existencia misma de la potestad, su extensión (que no es absoluta), la competencia para actuarla, que se referirá a un ente y, dentro de éste, a un órgano determinado y no a cualquiera y, por último, el fin, porque todo poder es conferido por la ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual normalmente estará implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública.”*

El poder discrecional se define entonces en relación con las exigencias de la legalidad también de manera residual, él comienza allí donde las leyes terminan. Por ello, cuando la Administración actúa discrecionalmente, no actúa en contra de la legalidad, ya que su libertad es producto de que la legalidad en relación con ese punto no le imponga nada. La medida del poder discrecional es pues, para cada acto, inversamente proporcional a las exigencias de la legalidad respecto a ese acto. Siempre y cuando la ley no le imponga nada y al mismo tiempo habilite a la Administración, es decir, le otorgue el margen de libertad para actuar y producir el acto administrativo, de allí entonces que existan tales aspectos reglados en dicha potestad administrativa. Sin embargo, la apreciación administrativa nunca puede ser arbitraria, porque no es contingente, sino que debe responder al cumplimiento de fines objetivos, expuestos o implícitos en la norma legal que

la faculta y esto es ya un límite positivo a esa facultad. Los límites positivos a la discrecionalidad se manifiestan como un juicio lógico en ella y como un juicio de valor en el modo de cumplir los fines objetivos referidos.

De esta manera, entendemos que la discrecionalidad así concebida tiene como contenido el desarrollo de la función administrativa la cual responde a su vez al cumplimiento de los fines fijados por el ordenamiento jurídico; se convierte entonces en una apreciación de la administración que tiende a satisfacer el interés público, valorando las condiciones existentes para dictar el acto que de manera oportuna satisfaga el interés objetivo que faculta la norma. En ese sentido, resultan consecuentes los rasgos comunes que pueden definir dicha potestad tanto en la doctrina como en la jurisprudencia citada y que estarían fijados por los siguientes parámetros:

- a) Es una potestad conferida por el mismo ordenamiento jurídico, es decir que se encuentra legalmente atribuida y autorizada por este.
- b) Es limitada, pues su finalidad no puede vulnerar la prohibición de la norma que la confiere.
- c) El acto que la contiene debe ajustarse a las formas legales para el mismo. El acto no es lo mismo que la facultad discrecional. La discrecionalidad vista como proceso, parte de una realidad como presupuesto fáctico y se evalúan los hechos para tomar la decisión que aconsejan las circunstancias económicas, políticas y sociales. Pero la decisión ha de tener las cualidades jurídicas de un acto reglado, es decir, terminada la función de la discrecionalidad a través del proceso creador, el acto pertenece ya al orden jurídico exterior y crea derechos subjetivos según los contenidos de la decisión. Por ello, lo que impugna es el acto en que se plasma la discreción y no la facultad discrecional misma.
- d) Es susceptible de control judicial.

Por otra parte y como simple enunciado, existen también elementos discretionales en la potestad reglada, como es el caso de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, es decir, términos abstractos, sobre los cuales no hay un significado normativo determinado. En este caso debe el funcionario determinar si se configura en la situación de hecho, a los fines de aplicar la consecuencia jurídica prevista en la norma.

Los elementos descritos, imponen la necesidad de revisar las consideraciones que la doctrina y la jurisprudencia han señalado en cuanto al tema no pacífico de la limitación jurídica, y por tanto del control jurisdiccional que ha de recaer sobre esta, siendo general la idea de que la actividad administrativa al aplicar la ley y la jurisdiccional al ejercer control sobre la legalidad de aquella y resolver conflictos, tiende a migrar, de las hipótesis fuertes a las más débiles de discrecionalidad, generando con ello precedentes, eligiendo principios y subprincipios que le son aplicables y, en general, referentes a seguir en casos análogos, conducentes a obtener una mayor seguridad, aunque a veces limitan la libertad de apreciación y ponderación que en principio tiene la autoridad a la cual se le ha conferido. Con ello, compartiendo lo señalado por Brewer Carías en materia de la evolución hacia el control judicial de la discrecionalidad, en cuanto que *“se ha ido abandonando la vieja inmunidad jurisdiccional en esta materia distinguiendo incluso lo que en apariencia es discrecionalidad”*, en referencia a la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados y que está sometida plenamente a control judicial de lo que sí es propiamente ejercicio del poder discrecional y *“en relación a lo cual los principios de razonabilidad, lógica, justicia, igualdad y proporcionalidad, se impusieron en materia de oportunidad, que tradicionalmente había estado excluida de control. Es precisamente por los límites impuestos al ejercicio de los poderes discrecionales derivados de esos principios generales del derecho, por lo que la jurisprudencia ha reiterado que la discrecionalidad no es arbitrariedad.”*<sup>63</sup>

### **1.3 Límites derivados de la aplicación de facultades discrecionales dentro de la actividad administrativa.**

De acuerdo con THURY CORNEJO, ha de verse que: *“El diseño clásico del control de la discrecionalidad, propugnado a lo largo del siglo XIX por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, tiende a sustentarse en un esquema mecánico de la división de poderes, de acuerdo con el cual el Poder Legislativo expresa adecuada y completamente la voluntad soberana del pueblo-Nación, tarea que debe ser puesta en marcha por el*

---

<sup>63</sup> BREWER CARIAS, A.R.: “Algunos aspectos del control judicial de la Discrecionalidad en Venezuela”, Ponencia para el Congreso de Derecho Administrativo, paralelo al VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Panamá, septiembre de 2009, pag. 480.

*Ejecutivo. Las tareas de éste se limitan a actualizar la voluntad legislativa y el Poder Judicial controla las posibles desviaciones entre la voluntad originaria y la implementación real. Este esquema mecanicista nunca funcionó verdaderamente en la realidad, pero constituye el sustrato ideológico-mítico a partir del cual se suele analizar el problema de la discrecionalidad. Así, la ley será la que marcará el parámetro a partir del cual podrá ser enjuiciado el actuar administrativo y habrá que buscar en ella la medida de su corrección. Ello no quiere decir que todas las potestades deban ser regladas, pero sí implica el objetivo de reducción de la discrecionalidad al mínimo posible, desgajando del acto concreto todos sus elementos reglados.”<sup>64</sup>*

El desarrollo de la actividad administrativa, pretende en la actualidad encontrar el punto de equilibrio entre facultades administrativas y derechos o intereses personales, dos variables que cuya tensión se ha resuelto en gran medida a través del sometimiento al principio de legalidad de la actividad administrativa. Para el profesor Hugo Marín<sup>65</sup>, en la mayoría de los Estados constitucionales se ha desarrollado una cierta demanda de juridicidad sustancial que aspira a verse reflejada en la consagración legal y depuración de los mecanismos de garantía y defensa de los derechos e intereses de los administrados frente a las actuaciones de la administración.

Si bien se concede a la administración el privilegio de la presunción de legalidad de sus actos, de igual forma el Estado se encarga de introducir o articular los instrumentos jurídicos que le permitan al particular la posibilidad de desvirtuar tal presunción con el propósito de lograr la defensa de sus derechos y una eventual reparación de su situación particular, cuando la administración se aparta de la juridicidad que le es exigible<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup>VALENTÍN THURY CORNEJO, Control de la actividad administrativa: discrecionalidad técnica y motivación: apuntes a partir de la reciente jurisprudencia española. Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid”, No. 3 del 01 de mayo de 1999. Texto tomado de internet

[http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM\\_Revista\\_FP&cid=1109168496107&esArticulo=true&idRevistaElegida=1109168490952&language=es&pagename=RevistaJuridica%2FPPage%2Fhome\\_RJU&siteName=CM\\_Revista\\_FP&urlPage=RevistaJuridica%2FPPage%2Fhome\\_RJU#N\\_14](http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1109168496107&esArticulo=true&idRevistaElegida=1109168490952&language=es&pagename=RevistaJuridica%2FPPage%2Fhome_RJU&siteName=CM_Revista_FP&urlPage=RevistaJuridica%2FPPage%2Fhome_RJU#N_14)

<sup>65</sup> MARIN, HERNANDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Colombia. 2007.

<sup>66</sup> MARIN, pág. 46.

En materia de la actividad discrecional no solo el juez contencioso ha jugado un papel fundamental en la determinación de los límites aplicables a esta potestad, sino también el legislador en cuanto que en muchos casos los límites al ejercicio del poder discrecional se ha establecido en leyes, positivándose en esta forma los principios generales del derecho. En Colombia, como se verá, por una parte ha sido la jurisprudencia de los altos tribunales la que en mayor medida ha tratado de conceptualizar los aspectos que comprenden la discrecionalidad administrativa y la manera cómo es posible ejercer su control, a efectos de garantizar esos mínimos de protección de los derechos e intereses de los administrados, fijando para ello cercos de interpretación dentro de los que se encuentran elementos reglados, de tal manera que las decisiones tomadas por el operador administrativo respondan en mayor grado a la satisfacción de los fines del Estado. De otro lado, encontramos en nuestra normatividad de manera un poco tímida, la previsión contenida en el artículo 44 del actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que reconoce los límites que regulan el ejercicio del poder discrecional de la Administración al estipular que: “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”; allí se encuentra, no solo la existencia de elementos reglados del acto discrecional (adecuación a los fines), sino que se consagra como limite la obligación de mantener la debida proporcionalidad por parte del operador administrativo.

Frente a la pregunta de si se trata es de ejercer control jurisdiccional sobre la discrecionalidad, algunos autores establecen cuestiones que deben estar contenidas en todo acto administrativo, entre las cuales encontramos la motivación, cuya importancia la jurisprudencia española ha determinado en “*que al silenciar la administración autorizante los motivos que le indujeron y pudieron justificar resolución denegatoria, se despoja el acto administrativo de su adecuada fundamentación y su discrecionalidad se ejerce de manera arbitraria*”. Sin embargo esta tesis no es del todo acertada, ya que según Miguel Beltrán la falta de motivación es un indicio de arbitrariedad, pero no es lo mismo que ella<sup>67</sup>. Este razonamiento deriva de la postura de Atienza, de que no toda falta de

---

<sup>67</sup> BELTRÁN DE FELIPE, Op. cit P. 53

motivación implica arbitrariedad<sup>68</sup>, este fenómeno radica en que existen decisiones no motivables y de difícil motivación, o que su falta de motivación no afecta la validez.

Para Atienza, la arbitrariedad debe encontrarse en las bases del acto, ósea en su fondo o materia, es decir que si falta la motivación y esta no es indispensable viciaría la forma del acto administrativo, más no su fondo, en ese orden de ideas es indispensable poder diferenciar la arbitrariedad de la anulabilidad y de la ilegalidad<sup>69</sup>. La distinción es de tal importancia que el operador judicial cuando ejerce su control declara invalido el acto por ilegal, mas no por arbitrariedad.

Autores como Parejo Alfonso y Miguel Sánchez Morón han discutido acerca del alcance del control jurisdiccional de la actividad discrecional desde un punto de vista teórico-práctico, coincidiendo en el reconocimiento de la plena vigencia del Estado de Derecho y su correspondiente exigencia de control por parte de los jueces, pero diferenciándose en cuanto a las modalidades e intensidad de dicho control<sup>70</sup>. Así se reconoce que al estar sometida la actividad administrativa al Derecho, hace que las potestades discrecionales sean controlables por los jueces.

Entenderemos con lo anterior, que el problema de los límites de la discrecionalidad está vinculado en gran medida al de la validez del acto administrativo. Así, los derechos subjetivos creados por la administración representan límites relativos a la discrecionalidad, por ello la administración al ejercer la facultad discrecional deberá respetar el referido cerco que ha creado de manera particular con su actividad general o especial. Si no lo tuviera en cuenta, quebraría el objetivo jurídico de la seguridad que siempre el derecho, para ser tal, debe garantizar en alguna forma.

---

<sup>68</sup> *Ibíd.* P. 52

<sup>69</sup> *Ibíd.* P. 53

<sup>70</sup> El tema fue objeto de una conocida polémica doctrinal entre Luciano Parejo Alfonso y Miguel Sánchez Moron, por un lado, y Tomás Ramón Fernández por otro. Para ello pueden verse: Luciano Parejo Alfonso: "Crisis y renovación del Derecho Público, CEC, Madrid, 1991; Tomás Ramón Fernández: "Arbitrariedad y discrecionalidad, Civitas, Madrid, 1991, entre otros.

Beltrán de Felipe en este aspecto, nos trae a colación la teoría utilizada por Giannini en donde la discrecionalidad es una cuestión de valoración<sup>71</sup>, en el sentido que dicha potestad es la apreciación por parte de la administración del interés público. Este ejercicio de apreciación se realiza cuando la administración tiene que ponderar su obligación de satisfacer un interés general frente a un interés particular<sup>72</sup>, ella deberá decidir cuáles de estos intereses particulares deberán sobrevivir y cuales deberán ser sacrificados por el bienestar general. Esta operación lo hace mediante un margen de libertad o autodeterminación para actuar o no, o para hacerlo en uno u otro sentido,<sup>73</sup> por lo que vale la pena entonces entrar a señalar cuáles son esos límites que se han venido creando en torno al ejercicio de dicha facultad legal y posteriormente detenernos en la forma en como se ha asumido su control.

### 1.3.1 Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados.

La doctrina alemana acogida por los tratadistas García de Enterría y Tomás Ramón Fernández<sup>74</sup> expresan al respecto que: *"Por su referencia a la realidad, los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados. Los conceptos determinados delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca. Por ejemplo: la mayoría de edad se produce a los dieciocho años, el plazo para interponer el recurso de alzada es de quince días ù están perfectamente determinados y la aplicación de tales conceptos en los casos concretos se limita a la pura constatación, sin que se suscite duda alguna en cuanto al ámbito material a que tales conceptos se refieren. Por el contrario con la técnica del concepto jurídico indeterminado la Ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto. La Ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de*

<sup>71</sup> BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. Óp.cit. P. 26

<sup>72</sup> Ibíd. P. 26

<sup>73</sup> Ibíd. P. 44

<sup>74</sup> Para un importante sector de la doctrina española, encabezado por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, a partir de la Constitución de 1978, que introdujo los principios de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3) y de la tutela judicial efectiva (art. 24.1), no cabe la posibilidad de que exista actividad administrativa que sea inmune al control judicial. Ver en: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo – FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Tº I, cit., p. 483 y ss.

*conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado al momento de la aplicación. La Ley utiliza conceptos de experiencia (incapacidad para el ejercicio de sus funciones, premeditación, fuerza irresistible), o de valor (buena fe, estándar de conducta del buen padre de familia, justo precio), porque las realidades referidas no admiten otro tipo de determinación más precisa."*<sup>75</sup>.

El profesor argentino Juan Carlos Cassagne<sup>76</sup>, ha recogido también la noción de los conceptos jurídicos indeterminados, refiriéndose a ellos como un mecanismo de limitación de la discrecionalidad, advirtiendo sin embargo, que es un tema que se presta a muchas confusiones. Pretendiendo distinguir entre si la discrecionalidad supone un ámbito de libertad para que la administración proceda a elegir la solución aplicable al caso –tanto al dictar un acto administrativo como un reglamento- y si ello resulta consustancial al proceso de aplicación de la ley y del derecho, lo cual implica casi siempre una dosis de creación e integración –cualquiera fuere el órgano estatal que actúe- resulta imprescindible distinguir entre conceptos determinados e indeterminados para saber si estamos frente a una actividad reglada o discrecional.

En los primeros (v.g. mayoría de edad, los plazos de caducidad, etc.) señala que la determinación normativa es precisa y no admite, en principio, duda alguna en cuanto a su aplicación al caso. En cambio, los conceptos jurídicos indeterminados (v.g. interés público, utilidad pública, justo precio, oferta más conveniente, etc.) presentan una estructura compleja que, sin embargo y como regla general, no admiten más que una solución justa (aunque en su “halo conceptual” pueda darse la posibilidad de elegir entre varias soluciones justas). Esa estructura compleja del concepto jurídico indeterminado que debe tener en cuenta el órgano que ejercita la potestad discrecional es básicamente tripartita y se compone de: a) un núcleo fijo o zona de certeza positiva, integrado por elementos precisos; b) un “halo conceptual” o zona de incertidumbre, de menor precisión,

<sup>75</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de Derecho Administrativo, Madrid 1979, vol. I, pág. 385.

<sup>76</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. Los principios generales del derecho en el derecho administrativo. Derecho administrativo Argentina LEMB. 111 p.



es decir, donde reina cierta ambigüedad; y, por último, c) una zona de certeza negativa, que excluye totalmente la posibilidad de una solución justa.

Por tales motivos, aun cuando los respectivos conceptos son de valor (técnicos o políticos) y confieren a la decisión de la Administración “una cierta presunción en favor de su juicio dentro del 'halo' del concepto, presunción que, desde luego no llega hasta excluir el control judicial, aunque si limita sus posibilidades”, puede concluirse que esta teoría reduce significativamente la discrecionalidad<sup>77</sup>.

La categoría de conceptos jurídicos indeterminados se refiere a aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por el legislador, que limitan o restringen el alcance de los derechos y de las obligaciones que asumen los particulares o las autoridades públicas. La jurisprudencia constitucional ha precisado, que los conceptos jurídicos indeterminados, lejos de permitir al operador jurídico interpretar y decidir libremente en su aplicación, se encuentran sujetos a una única solución en el asunto en concreto de que se trate, en cuanto el mismo ordenamiento jurídico a través de los distintos métodos de interpretación, le impone al mismo dicha decisión, y estos conceptos a pesar de la indeterminación deben ser precisados al momento de su aplicación de manera armónica y sistemática con el ordenamiento jurídico, las normas constitucionales y legales, y de acuerdo con las disposiciones que regulan la institución jurídica en concreto a la cual se refieren. La jurisprudencia constitucional ha admitido expresamente que en materia disciplinaria es válido el uso de conceptos jurídicos indeterminados, siempre y cuando la forma típica tenga un carácter determinable al momento de su aplicación, para lo cual es necesario que en el ordenamiento jurídico, en la Constitución, la ley o el reglamento se encuentren los criterios objetivos que permitan complementar o concretar las hipótesis normativas de manera razonable y proporcionada, de lo contrario vulnerarían el principio de legalidad al permitir la aplicación discrecional de estos conceptos por parte de las autoridades administrativas<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup>CASSAGNE, Juan Carlos, la discrecionalidad administrativa. Pág. 12, texto tomado de internet en: <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/La%20discrecionalidad%20administrativa-ult.%20versi%C3%B3n-LL-03-09-08.pdf>

<sup>78</sup>CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-030/12. Referencia: expediente D-8608. Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Bogotá D.C., primero (1) de febrero de dos mil doce (2012).

Para diferenciar el concepto de discrecionalidad de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, precisa García de Enterría que estos últimos son un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites con la intención de agotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional.

Así entonces, es dable indicar que la discrecionalidad no puede ser igual a conceptos jurídicos indeterminados sino que, por el contrario, es una libertad de opción entre alternativas igualmente justas no incluidas en el texto de la ley y por ello dejadas en la decisión, al juicio subjetivo de la administración. En los conceptos jurídicos indeterminados no cabe pluralidad de soluciones justas, sino una sola, aunque a veces difícil de determinar. Por ello, se dice que no les faltan razones a los que consideran que sólo hay actividades discrecionales y no actos discrecionales.

### **1.3.2 Los Principios generales del Derecho.**

La jurisprudencia y la doctrina han reconocido el papel que juegan los principios en nuestro ordenamiento jurídico, en la medida en que contribuyen a la organización deontológica de las distintas instituciones que dan soporte a la actividad jurídica, fijando los criterios de interpretación del derecho en aquellas situaciones en las que la norma no fija en forma completa su contenido. De acuerdo con ello, coinciden en señalar que los principios están llamados a cumplir los siguientes papeles primordiales: - Sirven de base

---

y fundamento de todo el ordenamiento jurídico; - Actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas; y finalmente, - En caso de insuficiencia normativa concreta y específica, se emplean como fuente integradora del derecho.

En cuanto a su función precisa la jurisprudencia que: “(...) como instrumento para la interpretación, esta Corporación ha dicho que los principios se convierten en guías hermenéuticas para descifrar el contenido normativo de las reglas jurídicas que al momento de su aplicación resulten oscuras, dudosas, imprecisas, indeterminadas o aun contradictorias en relación con otras normas de rango superior, incluyendo dentro de las mismas a los principios de naturaleza constitucional. Finalmente, los principios cumplen una función de integración, ya que asumen el rol de fuente formal del derecho ante la insuficiencia material de la ley para regular todas y cada una de las situaciones que se puedan presentar en el devenir social.”<sup>79</sup>

La consideración del Derecho como un sistema coherente de reglas capaz de dar respuesta a todas las necesidades sociales, es inadecuada para el estado actual de cosas de la mayoría de sociedades en la medida en que hoy es aceptada la existencia de principios dentro de los sistemas jurídicos, que no operan a la manera de la clásica subsunción de las reglas y que en determinadas ocasiones puede ayudar a integrar el sistema. El reconocimiento de tales principios se torna entonces en soporte del sistema al funcionar como orientadores del ordenamiento jurídico y al realizar una labor extensiva de las normas a través de su interpretación; sin embargo, en el marco del derecho administrativo “esa función de los principios no se limitan a la interpretación e integración del Derecho, sino que ellos obran muchas veces como verdaderas garantías que pueden invocar los particulares frente al Estado.” Así mismo, estos principios constituyen límites a la actividad de la administración toda vez que al ser principios que sustentan el ordenamiento, no pueden ser transgredidos por el Estado en sus actuaciones.<sup>80</sup>

<sup>79</sup> Ver, Sentencia C-818/05. Referencia: expediente D-5521. Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL. Bogotá, D. C., nueve (9) de agosto de dos mil cinco (2005).

<sup>80</sup>Op. Cit., CASSAGNE, El principio de la legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, 2009, p. 38 y ss.

