



**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO  
VICERRECTORADO ACADÉMICO  
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO  
ÁREA DE DERECHO  
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**TRABAJO DE GRADO**

**EL PRINCIPIO GENERAL DE PROPORCIONALIDAD COMO  
LÍMITE DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA**

**Presentado por  
Ramsis Ghazzaoui Piña**

**Para optar al Título de  
Magíster en Derecho Administrativo**

**Tutor  
Gustavo E. Briceño V.**

**Caracas, 15 de Febrero de 2012**

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO**  
**DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO**  
**ÁREA DE DERECHO**  
**MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**ACEPTACIÓN DEL TUTOR**

Por medio de la presente hago constar que he leído el Trabajo de Grado intitulado **“El principio general de proporcionalidad como límite de la discrecionalidad administrativa”**, presentado por el ciudadano Abogado **Ramsis Ghazzaoui Piña**, para optar al grado de Magíster en Derecho Administrativo, aprobándolo para su presentación, evaluación y defensa.

Atentamente,

Gustavo Eduardo Briceño Vivas  
C.I. 3.665.011

# ÍNDICE

<b>Introducción.....</b>	<b>6</b>
--------------------------	----------

<b>Capítulo I: La naturaleza de los principios generales del derecho y su influencia en el ejercicio de la actividad administrativa discrecional.....</b>	<b>10</b>
---	-----------

1.1 Concepto y valor jurídico.....	10
------------------------------------	----

1.2 Conflictos entre principios.....	15
--------------------------------------	----

1.3 De su uso como técnica de limitación y reducción de las actuaciones discrecionales de la Administración.....	39
--	----

<b>Capítulo II: Elementos que conforman y delimitan el principio de proporcionalidad, ámbito de aplicación y su construcción como principio esencial de la justicia administrativa.....</b>	<b>61</b>
---	-----------

2.1 El principio de proporcionalidad como principio jurídico, y sus consecuencias.....	61
--	----

2.2 La necesidad de una teoría de la argumentación en su aplicación.....	63
--	----

2.3 Extensión. Objeto del control de proporcionalidad.....	66
--	----

2.4 Actividades administrativas lesivas sometidas a control de proporcionalidad.....	74
--	----

**Capítulo III: Contenido y estructura del principio de proporcionalidad como instrumento de control de la discrecionalidad administrativa.....88**

3.1 El fin como canon del control.....	88
--	----

3.2 Los medios como objeto del control.....	92
---	----

3.3 Contenido del control. El triple test de proporcionalidad....	95
---	----

**Capítulo IV: Consecuencias de la aplicación del principio de proporcionalidad como técnica de control de la discrecionalidad administrativa. Tendencias jurisprudenciales.....114**

4.1 La naturaleza principal de la proporcionalidad. La ordenación de la argumentación y la función justificativa de la proporcionalidad.....	114
--	-----

4.2 El control de proporcionalidad por parte de los órganos jurisdiccionales. Tendencias jurisprudenciales en Venezuela.....	117
--	-----

<b>Conclusiones.....</b>	<b>135</b>
--------------------------	------------

<b>Referencias bibliográficas.....</b>	<b>139</b>
--	------------

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO  
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO  
ÁREA DE DERECHO  
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**EL PRINCIPIO GENERAL DE PROPORCIONALIDAD COMO LÍMITE DE  
LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA**

Autor: Ramsis Ghazzaoui Piña  
Tutor: Gustavo Briceño Vivas  
Febrero, 2012

**RESUMEN**

A la Administración Pública le son otorgadas potestades para su actuación; dentro de éstas se encuentran las de carácter discrecional; ella, a su vez debe actuar dentro de ciertos límites o parámetros establecidos genéricamente en el artículo 141 de la Constitución Nacional; sin embargo, estos límites o parámetros de actuación administrativa, se erigen como bases para el control judicial de la discrecionalidad de la administración en su actuación, de donde se deriva una técnica a ser utilizada por los organismos jurisdiccionales, esto es, el control de proporcionalidad de la actividad discrecional de la Administración. El principio de proporcionalidad aporta - más allá de pura moralidad- juridicidad, por lo que lo sitúa en el terreno del sometimiento de la Administración al Derecho y, por tanto, y en última instancia, de sujeción de la Administración al control judicial. La estructuración, manejo y aplicación del principio general de proporcionalidad, permitirá determinar que el principio constituye un mecanismo de control judicial de la actividad administrativa discrecional.

Descriptores: Actividad Administrativa, Principio de Legalidad, Discrecionalidad, Control Judicial, Proporcionalidad, Adecuación, y Finalidad.

## INTRODUCCIÓN

La autoridad administrativa tiene la libertad de escoger, entre varias posibles soluciones, la que considere más favorable. Es así como, por ejemplo, las autoridades sanitarias, tienen el poder discrecional de actuar libremente, conforme a una regla de derecho previamente establecida que le otorga esta potestad, en la toma de medidas tendentes a evitar la propagación de las enfermedades contagiosas, para garantizar el orden público sanitario.

La Administración Pública, a pesar de que debe actuar conforme al principio de legalidad (Artículo 137 CRBV), conserva un mínimo de facultades discrecionales, aunque solo sea para la elección del momento, es decir, la libertad de apreciar, según las necesidades de servicio, cuándo podrá adoptar una decisión, siempre y cuando haya una norma que indique el momento en que debe hacerlo; sin embargo, el maestro francés Hauriou (2003), fue el primero en combatir la categoría de los actos discrecionales, señalando que todos éstos encierran un poder discrecional, por lo que resulta importante reconocer que la Administración no haya excedido sus poderes.

Aunque la Administración Pública disponga de un amplio poder discrecional, no escapan al control de la legalidad los actos administrativos dictados en ejercicio de este poder, porque éstos pueden ser ilegales, ya sea por incompetencia del órgano que los dicta, por vicios de forma, por inexistencia de los motivos alegados, por desviación de poder, entre otras razones.

Con el objeto de controlar las potestades discrecionales de la Administración, la doctrina y la jurisprudencia han delineado una serie de técnicas o métodos de control de su ejercicio, entre ellos, la adecuación de estas decisiones a los más básicos principios generales del derecho.

El artículo 4 del Código Civil establece el valor jurídico que tienen los principios generales del Derecho en nuestro ordenamiento, otorgándole si se quiere, una última aplicación como fuente para cada caso concreto. Sin embargo, Leguina (1987) ha indicado que los principios generales del Derecho no limitan su campo de acción a una función normativa subsidiaria, por lo que deben ofrecer juicios para dar solución a cualquier cuestión relacionada con el Derecho.

La casi generalidad de la doctrina ha destacado, en concordancia con lo antes expuesto, tres funciones básicas de estos principios: en primer lugar, como fuente supletoria de la ley; en segundo término, como elemento de interpretación y/o informador de las normas jurídicas; y, por último, se ha subrayado su papel como prescripción de comportamiento para un determinado valor contenido en el principio. Beladiez (1994) añade, a estas tres funciones (a las que considera como ámbitos de aplicación de una misma función: su función como fuente de Derecho), una cuarta función, la de justiciabilidad directa de los principios, en virtud de la que, a juicio de la autora, se permite recurrir a cualquier norma o acto jurídico concreto dictado, desconociendo el valor jurídico insertado en el principio. Es aquí, en esta función, donde el principio general de proporcionalidad que estudiamos se enmarca, como instrumento de medida y control de actos discrecionales de la administración.

El principio de proporcionalidad, escribía Braibant, no es sino la aplicación a la Administración de una regla de sentido común (Muñoz, 2006). El principio de la proporcionalidad aporta algo más que pura moralidad; lo que nos sitúa en el terreno del sometimiento de la Administración al Derecho (principio de juridicidad) y, por tanto y en última instancia, de sujeción de la Administración al control judicial. Es una especie de “sentido común” exigible a toda la actividad de la Administración, y que no deja de ser un principio jurídico aplicable, en última instancia, por el órgano judicial.

A partir de ésta última premisa, es el artículo 141 de la Constitución de 1999, que establece los altos principios que deben regir la conducta de la administración, *con sometimiento pleno a la ley y al derecho*, lo que revela la sujeción de los órganos administrativos al ordenamiento jurídico y no solo a la ley, es decir, a todo el derecho en general (bloque de la constitucionalidad y legalidad), para de esa manera postular, que los principios generales del Derecho están comprendidos en la parte *in fine* del citado artículo 141 de la CRBV. Es este argumento, el que permite inferir la aplicación de los principios generales del Derecho (incluido el de proporcionalidad) como mecanismo para el control de la actividad administrativa.

En este estudio consideraremos los principios generales del derecho, específicamente, el principio de proporcionalidad como límite de la actividad discrecional de la Administración, y como mecanismo o técnica de control judicial de la misma.

Lo que distingue a estos principios es el hecho de que se trata de normas abiertas, con carácter general y con marcado sentido de valores de justicia. Se analizará su fundamentación y naturaleza jurídica en el entorno venezolano, y trataremos de establecer su valor jurídico en el mismo.

Para cumplir con este análisis, se intentará dar respuesta a lo siguiente: ¿Cómo opera el principio de proporcionalidad en la actuación discrecional de la administración? Tal principio, ¿es un límite a la discrecionalidad administrativa?; ¿se diferencia en algo de la llamada razonabilidad y racionabilidad de la actividad discrecional, o esta incluido en ella?; su aplicación y manejo en el control judicial de actos discrecionales, ¿constituye un exceso del órgano jurisdiccional en sus potestades de revisión de los actos discrecionales de la Administración? Por último, la aplicación del llamado “test de proporcionalidad” en el control judicial de estos actos,

¿incide realmente en el ejercicio de poderes discrecionales, o mas bien en el ejercicio de competencias regladas, como lo es el caso de los conceptos jurídicos indeterminados?

Para contestar estas interrogantes, profundizaremos en las diversas posiciones doctrinales, tanto en el derecho comparado como en la doctrina patria; así como en el tratamiento jurisprudencial que se le ha dado a estos tópicos.

Se indicará, a manera de reflexión, comentarios y opiniones propias acerca del tema, que, principalmente, aboga por el establecimiento, uso y aplicación -en nuestro país (en la jurisprudencia administrativa y constitucional)- de las técnicas para el control de la proporcionalidad de las decisiones discrecionales de la administración y globalmente de los principios generales del derecho, para lograr el sometimiento de la Administración al derecho, la interdicción de la arbitrariedad de la administración, y “ganar” -lo que denominó García de Enterría (2004)- “la lucha contra las inmunidades del poder”, que buena falta hace en nuestro país.

## **CAPÍTULO I**

### **LA NATURALEZA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y SU INFLUENCIA EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DISCRECIONAL**

#### **1.1 Concepto y valor jurídico**

El concepto de principios generales del derecho se elabora en el derecho Italiano, apareciendo por primera vez reconocidos en el derecho positivo, en el Código Civil italiano de 1865. Su formación más acabada la podemos encontrar en Esser, en el campo del derecho privado. Para este autor, los principios tienen un ciclo vital, surgen porque la sociedad, en un momento determinado, considera importante valorar ciertas posibilidades en torno al derecho, y decaen cuando esos valores pierden importancia en la sociedad.

Hay dos concepciones básicas de los principios generales del Derecho: por una parte, están los que consideran que éstos son una manifestación del Derecho natural, como verdades jurídicas incontrovertibles y universales, y, por otra, los que afirman eso que una concepción orgánica de los principios, y que consiste en verlos en el propio ordenamiento.

La formación de un principio depende de los elementos con los que un juez cuente a la hora de dictar una sentencia, y de su necesidad de recurrir a todo tipo de elementos para resolver el litigio y, así, los principios se originan en esa fase de la interpretación del Derecho. La función que cumplen los principios en un ordenamiento jurídico, va unida a la idea de una reactualización permanente de los valores que la sociedad comparte. Los principios como inspiradores de un ordenamiento jurídico, sustentadores de

ese ordenamiento, actualizan de manera permanente y constante ese ordenamiento, manteniendo su identidad.

La mutabilidad de los principios no es más que la consecuencia del carácter dinámica de la sociedad. Resulta importante ver los principios como una manifestación de ese dinamismo social, que será más o menos perceptible en función de la sensibilidad que tengan los operadores jurídicos para reflejar los cambios sociales de la propia estructura social. De esta manera, cuando los jueces van a aplicar un principio, se ven condicionados por el ordenamiento, pero en un doble sentido, por lo que el ordenamiento les facilita, o por sus carencias. Cuando no se enmarca el supuesto presentado en la ley, el juez ha de indagar en los principios para extraer alguna posibilidad de razonamiento que le haga resolver conforme al Derecho.

Los principios no cumplen una única función dentro del sistema jurídico; las funciones que pueden cubrir varían desde múltiples posiciones en las que éstos están comprendidos. El recurso a los principios en la aplicación del Derecho depende del orden jurisdiccional en el que hayan de ser aplicados, y de su pertinencia al caso; en pocas palabras, serán aplicables en distintas funciones dependiendo de las exigencias del Derecho, en un caso específico.

No todos los principios operan de igual forma, por lo que no todos responden a una misma estructura. Algunos no tienen reconocimiento constitucional, y operan en sectores como el de la buena fe, el de la economía procesal y el de la odiosa restricción de los derechos; otros, son específicos de determinados sectores del ordenamiento, como el de legalidad de los tributos y el de fijeza laboral.

La necesidad de ponderar los principios con las normas, determina una cierta ordenación de éstos, de tal manera que la utilización de un principio a favor de una de las partes, puede ocasionar, en la otra parte, la restricción de su Derecho. Villar (1975) establece relaciones de jerarquización entre los principios (a los que llama “subordinandos”, o “subprincipios”), ya que algunos conllevan la existencias de otros, de modo que al suprimir uno, el otro no tendrá sentido.

Los principios pueden no estar integrados en normas independientes, pero esto no significa que no sean fuente del derecho, y que no sean normas jurídicas. Sin duda, un ordenamiento construido sólo en relación a principios, afectaría a la seguridad jurídica y a otros principios y valores esenciales, sin embargo, estos primeros son esenciales en un sistema jurídico como el del Estado constitucional de Derecho.

La manera ideal de entender los principios, es como la expresión de unos valores sociales, que se logran imponer en el mundo jurídico, llegando a constituir verdaderas normas jurídicas. Los principios serían el medio utilizado para la realización de los valores socialmente establecidos (Balaguer, 1997, pp. 125-134).

Como se había señalado, las funciones que desempeñan los principios jurídicos, serán aplicables según las exigencias del Derecho. Las distintas funciones (los principios jurídicos como fundamentos del derecho, como prescripciones interpretativas y como prescripciones integradoras de lagunas legales) están tan estrechamente vinculadas, que resulta imposible su aplicación por separado.

Esta triple división funcional olvida su función más importante: la justiciabilidad directa de los principios, en virtud de la que se nos permitiría

recurrir cualquier acto jurídico que haya sido dictado desconociendo el valor que en él se proclama. Por tanto, los principios jurídicos se aplican directamente no sólo en el caso de laguna legal, sino siempre que sea necesario resolver conforme al valor en el contenido, lo que puede suceder en el ejercicio de cualquiera de las tres funciones.

Cuando existe una contradicción entre una ley y un principio jurídico, se tiene que considerar la solución prevista por la norma de rango legal. Los principios, en cuanto a valores jurídicos de la comunidad, tienen una vigencia bastante peculiar que impide probar fehacientemente su existencia. Por lo tanto, al tener la ley la misma legitimidad que el principio, y además presentar la ventaja de constituir una prueba inequívoca de ser expresión de la voluntad de la comunidad, parece lógico que en los supuestos en que exista un conflicto entre una ley y un principio, sea la ley la que resulta de preferente aplicación.

La mayor legitimidad del principio como expresión directa de un valor de la comunidad le dota de una superior jerarquía frente a este tipo de normas. Sobre este punto, según Beladiez (1997), quien mejor ha explicado la posición que ocupan los principios en el conjunto de las fuentes del Derecho, es Rivero. Como explica este autor, el Consejo de Estado francés ha reconocido un valor legislativo a estos principios, sin embargo, advierte que con ello no les está atribuyendo el mismo valor que a la ley, al afirmar que la autoridad de los principios aparece en su jurisprudencia (aquí se refiere al Consejo de Estado) tan pronto igual a la de la ley como superior o inferior; para él, es igual en el sentido de que como la ley, los principios se imponen al poder reglamentario; un reglamento contrario a un principio comporta el mismo tipo de anulación que si violara la ley, aunque los principios son inferiores a la ley, en cuanto que ésta puede siempre derogarlos sin que ningún juez esté autorizado a censurarla por tal razón.

Por último, refiriéndose a la superioridad de los principios respecto de la ley, Rivero afirma que ésta se manifiesta en el hecho de que la ley que atente contra alguno de los principios debe ser interpretada conforme a ellos, y esto en dos sentidos: si la derogación no es absoluta y manifiesta, si es posible sin choque directamente con su letra reintegrarla en el cuadro de un principio tradicional, el juez no vacilará en entregarse a este trabajo y en dirigir en este sentido la interpretación; si se muestra esto imposible, si el legislador ha roto abiertamente con el principio, el juez considera por lo menos que aquél no ha querido abrogar éste, sino que ha creído oportuno simplemente establecer una excepción en un determinado campo, aplicando la regla según la que las disposiciones excepcionales han de interpretarse restrictivamente, minimiza todo lo posible el alcance del texto y limita estrechamente su campo de aplicación.

Para Beladiez, la explicación de Rivero muestra claramente las relaciones entre los principios jurídicos y las leyes. No obstante, la autora afirma que el que las leyes deban ser interpretadas de acuerdo con los principios generales del Derecho no significa que los principios sean superiores a las leyes. La relación entre principios y leyes, señala, no puede explicarse acudiendo al concepto de jerarquía; ésta es un término que no admite relativizaciones; no se puede ser superior en unos casos e inferior en otros cuando el término de comparación es el mismo; por ello, considera más adecuado explicar este hecho acudiendo más que al concepto de jerarquía, al concepto de "función constitucional", en el sentido que a esta acepción le atribuye Gómez Ferrer; debido a esto, al analizar los distintos ámbitos de aplicación de los principios jurídicos, se ha estudiado específicamente su función interpretativa (Beladiez, 1997, pp. 94-121).

## **1.2 Conflictos entre principios**

Las definiciones contemporáneas del derecho parten de la afirmación de que constituye un sistema de normas, esto plantea diversas preguntas sobre el contenido de derecho como, por ejemplo, si se limita solamente a las normas jurídicas, o puede prever otros elementos. La filosofía cuestiona también si todos sus enunciados son necesariamente normas jurídicas, y cómo identificar lo jurídico.

Las dudas derivan de la necesidad de preservar la certeza del derecho, de proveer un mínimo de seguridad jurídica al determinar el conjunto de elementos que pueden ser considerados como derecho, y, por lo tanto, pueden derivar en conductas exigibles. La función de las fuentes del derecho, así como de la doctrina según Hannu Tapani Klami, es “eliminar el razonamiento acerca de los principios y fines jurídicos y de la moral subyacente. De modo que conviene delimitar la media en que un juez puede legítimamente invocar en la toma de una decisión, enunciados extrasistemáticos que los afectados desconocen o no consideraron al realizar un acto o acción.

Los principios, entendidos en un sentido muy amplio, en el derecho, pueden ser expresos o implícitos, y no cabe duda en que los primeros son derecho positivo, aun cuando no se puede determinar a qué categoría pertenecen. Los principios implícitos derivan de la interpretación que se realiza con motivo de la integración del derecho, de la creación por la jurisprudencia o la ciencia jurídica, o de la tradición y cultura que influyen en la creación y desarrollo de un sistema jurídico. En la medida en que proceden de normas vigentes y son identificados por intérpretes con autoridad para crear derecho, se pueden calificar como normas de derecho positivo.

Es común que los juristas y abogados hablen de principios en el derecho haciendo referencia a ciertos valores que sirven de guía de la actuación del legislador y del aplicador de las normas. Los valores y las normas pertenecen a categorías distintas. Las normas son el significado de un enunciado jurídico que contiene una modalidad de lo bueno. Dada la dimensión ética de los valores, su función es teleológica, y deben orientar la conducta hacia lo que se considera como bueno. Sobre este punto, Alexy analiza el concepto de valor y considera que la diferencia respecto de los principios radica en la dimensión “deontológica” de los principios, de la axiológica de las reglas de valoración y los criterios de valoración o valores en sentido estricto.

Los principios que en el derecho se pueden asimilar a valores, como la justicia o la proporcionalidad, por ejemplo, establecen un deber ser y su función es dirigir la conducta. Se considera que pueden ser identificados por su formulación, breve, una o pocas palabras que refieren en general a un solo concepto, y que también pueden operar como metanormas en caso de conflicto. A pesar de su carácter axiológico, la función de este tipo de principios en el derecho es directiva, y prevén formas de deber ser, y sirven también para orientar y limitar la interpretación y aplicación de otras normas.

Como reglas de solución de conflictos se identifican con frecuencia con los denominados principios derogatorios. Estas reglas establecen la prelación de la aplicación de las normas en caso de conflicto y pueden ser consideradas como principios generales del derecho. Las fórmulas clásicas mencionadas son normalmente implícitas, pero los sistemas jurídicos con frecuencia prevén otras reglas expresas de solución, como en el caso de distribución competencial en un Estado federal, por ejemplo.

Los principios generales del derecho pueden ser descritos como las síntesis de diversos enunciados normativos o como fórmulas abreviadas. Forman parte del derecho porque se infieren de enunciados normativos válidos y prevén normas cuya función radica en suplir las deficiencias del sistema, ya sea para integrar una laguna o para resolver conflictos entre normas. Estos pueden encontrarse formulados de manera expresa por el legislador o ser explicitados por la autoridad competente en la justificación de una decisión. Aun así son considerados como máximas, son fuentes del derecho.

La función de los principios generales del derecho, aun cuando no se encuentren expresamente regulados, es la de orientar la aplicación de las normas en casos de ausencia de disposición específica, así como en ámbitos de extrema mutabilidad. Se legitiman en la tradición jurídica, doctrina y jurisprudencia que a través de las decisiones y su justificación pasan de una generación a otra.

Como norma, el término “principio” con frecuencia es utilizado para referirse a instituciones jurídicas formadas por un conjunto de normas que operan como unidad orientadas por algún fin o criterio, como en el caso de la presunción de inocencia o el debido proceso legal. Los enunciados que integran estas instituciones se encuentran regulados en el derecho positivo; es su formulación la que puede ser referida, lo cual no implica que el principio sea implícito.

Finalmente, el término principio es utilizado para distinguir dos tipos de normas jurídicas, a efecto de hacer posible la solución de conflictos que requieren de una justificación más detallada de la decisión. Las normas se dividen en reglas y principios, ambos tienen una función directiva y como enunciado normativo comparten la misma forma, aunque los principios

pueden ser expresados de manera abreviada, o incluso denominados derechos o libertades.

En caso de conflicto, la oportunidad de la aplicación de un principio es evaluada y su alcance puede ser restringido sin que su validez sea afectada. Alexy considera que es propio de los principios que sean optimizados, esto implica que sus contenidos sean aplicados en la mayor medida posible. El método idóneo para determinar la aplicabilidad y alcance de un principio es la ponderación, mediante la cual se pretende conciliar los principios en conflicto de manera óptima.

La norma jurídica se define habitualmente como “regla de conducta de observancia obligatoria”, por lo que se podría pensar que los principios quedan excluidos de la categoría de norma. Sin embargo, para la concepción semántica, las normas son el significado de un enunciado jurídico que prevé un debe ser. El derecho positivo se integra por enunciados normativos cuyo contenido es una norma que tiene un carácter (una modalidad deóntica que define su carácter como obligatorio, prohibido o permitido) y un contenido (una conducta). El enunciado normativo se integra por un supuesto hecho, una cópula o nexo normativo se integra por un supuesto hecho, una cópula o nexo normativo y una sanción o consecuencia jurídica, y su forma condicional.

Se puede decir entonces que los principios generales del derecho son normas del tipo de reglas, como, por ejemplo, “primero en tiempo primero en derecho”, lo mismo que los denominados principios derogatorios, como “la ley superior deroga al inferior”. Los principios jurídicos, tales como “el debido proceso legal”, se integran por una cantidad delimitada de normas que pueden tener carácter de regla o principio. En un sentido axiológico, por su

formulación, los principios-valor parecen tener más bien carácter de principio, por lo que deben ser optimizados.

Un conflicto se puede producir entre normas (sean reglas o principios), entre una norma y un principio-valor, o entre una norma y un principio general de derecho, e incluso entre principios de la misma o distinta categoría, o entre metanormas. Según Alexy, una colisión de principios se puede presentar como un conflicto de valores y viceversa, la diferencia radica en que la solución a un conflicto de principios establece un deber ser definitivo, en el caso de los valores, en cambio, responde qué es lo mejor.

Para evaluar la solución a una colisión de principios es conveniente partir del concepto de conflicto en virtud de que no solamente se pueden producir distintos tipos de incompatibilidades entre las normas, sino sobre todo por los diversos sentidos que en el derecho son atribuidos al término conflicto, así como las numerosas distinciones que diversos juristas han hecho.

En términos generales, se puede decir que un conflicto entre normas se puede producir entre dos o más normas válidas que son formal o materialmente incompatibles. En el primer caso, se trata de un problema de validez que deriva del procedimiento de creación de la norma, ya que no se satisficieron las condiciones previstas, pero las normas de creación y la norma creada no se contradicen. En el segundo caso, en cambio, dos o más normas con el mismo ámbito de aplicación son incompatibles (en sus contenidos o consecuencias jurídicas) y no pueden ser satisfechas al mismo tiempo, lo cual no implica que necesariamente se produzca una contradicción lógica en sentido estricto. Este caso es considerado como un auténtico conflicto, ya que la aplicación de una de las normas conlleva la no satisfacción parcial o total de la otra. Los conflictos materiales pueden

producirse de dos formas si se distinguen los tipos de normas de conformidad con su método de aplicación en conflictos entre reglas y colisiones entre principios. En relación con el conflicto entre principios se sigue el criterio utilizado por Alexy, así como la terminología propuesta.

El libro de Esser, *Principio y norma en el desarrollo jurisprudencial del derecho privado*, permite incursionar en las estructuras de las normas jurídicas y de la argumentación jurídica. Señala que no es posible dar una contestación unitaria a la pregunta acerca de la naturaleza de los principios, y que no es fácil distinguir los principios teóricos elaborados por la doctrina de los prácticos de la construcción jurisprudencial que pueda ser considerado inmanente a una institución. En su opinión, el conflicto no se produce solamente entre regla y principio, sino también entre norma y principio, o norma y máxima. No obstante, las distinciones son poco claras.

En ocasiones, el conflicto no es producido por el hecho de que dos normas sean aplicables, sino que el juez, u órgano decisor, produce el conflicto entre la norma aplicable y un principio durante el proceso de justificación cuando considera que la norma no debe ser aplicada. Así, por ejemplo, los principios generales del derecho también pueden ser invocados con el objeto de hacer evidente la existencia de un impedimento para aplicar una norma. Este tipo de valoraciones implica un margen de discrecionalidad para el juez basado en el criterio y racionalidad del intérprete que decide obrar en contra de la letra de la ley a favor de un principio axiológico. De modo que aun cuando exista un texto normativo expreso que resuelva el caso, este puede no ser observado si un principio general impide la aplicación de la norma porque se producen consecuencias jurídicas incompatibles.

Ronald Dworkin distingue los estándares en *policies* (que establecen metas que se refieren a un comportamiento estratégico en el ámbito económico, social o político), principios, reglas y otros estándares. Dworkin señala que usa el término “principio” en sentido general para referirse a todos los estándares que no son reglas, aunque también lo usa en un sentido más restringido para diferenciarlos de los fines o *policies*, en la medida en que los principios deben ser observados porque son requerimientos de justicia, equidad u otra dimensión de la moral. En su opinión, sin embargo, no es posible determinar a partir de un enunciado normativo si prevé una regla o un principio, pero insiste en que la diferencia es lógica, ya que orientan de manera distinta la conducta, aunque no es claro en qué sentido lo dice.

La aportación de Dworkin a la discusión no ofrece, sin embargo, un método para delimitar el significado del término principio, la forma en que es identificado y su función en la solución de conflictos. Pero apunta que la distinción se encuentra en su forma de aplicación, pues las reglas se aplican de una manera disyuntiva, es decir, tal como se encuentra prevista, o no se aplica. Los conflictos entre estándares de este tipo (reglas) se resuelven mediante consideraciones sobre la validez de la norma que la trascienden, para lo que se recurre a otras normas, o se apela a los principios en que se fundan. Un principio, en cambio, requiere de su ponderación, pues posee una dimensión de peso o importancia variable, que ha de ser justificada con razones en cada caso.

En opinión de Alexy, una teoría satisfactoria del conflicto se sustenta en la distinción entre dos tipos distintos de normas: reglas y principios, la cual se encuentra en el centro de la teoría de principios. Según él, la teoría de principios es el sistema de implicaciones de dicha distinción. Desarrolla una teoría de los principios y el significado de la dimensión del peso partiendo del hecho de que estos tipos de normas son aplicables de manera distinta. Esto

significa que la operatividad de las disposiciones jurídicas es variable, lo que hace posible diferenciar tipos de conflictos normativos que resuelven mediante métodos distintos.

Alexy considera que los principios y las reglas tienen una estructura distinta, pues los principios prevén un mandato de optimización que ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible considerando las posibilidades fácticas y jurídicas, por lo que su aplicación puede variar. Tienen, por lo tanto, un carácter *prima facie* que puede ser reforzado mediante una carga de argumentación a favor de un principio o tipo de principio. Esta cualidad se hace presente en el procedimiento de solución del conflicto, pues a diferencia de las reglas, no se cuestiona la validez de los principios, sino la medida en que pueden ser restringidos. La determinación de la aplicación y alcance de los principios se verifica mediante una ponderación. El resultado de esta es un enunciado normativo que determina la aplicabilidad de las normas en conflicto, o como dice Alexy, un enunciado de preferencia condicionado, que de acuerdo con la ley de la colisión de principios, se produce un problema de aplicación causado por el enfrentamiento entre dos principios que prevén consecuencias jurídicas incompatibles.

Para Alexy, el concepto de conflicto normativo abarca los conflictos entre reglas y las colisiones entre principios, y señala que ambos se producen cuando dos normas aplicadas cada una por su lado conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber concretos que se contradicen. Las reglas y los principios, entendidos como normas, prevén un deber ser, que puede ser identificado por una modalidad deóntica (obligatorio, prohibido o permitido), por lo que no pueden ser distinguidos por su forma. Un conflicto se puede producir entre una regla y un principio, o

entre dos normas con carácter de principio, es a este caso al que Alexy se refiere cuando habla de colisión de principios.

La colusión entre principios se manifiesta cuando un principio solamente puede realizarse a costa de otro principio, de manera que la decisión debe obtenerse mediante la ponderación de los mismos. El resultado es una prelación de rango entre los principios para superar el problema equilibrando la aplicación de los principios, sin tener que invalidar una de las normas, pues ambos principios permanecen en el sistema jurídico. Para Alexy, la ponderación es necesaria en caso de conflicto, puesto que entre los principios no existe una prelación de precedencia absoluta, sino solamente condicionada.

Uno de los problemas que plantea la tesis de Alexy, es el significado del concepto de estructura de la norma, pues dado que son normas, su forma es condicional y prevén un contenido modalizado deónticamente. Para aclarar esto, Alexy distinguió los mandatos a optimizar (los principios mismo, objeto de una ponderación) que como tales tienen un carácter *prima facie*, de los mandatos de optimización que son las reglas que indican qué hacer con las normas en conflicto, y que se satisfacen al optimizar los principios. Para Alexy, el mandato de optimización forma parte del concepto de principio, de manera que los principios se pueden construir como mandatos a optimizar a los que corresponden mandatos de optimización. De modo que el mandato de optimización forma parte del concepto de principio, de manera que los principios se pueden construir como mandatos a optimizar a los que corresponden mandatos de optimización. De modo que el mandato de optimización no forma de la norma, ni se encuentra en su contenido, sino que se aplica junto al principio como una metanorma que establece un deber dirigido al juez. Así parece ser un requerimiento de corrección o justicia,

como presume hace Dworkin, por lo que Alexy lo considera la estructura del principio.

Con el término “estructura” parece que se refiere a la forma en que opera la norma en caso de conflicto, esto es, a su cualidad derrotable, a la posibilidad de modificar el contenido de un principio en conflicto, sin que la norma pierda su validez ni deje de ser la misma, esto es, el significado del enunciado normativo interpretado en el proceso de solución del conflicto.

La racionalidad jurídica, en general, se refiere a la individualización de la norma, no a los derechos, y actualmente presenta dos elementos: la subsunción y la ponderación. La teoría de los principios se analiza como una propuesta para distinguir desde el punto de vista metodológico diversos modos de aplicación del derecho para determinar si se sustituyen o en realidad se complementan.

Con teoría de principios se hace referencia a diversas propuestas relativas a la diferenciación de los tipos de normas en un sistema o a la posibilidad de invocar principios a efectos de resolver una controversia en la aplicación de las normas jurídicas. Es por ello que es aplicable a diversas tesis que varían según el sentido del término “principio” y su función, así como la postura adoptada respecto de la naturaleza del derecho (la relación entre moral y derecho); es más, el uso de este término, entre los impulsores de la teoría de principios, no es uniforme.

Como se mencionó, el término “principio” en el derecho es equívoco, ya que puede referir diversos sentidos tales como valores, máximas o normas, por ejemplo. Si su función es hacer posible la solución de un sentido, para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y justicia conviene invocar solamente principios que formen parte del sistema jurídico.

Así, por ejemplo, al Alexy considerarlos como normas, se excluye la posibilidad de apelar a principios extrasistemáticos, por lo que pueden ser considerados como principios jurídicos en sentido estricto.

La revaloración de los principios surge como una reacción al formalismo del positivismo (respecto del estricto apego al principio de legalidad, competencia y subsunción de las normas que determinan la validez de la decisión), a efecto de incluir la corrección en el contenido del derecho (referencias a la moralidad). Alexy sostiene una postura no positivista en que la moral es incluida de manera necesaria en el concepto de derecho (conexión necesaria). Para él, el derecho persigue la corrección, sin embargo, esto no implica la posibilidad de invocar los principios externos para modificar el derecho, ni sustituir un precepto jurídico por uno moral.

La teoría de los principios ordena hacer algo en su máximo grado de posibilidad, esto es optimizar para determinar su aplicabilidad, de modo que si la norma puede ser satisfecha en grados se trata de un principio. Alexy considera que identificar una norma como un principio o una regla es una cuestión de interpretación, pues no existen criterios ni métodos que permiten diferenciarlos antes de un conflicto.

La idea es incursionar en el análisis racional de otros modos de aplicación del derecho que permiten mayor flexibilidad en la protección y garantía del ejercicio de los derechos, así como preservar la certeza y unidad del sistema jurídico. En ese sentido, Alexy pretende ofrecer esquemas racionales de aplicación de las normas que sean verificables, es por ello que propone una fórmula del peso a efecto de hacer objetiva la decisión de un juez. Según él, la ponderación se manifiesta como una forma argumentativa del discurso jurídico racional. En última instancia, se trata de que sea

aceptable una decisión en que el juez se aleja de la legalidad estricta y opta por no aplicar una norma en los términos previstos.

La tesis de Radbruch sobre el derecho injusto es uno de los factores impulsores de las corrientes que promueven la aplicación de principios (esta fórmula, según Alexy, tiene un carácter funcional, por lo que debe ser justificada con argumentos normativos). Radbruch señala que en un Estado de derecho se debe procurar la justicia observando la seguridad jurídica, y que ésta constituye una parte de la justicia. La fórmula que elabora es utilizada por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, para superar la contradicción entre justicia y la pretensión de validez del derecho positivo.

Esta fórmula opera como una regla de solución de conflictos que se invoca ante una colisión entre principios: derechos fundamentales (que, para Alexy, es imprescindible que sean interpretados como principios) y seguridad jurídica. En la determinación de la validez de las normas, prevalece la seguridad jurídica, salvo en el caso de injusticia extrema. La fórmula Radbruch es un criterio de decisión.

Según Alexy, un sistema jurídico solamente puede ofrecer las respuestas necesarias como un sistema de principios y reglas. Para él, esto conlleva a aceptar un método de aplicación especial y para los principios que se distingue por su procedimiento de la subsunción. La ponderación hace posible justificar tanto la subsistencia de la norma en el orden jurídico en caso de colisión, es decir, el hecho de que no pierde su validez jurídica a pesar de no ser aplicable al caso, como la modificación del alcance del principio. Para Alexy, el modelo de reglas, principios y procedimientos asegura la racionalidad no solamente en la aplicación; también en la elaboración de las normas, y permite asegurar un máximo de racionalidad práctica en el derecho.

Este objetivo se pretende alcanzar mediante un método denominado “ponderación”. Esto implica aplicar el principio de proporcionalidad que se integra por tres subprincipios: el de idoneidad o adecuación, el de necesidad (postulado del medio más benigno), los cuales se siguen del mandato de optimización de las posibilidades fácticas, y el de proporcionalidad en sentido estricto (postulado de la ponderación que se sigue de la relativización de las posibilidades jurídicas). La ley de la ponderación, en términos de Alexy, establece la relación entre la vulneración de un principio con la importancia de la satisfacción del otro principio en la solución específica de un caso. La ley de la ponderación establece que a mayor grado de no realización de un principio, tanto mayor debe ser la relevancia de la realización del otro.

La ponderación implica aducir argumentos a favor de la precedencia de un principio frente a otro, por lo que se encuentra estrechamente vinculada con su teoría de la argumentación. Asignar pesos y determinar un rango o valor implica hacer una elección que requiere de cierta interpretación, por lo que ésta debe ser justificada. Sin olvidar que los elementos evaluativos que se vinculan a los principios jurídicos están limitados y guiados por ciertas condiciones institucionales como señala Tapani Klami, para quien el derecho no es lo mismo que la moral, no obstante considera que el derecho es moralidad institucionalizada, de modo que los principios incluyen además del aspecto evaluativo, uno institucional.

La ponderación es parte del procedimiento de decisión que sirve para justificar relaciones de precedencia entre normas en conflicto. Según Sieckmann, sirve para determinar qué es lo debido. Por lo que incluye juicios sobre la medida en que es posible satisfacer un principio en colisión, así como la indicación de la relevancia de satisfacer un principio u otro. El rango atribuido a los principios en conflicto es válido para la solución del caso

específico, aun cuando las razones aducidas pueden servir de orientación en otros casos.

La ponderación es considerada el método de aplicación, o mejor dicho de identificación de la norma aplicable, propio de normas con carácter de principio. La ponderación también puede considerarse como una metanorma que establece una regla técnica aplicable en un juicio concreto. En la medida en que permite modificar el alcance de la norma, en el proceso de justificación son evaluadas las consecuencias de la aplicación de los principios en conflicto. Se aducen razones para no aplicar o aplicar de manera distinta un principio y se especifica la precedencia de uno de ellos para solucionar la colisión. El enunciado resultante es una regla que sirve de premisa normativa en la solución del caso, conforme al cual se subsumen los hechos que produjeron la colisión de los principios. Aarnio concluye que después de la interpretación, tanto los principios como las reglas expresan una norma de tipo disyuntivo, es decir, o lo uno o lo otro. En este sentido, José Juan Moreso considera que la aplicación de los principios consiste en la subsunción de casos individuales en casos genéricos.

En general, el razonamiento jurídico ha sido descrito formalmente como un proceso de inferencia silogística; aunque, si bien es cierto, que las conclusiones se presentan con una estructura similar, la determinación de la aplicación de las normas conforma un proceso más complejo que el de la subsunción. Esta solamente refleja la última parte de la decisión mediante la que se individualiza la norma.

La subsunción no es un proceso lógico-formal, sino de comparación y análisis; requiere de la comprobación de los hechos y de su adecuación a los elementos del supuesto de la norma. En la mayoría de los casos, cierta interpretación es necesaria. Para Aulis Aarnio, la justificación externa se

refiere a una proposición interpretativa, así que cualquier forma de decisión legal implica algún tipo de individualización. La justificación interna presenta la reconstrucción del razonamiento, y la interpretación se realiza a partir de las premisas de conformidad con las reglas de inferencia aceptadas. En ese "silogismo", la validez de las premisas se acepta como dada, la primera premisa, o premisa normativa, es la base normativa de la decisión. La segunda, la premisa fáctica, son los hechos, y la conclusión individualiza la norma. La justificación interna es independiente de la forma en que la decisión es alcanzada, solamente presenta la decisión en el modo silogístico.

En la justificación externa se valora la aplicabilidad de las normas, así como la validez de las reglas de inferencia, que depende en gran medida de los criterios a los que el intérprete se atiene en la justificación. Con los argumentos se elaboran cadenas de silogismos, sin embargo, ninguno de ellos puede considerarse como suficiente para justificar la elección de la premisa normativa, por lo que se requiere de la totalidad de los argumentos. Su poder de convencimiento es fundamente, por ello es que la coherencia del conjunto de las premisas es decisiva.

En realidad, la ponderación no sustituye la subsunción, es un procedimiento previo que sirve para identificar la norma aplicable, permite cambiar de enunciado en la premisa normativa en virtud de la justificación dada. Al final, el razonamiento del juez se presenta como un silogismo judicial y se subsumen los hechos en la primera premisa para presentar las consecuencias jurídicas.

Los conflictos entre normas son tratados como un problema de prevalencia de las normas, por lo que, para su solución normalmente, se recurre a metanormas. Como ya se mencionó, el procedimiento tradicional de solución de conflictos normativos se basa en la utilización y combinación de

tres criterios para determinar la prioridad en la aplicación de una norma, el de jerarquía, el de especialidad y el temporal. Estos sirven para establecer la prioridad de una norma en caso de conflicto, y pueden ser utilizados como criterios de solución, aunque Alf Ross, por ejemplo, los considera como principios interpretativos.

La solución de conflictos puede darse por disposición expresa del sistema jurídico, interpretación o ponderación de principios. Si las reglas de solución y los criterios de interpretación son insuficientes o poco claros, una alternativa es la ponderación. Es tal vez en ese sentido que George H. von Wright sostiene que si en el orden jurídico no existe alguna disposición que resuelva el conflicto, debe superarse modificando las normas, es decir, restringiendo su contenido a efecto de eliminar la contradicción. Los principios pueden servir también para integrar las denominadas “lagunas por colisión” que, en ocasiones, se producen al resolver un conflicto entre normas.

Un conflicto de segundo nivel también es posible. Se puede producir entre los principios generales del derecho que se invoquen, los criterios o normas derogatorios, las reglas específicas de conflicto, o incluso entre los principios usados en la solución de un conflicto. Asimismo, los argumentos pueden entrar en conflicto. Estos conflictos pueden producirse en diferentes niveles, esto es, entre normas, intereses o valores. Este tipo de conflictos se resuelve mediante reglas de precedencia de segundo nivel, las cuales pueden encontrar en la jurisprudencia, por proceder del criterio del juez que realiza la ponderación de los intereses en conflicto.

El problema en la solución de conflictos se puede observar en dos momentos: primero, en la incertidumbre en la aplicación de las metanormas o reglas de solución, y luego en el hecho de que, en algunos casos, la

aplicación de dichas metanormas no es suficiente para resolver el conflicto. Para Risto Hilpinen, la solución requiere de la evaluación de las consecuencias de la decisión, y el método para la solución de los conflictos normativos debe fundarse en la investigación y la argumentación.

En la solución de una colisión de principios, el primer paso radica en la identificación de los principios contenidos en los enunciados normativos, esto requiere del análisis del enunciado normativo y de la reconstrucción sintáctica de la norma. Luego se ordenan los elementos que integran el principio, los cuales pueden haber sido obtenidos de otros enunciados normativos y se identifican los derechos y obligaciones que integran la consecuencia jurídica. Por lo que el contenido de un principio puede depender de la interpretación sistemática de diversas normas. El análisis lógico puede servir para determinar el grado y tipo de incompatibilidad de las normas. La jurisprudencia y los antecedentes se revisan para comparar la interpretación de los principios en conflicto. La ponderación, según Ricardo Guastini, se funda en una peculiar interpretación de los principios y un juicio subjetivo de valor que realiza el juez, de modo que superpone su propia valoración a la de la autoridad normativa.

La ponderación del peso específico de los principios aplicables al caso se realiza mediante argumentos que evalúan las circunstancias específicas. Dworkin señala incluso que los principios desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan juicios referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas. Si el conflicto no puede ser resuelto mediante la aplicación de los principios en cuestión se debe buscar en el sistema jurídico otro principio que resuelva la precedencia entre ellos, o los substituya. Para poder invocar otros principios conciliadores que se encuentren en el mismo sistema jurídico a la argumentación que se aduzca ha de justificarse que tienen el mismo o mayor peso que los principios en conflicto. La argumentación es

un factor de justificación de la determinación del peso de cada uno de los principios, así como de la decisión jurídica (Huerta, 2011, pp.180-194).

En el caso jurídico hay que tener en cuenta que las reglas no están desvinculadas completamente de los principios, forman parte de un mismo ordenamiento jurídico, de un razonamiento jurídico que tiene necesariamente un contenido ético y, por lo tanto, eso es lo que explica que las reglas, si bien son mandatos definitivos, no son absolutas. No siempre se va a aplicar ciegamente lo que dice la regla, no son mandatos absolutos, porque a medida que se tratan de aplicar las reglas a casos concretos por vía jurisprudencial, van surgiendo excepciones a las reglas, de manera que ni siquiera las reglas son tan impermeables, pueden surgir excepciones en la medida en que la aplicación ciega de la regla conduciría a un resultado absurdo y manifiestamente injusto.

La distinción entre reglas y principios es importante; son herramientas jurídicas; las reglas no están exentas de principios. En muchos casos, antes de que se aplique la regla hay un proceso de interpretación jurídica, donde el intérprete sostiene que esa consecuencia que establece la regla es indeseable, o sea injusta, y lo que se dice es según la regla tal la consecuencia sería ésta, pero ésta, pero esta regla no aplica en este caso; es indudable que ese tipo de situaciones se dan, pero desde la teoría de los derechos fundamentales, es importante esa distinción que, entre reglas y principios, hace Alexy. En especial, esa definición de los derechos fundamentales como mandatos de optimización; al consagrarse la libertad de expresión, la libertad personal, cualquier otro derecho donde hay un mandato de optimización, hay que tratar de realizar ese derecho al máximo de las posibilidades tanto fácticas como jurídicas.

Las colisiones entre principios obligan a un proceso de ponderación y el proceso de ponderación significa que cuando se da una colisión entre principios, el intérprete debe tener mucho cuidado de no transitar el camino de pretender darle una superioridad abstracta a un principio sobre otro, lo que a veces ha sucedido en temas como las relaciones entre la libertad de expresión y el derecho al honor. En algunos casos, para resolver este tipo de conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor o derecho a la intimidad, lo que se hace es afirmar que la libertad de expresión es esencial en democracia, es un elemento institucional básico en democracia, por lo tanto en el conflicto entre ese valor político institucional tan grande de la libertad de expresión, vamos a desplazar estos intereses individuales de derecho al honor y de intimidad. Ese es un camino incorrecto, porque tanto el derecho al honor como la intimidad, como la libertad de expresión, son derechos y, al mismo tiempo, principios constitucionales; todos reclaman para sí una optimización, y lo que hay que hacer es ver en el caso concreto cuál debe imponerse y hasta qué punto debe imponerse.

Si en un caso particular se le da la preferencia a la libertad de expresión, sobre el derecho al honor, eso no es una precedencia ontológica, es decir, por definición, en abstracto, de libertad de expresión sobre el derecho al honor y viceversa, sino una precedencia condicionada, que depende de que en ese caso concreto se justifique esa precedencia. Las reglas operan de otra forma en caso de conflictos; como éstas demandan para sí una aplicación definitiva, son mandatos definitivos de todo o nada, se aplica o no la regla, no se va a aplicar a medias; aunque sí se le pueden extraer excepciones. En los casos de conflicto entre reglas su resolución no se hace con base en una precedencia condicionada, sino que nos encontramos ante un problema de validez. Se determina cuál es la regla válida y esa regla se aplica, y probablemente eso va a suponer que hay otra regla que queda eliminada; quizá se trata de reglas que regulan lo mismo,

pero de manera contradictoria, opuesta, entonces habrá que aplicar las normas sobre cuestión de leyes en el tiempo, y la posterior deroga la anterior, etc., con todo los criterios que hay que aplicar en este tipo de conflicto, pero es un problema de validez.

Para Alexy, todos estos problemas son de colisión entre principios, ese decir, tanto el derecho fundamental como los bienes colectivos son principios, y los bienes colectivos son la seguridad pública, el orden público, la salud pública. Para este autor, tanto los derechos fundamentales como esos bienes colectivos, son principios y ambos son también mandatos de optimización, que reclaman la máxima aplicación.

El concepto de ámbito protegido por el derecho fundamental, es otro aspecto importante dentro de esta teoría de los derechos fundamentales. El ámbito protegido tiene que ver con lo que protege un derecho fundamental. Si una persona, por ejemplo, pretende plantear un problema de derechos fundamentales porque en un peaje tiene que detenerse para pagar, tal vez responderemos que eso no afecta ningún derecho fundamental, no es un problema de derechos fundamentales.

La tesis que se defiende en la obra de Alexy es incluir dentro del concepto de ámbito protegido, no sólo el bien que se protege, es decir, la libertad de movimiento o la preservación de una esfera vital privada, si se trata del derecho a la libertad personal o del derecho a la intimidad, sino tener también en cuenta el tipo de intervenciones, el tipo de medidas que se considera afectan el derecho, porque puede suceder que se define el ámbito protegido muy ampliamente, al considerar solamente el bien que se protege. De esta manera, en materia de libertad personal, ésta se puede definir como la libertad de trasladarse; así, pudiera parecer que la libertad personal es un derecho amplísimo porque abarcaría, no únicamente protección frente a un

arresto, sino frente a cualquier prohibición, cualquier medida que le impida a alguien entrar a donde quiera entrar.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dicho que, cuando hay una orden del Estado que ordene el internamiento de alguien, hay privación de libertad, aunque la persona físicamente se pueda escapar. Este es el primer problema que se plantea con el ámbito protegido y la primera recomendación que hace Alexy es que, cuando se trate de derechos de defensa, es decir, derechos que protegen una esfera de libertad personal, y la inviolabilidad del domicilio, o de libertades para desarrollar acciones, como la libertad de expresión, se tenga en cuenta al definir ese ámbito, tanto el bien como el tipo de medidas que lo podrían atacar.

El otro problema que podría presentarse es si, dentro del ámbito protegido por los derechos, se incluyen acciones cuya licitud de entrada es dudosa. Por ejemplo, ¿puede haber una libertad que permita a un pintor dibujar un cuadro en medio del cruce de dos calles y, con ello, impedir el desarrollo adecuado del tráfico? Para Alexy, las reglas están protegidas por un derecho fundamental, pero hay principios opuestos que pueden desplazar el derecho, según sea el caso; en cuanto a la persona que roba, hay principios contrapuestos, lo que hace que quien comete la falta, no pueda invocar con éxito un derecho fundamental. El intérprete va a tomar decisiones definitivas, va a decir si la conducta está o no protegida por el derecho fundamental.

Partiendo de un concepto de ámbito protegido, Alexy emplea la categoría de la restricción; distinta a ésta, es la configuración, que es una intervención del legislador, quien pretende determinar en qué medida se puede ejercer un derecho, establecer ciertas condiciones para que un derecho se pueda ejercer, pero no es propiamente una restricción. En el

derecho de propiedad hay una consagración constitucional, pero luego el régimen es legal, y es la regulación del Código Civil la que va a establecer las reglas sobre la sucesión, la que va a establecer las reglas formales de un testamento, y ese tipo de regulaciones configuran el derecho.

La libertad de expresión no puede ejercerse de manera incondicionada, sin desconocer esos otros bienes, el derecho al honor y el derecho de la intimidad, por lo que, en esos casos, hay una restricción de la libertad, que es directamente constitucional, en la medida en que la propia Constitución obliga a esa limitación. Para que esas restricciones sean ilícitas tienen que cumplirse condiciones tanto de tipo formal como de carácter material; la condición formal esencial es la de que exista una base legal para esa restricción, porque esta última no va a derivarse directamente de la Constitución, sino que tiene que respetarse ese requisito formal de que se recoja en la ley. Por otro lado, como requisitos materiales, el primero que hay que tomar en cuenta es que el fin que persiga la ley debe ser aceptable desde el punto de vista constitucional; además de que debe respetar el principio de proporcionalidad.

La proporcionalidad en sentido estricto es la que se refiere directamente al problema de la ponderación. Cuando se analiza la proporcionalidad de sentido estricto, se examina si la medida se justifica o no, considerando el fin que ésta persigue, si hay una ponderación adecuada, teniendo en cuenta el bien colectivo que se invoque, y la severidad que puede tener la restricción sobre el derecho (Casal, 2010, pp.429-439).

Según Casal (2008, pp.43-44), refiriéndose a las colisiones constitucionales, a menudo la ponderación se trata de manera directa entre principios materiales, como la libertad de expresión, el derecho al honor, la seguridad o la salud pública, sin embargo, a veces, entre los principios o

bienes materiales en conflicto se interpone algún principio formal. Los principios formales se imponen el respeto de las determinaciones normativas fijadas por una autoridad legitimada para ello, con independencia de la valoración que estas determinaciones puedan merecer para el intérprete. De esta forma, la previsión, contenida en algunas constituciones, según la que la policía únicamente está facultada para detener a una persona sin orden judicial en caso de flagrancia, en opinión de algunos quizás resulte excesivamente garantista, ya que en ciertas situaciones no constitutivas de flagrancia los indicios de que una persona ha participado en la comisión de un delito y de que hay riesgo de fuga pueden ser muy sólidos, pese a no disponerse de una orden judicial. Pero no es dado al intérprete ignorar esta decisión constitucional con el fin de efectuar una ponderación directa entre bienes materiales en conflicto, sopesando por un lado, por ejemplo, la seriedad de los indicios y la gravedad del delito y, por otro, la severidad de la intervención en la libertad personal y los peligros de la admisión, o generalización, del proceder policial. En estos supuestos, el aplicador del Derecho se encuentra atado a la determinación constitucional establecida mediante una regla, que exige la orden judicial salvo en caso de flagrancia.

La atadura que estas reglas comportan, no necesariamente es absoluta, pero la existencia de éstas no puede ser ignorada. En principio poseen una pretensión incondicionada de validez, que tiende a hacerse definitiva o invencible en ordenamientos que concedan la máxima importancia a los principios formales. No es pacífica la aceptación de la posibilidad de introducir, en virtud de una ponderación, excepciones en las reglas. Suele estimarse que las reglas jurídicas son susceptibles de excepciones, con posiciones diversas sobre la justificación y el alcance de estas excepciones, sin embargo, quienes consideran lícito el reconocimiento de excepciones a las reglas, sostienen que para realizarlo se requiere de la concurrencia, en el caso concreto, de razones de mucho peso, cuya

preponderancia ha de ser medida no sólo frente al bien material contrapuesto, resguardado por la regla, sino además frente a un conjunto integrado por el bien material y por el principio formal de observancia de las normas legítimamente establecidas.

De ahí que las disposiciones constitucionales concernientes al modo en que es lícito intervenir en algún derecho deban tomarse seriamente. El intérprete no debe sustituir al constituyente, ni desplazar sus determinaciones y valoraciones por las propias. Esto comprende tanto la franca admisión de una excepción a alguna regla constitucional, como el soslayamiento velado de su alcance, por medio de interpretaciones que desfiguren o desnaturalicen la regulación constitucional, con el pretexto de evitar consecuencias indeseables que se derivarían de una completa aplicación de la disposición.

El principio de proporcionalidad tiene tres manifestaciones, o tres exigencias: la adecuación de la medida, la estricta necesidad de la medida, y la proporcionalidad de la medida en sentido estricto.

La adecuación tiene que ver con el hecho de que, para que la restricción de un derecho fundamental sea válida, esa medida que impone la restricción debe ser adecuada para alcanzar el fin que persigue la ley; debe ser apta para lograr ese objetivo, ya que, si no es adecuada, es inconstitucional.

La exigencia de estricta necesidad quiere decir que no debe existir una medida alternativa menos gravosa para el derecho, porque si el legislador tenía a su alcance otra medida, que también era adecuada para lograr el fin, y que lo cumplía a un grado equiparable, no ha debido escoger la medida que más afecta el derecho, sino la medida menos gravosa para el derecho, y al no hacerlo de esta manera, aquí también habría una inconstitucionalidad.