Al referirnos a la aplicación de los principios generales del Derecho, hacemos mención a una hermenéutica de principios contrastada con una hermenéutica de reglas. Cada una maneja un método diferente. Hace referencia a precisar la naturaleza de los argumentos esgrimidos, y principalmente determinar si ellos construyen una argumentación de tipo lógico formal o deductiva, o si por el contrario se trata de una argumentación inductiva. Este argumento, nos introduce más adelante a una conocida discusión, no sé si ya acabada, entre H. L. A. Hart y Ronald Dworkin, quienes desde la óptica de una hermenéutica de precedentes jurisprudenciales, al tocar el tema plantean diferencias importantes entre un principio general y una regla de Derecho.

Desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico, tenemos que según el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia, los principios generales del derecho son criterios auxiliares de la actividad judicial, dentro de los cuales se encuentran los principios de legalidad, buena fe, confianza legítima, proporcionalidad y razonabilidad, los cuales se convierten en verdaderos límites al ejercicio de la potestad discrecional, según se expondrá en párrafos siguientes.

### **1.3.3 El principio de legalidad. Barrera a las competencias ilimitadas de la administración.**

Una de las principales consecuencias de la existencia plena de un Estado de derecho se traduce en el denominado “principio de legalidad”. La legalidad entendida como elemento del Estado de derecho no se circunscribe a los estrechos marcos del positivismo legal, es decir, no se puede asimilar exclusivamente al acatamiento o sometimiento de la ley en estricto sentido como se observa al desarrollar el concepto de Estado de derecho que recoge irremediabilmente la totalidad de normas, principios y valores que inspiran el sistema jurídico.

El principio de legalidad así entendido, resulta asimilable al principio del respeto y acatamiento al bloque de la legalidad el cual recoge la totalidad de elementos articulados

en el llamado sistema jurídico como pueden ser normas generales, principios y valores que dan a entender una vinculación positiva de la administración al principio de legalidad, con la anotación de que si bien es cierto que la sujeción de la administración al derecho debe estar precedida de una disposición normativa, la misma no necesariamente debe ser de carácter especial.<sup>81</sup>

De acuerdo con García de Enterría y Fernández, para el ejercicio de la acción administrativa, se presume la existencia previa de una disposición legal expedida por el órgano Legislativo, esto es presupuesto habilitante de la actividad administrativa, lo que significa que el “principio de legalidad de la Administración opera pues, en forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa: sólo cuando la administración cuenta con esa cobertura legal previa su actuación es legítima”<sup>82</sup>

Por otra parte, remontando el concepto material de Estado de derecho, el principio de legalidad implica una doble proyección tanto para gobernantes como para gobernados en la medida en que los circunscribe para el ejercicio de sus funciones y la totalidad de sus actuaciones, en un régimen de derecho que debe ser entendido en sus vertientes formal y teleológica. La primera en cuanto respeto a la norma en estricto sentido y la segunda en cuanto a que el cumplimiento de la norma implica el ejercicio de la función administrativa para la consolidación de los propósitos y finalidades que motivaron la institucionalización del Estado, esto es, la proyección de valores y principios hacia los horizontes que consoliden y justifiquen la existencia del mismo: en últimas, satisfacer el interés general<sup>83</sup>.

La legalidad formal no niega el correspondiente dicotómico de la legalidad teleológica; todo lo contrario, son conceptos complementarios que se articulan irremediabilmente

---

<sup>81</sup> BALADÍES ROJO, Margarita. “La vinculación de la administración al derecho”, en RAP, n.º 153, septiembre-diciembre de 2000, pp. 315y ss.

<sup>82</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ T. Curso de Derecho Administrativo. 1. Civitas, Madrid. 1997, Pg 432.

<sup>83</sup> BALADÍES ROJO, Margarita. “La vinculación del administración al derecho”, cit., p. 328: “Por ello considero que esta conexión con el interés general constituye la vinculación mínima y necesaria que todo acto de la administración debe tener con el derecho para que esa actuación pueda considerarse conforme al ordenamiento jurídico y respetar así la exigencia que deriva el principio de legalidad”. Las normas constitucionales que consagran el interés general “constituyen un vínculo positivo que la administración nunca podría desconocer”.

para estructurar la sustancia o materia del Estado de derecho. Mientras con la legalidad formal quien ejerce funciones administrativas se mueve dentro de los extremos de la norma jurídica, sea esta de carácter reglado o discrecional, de manera contemporánea, a través de la legalidad teleológica deberá preocupar la satisfacción de los intereses generales y el bien común de los asociados y, en ultimas, el cumplimiento de las finalidades estatales.

Se trata un proceso simultáneo de clara hermenéutica complementaria, que tan solo admite distinciones desde la órbita estrictamente académica frente a la Constitución Política colombiana, casos de legalidad formal se observan a partir de los artículos 121 y 122 superiores que obligan a quienes ejercen funciones administrativas a sujetarse de manera rigurosa a los preceptos constitucionales, legales y reglamentarios. Mientras que la legalidad teleológica se observa a partir de los perentorios mandatos establecidos en el preámbulo constitucional, en los artículos 2, 123 inciso 2 y 209 superiores, que vinculan directamente el actuar de los poderes públicos y en concreto de la administración al interés general, al interés de la comunidad y al cumplimiento de las finalidades estatales<sup>84</sup>.

Se puede señalar entonces, que el principio de legalidad se convierte en columna vertebral de la actuación administrativa<sup>85</sup> y por ello puede concebirse como externo al procedimiento, constituyendo simultáneamente la condición esencial para su existencia y el cual está determinado por la concurrencia de cuatro condiciones:

1. Delimitación de su aplicación. Sustento jurídico de la actividad administrativa cualquiera que sea su fuente. (Reserva legal)<sup>86</sup>.
2. Ordenación jerárquica de sujeción de las normas a la ley.

---

<sup>84</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Acto administrativo: procedimiento, eficacia y validez, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1991, pp. 96 y ss.

<sup>85</sup> De hecho, el artículo 6 de la Constitución Política de Colombia, prescribe que los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, así como, por la omisión o exlimitación en el ejercicio de sus funciones, evidenciando que deben sujetarse estrictamente al marco normativo que rige su actividad.

<sup>86</sup> Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004. p. 365.

3. Determinación de selección de normas aplicables al caso concreto.
4. Precisión de los poderes que la norma confiere a la administración.

De esta manera, la legalidad atribuye potestades o facultades de actuación a la Administración y la habilita para su acción, de allí que toda acción administrativa es el resultado de un poder atribuido previamente por la ley y por ella delimitado y construido.<sup>87</sup>

En ese esquema, se puede decir entonces que existe la discrecionalidad cuando el mandato de la ley y el actuar administrativo se encuentran en íntimo ligamen o cuando la relación es más amplia, es decir, cuando existe libertad de opción en el actuar según la oportunidad económica, política y social, lo que deja bien claro que la discrecionalidad obliga a la autoridad que hace uso de ella, a tener en cuenta hechos, normas de derecho y calificación de los hechos, como elementos que constituyen límites al capricho o al abuso en el ejercicio de la actividad. Por ello es que se señala que el proceso de la discrecionalidad de la administración no es el del acto administrativo. El ajuste jurídico puede disminuir la arbitrariedad, pero ello no anula la facultad de libre apreciación que tiene específicamente la administración.

### **1.3.4 Los principios de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad.**

Tanto la racionalidad como la razonabilidad son principios que debe respetarse a la hora de ejercer una potestad discrecional. El primero apunta a cuestiones de lógica interna de la toma de decisión, mientras el segundo a su valoración externa.

El principio de racionalidad implica el deber de actuar de manera lógica y congruente, pues en caso contrario la conducta será irracional, lo cual se dará en los casos donde exista falta de consecuencia y nexos lógicos entre las distintas partes que forman el acto

---

<sup>87</sup> Op. Cit. García de Enterría, F, y Fernández.

administrativo, es decir, falta de conexión lógica entre la motivación del acto y su parte dispositiva<sup>88</sup>.

Algunos de los criterios de racionalidad que pueden ser tenidos en cuenta para la corrección de la motivación de los actos son: i) la claridad y consistencia conceptual: claridad en cuanto el significado de los argumentos pueda ser comprendido por los interesados, y consistencia referida a la no contradicción entre los argumentos utilizados, ii) la consistencia normativa: el fundamento de la decisión adoptada será tanto racional en cuanto se funde en argumentos que puedan justificar los mismos resultados ante casos semejantes, iii) la saturación: entendido como la necesidad de que todo argumento utilizado debe ser completo, es decir, debe contener todas las premisas que le pertenezcan, iv) el respeto de la lógica deductiva, y v) la consistencia argumentativa y coherencia: la primera, entendida como la ausencia de contradicciones entre las proposiciones que componen los argumentos, y la segunda referente al sustento en reglas, valores comunes o principios generales de las proposiciones utilizadas.<sup>89</sup>

Respecto del principio de razonabilidad, este se entiende como una obligación que debe ser observada por el Estado en sus actuaciones, de tal suerte que los tribunales tendrán la facultad de constatar si la administración ha actuado de acuerdo a los parámetros o estándares de razonabilidad administrativa realizando un control de conformidad y tolerancia con el interés público y verificando si la decisión sometida a la fiscalización resulta, cuando menos, plausible por ser una interpretación sostenida de la ley.<sup>90</sup>

El profesor Hugo Marín advierte que: “mientras que el principio de racionalidad se refiere a un conjunto de exigencias relacionadas con el lleno de una serie de requisitos que deberían concurrir durante el proceso mismo de construcción de la decisión, vale decir, con su lógica interna, el principio de razonabilidad implica un análisis de la misma desde una perspectiva que va más allá de esa lógica interna y se adentra en su aceptabilidad o

---

<sup>88</sup>CHACÍN FUENMAYOR, Ronald de Jesus, “La discrecionalidad administrativa en el ordenamiento jurídico venezolano”, en Revista Cuestiones Políticas, v.21 n.35, Maracaibo, dic. 2005, P 84. Disponible online en [http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0798-14062005000200004&lng=es&nrm=iso40](http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-14062005000200004&lng=es&nrm=iso40).

<sup>89</sup>BERNAL PULIDO, Carlos, El derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, PP 63-65.

<sup>90</sup>BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, ob cit, P 96



admisibilidad, en su capacidad de propiciar el máximo consenso posible entre sus destinatarios<sup>91</sup>. Añade igualmente que para establecer si la decisión es razonable o no, será necesario analizar la relevancia de las diversas razones que hayan influido en su adopción, de modo que no podrá considerarse provista de razonabilidad aquella que se basa en razones irrelevantes o a la que se arriba sin tener en cuenta razones relevantes.

En el mismo sentido Desdentado, para quien “la racionalidad exige la adecuación de las decisiones a determinadas reglas o principios, entre los que se encuentran la lógica deductiva, la eficiencia, la coherencia y la consistencia. La razonabilidad, por su parte, adquiere importancia como criterio de evaluación de la decisión adoptada, cuando esta decisión es conforme con los criterios de racionalidad práctica.”<sup>92</sup>

De esta forma, al analizar si el acto discrecional es racional habrá que analizar su proceso de génesis, mirando los hechos que se tuvieron a la vista al dictarlo y la forma en que éstos fueron ponderados; en cambio al considerar su razonabilidad, habrá que definir si la decisión contenida se conforma al fin para el que se estableció, conforme a su contexto.

En lo que respecta al principio de proporcionalidad, este se refiere a “una adecuación entre medios y fines, entre las medidas utilizadas y las necesidades que se tratan de satisfacer. Por ello, la administración debe elegir los medios menos lesivos a los derechos de los administrados y en manera alguna imponer ninguna carga, obligación o prestación más gravosa que las que sean necesarias para cumplir con las exigencias del interés público.”<sup>93</sup> El principio de proporcionalidad se compone de tres reglas que toda intervención estatal debe observar: i) idoneidad, según la cual la intervención de la administración debe ser idónea para ayudar a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, ii) necesidad, que indica el deber de elegir la medida más favorable para los derechos de los administrados, y iii) proporcionalidad en sentido estricto, que refiere a

---

<sup>91</sup>MARÍN, op. cit., p. 398. 50 *Ibid.*, p. 405 y 406. 51 *Ibid.*, p. 401. 52 *Ibid.*, p. 405.

<sup>92</sup> DESDENTADO, op. cit., p. 175. 26

<sup>93</sup>CASSAGNE, DE VEGA PINZON & VIDAL PERDOMO, El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, la discrecionalidad administrativa, en temas de derecho administrativo contemporáneo, 2009, 2005, p. 183.

que las ventajas obtenidas con la actuación de la administración compensan los posibles sacrificios en los derechos de los administrados.<sup>94</sup>

Por lo tanto, en el ejercicio de la discrecionalidad, la Administración no puede escoger soluciones que no se encuentren en consonancia con los hechos y el fin por el cual se ejercen, como no pueden imponerse gravámenes innecesarios o medidas poco ventajosas si no sirven a los mismos.

## **1.4 Necesaria referencia al control judicial sobre la discrecionalidad.**

Como se ha venido dejando ilustrado en líneas anteriores, los debates en torno al alcance del control de la discrecionalidad que hacen los jueces y la manera como se vienen definiendo los límites, dejan de manifiesto, como una primera conclusión clara al respecto, la manera como actualmente debe verse la configuración del derecho administrativo frente a la concepción misma de la división de poderes, que lleva a nueva lectura del papel de la administración y el apego a la legalidad de sus acciones, la cual sin duda debe ir acompañada de una racionalidad orientada al cumplimiento de sus fines.

Cada vez es más claro que el sometimiento de la actividad administrativa al Derecho hace que las potestades discrecionales sean controlables por los jueces, no obstante encontrar que parte de la problemática planteada en torno a este control está dada por la sustitución que de las decisiones de la administración se haga o se hace por parte del juez, basado en una mirada diferente del papel del derecho en la configuración del orden social y hasta donde llega su regulación; que para nuestro caso tendería en últimas a la mejor satisfacción del interés general. Ya hemos anotado que algunos autores en la doctrina latinoamericana en este punto afirman que la discrecionalidad sólo puede ser

---

<sup>94</sup> BERNAL PULIDO, 2005, p. 67

afectada por los jueces cuando estos estudian la forma, es decir que el control judicial sólo podrá hacerse sobre los requisitos de forma<sup>95</sup>, de allí que adquiriera gran importancia acudir a elementos que permitan una racionalidad y razonabilidad jurídica de las decisiones, sin perder de vista atribuciones propias de la administración que algunos traducen en cuestiones de oportunidad política y ejercicio del poder.

La jurisprudencia en Colombia señala que los actos discrecionales, están sometidos al control jurisdiccional ya que la potestad conferida no faculta al funcionario a actuar con *desviación de poder* al apartarse de la finalidad del buen servicio o de los propósitos propios del Estado de Derecho. De hecho, de conformidad con el anterior artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, hoy en los artículos 137 y 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, una actuación administrativa fundada en tales supuestos constituye una de las causales de procedencia de la acción de nulidad de la misma<sup>96</sup>. Además, los requisitos de racionalidad y razonabilidad deben acompañar todo acto discrecional, siendo en consecuencia que el acto debe ser motivado y la discrecionalidad de las autoridades debe estar justificada en las razones del servicio<sup>97</sup>.

La Corte Constitucional, al referirse al control frente a las potestades discrecionales, ha precisado que: *“Con el propósito de regular el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración se han ideado varias instituciones jurídicas que permiten preservar el control judicial en cuanto a su desarrollo. Al respecto, entre otras, se destacan las siguientes: (i) Los vicios en su formación; ii) el error en su apreciación; iii) la desviación de poder; iv) el principio de necesidad. v) El principio de proporcionalidad. En síntesis, solamente cuando un acto discrecional en aquello que la facultad reglada se lo permita, involucre un vicio de procedimiento en su formación, o sea constitutivo de error de apreciación o de desviación de poder, o suponga la falta de aprobación de los juicios de necesidad y proporcionalidad, puede considerarse que dicho acto administrativo es*

---

<sup>95</sup> BELTRÁN DE FELIPE, Miguel P. 77

<sup>96</sup> Sentencia C-031/95 (MP Hernando Herrera Vergara).

<sup>97</sup> Cfr. Sentencia C-525 de 1995. Vladimiro Naranjo Mesa.

*manifiestamente arbitrario, y por lo mismo, contrario al principio de legalidad que fundamenta el derecho fundamental al debido proceso administrativo.*<sup>98</sup>

Los tribunales entonces, han desarrollado de acuerdo con los límites planteados técnicas novedosas para ejercer algún tipo de control sobre actos discrecionales de la administración, como son:

a) El marco constitucional. Desde esta teoría la administración en su ejercicio debe ajustar sus actuaciones a las exigencias constitucionales que son la discrecionalidad objetiva y el interés general<sup>99</sup>. El primero de ellos hace referencia a la debida motivación de los actos administrativos aunque estos así lo necesiten. El segundo está íntimamente ligado con el concepto de coherencia específica que alude a la realidad, es decir que entre la decisión administrativa y la realidad debe existir un enlace razonable y lógico, en otras palabras, el tribunal constitucional deberá verificar que el acto no es arbitrario y que a elección de la administración, del medio para el fin, sean las más adecuadas de acuerdo a los criterios políticos, técnicos, económicos y sociales de cada estado.

Aquí entonces, el interés público que determina la Ley respectiva es el fin objetivo y causa de la sanción de la norma legislativa, pues no puede aceptarse al respecto la alegación por la administración al hacer uso de la discreción, de un “genérico” y “confuso” interés público, ya que este interés es, precisamente, el fin objetivo de la ley. Por ello la ley fija la competencia del órgano administrativo, dejándole cierta libertad de apreciación de los hechos para decidir u orientar su actuación.

b) El control de la no arbitrariedad y de la razonabilidad de la decisión discrecional. Desde esta forma de control, se presta gran importancia al concepto de la interdicción de la arbitrariedad, que se ve desde dos ópticas, una general y otra específica. La primera es en la autoridad donde el negativo de la justicia y el derecho juega el papel de una cláusula del cierre del sistema, que se presenta como todo lo carente de fundamentación

<sup>98</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 984/2004. Referencia: expediente T-916680. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá D.C., ocho (8) de octubre de dos mil cuatro (2004).

<sup>99</sup> *Ibíd.* P. 82

objetiva como congruente o contradictorio con la realidad, que ha de servir como base de toda decisión administrativa basada en una potestad discrecional<sup>100</sup>.

c) Los test de arbitrariedad y de razonabilidad como criterios efectivos de control. En este tipo de control, la razonabilidad del acto se vuelve un elemento fundamental para determinar si el acto es arbitrario o no.<sup>101</sup> Esta aplicabilidad al concepto de razonabilidad a la discrecionalidad fue desarrollada en el reino unido en el caso *wednesburg* en la que el tribunal determina que irrazonabilidad del acto significa que la decisión tomada no la habría tomado ninguna persona u organismo razonable, es decir que atiende a una lógica interna y a una razonabilidad<sup>102</sup>,

Todo lo anterior nos lleva a indicar, entre otros aspectos, que el carácter que se le ha conferido a los principios como fuente de derecho, ha llevado a que la aplicación de las normas jurídicas cuyos contenidos resulta difícil de aplicar, sobre todo en aquellas disposiciones cuya solución no resulta tan clara en la medida en que existan varios derechos involucrados o normas que entran en conflicto, requieran de una valoración o mejor comprensión de la mejor alternativa aplicable al caso, de tal manera que logre satisfacer en mejor medida la finalidad pretendida por aquella.

En nuestro caso, la función administrativa se mueve por tradición en un irrestricto apego al principio de legalidad con el fin de dar seguridad al ordenamiento jurídico y a los administrados, no obstante incorpora normas que dejan a criterio del operador administrativo la mejor manera de su satisfacción, otorgando para ello facultades discrecionales frente a las cuales se le han definido ciertos límites con el fin de no llevar la decisión a otro plano, como el de la arbitrariedad.

La necesidad de fijar reglas y controlar de alguna manera las decisiones jurídicas, como un paso más a la racionalización del poder, ha hecho que la filosofía del derecho preste especial atención a las teorías de la argumentación jurídica. Así, la incorporación de principios como el de proporcionalidad a la interpretación constitucional y de paso a la

---

<sup>100</sup> *Ibíd.* P. 84

<sup>101</sup> *Ibíd.* p. 89

<sup>102</sup> *Ibíd.* P. 90

labor hermenéutica en el campo administrativo en la forma en como ha quedado señalada, nos lleva a retomar el referente iusfilosófico que enfrenta al positivismo y el iusnaturalismo y que pretende distinguir entre los principios y las reglas, primero como un aspecto teórico que ha nutrido el campo de la argumentación jurídica y lo que viene siendo el papel del juez, y en segundo lugar para intentar establecer su introducción dentro de la labor que tiene el operador administrativo al tener que realizar un juicio de valoración por vía del ejercicio de una facultad discrecional.

## **2.La distinción entre reglas y principios frente al ejercicio de potestades discrecionales.**

### **2.1 Aproximación a la discusión teórica.**

Una de las ideas más importantes de la teoría del derecho, tanto en el mundo anglosajón como en el continental, es que los ordenamientos jurídicos no están compuestos solamente por normas, entendidas como reglas, sino también de principios.

De acuerdo con lo expresado por el debate actual de la distinción entre reglas y principios, se ha pensado que este es un problema exclusivo del Derecho constitucional centrado en la interpretación de los Derechos fundamentales, pues se afirma que esta distinción constituye el marco de una teoría normativo-material de los Derechos fundamentales y, con ello, un punto de partida para responder a la pregunta acerca de la posibilidad y los límites de la racionalidad en el ámbito de los Derechos fundamentales.<sup>103</sup>

De manera general autores como Dworkin parten de la distinción estricta entre norma y principio, concediendo especial importancia a la vinculación entre derecho y moral para caracterizar e identificar a los principios a través de vinculaciones morales sustantivas. Para éste autor, las normas son aplicables bajo el presupuesto de todo o nada mientras que los principios están fundamentados en razones para decidir, atribuyéndoles relaciones de peso o importancia. Dworkin sostiene que, cuando los jueces resuelven los

---

<sup>103</sup> Véase, ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997, Pág. 81.

problemas jurídicos a su cargo, los abogados argumentan, y en general los actores jurídicos interpretan el Derecho, utilizan otro tipo de normas que difieren substancialmente de las reglas. Estas normas son los principios y las directrices políticas (policy).<sup>104</sup>

Así mismo, señala que en el Derecho además de las reglas, aparecen otro tipo de normas que si bien están orientadas a determinadas decisiones sobre la obligación jurídica en circunstancias determinadas, operan de forma diferente. Su origen *“no se basa en una decisión particular de ningún tribunal u órgano legislativo, sino en un sentido de convivencia u oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo.”*<sup>105</sup> En el Derecho no sólo hay normas, sino también algo lógicamente distinto, los principios. Descubrir que un principio es un principio jurídico no es un ejercicio que se agote en la constatación sociológica o histórica acerca de los comportamientos observados en una determinada sociedad por parte de sus operadores jurídicos, sino que supone el desarrollo de una argumentación justificadora. En este sentido, los principios operan en el campo de la justificación o argumentación y no en el campo del descubrimiento o descripción del Derecho vigente<sup>106</sup>.