### **1.3 De su uso como técnica de limitación y reducción de las actuaciones discrecionales de la Administración**

Según Bielsa, la distinción entre potestades regladas y discrecionales, en otras palabras, decidir cuándo un acto administrativo (o qué aspecto de éste) se dictó en ejercicio de una potestad reglada, y cuándo de una potestad discrecional, tiene importancia para la revisión judicial de los actos administrativos. Esto es así porque un principio de nuestro sistema jurídico político, indica que sólo lo que está protegido por el derecho objetivo es revisable por la justicia. Se puede deducir que lo estrictamente discrecional, por no ser objeto de regulación jurídica en cuanto y tal, y corresponder a una zona en la que la Administración ejerce su arbitrio, no es de competencia judicial (Luqui, 2005, p. 108).

En un principio, se consideró que la discrecionalidad administrativa no estaba sujeta a otras reglas jurídicas, que las concernientes a la forma y a la competencia. Se entendió que los actos dictados en ejercicio de potestades discrecionales no eran impugnables ante la justicia en lo que atañe a su contenido, porque, como la discrecionalidad supone una falta de vinculación jurídica, no cabe la posibilidad de que vulnere intereses protegidos por el derecho objetivo. Al no existir norma que regule el ejercicio de la discrecionalidad en cuanto tal, tampoco se podría invocar un agravio jurídico que habilite la acción, requisito indispensable para ocurrir ante la justicia. Luego, este criterio se amplió para incluir, entre los motivos de impugnación judicial de la discrecionalidad administrativa, al fin de la ley.

La idea de que los actos -dictados en ejercicio de facultades discrecionales- sólo son revisables por la justicia por cuestiones de forma o de competencia, fue seguida en la mayoría de los países. No obstante, el progreso que significó atribuir a los jueces competencias para revisar los

actos que violan el fin de la ley, durante mucho tiempo subsistió una cierta prevención de los jueces para inmiscuirse en temas donde la Administración ejercía su arbitrio. Además, no siempre está bien demarcado el límite que separa la legalidad del mérito. Lo cierto es que, las potestades discrecionales sirvieron de fundamento para conferir a ciertos actos administrativos una especie de inmunidad judicial, muchas veces injustificada (García de Enterría, 2005, p.159).

Hoy, los aspectos discrecionales de los actos administrativos sólo son revisables por cuestiones de forma o procedimiento, de competencia o cuando violan el fin de la ley, y en los casos de manifiesta irrazonabilidad o arbitrariedad.

En el ejercicio de las potestades discrecionales, es precioso distinguir dos aspectos: el concerniente al proceso de generación del acto administrativo y sus requisitos esenciales de validez, y el que atañe a la discrecionalidad en cuanto tal, es decir, en cuanto a su valoración o estimativa. Tanto se trate de actos dictados en ejercicio de potestades regladas como de potestades discrecionales, los requisitos esenciales son los mismos, al menos eso es lo que sostiene la doctrina.

El proceso de generación de los actos administrativos es uno, siempre uno, reglado por el derecho, y su incumplimiento habilita la impugnación judicial por parte de quien se invoque un agravio jurídico, cualquiera que sea la naturaleza de la potestad ejercida por la Administración.

La doctrina señala que la revisibilidad o irrevisibilidad judicial de los actos administrativos, no depende básicamente del carácter reglado o discrecional de los actos administrativos, sino de la existencia o inexistencia

de derechos subjetivos que habiliten a los agraviados para acudir ante los tribunales. Si bien es verdad que no se puede sustituir una discrecionalidad por otra, la cuestión no pasa fundamentalmente por la naturaleza de la potestad, sino por la existencia o inexistencia de un interés protegido por el derecho objetivo, y de la consecuente pretensión procesal.

Los actos discrecionales o, más propiamente, los aspectos discrecionales de un acto administrativo no pueden ser impugnados judicialmente en lo que respecta al mérito de la decisión, y ello es así por varios motivos, ya que giran en torno a los derechos y garantías que tienen los administrados frente a la actuación del poder público.

La razón por la cual la discrecionalidad administrativa no es, en principio, impugnable judicialmente, estriba en que la valoración del mérito de las decisiones discrecionales es una cuestión propia del poder administrador, respecto a la que el derecho objetivo no establece una vinculación normativa entre la ley y el acto. En tal sentido, la discrecionalidad es una potestad exclusiva de la administración, para poder apreciar o estimar el mérito de sus decisiones dirigidas a satisfacer el interés público. Mientras se circunscriba a ese ámbito, sin apartarse de las normas y principios que reglan la actividad administrativa, ni del fin de la ley, las decisiones que dicte cualquier órgano administrativo no serían revisables por la justicia.

Sobre este punto, Sainz Moreno (1976, p.312), afirma:

Esa potestad, como todas las que ejerce el Estado, está enmarcada por reglas jurídicas; unas referidas al fin perseguido por la ley, otras a la forma del acto y a la competencia del órgano y otras que atañen a la legalidad como sistema, como forma para realizar el derecho, cuya violación determina la arbitrariedad del acto, las cuales se deben

respetar aun en el ejercicio de potestades discrecionales.

De igual manera, señala la doctrina moderna, que el arbitrio administrativo no releva del deber que tiene todo órgano estatal de dictar actos razonables, de motivarlos, de apoyarse en los presupuestos de hecho y de respetar los principios generales del derecho. Por estas causales, es también posible impugnar judicialmente los actos administrativos discrecionales que adolezcan de tales vicios, violatorios del principio de legalidad.

Para Bielsa, lo que limita realmente la competencia de los jueces, para revisar la legalidad de los actos administrativos discrecionales, no es tanto la índole de las funciones que ejerce cada poder, sino la existencia y la naturaleza del interés jurídico en el que sustenta el agravio del administrativo. De ahí que la cuestión no estribe en discutir si desde un punto de vista institucional la Administración es o no el único Juez de los actos dictados en ejercicio de potestades discrecionales. El límite de la competencia del Juez está dado por la pretensión procesal del agraviado y por la protección del interés otorgada por el ordenamiento jurídico (Luqui, 2005, p.199).

El ejercicio de las potestades discrecionales no es exclusivo de la Administración, por cuanto cada poder las ejerce en el ámbito de su competencia. El legislativo lo hace en mayor medida, ya que la función normativa es, en principio, libre y sólo sometida a las reglas constitucionales. El judicial, por lo opuesto, es el que debería de tener menor discrecionalidad, porque debe actuar según lo establecido en la ley, e interpretando lo señalado en ella, pero, como sabemos, la interpretación de la ley no es discrecionalidad.

La discrecionalidad legislativa, que es una cuestión de mérito, no es revisable por la justicia; aunque solo es posible su cuestionamiento cuando se les ataca por violar una norma o principio constitucional.

La justicia carece de competencia para revisar el mérito, en cuanto a los actos administrativos se refiere. En estos casos, los jueces tienen competencia para revisar la legalidad o, si se quiere, la legitimidad, pero no la oportunidad y conveniencia de las decisiones de la Administración. Estos últimos conceptos, que comúnmente son utilizados como sinónimos de discrecionalidad, se deberían subsumir en uno, el mérito, a veces comprensivo de la oportunidad y, siempre, de la conveniencia.

En este mismo sentido, la oportunidad puede o no ser discrecional, según Fernández (2002, p.89), “ya que si la ley le otorga a la administración la facultad de elegir el momento de ejercerla, será discrecional, pero no así cuando la atribución se confiere como deber jurídico. En este último supuesto, la oportunidad de actuación se debe considerar impuesta por la ley”.

La distinción entre legalidad y oportunidad, más que un falso dilema –para utilizar la expresión de Fernández (2002, p.89)- es, a nuestro juicio, un dilema inexistente, pues la oportunidad sólo se concibe dentro de la legalidad. A la oportunidad se le puede oponer el carácter reglado de la potestad, pero no la legalidad, que abarca toda la acción administrativa, sea reglada o discrecional.

En conclusión, los límites de la discrecionalidad administrativa son, en la actualidad, tantos y tan variados (competencia, forma, fin, motivación, razonabilidad, etc.), que prácticamente ningún acto antijurídico podría eludir

la revisión judicial cuando agravia los derechos o intereses de un sujeto. Al menos eso es lo que debería de ocurrir en Venezuela.

Además de los extremos exigidos por el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado teorías referidas a los límites de la potestad discrecional de la Administración, los cuales han ido configurando garantías contra el exceso del poder discrecional de la Administración, lo que ha contribuido para ampliar en forma progresiva el control judicial de la discrecionalidad.

En cuanto a los actos administrativos discrecionales, todos ellos siempre tienen una serie de elementos reglados, que se refieren por una parte a la potestad de actuar otorgada a los órganos de la Administración Pública.

Lares (2001, p.95) señala que dentro de los elementos reglados de los actos discrecionales, están: la existencia de la potestad misma de actuar, la competencia del órgano administrativo, el fin del acto, y el procedimiento administrativo que precede el acto.

Los actos administrativos que adolecen de los vicios de forma o procedimiento pueden ser cuestionados ante la justicia, aunque se hayan dictado preponderantemente en ejercicio de potestades discrecionales y, en consecuencia, por ser la forma o procedimiento una cuestión reglada, común a todos los actos que dicta la Administración, su incumplimiento habilita la impugnación judicial.

La forma es comprensiva del procedimiento, ya que éste es una faceta formal del acto. Se puede interpretar la forma en dos sentidos

diferentes: como la instrumentación del acto, o bien, como los requisitos que debe cumplir para validez o eficacia.

La idea de forma se utiliza para referirse a los recaudos instrumentales que debe cumplir la Administración cuando dicta un acto administrativo, y, en cambio, la motivación, la causa, el objeto, el fin, son requisitos que atañen al contenido del acto y no a la forma.

El acto discrecional no puede ser en principio desproporcionado, porque la desproporción implica la arbitrariedad del ente que lo dictó; por otra parte, debe adecuarse entre lo decidido y el supuesto de hecho que originó tal decisión. Asimismo, debe ajustarse a los fines de la norma y por último debe seguir los requisitos necesarios para su validez y eficacia.

Estos elementos como lo mencionados anteriormente, son los que condicionan la validez del acto administrativo discrecional y el control que se puede ejercer sobre ellos se fundamenta en verificar si han cumplido con los extremos de ley para dictar el acto. Sin embargo, no basta con vicios de forma o procedimiento para que el acto sea impugnabile ante la justicia. Es necesario que el actor invoque un agravio jurídico, la lesión de un derecho subjetivo, esto es, de un interés sustantivo protegido por el derecho objetivo, que tenga legitimación activa.

Vedel (Solís, 2004, p.750) sostiene:

La incompetencia y los vicios en las formalidades previas y concomitantes a la emisión del acto, constituyeron uno de los primeros intentos de reducir la extrema libertad operacional de la Administración, mediante la figura del exceso de poder, en Francia, cuya jurisprudencia fue seguida por el resto de los países.

Como ejemplo de lo anterior, podemos plantear el caso de que un funcionario administrativo competente, aún respetando las reglas de forma o procedimiento, pueda ejercer su poder con fines o por motivos distintos de los tomados en cuenta por la ley, al conferirle la atribución, entendiéndose, por tanto, que el acto que se dicte de esa manera, estará viciado por el fin de la ley o por desviación de poder.

Es a partir de entonces que, tanto el abuso de poder o exceso de poder que presupone la invasión por el órgano de un ámbito de competencia que no le pertenece, como los vicios acaecidos en la conformación de la voluntad administrativa, pasan a ser exhaustivamente analizados, aún cuando la sustancia del acto sea discrecional.

Tanto la doctrina europea como norteamericana, profundizan el control de los recaudos procedimentales y organizativos cuando la Administración ejerce la facultad discrecional; adquiriendo gran importancia la verificación de la corrección del procedimiento seguido en sus aspectos reglados o cognoscitivos.

De allí la importancia que adquiere el cauce procedimental en donde se desenvuelve la actividad administrativa, ya que su inobservancia acarrea la nulidad del acto; motivo por el que la obligación de motivar los actos administrativos, explicitando las razones de hecho y de derecho en forma suficiente, es una realidad insoslayable en nuestro país y en el extranjero, y este requisito es exigible tanto en la actividad reglada como en la discrecional.

La motivación del acto permite develar si la Administración ha usado su libertad de apreciación en forma correcta. García de Enterría, y Fernández (2000, p.450) nos recuerdan que:

El principio de interdicción de la arbitrariedad se vincula con la necesidad de que las decisiones administrativas puedan soportar una explicación objetiva, no es imprescindible que sea aceptada por una mayoría significativa, basta una respuesta satisfactoria, una buena respuesta razonable, sostenible, susceptible de resistir la comparación con otras decisiones también posibles.

Sobre lo anterior, se deben ponderar los antecedentes de derecho y de hechos relevantes, justificar que los irrelevantes carecen de trascendencia, explicar fundadamente su objeto, dar razones de por qué se ha seleccionado una alternativa cuando corresponda, entre otros aspectos.

En definitiva, debe quedar claro que la reducción de la discrecionalidad, se produce, entre otras razones, por la imposición de pautas procedimentales, motivación y formalidades regladas de acatamiento ineludible, aun cuando la norma reconozca un gran margen de libertad. En tal sentido, el control de su ejercicio se produce, también mediante la fiscalización de los procedimientos, formas y motivación correspondiente.

El ejercicio de la discrecionalidad, no justifica, por tanto, el incumplimiento de los requisitos procedimentales y formales exigidos por el ordenamiento jurídico, salvo cuando el propio margen discrecional incurriere en estos aspectos.

Todos ellos son típicos requisitos de la juridicidad, pero lo que en realidad justifica su tratamiento como técnica de control, es la íntima relación

con la discrecionalidad que la práctica administrativa muestra cotidianamente, así como la relevancia que históricamente se le ha dado a estos elementos.

Para que la discrecionalidad goce de la potestad discrecional, se debe verificar de manera previa el supuesto de hecho de la norma que le atribuya tal potestad. Al respecto, Solís (2004, p.744), señala:

Este control judicial opera sobre la base de la necesaria determinación que debe realizar la Administración del supuesto de hecho contemplado en la norma; de cuya existencia o realización depende el ejercicio del poder discrecional, pues la libertad de apreciación subjetiva en que se concreta el referido poder no puede extenderse a la facultad de decidir si ese supuesto fáctico (hecho determinante) existe o no existe.

Balzán (Grau, 2004, p.96) sostiene que “cada vez que la Ley subordine el ejercicio de un poder de la Administración a la existencia de ciertos hechos, el juez verificará si los hechos están efectivamente cumplidos y si justifican la emisión del acto”. Este control de la discrecionalidad involucra adecuar el supuesto de hecho previsto en la norma, o comprobar si los hechos, elementos y situaciones que la Administración tiene por ciertos al emitir su resolución, tienen existencia real al momento del control judicial.

Controlar los hechos determinantes, significa revisar los antecedentes fácticos que sustentan la emisión del acto, en definitiva, una parte de la causa, elemento constitutivo esencial que integra la juridicidad del acto administrativo. En caso de que existiera algún error o incorrección de tales antecedentes generaría, en consecuencia, una desviación de poder.

No se puede confundir los hechos determinantes de una decisión discrecional, con la discrecionalidad misma. La circunstancia de que la Administración ejerza una potestad discrecional, no es motivo para excluir totalmente la revisión judicial, puesto que dicha potestad sólo alcanza a la valoración de los hechos presupuestos, pero no a su existencia como tal, cuando ésta es objetiva (García de Enterría, 2005, p.177).

Cuando los hechos son determinantes de la decisión discrecional, la existencia y configuración jurídica de esos hechos son dos presupuestos de legalidad, pues constituyen la causa, al prescribir como requisito esencial de todo acto administrativo el deber de sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa. En virtud de ello, sería absurdo admitir como válido un acto administrativo que se apoye en hechos determinantes falsos o inexistentes, y considerar cumplido el requisito con la sola referencia a los hechos que le sirven de causa.

Linares (1986, p.322) afirma que “los actos administrativos son arbitrarios cuando prescinden de los presupuestos de hecho acreditados en las actuaciones administrativas, dando como verdaderos hechos falsos, o cuando se apartan abiertamente de las prescripciones legales aplicables al caso, o bien carecen de motivación”.

En algunos casos, los presupuestos son objetivos y no requieren de valoración alguna para determinar su naturaleza y existencia, y, en otros casos, su configuración jurídica es objeto de estimativa, ya que las conclusiones a las cuales arribe la Administración pueden ser revisadas por la justicia. En cambio, si se realiza según criterios de valor, técnicos o políticos, constituiría en todo caso un juicio de oportunidad y, por ello, sólo revisable judicialmente en casos de manifiesta arbitrariedad, irrazonabilidad o por violación del fin de la ley.

En nuestro derecho, la falsedad o inexistencia de los hechos determinantes de un acto administrativo, ya sea reglado o discrecional, es causal de nulidad absoluta, configurándose en todo caso como una ilegalidad.

En caso de que se ejerciten facultades discrecionales, los hechos son realidades objetivas, susceptibles en todo momento de control judicial. La ausencia de justificación razonable, la inexistencia o falsedad de los hechos que recaen sobre una decisión discrecional de la Administración, comporta un error de hecho que genera la invalidez del acto pertinente. Por lo que una vez realizado el control de los hechos determinantes de la decisión, corresponde, en todo caso, al Juez, indagar si la discrecionalidad ha respetado los límites de la juridicidad, incluyendo los principios generales del derecho.

La jurisprudencia, se ha pronunciado a favor del control sobre los hechos determinantes de la discrecionalidad, bajo los términos de veracidad y congruencia de los hechos, exigiendo la obligatoriedad de la motivación de los actos. El fallo de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia de fecha 02-11-1982, Caso: Depositaria Judicial que:

La obligatoriedad de la expresión de los motivos que llevaron a la Administración a adoptar el acto, ya sea reglado o discrecional, permite al juez, especialmente en estos últimos, y sin sustituirse a aquélla, revisar, no obstante, la veracidad y la congruencia de los hechos que, a través de la motivación expresada, el funcionario alega que ocurrieron, y con base en los cuales adoptó – apreciándolos según las circunstancias de oportunidad y conveniencia que tuvo a la vista- la medida posteriormente recurrible ante la jurisdicción contenciosa.

En razón del fallo antes mencionado, resulta pertinente destacar a modo de conclusión que, efectivamente, el control de los actos discrecionales va más allá de los elementos reglados, extendiéndose a los hechos determinantes de la discrecionalidad, exigiendo, por tanto, los motivos que le sirven de fundamento, los cuales devienen, en tal sentido, como requisito determinante de su validez, revisando igualmente su veracidad y congruencia del acto.

La actividad administrativa no se subordina sólo a la ley; también a los principios generales del derecho, que pasan a formar parte del sector reglado o vinculado al integrar el orden jurídico, y pueden ser aplicados en forma directa.

Cassagne sostiene que “los principios generales del derecho operan como garantías que impiden el abuso de las potestades discrecionales por parte de la Administración, pues si aquellos son la causa o base del ordenamiento jurídico no puede concebirse que el ejercicio de los poderes discrecionales pudiera controvertirlos” (Luqui, 2005, p.209).

El ejercicio de la facultad discrecional, al insertarse en el bloque de la juridicidad, debe necesariamente respetar los límites impuestos operativamente por los principios generales del derecho. Entre esos principios que han sido invocados a efecto de controlar la discrecionalidad, tenemos en primer lugar al principio de la racionalidad, que indica que la decisión administrativa no puede ser ilógica o irracional.

La Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en su sentencia de fecha 9 de junio de 1999 (Caso: Reina Henríquez de Peña), consultada en original, precisó:

Uno de los principios fundamentales de la actuación administrativa, íntimamente imbricado con el principio de legalidad, es el principio de racionalidad. Dicha racionalidad no es puramente abstracta, sino que se encuentra profundamente ligada a la realidad misma y en caso concreto, al supuesto de hecho. Ello se encuentra claramente reflejado en nuestro derecho positivo, particularmente en lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (...) En definitiva, considera esta Sala que, dado el enorme lapso transcurrido entre el momento en que se aportaron las credenciales en el concurso, y el momento en que las mismas se evaluaron y se nombró al juez; tanto el veredicto emitido por el juzgado como el subsecuente nombramiento, se encuentran viciados de nulidad, por contrariar un principio general del derecho como lo es el de la racionalidad por haber perdido toda vigencia los hechos y circunstancias que sirvieron de fundamento fáctico a la decisión.

La jurisprudencia ha reconocido como principio general del derecho al principio de racionalidad, y en el caso concreto al haber perdido vigencia los fundamentos de hecho de esa decisión, la Sala decidió declarar la nulidad del acto.

Otro de los principios generales del derecho que encontramos señalado en la doctrina, es el de la justicia o equidad, que precisa que la decisión discrecional no puede ser injusta; de igual forma, nos encontramos con el de la igualdad y la buena fe, que señala que toda actuación del funcionario que con intención falsee la verdad, se encontrará viciada de ilegalidad.

En cuanto al principio de justicia o equidad, Rondón (1981, p.335) afirma:

La Administración debe decidir y actuar de acuerdo a la justicia y a la equidad, sobre todo cuando la Constitución en su artículo 2 establece el Estado Social de Derecho y de justicia, que debe ser el norte de las actuaciones de los funcionarios públicos y también de los administrados y ciudadanos en general, motivo por el cual la actividad administrativa, no debe sobrepasar los límites trazados por la equidad y la justicia, debiendo ser controlados jurisdiccionalmente aquellos actos discrecionales de falta de equidad manifiesta o injusticia manifiesta.

Como consecuencia de ello, la Administración deberá elegir entre las diversas soluciones, la más equitativa, la que mejor respete los intereses de la Administración y de los Administrados, no pudiendo crear situaciones manifiestamente injustas, caso contrario, el funcionario que las origine incurrirá en el vicio de abuso o exceso de poder, previsto en el artículo 139 de la Constitución.

Adicional a los principios, nos encontramos con el de proporcionalidad, en virtud del que la decisión dictada en ejercicio de poderes discrecionales, debe existir una adecuación entre los supuestos de hecho y la decisión como tal, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y artículo 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

En atención a este principio, las medidas adoptadas en ejercicio de potestades discrecionales, deben ser proporcionales a los fines establecidos por la norma y a los hechos que la motivan.

Prestigiosa doctrina como Comadira, Fiorini, Parejo Alfonso, y Sánchez Morón, han considerado que los principios generales del derecho sólo vinculan negativamente las decisiones administrativas. Señala la

doctrina que ello ocurre cuando los principios aplicables son la arbitrariedad, la razonabilidad, la buena fe, la proporcionalidad y la confianza legítima. En esos casos, el juzgador se limita a anular las decisiones administrativas que en forma rotunda violentan algún principio de derecho, sin señalar positivamente en el caso concreto cuál es la alternativa más razonable o más proporcionada entre otras de igual condición, ni reproducir el proceso de formación de la voluntad administrativa sustituyéndola por otra judicial (Parejo Alfonso, 1998, p.37).

En este mismo orden de ideas, Bacigalupo (Luqui, 2005, p.258) considera:

Si bien ciertos principios se construyen sobre conceptos jurídicos indeterminados, sólo en sus zonas de reserva positiva o negativa posibilitan un juicio seguro sobre la violación de ciertos principios, no así en sus zonas de incertidumbre, en cuyo caso el juez debe respetar la decisión administrativa sin poder anularla ni sustituirla.

De allí que Sánchez Morón (1994, p.140) afirme que:

La decisión discrecional arbitraria será sólo la absolutamente irrazonable, esto es, manifiestamente carente de explicación; que el control de la apreciación de los hechos recae sólo en el error manifiesto cometido por la Administración; y el control de proporcionalidad en lo manifiestamente desproporcionado.

La doctrina europea para resaltar el control estrictamente negativo sostenido por esta parte de la doctrina, también hacen alusión al principio de interdicción o prohibición de exceso, o en otros casos, de interdicción de la arbitrariedad. Debemos reconocer que los requisitos de validez y eficacia de los actos derivados del ejercicio de la potestad discrecional, ya que éstos son la existencia de la potestad, así como su dimensión, para lo que se requiere

la identificación de la correspondiente norma atributiva, vienen a ser una aplicación del principio de legalidad administrativa, tal y como lo señala el artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Con estas limitaciones que fomentan el control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa, se contribuye a que esta potestad eminentemente necesaria para que la Administración sea eficiente, no incurra en arbitrariedad, no sea caprichosa, ni contraria a la ley, al Derecho y a la Justicia, y sea, en definitiva, expresión del Estado de Derecho,

Como se observa, ha habido un incremento progresivo de las técnicas de reducción y control judicial de la discrecionalidad que persiguen a toda costa evitar la arbitrariedad de la Administración, llegando incluso los jueces a cuestionar la oportunidad de la decisión, área tradicionalmente excluida de control que ha comenzado tímidamente a ser revisada por los órganos jurisdiccionales.

Por consiguiente, cualquier decisión discrecional no es lícita si vulnera algún principio general del derecho, entre ellos, el principio de proporcionalidad; por ello y siguiendo lo expresado por Sánchez (1994) , “puede decirse que es éste, en la práctica, el límite mas efectivo del ejercicio de potestades discrecionales”.

Para López (1988, p. 98):

La discrecionalidad no significa arbitrariedad, lo que quiere decir que en ningún caso puede la Administración ejercer sus poderes por la mera voluntad o capricho de sus autoridades y funcionarios. Cualquier actuación administrativa debe fundarse en una racionalidad intrínseca, debe guardar coherencia con los hechos determinantes y

con el fin público que ha de perseguirse (proporcionalidad). De ahí que se considere ilegal, por arbitraria, cualquier decisión que carezca de toda explicación racional o que se aparte de las más elementales reglas de la racionalidad y el buen sentido.

El problema reside en determinar qué es lo racional en cada caso. A efectos del control jurídico, no se trata de sustituir una decisión que tenga una lógica propia por otra distinta basada en diferentes razones, aunque estas últimas puedan parecer más atendibles al juzgador. No hay arbitrariedad por el mero hecho de que se entienda que hay otras decisiones más razonables, lógicas o convenientes que la adoptada por la Administración. De ahí que habitualmente los Tribunales ejerzan con cautela ese control de la racionalidad de la decisión, pues sólo cuando la decisión aparece desprovista de razón o incurre en un manifiesto error, puede afirmarse que se trata de una decisión arbitraria. Por otro lado, la prohibición de arbitrariedad se integra con la obligada observancia del principio de proporcionalidad. La decisión también será ilícita si aparece desproporcionada. Eso supone contrastar si existe adecuación entre los medios y los fines, a la luz de las circunstancias. Pero, tampoco este test de proporcionalidad arrojará en muchos casos un resultado matemático o plenamente objetivo. De aquí la importancia al problema planteado, la cual consiste en integrar las disposiciones constitucionales, legales, doctrinarias y jurisprudenciales, a través del análisis jurídico pertinente, con el fin no sólo de determinar una solución, sino de aportar con la investigación un método sistemático de aplicación del contenido del principio general de proporcionalidad en Venezuela, al utilizarlo como técnica de limitación de las potestades discrecionales, por parte de los órganos jurisdiccionales, garantizando de esta forma no sólo el pleno control judicial de la actividad de la Administración, sino también la plena sujeción de ésta a la Ley y al derecho.

En cuanto a la arbitrariedad, el profesor Duque (2008, p.565), atinadamente señala:

La arbitrariedad está prohibida constitucionalmente, según se desprende de los artículos 7, 25, 49, 137, 140 y 141 de la Constitución, y cabe dentro del abuso y la desviación de poder, así como también en la violación del debido proceso. Ahora bien, lo que se prohíbe constitucionalmente no es la libertad de actuar de jueces y funcionarios, sino el ejercicio de la discrecionalidad fuera de los límites que impiden la arbitrariedad. De allí que se incurre en arbitrariedad cuando, por ejemplo, se omite el hecho jurídicamente relevante o se introduce uno que no lo es; cuando se falsea la realidad de los hechos, ya que se omite el mayor valor que el ordenamiento jurídico ordena tener en cuenta; así mismo cuando no se razona la decisión por la que se optó o cuando el razonamiento adolece de errores graves o es inconsciente o contradictorio con la realidad de los hechos; o cuando se prescinde del debido procedimiento o cuando la decisión no es objetivamente adecuada o es claramente desproporcionada al fin perseguido legalmente, o no concuerda con el supuesto de hecho y la finalidad de la norma. Todos esos supuestos, aplicables tanto para las decisiones administrativas como para las judiciales, pueden ser objeto de control de la legalidad y de la constitucionalidad, y, por supuesto, respecto de la justificación en que se apoyan, aunque se trate de decisiones fundadas en criterios o motivos técnicos.