Para Prieto Sanchís, las reglas pueden operar en determinadas ocasiones como criterios hermenéuticos y no como reglas concretas, ofreciendo una textura menos rígida en cuanto a su significado, pudiendo la jurisprudencia o la legislación establecer soluciones normativas de excepción a la misma u ofreciendo la posibilidad de un tratamiento distinto a determinado caso.

---

<sup>104</sup>El término *Policy* ingles genera problemas al ser traducido al español en su expresión plural *policies*, en la medida en que *policy* indica plan o curso de acción dirigido al logro de un objetivo social, económico, cultural, etc., puesto en práctica por un gobierno, institución, empresa o persona, en tanto el plural *policies* traduce políticas en su acepción de ciencia y arte de gobernar, que es incorrecto y equívoco frente a lo que Dworkin quiere expresar, de allí que los traductores prefieran utilizar la expresión «**directriz**».

<sup>105</sup>Véase DWORKIN, Ronald. Los Derechos en serio. 4ª reimpression. Traducción de Marta Gustavino. Editorial Planeta-Agostini. Barcelona, 1999, pág. 95.

<sup>106</sup>WILLIAM JIMÉNEZ GIL. Sobre principios y reglas, los problemas del razonamiento jurídico frente al “nuevo derecho” en el sistema jurídico colombiano. Alumno Segunda Promoción Maestría en Derecho – Sede Bogotá. Bogotá D. C., Octubre de 2004.



Por su parte, Robert Alexy parte de la existencia de una diferenciación cualitativa y no solamente gradual entre reglas y principios, denominando a estos últimos como mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado; las reglas por su parte son normas que exigen un cumplimiento pleno y esa medida, pueden ser sólo cumplidas o incumplidas, de allí que en la medida en que la regla resulte válida sólo será posible hacer lo que allí se disponga en la medida en que contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Robert Alexy,<sup>107</sup> defiende la necesidad de un discurso racional aplicado a la argumentación jurídica. Expresa que dicha exigencia es válida no solamente en el plano teórico, sino fundamentalmente en el plano práctico, pues dicho aspecto es el único que garantiza el carácter científico de la jurisprudencia y la legitimidad de las decisiones judiciales. Dicha teoría de la argumentación se sustenta en la distinción entre reglas y principios, distinción que no pretende develar una clase nueva de normas (Principios Generales del Derecho) sino reconocer un tipo de argumentación del Derecho diferente. Quiere ello decir, que determinadas normas admiten más que otras el desarrollo de cierta clase de argumentación y por ello ha sido del todo ocioso intentar la morfología de los principios, aun reconociendo, que no puede trazarse una frontera rigurosa entre reglas y principios. Al respecto afirma el profesor Alexy: *“El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son mandatos de optimización<sup>108</sup> mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos”*.<sup>109</sup>

---

<sup>107</sup> Véase, **ALEXY**, Robert. *Teoría de los Derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997.

<sup>108</sup> El término «mandatos de optimización» utilizado por el profesor Robert Alexy indica que el mandato derivado del principio se caracteriza porque puede ser cumplido en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. Atienza y Ruiz Manero no comparten con Alexy que los *principios en sentido estricto* puedan ser cumplidos en diversos grados; pues ellos distinguen entre «*principios en sentido estricto*» y «*directrices o normas programáticas*». Lo característico de las «*directrices o normas programáticas*» se halla en que este tipo de pautas configura de forma abierta tanto sus condiciones de aplicación como el modelo de conducta prescrito. En la conducta gobernada por directrices no se trata de determinar la prevalencia de una u otra en relación con un determinado caso, sino de articular políticas capaces de lograr, en el mayor grado posible, la consecución conjunta de todos estos objetivos. Los principios en sentido estricto en cambio configuran de forma cerrada sus condiciones de aplicación, aunque su modelo de conducta sea abierto, por ende el término «*mandatos de optimización*» solo sería válido para «*principios en sentido estricto*». Véase **ATIENZA** Manuel y **RUIZ MANERO** Juan. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Editorial Ariel S. A. Barcelona, 1996. Pág. 9-11.

<sup>109</sup> Para un análisis profundo de esta distinción, que conduce a una serie de otras diferenciaciones, *cf.* **SIECKMANN**, J. R. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, tesis doctoral, Gotinga 1987, capítulo 4.

Trayendo una conceptualización precisa que realiza la Academia Colombiana de Jurisprudencia y que así mismo se encuentra señalada en la jurisprudencia constitucional, se denomina regla a cualquier proposición prescriptiva. Los diccionarios jurídicos suelen definirla como un precepto de conducta establecido en función del deber ser e impuesto por parte de una autoridad constituida legítimamente. Según Bonnacase dicho precepto supone la realización de la armonía social en términos que concilien la protección integral de las personas con las exigencias de los intereses de la colectividad. Para García Maynez es la que impone deberes o confiere derechos. Vinogradoff la definió como una guía de conducta que la sociedad establece para que las personas puedan realizar -o abstenerse de hacerlo- un propósito determinado.

Desde una perspectiva meramente descriptiva o estática de las características de los enunciados jurídicos, el profesor Marín afirma que han sido tres los criterios tradicionalmente usados para intentar diferenciar las reglas de los principios<sup>110</sup>:

a) la relevancia o jerarquía dentro del sistema jurídico. En este contexto, se califican como principios las normas que juegan un papel decisivo en la institución jurídica, o en el acto normativo o en el sistema jurídico entero<sup>111</sup>, o que estos, de acuerdo con autores como Bobbio<sup>112</sup>, J. Raz<sup>113</sup>, entre otros, resultan ser normas generalísimas del sistema que inspiran el ordenamiento en su conjunto y por tanto se convierten en un criterio preferente para la interpretación de las reglas. Para el profesor Marín, este argumento se cae por su propio peso pues en los textos constitucionales, se puede apreciar como normas de gran importancia para el ordenamiento se formulan a manera de reglas<sup>114</sup>.

b) la función que dentro del mismo desempeñan. Se tiende a comprender que las reglas son normas *primarias* dado que sus destinatarios son directamente los ciudadanos, cuyo comportamiento se pretende regular, mientras que los principios, serían normas secundarias cuya función principal es contribuir a dar claridad al sentido de otras disposiciones. Marín dice que esto tampoco resulta ser cierto por cuanto los principios

---

<sup>110</sup> MARIN pg. 60.

<sup>111</sup> J. WRÓBLESKI. "Sentido" y "hecho" en el derecho, San Sebastián, Universidad del País Vasco, 1989, pg. 154.

<sup>112</sup> BOBBIO, N. Teoría General del Derecho, E. Roza Acuña (trad.), Madrid, Debate, 1991, p. 251.

<sup>113</sup> RAZ, J., Razón práctica y normas, J. Ruiz Manero (trad.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 55.

<sup>114</sup> MARIN, pg. 60

también pueden incorporar normas de comportamiento -casos de lagunas normativas-, que al igual que muchas normas secundarias pueden presentar la estructura atribuida a las reglas<sup>115</sup>.

c) las modalidades de formulación lingüística que de ellos se hace. Las características que se le atribuyen a los principios son su generalidad y vaguedad, mientras que las reglas serían identificables por su particularidad y concreción. La generalidad estaría dada en función del número de destinatarios que estarían comprendidos en el ámbito de aplicación de un precepto, como una característica gradual que permite aproximarlos a uno u otro extremo de generalidad (los principios) o concreción (reglas). El criterio de vaguedad del lenguaje normativo, implica un margen de indeterminación semántica que trae consigo la aparición de casos en los que no resulta fácilmente determinable si estos se encuentran dentro del campo de aplicación de la norma<sup>116</sup>. Para ello, Aarnio propone una clasificación de los términos lingüísticos en función del tipo de dudas que se generan en el intérprete, hablando de términos vagos, ambiguos y valorativamente abiertos. Respecto del primero, aplica para aquellos que tienen un significado impreciso o una expresión no clara que dificulta delimitar a que casos se refiere la expresión, o la apertura a cláusulas generales que no fijan criterios cuando se delega el poder de interpretación. En cuanto al segundo, hace referencia a cuál es el significado del término que resulta adecuado al contexto normativo que se revisa. Frente al tercero de ellos, presupone una valoración basada en términos extrajurídicos de interpretación (códigos sociales)<sup>117</sup>. Este criterio, entra en discusión con lo que Hart<sup>118</sup> ha denominado la textura abierta presente en los enunciados jurídicos para concluir que no resulta ser fiable para diferenciar unos de otros. Aarnio entonces termina por señalar que no hay diferencia entre reglas y principios, cuando más una diferencia de grado, pues ambas pueden ser formuladas ambigua o inequívocamente<sup>119</sup>.

---

<sup>115</sup> Cfr. PRIETO SANCHIS. Sobre principios y normas, cit., pp. 59 y 60.

<sup>116</sup> MARIN, p. 61.

<sup>117</sup> AARNIO, A., Lo racional como lo razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica, E. Garzón Váldez (trad.) Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 158-160.

<sup>118</sup> HART. H, El concepto del Derecho, G. Garrió (trad.), México, Editora Nacional, 1980, p 158.

<sup>119</sup> AARNIO, cit., p.143.

Por otra parte y desde una perspectiva *dinámica*, Esta Dworkin con su idea de la solución justa y plenitud del sistema jurídico, parte de una distinción de carácter lógico o estricto entre normas y principios. Las normas son aplicables a manera de disyuntivas, mientras que los principios se convierten en razones para decidir. Otra característica, son las razones de peso que le atribuye a los principios.

En este campo de discusión, reconociendo que frente a los principios existen dos posiciones teóricas que buscan describir, además de su naturaleza y funciones, las relaciones que se presentan entre éstos y las reglas, denominadas valoraciones fuertes y débiles, un grupo importante de autores positivistas admite la existencia de *Principios Generales del Derecho*, siempre y cuando dicha existencia, conceptualmente se sustente en una *distinción débil* entre reglas y principios.

Según este grupo de autores, una teoría débil de los principios resulta mucho más modesta pero más realista y, por tanto, preferible para describir el Derecho, que la posición extrema o *distinción fuerte* propuesta por Dworkin y J. Esser. Su punto de partida consiste en afirmar que los llamados principios no son nada sustancialmente distinto de las normas expresadas en términos de reglas jurídicas. Hay elementos que caracterizan a los principios: la generalidad, fundamentalidad, su carácter de guía o proyecto que no se configuran a la manera de todo o nada sino que se pueden tener, y que de hecho se tienen, en determinada medida también en las reglas de Derecho. La existencia de los principios plantea los mismos problemas conceptuales que la existencia de las normas; no presentan un origen distinto no constituyen un vehículo especialmente cualificado para la penetración de la moral en el Derecho sino que, al igual que el resto de las normas, podrá predicarse su existencia cuando resulten válidos a la luz de una regla de reconocimiento o cuando una práctica de los operadores jurídicos así lo acredite<sup>120</sup>.

---

<sup>120</sup> Véase: PECZENIK, Alexander. "Los Principios Jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero." *Doxa* 12 (1992): 327 - 31. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre Principios y Normas. Problemas de razonamiento jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates. Madrid, 1992. Pág. 131 y siguientes. CARRIÓ, Genaro R. *Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico. Notas Sobre Derecho y Lenguaje*. Abeledo Perrot. 3a. Edición Buenos Aires, 1986. COMANDUCCI, Paolo. "Principios Jurídicos e indeterminación del Derecho." *DOXA* 21 (1998): 89 - 104.

Con un poco más de detalle, se puede señalar que según *la tesis de la separación débil*<sup>121</sup>, la diversidad en la tipología de las normas entre principios y reglas es una variable dependiente de las diversidades en la interpretación y en la aplicación, en la argumentación y en la solución de los conflictos. Las diferencias entre reglas y principios son disyuntivas pero no necesarias; *“los principios jurídicos pueden ser definidos, per genus et differentiam, como aquellas normas jurídicas que están configuradas como tales, sobre la base de una elección valorativa, en la fase de producción del derecho (por el legislador que atribuye a algunas normas el nombre de principios), o en la fase de aplicación del derecho a casos concretos (generalmente por los jueces), o bien en el razonamiento jurídico (por los jueces y por los dogmáticos). Esta configuración, en la aplicación del derecho y en el razonamiento, está generalmente motivada. Es decir, el órgano de la aplicación o el intérprete justifican la configuración de una norma como principio sobre la base de la supuesta presencia de características diferenciales (de tipo estructural y/o funcional) de aquella norma frente a otras reglas del sistema”*.

La tesis de la separación fuerte en cambio, predica que entre reglas y principios se observan claras y precisas diferencias estructurales y/o funcionales que redundan en que el método de interpretación de unas y otras normas sea diferente, estas diferencias son variables dependientes de la diversa tipología de las normas. La diversidad en la tipología de las normas es condición necesaria y suficiente de la diversidad en la interpretación y aplicación de principios y reglas, de la diversidad en la argumentación a partir de principios o a partir de reglas, y de la diversidad en la solución de los conflictos entre principios y entre reglas<sup>122</sup>.

Tales enunciados de la teoría del derecho, lejos de perder vigencia, ayudan a ubicar la discusión del lugar que ocupan tanto las reglas como los principios dentro del ordenamiento jurídico y de qué manera resulta posible su concreción. Así la principialística del derecho permite dar cuenta de como los principios jurídicos proporcionan criterios para tomar posiciones frente a los desafíos cambiantes de la realidad, cuya dimensión va más allá de una visión literal de las normas, requiriendo de

<sup>121</sup> Véase. COMANDUCCI, Paolo, “Principios Jurídicos e Indeterminación del Derecho”. DOXA 21 (1998): 89-104.

<sup>122</sup> Ver JIMÉNEZ GIL, William. Tesis Maestría en Derecho. Universidad Nacional De Colombia. Octubre de 2004.

un raciocinio o valoración de los bienes jurídicos en juego bajo métodos de interpretación hermenéutica.

En ese orden de ideas y vista parte de la teoría sobre los principios, es necesario examinar una de las principales discusiones sobre la función de éstos dentro de la decisión judicial y la incidencia de la interpretación de principios en la concepción del Derecho que permita ir asumiendo elementos de enlace frente al ejercicio de la actividad administrativa.

## 2.2 Reconocimiento y aplicación de principios y reglas en materia judicial.

En la teoría del derecho se reconoce a los principios y a las reglas como categorías de normas jurídicas<sup>123</sup>. Ambas se suelen clasificar dentro de dicho concepto pues desde un punto de vista general (principio) o desde otro concreto y específico (regla) establecen aquello que es o debe ser. Así las cosas, tanto los principios como las reglas al tener vocación normativa se manifiestan en mandatos, permisiones o prohibiciones que delimitan y exigen un determinado comportamiento<sup>124</sup>. Precisamente, en sentencia T-406 de 1992, se manifestó que:

---

<sup>123</sup> ALEXEY. Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2002. Pág. 83.

<sup>124</sup> Sobre la materia, la doctrina ha dicho: “[Los] principios jurídicos tienen pleno valor de fuente jurídica; forman parte del ordenamiento jurídico. Con frases harto expresivas lo ha proclamado RIVERO: ‘Los principios generales tienen pleno valor de Derecho Positivo, considerándoles éste como parte integrante esencial del orden jurídico y sancionando su violación con la misma energía que la de la regla escrita’. Por consiguiente, su valor es indiscutible, hayan logrado o no el reconocimiento jurisprudencial”. (GONZÁLEZ PÉREZ. Jesús. El principio general de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. Editorial Civitas S.A. Madrid. Pág. 50). En idéntico sentido, se ha señalado que: “El ordenamiento jurídico no es una sucesión interminable de preceptos determinantes y actos determinados, algo así como una cadena compuesta por un número infinito de eslabones, sino que tiene un límite superior y otro inferior. El primero denomínese norma fundamental, el segundo está integrado por los actos finales de ejecución, no susceptibles ya de provocar ulteriores consecuencias. // La norma suprema no es un acto, pues, como su nombre lo indica, es un principio límite, es decir, una norma sobre la que no existe ningún precepto de superior categoría”. (GARCÍA MÁYNES. Eduardo. Introducción al estudio del derecho. Editorial Porrúa. México. 2002. Pág. 85). (Subrayado por fuera del texto original).

*“Los principios (...), consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. (...) Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base [deontológico]-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídica para el presente; son el inicio del nuevo orden”<sup>125</sup>. (Subrayado por fuera del texto original).*

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

Así las cosas, mientras las reglas se limitan a exigir un comportamiento concreto y determinado, los principios trascienden a la mera descripción de una conducta prevista en un precepto jurídico, para darle valor y sentido a muchos de ellos a través de la unificación de los distintos pilares que soportan una institución jurídica. Con acierto, la doctrina ha sostenido que:

*“Los principios constituyen los soportes estructurales del sistema entero del ordenamiento, al que por ello prestan todo su sentido. Son <<generales>> por lo mismo, porque trascienden de un precepto concreto y organizan y dan sentido a muchos, y, a la*

---

<sup>125</sup> M.P. Ciro Angarita Barón.

*vez, porque no deben confundirse con apreciaciones singulares y particulares que pudieran expresar la exigencia de una supuesta <<justicia de caso concreto>> (...) Son los principios institucionales los que organizan las distintas normas reguladoras disponibles para el régimen de la institución, los que dan a las mismas todo su sentido y alcance, y a la vez, los que precisan, según una lógica propia, la articulación de todas ellas, así como la solución procedente en caso de insuficiencia de alguna de ellas o de laguna. Los principios institucionales son principios generales del Derecho porque trascienden a las normas concretas y porque en ellos se expresa siempre necesariamente un orden de valores de justicia material; son así, a la vez, nódulos de condensación de valores ético-sociales y centros de organización del régimen positivo de las instituciones y animadores de su funcionamiento”<sup>126</sup>.*

Los principios, como lo reconoce la doctrina están llamados a cumplir en el sistema normativo los siguientes papeles primordiales: (i) Sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico; (ii) actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas; y finalmente, (iii) en caso de insuficiencia normativa concreta y específica, se emplean como fuente integradora del derecho. En estos términos, es indiscutible que los principios cumplen una triple función de fundamento, interpretación e integración del orden jurídico.

Se reconoce a los principios como fundamento, en la medida en que contribuyen a la organización deontológica de las distintas instituciones que dan soporte a la vida jurídica, esto es, fijan los criterios básicos o pilares estructurales de una determinada situación o relación social que goza de trascendencia o importancia para el derecho, como ocurre, por ejemplo, con los contratos, el matrimonio, la responsabilidad o el ejercicio del poder público en sus distintas expresiones. De donde resulta que, en cumplimiento de esta función, los principios se convierten en el punto cardinal que sirve de orientación para la

---

<sup>126</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Octava Edición. Editorial Civitas. Madrid. Págs. 74 y 75.



aplicación de las innumerables reglas jurídicas que se apoyan sobre unos mismos valores que las explican, justifican y las dotan de sentido<sup>127</sup>. “

Adicionalmente, en cuanto a su función como instrumento para la interpretación, la Corte Constitucional ha dicho que los principios se convierten en guías hermenéuticas para descifrar el contenido normativo de las reglas jurídicas que al momento de su aplicación resulten oscuras, dudosas, imprecisas, indeterminadas o aun contradictorias en relación con otras normas de rango superior, incluyendo dentro de las mismas a los principios de naturaleza constitucional. A manera de ejemplo, en sentencia T-005 de 1995<sup>128</sup>, al referirse a la aplicación del principio de solidaridad en materia de seguridad social, se expuso que:

*“El concepto de solidaridad opera como un principio cuya fuerza normativa se pone en evidencia en aquellos casos en los cuales entran en conflicto obligaciones definidas de manera específica en la ley, de cuya eficacia depende la protección de derechos fundamentales. Los principios sirven para sustentar soluciones a los problemas de sopesamiento de intereses y valores, de tal manera que la decisión final no habría sido la misma de no existir dicho principio”.* (Subrayado por fuera del texto original)<sup>129</sup>.

Finalmente, los principios cumplen una función de integración, ya que asumen el rol de fuente formal del derecho ante la insuficiencia material de la ley para regular todas y cada una de las situaciones que se puedan presentar en el devenir social. El ordenamiento jurídico crea así un mecanismo que le permite a todos los operadores y, en especial, a los jueces, resolver los problemas que escapan a la previsión humana en el momento de expedir los correspondientes estatutos normativos dirigidos a reglar su comportamiento,

---

<sup>127</sup> Adicionalmente, se ha dicho en la doctrina que los principios jurídicos constituyen la base del ordenamiento jurídico porque suponen la existencia de “la parte permanente y eterna del derecho y también la cambiante y mutable que determina la evolución jurídica; son las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la Nación”. GONZÁLEZ PÉREZ. Jesús. Op.Cit. Pág. 50.

<sup>128</sup> M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>129</sup> De igual manera, en sentencia T-058 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte manifestó que: “Los principios juegan un papel esencial en la interpretación jurídica, en especial cuando se presentan casos difíciles, producto del conflicto de varias normas”.

o que se presentan como nuevos, en atención al desarrollo progresivo de la sociedad y a la exigencia de darle una respuesta jurídica a las múltiples necesidades que en esta se presentan.