Para García de Enterría (2004), los principios generales del Derecho son una condensación, a la vez, de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el sustrato mismo del ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica. La Administración está sometida no sólo a la Ley, sino también a los principios generales del Derecho, razón elemental, porque la Administración no es señor del Derecho, como puede pretender

serlo. La Administración no es un poder soberano, y por esta simplísima razón no puede pretender apartar en un caso concreto, utilizando una potestad discrecional, la exigencia particular y determinada .que dimana de un principio general de derecho operante en la materia de que se trate. La Ley que ha otorgado a la Administración tal potestad de obrar no ha derogado para ella la totalidad del orden jurídico, el cual, con su componente esencial de los principios generales, sigue vinculando a la Administración. No tiene sentido por ello pretender ampararse en una potestad discrecional para justificar una agresión administrativa al orden jurídico, vale decir, a los principios generales, que no sólo forman parte de éste, sino mucho más, lo fundamentan y lo estructuran, dándole sentido propio, por encima del simple agregado de preceptos casuísticos.

Según Briceño (2002, p. 353):

Existen principios que gobiernan y conducen una determinada actuación para apuntalar y dirigir el actuar de la Administración, y para que esta sea en la medida de lo posible, en beneficio de los intereses colectivos... esta Administración actúa en consideración a principios, guías, mandatos... que no puede apartarse ni mucho menos desviarse en sus intenciones cuando pretenda ejercer a plenitud la satisfacción del interés colectivo... es decir, en la contradicción con sus principios nace en cabeza del ciudadano una reacción de disconformidad, instando en consecuencia al propio estado para que corrija ese actuar desviado y contradictorio de la Administración Pública a través de mecanismos en manos de los ciudadanos.

Para este mismo autor el poder discrecional es una institución fundamental del Derecho Administrativo, en la que existen medios y formas de actuar convertidas en principios y en contradicción con esos principios.

El control de la discrecionalidad por los principios generales hace al juez administrativo atenerse a su más estricta función de defensor del orden jurídico. En palabras de García de Enterría (2004, p.50):

Hay que decir que en parte alguna del Ordenamiento la apelación a los principios generales es más necesaria que en el Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo es el campo más fértil de la legislación contingente y ocasional, de las normas parciales y fugaces... más que en parte alguna resulta aquí evidente que sin un esqueleto de principios generales capaz de insertar y articular en un sistema operante y fluido ese caótico y nunca reposado agregado de normas, el Derecho Administrativo, ni como ordenación a aplicar, ni como realidad a comprender, ni, consecuentemente, como ciencia sería posible.

El mismo autor destaca que las posibilidades de un control judicial de los poderes discrecionales por los principios generales del Derecho, son muy extensos. Hay principios generales que funcionan como reserva última para condenar resultados extremos obtenidos por la Administración, como el principio de la iniquidad manifiesta, o el de la irracionalidad, o el de la buena fe, o el de la proporcionalidad de los medios a los fines, o el de la naturaleza de las cosas. Otros principios se revelan como límites directos más inmediatos y operantes, como el fundamental principio de igualdad, y en general, en afirmación de Bachof (1989), “todos los derivados de las decisiones políticas fundamentales y de los derechos y libertades fundamentales de las personas y las instituciones”, puesto que es evidente que la Administración no puede, en nombre de sus facultades discrecionales, violar principios constitucionalmente consagrados como base entera de la organización comunitaria y del orden jurídico, así, Fernández (2003), afirma que “el control judicial de la discrecionalidad no es, por ello, una negación del ámbito propio de los poderes de mando, y ni

siquiera se ordena a una reducción o limitación del mismo, sino que, trata de imponer a sus decisiones el respeto a los valores jurídicos sustanciales” .

Atienza (1995, pp.6-7), citando a Fernández, resume la teoría de los actos discrecionales de la Administración, y su control, de la siguiente manera:

- A) Todas las decisiones de la Administración son susceptibles de control judicial, incluidos los actos discrecionales.
- B) Los actos discrecionales de la Administración, puesto que no pueden ser arbitrarios:
  - 1) Deben estar motivados, es decir, deben estar basados en razones y no ser la mera expresión de la voluntad del órgano que los dicta.
  - 2) Esas razones no deben ser contrarias a la realidad, es decir, no pueden contradecir los hechos relevantes de la decisión (los “hechos determinantes”).
  - 3) Entre esas razones y la decisión debe existir una relación de coherencia.
- C) El control judicial de los actos discrecionales (que no es un control de mera legalidad, sino de juridicidad, pues la última palabra la tiene el Derecho, no simplemente la ley) se ejerce precisamente en relación con los tres aspectos anteriores. Lo que el juez debe controlar es, por tanto, que existen esas razones, que las mismas no contradicen los “hechos determinantes” de la realidad, y que resultan congruentes con la decisión (con el acto discrecional).
- D) El resultado de ese control (cuando el acto sometido a examen no supera el anterior test de racionalidad) puede ser:
  - 1) (Normalmente) la anulación del acto.
  - 2) (Excepcionalmente) la sustitución de la decisión administrativa discrecional por una decisión judicial, lo que sólo podrá tener lugar si:
    - a) Al final del proceso (es decir, en el momento de la toma de decisión por parte del juez) sólo es posible una única solución (el margen de discrecionalidad se habría reducido por tanto a cero), y
    - b) De esta manera se restablece una situación jurídica individualizada o, dicho de otra manera, se garantiza la efectividad de la tutela judicial.

## **CAPÍTULO II**

### **ELEMENTOS QUE CONFORMAN Y DELIMITAN EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y SU CONSTRUCCIÓN COMO PRINCIPIO ESENCIAL DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA**

#### **2.1 El principio de proporcionalidad como principio jurídico, y sus consecuencias**

Ahondar en el concepto de proporcionalidad, nos lleva, primero, a entenderlo como un principio y, segundo, a tener en cuenta que -valga la redundancia- como todo principio, éste conlleva un ordenamiento, un control, que hay que seguir, con el fin de evitar resultados que no coincidan con las normas jurídicas que establece la ley.

El principio de proporcionalidad es jurídico, con antecedente abierto y consecuente cerrado, lo que no implica que algunos autores descarten que la proporcionalidad, en sus tres escalones, es un cúmulo de tres reglas; esta es la posición de Alexy, en su teoría de los derechos fundamentales (Ramírez-Escudero, 2004, p.36).

Como se mencionó en el primer capítulo, la condición de principio va unida a dos consecuencias: la ponderación como método de aplicación y la creación de reglas como resultado de aquélla.

En la realización de la ponderación existen pasos delimitados por la jurisprudencia y la doctrina; se cuenta con un método para la ponderación, que habrá que considerar al aplicar todo principio. El control de la proporcionalidad, que analizaremos más adelante, igualmente deberá

someterse al método de la ponderación, con una intensidad conforme se avance en la aplicación de los escalones que lo conformen.

Mientras que los principios responden a la técnica de la ponderación, las reglas se aplican mediante la subsunción. La creación de reglas como resultado de la ponderación (la segunda consecuencia), reside en un resultado aplicativo. Al aplicarse un principio jurídico, el juez, indirectamente, ha creado una regla, como resultado natural del proceso ponderativo; al aplicar el principio, el juez obtendrá una resolución con una clara naturaleza de regla:

Antecedente:

1. Si un Concejal solicita información presupuestaria al equipo de Gobierno.
2. Si los datos pueden obtenerse mediante un soporte informático, a pesar del volumen de información solicitada.
3. Si dicho soporte informático se encuentra en poder de los servicios administrativos del Ente Local.
4. Si el Alcalde ha desestimado la solicitud del Concejal.

Consecuente:

1. Entonces la resolución será contraria al juicio de necesidad, y por tanto contraria al principio de proporcionalidad (Ramírez-Escudero, 2004, pp. 37-38).

Con el surgimiento de las reglas, el papel de los principios se fortalece, otorgándole un carácter de racionalidad en el discurso jurídico. Para Alexy, las reglas son criterios que refuerzan la argumentación de casos futuros en aplicación de dicho principio; las denomina “reglas de prevalencia condicionada” (Ramírez-Escudero, 2004, p. 38).

## **2.2 La necesidad de una teoría de la argumentación en su aplicación**

El principio de proporcionalidad debe entenderse como exigencia de la máxima adecuación entre el contenido del acto y los presupuestos de hecho del mismo, a la vista de su fin. De esta noción se desprende la necesidad de utilizar la argumentación como instrumento que describe y prescribe la actuación de la administración (y de los jueces), en la obtención de una respuesta correcta cuando haya varias disponibles. Como resultado de ésta puede explicarse y orientarse los pasos para obtener una decisión racional y por consiguiente razonable.

Con la argumentación se crea un discurso mas “refinado” para así llegar a soluciones más racionales y, por lo tanto, más legítimas, de ahí que la motivación tenga un papel tan relevante para el control de toda la actividad administrativa. Fernández (2002) expresa, brillantemente, que lo que está claro que no puede decirse de la imprecisión de las reglas del discurso jurídico, o de la falta de una teoría acabada e indiscutible de la argumentación jurídica, es que la idea de lo razonable remita simplemente a la voluntad subjetiva del juzgador y que, por esta razón, sea rechazable. Hay una regla general, aplicable tanto al administrador como al juez: la necesidad de fundamentar toda decisión y de fundamentarla en Derecho, y no en el deseo, en la voluntad, en el capricho, en las preferencias o en los gustos de quien la adopta. En un Estado de Derecho sólo lo fundamentado y justificado en esa área es razonable, y sólo lo razonable es jurídicamente admisible. La cuestión clave es la motivación, pero no la motivación entendida en ese sentido rutinario y formal que solemos dar al término, sino como justificación resultante de un proceso argumental más o menos explícito, pero apoyado siempre por razones exhibibles y sostenibles, dotadas de capacidad persuasiva y susceptibles por ello de resistir su eventual confrontación con

otras en un debate abierto ante una instancia imparcial, que tiene como testigo y como referencia una comunidad de hombres libres.

La teoría de la argumentación detecta la necesidad de incorporar un recurso más refinado a cargo del juez, con el propósito de aterrizar en soluciones prácticas, racionales y, ante todo, legítimas. Según García Figueroa (Ramírez-Escudero, 2004, pp.40-41):

La exclusión de la arbitrariedad judicial a partir de algún tipo de objetividad debe recurrir en este caso a alguna teoría de la argumentación jurídica. Con otras palabras, la consumación del Estado de Derecho se confía, en cualquier caso, a la posibilidad de una teoría de la argumentación jurídica que permita definir un espectro de soluciones constitucionalmente posibles y establecer prioridades entre ellas. Las relaciones entre estructura política, estructura jurídica y discreción judicial son, como se ve, bien relevantes. *La teoría de la argumentación jurídica constituye así un elemento indispensable para la legitimación del discurso jurídico y político en las sociedades postmetafísicas*, pero además es un elemento esencial para la reconciliación del principio democrático y la tutela de los derechos fundamentales en la institucionalización de los derechos humanos del Estado democrático (...) En sede dogmático-administrativa, Fernández Rodríguez (...) lo expresa, con hermosas palabras, en la siguiente afirmación: 'lo que está claro que no puede decirse, so pretexto de la imprecisión de las reglas del discurso jurídico o de la falta de una teoría acaba e indiscutible de la argumentación jurídica, es que la idea de lo razonable remita pura y simplemente a la voluntad subjetiva del juzgador y sea por ello mismo rechazable. Hay en todo caso una regla general, aplicable tanto al administrador como al juez: la necesidad de fundamentar toda decisión y de fundamentarla, precisamente, en Derecho y no en el deseo, en la voluntad, en el capricho, en las preferencias o en los gustos de

quien la adopta. En un Estado de Derecho sólo lo fundamentado y justificado en *Derecho* es razonable y sólo lo razonable es jurídicamente admisible. La cuestión clave es, pues, como ya tengo dicho, la motivación, pero no la motivación entendida en ese sentido rutinario y formal que solemos dar al término, sino como justificación resultante de un proceso argumental más o menos explícito, pero apoyado siempre por razones exhibibles y sostenibles, dotadas de capacidad persuasiva y susceptibles por ello de resistir su eventual confrontación con otras en un debate abierto ante una instancia imparcial, que, en última instancia, tiene como testigo y como referencia una comunidad de hombres libres’.

El juez debe afirmar el discurso, con el fin de que las resoluciones judiciales tengan la fuerza que ostentan las leyes, o el trazado de políticas públicas generales; debe atenerse al Derecho y contar con éste y sus herramientas en la obtención de su legitimidad; por tanto, él no se beneficia de una legitimidad democrática, sino de la legitimidad de sus actos.

La teoría de la argumentación y el principio de proporcionalidad van de la mano. El discurso del juez basará en el principio; este último, ciñe la argumentación a un procedimiento gradual y excluyente, que tiene que ver con la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, requiriendo un alto nivel de motivación; en pocas palabras, el principio de proporcionalidad contribuye a hallar la respuesta más apropiada al “caso difícil”.

El principio dará pie a encontrar soluciones a casos futuros, mediante la creación de reglas de prevalencia condicionada, y, en cuanto al caso que, en ese momento, esté atendiendo el juez, tomando las palabras de Bernal Pulido (Ramírez-Escudero, 2004, p.41): “legítima la solución del caso

presente, ordenando e incrementando el discurso del juez, conforme a las pautas de una teoría de la argumentación”.

Ramírez-Escudero (2004, pp.41-42) aclara que “el principio se manifiesta como un instrumento que materializa el mandato de control tutelar previsto en la Constitución, al tiempo que legitima la actuación del juez contencioso-administrativo en el ejercicio de sus funciones. El control no tiene por qué ser un obstáculo en el mantenimiento de los equilibrios entre poderes, sino más bien al contrario, el camino para su mejor realización”.

### **2.3 Extensión. Objeto del control de proporcionalidad**

La proporcionalidad constituye un límite de alcance general a la discrecionalidad y, como se ha dicho, el principio de proporcionalidad es de aplicación cuando los poderes públicos tienen cierto margen de libertad, porque cuando el poder es reglado, la lesión de la proporcionalidad se subsume en la infracción de la norma, sin embargo, este principio general debe informar la actuación de todos los poderes públicos, sea o no discrecional.

El control de proporcionalidad de las decisiones administrativas discrecionales incluye, en primer término, la adecuación al fin, lo cual se verifica a la luz de la decisión impugnada, exclusivamente. El acto pasa a ser analizado en su interior, y si constituye una decisión lesiva por inadecuada, innecesaria o desproporcionada respecto a los fines tasados, será declarada nula. En todo caso el juez administrativo podrá entrar a analizar los hechos que rodean el daño sufrido, pero el juicio se realiza en términos abstractos; no hay duda, es un control teleológico. Cuando el control se realiza no a la luz de la decisión impugnada, sino a través de la voluntad del órgano que dictó el acto, se está en el ámbito del control de la desviación de poder, es el

control finalista objetivo, lo que Desdentado (1997) ha llamado un mecanismo estrictamente jurídico que responde al método de la lógica deductiva; es un proceso integrativo, que incluye ambos controles (desviación de poder y proporcionalidad), y que al final permite efectuar un control mas allá de los requisitos de forma y procedimiento.

En el Derecho administrativo, la proporcionalidad va unida a diversas disciplinas dogmáticas. La Constitución atribuye al Tribunal Constitucional español la competencia para conocer de recursos de inconstitucionalidad contra disposiciones con rango de Ley, sean de carácter estatal o autonómico. Las vías procesales permiten la utilización del principio en casos distintos, sin embargo, con sus respectivas diferencias, dependiendo del tipo de control que los Tribunales estén llevando a cabo.

Sin importar que la configuración del control de proporcionalidad se haya realizado con poca rapidez y sin mucho orden, desde un principio se ha manifestado en dos tipos de supuestos: lesiones de derechos fundamentales y la lesión de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. En contra del segundo tipo de control de proporcionalidad, Jiménez Campo (Ramírez-Escudero, 2004, pp.213-214) señala:

El canon o principio de proporcionalidad protegería también el derecho fundamental frente al legislador, que quedaría sujeto, en su virtud, a exigencias añadidas, o en todo caso distintas, a las que depara la de respetar el contenido esencial del derecho. No tengo seguridad de que así sea y, como indicaré luego, creo, más bien, que el llamado principio de proporcionalidad o se identifica en este ámbito con lo que impone el respeto al contenido esencial o se subsume en las exigencias propias del principio constitucional de igualdad (...) Una proyección autónoma, al margen de esto, de la

proporcionalidad me parece inconcebible con la libertad de configuración del legislador.

El uso del principio está muy vinculado al control de constitucionalidad, debido al empleo que, del mismo, hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Resulta vital la presencia de una construcción jurisprudencial firme sobre el control de proporcionalidad, atendido, a su vez, a los juicios de racionalidad y razonabilidad; el Magistrado Jiménez de Parga y Cabrera (Ramírez-Escudero, 2004, p.215), señala:

De gran importancia, en cambio, para la interpretación constitucional, ha sido consignar en la sentencia del Pleno la libertad de que goza el legislador para escoger, dentro de la Constitución, las normas sancionadoras que en cada momento estime más oportunas y convenientes. Es una ratificación de la doctrina de nuestra jurisprudencia (...) Yo hubiera querido que la sentencia del Pleno arrancase de este postulado básico. La solución de las cuestiones planteadas se habría reforzado con una afirmación rotunda de la presunción de constitucionalidad de las leyes. *A mi entender, sólo son inconstitucionales los preceptos legales que de forma clara, evidente, de un modo tan manifiesto que no admita duda, infringen la Constitución.*

El juicio de adecuación (primer *test* del principio), que trata sobre la relación entre medio y fin, debe aplicarse según las normas de discrecionalidad.

Atienza (1989) entiende que una decisión jurídica es razonable sólo si:

- 1) Se toma en situaciones en que no cabría, o no sería aceptable, una decisión estrictamente racional.

2) Logra un equilibrio óptimo entre las distintas exigencias que se plantean en la decisión.

3) Obtiene un máximo de consenso.

Atienza expresa que hay que apelar a la razonabilidad, siempre que la racionalidad estricta no resulte suficiente, y uno de estos casos es precisamente cuando existan diversas soluciones aceptables (discrecionalidad).

El principio de proporcionalidad forzosamente implica una ponderación, que no es admisible en el caso de los derechos fundamentales, si se ha trastocado su esencia. Para seguir este principio, hay que atender el incremento de la argumentación, la neutralización de la función deferente y la creación de reglas de prevalencia condicionada, independientemente de si se trata o no de un “caso difícil”; aunque, hay que resaltar que, en este último, las herramientas del Derecho son muy limitadas, por lo que deben emplearse con prudencia, con independencia de la justicia o injusticia que arrastre el caso.

El acto objeto de control es una resolución judicial revisada por otro órgano jurisdiccional; de esta manera hay una revisión dentro del mismo ámbito, con un objeto que no tiene por qué identificarse con el de la *litis*, sin embargo, señala Ramírez-Escudero (2004, pp.218-219), “ello no significa que no exista una relación de equilibrios entre ambas instancias judiciales (...) Si el control de actos judiciales no responde a un control entre poderes del Estado, sí debe tener muy presente las exigencias de un valor constitucional: la independencia judicial”.

Las formas de ejecución de la sentencia, la restricción de cauces procesales, todo dependerá del proceso judicial y, al mismo tiempo, todo estará relacionado con los intereses individuales de alguna de las partes, y su impugnación se realiza dentro del sistema de recursos judiciales contenido en la Ley. “Estas vías de control admiten pretensiones ligadas al principio de proporcionalidad, con un nivel de escrutinio similar al contenido en el marco de un recurso contencioso administrativo que resuelve el fondo de una resolución administrativa” (Ramírez-Escudero, 2004, p.219).

El Tribunal Constitucional español ha considerado el derecho al acceso a la jurisdicción, como un supuesto rotundo de lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, y los términos en que se pronuncia su jurisprudencia son bien expresivos al respecto; contrastan con la mayor laxitud con la que cabe realizar el escrutinio en fase de recurso. Ramírez-Escudero (2004, p.220) plantea que “la impugnación de resoluciones judiciales tiene su razón ser en el sistema de recursos ordinarios, que permite a las partes someter la decisión del órgano jurisdiccional a un nuevo escrutinio del litigio. El núcleo de los recursos se centra en una revisión del fondo del asunto, y no en los pasos encaminados a obtener la resolución”.

Montero Aroca, Gómez Colomer, Montón Redondo, y Barona Vilar reflexionan (Ramírez-Escudero, 2004, p.220):

En el fondo del caso, la resolución de la pretensión traída al proceso por el recurrente, es el corazón del recurso. El auge de los aspectos procedimentales ha crecido en el tiempo, especialmente tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Sin embargo, desde una óptica general (...) se está en la mayoría de las ocasiones atendiendo sólo a evitar los posibles errores en que puede incurrirse por la jurisdicción en la aplicación del Derecho material, que es aquél con el que se decide sobre la

estimación o desestimación de la pretensión interpuesta por el demandante; esto es, se está procurando la corrección legal (material) de la decisión sobre el fondo. Pero los recursos pueden atender también a evitar el error en la aplicación del Derecho procesal, es decir, en la realización del proceso mismo, en la adecuación a la norma del 'camino' que es necesario recorrer para que la jurisdicción llegue a pronunciarse sobre el fondo'.

Las normas del proceso tienen han cobrado mayor relevancia y conocen sus propios mecanismos de recurso, gracias al desarrollo de las garantías en el proceso y la expansión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. El control de proporcionalidad en los primeros casos, aquellos ligados a la revisión del fondo, son los mismos que realiza el órgano jurisdiccional de instancia, en tanto se limitan a la aplicación del ordenamiento vigente. En cuanto al segundo caso, el control de proporcionalidad está unido al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y admite un control cabal del contexto forense en el que se adopta la resolución (Ramírez-Escudero, 2004, p.220).

Cualquier inadmisión del recurso debe someterse a un control de proporcionalidad más laxo que el realizado al observar las condiciones de acceso a la jurisdicción. En palabras del Tribunal Constitucional español, "no son constitucionalmente admisibles obstáculos al enjuiciamiento de fondo del asunto que sean innecesarios o excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de las finalidades para las que se establecen" (Ramírez-Escudero, 2004, p.220), por que el nivel de control, en cuanto a la línea jurisprudencial, reduce el estándar de control.

El juicio de la proporcionalidad posee un doble proceso aplicativo: primero, para enjuiciar la existencia de un derecho en juego; segundo, a la hora de calificar la lesión del mismo. Si nos encontramos ante un caso con

un derecho fundamental, el escrutinio que realice el órgano debe ser exhaustivo, en virtud de la relevancia o peso que trae consigo el derecho, lo que muestra la jurisprudencia y ha confirmado el Tribunal Constitucional español, al expandir la función del principio *pro actione*. La lesión o no del derecho debe venir precedida de un juicio sobre la existencia de un derecho en juego, del primer paso en la resolución del caso. El principio de proporcionalidad intervendrá en el *test* para determinar la existencia de un derecho fundamental, en el *test* para reconocer la existencia o no de la lesión, y en el *test* ordinario de control en caso de no existir un derecho fundamental en juego (Ramírez-Escudero, 2004, pp. 221-222).

Según García Enterría (Ramírez-Escudero, 2004, p.226), “el control de reglamentos se realiza a través de un juicio abstracto de validez” La conformidad del reglamento siempre se realiza en un juicio abstracto, dejando las pretensiones individuales de las partes en un segundo lugar, aunque importante. El profesor García de Enterría (Ramírez-Escudero, 2004, p.226), en 1970, defendió la instauración del sistema de “juicios abstractos” como técnica de fiscalización real y efectiva de normas, y como método de aplicación de los principios generales del Derecho.

La primera forma de control jurídico de los reglamentos es la propia Administración o los Tribunales de Justicia. La segunda forma es el recurso contencioso-administrativo contra disposiciones generales, y puede ser que ésta sea la vía tradicional de impugnación, por lo que pone el conflicto en términos oportunos, contando con la presencia de un órgano independiente, que es el órgano jurisdiccional, y las dos partes: demandante y demandado. En ambos casos, la norma será la que determinará la validez, lo que continúa conservando el juicio en términos abstractos. Ahora bien, el parámetro de legalidad de un reglamento no se limita únicamente a las disposiciones positivas contenidas en los textos legales, sino al canon jurídico de la ley y el

ordenamiento, en términos que la jurisprudencia ha traducido en principios generales (Ramírez-Escudero, 2004, pp.227-229).

El principio de proporcionalidad incide en el control jurídico de los reglamentos, en primer lugar, actuando de una manera destacada porque los parámetros de control resultan escasos en la esfera de las disposiciones generales; la disposición general sólo se enjuicia a la luz de la Constitución, normas con rango de Ley y normas reglamentarias jerárquicamente superiores. La introducción de estos principios como canon de control, se debe a la necesidad de los órganos jurisdiccionales de tener las herramientas suficientes para realizar una fiscalización eficaz.

En segundo lugar, si este principio es utilizado como control último, se debe a su vinculación con los juicios de justicia, aquellos supuestos de clara irrazonabilidad en que el acto o reglamento no tienen ninguna coherencia, pero su contenido no resulta subsumible en las normas estrictas.

En tercer lugar, tenemos que el principio de proporcionalidad interviene totalmente en el control de reglamentos cuando exista la lesión de un derecho fundamental. En este caso, intervienen derechos e intereses legítimos, sobre todo al tratarse de un derecho dotado de protección y necesitado de un juicio de proporcionalidad que determine la lesión de su contenido esencial. Aquí, el principio cobra un sentido particular, desde un punto descriptivo y prescriptivo, debido a que éste obedece a la lógica del caso concreto, pondera hechos y fines en un juicio ligado al Derecho y al caso, y siempre cuenta como objeto la potencial lesión de la esfera particular de un individuo o grupo. Por todo esto, el carácter abstracto del control de reglamentos se difumina cuando toma lugar el principio de proporcionalidad, y se debe realizar un análisis de los fines de la normativa, la decisión impugnada y las consecuencias fácticas de la misma; la abstracción inicial

resulta subjetivizada, y por ello casi se convierte en un pleito de derechos (Ramírez-Escudero, 2004, pp.231-233).

En cuanto a los actos administrativos, éstos pueden ser objeto de un juicio de proporcionalidad. En la medida en que se trata una relación entre el poder público y un particular, el principio interviene con toda su fuerza. Como destaca Rebollo Puig (Ramírez-Escudero, 2004, p.237), es notoria la relación entre el principio de proporcionalidad y el instituto del enriquecimiento injusto, situación que puede ser causada por incumplir el contrato, en concepto de canon.

#### **2.4 Actividades administrativas lesivas sometidas a control de proporcionalidad**

La realidad administrativa se caracteriza por la pluralidad de técnicas de actuación e intervención en la esfera de los particulares. Con la expansión del Estado social se vive un avance paralelo en los mecanismos de actuación de los poderes públicos, incluida la Administración, que no permite encorsetar el análisis de su actuación a partir de las tipologías de actos que es capaz de emitir. Para una mejor comprensión de la intervención administrativa, es vital aportar una visión relativa a las formas de actuación de la Administración sobre la esfera jurídica del ciudadano; las vías de crear o modificar situaciones pasivas en el administrado, las cuales cobran en estos momentos una variedad espectacular necesitada de racionalización si se trata de analizar su ulterior control.

Si la Administración actúa a través de actos y disposiciones generales, la actividad que puede realizar a través de éstos puede ser de ampliación o limitación de la esfera jurídica del ciudadano. El juicio de proporcionalidad es un canon de control de la actividad limitadora de situaciones jurídica. En

función del tipo de actividad podrá variar el grado de control ejercido por los Tribunales, de la misma forma que ocurre con los actos y disposiciones generales, por tanto, nos encontraremos ante un nuevo criterio de modulación del canon de proporcionalidad, y el estudio de cada tipología de actuación tendrá como objetivo la ordenación en la aplicación de nuestro principio (Ramírez-Escudero, 2004, pp.239-240).