Son varios los preceptos que le asignan a los principios las funciones anteriormente descritas, dentro de los cuales la Corte ha destacado los siguientes:

- El artículo 230 del Texto Superior que al someter a los jueces en el desarrollo de la función jurisdiccional al imperio del ordenamiento jurídico, reconoce a los principios generales del derecho como criterios auxiliares de la actividad judicial.
- El artículo 8 de la Ley 153 de 1887, dispone que cuando haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas o principios generales de derecho<sup>130</sup>.
- Los artículos 4° y 5° del Código de Procedimiento Civil, aplicables por vía de remisión a la mayoría de los procedimientos vigentes en otras áreas del conocimiento jurídico.
- El artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo establece que ante la ausencia de una norma que resulte exactamente aplicable al caso controvertido en materia laboral, se aplican las disposiciones que regulen casos semejantes, o los principios que se deriven del citado código, entre otras fuentes jurídicas.
- Finalmente, en el ámbito disciplinario, el artículo 21 de la Ley 734 de 2002, se determina la prevalencia de los principios rectores contenidos en la Ley y la Constitución en la aplicación del régimen disciplinario.

Luego, ante el reconocimiento de los principios como fundamento o base de las instituciones jurídicas, es importante resaltar que ellos en cuanto a su ámbito de aplicación y eficacia normativa jamás pueden ser sometidos a las reglas de validez y a las cláusulas de excepción de las reglas jurídicas<sup>131</sup>, pues su carácter relativo y su

---

<sup>130</sup> Sobre el alcance de esta disposición se puede consultar la sentencia C-083 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>131</sup> Se presentan sujeciones de validez entre las normas jurídicas, cuando su creación y vigencia se somete a una relación jerárquica de dependencia, de suerte que, entre las mismas, es exigible una subordinación al principio de legalidad. Por

naturaleza no cuantificable impiden que se establezcan relaciones de primacía absoluta entre los mismos.

Es claro entonces que mientras una regla jurídica se somete a pautas y criterios que determinan su aplicabilidad a cada caso en concreto a partir de la pérdida de su fuerza normativa, en tratándose de los principios dicha fuerza se mantiene inalterable, independientemente de que resulten aplicables o no a un caso concreto.

Los conflictos que se presentan en cuanto a la función jurídica que aportan los principios se someten, como lo ha reconocido la Corte, a un juicio de ponderación<sup>132</sup> el cual conduce a que en un caso concreto se le otorgue primacía jurídica a un principio frente a otro, sin que ineludiblemente en todas las hipótesis de conflicto, la solución deba ser exactamente la misma, pues dependerá de las circunstancias fácticas y jurídicas que se hagan presente en cada asunto. De otro lado, es posible que una regla entre en contradicción con la vocación normativa de un principio, sea o no de rango constitucional, en dicha situación y dado el mayor peso que se reconoce a los principios en el ordenamiento jurídico, debe introducirse una cláusula de excepción en cuanto al carácter normativo de la regla jurídica, con motivo de la decisión del caso en concreto.

De suerte que, como ha sido reconocido por nuestra Corte, los principios tienen una naturaleza normativa que opera prima facie sobre las reglas, por virtud de la cual o bien pueden conducir a inaplicar los preceptos jurídicos que se derivan de éstas en un caso en concreto<sup>133</sup>, o en definitiva, podrían dar lugar a la declaratoria de ilegalidad o

---

otra parte, tienen aplicación las cláusulas de excepción en aquellas hipótesis en las cuales una norma jurídica no puede ser invalidada, pero sus mandatos normativos no pueden coexistir con otra disposición vigente, pues resultan manifiestamente contradictorios. En estas circunstancias, el mismo ordenamiento jurídico consagra cláusulas generales, tales como, que “ley posterior deroga a la ley anterior” o “la ley especial deroga a la ley general” que permiten superar dicho conflicto normativo.

<sup>132</sup> Véase, entre otras, las sentencias SU-337 de 1999, T-551 de 1999, T-692 de 1999, C-647 de 2001, T-823 de 2002, T-1025 de 2002, T-1021 de 2003, C-1186 de 2003, C-131 de 2004, C-229 de 2004 y T-739 de 2004.

<sup>133</sup> Así, por ejemplo, en sentencia T-520 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), al plantearse en sede constitucional las controversias surgidas entre los secuestrados y las instituciones financieras con ocasión de los créditos hipotecarios asumidos por los primeros, esta Corporación decidió inaplicar las disposiciones relativas a las obligaciones que surgen

inconstitucionalidad de las mismas, cuando su contradicción u oposición resulte clara, manifiesta e indiscutible con un principio jurídico de mayor jerarquía<sup>134</sup>.

### **2.2.1 La aplicación de una postura “débil” de los conceptos de reglas y principios en el ámbito judicial.**

Como lo destaca el profesor Hugo Alberto Marín en su tesis doctoral, al abordar la discusión entre reglas y principios para explicar cómo se reflejan estos en su estudio sobre la discrecionalidad administrativa y luego definir la conveniencia de asumir una posición “débil”, señala que las posturas teóricas que mantienen una separación rigurosa entre normas (reglas) y principios no responde tanto a un estudio analítico de los diferentes elementos que integran el sistema jurídico, sino que se trata de una consecuencia de querer demostrar la existencia de normas en el derecho que no son identificables desde el sistema mismo (posición positivista) y con el intento por centrar el derecho en la acción del juez (Dworkin, Alexi), ubicándose en una perspectiva tanto estática como dinámica en cuanto a dicha diferenciación. En la primera de dichas perspectivas, se distinguen tres de los criterios con los cuales se han intentado diferenciar las normas de los principios a saber: la relevancia o jerarquía dentro del sistema jurídico, la función que desempeñan dentro de éste y la formulación lingüística que de ellos se hace, siendo éste último el más esgrimido para hacer la distinción de tales enunciados por cuanto las principales características que se atribuyen a los principios son su generalidad y vaguedad, concluyendo que de esta no puede establecer una diferenciación lógica o cualitativa entre reglas y principios sino una distinción relativa y gradual. Dentro de la perspectiva dinámica, y en las que ubica las posturas teóricas de Dworkin, Alexy y Prieto Sanchís, se presentan rasgos diferenciadores dentro del proceso de decisión del operador jurídico y la búsqueda de la solución justa y adecuada.

---

del contrato de mutuo mercantil, tales como, el pago de los intereses remuneratorios y moratorios en aplicación de los principios constitucionales de solidaridad social y buena fe.

<sup>134</sup> Un ejemplo significativo se encuentra en la providencia C-126 de 1998, en la cual la Corte declaró la constitucionalidad condicionada de varias disposiciones del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables, en el entendido que la propiedad privada que se puede ejercer sobre los citados recursos, está igualmente sujeta a todas las limitaciones y restricciones que derivan de la función ecológica de la propiedad, de conformidad con lo previsto en el artículo 58 del Texto Superior.

Por ejemplo dentro de nuestro ordenamiento, la Corte Constitucional Colombiana ha definido los principios como aquellos que consagran prescripciones generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida, y por consiguiente, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, ubicando dicha concepción en el plano deóntico del deber ser (normas con prescripciones jurídicas).

De otro lado, también la Corte Constitucional colombiana encuentra que las reglas son "las disposiciones jurídicas en las que se define, en forma general y abstracta, un supuesto de hecho y se determina la consecuencia o consecuencias jurídicas que se derivan de la realización del mismo; una disposición derechamente construida para regular u ordenar de forma directa la vida humana y la realidad social. Es decir, en virtud de esta estructura lógica, las reglas operan como silogismos". En ese sentido la regla puede ir más allá de la norma legislada, y un juez puede derivarla de su estudio, o derivar de la relación que establezca entre distintas reglas, una o varias subreglas a base de inferencia lógica.

Las reglas suelen tener la estructura de un mandato. Incluso las normas que establecen opciones u otorgan potestades a los individuos para dar forma a sus relaciones jurídicas, a través de contratos o actos que garantizan la autonomía de la voluntad, establecen disposiciones que, si bien no ordenan ni sancionan, consagran la eficacia o ineficacia, según el caso, de los actos realizados. En conclusión las reglas son normas que exigen su pleno cumplimiento, es decir, sólo pueden ser cumplidas o incumplidas. Las reglas son aplicables en la forma de "todo o nada" y, en principio, suelen identificarse con la norma escrita, ya sea ésta ley o reglamento. La regla es entonces, una norma jurídica general que se aplica a una situación concreta y específica.

Sin embargo, mientras las reglas son normas cuyo texto establece una prescripción que sólo puede ser cumplida o incumplida, los principios son normas que ordenan la realización de algo de la mejor manera posible. Para Robert Alexy los principios son "mandatos de optimización", cuyo cumplimiento no exige una medida determinada sino su mejor grado posible de satisfacción. En tanto tales, los principios "son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas

y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no solo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos. Esto significa que los principios requieren ponderación, siendo esta la forma característica de su aplicación.

La Corte Constitucional, en interesante providencia de unificación, dijo lo siguiente:

*"La diferencia conceptual entre reglas y principios sugiere varios problemas interpretativos. El carácter preciso de las reglas obliga a preferirlas a la hora de enfrentar conflictos con los principios. Empero, una interpretación razonable de las reglas puede llevar a situaciones abiertamente incompatibles con principios, aunque no sean ilegales o ilícitas. Se trata de eventos en los cuales existe la posibilidad legítima de interpretar una regla que puede conducir, entre muchos, a un resultado determinado, el cual no se encuentra prohibido por el ordenamiento, pero resulta incompatible con los principios que sustentan la regla".*

En el campo de la actividad administrativa, tal discusión no resulta ajena en cuanto que la estructura de las normas contiene prescripciones que deben ser acatadas por la administración como una vinculación directa a su contenido, pero a su vez puede expresamente conferir amplios márgenes de apreciación de distintas alternativas que pueda adoptar el operador administrativo para su concreción en casos concretos. De allí que, como lo afirma el profesor CASSAGNE<sup>135</sup>, el núcleo duro de la discrecionalidad es siempre una elección entre alternativas que, al estar limitadas por el derecho deben ser todas ellas justas y razonables, presentando distintos grados que permiten una mayor o menor apreciación de los intereses en juego. Así entonces estamos ante una discrecionalidad fuerte cuando la norma concede a la administración un amplio margen de apreciación para realizar la elección, como lo sería por ejemplo el diseño o trazado de una avenida; o por el contrario, estamos ante una discrecionalidad denominada débil, cuando el margen de actuación está acotado por la norma, como podría verse por

---

<sup>135</sup> Op. Cit., CASSAGNE, El principio de la legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, 2009, p. 192.

ejemplo en materia de imposición de sanciones donde su aplicación se establece de acuerdo a unos mínimos y máximos.

Tales enunciados jurídicos dejan abierta la posibilidad de incorporar métodos de interpretación, que superan la simple aplicación de la ley, logrando a través de un ejercicio de adecuación armonizar los diversos intereses jurídicos que en algún momento puedan llegar a verse enfrentados. De acuerdo con el profesor Marín *“el interés doctrinal por diferenciar entre reglas y principios, de un lado, y entre directrices y principios en sentido estricto, de otro, lejos de llevar a identificar al menos un criterio de distinción fuerte entre estas diversas clases de enunciados jurídicos, a donde nos ha conducido es a constatar que existe una forma de razonamiento jurídico abiertamente superadora de la subsunción que es la ponderación, y que si bien dicha técnica interpretativa suele identificarse como más propia de la resolución de conflictos entre principios, la realidad demuestra que en determinadas circunstancias resulta aplicable a todo tipo de norma, y que a tales efectos cualquier enunciado normativo puede operar como un principio cuando su colisión con otro se resuelve ponderando los diversos intereses jurídicos enfrentados y las circunstancias del caso concreto”*.

### **2.3 La ponderación y la proporcionalidad en la actividad administrativa: su desarrollo en las potestades discrecionales de la administración**

Nos atrevemos a plantear que la discusión doctrinaria y teórica acerca de la definición de las reglas y los principios no establece una distinción materialmente visible entre estas dos categorías.

En primer lugar, ya se ha sugerido en párrafos antecedentes que nada aporta en esta distinción el análisis de la estructura lingüística de los enunciados normativos, pues tanto los principios como las reglas pueden plantearse en términos vagos y oscuros. Como establece Aarnio *“(…) las reglas pueden ser tan difíciles de interpretar como los*

*principios. Cuando más puede haber una diferencia de grado entre éstas dos categorías.*<sup>136</sup>

Por otro lado, en la búsqueda de criterios diferenciadores, Alexy refiere – como ya se ha visto - un enfoque según el cual las reglas contiene “determinaciones” en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible, de tal forma que los conflictos entre reglas se resuelven por vía de excepción, caso en el cual se consolida una nueva regla, o por vía de invalidez cuando sea imposible el sostenimiento de dos juicios normativos contradictorios, caso en el cual será considerada inválida al menos una de ellas; mientras que los principios son “mandatos de optimización” que admiten juicios de “ponderación” cuando se presentan conflicto entre ellos, ejercicio que no implica la generación de excepciones ni la declaratoria de invalidez, sino la determinación del peso específico de los principios en contradicción, de tal forma que uno de ellos debe ceder ante el otro que cuenta con un peso mayor bajo las especificidades que brinda la resolución de un caso en concreto.

La ponderación se surte en el ámbito de la denominada “Ley de Colisión” que examina la dimensión de peso específico de los principios enfrentados, los cuales si bien poseen el mismo rango, deben someterse a una técnica de balanceo que permitirá determinar cuál de ellos tiene mayor peso en el examen de un caso concreto, circunstancia que determina, en palabra de Alexy una “*relación de precedencia condicionada.*”

Es decir, la ponderación no se erige como una técnica de aplicación general que establezca parámetros igualmente generales para la jerarquización de principios; la ponderación ofrece una línea diferenciada de decisión del caso producto de un enunciado de preferencia condicionado según la Ley de Colisión que establece “*cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de satisfacción del otro.*”

La pretensión de Alexy es crear todo un sistema de reglas de preferencia condicionada que surjan como opciones razonables para la solución de casos similares.

---

<sup>136</sup> AARNIO, A. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre justificación jurídica.* Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. P. 143.



Una de las críticas que con mayor énfasis se ha puesto a la distinción entre reglas y principios desde la técnica de la ponderación, es aquella que refiere la insuficiencia del rasgo diferenciador basado en un ejercicio interpretativo no ajeno a la forma de revisión constitucional de las leyes en los Estados Constitucionales.

Para autores como PRIETO SANCHÍS<sup>137</sup>, la distinción no tiene ningún efecto si se tiene en cuenta que la ponderación se acerca a la interpretación que realizan los Tribunales Constitucionales donde no se busca precisamente el cumplimiento exacto de un objetivo constitucional sino aquella interpretación que en mayor medida satisfaga los postulados constitucionales, sin que sea necesario desechar otro tipo de interpretación que en distinta medida pueda resultar admisible. No necesariamente se busca una única respuesta o la más correcta, sino aquellas que desde el punto de vista de la política de valoración constitucional resulten admisibles o por lo menos, desechar aquellas que resulten intolerables.

Lo anterior por cuanto no existe ningún motivo que permita asegurar de forma radical que la ponderación es una técnica que sólo aplica para los principios; también es una técnica igualmente aceptable frente a conflictos entre reglas o entre reglas y principios.

De igual manera, tampoco existe razón alguna que deseche la hipótesis de exclusión de un principio dentro del ordenamiento jurídico para solucionar un evento de colisión con otro principio. Aunque podría asegurarse que es poco probable que ello suceda, esta circunstancia no se debe a la forma como se estructuran los principios sino a la coherente vinculación que tiene la mayor parte de los principios con respecto a la configuración política e ideológica de los estados constitucionales.

---

<sup>137</sup> PRIETO SANCHÍS. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1992

La distinción entre reglas y principios, lejos de convertirse en un asunto que permita una categorización clara de dos postulados normativos de disímil naturaleza, permite constatar la configuración de una forma de ejercicio interpretativo no relacionada con la subsunción: la ponderación. Esta técnica interpretativa no está restringida a los principios, opera frente a todo tipo de norma, la cual independiente de su denominación (regla o principio), se comportaría como cualquier principio susceptible de ser sopesado cuando entre en colisión con otra norma del ordenamiento jurídico.

La ponderación permite vislumbrar entonces lo que PRIETO SANCHÍS denomina una distinción “débil” entre reglas y principios; distinción no esencial sino de grado, pues ambas categorías gozan de los mismos problemas interpretativos y se someten a condiciones estructurales de vaguedad y generalidad. La ponderación se requiere como método para la solución de casos difíciles que permite no sólo el surgimiento de respuestas no necesariamente unívocas sino la renovación del concepto de discrecionalidad.

La pretensión de respuesta correcta encuentra muy poco asidero en la consolidación de una distinción débil, pues la ponderación como técnica permite la escogencia de un criterio admisible y razonable, pero no necesariamente exclusivo.

Es en este aspecto de la distinción débil donde la discrecionalidad encuentra un ámbito de fortaleza y la ponderación surge entonces como una técnica que se desarrolla en el panorama de la discrecionalidad. Si la ponderación opera caso por caso, sin ofrecer parámetros generales de interpretación, resulta entonces poco sostenible entrar a determinar que la labor del intérprete apunta a una única respuesta y que éste se mueve en un espacio de nula discrecionalidad.

Por ello, es importante detenerse en el ámbito de una postura débil que permite abonar el terreno para el desarrollo de un concepto consistente de discrecionalidad que se apoye en el ejercicio ponderativo.

Pero, ¿cuál es el alcance de tal ejercicio? Al respecto, es preciso devolverse un poco en las características de los principios. Para ALEXY, la gradualidad es una característica innata a la naturaleza de los principios. Éstos admiten un cumplimiento gradual, ya sea porque se aplican con mayor o menor intensidad o porque se aplican con mayor o menor frecuencia. En el primer evento, se determina que los principios admiten una franja cuyos extremos permiten o una aplicación flexible o una aplicación rigurosa dependiendo de la valoración dada en el proceso de ponderación.

En el segundo caso, la frecuencia alude a la variabilidad con la cual los principios son aplicados en razón a la múltiple diversidad de casos difíciles que admiten conflictos normativos. Mientras en un evento específico un principio puede ostentar un mayor peso, en otro caso puede ocurrir que ese mismo principio se encuentre sometido a una situación diametralmente opuesta, circunstancia que no quita validez a los principios desplazados, pero que muestra su inconstante dinámica en el ejercicio interpretativo.

Nótese que no es en la estructura y naturaleza del principio que sale a la luz su carácter gradual. En el momento en que ese principio es sometido a un evento de conflicto con otra norma, se revela la condición variable e inconstante de su forma de aplicación, más no de su naturaleza. Como establece ARROYO “(...) parece que la de principio no es una propiedad estructural o morfológica, sino una condición de carácter relativo, que surge en el seno de un conflicto internormativo y que alude al modo en que éste se resuelve.”<sup>138</sup>

---

<sup>138</sup> ARROYO JIMÉNEZ, Luis. “Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo”. Revista para el análisis del derecho. Madrid. Mayo 2009. P. 7

Podría entonces afirmarse que la distinción entre reglas y principios alude pues a dos formas de interpretación, pero no a dos formas en que se concreta la naturaleza de los enunciados normativos. No es tanto que los principios sean enunciados que por su naturaleza estructural y lingüística deban someterse a ponderación; precisamente las normas que se ponderan reciben la denominación de principios.

Si ello es así, es en la ponderación donde se despliega el carácter gradual de los principios. Por lo cual, habría que considerar también a la ponderación como un ejercicio interpretativo que en su aplicación a un caso concreto tiene consecuencias a nivel de producción normativa. Como establece ARROYO “(...) *la ponderación es un tipo de discurso que permite resolver conflictos de principios mediante la creación de reglas.*”<sup>139</sup>

Producto del ejercicio ponderativo surge una regla de aplicación para el caso concreto que al resolver el conflicto -otorgándose un peso específico al principio de mayor prevalencia- ya no admite ser ponderada. Por lo tanto, en un segundo nivel de aplicación, el resultado de la ponderación sirve como premisa mayor en un posterior juicio de subsunción. De tal forma que: “(...) *si los principios son normas que se ponderan, las reglas pueden entenderse como el resultado de una ponderación previamente desarrollada.*”<sup>140</sup>

Esto corresponde a una dimensión creadora de la ponderación que se hace patente, en aquellas sentencias de control constitucional que fijan reglas generales de interpretación y en la regla específica creada para la resolución del caso concreto por los jueces y por la Administración.

¿Cómo opera entonces esa función creadora? Para el profesor Bernal la ponderación como técnica es el “*procedimiento de aplicación jurídica mediante el cual se establecen las relaciones de precedencia entre los principios en colisión. En la ponderación son*

---

<sup>139</sup> Ibid. P. 8

<sup>140</sup> Ibídem

*tenidos en cuenta todos los argumentos que juegan a favor y en contra de la prevalencia de cada uno de los principios en conflicto y se determina cuál de ellos tiene mayor peso en el caso concreto*".<sup>141</sup>

La ponderación se estructura bajo tres elementos, a saber: 1) La ley de la ponderación, según la cual *"cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro"*, parámetro que a su vez permite la valoración de la decisión en un contexto de proporcionalidad; 2) la fórmula del peso que refiere una fórmula Matemática en la cual se les atribuye a unas variables un valor numérico que permite calcular el peso de los principios enfrentados y las cargas de argumentación; 3) las cargas argumentativas que los principios tienen "per se" y se utiliza si con la fórmula del peso existe un empate entre los principios.<sup>142</sup>

La característica creadora de la ponderación, así como su procedimiento técnico tripartito, se refieren más a las características de las normas en conflicto y no a la posición que ocupa el operador jurídico (intérprete) en el sistema institucional, aunque esta última situación fijará los alcances del ejercicio interpretativo. Tanto los jueces como los funcionarios de la Administración pueden hacer uso de la ponderación, pues no hay ninguna razón para establecer que esta técnica opera con exclusividad para determinado poder público. No es la naturaleza del intérprete el que determina el uso de la ponderación, sino –se reitera- las características de las normas que entran en colisión. Aunque, en el caso de la administración pública, la posición que ocupa ésta en el entramado institucional determina el modo en que la ponderación se manifiesta en el terreno de la discrecionalidad.

En efecto, si el control judicial apunta a establecer si la administración ha elegido o no una alternativa ponderada, cuando ejercita facultades discrecionales, entonces este

---

<sup>141</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2003. P. 575.