Gallego Anabitarte (Ramírez-Escudero, 2004, p.240), es uno de los autores que defienden la aplicación del principio de proporcionalidad en todos los ámbitos de actuación administrativa, tanto lesiva como positiva. También es uno de los que reconocen el hecho incontestable de la mayor trascendencia que adquiere el principio en los primeros casos:

Este principio general es aplicable tanto en los supuestos en que la Administración *otorga un derecho subjetivo* al particular (*acto declarativo de derecho*) como en los que impone una sanción o una carga (*acto de gravamen*). En ambos casos tanto si se otorga como si se deniega el derecho o se impone la sanción, la resolución administrativa debe ser ponderada, razonada, sometida fundamentalmente al principio de proporcionalidad. La aplicación del principio de legalidad, sin embargo, es más rígida en los actos de gravamen que en los actos declarativos de derechos.

Un esfuerzo por catalogar las técnicas limitativas de derechos en un conjunto de categorías pétreas, es una labor que se ha realizado desde la doctrina italiana, sin embargo, no ha tenido el éxito en su día esperado, debido, principalmente, a que en su análisis de la restricción de derechos subjetivos perfectos, excluyen las intervenciones en la esfera jurídica al margen de las situaciones subjetivas, entre éstas, las expropiaciones, sanciones, órdenes, entre otras. La dogmática ha perseguido esquemas más amplios. Los profesores García de Enterría y Fernández Rodríguez

(Ramírez-Escudero, 2004, p.241) -basados en un esquema de Giannini, deudor de la teoría del negocio jurídico privado-, han propuesto un esquema sobre la *limitación de situaciones jurídicas*, que podría descomponerse en limitación administrativas, delimitaciones administrativas, potestades ablatorias, imposición de deberes y sacrificios de mero interés. En palabras de Ramírez-Escudero (2004, p.241-242):

Un esquema similar, aunque más rudimentario, lo trazan PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A., y ORTEGA ÁLVAREZ, L. (...) distinguiendo entre ordenación normativa, control preventivo (la autorización) y prestaciones forzosas. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., amplía la tipología y la conceptúa como actividades de información, condicionamiento y ablación. Asimismo, PARADA VÁZQUEZ (...) establece otra tipología de situaciones limitativas del individuo, aunque más restrictiva, distinguiendo en función de la gravedad de la intervención. No obstante, al excluir de su esquema las situaciones ilícitas, las medidas reguladoras y las de coacción, se dificulta la exposición del principio de proporcionalidad, que en cambio sí resulta aplicable en aquellas esferas que Parada excluye.

Dependerá de qué tipo de limitación ha empleado la Administración para usar el principio de proporcionalidad de una forma u otra, respetando, en todo momento, su estructura básica, pero con matices de interés de cara al controlador.

Lo apropiado en el acto administrativo, es que se realice de forma clásica y convencional de actuación lesiva por parte de la Administración, en condición de título, que incide en la esfera jurídica del ciudadano, hasta crear una disminución de un derecho subjetivo o un interés legítimo. En estos casos hay que contar con tres elementos, para sí poder articular el control de proporcionalidad: un acto o forma de resolución administrativa, un derecho

subjetivo o interés legítimo constituido (garantizando la protección jurídica), y la norma jurídica que ejerza de cobertura-potestad y legitime la actuación administrativa (que debe ser controlada en los juicios de proporcionalidad) (Ramírez-Escudero, 2004, pp.242.243).

La presencia de un derecho subjetivo o interés legítimo supone una esfera garantizada de protección jurídica, de la que el ciudadano podrá disfrutar frente a las intervenciones de la Administración. El derecho es un instrumento de naturaleza reaccional que permite una tutela desde las instituciones jurídicas y, al mismo tiempo, representa un interés o bien protegido, es decir, un valor en sí mismo, y actuará como elemento de ponderación en el juicio de proporcionalidad; es, justamente, el objeto que representa el derecho o interés legítimo el que actúa frente a los fines perseguidos por la actuación pública. Así, el control de proporcionalidad sobre limitaciones de esta naturaleza, el bien protegido y objeto de tutela se encuentra representado por el derecho o interés legítimo lesionado; éste es el que nos será de guía en la aplicación del principio.

La necesidad de una cobertura legal en la intervención administrativa, supone una fijación de los fines perseguidos por ésta. En sus tres *tests*, el control de proporcionalidad pondera los intereses del afectado y los fines perseguidos por la medida pública. Estos fines deben encontrarse entre las potestades cedidas a la Administración, so pena de aclarar la actuación *ultra vires*. De esta manera, la necesaria vinculación de la Administración a la ley cuando restrinja derechos e intereses de los particulares, se traduce en una atadura conceptual, de naturaleza lógica, que sujeta los poderes administrativos a una serie de límites de contenido, entre los que se encuentran los fines y objetivos. A la hora de llevar a cabo el principio, a partir de estos fines, este tipo de actuación debe ser controlada en los juicios de proporcionalidad.

El hecho de que los derechos puedan encontrar en el sistema jurídico-constitucional homólogos “reducidos”, como los intereses legítimos, supone un argumento más a favor de la variabilidad en los niveles de control de la proporcionalidad. Cuando la limitación administrativa tenga que ver con un derecho subjetivo, el principio se deberá aplicar de manera estricta, o con un grado más elevado de protección hacia el particular; mientras que la tutela de los intereses legítimos, por tratarse de esferas más “difusas” de protección, se hallarán ante una protección atenuada. Así lo ha venido realizando la jurisprudencia del Tribunal Supremo al afrontar esta resbaladiza distinción, aunque no siempre se observe a primera vista en sus sentencias. Ramírez-Escudero (2004, pp.243-244) aclara:

Decimos que no se desprende a primera vista de la jurisprudencia, porque los Tribunales, al enfrentarse a las distintas posiciones jurídicas activas del ciudadano, realizan un control de proporcionalidad variable, a partir del principio *in dubio pro libertate*. Así se muestra en las tempranas sentencias del Tribunal Supremo (...) Esta jurisprudencia manifiesta una aplicación variable del principio de proporcionalidad.

Lo esencial es leer la jurisprudencia sobre la materia, siguiendo una coherencia del sistema de garantías previsto en la Constitución y la legislación ordinaria.

Tras detallar estos elementos, no resulta necesario distinguir entre derechos subjetivos y derechos fundamentales, ya que su estructura es la misma y sólo vienen a distinguirse por la norma positiva que los constituye. Veamos de qué nos habla Alexy (Ramírez-Escudero, 2004, p.244):

Habla de fundamentalidad puramente formal, como rasgo distintivo basado en la ubicación jerárquica del derecho. Es cierto que Alexy no se limita a

aceptar la tesis de la fundamentalidad puramente formal, sino que hace suya también la tesis de la fundamentalidad *material* de tales derechos, 'porque con ellas (las normas/ derechos fundamentales) se toman decisiones sobre la estructura normativa básica del Estado y de la sociedad'. No obstante, no podemos destacar el carácter igualmente material de otros derechos, carentes de carácter iusfundamental, que ordenan una disciplina jurídica como el Derecho administrativo. En el fondo, la tesis de Alexy hace suya la partición entre validez en la estructura de los derechos reconocidos en la Constitución. A efectos del principio de proporcionalidad, la distinción entre derechos sólo tiene consecuencias en cuanto al estándar de protección aplicable al caso, y no a la técnica aplicativa del mismo.

Hay que resaltar cómo el bien o valor detrás del derecho o interés, cambia radicalmente cuando adquiere estatus constitucional. Tampoco hay que olvidar que puede haber derechos subjetivos dotados de una especial protección, sea material o procesal, sobre la que repercutirá la intensidad del control de proporcionalidad.

Por último, una última característica es la relación entre medios de restricción y el principio de proporcionalidad; ya que existe una relación directa entre las técnicas de intervención administrativa y su posterior control, en función del derecho o interés afectado y la respectiva lesión. Considerando la posición constitucional del valor libertad, el canon de proporcionalidad juega un especial papel en su vertiente de *mandato* a la hora de escoger la técnica, más que desde la perspectiva del control. El mandato de proporcionalidad indicará que la inscripción es preferible a la autorización; la verificación debe primar sobre la inspección; desde un punto de vista normativo, es más respetuosa la Directiva que el Reglamento; y así en adelante. Este mandato sirve para orientar la actuación de la Administración, y su vertiente controladora nos indicará los parámetros de la

fiscalización de esas mismas decisiones (Ramírez-Escudero, 2004, pp.244-245).

Giannini ha dado nombre a un conjunto de actividades administrativas tendentes a producir una privación o eliminación de un bien patrimonial. La ablación supone una extinción completa del derecho; según García de Enterría y Fernández Rodríguez (Ramírez-Escudero, 2004, p.246), “no se limitan los derechos afectados, sino que más bien se destruyen, se extinguen como tales derechos, total o parcialmente”. Esto causa un binomio limitación-ablación, que contrapone un efecto individual sobre el derecho frente a la desaparición o transformación de éste. Por esta razón, la técnica ablatoria suele identificarse con la expropiación.

García de Enterría y Fernández Rodríguez (Ramírez-Escudero, 2004, pp. 246-247) afirman que “la potestad ablatoria se aproxima a la expropiación prevista en los textos positivos. Las formas de actuación ablatoria de la Administración son tan variadas que la dogmática ha optado por dividir las en dos conjuntos:

- Expropiaciones.- La Ley no se refiere a limitaciones de los derechos, sino a su desaparición de la esfera jurídica del particular (“cualquier forma de *privación*”), en sintonía con la distinción que viene trazando la doctrina.
- Transferencias coactivas no expropiatorias.- Si la expropiación tiene un procedimiento preestablecido e implica una desviación del fin que está vinculado el bien (por ejemplo, se transforma el uso de un inmueble, de naturaleza particular, para reconvertirlo en escuela pública), sin posibilidad de cambio de uso por parte de la Administración, la transferencia coactiva no expropiatoria supone

una “técnica de intervención económica general”, dentro de la política pública de dirección de un determinado sector.

En la expropiación encontramos un bien obstaculizando la ejecución de una medida, a cuya eliminación se aplica un proceso de privación del derecho, mientras que la transferencia muestra una decisión individual dentro de una política general más parecida al “contrato forzoso”. El control de la proporcionalidad sobre el ejercicio de las potestades ablatorias se caracteriza por una serie de rasgos generales, aplicables tanto a las expropiaciones como a las transferencias coactivas no expropiatorias. El primer y más importante rasgo definitorio es la tendencia a reducir el nivel de discrecionalidad en manos de la Administración. El caso de la potestad expropiatoria es muy significativo, y a la vista están los trámites preceptivos que encuentra la Administración a la hora de privar a un particular de un derecho subjetivo, incluso en la determinación del justiprecio. La prevalencia de reglas de mandato, y no de fin, permiten recuperar la preeminencia de la potestad, para poder convertir la actuación ablatoria en un proceso de pocos márgenes para el ejecutivo, y un muy alto nivel de detallismo legal.

Resulta frecuente recurrir al principio de proporcionalidad, para impugnar su justiprecio, discutir la cuantía exacta de entrega forzosa, p destacar las consecuencias lesivas en términos competitivos de una decisión privativa de derechos. El control de la proporcionalidad es un *test* de fondo, sobre la oportunidad de la decisión administrativa. Los tres pasos en el control sirven para que el principio resulte garantista y aplicable en condiciones de notoria desproporción, salvo en los casos donde la Constitución o la Ley exijan una aplicación plena e intensa del principio, que debe actuar como una regla de interdicción de la más notoria desproporción, y a ese fin van destinados los tres pasos del principio (Ramírez-Escudero, 2004, pp. 246-249).

La creación de un deber a cargo del ciudadano es la forma más gravosa de intervención. En estos casos, la reglamentación o aplicación de normas impone una serie de actos para la consecución de fines determinados, a cambio de una restricción sobre la esfera del ciudadano. Los deberes se caracterizan por un contenido imperativo e individual, que los ubica a la par de las "órdenes administrativas". En estos casos, las intervenciones son de primera magnitud, con un mandato preceptivo por parte de la Administración dirigido a un particular, y el control de proporcionalidad que, en estas situaciones, realizan los Tribunales, se acentúa debido al grado de intervención y por el carácter individual de cada orden (que pueden ser preventivas, directivas y represivas; las últimas son las más dudosas desde un punto de vista jurídico, y admiten un control de proporcionalidad más fuerte; mientras que las dos primeras son más laxas de intervención, en tanto son limitaciones dirigidas a prevenir u ordenar, siempre en aras del interés general).

El primer rasgo, el grado de intervención, se manifiesta de forma intensa (que puede variar en función del carácter más o menos sustitutivo del deber, con el consiguiente nivel fluctuante de control de proporcionalidad) cuando la orden impone una actividad. Las órdenes deben tener un carácter individual, por lo que merecen un especial escrutinio desde el punto de vista de la igualdad; presentan una tendencia al control jurídico, que las torna más frágiles en el momento del escrutinio de proporcionalidad.

Se presentan situaciones en las que el particular resulta afectado indirectamente por una decisión administrativa, sin que exista la intención, por parte de la Administración, de intervenir en la esfera de dicho sujeto. "Si el interés legítimo se caracteriza por una esfera también indirecta, pero sobre la que la Administración tuvo la posibilidad de ponderar, las situaciones de mero interés son supuestas en que el particular sufre un detrimento en

alguna ventaja que sólo indirectamente, y por una cadena de acontecimientos que escapan a la voluntad y conocimiento de la Administración, se ven consumados”; se trata de una figura de difusos contornos que no encuentra su mejor respuesta jurídica en vía impugnatoria, especialmente desde la óptica de legitimación procesal para tener acceso al proceso que deberá sustentarse en el interés directo (Ramírez-Escudero, 2004, pp.249-250).

Al particular podría resultarle más apropiada la alternativa de la nulidad del acto o disposición por tratarse de una situación perjudicial con consecuencias prolongadas en el tiempo. En estos casos, el control de proporcionalidad resulta complejo y difuso; se torna borroso porque sus *tests* no acogen bien la protección de terceros (la adecuación y la necesidad deben dirigirse a una dirección que no ha sido tomada en cuenta por la Administración), y podría argumentarse que el principio no es aplicable en este tipo de casos. La respuesta a esta cuestión ha recibido dos tipos de aportaciones (Ramírez-Escudero, 2004, pp.251-252):

- En primer lugar, en términos negativos, puede afirmarse que un control de proporcionalidad implica que la Administración hubiera tenido en consideración los medios y fines para aplicar el mandato de proporcionalidad. A falta de estos presupuestos cabría otro tipo de control jurídico, pero no el de proporcionalidad. El resultado en este caso sería indemnizatorio, y expandir el principio a situaciones para las que no está hecho sería un caso claro de activismo judicial por parte de los Tribunales contencioso-administrativos. Esta solución la aporta el Derecho comunitario, al exigir de las instituciones comunitarias un análisis detallado de proporcionalidad en un sector tradicionalmente excluido de su ámbito protector: el ejercicio de competencias comunitarias.

- Una segunda postura, ésta sí positiva, nos la ofrece la doctrina británica. El sacrificio de un mero interés supone una afrenta al principio de seguridad jurídica y una lesión de una situación garantizada por el ordenamiento, entrando en juego la aplicación del principio de confianza legítima. La mecánica argumentativa de este principio exige, al igual que el principio de igualdad, un ulterior control de proporcionalidad. No basta con determinar si las expectativas fueron o no defraudadas, sino que resulta imprescindible una vez confirmada la lesión de la expectativa, probar que la medida era adecuada, necesaria y proporcionada a la luz de los hechos del caso. Así, se realiza una ponderación entre el mero interés y los fines de la Administración al adoptar la decisión. Esta respuesta tiene la siguiente ventaja: dado que la protección de situaciones de mero interés deben recibir un control laxo del ordenamiento (a riesgo de paralizar la actuación de los poderes públicos), su reconocimiento viene dado por una carrera con dos (notables) obstáculos: el control de la confianza legítima seguido de un triple *test* de proporcionalidad.

La llamada delimitación de derechos es una técnica con un profundo arraigo en el Derecho público económico, que supone la ordenación por parte de la Administración de un sector en su totalidad. La creación del *novum* se puede dar de dos maneras: a través de la monopolización del sector, a partir del cual se otorgan títulos concesionales que habilitan el ejercicio de los derechos, o por medio de una ordenación positiva del sector, en la que participan activamente todos los sujetos afectados. Para García de Enterría y Fernández Rodríguez (Ramírez-Escudero, 2004, p.253):

La administración no se encuentra con situaciones jurídicas previas: las crea, las configura, las delimita. No puede hablarse, por ello, de una

actividad de limitación de derechos, que por fuerza presupone su existencia previa y su contenido normal, son de algo en esencia distinto, de una delimitación originaria de los mismos, que surgen como tales, originariamente, de la acción administrativa. La delimitación señala el contenido normal de los derechos, sus fronteras o límites (pues no hay ningún derecho limitado).

Sin embargo, para Barnés (Ramírez-Escudero, 2004, p.253), en palabras de Ramírez-Escudero, la diferencia entre la limitación y la delimitación encuentra supuestos brumosos, como las leyes expropiatorias o las leyes nacionalizadoras, que tienden a difuminar la distinción.

La primera situación ha sido del dominio de las tradiciones administrativas continentales, merced a la nacionalización de la industria primaria. Es cada vez más común que el Estado opte por la segunda técnica de delimitación, la ordenación positiva del sector, que ofrece ventajas por tratarse, primero, de una técnica más respetuosa con los intereses de los particulares, ya que garantiza la participación de todos ellos en la elaboración de los planes o normas con mayor intensidad que la acostumbrada. También intenta ofrecer un “marco de libertad” en pro de los particulares, dejando de lado el presupuesto monopolizador que distingue a la primera opción. En tercer lugar, la opción de la delimitación positiva resulta más flexible que la monopolización, puesto que sus normas son susceptibles de cambios puntuales y adaptaciones a situaciones concretas, mientras que el título concesional se encuentra sujeto a la norma y fines que justifican el monopolio. En último y cuarto lugar, una ordenación positiva del sector reduce la intervención de la Administración por sí sola y exige una participación activa del particular, lo que habla a favor del valor democrático en la adopción de decisiones públicas.

En estas formas de intervención, el control de proporcionalidad resulta problemático por: la dificultad intrínseca del control en este tipo de materias –habitualmente dotadas de cobertura legal- sujetas a juicios técnicos, transacciones entre la Administración y todos los afectados y un sometimiento de la decisión política a la racionalidad económica; en segundo lugar, por lo difícil que es determinar dónde están los límites del control de proporcionalidad porque las formas de intervención adoptan técnicas novedosas y ajenas a las formas clásicas de actuación administrativa; y en tercer lugar, como factor que dificulta el principio, se encuentra el *self-restraint* que debe efectuar el juez administrativo al encontrarse con medidas adoptadas por mandato directo, sea por decisiones o reglamentos. Pese a estas dificultades, el principio de proporcionalidad, en ocasiones, resulta de gran relevancia (Ramírez-Escudero, 2004, pp.254-256).

Los sectores intervenidos necesitados de una presencia coactiva por parte del Estado generaron cuerpos de infracciones y sanciones, con el fin de garantizar la voluntad dirigista del poder público. Sin duda, la llamada potestad sancionadora de la Administración no tiene nada de discreta, ni de secundaria, ya que resulta por todos conocida la frecuente incompatibilidad entre sanciones penales y administrativas, donde éstas llegan a obtener más severidad que aquéllas. La doctrina y la jurisprudencia (luego avalada por el legislador) apostaron por una traslación de los principios del Derecho penal al Derecho sancionador administrativo.

Las peculiaridades inherentes al sistema jurídico penal, unidas al cambio de metodología en la imposición de las penas y su filosofía encaminada hacia la reinserción, hicieron que el desarrollo de nuestro principio sea peculiar y casi autónomo respecto de su situación en el control de la discrecionalidad administrativa. Hay un hecho, todo cambia, desde el trasfondo punitivo hasta la intervención en la esfera de libertad del

ciudadano, e incluso, también se va transformando el papel del juez controlador, permitiendo la legislación que éste preceda a un control positivo, capaz de sustituir la decisión adoptada al inicio; una situación que, en sede administrativa, lleva al Tribunal contencioso-administrativo, a realizar una sustitución de la resolución administrativa en toda regla. Resulta cuando menos problemático aplicar al control de la discrecionalidad administrativa los criterios de control de proporcionalidad ejercidos por los Tribunales contenciosos en un supuesto sancionador.

El principio de proporcionalidad ha adquirido un notable papel en la delimitación de competencias entre poderes públicos. El Derecho administrativo no puede adoptar una regla de distribución de competencias por influjo del principio comunitario de proporcionalidad, ya que su lógica obedece a un fenómeno distinto que en poco aclara las más correcta aplicación de las reglas competenciales. Se ha llegado a decir que el Derecho administrativo no es más que el esfuerzo del jurista contemporáneo por la reducción de la discrecionalidad (Ramírez-Escudero, 2004, pp.256-263).

## **CAPÍTULO III**

### **CONTENIDO Y ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO INSTRUMENTO DE CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA**

#### **3.1 El fin como canon del control**

El poder público es un poder otorgado por mandato expreso de los ciudadanos; cualquier orden procedente de aquél, está legitimada por el previo consentimiento de su destinatario. Si llevamos esta idea al ordenamiento administrativo, tenemos que la Administración actúa sobre la base de un apoderamiento, y sólo éste actúa como causa justificativa de sus actos. El problema no radica en investigar si hay o no apoderamiento, sino en la forma que debe adoptar y el instrumento jurídico necesario para que la lógica del fundamento poderdante no resulte afectada. La solución a la que llegaron los sistemas jurídicos decimonónicos dejó el apoderamiento en manos de las normas con rango de Ley, sin embargo, hoy, debido al deterioro causado por la norma de origen parlamentario, el equilibrio se ha inclinado hacia las normas constitucionales y las normas reglamentarias. Existe una disputa sobre el rango normativo del apoderamiento, pero nadie discute la necesidad del apoderamiento en sí (Ramírez-Escudero, 2004, pp.283-284).

Beladiez (Ramírez-Escudero, 2004, p.284) defiende una versión de la teoría de la vinculación negativa de la Administración la Ley, pero nunca aboga por una actuación sin ningún apoderamiento; reconduce la actuación administrativa a la existencia de un apoderamiento finalista; elimina la vinculación a la norma con rango de Ley, sin alejarse de un apoderamiento, como lo es el finalista; en sus palabras:

En estos supuestos en los que la Administración actúa sin norma previa que específicamente regule su actuación, *la causa del acto se convierte en el vínculo jurídico que une su actuación con el ordenamiento*. Todo acto que no responda a esta finalidad es contrario al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, infringe el principio de legalidad. Por el contrario, si tiene su causa en servir el interés general y no existe ninguna norma que prohíba a la Administración realizar esa actuación, el acto será conforme a Derecho y, por tanto, respetará el principio de legalidad.

Según Villar Palasí y Villar Ezcurra, la potestad es una figura jurídica cuyos orígenes se remontan a los juristas romanos, y denota una posición jurídica activa (Ramírez-Escudero, 2004, p.284). Tras la noción de potestad reside la idea de poder, un poder jurídico para hacer algo y en unos términos prefijados; su función lleva incardinados límites jurídicos; tras varios siglos de evolución, fue delimitada a manos de los juristas medievales hasta crear unas categorías de status jurídicos caracterizados por el ejercicio de un poder igualmente jurídico: potestades, derechos, intereses, entre otros; los juristas le otorgaron especial atención, en especial, en el plano de lo público (que gira en torno a la figura de la potestad), donde los intereses afectaban a la *polis*. Hasta la llegada de la segunda mitad del siglo XX, y el nacimiento del Estado social, la noción de potestad, poco a poco, se va delimitando con un origen democrático y un límite sobre derechos fundamentales. El Derecho fue perdiendo exclusividad de la Ley para compartir sus funciones con las micronormas administrativas, por la expansión del aparato burocrático y la necesidad de contar con órganos que lo regularan (Ramírez-Escudero, 2004, pp.284-285).

Aunado al crecimiento del Estado, se origina la necesidad de que la actuación de éste se integre a los objetivos de la política pública, naciendo una estrecha relación entre la potestad y el interés general. De esta manera,

el papel de la potestad cambia, acercándose más a la teleología. La potestad administrativa se desarrolla y torna en potestad fiduciaria; la primera está estrechamente ligada a los fines; mientras que la segunda se relaciona con el objetivo que la justifica, es decir, abarca, no sólo el estudio de los fines de la medida, también de los medios empleados y su efectivo funcionamiento. Según García de Enterría y Fernández Rodríguez (Ramírez-Escudero, 2004, p.287):

En todo acto discrecional hay elementos reglados que permiten un primer control externo del correcto ejercicio de la potestad administrativa, y entre esos elementos reglados se encuentra el fin del acto, *ya que toda actividad administrativa debe dirigirse a la consecución de un fin determinado, y explícita o implícitamente todas las potestades administrativas se otorgan para alcanzar un interés público*, en bien del servicio, concepto indeterminado o cuya aplicación puede ser revisadas en vía jurisdiccional.

La proporcionalidad era vista objetivamente entre los fines que pretendía perseguir la autoridad, antes de que la dogmática profundizara el contenido del principio, en el que se empiezan a realizar análisis medio-fines puros, abstractos, tratando, sobre todo, los hechos lesivos sobre la situación jurídica del recurrente y los sujetos relacionados con el caso. La “pureza” del juicio de proporcionalidad hace que sea in medio oportuno para llevar a cabo las potestades fiduciarias (Ramírez-Escudero, 2004, p.291).

La potestad fiduciaria tiene una doble función: por una parte es un título habilitante; por el otro, un instrumento de control que permite al juez tener voz en la decisión. Esta función tiende a causar confusiones, mediante un escrutinio teleológico que se da a través de dos mecanismos:

1. El control subjetivo: la conformidad a los fines de la medida se enjuicia no a la luz de la decisión impugnada, sino a través de la voluntad del órgano que dictó el acto. Si el recurrente demuestra que el titular del órgano dictó una decisión para obtener un resultado distinto al contemplado en el acto, entonces existe una desviación respecto del fin. Este distanciamiento, idéntico al operado por el fraude de ley en el Derecho privado, permite al juez enjuiciar la voluntad real de quien adoptó la decisión impugnada, y analizarla hasta determinar el *fin* real. Esta es, como todo el mundo sabe, la llamada 'desviación de poder'.
2. El control objetivo: la conformidad a los fines se enjuicia a la luz de la decisión impugnada, exclusivamente. El acto pasa a ser analizado en su interior, y si constituye una decisión lesiva por inadecuada, innecesaria o desproporcionada respecto de los fines tasados, será declarada nula. En todo caso, el juez administrativo podrá entrar a analizar los hechos que rodean al recurrente, con el objeto de conocer el daño sufrido y/o la existencia de medios alternativos, etc., pero el juicio se realiza en términos abstractos y ceñidos al caso. Este es el mecanismo que desempeña, con importantes repercusiones, el principio de proporcionalidad (Ramírez-Escudero, 2004, pp.292-293).

La desviación de poder es un vicio, cuya infracción es constitutiva de un ilícito, permitiendo al Tribunal tener noción sobre un aspecto decisorio administrativo tradicionalmente ajeno a las facultades del juez contencioso, como es la intención del órgano competente a la hora de adoptar cualquier acto. La Administración, al momento de ejercer sus potestades se basa en los fines de la habilitación, y también puede expresar otros objetivos concretos, propios del acto individual. Podría reconocerse la existencia de fines principales, tasados legalmente a través de las vías antes descritas, al tiempo que la Administración puede manifestar, de mera

complementaria a los fines previstos por la Ley, objetivos para la decisión individual. La separación entre fines principales y complementarios nos conduce a dos niveles: el fin de la habilitación legal y el fin del acto administrativo o disposición general. El objetivo de la Ley sería el fin *stricto sensu* del acto en cuestión, mientras que los motivos concretos que legitiman la decisión administrativa constituyen su causa. El fin es un elemento lo suficientemente preciso como para soportar la problemática de la causa y sus consecuencias jurídicas; el fin principal se refuerza por los fines complementarios a efectos de un control teleológico (Ramírez-Escudero, 2004, pp.293-303).

### **3.2 Los medios como objeto del control**

El fin de la potestad administrativa es el parámetro de control estándar de la proporcionalidad. Los medios son el objeto de dicho control. Éstos hacen referencia al soporte que emplea la decisión para surtir sus efectos, y a la incidencia de la actuación administrativa en la esfera del ciudadano; será esta repercusión la que permitirá al juez administrativo evaluar la conformidad entre el sacrificio y el fin perseguido. García de Enterría (2005) infiere necesariamente que el medio es siempre una actuación restrictiva de la esfera jurídica del particular (acto lesivo). El principio es una máxima que tiene como finalidad la interdicción de las agresiones desproporcionadas en el patrimonio jurídico del ciudadano, de tal forma que una resolución declarativa o constitutiva de derechos imposibilitaría la aplicación del principio. Así, solo los medios con repercusiones ablativas son susceptibles de participar en el juicio de proporcionalidad (Ramírez-Escudero, 2004, pp.304-305).

Para Barnés (Ramírez-Escudero, 2004, p.308), la relación entre el medio y el fin debe ceñirse a su expresión más detallada, con el objeto de

evitar el desenfoque o desviación, en más o en menos, del juicio de proporcionalidad. Para el autor, es preciso que se empareje o ponga en conexión cada medio con la finalidad más inmediata y directa a la que se orienta. Tiene sentido, ya que los riesgos que comporta dicho principio en convertirse en un control de valores y opiniones subjetivas, mas allá del ámbito estrictamente jurídico, es muy amplio. El mismo autor estima que ambas nociones (medios y fines) deben ser lícitas para poder articular el principio, ya que si son ilícitos estaremos ante una potestad discrecional donde se han infringido sus elementos reglados, y, por lo tanto, no resultaría necesario llegar al estadio del control de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad enjuicia una decisión lícita a la luz de unos fines lícitos, dentro de una variedad de soluciones posibles, por tanto, el principio de proporcionalidad es un instrumento destinado a fiscalizar el ejercicio de la potestad discrecional de la Administración. Esta afirmación se refuerza al analizar los tres *tests* que integran el principio, uno de los cuales se basa en la existencia de una medida menos restrictiva que la impugnada. Esta forma comparativa de operar hace que la proporcionalidad enjuicie varias decisiones posibles, impidiendo así el control de potestades regladas, cuya solución se encuentra predeterminada. Sin embargo, no hay que descartar la posibilidad de un control de proporcionalidad de potestades regladas con tanta contundencia; cabe tal fiscalización cuando el acto administrativo, con independencia de su carácter reglado, suponga un resultado tan arbitrario que no sea capaz de superar el *test* de adecuación; esto es posible porque los actos administrativos pueden ser sometidos a un *test* de adecuación, que no tiene naturaleza comparativo, cuando carezcan de coherencia entre medios y fines. En este tipo de control no es necesario hacer referencia a otras medidas más o menos restrictivas, bastando la decisión en sí misma a la luz de los hechos. El juicio de proporcionalidad se

efectuaría no contra el acto administrativo, sino contra la norma de cobertura del acto (Ramírez-Escudero, 2004, p.310-311).

El principio encuentra un *prius* aplicativo en cuanto a las medidas de carácter lesivo. En primer lugar, no es posible realizar un juicio de proporcionalidad cuando la decisión impugnada beneficia al particular, o repercute de manera positiva en su esfera jurídica. En este caso, el otorgamiento de una licencia no cabe ser enjuiciado a la luz del principio de proporcionalidad cuando su contenido es declarativo de derechos de manera parcial; un caso distinto es el que la decisión administrativa atribuya derechos, pero en el marco de una potestad discrecional pudiera haber optado por otra decisión más favorable; en ese supuesto sí se puede realizar una extensión del principio, comprendiendo que la lesividad se refiere al margen entre la decisión adoptada y la posible decisión más favorable.

En segundo lugar, el juicio de proporcionalidad se lleva a cabo sobre los actos de la Administración y no en cuanto a los actos del ciudadano; su función se orienta al control de la actuación pública, y la aplicación de estos parámetros a la esfera de los particulares puede generar distorsiones.

El principio no resulta aplicable donde surjan conflictos interadministrativos, concretamente en el ámbito de las competencias. Será en la esfera de la protección individual, frente a intervenciones lesivas, donde el principio muestre su mejor desarrollo, con independencia de que el Derecho comunitario haya hecho suya esta vertiente del principio.

El principio no genera normas jurídicas, sino reglas de prevalencia condicionada aplicables a casos futuros en casos similares, al tiempo que genera parámetros y criterios de cara a la actuación administrativa. El juicio se realiza ceñido al supuesto y se destina a marcar un límite en tal caso, lo

que determina que la regularización del principio no entrañe un proceso de creación de normas, como podrían aducir los críticos del principio, sino una técnica de control jurídico destinado a erradicar actos y disposiciones generales afectados de manifiesta desproporción (Ramírez-Escudero, 2004, pp.312-314).

### **3.3 Contenido del control. El triple test de proporcionalidad**

Según González (2003), ¿cuál es el contenido y la aplicación práctica de este principio? Proporcionalidad implica hablar de tres juicios acumulativos (progresivos), que actúan con carácter eliminatorio y que conforman el llamado “test alemán de proporcionalidad”. Cualquiera de los test puede justificar una infracción del principio de proporcionalidad, son de intensidad variable, son mandatos de optimización que ordenan a la Administración una actuación equilibrada, en tanto su aplicación sólo puede realizarse de manera gradual y en atención a las circunstancias de cada caso, por lo que estos tienen una naturaleza de principio. Configuran una estructura generadora de justificación, según Craig (1999), por lo que es una estructura formidable para fomentar la argumentación, así:

a) **El juicio de adecuación o idoneidad:** el acto jurídico impugnado debe ser un medio coherente con el fin perseguido, y su adopción debe permitir alcanzar tal objetivo; en caso contrario si se demuestra que la medida no conseguirá tal resultado, será anulada por infringir el juicio de adecuación y por consiguiente el principio de proporcionalidad (Ramírez-Escudero, 2004, p.317).

Lo que cabe destacar del *test* de adecuación, es que consiste en una apreciación taxativa sobre la eficacia absoluta de la medida para conseguir un resultado. Por tanto, no cabe aplicarlo cuando la medida plantee

cuestiones de matiz sobre la mayor o menor idoneidad en la consecución del objetivo. Si la medida va a conseguir los resultados de una forma desventajosa, o ineficaz, no es un factor que el juez deba tener en cuenta para aplicar el *test* de adecuación, pues éste se centra en la coherencia total para conseguir un fin (Ramírez-Escudero, 2004, p.318)

Este tipo de juicio se caracteriza por tratarse de un control de manifiesta desproporción, ya que solamente aquellos supuestos en los que la medida sea claramente inadecuada para conseguir los objetivos, entrarían dentro de la esfera aplicativa del *test*. De lo contrario, el principio estaría abriendo las puertas a la libre valoración del juez sobre la eficacia de la acción administrativa, lo que excede las funciones que la proporcionalidad atribuye al controlador. En el caso de que la adecuación no fuera un *test* de manifiesta desproporción, estaríamos ante una técnica de valoración abierta a la discreción del juez, ya que todas las medidas administrativas son susceptibles de una opinión sobre su mayor o menor eficacia al momento de cumplir con sus objetivos. Según Ramírez- Escudero (2004, p.319):

Nunca debe perderse de vista el medio *stricto sensu*: la lesión subjetiva. Si el principio torna la mirada hacia criterios de eficacia política y obvia el papel del individuo en el seno del proceso, no estaremos ante un juicio de proporcionalidad, sino ante una valoración del juez sobre la viabilidad práctica de una medida o política administrativa. En estos supuestos es especialmente importante la motivación que efectúa el órgano jurisdiccional, pues en ella podrá dilucidarse la verdadera inclinación de éste y las magnitudes que ha barajado. Si el criterio se aparta de la evaluación particular-Administración, el control de proporcionalidad habrá fracasado y la Sentencia será susceptible de revisión en vía de recurso.

Las medidas administrativas de carácter general, en especial cuando son manifestaciones de una política pública global, conllevan el riesgo de no llegar al éxito deseado, sin embargo, esto no se trata de principios jurídicos, sino de la dinámica propia de la actuación política y administrativa, y sólo cuando ésta alcance unos niveles de inadecuación notoria, podrá entrar en juego el *test* de adecuación.

La adecuación se predica únicamente del medio con el fin, por lo que el *test* no entraña la necesidad de incorporar elementos de comparación; es un *test* inconmensurable que se basta de la medida impugnada para poder ser llevada a la práctica. La adecuación puede estar acompañada de elementos comparativos que avalen la tesis de la inadecuación (Ramírez-Escudero, 2004, pp.319-320).

El juicio de adecuación es un principio jurídico con un contenido normativo preciso, pero resulta inevitable indagar en la valoración de los hechos que lo sustentan; aunque el principio de proporcionalidad haya sido considerado la máxima expresión de una técnica jurídica de contenido abstracto, no puede olvidarse que se trata de una máxima muy ligada a los hechos que circundan la medida administrativa impugnada a pesar de que el juicio sea finalmente jurídico, sólo los hechos probados mostrarán si estamos ante una medida adecuada o no, y la valoración de aquellos entraña importantes riesgos de subjetivismo judicial, tal como lo afirma Fernández (Ramírez-Escudero, 2004, p.320).

Para que un acto jurídico de carácter administrativo resulte inadecuado para alcanzar sus propósitos, resulta vital que se pruebe el *nexo de unión* entre la medida y el fin. La valoración fáctica no se centra en la medida en sí, sino en el vínculo que une a ésta con el objetivo de la misma. Es necesaria la presencia de un *nexo causal* que dirija la acción del acto

impugnado en dirección a la consecución del fin tasado, quedando en manos del recurrente demostrar –especialmente, cuando se emplean argumentos de proporcionalidad- que tal nexo se encuentra viciado. Por ello, deberá acudir a una valoración fáctica muy similar a la existente en procesos de responsabilidad patrimonial, donde la Administración ha de probar que no existe nexo de causalidad entre la actuación administrativa y el daño sufrido. Salvando las distancias, ambas exigencias entrañan una valoración fáctica en manos del juez, pero en el caso del test de adecuación existe un riesgo añadido: el juicio se centra en una medida que estaba prevista para alcanzar el fin, mientras que el daño en procesos de responsabilidad en ningún momento es un objeto deseado, llevando al juez administrativo a plantear la eficacia práctica de una medida administrativa, y ello le sitúa en un contexto muy cercano a la administración. Con el fin de evitar esto, se recomienda ceñir algo más la valoración de los hechos, e incluso aportar dos exigencias que ya están implícitas en la jurisprudencia y la doctrina: los juicios de relevancia.

Atendiendo a los hechos presentados por las partes, el juez se ve obligado a pronunciarse sobre la coherencia de una medida para alcanzar un fin concreto. Los hechos que justifican la medida pueden ser analizados de la siguiente manera: ¿la Administración ha tomado en consideración hechos irrelevantes para la adopción de la medida? ¿La Administración ha obviado hechos relevantes para la adopción de la medida? Esta técnica, que procede directamente de la doctrina jurisprudencial de los hechos determinantes, tiene la ventaja de aclarar la valoración fáctica que debe realizar el juez en el *test* de adecuación, porque la cuestión se centra en que la Administración ha adoptado una decisión con base en un conjunto de hechos, y el recurrente entiende que tal decisión, además de ser lesiva para sus intereses, no alcanza en modo alguno los resultados deseados. En cuanto a estos hechos, no deben confundirse entre sí, ya que éstos se refieren a la falsedad o

veracidad de los mismos, mientras que la doctrina de la relevancia se refiere a la consideración o no de hechos que debían haber sido apreciados; en el primer caso, la Administración distorsiona la realidad, mientras que, en el segundo, lo ignora. La doctrina ha estimado que, en esencia, los juicios de relevancia se integran en la técnica de los hechos determinantes, e incluso la jurisprudencia ha hecho un uso de aquéllos en esta dirección (Ramírez-Escudero, 2004, pp.320-321).

Siguiendo a Fernández (Ramírez-Escudero, 2004, p.322), la tarea de los jueces:

No es, por tanto, repetir el mismo ejercicio que la Administración para llegar a través de él, al mismo o diferente resultado, lo que les convertiría, ciertamente, en administradores, sino verificar si en el ejercicio de su libertad decisoria la Administración ha observado o no los límites con los que el Derecho acota esa libertad y si, finalmente, la decisión adoptada puede considerarse, en consecuencia, como una decisión racionalmente justificada o, por el contrario, como simple fruto de la voluntad desnuda de quien la ha adoptado. Esta última conclusión será inevitable si: (...) no se ha tomado en consideración algún factor jurídicamente *relevante* o se ha introducido en el proceso alguno que no lo sea.

Durante su esfuerzo en profundizar en los hechos del caso, existe el riesgo de que le juez se introduzca en un discurso técnico ajeno a las necesidades jurídicas del juicio de adecuación, lo que provoca una mayor tensión en la aplicación práctica de la proporcionalidad, y exige del juez el mantenimiento de un equilibrio difícil de garantizar. Es necesario el mantenimiento del juicio jurídico ceñido a la adecuación entre medios y fines (ambos jurídicos), al tiempo que el análisis se vuelca en los hechos que rodean el caso, en busca de una quiera en el nexo de unión entre las dos

magnitudes. El juez siempre tendrá la oportunidad de involucrarse en los tecnicismos del caso, y tendrá la opción de subjetivizar el juicio; encubrir un prejuicio con un informe pericial; arreglar la decisión ya adoptada con datos técnicos; o errar en su valoración, al no estar dotado de los conocimientos teóricos requeridos. En resumen, el juicio de adecuación exige un equilibrio de difícil cumplimiento, que nos recuerda que estamos ante una técnica de control jurídico basada en la coherencia entre medios y fines jurídicos (Ramírez-Escudero, 2004, pp.325-326).

b) **El juicio de necesidad o la medida menos restrictiva:** el acto jurídico impugnado, para superar un juicio de necesidad, debe ser la medida menos lesiva para los intereses particulares. El recurrente debe probar que existen otras alternativas que alcanzan igualmente los fines tasados, pero resultan más respetuosas con la esfera jurídica del ciudadano. En palabras de Rodríguez (Ramírez-Escudero, 2004, p.334), la medida limitadora ha de ser un medio útil o apto para la consecución del bien público que aquella tiene como fin, es decir, cuando la medida afecta a derechos o intereses de los particulares, por que existan otras medidas alternativas igualmente idóneas para la consecución del fin, y que produzcan un menor efecto negativo sobre esos derechos e intereses, la elección realizada por la administración no es conforme a Derecho y podrá ser anulada por los tribunales, por lo tanto, la decisión pública debe ser necesaria o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los particulares; en palabras de Barnes, “por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles -ley del mínimo intervencionismo-”.

Un aspecto que resalta es el carácter comparativo del juicio de necesidad, por la razón de que todo circula en torno a la existencia de una alternativa menos restrictiva. Sin embargo, al destacar que este aspecto

comparativo, impone límites a la valoración del juez, ya que si bien el *test* le permite analizar otras opciones válidas y eficaces para la consecución del fin tasado, el juez no podrá indicar cuál es la opción menos restrictiva de las presentadas, porque el juicio de necesidad es un control negativo que en ninguna medida permite al juez entrar a sustituir la decisión adoptada por la Administración. La decisión final sólo puede apuntar a la medida cuestionada. Si bien la jurisdicción contencioso-administrativa reconoce ámbitos en los que puede sustituir decisiones administrativas, esta posibilidad debe circunscribirse a los casos tasados en que está permitida. Al contrario del juicio de adecuación, la necesidad es un subprincipio centrado en la esfera subjetiva de la decisión, pues utiliza la consecuencia, la lesión del interesado como parámetro para medir otras alternativas; mientras la adecuación consiste en un *test* basado en una relación de causalidad entre medios y fines, la necesidad es un juicio sobre los medios, donde cabe evaluar las consecuencias de éstos, su contraste igualmente lícitos y su incidencia subjetiva en la esfera del ciudadano.

El juicio de necesidad actúa en términos teleológicos, sin embargo, el protagonismo se centra en una de las magnitudes del principio de proporcionalidad. Si la adecuación era un juicio sobre el nexo de unión entre medios y fines, la necesidad tiene que ver con la intensidad interventora de los medios, esto quiere decir que el análisis judicial estudia el grado de lesión que efectúa en el ciudadano, y este daño será empleado por el juez para analizar otras alternativas posibles, igualmente lesivas, pero de menor intensidad. Jurídicamente hablando, el test de necesidad es un examen sobre las incidencias de una decisión administrativa en los derechos fundamentales, derechos subjetivos e intereses legítimos de los particulares, por tanto, el proceso contencioso-administrativo (con la aplicación del juicio de necesidad) se verá subjetivizado, al contrario de lo ocurrido en el juicio de adecuación, aunque ambos juicios se mantienen en

la esfera subjetiva del particular, el juicio de necesidad requiere una mayor apreciación subjetiva del caso, ya que la intensidad de la lesión se refiere a la actuación *in casu* y a las vías alternativas de intervención (Ramírez-Escudero, 2004, pp.335-336).

Es necesario hacer una aclaración sobre la extensión del juicio de necesidad, sobre todo en lo relacionado con lo “menos restrictivo”. Cualquier actuación administrativa siempre hallará una medida menos restrictiva: no actuar. En ese momento, la necesidad podría volverse en un instrumento diabólico que equivale a una paralización de la actividad administrativa intervencionista, lo que está al margen de la función que atañe al principio de proporcionalidad. Es de suma prioridad delimitar claramente lo que significa una medida “menos restrictiva” en el contexto del juicio de necesidad, para lo que resultan suficientes cuatro criterios aplicativos (Ramírez-Escudero, 2004, pp.336-337):

1. Para que una medida pueda actuar como término de comparación *debe conseguir el mismo resultado previsto para la medida impugnada*. No podemos olvidar que los fines empleados en la aplicación de la proporcionalidad son siempre fines lícitos, y no cabe frustrarlos por el hecho de que su consecución implica intervenciones lesivas. Por tanto, la medida que empleemos como término de comparación debe ser menos lesiva, pero al mismo tiempo debe alcanzar, en los mismos términos, el fin inicialmente previsto por la Administración. Si no existen medidas alternativas, pero la derogación del acto o disposición permite alcanzar igualmente el fin previsto, no estaremos ante un juicio de necesidad, sino de adecuación.
2. La existencia de una medida menos restrictiva *no puede suponer la imposición de cargas u obligaciones a otros ciudadanos*, pues el resultado anulatorio sólo provocaría una futura

impugnación, esta vez de los ciudadanos que sufren la siguiente intervención provocada por la anulación de la primera. En otras palabras, no cabe alegar una medida menos restrictiva para el recurrente cuando aquélla puede ser igualmente lesiva para un tercero. Ello sólo genera otra repercusión lesiva, y en nada depura el ordenamiento jurídico.

3. La medida alternativa debe encontrarse dentro de la legalidad, y en condiciones de ser ejecutada por una Administración competente. Es evidente que una medida con tachas de ilegalidad no serviría como 'alternativas menos restrictiva', pero igualmente debe considerarse la competencia de la Administración para llevar a cabo tal actuación. Estos casos, constitutivos de *imposibilidad* jurídica, son trascendentales en la aportación de un término comparativo.
4. No debe olvidarse que el juicio de necesidad no deja de ser un mandato de optimización, y como tal sólo es *susceptible ser aplicado en grado*. Esto significa que el mandato que realiza el principio de proporcionalidad a la Administración no es taxativo, sino de maximización jurídica: no se trata de escoger la menos lesiva, sino de adoptar, en la medida de lo posible, la que menos repercusiones tenga en la esfera del particular. Cuando el juez realice el control, no puede perder de vista este rasgo definitorio de la necesidad, lo cual le obliga a analizar las demás alternativas como posibilidades *reales* y no simplemente hipotéticas.

A diferencia de lo que ocurre con el juicio de adecuación, la necesidad atribuye al juez una serie de cualidades que le permiten intensificar el control. El juicio de necesidad no es un mero detector de la manifiesta arbitrariedad de la Administración, sino una técnica más incisiva en el arsenal controlador del juez contencioso-administrativo. Tiene que ver con analizar de forma comparativa las alternativas de la Administración y las lesiones por ellas provocadas. El juez se sumerge en dos ámbitos del Derecho que le atribuyen más libertad en el control: la comparación entre

decisiones administrativas, y la intervención en la esfera jurídica del ciudadano, abriendo una pléyade de perspectivas normativas inexistentes en el juicio de adecuación. Este juicio salta de la manifiesta arbitrariedad a la arbitrariedad *stricto sensu*. El principio de necesidad se refiere a un concepto jurídico indeterminado previsto en normas positivas, especialmente en casos de excepción (Ramírez-Escudero, 2004, pp. 337-338).

La aplicación del principio de necesidad es obligatoria para la Administración y el juez, porque su contenido aparece en el título habilitante de la potestad, de modo que es una regla de competencia, al mismo tiempo que actúa como norma de mandato. Se trata de un concepto susceptible de interpretación gramatical y sistemática, lo que no permite el juicio de necesidad, debido a que la proporcionalidad es un principio implícito del ordenamiento; de hecho, tomando las palabras de Álvarez García (Ramírez-Escudero, 2004, p.338), este principio actúa como límite al ejercicio de potestades extraordinarias, basadas en cláusulas de necesidad.

Los supuestos de hecho de normas positivas que contemplan el concepto de necesidad, una vez aplicados permiten su control judicial a través del principio de proporcionalidad, difuminándose así cuando el juez llega al segundo *test*. La aplicación llevará uno al otro, pero su distinción teórica refleja un anclaje diferenciado, sin embargo, es una técnica más apegada al sentido literal y sistemático de la norma aplicable al caso, mientras que el principio de proporcionalidad tenderá a realizar un control más detallado del caso. La necesidad es una cláusula que comprende supuestos de hecho excepcionales o extraordinarios, mientras que el principio de proporcionalidad actúa tanto en circunstancias extraordinarias o no; es la amplitud aplicativa del principio lo que permite que asuma

diversos grados de protección, en contraste con el concepto de necesidad, que requiere unos presupuestos fácticos determinados para ser invocado.

El gravamen real producido por la intervención administrativa en la esfera jurídica del ciudadano, y las alternativas en manos de la Administración con idénticos resultados, son los elementos a los que se orienta la prueba del juicio de necesidad, que el recurrente deberá mostrar ante el juez administrativo, como hechos diferenciados, pero íntimamente relacionados, porque estamos ante una valoración de carácter comparativo. La prueba del gravamen servirá para demostrar que existe una vía interventora igualmente eficaz, pero menos onerosa, ligando ambas esferas en el momento de la comparación.

En casos de responsabilidad patrimonial, el daño cumple una función diferente a la prevista en el juicio de necesidad, que necesita ser apreciado en abstracto. Indiferentemente de que el recurrente pueda agregar, en sus pretensiones, una reclamación de responsabilidad, la valoración fáctica del daño en el juicio de necesidad va orientada a un control abstracto del gravamen, atendiendo a la esfera subjetiva del recurrente y no en el daño concreto, así, el que la lesión física pueda ser observada como una intervención con potencial comparativo, resultaría lo más relevante para el juicio.

A diferencia del juicio de adecuación, que usa el test de relevancia a la hora de evaluar los hechos del caso, el juicio de necesidad puede prescindir de él por completo; se trata de un análisis que no enjuicia un solo acto, sino dos; previendo para ello la aportación de una alternativa por parte del recurrente, cuyas cualidades son comparadas con la medida impugnada. En todo caso, el juzgador puede realizar una valoración de la irrelevancia que tuvo esta alternativa a la hora de adoptar la decisión

recurrida. En este juicio estamos ante un proceso de valoración comparativo, donde la apreciación de los hechos se circunscribe a la posibilidad de que existan medidas menos gravosas e igual de eficaces que la impugnada.

La valoración judicial del juez le permitirá realizar una evaluación más o menos intensa en función del sector sobre el que opera la decisión recurrida. La prueba del juicio de necesidad tiende a presentar algunas complicaciones cuando el recurrente debe probar una alternativa menos restrictiva de carácter técnico, y ello deja el asunto en sede pericial. Al realizar un análisis técnico, esto hace que el juez asuma el riesgo antes descrito en el juicio de adecuación; para esto, es necesario que el juez conserve el tono jurídico, lo que se logra mediante las exigencias probatorias del término de comparación: a mayor nivel probatorio, mayor será la complejidad técnica del asunto, evitando el riesgo de una innecesaria y contraproducente tecnificación (Ramírez-Escudero, 2004, pp.338-341).

c) **El juicio de proporcionalidad en sentido estricto. El balance costos-beneficios:** El acto jurídico sometido a control, además de ser adecuado y necesario, debe encontrarse en una relación proporcionada con el fin al que se aspira, una vez *ponderados* los fines públicos y los intereses sacrificados; se trata de un balance entre los beneficios del interés público y el costo del sacrificio individual (Ramírez-Escudero, 2004, pp.346-347).

Siguiendo a Rodríguez (Ramírez-Escudero, 2004, p.348), toda ponderación consiste en identificar las magnitudes en conflicto, destacando con detalles entre que elementos se debe realizar el posterior balance; también supone una atribución de peso o importancia a cada uno

de los valores, bienes o intereses en conflicto, atendiendo a las circunstancias del caso; al mismo tiempo remite a lo que Alexy (Ramírez-Escudero, 2004, p.348) ha llamado la ley de la ponderación, conforme a la cual la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro.

Si bien la adecuación y la necesidad operan con conceptos tanto normativos como fácticos, la proporcionalidad, hace abstracción de los medios y fines para evaluarlos, pesarlos y ponderarlos.

De los tres *tests* que integran el principio de proporcionalidad, Ciriano (2000) estima que se está ante el más intenso de todos, ya que permite al juez ponderar magnitudes tan susceptibles de libre apreciación, como los fines de una política pública o una lesión subjetiva. Por ello, y debido a sus similitudes estructurales con la técnica ponderativa, deben cumplirse atentamente los pasos del método de la ponderación.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto, según Bernal (2003), comienza identificando las magnitudes en conflicto, que no son otras que el *fin* y los *medios* del caso. Habiendo pulido estos dos elementos se delimita el objeto que habrá de ser ponderado a través de este *test*. El juez administrativo deberá, no obstante, realizar una labor de abstracción para ceñir el objeto del *test*, en caso contrario, la aplicación del *test* desemboca en una mera ponderación intuitiva de valores, derechos, fines, intereses, bienes y demás. En segundo lugar, deberá atribuirse el respectivo valor o medida a cada magnitud, atendiendo al ordenamiento jurídico. Es importante destacar que la jerarquía de valores, bienes e intereses procede del Derecho (legalidad), puesto que en caso contrario se estaría arbitrando un método de jerarquizar

valoraciones subjetivas del juez.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto es, según Muñoz (2006), un juicio abstracto entre medios y fines, ya que en su aplicación solo se consideran magnitudes del principio, con independencia de su causalidad, términos de comparación, y daños y beneficios efectivos. Se trata de un proceso que requiere que el juez haga un esfuerzo por elevar la condición de las magnitudes para depurarlas, especialmente cuando el caso revista múltiples intereses en conflicto.

Desde toda esta perspectiva el balance costos beneficios sirve para rechazar aquellas decisiones cuyos costos fueran superiores a los beneficios obtenidos y para comparar las diversas alternativas posibles, de lo cual se desprende dos realidades, uno, que el resultado y el balance entre una y otra opción sea tal que una de ellas devenga carente de fundamento o caprichosa por comparación con la otra, la cual puede ser rechazada; y dos, que del balance se demuestre una decisión como mejor o menos costosa que la elegida. Para Tornos (1996), el balance tiene utilidad para confrontar y por consiguiente enjuiciar si la decisión adoptada es o no la óptima, con los límites derivados del margen de apreciación que debe reconocerse a la Administración en la determinación de la consecuencia jurídica, tomando y aceptando la solución menos gravosa.

En resumen, si el órgano judicial llega a la conclusión (paseándose por todos las etapas de la ponderación) de que la decisión adoptada por la Administración no es equilibrada, debe declarar su invalidez. En este caso, y siguiendo las ideas de García De Enterría y Fernández (2000), si en el proceso se hubiera podido llegar a la conclusión de que sólo hay una decisión conforme con las exigencias del balance (casos de reducción a cero de la discrecionalidad –*Ermessens reduzierung auf null*), en principio el juez

puede imponer esa única solución. Si existieran varias posibles soluciones conformes con la exigencia del balance o ponderación, no debe poder el juez sustituir con su decisión a favor de una de ellas la decisión del órgano administrativo. Por último, si la decisión del órgano respeta las exigencias de la proporcionalidad, aunque pudieran encontrarse otras vías de alcanzar una solución equilibrada (y justa), tampoco corresponde al juez sustituir, como es lógico, la decisión de aquel.