<sup>142</sup> Ibid. Pp 101 - 103

ejercicio parte de la previa atribución de valor o peso a los diferentes valores, derechos o intereses contrapuestos en el caso concreto.

El *quid* de la cuestión radica en que no siempre son escasas las ocasiones en que el ordenamiento se ocupa de prefijar esos criterios de jerarquización, con lo cual el establecimiento de los mismos queda deferido a la instancia aplicativa, esto es, a la administración que ejerce las facultades discrecionales correspondientes, eligiendo los criterios objetivos con base en los cuales optará entre las diferentes alternativas de que dispone.<sup>143</sup> Y es allí donde la ponderación juega un papel importante.

La ponderación en el marco de la actividad administrativa se evidencia en el terreno de la actividad normativa o regulatoria y en la adopción de decisiones concretas; además, la administración cuenta con potestades, no necesariamente normativas, de direccionamiento político o de planeación estratégica para la consecución de las finalidades estatales. Allí también puede tener cabida la ponderación.

El modelo tradicional del derecho administrativo de carácter reglado y legalista, ha cedido terreno a un modelo más abierto a opciones y propósitos finalistas que derivan del ordenamiento constitucional. De tal suerte que la Administración puede efectuar juicios de ponderación aun en el desarrollo de aquellas actividades que no implican el desarrollo de normas generales o específicas. Asimismo, donde la actividad administrativa no se encuentra gobernada por reglas, es muy probable que se dirija a través de principios que admiten ser ponderados.

Así, la actividad administrativa basada en la discrecionalidad es el espacio propicio para el ejercicio ponderativo; en palabras de SCHMIDT-ASSMAN, la discrecionalidad

---

<sup>143</sup> MARIN, Hugo. *La discrecionalidad administrativa*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007. Pp. 450-451.

constituye “una competencia para la actuación administrativa a través de la ponderación”.

144

La discrecionalidad no se agota en un problema de elección entre diferentes opciones jurídicas aisladas, sino que admite un ejercicio de ponderación de principios que se dirigen al cumplimiento y desarrollo de las finalidades estatales y, si se quiere, la consecución de la justicia material.

La discrecionalidad así vista adquiere protagonismo en el terreno del procedimiento de formación de la decisión administrativa, más allá del papel que juega en el ámbito del control judicial. De tal suerte, que en aquellos eventos en que las reglas no establecen los parámetros de decisión y por ello se permite el uso de potestades discrecionales, la ponderación surge como una opción de autocontrol de la actuación administrativa discrecional.

La ponderación constituye así un ajuste a la noción clásica de legalidad determinada por la ley parlamentaria. Si las decisiones discrecionales de la administración admiten la interpretación de principios, entonces la ponderación obedece a aquello que se denomina bloque de juridicidad, es decir, no solo a las leyes sino a todo el entramado de derecho aplicable.

Sea cual fuere el ámbito institucional en el cual se ubique la ponderación, lo cierto es que el ejercicio ponderativo por sí mismo no resuelve las inquietudes acerca de lo acertado o no de sus resultados frente a la solución del caso. El resultado de la ponderación corresponde a una decisión basada en la prevalencia del principio de mayor peso, pero dicho resultado por sí mismo no indica la validez del razonamiento.

---

<sup>144</sup> SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*. Marcial Pons. Madrid/Barcelona. 2003. P. 11

Es necesario establecer un parámetro que permita indicar que por lo menos la decisión adoptada bajo este contexto es en cierto modo razonable o por lo menos, tolerable bajo las premisas que configuran el ordenamiento jurídico.

La Ley de la Ponderación, según la cual cuanto mayor es el grado de perjuicio del principio desplazado, tanto mayor tiene que ser el grado de satisfacción del principio prevalente, surge entonces como criterio para determinar la validez de la ponderación, pues si bien no indica los grados de la valoración del razonamiento, permite establecer hacia donde debe direccionarse la argumentación. En ese sentido, la ley de la ponderación no es otra cosa que un parámetro de proporcionalidad dirigido a controlar la decisión adoptada. Así vista, la proporcionalidad puede definirse como “(...) *la relación entre el grado del perjuicio del principio desplazado y el grado de satisfacción del principio de mayor peso*”.

Si la ponderación es un método que permite adoptar una decisión entre principios enfrentados, la proporcionalidad es el método de control que permite validar dicha decisión. La ponderación otorga una respuesta a un conflicto de principios, mientras que la proporcionalidad supone un ejercicio de control de la decisión que ya ha sido adoptada.<sup>145</sup>

¿En qué ámbitos del derecho administrativo aplica la proporcionalidad? El derecho administrativo sancionador y el derecho de policía son los terrenos a aplicación original de la proporcionalidad. Las sanciones de carácter administrativo y aquellas derivadas de los juicios de policía se aplican de forma gradual de acuerdo a las características propias del caso sometido a examen.

Luego de tomada la decisión sancionatoria y endilgar la responsabilidad al agente infractor –con base o no en un ejercicio ponderativo-, corresponde al funcionario

---

<sup>145</sup> ARROYO JIMENEZ, Luis. Op. Cit. P. 16



administrativo establecer el tipo de sanción a aplicar de tal manera que ésta sea proporcional a los hechos que configuran el caso. Así se encuentra establecida, por ejemplo, la forma de imposición de sanciones en el derecho disciplinario. El Código Disciplinario Único maneja esta lógica en dos etapas: la primera referente a la determinación de responsabilidad, en donde si existen colisión de principios bien podrá hacerse uso de la técnica ponderativa. En una segunda etapa, se determinará, bajo un catálogo algo flexible de criterios de graduación, la sanción a imponer. Así define el mencionado Código el principio de proporcionalidad: *“La sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida. En la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija esta ley.”* Bajo una lógica similar opera en general la estructura del procedimiento administrativo sancionador conforme al artículo 50 de la Ley 1437 de 2011.<sup>146</sup>

En este caso la aplicación de los criterios de graduación para determinar la proporcionalidad de la sanción, podría servir como referente para contener el ejercicio previo de determinación de responsabilidad. No podemos dejar de mencionar el campo de discrecionalidad en la toma de la decisión que corresponde al funcionario encargado de establecer dicha responsabilidad. Con base en un ejercicio ponderativo o en ausencia de éste, dicha discrecionalidad podrá ser objeto de control si se vislumbra que el hecho no merece las sanciones aplicables en el ordenamiento disciplinario con base en la proporcionalidad.

Fijémonos pues en un segundo aspecto. El derecho administrativo sancionador es sólo un aspecto que puede mostrar el grado de proporcionalidad en las decisiones

---

<sup>146</sup> Dicha norma establece: **“Graduación de las sanciones.** Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la gravedad de las faltas y el rigor de las sanciones por infracciones administrativas se graduarán atendiendo a los siguientes criterios, en cuanto resultaren aplicables:

1. Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados.
2. Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero.
3. Reincidencia en la comisión de la infracción.
4. Resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión.
5. Utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos.
6. Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes.
7. Renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente
8. Reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas.”

administrativas y obedece a un terreno original. Dada la apertura del campo de intervención de los poderes públicos en la vida social y económica de las naciones a partir de finales del siglo XIX, lo cual finalmente dio lugar a la consolidación de la fórmula de Estado social de derecho, el ámbito decisional de la administración pública toca diversos aspectos que no sólo tienen que ver con la imposición de sanciones, sino con la regulación de las libertades públicas y la consecución de la igualdad formal. En la nueva configuración del Estado el papel que se le asigna a la administración en cuanto a la intervención sobre la actividad económica y social para procurar el bienestar de la sociedad, implica un aumento de sus poderes que abarcan el ámbito regulativo y de reconocimiento de derechos particulares.

En este contexto se exige más que nunca el control en las actuaciones administrativas, el cual consideramos puede llevarse a cabo mediante criterios de proporcionalidad que permitan orientar las decisiones de la Administración.

La validez formal ante la ley de las actuaciones de la administración es reemplazada por la validez material direccionada por los valores y principios que orientan el ordenamiento jurídico, los cuales admiten juicios de proporcionalidad.

La legitimidad de las actuaciones administrativas no deviene principalmente de la simple observancia de las formalidades legales de competencia y procedimiento, sino de la manera como esas actuaciones materializan de forma efectiva el proyecto social y económico del Estado, lo cual se garantiza con la aplicación por parte de la administración de principios jurídicos de contenido material que se validan a través de criterios de proporcionalidad. Con ello se afirma un verdadero control en la actividad de la administración, permitiendo que en un Estado social de Derecho los principios materiales que garantizan la justicia sean parte inescindible del Derecho Administrativo.

Y es en el ámbito de las decisiones discrecionales en donde la proporcionalidad juega un papel fundamental para la corrección de las mismas. Tanto es así que, por lo menos en el caso colombiano, el artículo 44 de Código de Procedimiento Administrativo liga el ejercicio de las potestades discrecionales a cargo de la administración con la proporcionalidad. Dice el artículo: *“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.”*

Postulado que se complementa con el siguiente pronunciamiento de la Corte Constitucional al ligar la proporcionalidad con la búsqueda de justicia material en el contexto del Estado Social de Derecho: *“Dentro de un Estado Social de Derecho, el contenido de toda decisión discrecional de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, debe corresponder, en primer término a la ley, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia material.”<sup>147</sup>*

Finalmente, es preciso indicar que la misma Corte Constitucional ha establecido tres criterios que configuran el concepto de proporcionalidad (necesidad, adecuación y proporcionalidad propiamente dicha) para validar decisiones que apuntan al desplazamiento del principio de igualdad en un ejercicio ponderativo previo, criterios que bien puede servir a la administración pública:

*“En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de*

---

<sup>147</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 429 de 1994.

*igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato.”<sup>148</sup>*

---

<sup>148</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 022 de 1996.





### **3.El ejercicio de facultades discrecionales en la función delegada de policía administrativa**

#### **3.1. Encausando la discusión frente al ejercicio de la potestad discrecional**

Las actividades administrativas, por esencia, constituyen funciones estatales que se realizan siempre en ejecución directa e inmediata de la ley y, por tanto, en ejecución de los fines consagrados en la Constitución Nacional. No obstante, ha quedado esbozado como frente a la realidad que supone la estructura misma de las normas y la satisfacción de tales fines, se torna complejo que tales preceptos puedan determinar de antemano todas las situaciones que puedan caber dentro del sistema normativo, permitiendo entonces un cierto halo de incertidumbre que justifica por una parte la delegación de funciones y, por la otra, la atribución de facultades discrecionales para su ejercicio por parte de la administración. Esta atribución no es otra cosa que el reflejo del principio de legalidad dentro del ejercicio de la actividad administrativa, que no resulta estático frente al ordenamiento jurídico sino que por el contrario incorpora elementos de capacidad y decisión, entre otros, que impulsan la mejor satisfacción de los cometidos y finalidades estatales que le han sido encomendados, verbigracia el interés general.

Esta idea es compartida por PAREJO ALFONSO quien señala que: *“el legislador moderno renuncia a definiciones precisas, caracterizándose por su abstracción y generalidad, dejando en manos del administrador la toma de decisiones concretas”* y añade frente a la relación de la ley con los administrados que: *“en amplios sectores administrativizados de la vida social la programación o vinculación por parte de la ley*

*formal es ya solo del tipo calificable de relación en función de fines-objetivos (la administración queda obligada a dirigir su acción a la consecución de los fines, pero relacionándolos entre sí, en función de las circunstancias y, por tanto, ponderando unos y otros), que supone una abierta remisión de la decisión al escalón administrativo y, por tanto, la generación del correspondiente espacio administrativo de configuración social, en el que el poder público administrativo debe actuar bajo la propia responsabilidad. En ese espacio la administración pública es hoy, pues, el locus de creación de la regla, por tener conferida la competencia para ello”* <sup>149</sup>.

De allí entonces, se ha planteado que el ordenamiento jurídico al otorgar potestades públicas a los órganos de la Administración del Estado y determinar su competencia para actuar, puede hacerlo definiendo todos los parámetros de actuación tales como: quién, cuándo, cómo, por qué, etc., o bien sólo determinar alguno de éstos o ciertos aspectos de los mismos, caso este en el cual nos encontramos frente al ejercicio de una potestad discrecional en donde el legislador ha entregado de manera abierta las pautas de actuación, es decir, reglando algunos de los elementos de la potestad y dejando a la libertad del órgano, en virtud de sus objetivos, los demás aspectos que constituyen precisamente el ejercicio discrecional de dicha facultad.

No obstante, las administraciones públicas, en el contexto del Estado democrático y constitucional de Derecho, están más necesitadas que nunca de explicarse y darse a entender frente a los ciudadanos y éstos a su vez, ante los privilegios posicionales de los poderes públicos, esperan que al tomarse una decisión sea lo suficientemente fundada y razonada, para comprender los verdaderos fines y propósitos de la misma y, eventualmente, hasta para prestar su colaboración en su debida implementación o ejecución.

En ese contexto, conforme con la hipótesis planteada, puede decirse que la actividad administrativa se mueve dentro del respeto al orden jurídico (legalidad) y en el marco de las acciones atribuidas, en el que la facultad discrecionalidad se permite y desarrolla, valiéndose para ello de los límites fijados por el mismo ordenamiento e incluso apelando

---

<sup>149</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias, Madrid. Tecnos. 1993.



a criterios de interpretación como la ponderación y la proporcionalidad, para llenar de contenido la decisión que mejor configure la satisfacción de los intereses generales y que sirvan de barrera a la arbitrariedad.

Siendo claro este privilegio de la actividad administrativa, resulta oportuno destacar un par de actividades a través de las cuales se logra el cumplimiento de los cometidos estatales y a su vez, se refleja de alguna manera el ejercicio de la facultad discrecional.

### **3.1.1. Concepto y función de policía administrativa: un primer escenario para la discrecionalidad.**

La policía administrativa ha sido definida por Jean Rivero<sup>150</sup> como el conjunto de intervenciones de la administración que tiende a imponer a la libre acción de los particulares la disciplina exigida por la vida en sociedad.

Etimológicamente, la palabra policía deriva del latín *politia* y del griego *politeia*, denotando que ambas confluyen en lo que se denomina comunidad política (*polis*).<sup>151</sup> La Policía administrativa se entiende como “aquella manera de actividad pública en el campo de la administración interna que se realiza limitando o regulando la actividad de los particulares y eventualmente si fuese necesario, por medio de la coacción, a fin de garantizar el todo social y sus partes contra daños que puedan provenir de la actividad humana.”<sup>152</sup>

Marcelo Caetano<sup>153</sup>, aporta un concepto de policía en el cual precisa que esta: “es la intervención administrativa de la autoridad pública en el ejercicio de las actividades individuales susceptibles de traer peligro al interés general, teniendo por objeto evitar que se produzcan, amplíen o generalicen los daños sociales que las leyes buscan evitar.”

<sup>150</sup> RIVERO, Jean. Cita de Mari Rodríguez M. Ob, cir., p. 183.

<sup>151</sup> GARRIDO, FALLA. Fernando. Las Transformaciones del concepto jurídico de Policía Administrativa. Revista de administración pública, ISSN 0034-7639, Nº 11, 1953, págs. 11-32

<sup>152</sup> DRESTRE. Ranelletti. Teoria degli atti amministrativi speciali. Milan. 1945.

<sup>153</sup> CAETANO. Marcelo. Principios fundamentais do direito administrativo. Rio de Janeiro. 1977.

La policía administrativa implica en gran medida limitaciones a la libertad y, a su vez, una serie de deberes cuya infracción acarrea el ejercicio del *ius puniendi* de la administración.<sup>154</sup> Luigi Ferrajoli plantea al respecto que los poderes coercitivos de la policía representan una contradicción que parece no estar resuelta aún en el Estado de derecho, lo que pone en divergencia el marco normativo existente y la normatividad.<sup>155</sup>

En Colombia, nuevamente han sido las altas cortes las que han venido refiriéndose al concepto de policía administrativa y los aspectos que la misma enmarca; así por ejemplo, el Consejo de Estado ha señalado:

*"según nuestra legislación, éste comprende el poder de policía, la función de policía y la mera facultad para expedir normas generales, impersonales y preexistentes reguladoras del comportamiento ciudadano, que tienen que ver con el orden público y con la libertad, o sea, hacer la ley policiva, dictar reglamentos de policía. Igualmente indica esa Corporación, que la función de policía es la gestión administrativa concreta del poder de policía, ejercida dentro de los marcos impuestos por éste; la desempeñan las autoridades administrativa de policía, esto es, el cuerpo directivo central y descentralizado de la administración pública, como los superintendentes, los alcaldes y los inspectores."*<sup>156</sup>

De acuerdo con ello, en el ejercicio del poder de policía a través de la ley y del reglamento superior, se delimitan derechos constitucionales de manera general y abstracta y se establecen las reglas legales que permiten su específica y concreta limitación para garantizar los elementos que componen la noción de orden público policivo; mientras que a través de la función de policía se hacen cumplir jurídicamente y a través de actos administrativos concretos, las disposiciones establecidas en las hipótesis legales, en virtud del ejercicio del poder de policía, que no resulta ser otra cosa que la manifestación material del principio de legalidad.

<sup>154</sup> OSSA ARBELÁEZ, Jaime. Derecho Administrativo Sancionador- Una aproximación dogmática. Segunda edición. Legis Editores. 2009.

<sup>155</sup> FERRAJOLI Luigi. Democracia y garantismo. (Edición de Miguel Carbonell). Editorial Trotta, Madrid. 2010.

<sup>156</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, radicación 3887. 4247 10/06/90.

La Corte Constitucional también se ha pronunciado sobre este tema: en un primer tiempo, determinó materialmente la noción de policía administrativa y judicial, para luego diferenciar de forma orgánica las distintas autoridades de policía. En cuanto a la policía administrativa, la única que interesa a este análisis, el juez constitucional constata la diferencia entre "poder", "función" y "actividad". Así:

*La policía administrativa está entonces ligada a la limitación y regulación de derechos y libertades para preservar el orden público. Pero esa limitación toma diversas formas: de un lado se ejerce mediante la expedición de regulaciones generales como los reglamentos (poder); de otro lado, supone la expedición de actos jurídicos concretos como la concesión de una autorización (función); y, finalmente, se desarrolla mediante operaciones materiales de uso de la fuerza pública y se traduce en la organización de cuerpos armados y funcionarios especiales a través de los cuales se ejecuta la función (actividad). Por eso la doctrina ha solido distinguir entre poder, función y actividad de policía. La Corte Constitucional comparte y reitera aquí la distinción realizada (...).*

*De tal manera que el "poder de policía" es de carácter normativo, legal o reglamentario, ejercido principalmente por el Congreso y de manera subsidiaria por ciertas autoridades administrativas; la "función de policía" está subordinada al poder de policía y se ejerce por las autoridades administrativas de policía, como el Presidente; y la "actividad de policía" es estrictamente material y no jurídica, subordinada al poder y a la función ejercida por los representantes del Estado en las colectividades locales y sus cuerpos uniformados. Según los términos de la jurisprudencia colombiana, a las Superintendencias corresponde entonces el ejercicio de la "función de policía administrativa" y excepcionalmente del "poder de policía". Lo que significa que se trata de organismos que disponen de los medios necesarios para el cumplimiento de las misiones del Estado, determinadas por la ley. Junto a sus facultades de mando, gestión y reglamentación, la facultad de sanción de las autoridades administrativas hace parte de los instrumentos propios de la función de policía y constituye el mecanismo coactivo para hacer respetar las normas aplicables a cada sector".*

Así entonces, podemos indicar que las distintas manifestaciones del Estado encaminadas a limitar, regular o restringir los derechos y libertades con la finalidad de preservar el orden público, van desde las regulaciones generales hasta aquellos actos materiales de fuerza o de coerción que normalmente ejercen algunas autoridades públicas<sup>157</sup> y que se pueden ver reflejados en distintos escenarios en los cuales adquieren materialidad las actuaciones administrativas, donde se vela por el desarrollo de unos principios que son vehículo para la conservación de ese orden público y de la satisfacción del interés general en sus distintos órdenes.

A la policía administrativa en el sentido clásico que se le conoce, le compete proteger unos bienes jurídicamente tutelados en las normas preexistentes para la conservación del orden público interno, para prevenir y eliminar perturbaciones en la seguridad pública, la tranquilidad pública, la salubridad y la moralidad pública. No obstante, en los Estados Modernos y a la luz de nuestra nueva constitución, dichos bienes protegidos en la teoría clásica constituyen un primer orden pero a su vez van acompañados de otros bienes a proteger que han tomado una connotación distinta y por decirlo de alguna manera, se han especializado de acuerdo con la materia a la que hacen referencia; de allí también que en la doctrina y la jurisprudencia se haga diferencia entre la policía administrativa general y las policías administrativas especiales.

Por la primera de ellas se entiende aquella que se refiere a los elementos que tradicionalmente integran la noción de orden público, es decir, la seguridad, la tranquilidad, la salubridad y, en ciertos aspectos la moralidad, cobijados por los principios y normas generales aplicables al poder de policía. Por su parte, las Policías administrativas especiales se refieren a aquellas actividades de policía que tienen por finalidad garantizar elementos diferentes de aquellos que comprende la policía general y que, por lo mismo, también están sometidas a reglamentaciones especiales<sup>158</sup>; dentro de

---

<sup>157</sup> SUPERINTENDENCIA BANCARIA, concepto No. 2000023915-3. Noviembre 15 de 2000.

<sup>158</sup> El doctor Libardo Rodríguez, las define en su obra de Derecho Administrativo General y colombiano, así:

**“Policía Administrativa General:** Es aquella que se refiere a los elementos que tradicionalmente integran la noción de orden público, es decir, la seguridad, la tranquilidad, la salubridad y en ciertos aspectos la moralidad, cobijados por los principios y normas generales aplicables al poder de policía.

**“Policía Administrativa Especial:** Es aquella que tiene por finalidad garantizar elementos diferentes de aquellos que comprende la policía general y que por lo mismo se encuentran sometidos a reglamentaciones especiales.

ellas se enmarcan las funciones desarrolladas por las Superintendencias<sup>159</sup> como organismos encargados de la inspección y vigilancia de determinadas actividades.