A manera de ejemplificación, el principio de proporcionalidad, en sentido estricto, ha conocido un importante desarrollo en el Derecho administrativo francés, a partir del *arrêt Ville Nouvelle Est*, (28 de Mayo de 1971) donde el Comisario del Gobierno, seguido por el consejo de Estado, propuso la creación de una técnica controladora de la discrecionalidad, el *bilan cout-avantages*, que permitiera al Tribunal administrativo juzgar la ponderación entre el interés general y los intereses particulares realizada por la Administración. En el caso citado se planteaba la legalidad de la declaración de utilidad pública de un proyecto de expropiación, cuyas consecuencias implicaban la demolición de 250 viviendas. Los vecinos afectados demostraron la existencia de opciones alternativas, perfectamente viables, pero la Administración no dudó en descartarlas. Con estos hechos en consideración, el Consejo de Estado rompió una larga tradición caracterizada por la deferencia a la Administración, y procedió a juzgar las consecuencias negativas a la luz de las consecuencias positivas. En definitiva, el *Conseil* realizó una ponderación de bienes e intereses, en términos semejantes al método antes descrito; técnica que confirmó al año siguiente en el *arrêt Sainte-Marie de l'Assomption* (20 de Octubre de 1972).

La técnica del *bilan*, inaugurada a instancias del Comisario Braibant, supuso la introducción del método ponderativo en el Derecho administrativo francés, incorporando en el lenguaje jurídico el análisis comparado entre

intereses generales e intereses particulares. Asimismo se introducen distintas magnitudes que actúan como pesos en el proceso ponderativo, como el costo financiero de la operación, el coste social, las repercusiones ambientales o técnicas de prevención. El control no recae sobre la oportunidad propiamente dicha del acto impugnado, sino en el equilibrio que debe presidir una relación de medios-fin, permitiendo que el juez emita un juicio negativo en caso de extrema desproporción.

Brewer (2006), en cierto modo desestima la aplicación del principio “balance costos- beneficios” en relación a su incidencia en el ejercicio de poderes discrecionales, ya que inciden más bien en el ejercicio de competencias regladas, que solo admiten una solución justa, “o la obra es o no es de utilidad pública”. Asimismo, expresa (p. 238):

El balance costo- beneficios que ha efectuado el Consejo de Estado, es precisamente lo que la Administración está obligada a hacer en cada caso para adoptar la única solución justa que derive de concretizar el concepto jurídico indeterminado de “utilidad pública” en un proyecto de expropiación. El juez contencioso administrativo, por tanto, al efectuar jurisdiccionalmente el mismo balance, lo que controla no es el ejercicio de poder discrecional alguno, sino la competencia legal que tiene la Administración al hacer la declaratoria de utilidad pública.

En efecto, la aplicación del principio de proporcionalidad, tal como se dijo anteriormente, y en consonancia con posiciones doctrinales (García de Enterría (2000), Muñoz (2006), Delgado (1993)), puede reducir a cero la discrecionalidad, y es en los casos de potestades ordinamentales, en las cuales el principio de proporcionalidad ocupa normalmente un papel negativo; sin embargo, no es lógico hablar de control de la discrecionalidad a través de la proporcionalidad pura, estricta, ya que aquella (en su forma más

abstracta) no se atribuye por las normas, sino que es el espacio al que el Derecho no llega, por lo tanto, para verificar si en un supuesto dado existe o no discrecionalidad, hay que confrontar la decisión con todo el ordenamiento, y no sólo con unas u otras normas.

Casal (2010, p.242) establece que la proporcionalidad en sentido estricto es la vertiente más exigente y comprehensiva de la idea de la prohibición de exceso, más exigente, porque no se limita a comprobar la medida en la relación entre el medio legal y el fin perseguido, o entre diversos medios idóneos respecto de dicho fin, sino que incorpora la misma finalidad legislativa como objeto del control. Más comprehensiva porque tiene en cuenta múltiples aspectos que confluyen en la restricción de un derecho, de índole tanto fáctica como normativa, para incluirlos en la ponderación. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto es el que suele poseer mayor complejidad, por la dificultad de resolver mediante una adecuada argumentación, y conforme a parámetros racionales, el conflicto entre bienes jurídicos que se haya suscitado.

Este juicio supone calibrar los costos y beneficios de una regulación o medida, siendo el derecho fundamental afectado el punto de partida para el análisis y el aseguramiento de su más amplio disfrute un criterio rector, pues los sacrificios no compensados o justificados por la importancia de la consecución de tales fines resultan inconstitucionales. En palabras de Casal (2010, p.243), los medios empleados no deben afectar en exceso ese derecho o, en otras palabras, no deben pisar el umbral de lo insostenible.

El exceso que en este escalón del principio de proporcionalidad se pretende controlar estriba, no en que un medio limitativo de derechos carezca de aptitud para favorecer la finalidad legal, ni en que aquél vaya más allá de lo requerido para satisfacerla a causa de la existencia de una medida

alternativa menos gravosa, sino en lo injustificado de la reducción de la libertad a la luz de los beneficios que se puedan generar para la comunidad y/u otros titulares de derechos. No se pone en discusión la pura idoneidad o la necesidad de una medida en orden a la consecución de un fin, sino el sentido de la restricción, que puede ser muy severa para el derecho en comparación con las ventajas que de ella cabe esperar (2010, p.243).

La tercera vertiente de la proporcionalidad tiene también la peculiaridad de que presupone un término o parámetro para la comparación que ella misma no aporta completamente. El control de la necesidad de un acto estatal normalmente se traduce en una comparación entre medios, pero ésta se orienta por un criterio ínsito a esa exigencia: la búsqueda de un medio más benigno para el derecho, pero no menos eficaz para la consecución del fin legal. Mientras que la proporcionalidad en sentido estricto lleva a efectuar una confrontación ponderativa que no puede ser resuelta sin acudir a criterios o puntos de vista materiales o formales externos. La idea de prohibición de exceso de la que aquélla es expresión, prescribe la exclusión de las actuaciones estatales que afecten un derecho más allá de lo razonablemente aceptable, en consideración al fin perseguido y al grado de su realización, erigiéndose un criterio de decisión, pero para tomarla es importante ponderar los bienes en conflicto, cuyo peso o valor no viene determinado por la proporcionalidad en sentido estricto. La búsqueda de razonabilidad en la correlación entre medios y fines obliga a incorporar en la ponderación otros criterios materiales o formales (Casal, 2010, p.244).

Este *tertium comparationis* puede encontrarse en el ordenamiento constitucional; en otras palabras, el término para la comparación es “el peso constitucional” de los intereses en juego. Es respuesta simple y hasta lapidaria requiere numerosas precisiones y diferenciaciones. En primer lugar, ha de advertirse que no debe pretenderse recibir de aquel ordenamiento un

orden jerárquico general de los valores constitucionales, a partir del cual resolver *more geometrico* las colisiones constitucionales. Es sumamente dudoso que sea posible realizar esa ordenación abstracta de valores; lo que hay que aseverar es que no es necesario lograrlo para aplicar la proporcionalidad en sentido estricto; ésta no va destinada principalmente a sopesar valores abstractos, sino a procurar, teniendo en cuenta las circunstancias concretas o el contexto particular en que se produce la colisión o tensión entre bienes jurídicos, que la afectación de uno de ellos para la satisfacción del otro mantenga la debida medida, lo cual se traduce, desde la óptica del control judicial, en que debe calibrarse la magnitud de tal afectación y la dicha satisfacción, para determinar si la restricción o intervención en el derecho no resulta excesiva (Casal, 2010, p.245).

Medina (1996, p.136) estima que esta tercera faceta del principio es la más abierta o insegura y, por tanto, proclive a tener valoraciones subjetivas del juez, sobre todo cuando se controla la constitucionalidad de disposiciones legales. Algunos tienden a sostener que la revisión judicial de la proporcionalidad en sentido estricto, debe limitarse a los supuestos de quebrantamiento manifiesto de la prohibición de exceso. Estimamos que el control de esta fase del principio tiene un carácter negativo, puesto que no pretende identificar las medidas que sean realmente proporcionadas, sino sólo descartar las que no lo sean. Es ajeno a la función de los jueces colocarse en la posición de legislador con el objeto de determinar si no era preferible o más conveniente procurar la satisfacción de los intereses públicos en juego, omitiendo toda intervención, como también censurar las medidas limitativas de derechos que no puedan calificarse como las más proporcionadas. Para Alexy (2002, p.23), existe un margen para la restricción y la ponderación, no censurable judicialmente, que la teoría de los principios ha denominado estructural.

## CAPÍTULO IV

### CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO TÉCNICA DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA. TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES

#### 4.1 La naturaleza principal de la proporcionalidad. La ordenación de la argumentación y la función justificativa de la proporcionalidad

Explicado en sus tres *tests* aplicativos, el principio de proporcionalidad constituye una norma jurídica susceptible de alegación en juicio y vinculante para los particulares y los poderes públicos. Resulta lógico que el control a Administración incluya alguna forma de control teleológico, de adecuación de los medios a los fines previstos en las potestades administrativas; con esto se justifica la presencia del principio de proporcionalidad.

La proporcionalidad conoce una característica en sede aplicativa de una gran importancia práctica: su regularización. Los *tests* de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, una vez aplicados en un caso, a manera de ejemplo, crean las siguientes reglas:

- A) 1) Todo dispuesto destinado a ordenar el tráfico en carretera, que suponga una intervención lesiva en la esfera del particular, y a su vez reúna las siguientes características:
1. Funcionamiento en fechas de bajo flujo de vehículos.
  2. Funcionamiento bajo temperaturas que pongan en peligro el mecanismo del dispositivo.
  3. Funcionamiento únicamente compatible con un porcentaje parcial del parque móvil presente en carretera.

- 2) Es contrario al juicio de adecuación y, por tanto, contrario al principio de proporcionalidad.
- B) 1) Todo dispositivo destinado a ordenar el tráfico en carretera, que suponga una intervención lesiva en la esfera del particular, y a su vez reúna las siguientes características:
1. Es conforme al juicio de adecuación.
  2. Admite alternativas:
    - a. Menos lesivas.
    - b. Igualmente eficaces para conseguir los fines tasados.
    - c. No lesivas de la esfera jurídica de terceros.
    - d. Jurídicas y materialmente realizables por la Administración.
- 2) Es contrario al juicio de necesidad y por tanto contrario al principio de proporcionalidad.
- C) 1) Todo dispositivo destinado a ordenar el tráfico en carretera, que suponga una intervención lesiva en la esfera del particular, y a su vez reúna las siguientes características:
1. Es conforme al juicio de adecuación.
  2. Es conforme al juicio de necesidad.
  3. El daño de lesión no es inversamente proporcional al beneficio perseguido por la medida.
- 2) Es contrario al principio de proporcionalidad en sentido estricto, y por tanto contrario al principio de proporcionalidad.

Ramírez-Escudero concluye que el principio de proporcionalidad genera reglas de prevalencia condicionada, y son tales reglas las que conforman el contenido pragmático del principio, permitiendo a la Administración conocer sus límites a la luz de los pronunciamientos judiciales en la materia, el tiempo que ciñe, con precedentes, la actuación del juez administrativo. Estamos ante una verdadera norma jurídica con carácter de

principio, dotada de una estructura plenamente aplicable al control de la discrecionalidad administrativa en esferas lesivas de los ciudadanos, y convertible en regla aplicable en juicio y susceptible de vincular, pro futuro, a la Administración (2004, pp.359-361),

La principal virtud de la proporcionalidad no está en su capacidad para entrar en el contenido del acto impugnado, sino en el alto nivel de justificación que exige a quien le aplique. La estructura abstracta de los tres juicios requiere del juez una atención al contexto jurídico y fáctico del caso muy por encima de lo habitual. Al actuar en el control de actos o disposiciones generales administrativos dictados en el ejercicio de potestades discrecionales, la proporcionalidad soluciona supuestos “de relevancia” (vacíos normativos dejados voluntariamente por el legislador). Estos vacíos son rellenados por el principio al crear reglas de prevalencia condicionada, pero su formación se desarrolla basándose en una justificación ceñida por la estructura de cada juicio, tanto en su vertiente normativa como fáctica. Esta justificación de las decisiones judiciales, si obedece a las exigencias estructurales de la proporcionalidad, incrementa la racionalidad de la resolución si obedece a los postulados de la teoría de la argumentación. Podemos concluir, considerando las exigencias normativas de una teoría de la argumentación, como la de MacCormick (1993), que:

1. La justificación de primer nivel, consistente en el cumplimiento de las exigencias de igualdad formal, se potencian en dos sentidos: por un lado, la existencia de otras reglas de prevalencia condicionada en la aplicación del principio de proporcionalidad, nos permitirían cumplir con mayor rigor esta exigencia; mientras que, por otro lado, la conversión del principio en regla en el caso que nos corresponda resolver, ayuda, *pro futuro*, a solucionar de la misma manera casos idénticos. La consideración estructurada del principio de proporcionalidad

contribuye, pues, a facilitar la exigencia de igualdad en la aplicación de la Ley cuando existen principios aplicables al caso.

2. La justificación de segundo nivel se compone de las exigencias de coherencia, consistencia y consecuencialismo, y todas ellas se refuerzan a lo largo de los tres *tests* de proporcionalidad. La coherencia se fomenta porque la proporcionalidad racionaliza el Derecho 'desde dentro', aportando criterios a los casos concretos al tiempo que introduce un mayor nivel de certeza axiológica en el Derecho público. La consistencia asimismo se refuerza, puesto que la proporcionalidad se ancla en fines tasados legalmente y medios formalmente lícitos; a través de la proporcionalidad se afianza el contenido taxativo de las reglas, al tiempo que se cierra la extensión de las normas más indeterminadas (principios en sentido estricto y directrices), concretando ámbitos productores de inseguridad pública. Finalmente, el consecuencialismo también se ve apoyado por el principio de proporcionalidad, en tanto estamos ante un juicio teleológico que mira a la mejor manera de conseguir objetivos de la Administración. El fin no se discute a través del principio, sino las formas de alcanzarlo, y en este sentido la proporcionalidad ofrece alternativas que racionalizan la acción y permiten que la Administración actúe, en el futuro, más ceñida a criterios.

#### **4.2 El control de proporcionalidad por parte de los órganos jurisdiccionales. Tendencias jurisprudenciales en Venezuela**

Siguiendo a Casal (2010), la antigua Corte Federal y de Casación hizo algunas precisiones en torno al principio de proporcionalidad, aunque no bajo una suficiente precisión conceptual. La idea de la medida en el uso del poder público, de la prohibición de exceso, ha tenido reflejo en el control judicial con anterioridad a la adopción técnica del principio de proporcionalidad.

Así, en sentencia del 14 de agosto de 1940, se resolvió la impugnación de un ciudadano contra una disposición de la Ordenanza sobre Arquitectura Civil del Distrito Federal, y contra un acto dictado con base en ella, el cual aplazaba la concesión de la autorización para construir en terreno propio que había sido solicitada. Según la sentencia, el haber pospuesto la concesión del permiso, alegando que dicho terreno se hallaba en una zona que estaba contemplada “en los estudios del plan de urbanismo de la ciudad”, violaba el derecho de propiedad, así (Casal, 2010, pp.270-271):

El Concejo Municipal, por razones de comodidad del tráfico urbano y ornato público, tiene el derecho de examinar los planos de las fachadas de las nuevas construcciones para que, no impídanle tránsito invadiendo en algún modo el espacio de las calles o de las plazas públicas; y para que, por su mal estilo, lejos de contribuir al buen parecer de la ciudad, de alguna manera lo afeen con desmedro del ornato público. Toda otra intromisión en lo que el propietario se proponga es contraria al espíritu y a la letra N°2 del artículo 32 de la Constitución Nacional. En consecuencia, el párrafo 3° del artículo 4° de la Ordenanza Municipal del Distrito Federa sobre la Arquitectura Civil, que, so pretexto aplazamiento de las construcciones impide se las efectúe, es inconstitucional, como lo es el aplazamiento mismo. Ello equivale a estancar y hacer improductiva la propiedad privada contra los principios que informan la legislación venezolana.

Estas consideraciones motivaron la declaratoria con lugar del recurso interpuesto, que implícitamente se apoyaba en la idea de la prohibición de exceso, ya que la decisión judicial, a fin de cuentas, se basaba en la ausencia de una razón de peso que justificara la limitación en el aprovechamiento de la propiedad.

La antigua Corte Suprema de Justicia incorporó el principio de proporcionalidad a su jurisprudencia (sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 05 de agosto de 1999, caso Andrés Figueroa), lo que fue favorecido por el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que fijó en 1981 límites expresos a las potestades discrecionales de la administración, entre los que se encuentra la exigencia de “mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma...”. La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha extendido esta línea jurisprudencial, aunque con pocas consecuencias aplicativas. En este sentido, ha declarado que (Casal, 2010, p.271):

Sobre el tema de la proporcionalidad que debe existir en las actuaciones públicas, esta Sala ha dejado establecido, reiteradas veces, que la proporcionalidad como límite al poder discrecional de la Administración, se refiere a que todo acto sancionatorio debe guardar una debida correspondencia entre a infracción cometida y la sanción impuesta. Asimismo, ha dicho (v. gr. *Sentencia N° 1.585, del 16 de octubre de 2003, caso Banco de Venezuela S.A.C.A, Banco Universal*), que el principio comentado reconoce que aun en los casos en que opere cierta discrecionalidad de parte de la Administración, se debe respetar la debida proporcionalidad existente entre el supuesto de hecho que dio lugar al acto administrativo y la finalidad de la norma, a objeto de alcanzar un verdadero equilibrio en el cumplimiento de los fines de la Administración Pública; de allí que es pertinente examinar la situación planteada, a los efectos de verificar si la autoridad administrativa actuó de manera comedida en el caso tratado (sentencia de la Sala Político-Administrativa N° 5820/2005, del 5 de octubre).

En igual sentido, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 4238, del 16 de junio de 2005, expresó: “se debe respetar la debida concordancia entre el supuesto de hecho que dio lugar al acto administrativo y la finalidad de la norma” (vid. SPA/TSJ N° 2137 21/04/2005, CSCA 12/08/2008 caso Banco Exterior vs. INDEPABIS).

La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en una sentencia referida al principio de proporcionalidad en su tercer juicio o faceta, se refiere al balance costos-beneficios de la siguiente manera: “supone ponderar entre daños y beneficios, es decir acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo y los daños o lesiones que de la misma se derivan para el ejercicio del derecho” (SPA/TSJ N° 151 13/02/2008).

El principio de proporcionalidad ha tenido eco en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Ella lo ha precisado en una interesante sentencia del 7 de marzo de 2007, N° 379, en la que, con apoyo en la doctrina especializada y el derecho comparado, se acude al principio de proporcionalidad y se explican sus principales manifestaciones. Ha examinado tal principio al pronunciarse sobre sentencias de los jueces ordinarios en las que se ha desaplicado el literal g del artículo 647 de la Ley Orgánica del Trabajo:

Esta Sala en virtud de la inconstitucionalidad declarada del artículo 647, literal g, de la Ley Orgánica del Trabajo, debe proceder a no dejar un vacío legal, como consecuencia, de la precedente declaratoria y pasar a ponderar si la sanción de arresto subsidiaria por la falta de cancelación de la multa no vulnera el principio de proporcionalidad y adecuación de las normas legales al Texto Constitucional, aun cuando ésta haya sido

ordenada por un Juez, en caso de estimarse conveniente que el Juez de Municipio aperture un procedimiento previa citación del agraviado para determinar la procedencia o no del arresto sustitutivo.

En atención a lo expuesto, se debe destacar que no sólo la norma infraconstitucional debe adecuar su contenido al texto expreso de la norma constitucional, sino a la intención o el valor de justicia contenido en los principios constitucionales y, en los prenombrados valores constitucionales, y que le dan valor y respeto del Estado de Derecho, razón por la cual, debe establecerse con rotundidad que toda actividad del Estado debe ceñirse a un examen de razonabilidad y proporcionalidad para determinar su adecuación al Texto Constitucional.

En este sentido, a los simples efectos ilustrativos debe esta Sala Constitucional desarrollar tal avance jurisprudencial, que ha sido producto de gran parte de los Tribunales Constitucionales, en cuanto al análisis y proporcionalidad de las medidas adoptadas por el Estado, lo cual como bien se ha venido explicitando se centra en el presente caso, en cuanto a la proporcionalidad de la sanción de arresto sustitutiva por el no pago de la multa interpuesta.

En este escenario, interesa destacar lo expuesto por WEAVER quien en su tratado de derecho constitucional dispone: *“(...) La validez de toda regulación debe depender de si, bajo las circunstancias existentes, la regulación es razonable o arbitraria, y si está verdaderamente dirigida a cumplir un propósito público lícito. Por razonabilidad se entiende que la regulación debe ser necesaria y adecuada para el cumplimiento de un objeto dentro de la órbita del poder de policía. No debe ser opresiva. Debe estar sancionada de buena fe para la promoción del interés público y no para la hostilidad o sometimiento de una clase o raza determinada. No puede interferir arbitrariamente con el goce de los derechos personales o de propiedad garantizados por la Constitución (...). Los tribunales invalidarán toda regulación o ley que sea irrazonable o ilegal”.* (Vid. WEAVER, S.; *“Constitucional Law and its*

*Administration*”, citado por LINARES QUINTANA; Segundo; *Tratado de Interpretación Constitucional*, Edit. Abeledo Perrot, 1998, p. 566).

Así pues, la racionalidad debe ser entendida en un sentido garantista y no restrictiva de los derechos constitucionales, siempre que dicha balanza no se incline en el favor de un Estado anarquista donde reine un liberalismo exarcebado y desprotector de los fines del Estado, donde el mismo se convierta en un ente inerte sin capacidad de control y represión de las actividades ilícitas y desproporcionadas de los ciudadanos, con fundamento en la consagración de unos presuntos derechos absolutos.

Esta debe atender o adecuarse al fin o intención que ha querido desarrollar el constituyente o el legislador con la promulgación y aplicación de la norma en cuestión, con la finalidad de dotarla de un valor de utilidad y relevancia jurídica, por lo que debe ajustarse en consecuencia a un examen de verificabilidad o proporcionalidad entre el comportamiento deseado por el Estado y la finalidad perseguida.

La razonabilidad y proporcionalidad de las normas son equitativamente comparativas o asimiladas al valor de justicia que debe conllevar la misma, el equilibrio axiológico interno del Derecho con el efecto externo de su actuación y represión por su incumplimiento o como lo expresa correctamente LINARES JUAN, es el “(...) *entretuerto de la perinorma y la sanción de ella*”. (Cfr. LINARES, Juan; “*Razonabilidad de las Leyes*”, Editorial Astrea, 1970, p. 118-123).

En pocas palabras, debe destacarse que la razonabilidad equivale a justicia, por lo que en consecuencia, no puede ni debe fundamentarse el Estado en el poder para desnaturalizar, alterar o destruir los derechos constitucionales de las personas con fundamento en la imposición desmedida de una sanción con el simple fundamento de garantizar el Estado de Derecho, circunscribiéndonos en el caso particular, al pago coactivo de una sanción bajo amenaza de arresto, y menos aún debe permitirse tal actividad cuando

la misma apareja la desnaturalización de los derechos personalísimos del ser humano.

En consecuencia, se resalta que dicho principio no constituye un canon de constitucionalidad autónomo, sino un criterio de interpretación que permite enjuiciar posibles vulneraciones de normas constitucionales concretas y, en especial, de derechos fundamentales, por lo que, se ha venido reconociendo que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implique un sacrificio excesivo o innecesario de los derechos que la Constitución garantiza.

Tal principio no se circunscribe a un análisis subjetivo de la norma sino que responde a unos criterios de análisis (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) que obedecen de una manera tuitiva al resguardo de los derechos constitucionales en su justa medida y proporción al valor de justicia que debe conllevar toda norma de derecho, en este sentido interesa destacar lo expuesto BERNAL PULIDO, quien reseñando la labor jurisprudencial llevada a cabo por el Tribunal Constitucional Español expresó:

*“En las alusiones jurisprudenciales más representativas, el principio de proporcionalidad aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir. Tales exigencias pueden ser enunciadas de la siguiente manera:*

- 1. Según el principio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.*
- 2. De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.*

3. *En fin, conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental debe compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad*". (Vid. BERNAL PULIDO, Carlos; *"El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales"*, CEPC, 2005, p. 37 y 38).

En consonancia con lo expuesto, y habiéndose destacado el control de la constitucionalidad de las leyes no sólo conforme a la confrontación directa del Texto Constitucional, sino según sus principios y valores constitucionales, debe analizarse si efectivamente la imposición de la sanción de arresto y, por ende la privación de libertad, por el no pago de la multa impuesta conforme a la Ley Orgánica del Trabajo, soporta un debido análisis de ponderación y necesidad de tal medida coactiva.

Así pues, siguiendo lo expuesto por NINO, debe destacarse que la justificación moral de la pena es una condición necesaria de la justificación moral del derecho, en virtud que la pena y la sanción son elementos esenciales del derecho, debiendo a su vez, ser ésta última, directamente proporcional con el efecto intimidador o represor que quiere asegurar el Estado (Cfr. NINO, C.S.; *"Introducción al análisis del Derecho"*, Edit. Astrea, 2005, pp. 428).

En el caso de marras, se precisa como la intención del legislador siguiendo la interpretación originalista y contextual de la norma desaplicada –artículo 647 literal g de la Ley Orgánica del Trabajo, se dirigía a reprimir cualquier conducta dirigida a evitar el pago de la sanción impuesta por los Inspectores del Trabajo a los trabajadores o a los patronos, como mecanismo de resguardo de la legalidad y cumplimiento de las sanciones administrativas.

Así pues, debe destacarse que el medio utilizado realmente cumple con el objetivo de alcanzar la disciplina buscada, por cuanto ninguna persona se va a exponer a un arresto por el no pago de una

multa, siempre y cuando tenga los medios para cumplir con el pago de la misma.

Ante lo cual, surge la presente incógnita, ¿no es violatoria al derecho constitucional a la igualdad la imposición de una sanción de arresto por no disponer de los medios económicos suficientes para cumplir con la misma, y no establece la norma una discriminación injustificada?, a todas luces parece desproporcionada la *ratio* de la misma, aun cuando parece premiarse el establecimiento y consolidación de un capital económico en desmedro de los derechos personalísimos del ser humano.

Es que acaso la Administración sancionadora debe discriminar el derecho a la libertad personal para lograr sus cometidos desnaturalizando el núcleo de los derechos constitucionales, estas dudas no dejan de preocupar a la Sala de la actitud inerte no sólo de los funcionarios laborales sino de los judiciales de haber aplicado y tratar de seguir aplicando dicha sanción, sin el más mínimo valor de justicia que debe atender toda norma de derecho fundamentada en la justicia y fundamentando su actividad en un normativismo o un legalismo formal, vulnerando a su vez el artículo 25 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Aun más, cuando la libertad y la igualdad de las personas son elementos fundamentales de la justicia, entendiendo que "(...) *la teoría de la justicia es aceptable sólo si en ella es posible tener en cuenta en la medida adecuada los intereses y las necesidades, además de la tradición y la cultura, de los individuos implicados*". (Vid. Robert Alexy; "*Justicia como corrección*", DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 26, 2003, p. 161-171).

O es que el pago de una sanción, que por lo demás debe ser destacado su *quantum* en algunos casos, como en el supuesto de las multas impuestas a los patronos no generan una violación al derecho de propiedad de su capital ni ocasionan un menoscabo que ponga en riesgo la funcionalidad operativa de la empresa, es de tal urgencia que se necesita para mantener operativo el aparato estatal en contra de los derechos de los ciudadanos.

Distinto hubiera sido el supuesto, si la referida norma hubiese establecido la adopción de una serie de previsiones, tendentes a adecuar la pena de multa a la economía del condenado o a flexibilizar su ejecución.

En consecuencia, no cabe duda sin cuestionar el *quid* de la sanción, en cuanto a la necesidad del Estado de recubrirse de ciertas medidas coercitivas para el cumplimiento de sus fines, que el enteramiento de la misma ni siquiera se requiere para el funcionamiento directo de la instancia de supervisión laboral, como lo son las Inspectorías del Trabajo, ya que éstas deben ser pagaderas al Tesoro Nacional, conforme a lo establecido en el artículo 651 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Sin embargo, asimismo se aprecia que si bien la norma cumple con el objetivo logrado, del análisis de la misma se destaca que el fin perseguido puede alcanzarse con otros medios menos lesivos a la dignidad de tales funcionarios, ya que el *quantum* aplicado al caso concreto –arresto sustitutivo- no se corresponde con la finalidad perseguida, puesto que el mismo objeto puede ser resarcido mediante otros mecanismos coercitivos que tiene a su disposición el Estado como lo son los astreintes.