Todo lo anterior nos permite ilustrar de manera general, lo que en algún momento habíamos anotado en el capítulo anterior en cuanto la permanencia del modelo clásico del derecho administrativo, que no abandona su carácter positivista al otorgar reglas de acción al operador administrativo, que en este caso se ven identificadas en la función particular de la denominada policía administrativa a la que le asignan la protección de determinados bienes jurídicos, a través del ejercicio de las facultades que le otorga la misma norma (aspecto puramente reglado que tiende a materializar el principio de legalidad).

No obstante, dicha materialización permite introducir la aplicación de criterios objetivos o incluso de principios que permitan lograr su mejor concreción, frente a lo cual sólo puede operar la discrecionalidad. Esta afirmación llega a tener sustento en lo precisado por la Corte Constitucional<sup>160</sup> cuando por una parte señala que: *“La policía administrativa es aquella actividad de la administración que tiene por objeto limitar el ejercicio de los derechos de los administradores, con la única finalidad de mantener el orden y el interés público en la sociedad.”*, y de otro lado al reconocer que para cumplir con ese cometido la ley confiere a las autoridades administrativas facultades regladas o discrecionales; aun cuando también advierte, en la línea que se ha venido dejando trazada a lo largo de este escrito, que en un Estado de Derecho no existen los actos discrecionales absolutos, porque siempre deberá existir la ley previa que estipule los parámetros a la administración, situación que de no ocurrir, violaría el principio de legalidad que constituye una de las máximas garantías con que cuentan los asociados.

La función de policía, por lo tanto, se despliega en aquellos espacios del derecho administrativo que no sólo permiten la aplicación rígida de la ley al caso concreto, sino la aplicación de los preceptos que configuran el Estado Social de derecho y que delimitan la discrecionalidad de la policía administrativa.

---

<sup>159</sup> La Superintendencia, en general, es un organismo que tiene la administración o vigilancia superior de un ramo, particularmente, de un área económica o social; del mismo modo se denomina al ejercicio de funciones de esa índole. Habitualmente su máxima autoridad se conoce como Superintendente.

<sup>160</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sent. T-581 de nov. 11/92. M. P. Ciro Angarita Barón. Gaceta Corte Constitucional. T. 7, nov.-dic./92, p. 316.

Acogiendo lo manifestado por el autor francés Claudio FRANZIUS<sup>161</sup>, el Derecho administrativo no se despoja de su vocación directiva ni siquiera cuando renuncia a la programación de la actuación administrativa a través de reglas, esto es, de programas condicionales que anudan el ejercicio de potestades administrativas bien caracterizadas a la concurrencia de un determinado presupuesto de hecho configurado normativamente del modo más detallado posible. Tampoco en estos casos renuncia el Derecho administrativo a su función directiva. Lo que ocurre es que esa dirección va a articularse normativamente a través de principios o mandatos de optimización, esto es, de programas finales que la Administración está obligada a actualizar en la medida de lo fáctica y jurídicamente posible y cuya toma en consideración impide considerar estos espacios como no regulados por el Derecho.

### **3.1.2. La potestad administrativa sancionatoria. Segundo escenario para la discrecionalidad.**

La potestad sancionadora de la administración se desenvuelve dentro del ámbito de los más disímiles hecho, actos y actividades complejas de los particulares y la misma Administración. Está dirigida a reprimir aquellas conductas transgresoras de la normatividad administradora y está sujeta, por los demás, a las limitaciones constitucionales y legales que establecen en la Carta Fundamental y en las disposiciones generales que le regulan<sup>162</sup>.

En palabras de la Corte Constitucional la “potestad sancionadora de la administración, se constituye como un medio necesario para alcanzar los objetivos que ella se ha trazado

---

<sup>161</sup> Claudio FRANZIUS (2006), “Modalitäten und Wirkungsfactoren der Steuerung durch Recht”, en Wolfgang HOFFMANN-RIEM, Eberhard SCHMIDT-ASSMANN y Andreas VOSSKUHLE (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Vol. I, C. H. Beck, München, pp. 181 y ss. Citado por

<sup>162</sup> OSSA ARBELÁEZ, Jaime, *Derecho Administrativo Sancionador Hacia una Teoría General y una aproximación para su autonomía*. Legis Editores S.A. 1ª Edición. 2000.

en el ejercicio de sus funciones. En efecto, "la fracción de poder estatal radicada en cabeza de la administración, se manifiesta a través de una gama de competencias o potestades específicas (de mando, ejecutiva o de gestión, reglamentaria, jurisdiccional y sancionadora), que le permiten a aquella cumplir con las finalidades que le son propias"<sup>163</sup>.

*La potestad sancionadora como potestad propia de "la administración es necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines, pues permite realizar los valores del orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia propende indudablemente a la realización de sus cometidos y constituye un complemento de la potestad de mando, pues contribuye a asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas."*<sup>164</sup>

Complementariamente ha de subrayarse como la jurisprudencia de la Corte Constitucional es la que viene elaborando el derecho administrativo sancionador, con el aporte de su doctrina resaltada en las sanciones de tutela y de constitucionalidad y en donde se está estructurando la principalística de este derecho alrededor de cuyos dictados se abre la administración punitiva del Estado para evitar el peligro que acarrea la revisión jurisdiccional cuando el acto que impone la sanción no se acoge a tales derroteros, es decir, cuando la decisión adoptada cae en el campo de la arbitrariedad.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>165</sup>, en cuanto al alcance de la potestad sancionatoria del Estado, ha sostenido que éste resulta ser una disciplina compleja que

---

<sup>163</sup> Sentencia C-214 de 1994. En este punto, la Corte se apoyó en: Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, 1986

<sup>164</sup> Sentencia C-827 de 2001; M.P. Álvaro Tafur Galvis

<sup>165</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA, sentencia C-818/05. Referencia: expediente D-5521. Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002. Demandante: Ernesto Matallana Camacho. Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL. Bogotá, D. C., nueve (9) de agosto de dos mil cinco (2005).

envuelve, como género, al menos cuatro especies<sup>166</sup> a saber: el derecho penal delictivo<sup>167</sup>, el derecho contravencional<sup>168</sup>, el derecho disciplinario<sup>169</sup> y el derecho correccional<sup>170</sup>. Salvo la primera de ellas, las demás especies del derecho punitivo del Estado, corresponden al denominado derecho administrativo sancionador<sup>171</sup>.

También ha señalado que el derecho administrativo sancionador, en términos de la doctrina y la jurisprudencia constitucional, supone una ruptura del principio clásico de la tridivisión de poderes, en la medida en que la represión de los ilícitos ya no corresponde de manera exclusiva al poder judicial, y más concretamente a la justicia penal<sup>172</sup>. En efecto, el modelo absoluto de separación de funciones del poder público<sup>173</sup> se reveló como insuficiente ante el incremento de deberes y obligaciones de los particulares, como de funciones públicas de los servidores del Estado, que ante su incumplimiento merecían la imposición de una sanción. Sin embargo, no todas las infracciones eran susceptibles del mismo tratamiento, pues en atención a los intereses que se pretendían proteger con cada una de las disciplinas del derecho punitivo del Estado, se distinguieron aquellas que serían objeto de sanción directa por la Administración, y aquellas otras que se reservarían para la justicia penal.

<sup>166</sup> Véase, entre otras, las sentencias C-214 de 1994, C-948 de 2002 y C-406 de 2004.

<sup>167</sup> Sentencia C-1161 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>168</sup> Sentencia C-1112 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>169</sup> Sentencia T-438 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>170</sup> Sentencias T-242 de 1999. (M.P. Martha SÁCHICA de Moncaleano) y T-492 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

<sup>171</sup> Si bien en algunas sentencias de esta Corporación, se aludió a una quinta especie en el derecho punitivo del Estado denominada "impeachment" o juicios por indignidad política; la verdad es que dicha institución más que corresponder al ejercicio de una potestad punitiva del Estado, representa un mecanismo de control político del Parlamento sobre determinados funcionarios públicos, a través de la posibilidad de adelantar juicios por delitos políticos (C.P. arts. 175 y 178). Así se reconoce, por ejemplo, en el artículo 6-3 de la Ley 5ª de 1992 y en la jurisprudencia de esta Corporación. Al respecto, en sentencia C-198 de 1994, se manifestó: *"Está, en efecto, aún muy difundida la convicción de que para el juicio de algunos delitos- de contenido típicamente político- cometidos por el jefe del Estado (si es presidente) y por los ministros no son oportunos los procedimientos ordinarios ni son idóneos los órganos judiciales normales. Pero mientras en el siglo pasado el ejemplo de Inglaterra (en la cual se configuró lentamente, al propósito, mediante evolución secular, el procedimiento del impeachment, que consiste en la acusación de la Cámara de los Comunes y en el juicio por parte de la Cámara de los Lores) encontró imitación casi universal, después de la Primera Guerra Mundial comenzó a estimarse que, si era justificada la intervención de las Cámaras para decidir sobre la oportunidad o no de que se procediese a un juicio, parecía que respondía más a criterios de una justicia imparcial confiar, luego, este último a aquellos órganos expresos de jurisdicción constitucional que se habían ido configurando, añadiendo a los magistrados de carrera otros elementos más sensibles a las mudables exigencias políticas"*. (Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa).

<sup>172</sup> Véase, entre otras, las sentencias C-214 de 1994, C-597 de 1996, C-181 de 2002, C-506 de 2002 y C-125 de 2003. En la doctrina se pueden consultar: MERKL, Adolfo. Teoría General del Derecho Administrativo. Editora Nacional. NIETO, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Tecnos. DE PALMA DEL TESO ÁNGELES. El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador. Tecnos. OSSA ARBELAEZ, Jaime. Derecho Administrativo Sancionador. Legis Editores S.A.

<sup>173</sup> Sobre los distintos modelos de separación de las funciones del poder público, se puede consultar la sentencia T-983A de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.



En la actualidad, es innegable que a través del derecho administrativo sancionador se pretende garantizar la preservación y restauración del ordenamiento jurídico, mediante la imposición de una sanción que no sólo repruebe sino que también prevenga la realización de todas aquellas conductas contrarias al mismo. Se trata, en esencia, de un *poder de sanción* ejercido por las autoridades administrativas que opera ante el incumplimiento de los distintos mandatos que las normas jurídicas imponen a los administrados y aún a las mismas autoridades públicas<sup>174</sup>.

Es entonces en la existencia de una pena o castigo, en donde se distinguen el derecho administrativo sancionador de otras instituciones que se proponen defender y amparar el mantenimiento del orden jurídico, como lo son, por ejemplo, las acciones públicas en defensa de la Constitución, frente a las cuales las órdenes de protección pueden limitarse a la simple exigencia de una acción u omisión de determinados actos (C.P. arts. 86 y 88)<sup>175</sup>.

La doctrina *ius publicista* reconoce que la potestad sancionadora de la Administración forma parte de las competencias de gestión que constitucionalmente se le atribuyen, pues es indudable que si un órgano tiene la facultad jurídica para imponer una obligación o para regular una conducta con miras a lograr la realización del interés general, el incumplimiento de ese mandato correlativamente debe implicar la asignación de atribuciones sancionatorias bien sea al mismo órgano que impuso la obligación o a otro distinto, con el propósito de asegurar la vigencia del orden jurídico mediante la imposición de los castigos correspondientes. Sobre este aspecto se ha pronunciado la misma Corte indicando que:

---

<sup>174</sup> A manera de ilustración, el profesor REYES ECHANDIA, expresa que el derecho penal administrativo es “el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre la Administración pública y los sujetos subordinados y cuya violación trae como consecuencia una pena. // La sanción prevista en el derecho penal administrativo se distingue de la del derecho penal ordinario o común por el órgano que la aplica; aquella es generalmente impuesta por funcionarios de la rama ejecutiva del poder público y esta, por funcionarios de la rama jurisdiccional”. (REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal. Parte General. 5ª Reimpresión de la Undécima Edición. Temis. 1996. Pág. 6). En idéntico sentido, se puede consultar a OSSA ARBELÁEZ, Jaime. Derecho Administrativo Sancionador. 1º Edición. Legis. 2000. Págs. 167-170.

<sup>175</sup> Sobre la materia, se puede consultar NIETO, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 2º Edición ampliada. Tecnos. Madrid. 1994. Págs. 93 y subsiguientes.

*“La potestad sancionadora como potestad propia de la administración es necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines, pues (...) permite realizar los valores del orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia propende indudablemente a la realización de sus cometidos (...)”<sup>176</sup>.*

De otro lado, la facultad sancionadora de la Administración ha sido objeto de comparación y distinción con los conceptos de poder de policía y función de policía, en los siguientes términos:

- Por una parte, se distingue del *poder de policía*, en cuanto éste, lejos de pretender preservar la vigencia del orden jurídico mediante la represión o sanción de comportamientos contrarios al mismo, se limita a regular el alcance de la libertad ciudadana mediante normas generales e impersonales, a fin de asegurar la estabilidad del orden público conforme a los parámetros de la salubridad, moralidad, seguridad y tranquilidad pública.
- Por la otra, la potestad sancionadora es distinta de la *función de policía*, pues ésta supone el ejercicio de facultades asignadas a las autoridades administrativas en ejercicio del poder de policía, con miras a garantizar el orden público en sus diversas facetas, y no a consagrar los distintos instrumentos de coacción que permitan sancionar el incumplimiento de los mandatos impuestos por las normas jurídicas a sus destinatarios.

En consecuencia, a juicio de la Corte, la potestad sancionadora de la Administración permite asegurar la realización de los fines del Estado, al otorgarle a las autoridades administrativas la facultad de imponer una sanción o castigo ante el incumplimiento de las normas jurídicas que exigen un determinado comportamiento a los particulares o a los servidores públicos, a fin de preservar el mantenimiento del orden jurídico como principio fundante de la organización estatal (C.P. arts. 1º, 2º, 4º y 16).

---

<sup>176</sup> Sentencia C-214 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Desde esta perspectiva es dable entonces señalar como el derecho positivo es la fuente originaria de la facultad sancionatoria. La facultad sancionadora de la administración, dota a la misma de herramientas que dan mayor eficacia y efectividad a la administración en la protección del orden público y el orden jurídico. Es una garantía no sólo para reprimir sino también de mantenimiento y sostenibilidad de ese orden público y el orden jurídico, que se requiere para el adecuado funcionamiento del aparato estatal<sup>177</sup>

Estas competencias se radican en la administración materializándose en la existencia de distintas funciones, que son su instrumento para el cumplimiento de los fines estatales, en especial la salvaguardia del interés general.

Hay claramente unos parámetros que deben tenerse en cuenta a la hora de ejercer la función sancionatoria, ya sea en el ámbito judicial o en las actuaciones administrativas, traducidos estos en principios que rigen el ejercicio de dichas potestades estatales. La Administración debe ser la más interesada en ceñirse a unos principios, por decirlo de alguna manera, rectores de su actividad sancionatoria, para evitar la discrecionalidad y en ciertos casos caer en la arbitrariedad a la hora de sancionar administrativamente. La aplicación de esta facultad sancionatoria debe ajustarse a los principios de la función administrativa la cual debe estar al servicio del interés general y debe desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en cumplimiento a lo ordenado por el artículo 209 de la Constitución Política.

La Corte Constitucional en sentencia C-597 de 1996, justifica que se radique en la Administración Estatal la posibilidad de ejercer el IUS PUNIENDI, con el fin de realizar los valores de orden jurídico institucional para garantizar el adecuado funcionamiento del aparato estatal y en definitiva para la propia protección de su organización y funcionamiento. Las principales esferas del derecho donde se aplican estas sanciones

---

<sup>177</sup>RAMÍREZ TORRADO, María Lourdes. Postura de la Corte Constitucional Colombiana en relación con el Poder Sancionatorio de la Administración. Revista de Derecho, Universidad del Norte, N°28, Barranquilla, 2007 ISSN-0121-8697.

son el tributario, régimen de cambios, bursátil, aeronáutico, financiero y bancario y tránsito, así lo expresa la corte en su fallo C-530 de 2003.

### **3.2. Las facultades de inspección, vigilancia y control – un especial campo para la discrecionalidad.**

La organización administrativa, en el Estado Social de Derecho tiene atribuidas variadas actividades habida cuenta de las finalidades propias de dicho modelo de configuración social. En ese orden de ideas le corresponden funciones “*administrativas*” propiamente dichas pero también algunas de gestión económica, de carácter industrial y comercial y por supuesto las que dentro del ordenamiento jurídico constitucional configuran cabales “servicios públicos”, en sentido estricto, ya sea de manera directa a través de las entidades mismas del Estado o de manera indirecta, por medio de los particulares, de tal manera que le permita asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Se ha expresado que la Constitución prevé que la función administrativa, siempre al servicio del interés general debe estructurarse con sujeción a los principios expresos de la propia Constitución y mediante la descentralización, desconcentración y delegación. Se ha recordado también que la Constitución enuncia entre las actividades propias de la administración las funciones de inspección vigilancia y control de las más variadas actividades sociales y de los agentes que las desarrollan.

A partir de los textos constitucionales, en especial de los Artículos 150-7, 209 y 210, asiste al legislador la potestad de configuración de la estructura de la administración nacional la cual comporta no solo la posibilidad de determinación de las características de los órganos y entidades que la conforman sino también de las funciones generales de las mismas -salvo naturalmente las previsiones expresas que al respecto haya efectuado la propia Constitución en relación con la suprema autoridad administrativa (Artículo 189), los ministros y los directores de departamentos administrativos, como jefes de la administración (Artículo 208) y algunos órganos y entidades específicos- y de las correspondientes interrelaciones con aplicación de los

principios constitucionales de la función administrativa y de reglas de organización enunciadas en el texto superior y teniendo en cuenta la disposición constitucional sobre integración de la rama ejecutiva del poder público (Artículo 115).

Aunque la reserva de ley parece ser la regla para muchos sectores y mercados, sin embargo la Constitución ha entendido que el ejecutivo puede participar también en la fase de creación normativa de la “regulación”, bien sea a través de sus atribuciones de “reglamentación” de la ley (Artículo 189, 11º) o a través de la “regulación” más dinámica y amplia de ciertos mercados dentro de los parámetros generales establecidos por las llamadas “Leyes Marco” (Artículos 150, 19º y 189, 24º).

Según el artículo 150, al Congreso le compete “expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señale la Constitución” (numeral 8º), y específicamente “expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos” (numeral 23). En concordancia con ello, el Presidente de la República debe “ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos” (art. 189, núm. 22). Atendiendo esa genérica distribución de competencias entre el Legislativo y el Ejecutivo, la Corte ha explicado que “el Congreso fija las directrices de acción en estas áreas [inspección, control y vigilancia] y el Gobierno las desarrolla, las lleva a la práctica”<sup>178</sup>.

Asimismo, teniendo en cuenta que se trata de funciones de naturaleza eminentemente administrativa, el Congreso puede autorizar la delegación o desconcentración mediante la creación de instituciones especializadas, como ocurre con las superintendencias, que en el marco de la estructura de la administración pública cumplen esta clase de funciones, siempre bajo la vigilancia y control del Presidente de la República en su condición de suprema autoridad administrativa.

---

<sup>178</sup> Ver, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-172. Magistrado Ponente: Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. 2014.

Bien se trate de desconcentración o de delegación de funciones, lo que se busca con estas figuras, es el mismo fin: descongestionar los órganos superiores que conforman el aparato administrativo, facilitando y agilizando la gestión de los asuntos administrativos con el objeto de realizar y desarrollar los fines del Estado en beneficio de los administrados, en cumplimiento y desarrollo de los preceptos constitucionales. Destaquemos, con todo, que dados los elementos propios de estos mecanismos para la realización de la función administrativa, la ley regula de manera específica los efectos que asigna a cada uno de ellos, en relación con el régimen propio de los actos objeto de delegación y desconcentración en la administración pública.<sup>179</sup>

Desde este punto de vista de configuración y atribución de funciones, se tiene que el ejercicio de la alta policía administrativa comprende una integralidad (Inspección-Vigilancia y Control) que a su vez comporta la función represiva donde se materializa el verdadero poder del Estado y donde es aplicable la sanción ante la omisión legal a las funciones bien sean administrativas, legales, financieras, técnicas, entre otras, y que le corresponden a aquellos sectores sobre los que se ejerce la supervisión; sanciones que de acuerdo al legislativo pueden estar dadas en una amonestación, multa, suspensión, cancelación y en tratándose de servicios públicos con el objetivo de cumplir con la eficiencia y no interrupción de la prestación, también se aplica la sanción de intervención.

En este aspecto, para algunos es claro que cualquier norma, mandato o disposición de carácter jurídico carece de fuerza vinculante si no estuviera precedida de la intimidación propia de la sanción a quien la quebrantó, esto es lo que se denomina poder de policía del Estado que de alguna manera fija limitaciones a la libertad aplicables por el órgano ejecutivo y de donde subyace la imperatividad del binomio prohibición-sanción como una regla que debe ser mantenida.

---

<sup>179</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-561, Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA. 1999.

En este sentido resulta oportuno transcribir lo señalado por la comentarista Claudia Jiménez Jaramillo<sup>180</sup> respecto de la naturaleza de las facultades de represión administrativa ejercida por los organismos de vigilancia y control, conforme a los pronunciamientos efectuados por nuestras Altas Cortes:

*"En cuanto al fundamento constitucional de la facultad sancionatoria de la administración, la jurisprudencia colombiana habla de "policía administrativa" no sólo en cuanto al orden público clásico protegido normalmente por el juez, sino con respecto a otros órdenes particulares extendidos a todos los sectores sociales (salud, economía, audiovisual), competencia de autoridades administrativas fuertemente especializadas. Esto ha abierto la vía a la represión administrativa moderna, entendida como "un género de actividades de la administración pública en virtud de la cual se regulan las libertades o reglamentan los derechos en general para armonizar su ejercicio con el interés general (...). Surgen así las "policías especiales", a cargo normalmente de superintendencias: así podrá hablarse de policía sanitaria, policía de seguridad privada, policía financiera, etc.". Aquí, la facultad sancionatoria sólo es la manifestación más importante de la misión de vigilancia y control de las autoridades de policía especial.*

*Las Superintendencias son consideradas entonces como organismos de policía administrativa económica, cuya misión es la promoción y el control preventivo y represivo de un sector determinado. El Consejo de Estado, en una jurisprudencia reiterada así lo reconoce (...)<sup>181</sup>.*

Si bien, se menciona como varias leyes le han dado a las Superintendencias potestades regulatorias muy amplias que sobrepasan, por mucho, la noción tradicional de "policía administrativa" o de desempeño de meras funciones de "inspección y vigilancia", lo cual es criticado como violación de la separación de poderes ya que permite que ellas actúen,

---

<sup>180</sup> *Represión administrativa y organismos de vigilancia y control. Análisis de derecho comparado colombo-francés*, en Revista Contexto No. 8, Agosto de 2000, Publicación del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia.

<sup>181</sup> La comentarista se refiere fundamentalmente a la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de diciembre 7 de 1990. Exp. 2463. Magistrado Ponente Jaime Abella Zárate, en la que se reconoce a la Superintendencia Bancaria el carácter de policía administrativa respecto de las entidades financieras. Así mismo, se refiere a que esta entidad en oficio OJ-314 de septiembre 20 de 1984 (Boletín Superbancaria No. 81) se autocalificó de tal.

al mismo tiempo, como “juez” y “parte”; del otro lado, esta consolidación de poderes ha sido ponderada como necesaria en la regulación de mercados complejos y dinámicos donde una excesiva separación de la regulación dejaría impotente al Estado para acompañar a otros actores que resultan altamente sofisticados y estratégicos en su comportamiento (sector privado). La atribución de funciones tan amplias de regulación, que van desde la creación normativa hasta la aplicación sancionatoria y que pudiera entrar en directa confrontación con la separación clásica entre “legislación” y “policía”, tiene cada vez más aceptación en el nuevo derecho administrativo regulatorio.

La figura de las superintendencias en nuestro Estado es la manifestación del ejercicio de la función de policía administrativa, que es desarrollada por autoridades del orden administrativo, que se manifiesta cuando el ejercicio de sus funciones limitan la actividad de los administrados o gobernados con el propósito de mantener el orden público. Esa actividad de limitación, debe estar en íntima relación con aquellos elementos que pretenden evitar los excesos por parte del Estado y de esta manera proteger los bienes jurídicos encomendados.

De allí que el principio de proporcionalidad en las relaciones entre el poder público y los ciudadanos, imponga que los derechos de éstos sólo puedan ser limitados en la medida en que sea imprescindible para proteger los intereses públicos. Así, la proporcionalidad se convierte en el límite de la reacción estatal del *ius puniendi*, por lo tanto no sólo está referida a la sanción o a las medidas cautelares en el proceso, sino a cualquier intromisión del poder público en la esfera privada del ciudadano.<sup>182</sup>

En sentido amplio, la proporcionalidad se interpreta como una necesidad para ponderar los intereses sociales siempre en conflicto de ahí que este precepto sea válido en el derecho público precisamente por ser en éste en el que se encuentra la mayor tensión entre los intereses públicos o estatales y los intereses individuales o privados.

---

<sup>182</sup> [http://www.dniu-uy.com/Ponencias/principio\\_de\\_proporcionalidad.htm#\\_Toc525569175](http://www.dniu-uy.com/Ponencias/principio_de_proporcionalidad.htm#_Toc525569175), Op. Cit. Fecha de consulta 6 de noviembre de 2003, 12: 37 hrs.



En un sentido estricto, una vez que el poder público ha aceptado la idoneidad y la necesidad de un acto y se ha considerado que el sacrificio de los intereses individuales guarda una relación razonable y proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar; nos encontramos ante la proporcionalidad del acto público. Si el sacrificio resulta excesivo, la medida deberá considerarse inadmisibles porque resultaría contraria a la Constitución.<sup>183</sup>

Sobre el principio de proporcionalidad vale la pena resaltar lo que la Corte Constitucional ha escrito:

*“Es claro que una arista del principio de la buena fe es la proporcionalidad en la sanción o prestación impuesta. Es decir, que el de proporcionalidad es también un postulado que informa toda la actividad administrativa y no pretende otra cosa que la adecuación entre medios y fines, entre las medidas utilizadas y las necesidades que se tratan de satisfacer. La Administración en este caso no optó por lo menos restrictivo, sino por lo más gravoso, e impuso una sanción superior a las necesarias para cumplir el fin perseguido, cuál era el de sancionar al oferente por no firmar un contrato, que la misma Administración sabía de antemano que no podía cumplir. Es este un caso paradigmático en el que el juez constitucional debe apelar al principio de la buena fe para evitar los resultados injustos que a veces ocasiona una rigurosa aplicación de la ley. Se ejerció en este caso una potestad administrativa cuando la administración conocía plenamente que el proponente no iba poder cumplir el contrato que le imponía formalizar, lo que constituye una infracción al pluricitado principio.”<sup>184</sup>*

Aunque el principio de proporcionalidad tiene alcances reconocibles en diferentes áreas del derecho administrativo<sup>185</sup>, en materia de derecho administrativo sancionador es particularmente relevante en la medida en que demanda del funcionario un ejercicio cuidadoso de la discrecionalidad en tales eventos. Sin embargo en el 2004, la Corte Constitucional advirtió que en realidad la proporcionalidad debe intervenir en todas las actuaciones de la administración al señalar:

---

<sup>183</sup> Cfr. Ibid

<sup>184</sup> Sentencia T-209 de 2006. Corte Constitucional.

<sup>185</sup> Ver por ejemplo sentencia C-403 de 2010. Corte Constitucional, en la parte de acceso a cargos públicos

*“Se presenta un ejercicio arbitrario de la autoridad pública cuando se impone a una persona una carga desproporcionada o injusta. Existe desproporción en el uso de las competencias constitucionales o legales si es evidente la divergencia entre los fines buscados con el otorgamiento de dicha competencia y los medios empleados para alcanzarlos. En esta medida, la proporcionalidad que debe regir todas las actuaciones del Estado, incluyendo su actividad contractual a través de la cual realiza sus cometidos, está supeditada al principio de justicia material, el cual es de obligatoria observancia en las actuaciones administrativas, pues la función de aplicar el derecho en un caso concreto no es misión exclusiva del Juez, sino también de la administración cuando define situaciones jurídicas o hace prevalecer sus pretensiones frente a un particular en desarrollo de las competencias y prerrogativas que le son propias.”<sup>186</sup>*

En conclusión, la actividad ejercida por las Superintendencias, como todas las actividades del Estado no debe ser ajena a la aplicación de la proporcionalidad en sus decisiones, máxime cuando en dicha actividad se permite un amplio margen de discrecionalidad que obliga al operador administrativo a acudir a mecanismos que permitan alcanzar el mayor índice de justicia material posible.

### **3.3. Caracterización de la gestión discrecional en dos eventos de la actividad administrativa.**

Como quedo brevemente expuesto, las funciones de supervisión en Colombia como manifestación a su vez del ejercicio de funciones de policía administrativa, están en cabeza de distintas autoridades administrativas que en el orden nacional son ejercidas por las Superintendencias y excepcionalmente por los Ministerios, o en otros sectores son ejercidas por organizaciones autónomas, Entes Territoriales, Gobernaciones y Alcaldías Municipales.

---

<sup>186</sup> Ver sentencia T- 677 de 2004. CORTE CONSTITUCIONAL.

Así entonces y con el objeto de contribuir al desarrollo del trabajo propuesto, en el presente apartado se trata de ilustrar como las potestades discrecionales de cada una de las autoridades a quienes se les ha delegado la función de supervisar un sector, se desprenden de disposiciones de orden legal y se desarrollan a través del ejercicio de la potestad discrecional.

Para el caso objeto de estudio, se revisaron las disposiciones normativas que regulan los sectores Financiero, Cooperativo, de Servicios Públicos, de Vigilancia, Educación, Transporte y Salud, proponiendo para el efecto traer a discusión los relacionados con los sectores de Salud y de Educación; de un lado porque son sectores sensibles en el ámbito de las relaciones entre los ciudadanos y la administración pública, debido a que sus decisiones impactan de manera significativa en la protección de derechos fundamentales y para uno de ellos se tiene como característica adicional que es vigilado por una cartera Ministerial, siendo autoridad de regulación y no de control.

De la lectura previa realizada a los sectores seleccionados para este capítulo se identificó que el sector educación tiene la función de supervisión conferida legalmente en disposiciones normativas de rango especial, su función es ejercida por el Ministerio de Educación Nacional, por los Entes Territoriales a través de los Gobernadores y Alcaldes; y de otro lado está el sector Salud cuya función de supervisión corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud, pero a su vez en el caso de algunos vigilados, la función de supervisión es ejercida por los Entes Territoriales y la función es delegada por una ley ordinaria, a excepción de unas facultades de supervisión conferidas a los Entes Territoriales mediante ley especial, permitiendo entonces presentar el siguiente análisis:

a) Sector Educación.

La educación es, sin duda, uno de los más importantes derechos de la niñez y quizás el más importante de los sociales. Aunque no se puede, en sentido estricto, plantear que existan derechos importantes y otros secundarios, la afirmación anterior se funda en el

hecho según el cual es a través de la educación en sus distintas formas y modalidades como el ser humano, biológico o específico, deviene en ser social, en persona, en hombre o mujer, y es a través de ella que adquiere las condiciones y capacidades necesarias para vivir en sociedad. En este sentido, la educación en todas sus manifestaciones es la vía por excelencia de la socialización humana, es decir, la vía de su conversión en un ser social<sup>187</sup>.

En virtud de este grado de importancia social, el Estado se compromete en la garantía del servicio público de educación, dictando políticas y normas generales que regulan la prestación del servicio y las condiciones para su inspección, control y vigilancia. Esta función consiste en autorizar, verificar, hacer seguimiento y evaluar los procesos y actividades de quienes presten el servicio público de educación con el fin de que se cumplan las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias.

Dicha función está en cabeza del Presidente de la República<sup>188</sup> que la ha delegado en el Ministerio de Educación Nacional en materia de educación superior, y le compete al Congreso regular sus alcances en virtud de la cláusula general de competencia legislativa y la reserva legal prevista en la Constitución Política. El Ministerio de Educación Nacional puede imponer sanciones a las instituciones de educación superior y a sus directivos, en ejercicio de la función de inspección y vigilancia, cuando se compruebe el incumplimiento de las normas que regulan la prestación del servicio educativo o deficiencia en la calidad de la educación superior, según lo previsto en la Ley 30 de 1992, las cuales consisten en amonestaciones, multas y suspensión y cancelación de programas y de personería jurídica. A su vez, la Ley General de Educación (Ley 115 de 1994) establece en los términos del artículo 211 de la Constitución Política, que el Presidente de la República también podrá delegar en los gobernadores y alcaldes, a través de las respectivas secretarías de educación o de los organismos que hagan sus veces, el ejercicio de la función de inspección y vigilancia.

---

<sup>187</sup>Unicef, 2000.

<sup>188</sup> ARTICULO 168. Inspección y Vigilancia de la Educación. En cumplimiento de la obligación constitucional, el Estado ejercerá a través del Presidente de la República, la suprema inspección y vigilancia de la Educación y velará por el cumplimiento de sus fines en los términos definidos en la presente ley. Ejecutará esa función a través de un proceso de evaluación y un cuerpo técnico que apoye, fomente y dignifique la educación.

Una característica que se desprende de lo anterior, es que el ejercicio de la facultad de supervisión se ejerce tanto por el nivel nacional como por los entes territoriales y se basa principalmente en las siguientes normas: Constitución Nacional, Ley 30 de 1992, Ley 115 de 1994, Ley 1098 de 2006, Decreto 907 de 1996, Decreto 2247 de 1997, Decreto 3433 de 2008, entre otros. Dichas disposiciones normativas, específicamente las que tienen el rango de Ley, atribuyen a la autoridad administrativa una facultad para vigilar e inspeccionar el servicio público de la educación, con un amplio margen de determinación en cuanto que el mismo cumple una función social acorde con las necesidades e intereses de las personas, de la familia y de la sociedad y este a su vez, se fundamenta en los principios de la Constitución Política sobre el derecho a la educación que tiene toda persona, en las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra y en su carácter de servicio público.

En el caso de la Ley 115 de 1994, se establece que las funciones del Ministerio de Educación son las de: “a. Velar por el cumplimiento de la ley y de los reglamentos sobre educación; b. Asesorar y apoyar a los departamentos, a los distritos y a los municipios en el desarrollo de los procesos curriculares pedagógicos; c. Evaluar en forma permanente la prestación del servicio educativo; d. Fijar los criterios para evaluar el rendimiento escolar de los educandos y para su promoción a niveles superiores, y el Cumplir y hacer cumplir lo establecido por el Escalafón Nacional Docente y por el Estatuto Docente, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley”(Artículo 148 numeral segundo).

Ahora bien, en relación con las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales, respectivamente, esta misma norma dispone que les corresponde la función de regulación de la educación dentro de su jurisdicción en los términos de la Ley 60 de 1993; además dispone que los gobernadores y los alcaldes ejercerán, en relación con la educación, las facultades que la Constitución Política y las leyes les otorgan (Artículo 150º) y señala como funciones: “a) ... velar por la calidad y cobertura de la educación en su respectivo territorio; b. Establecer las políticas, planes y programas departamentales y distritales de educación, de acuerdo con los criterios establecidos por el Ministerio de

Educación Nacional;(…) f. Dirigir y coordinar el control y la evaluación de calidad, de acuerdo con los criterios establecidos por el Ministerio de Educación Nacional y aplicar los ajustes necesarios. (...) j. Aplicar, en concurrencia con los municipios, los incentivos y sanciones a las instituciones educativas, de acuerdo con los resultados de las evaluaciones de calidad y gestión; k. Evaluar el servicio educativo en los municipios;” (Artículo 151, Ley 115 de 1994).

Por su parte, el artículo 6 de la Ley 715 de 2001, complementa el marco de competencias de los Departamentos e indica que a estos les corresponde: “Vigilar la aplicación de la regulación nacional sobre las tarifas de matrículas, pensiones, derechos académicos y otros cobros en los establecimientos educativos” (numeral 6.2.13), de conformidad con la normatividad vigente en los niveles, preescolar, básica y media.

Considerando lo amplio de la ley 115 de 1993 en cuanto a la regulación de la actividad y su supervisión, donde en materia sancionatoria solamente señala en su artículo 168 que: *“El Presidente de la República o su delegado, en ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia, de conformidad con lo establecido en el inciso tercero del artículo 80 de la presente ley podrá aplicar a los establecimientos educativos, previo el correspondiente proceso y cuando encuentre mérito para ello, las sanciones de amonestación pública, suspensión o cancelación del reconocimiento oficial.”* , las cuales serán aplicadas derivado del análisis de los factores establecidos en un sistema de evaluación de la calidad de la enseñanza y a quienes presenten resultados deficientes, el Gobierno Nacional expide el Decreto 907 de 1996, el cual pretende fijar el marco para el ejercicio de la suprema inspección y vigilancia del servicio público educativo en donde estipula la distribución de competencias y un régimen de conductas y sanciones aplicables frente a la prestación del servicio educativo; lo cual es un ejemplo claro de cómo la administración pública materializa los fines del Estado desde una actividad en principio parcialmente reglada al señalar competencia, causales para sancionar, procedimiento aplicable, pero dejando en libertad del operador administrativo verificar el tipo de sanción a imponer de acuerdo con la infracción cometida, de acuerdo con los parámetros de evaluación por ella misma establecidos.

Sin embargo, viendo el régimen sancionatorio allí previsto, la primera dificultad que se encuentra es que el mismo pareciera no tener en cuenta el principio de reserva de Ley, pues la única autoridad a la que se le ha facultado constitucionalmente para expedir reglamentación sancionatoria, es al Congreso de la Republica, a menos que se pudiera interpretar que la expedición de la referida norma es una respuesta al contenido de la Ley 115 de 1994, artículo 151 cuando indica en el literal (j) que corresponde “Aplicar, en concurrencia con los municipios, los incentivos y sanciones...”

Pero más allá de ello, podría pensarse que el interés general que tiende a satisfacerse es el de poder contar con un servicio público de educación con parámetros de calidad, los cuales han sido definidos por el mismo órgano de control administrativo, a fin de lograr la mejor satisfacción de este derecho fundamental; que en este caso reviste una doble connotación en cuanto además de satisfacer un servicio que interesa a todos, es susceptible de amparo constitucional por tener la calidad de ser fundamental.

De esta manera, la legalidad atribuye potestades o facultades de actuación a la Administración y la habilita para su acción (discrecionalidad), de allí que toda acción administrativa es el resultado de un poder atribuido previamente por la ley y por ella delimitado y construido, pero a su vez, el cumplimiento de la norma implica el ejercicio de la función administrativa para la consolidación de los propósitos y finalidades que motivaron la institucionalización del Estado, esto es, la proyección de valores y principios hacia los horizontes que consoliden y justifiquen la existencia del mismo, que en ultimas, no es otro que satisfacer el interés general.

Desde este punto de vista, cobran importancia los límites previstos por el ordenamiento jurídico, que fueron mencionados en apartados anteriores y que pretenden evitar excesos derivados de la aplicación de la norma que permite imponer sanciones de tipo administrativo, a través de la interpretación que de la misma se realice para la mejor

satisfacción de dicho interés general, permitiendo para ello, el uso de la facultad de libre apreciación otorgado a la administración dentro del marco jurídico.

Se deduce igualmente de la exposición anterior, que la autoridad puede llegar a enfrentar un conflicto entre reglas y principios al momento de garantizar el funcionamiento del sistema educativo en condiciones de calidad, pero a su vez necesariamente garantizar el derecho a la educación en las condiciones requeridas; ejemplos que en la práctica propiamente administrativa resultan poco visibles para poder ilustrar un ejercicio de aplicación de proporcionalidad como se quisiera, pero no obstante queda enunciada la discusión para abordarla en otro momento académico.

#### **b) Sector Salud.**

En otro escenario se identifica el marco normativo y su aplicación desde la perspectiva de la supervisión que debe realizar el operador administrativo y que está relacionado con el derecho fundamental de la salud. Así pues, corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud la inspección, vigilancia y control del Sistema General de Seguridad Social en Salud<sup>189</sup> quien tiene dentro de sus objetivos el de solicitar, confirmar y analizar de manera puntual la información que se requiera sobre la situación de los servicios de salud, para advertir, prevenir, orientar, asistir y propender porque las entidades encargadas del servicio de salud, atención al usuario, participación social y demás sujetos de vigilancia, cumplan con las respectivas normas y, de ser el caso, ordenar los correctivos tendientes a la superación de la situación crítica o regular de cualquiera de sus vigilados, y sancionar las actuaciones que se aparten del ordenamiento legal; función que actualmente también ejercen los Entes Territoriales.

Dentro del marco jurídico que respalda las funciones de supervisión en el sector salud se encuentran las siguientes normas: La ley 10 de 1990, la Ley 715 de 2001, Decreto

---

<sup>189</sup> SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. (consultado en internet)  
<http://www.supersalud.gov.co/supersalud/Default.aspx?tabid=38> (10 de septiembre de 2014)



Nacional 1015 del 2002, decreto 1015 de 2002, Decreto 1011 de 2006, Decreto 1018 de 2007, Ley 1122 de 2007, Ley 1438 de 2011, siendo esta última la que consagra, en su título VII, las normas sobre inspección, vigilancia y control, en las que: i) se ordenó la desconcentración de la Superintendencia Nacional de Salud y se le facultó para delegar funciones; ii) se establecieron normas sobre los recursos de la misma; iii) se señalaron las entidades sujetas a la inspección, vigilancia y control integral de la SNS; iv) se prescribieron disposiciones relativas a la intervención forzosa de las entidades vigiladas por parte de la SNS; v) se le otorgaron funciones jurisdiccionales y se le facultó para imponer medidas cautelares y vi) se definieron las reglas y el procedimiento para la aplicación de sanciones.

Esta disposición normativa contempla las sanciones a imponer ante la comisión de alguna de las conductas allí descritas, citando para este caso como ejemplo, lo dispuesto en materia de imposición de multas<sup>190</sup> para las cuales el legislador en su aplicación prevé la dosificación de las mismas considerando los siguientes criterios: “134.1 El grado de culpabilidad. 134.2 La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado, en especial, respecto de personas en debilidad manifiesta o con protección constitucional reforzada. 134.3 Poner en riesgo la vida o la integridad física de la persona. 134.4 En función de la naturaleza del medicamento o dispositivo médico de que se trate, el impacto que la conducta tenga sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud. 134.5 El beneficio obtenido por el infractor con la conducta en caso que este pueda ser estimado. 134.6 El grado de colaboración del infractor con la investigación. 134.7 La reincidencia en la conducta infractora. 134.8 La existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de Seguridad Social en Salud, al régimen de control de precios de medicamentos o dispositivos médicos. 134.9 Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta y los motivos determinantes del comportamiento.” (Artículo 134- Ley 1434 de 2011).

Para el caso del citado artículo 134, el ejercicio de la facultad de discrecionalidad conferida tiene necesariamente varios alcances, pues el operador de la norma debe

---

<sup>190</sup> Ver artículo 130 y s.s. de la Ley 1438 de 2011.

aplicar criterios de racionalidad no solo frente al tipo de vigilado sino también el impacto y trascendencia que causó la conducta en el conglomerado social. El punto en discusión estaría determinado en la forma como se mediría el impacto o el grado de culpa, por ejemplo si se sanciona a una EPS por no conferir en tiempo cita para un usuario, o si se tratara de un paciente que no fue atendido en urgencias e ingreso con una lesión leve frente a aquel paciente que padece cáncer y no se le da una cita; necesariamente hay que decir que terminan siendo subjetivas las sanciones que se impongan así las someta a la aplicación de criterios de ponderación, excepto que se cuente con una reglamentación adicional que permita al operador de la norma tener mínimos y máximos para ponderar la culpabilidad, o para identificar cuando es más grave el impacto social o el impacto a los usuarios ante no conferir una cita de manera prioritaria.

En este caso, se denota como el legislador ha dado un amplio espacio al operador administrativo para que bajo su criterio discrecional, disponga el monto de la multa a imponer, ponderando las situaciones descritas anteriormente, siendo aquí donde la labor interpretativa del operador jurídico debe respetar los criterios de racionalidad, establecidos por el ordenamiento jurídico; esto es que su interpretación debe armonizarse con los requerimientos de coherencia y legalidad que exige la dogmática jurídica.<sup>191</sup>

Ejemplo de aquellas situaciones de las que han sido objeto de sanción algunas entidades hospitalarias, aquellas derivadas del denominado “paseo de la muerte” en donde en algunos pronunciamientos judiciales se ha definido la importancia del interés público allí amenazado y que se protege a través de la imposición de sanciones por parte de la administración, rescatando de ello la valoración en cuanto al tipo de infracción y los criterios para su determinación, tales como la proporcionalidad y la razonabilidad. Da cuenta de ello, entre otras, la sentencia C-564 de 2000, donde la Corte Constitucional se pronunció al respecto en los siguientes términos:

---

<sup>191</sup> OSPINA SEPULVEDA, Rossvelt. Límites Jurídicos y Políticos de la decisión de la administración pública en nuestro sistema constitucional. Universidad de Antioquia, Revista Electrónica. Facultad de Derecho y ciencias Políticas. Septiembre- Diciembre de 2009.

*“el derecho administrativo, a diferencia de lo que sucede en el derecho penal, suele no establecer una sanción para cada una de las infracciones administrativas que se presente, sino que se opta por establecer clasificaciones más o menos generales en las que puedan quedar subsumidos los diferentes tipos de infracciones. Para el efecto, el legislador señala unos criterios que han de ser atendidos por los funcionarios encargados de imponer la respectiva sanción, criterios que tocan, entre otros, con la proporcionalidad y razonabilidad que debe presentarse entre la conducta o hecho que se sanciona y la sanción que pueda imponerse, lo que le permite tanto al administrado como al funcionario competente para su imposición, tener un marco de referencia cierto para la determinación de la sanción en un caso concreto”.*

Igualmente y sobre tal flexibilidad de las reglas en el procedimiento administrativo, con ocasión del estudio de la constitucionalidad de Decreto Ley 1259 de 1994, por el cual se reestructuró la Superintendencia Nacional de Salud, la Corte Constitucional en pronunciamiento efectuado en la Sentencia C- 921 de 2001, precisó lo siguiente:

*“Si a los sujetos a la vigilancia y control de la Superintendencia de Salud se les imponen unos deberes y obligaciones por parte de esa entidad con el único fin de lograr la eficiencia, calidad, oportunidad y permanencia en la prestación del servicio público de salud, resulta apenas obvio, que se le autorice a esa misma entidad para imponer sanciones de naturaleza administrativa a quienes no cumplan sus mandatos, como medio de coerción ideado por el legislador, que se muestra razonable y proporcionado para ese fin.*

(...)

*La potestad sancionatoria de la administración debe siempre desarrollarse con total respeto del ordenamiento supremo y, por ende, de los derechos fundamentales del implicado. De esta manera la sanción que se imponga debe ser la consecuencia de un proceso recto, transparente, imparcial en el que se haya demostrado plenamente la comisión de la falta y se haya garantizado el pleno y efectivo ejercicio del derecho de*

*defensa, de contradicción, de impugnación, por parte del implicado, y todos los demás que rigen el debido proceso.*

(...)

*En este orden de ideas, la Superintendencia Nacional de Salud está obligada a garantizar el debido proceso al ejercer la potestad sancionatoria, no sólo porque la norma demandada así lo consagra al señalar que debe solicitar previamente explicaciones a los representantes de las instituciones investigadas, administradores, empleados o revisor fiscal de las mismas, sino porque la Constitución así lo impone (art. 29). Sin embargo, debe aclarar la Corte en este punto, que no se trata solamente de pedir explicaciones, sino de adelantar un procedimiento en el que se de oportunidad al implicado de ejercer su defensa y de impugnar las decisiones que se dicten en su contra, como de ejercer los demás derechos que integran el debido proceso”.*

Es dable decir entonces que la naturaleza implícita y explícita del principio de proporcionalidad nos obliga a contar con él en todas las esferas de actuación administrativa discrecional, de forma que su aplicación resulta obligatoria a la hora de poner en marcha cualquier tipo de actividad administrativa. Sea cual sea la decisión que se adopte, la no infracción de la garantía del debido proceso exige la plena motivación de la decisión y el no atender los criterios especiales o generales definidos por la Ley, supone una afectación del debido proceso y al principio de proporcionalidad.

Por otra parte, quizás una de las discusiones que puede plantearse en materia de aplicación de sanciones en este campo, es el relativo a la competencia de la autoridad administrativa para su imposición, especialmente en lo que corresponde a los entes territoriales, por cuanto la ley 715 de 2001 por la cual fueron dictadas normas orgánicas en materia de recursos y competencias, de manera expresa definió las facultades en materia de inspección, vigilancia y control, encargándose al atribuirle a las entidades territoriales del orden Departamental, Distrital y municipal, la labor de dirección,

coordinación y vigilancia del sector salud en el territorio de su jurisdicción. Son entonces las Secretarías de Salud del Nivel Departamental y Distrital, las entidades, que de forma legítima, ejercen el mando del Sistema en su territorio, lo que implica la labor de materializar los fines del servicio público de la salud, calificado como esencial, por la honorable Corte Constitucional.

Este aspecto puede llevar a preguntarse sobre los elementos reglados de la facultad discrecional que de allí se desprende, especialmente en lo que corresponde a la determinación de la competencia para actuar y la extensión de la misma. Sin embargo es aquí donde entra a jugar la figura de la desconcentración y la delegación de funciones en donde encontramos que para este caso, se limita su competencia al conocimiento de la primera instancia de los procesos que se adelanten a las entidades e instituciones que presten sus servicios dentro del territorio de su competencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 118 y de esta manera completar el marco reglado de la facultad discrecional que en materia de sanciones se puede desprender.

En el ámbito de las sanciones administrativas, la colisión o dualidad de la competencia sancionatoria pudiera traer consigo la falta de criterio en la aplicación de esta, lo cual puede generar en consecuencia, vacíos de información sobre este principio, y especialmente cuando los distintos organismos administrativos en materia de seguridad y salud, ejercieran de forma simultánea o concurrente su competencia sancionatoria, pues atentaría contra los preceptos establecidos en los principios del derecho, pudiendo generar además inseguridad jurídica.

La competencia sancionatoria se le adjudica a los órganos administrativos designados por ley para ejecutar tales actividades. Esta competencia ha sido considerada por Marienhoff como una potestad de los órganos administrativos del Estado, que define la atribución de los mismos para imponer las sanciones a los ciudadanos por la comisión de actos contrarios a lo establecido en las leyes.

Sobre este tema de distribución y reasignación de competencias de la Superintendencia Nacional de Salud, se pronunció el Consejo de Estado precisando que: *“las funciones sancionatorias de la Superintendencia Nacional de Salud no estaban radicadas en cabeza del Superintendente como representante legal de la entidad, sino de la entidad en general (...)”*, aclarando que la norma le permite distribuir competencias dentro de las distintas dependencias sin que requiera de una norma expresa que lo faculte por cuanto ya existe la facultad general conferida en el Decreto 1259 de 1994, siendo esta una expresión de la facultad señalada en el artículo 209 de la Constitución.<sup>192</sup>

Vale la pena concluir señalando que en estos eventos, el principio de proporcionalidad en las relaciones entre el poder público y los ciudadanos se traduce en la exigencia de que cualquier limitación introducida por aquél a los derechos de éstos o, en general, al ámbito de libre autodeterminación del individuo, sólo puede ser posible en cuanto resulte estrictamente imprescindible para la salvaguarda o consecución del interés público en virtud del cual la medida en cuestión es adoptada. O, del mismo modo, simplemente se afirma que una determinada decisión administrativa es proporcionada cuando se da la relación de adecuación entre medios elegidos y fines perseguidos, además de una relación de equilibrio entre los diferentes intereses puestos en juego.

---

<sup>192</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION PRIMERA. Consejera ponente MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO. Bogotá, D.C., diecisiete (17) de Julio de dos mil catorce (2014). Radicación número: 47001-23-31-000-2006-00829-01







## **4. Conclusiones y recomendaciones**

### **4.1 Conclusiones**

La potestad administrativa contempla unos fines a cumplir por la administración y su función no consiste únicamente en justificar la actuación de ésta, sino también permitir el ejercicio de un control para asegurar su cumplimiento. En este aspecto, se ha dejado señalado que toda competencia se encuentra sometida a la extensión de la potestad que la origina y al fin que se incorpora dentro de la misma. El fin que caracteriza dicha potestad debe realizarse o satisfacerse en el título legal que contempla dicha atribución (por ejemplo los fines del Estado y los propios de la función administrativa contemplados en nuestra legislación), que en nuestro caso resulta ser la satisfacción del interés general, el cual puede ser considerado como el fin último de la actividad administrativa.

El principio de legalidad se manifiesta en todos los ámbitos de la administración y las potestades que se han dejado señaladas, responden a la dinámica aplicativa de este principio de tal manera que todo ejercicio de una potestad administrativa, resulta ser consecuencia lógica del principio de legalidad, entendido este en el sentido amplio de respeto al ordenamiento jurídico. En nuestro caso, la función administrativa se mueve por tradición en un irrestricto apego al principio de legalidad con el fin de dar seguridad al ordenamiento jurídico y a los administrados, no obstante incorpora normas que dejan a criterio del operador administrativo la mejor manera de su satisfacción, otorgando para ello facultades discrecionales frente a las cuales se le han definido ciertos límites con el fin de no llevar la decisión a otro plano, como el de la arbitrariedad.

Es evidente, que el concepto de discrecionalidad domina el quehacer de la administración pública en las prácticas y discursos de su organización y funcionamiento, siendo su expresión más visible, el de ser un dispositivo cargado de poder y de opciones

implícitas en el derecho administrativo, en la medida que se impone una definición desde lo constitucional y legal, como aquella manera de cómo objetivar los fines del Estado, mediante una serie de procedimientos, instrumentos, recursos, etc., para hacer más eficaz este cumplimiento.

El problema del control de la discrecionalidad administrativa toca alguna de las cuerdas más profundas del Estado de Derecho actual. Si sociológicamente la existencia de potestades discrecionales es una realidad necesaria, desde el punto de vista del deber ser su control jurídico resulta un objetivo, y ambos extremos deben ser coordinados so pena de lograr un Estado legal pero ineficaz, o una eficacia arbitraria. En este marco, el problema de la sustitución de las decisiones de la Administración por parte del Juez constituye uno de los puntos centrales del debate actual, basado más que nada en una diferente visión del papel que el Derecho juega en la configuración del orden social y de hasta dónde llega su regulación. Mientras para algunos, la solución a una opción concreta entrará dentro de la razonabilidad jurídica y como tal será controlable por los jueces, para otros será cuestión de oportunidad política y será una atribución exclusiva de la Administración.

El derecho administrativo no se despoja de su vocación directiva ni siquiera cuando renuncia a la programación de la actuación administrativa a través de reglas, esto es, de programas condicionales que anudan el ejercicio de potestades administrativas bien caracterizadas a la concurrencia de un determinado presupuesto de hecho configurado normativamente del modo más detallado posible. Tampoco en estos casos renuncia el Derecho administrativo a su función directiva. Lo que ocurre es que esa dirección va a articularse normativamente a través de principios o mandatos de optimización, esto es, de programas finales que la Administración está obligada a actualizar en la medida de lo fáctica y jurídicamente posible y cuya toma en consideración impide considerar estos espacios como no regulados por el Derecho.

Para la aplicación de decisiones de carácter sancionatorio adoptadas por la administración es posible la aplicación de reglas y de principios. En el nuevo contexto de

Estado, la administración pública no se concibe como un ente que aplica mecánicamente la ley del parlamento, sino como un ente dinámico que adopta sus decisiones en torno a la consecución de la justicia material.

La diferencia entre reglas y principios, aunque al parecer sólo es de grado, permite establecer para la administración pública una metodología de análisis tendiente a escoger la regla o principio de mayor peso y relevancia: la ponderación. Asimismo, la administración pública deberá en la elección de la decisión a su cargo, establecer la proporcionalidad de la misma.

Es en este aspecto donde se deberá desplegar la actividad discrecional de la administración, ya que en los conflictos de principios y reglas permite elegir la opción que en consonancia con los elementos basilares que rigen el Estado y los propósitos de la administración. Se evita con ello contaminar a las decisiones de aspectos subjetivos propios del operador administrativo que se pueden derivar de una absoluta discrecionalidad, para dar campo a una decisión objetiva.

La ponderación así vista ofrece un nuevo punto de vista sobre la acción de la administración, pues el principio de legalidad refiere no sólo la aplicación estática de la norma, sino la aplicación del bloque de derecho aplicable en un contexto más abierto a la interpretación de los derechos y principios en juego y el análisis de la real naturaleza del asunto a tratar.

Así visto, el principio de legalidad y la actividad discrecional encuentran una nueva dimensión en la ponderación, pues estas dos categorías se diluyen en la actividad interpretativa si se tiene en cuenta que el máximo parámetro de aplicación del derecho, no es solamente la ley sino todo el bloque de juridicidad de principios y reglas.

La distinción entre la actividad reglada y la actividad discrecional bien puede funcionar en un modelo de interpretación de corte logicista; pero en un modelo ponderativo, permitido por el ordenamiento jurídico en la labor sancionatoria de la administración, dicha distinción pierde sus principales fundamentos, pues toda interpretación se remitiría a la misma fuente del derecho como un todo.

El principio de proporcionalidad, en cuanto a instrumento para el control de la actuación discrecional de la administración, deberá aplicarse a la luz de una teoría de la argumentación, con el objetivo de obtener la solución más racional posible, especialmente en aquellos casos en los cuales el interés general ofrezca un sin número de posibilidades para su satisfacción y pueda entrar en conflicto con otros principios.

## **4.2 Recomendaciones**

El presente escenario de investigación ha permitido que dos sistemas del conocimiento jurídico – uno teórico y otro dogmático- entren en un nuevo dialogo cuyo discurso e interacción permite que a través del primero (la teoría) se pueda abordar o explorar su materialización en los diferentes campos del derecho, tal y como quedo aquí expuesto con una aproximación desde lo administrativo. Esto último, apenas deja abierta la puerta de discusión para realizar estudios prácticos o ejercicios dogmáticos más profundos frente a la aplicación de herramientas hermenéuticas como la proporcionalidad y la ponderación, en los diferentes niveles y manifestaciones de la actividad administrativa, incluso en el amplio campo de las facultades de inspección, vigilancia y control que se ha tratado de dejar aquí apenas planteado.

## Bibliografía

AARNIO, A., Lo racional como lo razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica, E. Garzón Váldez (trad.) Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

AARNIO, Aulis, GARZÓN VALDÉS, Ernesto y UUSITALO, Jyrki, *La normatividad del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997. ACKERMANN, Bruce. Et al., *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALCHOURRÓN, Carlos Eduardo, BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 2006.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2002.

- *Teoría de la argumentación jurídica* (1978), trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

AGUILLON MAYORGA, Ximena Piedad. La discrecionalidad de la administración pública. Tesis Universidad Nacional de Colombia. 2004.

ALESSI, Renato. Instituciones de Derecho Administrativo traducción española, Barcelona, Bosch Casa editorial, Tomo I. 1970.

ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BACIGALUPO, Mariano, La discrecionalidad administrativa, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. 1997.

BALADÍES ROJO Margarita. "La vinculación de la administración al derecho", en RAP, n.º 153, septiembre-diciembre de 2000.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. Discrecionalidad Administrativa y constitución. Tecnos.

BREWER-CARÍAS, Allan R., "Sobre los límites al ejercicio del poder discrecional", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Mariano R. Brito*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008,

BOQUERA OLIVER, José María. Derecho Administrativo. Volumen I. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1979.

BRITO RUIZ, Fernando. La función pública y el derecho disciplinario. 2002.

CALVO SOLER, Raúl, *Uso de normas jurídicas y toma de decisiones*, Barcelona, Gedisa, 2003.

CANOSA, Armando N., “El debido proceso adjetivo en el procedimiento administrativo”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Procedimiento y Proceso Administrativo*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

CARACCIOLO, Ricardo, *El Sistema Jurídico. Problemas Actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

CASSAGNE, Juan Carlos, Perspectivas de la justicia contencioso-administrativa argentina en el siglo XXI » en *Estudios de Derecho Administrativo*, T° X, Diké, Mendoza, 2004.

CASSAGNE, Juan Carlos. Los principios generales del derecho en el derecho administrativo. Derecho administrativo Argentina LEMB. 111 p.

CASSAGNE, El principio de la legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Marcial Pons, Bs. As., Madrid, Barcelona, 2009.

COMANDUCCI, Paolo, *Análisis y Derecho*, Mexico, Fontamara, 2004. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988.

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, Sala Administrativa. Actividad judicial en Colombia 1993-1994.

DROMI, José Roberto. Manual de Derecho Administrativo. Tomo 2. Ed. Astrea. Buenos Aires.1987.

FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio. Teoría del Estado y del Derecho. Teoría del Derecho. Editorial Félix Varela. La Habana, 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo I. Editorial Civitas, S. A. Madrid, 1994.

GARCIA Figueroa, Alfonso, Teoría de la argumentación y teoría del derecho. En Revista de Ciencias Sociales, Valparaíso, Chile.

GUASTINI, Ricardo, *Distinguiendo*, Barcelona, Gedisa, 1999. LOSANO, Mario, *La informática y el análisis de los procedimientos jurídicos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

HART. H, *El concepto del Derecho*, G, Garrió (trad.), México, Editora Nacional, 1980.

JIMÉNEZ GIL, William. Tesis Maestría en Derecho. Universidad Nacional de Colombia. Octubre de 2004.

LINARES QUINTANA, S. V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional. Parte Especial*. Editorial Alfa. Buenos Aires, 1956.

LÓPEZ ÁLVAREZ, Valentín. *La discrecionalidad administrativa*. Revista Cubana de Derecho. Enero - junio 2000. No. 15.

MANASSERO, María de los Ángeles, *De la argumentación al Derecho razonable*, Navarra, Eunsa, 2001.

MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T° I, 4ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 673 y ss.

MARÍN HERNANDEZ, Hugo Alberto. *Discrecionalidad Administrativa*. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Colombia. 2007.

MENDONEA, Daniel, *Introducción al análisis normativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

MORESO José Juan, NAVARRO, Pablo Eugenio, *Orden jurídico y Sistema jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

NAVARRO, Pablo Eugenio, REDONDO, María Cristina, *La relevancia del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 2002.

NIETO GARCIA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2ed., 1994. Edit. Tecnos Madrid. S.A.

OSSA ARBELÁEZ, Jaime, *Derecho administrativo Sancionador*. Primera Edición. Legis. 2000.

PARADA, Ramón: *Derecho Administrativo. Parte General*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 1997.

PAREJO, Luciano. Manual de derecho administrativo. 2ª Ed. Barcelona: Editorial Ariel S.A. 1992.

PERAZA CHAPEAU, José. Selección de Lecturas de Derecho Constitucional. Universidad de La Habana. Facultad de Derecho. Ciudad de La Habana, 1985.

PECZENIK, Alexander. "Los Principios Jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero." *Doxa* 12.1992.

PERELMAN, Chaim, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Tratado de la argumentación*, Madrid, Gredos, 2006. RAZ, Joseph, *La ética en el ámbito público*, Barcelona, Gedisa, 2001.

PERRINO, Pablo E., "El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia contencioso-administrativa", *Revista de Derecho Público, Proceso Administrativo I*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003.

POZO CHAMORRO, Jaime. Discrecionalidad administrativa. Artículo en internet.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre Principios y Normas. Problemas de razonamiento jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales, *Cuadernos y Debates*. Madrid, 1992.

RONDÓN DE SAN SO, Hildegard, *Teoría General de la actividad educativa*. 1981 (Central).

SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976.

SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de Derecho Constitucional*, 3º ed., Kapelusz, Buenos Aires, 1958, p. 39.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Acto administrativo: procedimiento, eficacia y validez*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991.

SIERRA Consuelo, *Discrecionalidad administrativa*, en "Acto Administrativo", Tucuman Unsta, 1982, Cap. IV. Pg. 99.

SESÍN, Domingo, *Administración pública, actividad reglada,...*, cit., ps. 34-37, ABERASTURY, Pedro, *La justicia administrativa*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 37 y ss.



ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1994.

SAUCA, José María, *Cuestiones lógicas en la derogación de las normas*, Mexico. D.F., Fontamara, 2001.

SUMMERS, Robert, *La naturaleza formal del Derecho*, Mexico. D.F., Fontamara, 2001.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA, concepto No. 2000023915-3. Noviembre 15 de 2000.

UPRIMNY, Rodrigo, RODRIGUEZ, Andres Abel, “*El ámbito de la interpretación judicial*”. *Ensayo*, en Interpretación Judicial, Módulo de Autoformación, 2006, Segunda Edición.

WALLACE, Jay, *Cómo argumentar sobre la razón práctica*, Mexico D.F., Instituto de investigaciones filosóficas, 2006.

WRIGHT Henrik von, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Editorial Tecnos, 1979.

WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Sentido y hecho en el Derecho*, Mexico D.F., Fontamara, 2003.

#### JURISPRUDENCIA:

##### CORTE CONSTITUCIONAL

- Sentencia T-46 de 1992.
- Sentencia C-734 de 2000.
- Sentencia T-581 de 1992.
- Sentencia C-214 de 1994.
- Sentencia C-818 de 2005
- Sentencia C-1161 de 2000.
- Sentencia C-1112 de 2000.
- Sentencia T-438 de 1992.
- Sentencias T-242 de 1999.
- Sentencia T-492 de 2002.
- Sentencia C-406 de 2004.
- Sentencia C-860 de 2006.
- Sentencia C-739 de 2000.
- Sentencia C-507 de 2006.

## CONSEJO DE ESTADO

- Sala de lo Contencioso Administrativo, radicación 3887. Exp. 4247 de 10 de junio de 1990.
- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta. Exp. 2463. de 7 de diciembre de 1990. Magistrado Ponente Jaime Abella Zárate.
- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Rad. 8971 del 5 de marzo de 1999.
- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Exp. A-037 de 21 de agosto de 1991.
- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera, Rad. 6502 de 28 de junio de 2001.