En conclusión, debería todo intérprete plantearse una deducción lógico-racional no abstracta de cualquier análisis jurídico, en el sentido de que pareciera que el legislador hizo privar el capital económico sobre los derechos del individuo, lo cual a todas luces conforme a los principios y valores constitucionales reseñados en el presente fallo, en aras del principio de supremacía constitucional, es desde todo punto de vista desproporcionado, irracional, injusto, arcaico con el desarrollo actual de nuestro derecho, discriminatorio y denigrante desde el punto de vista del ser humano.

Atinadamente, Casal (2010, pp.272-274) señala:

La Sala reconoce la importancia de la libertad personal dentro del conjunto de los derechos fundamentales y ratifica que su limitación está

sometida a estrictas condiciones de licitud, entre las que sobresale la de la necesidad de una orden judicial que le sea de soporte. La sentencia no se conforma con la enunciación de esta exigencia, sino que reclama el respeto a las garantías que deben acompañar el proceso del cual resulte la decisión judicial que imponga una privación de libertad. En relación con la normativa examinada, la Sala afirma que si bien el arresto (sustitutorio de la sanción de multa incumplida) proviene de una orden judicial, ésta no nace de un procedimiento judicial rodeado de las debidas garantías, en el que el juez disponga de la facultad de determinar si se justifica en el caso concreto una privación de libertad. El arresto ordenado por el juez del Municipio se configura más bien como la ejecución de una medida adoptada por la Inspectoría del Trabajo, como colofón de un procedimiento administrativo instruido ante la misma Inspectoría. De allí que no hayan sido satisfechos los requerimientos constitucionales.

Despejada esta parte del problema planteado, la Sala Constitucional se pregunta si una solución de tipo interpretativo que exija un procedimiento judicial previo a la imposición del arresto por decisión autónoma del juez, sería compatible con la Constitución, lo cual es respondido apelando al principio de proporcionalidad. Esta es la primera sentencia de la Sala Constitucional en la que, con apoyo en la doctrina especializada y el derecho comparado, se acude al principio de proporcionalidad. Esta es la primera sentencia de la Sala Constitucional en la que, con apoyo en la doctrina especializada y el derecho comparado, se acude al principio de proporcionalidad y se explican sus principales manifestaciones.

Para la Sala Constitucional es preciso sopesar los fines perseguidos por el Estado con la medida de arresto sustitutorio y la magnitud de la restricción sufrida por los derechos fundamentales. El aseguramiento del pago de la multa, es considerado una finalidad legítima pero la

proporcionalidad de la medida es rechazada, porque según la sentencia, la finalidad legal de que sean canceladas las sumas de dinero comprendidas por la multa no justifica una privación de libertad. Para la Sala Constitucional la admisión del arresto con el propósito señalado colocaría a un interés monetario o económico por encima de la libertad personal, lo que no sería en la determinación de la finalidad perseguida, y de la faceta del principio de proporcionalidad que habría sido vulnerada.

Además, la sentencia es imprecisa al aplicar el principio de proporcionalidad, pues algunos pasajes de su texto apuntan hacia una violación de la proporcionalidad por la existencia de medios alternativos menos gravosos, mientras que otros encajan en una apreciación el quebrantamiento de la debida relación entre los beneficios de la restricción y el sacrificio que su consecución comporta. Esta última es la óptica que resulta acertada, pues los medios alternativos al previsto legalmente, no sólo han de ser más benignos para excluir la proporcionalidad de una restricción, sino que han de contribuir con una eficacia no inferior a la obtención de la finalidad legal. El núcleo del problema reside en la relación, valorativa no económica, entre los costos y los beneficios de la medida, es decir, en el juicio de ponderación, que ciertamente se decanta en el sentido indicado por la sentencia. Queda pendiente, no obstante, como la propia decisión señalada, la previsión legal de una forma proporcionada de ejercer coerción sobre los empleadores para asegurar el acatamiento de las resoluciones de la Inspectoría del Trabajo.

De la misma manera, la Sala Constitucional esbozó el principio de proporcionalidad en una sentencia del 14 de noviembre de 2007, N° 2152, (reiterada en otra de la misma sala, del 14 de agosto de 2008, N° 1444) referida al derecho a la libertad económica:

De este modo, las colisiones o conflictos entre valores o derechos, que lleva inherente el carácter mixto de la denominada Constitución económica, permite mantener la armonía del sistema, no mediante la sumisión total de unos valores sustentada en alguna pretendida prevalencia abstracta u ontológica de uno sobre otro, sino mediante el aseguramiento, en la mayor medida posible, de la observancia de cada valor, fijando el punto de equilibrio en atención a las circunstancias del caso y a los principios del ordenamiento.

El comentado punto de equilibrio, se logra a través del principio de compatibilidad con el sistema democrático, que impera en materia de limitación de derechos fundamentales y de acuerdo al cual, las citadas restricciones deben responder al contexto constitucional en el que habrán de ser dictadas. Así, a través del denominado control democrático, que no es más que un análisis de la vigencia del principio de racionalidad, debe constatarse que la actuación del Estado sea idónea, necesaria y proporcional al objetivo perseguido, es decir, que sea apta para los fines que se buscan, requerida ante la inexistencia de una medida menos gravosa para el derecho y finalmente, que la intervención no resulte lesiva, sino suficientemente significativa, pues de lo contrario se plantea una limitación injustificada.

De esta forma, si el ejercicio del derecho se ve limitado excesivamente, la medida devendrá en desproporcionada y por ende, inconstitucional, con lo cual no es suficiente su idoneidad, sino la valoración de un propósito donde deben preponderar los requerimientos sociales del pleno goce de los derechos involucrados, sin trascender de lo estrictamente necesario, pues tal como se desprende del artículo 3 del Texto Fundamental vigente, el Estado venezolano tiene una vocación instrumental que como todo Estado constitucional de derecho, propende al goce y salvaguarda de los derechos fundamentales en un contexto social.

En referencia al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria y de los principios que informan el Derecho Administrativo sancionatorio, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 242, del 13 de febrero de 2002, ha establecido que “forma parte de este fundamental derecho y garantía (debido proceso) (...) el principio de proporcionalidad de la sanción administrativa”.

De igual manera, desde el punto de vista del principio de proporcionalidad de las sanciones, en donde encontramos, evidentemente, amplias potestades discrecionales de los órganos u entes titulares de estas últimas, la Sala Constitucional y la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia han delineado los caracteres de dicho principio; así, en sentencia de la Sala Político Administrativa N° 775, del 23 de mayo de 2007, ha dicho: “todo acto sancionatorio debe guardar una debida correspondencia entre la infracción cometida y la sanción impuesta (...) la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada” (vid. con provecho, SC/TSJ 1140 15/05/2003; SPA/TSJ 1585 16/10/2003; SPA/TSJ 5820 05/10/2005).

De igual forma, en referencia con el principio de proporcionalidad de las sanciones, sentencias de la Sala Constitucional Números 2444, del 20 de octubre de 2004; 2535, del 08 de noviembre de 2004; 174, del 08 de marzo de 2005, y sentencia de la Sala Político Administrativa N° 504, del 30 de abril de 2008, caso Jairo Orozco y otro vs. Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

También la Sala Constitucional en sentencia del 29 de abril de 2003, N° 952, caso nulidad de los artículos 90 y 91 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, se refirió al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria, fijando posición de la siguiente manera:

De lo expresado se puede colegir, que en la materia sancionatoria la Administración no detenta una extrema discrecionalidad que permita que la sanción sea impuesta bajo un régimen de elección de alternativas dentro de un cúmulo de posibilidades, por cuanto dicha libertad debe estar sujeta al principio de proporcionalidad, es decir, que la Administración jamás pueda excederse de los límites que la propia ley le ha conferido.

En el supuesto analizado, si bien no existe una correlación entre la infracción y la sanción, los tipos normativos han sido especificados idóneamente, toda vez que el artículo 90 ha dejado en claro, las conductas que deben ser consideradas como contrarias al régimen funcional de esa Institución, asimismo, el artículo 91 ha establecido el régimen de sanciones a aplicar a la indebida actividad del funcionario. Sin embargo, esta Sala debe advertir al agente aplicador de la norma, vale decir, al Fiscal General de la República, que la misma no constituye una cláusula abierta sobre la cual pueda ejercer a su albedrío, o peor aún, de manera caprichosa, la elección de la sanción a aplicar a la conducta cometida, toda vez que el Ministerio Público debe adecuar, por ser Ente integrante del Poder Moral, su accionar al Estado de Derecho, lo que conlleva a que debe someterse a los lineamientos en la medida de que le sean aplicables, establecidos en la norma adjetiva y principal rectora de los procedimientos administrativos, como lo es, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la cual establece en su artículo 12 que *"[a]un cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia"*, principio rector que debe imperar inclusive en las relaciones de sujeción especial que tenga la Administración con un grupo específico de ciudadanos, entre los cuales evidentemente se encuentran aquellos sometidos a regímenes

estatutarios de personal. Lo que evidentemente conduce a que una de las manifestaciones de la Administración que más se aproxima, e incluso, incide en la esfera de los derechos e intereses de los particulares, como lo es cuando manifiesta el ejercicio de su potestad sancionatoria, debe acondicionarse a los criterios de proporcionalidad, tal como lo señala GARCÍA DE ENTERRÍA, pues *“(...)supone una correspondencia entre la infracción y la sanción, con interdicción de medidas innecesarias y excesivas(...)”*, y como bien la ha sabido indicar la Sala Político Administrativa de este Supremo Tribunal, al señalar en sentencia 2085/2001 que *“(...) la falta de proporcionalidad debida entre el supuesto contemplado en la norma y la sanción impuesta, obedece a un principio contenido en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en virtud del cual se prevé que aun en los casos en que opere cierta discrecionalidad de parte de la Administración, se debe respetar la debida congruencia entre el supuesto de hecho que dio lugar al acto administrativo y la finalidad de la norma, a objeto de alcanzar un verdadero equilibrio en el cumplimiento de los fines de la Administración Pública”*.

De lo expuesto, esta Sala juzga que la normativa invocada no resulta inconstitucional en tanto y en cuanto el ejecutor de la misma conserve una correcta adecuación entre la conducta desplegada por el funcionario y la sanción que determine aplicar, por lo está obligado a equiparar correctamente la infracción y la sanción, bajo idónea fundamentación so pena de incurrir en vicios de inmotivación y/o falso supuesto de hecho o de derecho. La aplicación del principio de proporcionalidad establecido en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos debe considerarse implícitamente establecido en los artículos 90 y 91 de la Ley Orgánica del Ministerio Público a los fines de delimitar la correlación de los hechos respecto a la decisión que adopte la Máxima Autoridad de dicho Ente en materia disciplinaria, por lo que de no ser así, se estaría infringiendo los principio de legalidad y

tipicidad en lo concerniente a la certeza (*lex certa*) que debe tener toda persona que se encuentre sometida a este régimen funcional, por lo que al no haber un nexo que certifique la relación entre ambos órdenes normativos, la correlación entre la conducta u omisión y la sanción, deberá regirse por el principio de proporcionalidad.

Finalmente, en referencia a la proporcionalidad establecida en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia, N° 78, del 10 de febrero de 2009, manifestó:

El límite para el ejercicio de esta potestad radica, se insiste, en la necesidad de “... *tener muy presente los límites generales para el ejercicio de poderes discrecionales, concretamente sobre la debida adecuación, proporcionalidad y razonabilidad entre los hechos concretos y los fines de la ley, así como el respeto a los derechos humanos y valores superiores del ordenamiento jurídico*”, verificación de tales extremos a lo que se concreta, por cierto, el control judicial a que alude el artículo 113 *eiusdem* cuando indica que las medidas preventivas dictadas deberán ajustarse a la proporcionalidad y necesidades de los objetivos que se pretendan garantizar, “...*hasta tanto los órganos jurisdiccionales se pronuncien al respecto*”.

La Sala Constitucional, en una sentencia del 13 de agosto de 2009, N° 1178, relacionada con limitaciones a la libertad económica derivadas de la regulación bancaria, partió del reconocimiento de las dimensiones y estructuras del principio de proporcionalidad:

El *test* de la proporcionalidad exige su verificación en cuatro aspectos: i) el fin de la norma; ii) la comprobación de la idoneidad para alcanzar el fin; iii) la necesidad de la norma; y, iv) la proporcionalidad –ahora entendida en sentido

estricto (...) ciertamente, es posible dictar normas menos gravosas; pero si ellas son inocuas para la realidad venezolana el legislador no sólo no tiene por qué optar por ellas, por el contrario tiene la obligación de legislar para la realidad nacional. Así, lo importante para que se pueda cuestionar la constitucionalidad de la opción legislativa no es la existencia de opciones, sino demostrar que la regla seleccionada no puede sostenerse sin afectar el núcleo esencial de los derechos constitucionales. En definitiva, el legislador cuenta con la libertad de escoger una solución entre varias, incluso una más limitativa que otra u otras. Lo que tiene prohibido es escoger una que anule por completo el derecho constitucional delimitado. Siendo ello así, entre diferentes opciones serán válidas, desde el punto de vista constitucional, aquellas que sean justificables, aunque haya otra que luzca igualmente correcta. Se trata de escoger entre soluciones adecuadas para alcanzar el objetivo trazado, desechando sólo aquellas que estén ceñidas con la razón.

En cuanto a esta sentencia, Casal (2010, p.275) concluye con acierto que esta determinación del alcance del principio de proporcionalidad es sumamente riesgosa. Es absolutamente incierto que la exigencia de estricta necesidad que dimana de aquel principio se reduzca a excluir leyes limitativas que anulen por completo el derecho constitucional afectado. Esta exigencia encamina a establecer una comparación entre medios, cuya referencia fija es el fin de la norma restrictiva y se traduce en el deber de considerar constitucionalmente necesaria la medida que resulte más benigna. Decir que el legislador cuenta con libertad para la elección de la medida limitativa, siempre que no anule completamente el derecho, es vaciar la sustancia de esta dimensión de la proporcionalidad, que terminaría confundándose con la garantía del derecho intrínseco del derecho.

## CONCLUSIONES

Se desprende que la discrecionalidad de la Administración es susceptible de un control que se adentra en la sustancia misma de la potestad discrecional, y que normalmente es empleado cuando se ha comprobado la ineficacia de otros medios de control; consiste en el enjuiciamiento del ejercicio de la potestad a través de los principios generales del Derecho, que tiene como fundamento de constitucionalidad, expreso y claro (a nuestro entender) en el artículo 141 de la Constitución, que somete la actividad de la Administración al Derecho en general. Este medio de control consiste en valorar la decisión discrecional a la luz de principios como el de la proporcionalidad, en la que el órgano jurisdiccional comprueba si la actividad discrecional cumple las tres condiciones siguientes:

- a) Si la medida es idónea o adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella.
  
- b) Si la medida idónea o adecuada es, además, necesaria, en el sentido de que no exista otra medida menos lesiva para la consecución de tal fin con igual eficacia.
  
- c) Si la medida idónea y menos lesiva resulta ponderada o equilibrada, por derivarse de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general, que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto.

El control de la proporcionalidad en sí misma se refiere, fundamentalmente, al proceso de ponderación y a los elementos de argumentación y consiguiente motivación que en el mismo se manifiesten. El análisis detenido de la motivación debería constituir el aspecto principal del

control de la ponderación. No es un análisis meramente formal, por el contrario, el resultado del equilibrio en la proporcionalidad contiene la verificación de si algún interés o elemento de la ponderación ha recibido en ella una valoración no proporcionada a su relevancia objetiva.

El principio de proporcionalidad, así como muchos otros, son orientadores de la actividad administrativa; ellos cobran una destacada dimensión (artículos 12 LOPA y 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública), por lo tanto, la actividad discrecional opera en el seno del ordenamiento jurídico, por lo que estos principios son la atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica. Ellos erosionan la libertad de elección de la discrecionalidad de la Administración.

La discrecionalidad del juez no se incrementa a través de juicios de proporcionalidad, sino al revés, siempre y cuando la aplicación del principio se ciña a los mandatos antes descritos. Aunque se trate de una técnica compleja y difícilmente aplicable en toda su perfección, no deja de ser un criterio que racionaliza el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Aplicado en su integridad, el principio no aporta un arma de intervención en la esfera de la Administración, el *test* de proporcionalidad está destinado a detectar casos de manifiesta desproporción. En definitiva, estamos ante un estándar de control destinado a evitar la absoluta arbitrariedad de la Administración; estándar que abogamos sea recogido y aplicado en su mejor intención por nuestros tribunales administrativos y constitucionales.

El principio de proporcionalidad o prohibición de exceso, constituye un postulado que, en gran medida, racionaliza la actividad de la administración, evitando que la autoridad expanda su actuación arbitraria, y dirigiendo ésta dentro de un criterio de ponderación, medida y equilibrio, como la alternativa última de entre las que menos gravosas resulten para el

particular. La proporcionalidad se sitúa, entonces, en el terreno de la razonabilidad, la adecuación del hecho constitutivo de la medida y el fin de la norma.

La proporcionalidad tiene campo de actuación cuando se le presentan a la Administración alternativas para escoger, esta zona es, por supuesto, controlable por la jurisdicción que es a la que le corresponde juzgar si el principio de la proporcionalidad ha sido cabalmente aplicado, porque si existe un desequilibrio que rompa la ecuación entre el hecho y el fin se lastima el valor de la justicia y se menoscaba la dignidad de la persona humana.

El principio de proporcionalidad también se halla en todos aquellos preceptos que consagran los derechos fundamentales de los ciudadanos, cuya restricción debe siempre quedar supeditada a las exigencias de la proporcionalidad; entonces, el principio de proporcionalidad encuentra su fundamento constitucional en el contenido esencial de cada uno de los derechos fundamentales de la persona.

Lo que hace el principio de proporcionalidad es sentar la interdicción de la arbitrariedad peculiarmente propia del área discrecional de la Administración. El operador jurídico que emplee el principio tendrá que motivar, justificar con razones atendibles, exhibibles y con explicaciones razonadas, cuáles son los elementos que concurren a integrar una decisión, esto quiere decir que el arbitrio de la Administración debe ser razonado, atendiendo a la circunstancias que la misma ley contempla, de allí que el mejor momento que tiene la Administración para encausar una decisión ponderada y proporcional es, justamente, el que se brinda en la motivación de su decisión, lo contrario es arbitrariedad.

La razón jurídica de la razonabilidad y de la proporcionalidad no es otra que la necesidad de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Un límite para la Administración es el control de proporcionalidad de su actividad por parte de los órganos jurisdiccionales.

Estimamos que dentro de un Estado social de derecho y de justicia, 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.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alessi, R. (1970). **Instituciones de Derecho Administrativo**. Traducción de la 3ª edición italiana por Buenaventura Pellisé Prats, Tomo I. Barcelona: Casa Editorial Bosch.

Alexy, R. (2002). **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. Revista Española de Derecho Constitucional. Número 66. Madrid.

Alexy, R. (2002). **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.

Araujo, A. (2004). **El control jurisdiccional de la actuación administrativa y la autonomía del Poder Judicial**. Ensayos de Derecho Administrativo. "Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca". Tribunal Supremo de Justicia. Caracas: Colección Libros Homenaje N° 13.

Atienza, M. (1995). **Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica**. Revista Española de Derecho Administrativo (REDA). Número 85, Enero-Marzo. Madrid: Civitas.

Atienza, M. (1989). **Sobre lo razonable en Derecho**. Revista Española de Derecho Constitucional (REDC). Número 27, Septiembre-Diciembre. Madrid: Centro de estudios constitucionales.

Bachof, O. (1989). **Jueces y Constitución**. Traducción de Grundgesetz und Richtermacht por R. Bercovitz. Madrid: Civitas.

Bacigalupo, M. (1997). **La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)**. Madrid: Marcial Pons.

Balaguer, M. (1997). **Interpretación de la constitución y ordenamiento jurídico**. Madrid: Tecnos.

Balzan, J. (2000). **Los límites a la discrecionalidad, la arbitrariedad y la razonabilidad de la Administración**. Revista de Derecho Administrativo. Número 9, Mayo-Agosto. Caracas: Sherwood.

Barnes, J. (1998). **El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar**. Cuadernos de Derecho Público. N° 5, Septiembre-Diciembre. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas, Instituto Nacional de Administración Pública.

Barnes, J. (1994). **Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario.** Revista de Administración Pública (RAP). Número 135, Septiembre-Diciembre. Madrid: Centro de estudios constitucionales.

Barnes, Javier. (1996). **Una nota sobre el análisis comparado. A propósito del control judicial de la actividad administrativa.** Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de estudio del gabinete jurídico de la junta de Andalucía. Junta de Andalucía. Madrid: Editorial Civitas.

Beladiez, M. (1997). **Los principios jurídicos.** Madrid: Editorial Tecnos.

Beladiez, M. (1994). **Validez y eficacia de los actos administrativos.** Madrid: Marcial Pons.

Beltrán de Felipe, Miguel. (1995). **El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración.** Madrid: Civitas.

Bernal, Carlos. (2003). **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Braibant, G.; Devolve, P; Genevois, B.; Long, M.; Weil, P. (2000). **Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa.** Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

Brewer-Carias, A. (2006). **La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como mecanismo de control judicial de la actividad administrativa.** Ley de responsabilidad social en radio y televisión, Colección estudios legislativos. Número 35. Caracas: Editorial jurídica venezolana.

Brewer- Carias, A. (2005). **Principios del procedimiento administrativo.** Colección estudios jurídicos. Número 16. Caracas: Editorial jurídica venezolana.

Briceño, Gustavo. (2002). **Principios generales que rigen el comportamiento de la Administración, de acuerdo con la nueva Ley Orgánica de la Administración Pública.** Temas de Derecho Administrativo. "Libro homenaje a Gonzalo Pérez Luciani". Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 7.

Casado, L. (1996). **El control de la discrecionalidad administrativa en el Derecho Comunitario Europeo**. Revista Vasca de Administración Pública (RVAP). Número 44 (I), Enero-Abril. Oñati (Guipúzcoa): Instituto Vasco de Administración Pública.

Casal, J. (2008). **Las colisiones constitucionales y su resolución**. Revista de Derecho. Número 27, Junio. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.

Casal, J. (2010). **Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones**. Caracas: Legis.

Casal, J. (2010). **Teoría de los derechos fundamentales: condiciones para la limitación de derechos fundamentales; el principio de proporcionalidad**. Curso de capacitación sobre razonamiento judicial y argumentación jurídica. Coordinadores: Levis Ignacio Zerpa y José M. Delgado. Serie Eventos Nº 3. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.

Ciriano, C. (2000). **Administración Económica y Discrecionalidad (Un análisis normativo y jurisprudencial)**. Colección Derecho Público. Valladolid: Editorial Lex Nova.

Craig, P. (1999). **Administrative Law**. London: Sweet & Maxwell.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De la Cruz Ferrer, J. (1986). **La elaboración y desarrollo de la teoría de los principios generales del derecho público francés**. Revista de Administración Pública (RAP). Número 111, Septiembre-Diciembre. Madrid: Centro de estudios constitucionales.

De la Cruz Ferrer, J. (1985). **Una aproximación al control de proporcionalidad del Consejo de Estado francés. El balance costos-beneficios en las declaraciones de utilidad pública de la expropiación forzosa**. Revista española de Derecho Administrativo (REDA). Número 45, Enero. Madrid: Editorial Civitas.

De Laubadere, A. (1984). **Manual de Derecho Administrativo**. Traducción de J. Villamizar Herrera. Bogotá: Editorial Temis.

Desdentado, E. (1997). **Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudencia)**. Madrid: Civitas.

Desdentado, E. (1994). **Una nota sobre la utilización por los jueces británicos de las técnicas jurídicas de control de la actuación**

**administrativa (el caso Wheeler versus Leicester City Council)**. Revista española de Derecho Administrativo (REDA). Número 82, Febrero. Madrid: Civitas.

Duque, R. (2008). **Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público**. Colombia: Legis.

Fernández, T. (2003). **Arbitrariedad y discrecionalidad en la doctrina jurisprudencial constitucional y administrativa**. Cuadernos de Derecho Judicial XII. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, Centro de Documentación Judicial.

Fernández, T. (2002). **De la arbitrariedad de la Administración**. Madrid: Civitas.

Fernando Pablo, M. (1993). **La motivación del acto administrativo**. Madrid: Editorial Tecnos.

García de Enterría, E.; Fernández, T. (2000). **Curso de Derecho Administrativo**. Tomo I. Navarra: Civitas.

García de Enterría, E. (2005). **Democracia, jueces y control de la Administración**. Madrid: Thomson-Civitas.

García de Enterría, E. (2004). **La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)**. Madrid: Civitas.

García de Enterría, E. (1963). **Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo**. Revista de Administración Pública (RAP). Número 40, Enero-Abril. Madrid: Centro de estudios constitucionales.

Gordillo, Agustín. (2003). **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo I. Parte General. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

González, M. (2003). **El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional**. Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional. Navarra: Thomson-Aranzadi.

Grau, M. (2004). **Tratamiento doctrinario y jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa en Venezuela**. VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carias. "El principio de legalidad y el ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad

económica". Caracas: Fundación estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA).

Hauriou, M. (2003). **Principios de Derecho Público y Constitucional**. Traducción de Carlos Ruiz del Castillo. Edición de José Luis Monereo Pérez. Granada: Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica-Editorial Comares.

Huerta, C. (2011). **Solución a los conflictos entre principios**, en Normas, razones y derechos. Filosofía jurídica contemporánea de México. Edición de Rodolfo Vázquez. Madrid: Trotta.

Igartua, J. (1996). **Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial**. Revista Vasca de Administración Pública (RVAP). Número 46, Septiembre-Diciembre. Oñati (Guipúzcoa): Instituto Vasco de Administración Pública.

Igartua, J. (2000). **El indeterminado concepto de los conceptos indeterminados**. Revista Vasca de Administración Pública (RVAP). Número 56, Enero-Abril. Oñati (Guipúzcoa): Instituto Vasco de Administración Pública.

Lares, E. (2001). **Manual de Derecho Administrativo**. Caracas: UCV.

Leguina, J. (1987). **Principios generales del Derecho y Constitución**. Revista de Administración Pública (RAP). Número 114, Septiembre-Diciembre. Madrid: Centro de estudios constitucionales.

Ley Orgánica de la Administración Pública.

Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Linares, J. (1986). **Derecho Administrativo**. Buenos Aires.

López, J. (1998). **El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo**. Cuadernos de Derecho Público. Nº 5, Septiembre-Diciembre. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas, Instituto Nacional de Administración Pública.

Luqui, R. (2005). **Revisión judicial de la actividad administrativa**. Buenos Aires: Astrea.

MacCormick, N. (1993). **La argumentación y la interpretación en el Derecho**. Revista Vasca de Administración Pública (RVAP). Número 36, Mayo-Agosto. Oñati (Guipúzcoa): Instituto Vasco de Administración Pública.

Marienhoff, M. (1993). **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot,.

Medina, M. (1998). **El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales**. Cuadernos de Derecho Público. Nº 5, Septiembre-Diciembre. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas, Instituto Nacional de Administración Pública.

Medina, M. (1996). **La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales**. Madrid: MacGraw-Hill.

Muñoz, S. (2006). **Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General**. Volumen I. Madrid: Iustel.

Nieto, A. (2000). **El arbitrio judicial**. Barcelona: Editorial Ariel.

Parejo Alfonso, L. (1998). **Manual de Derecho Administrativo**. Barcelona.

Peña, J. (2004). **Manual de Derecho Administrativo**. Volumen I. Colección de Estudios Jurídicos. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.

Ramírez-Escudero, D. (2004). **El control de la proporcionalidad de la actividad administrativa**. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

Rodríguez de Santiago, J. (2000). **La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo**. Madrid: Marcial Pons.

Rondón de Sansó, H. (2000). **Teoría General de la Actividad Administrativa. Organización / Actos internos**. Caracas: Ediciones Liber.

Sánchez, M. (1994). **Discrecionalidad administrativa y control judicial**. Madrid: Editorial Tecnos.

Schwartz, B. (1996). **Administrative Law**. Boston: Harvard Press.

Tornos, J. (1996). **Discrecionalidad e intervención económica**. Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de estudio del gabinete jurídico de la junta de Andalucía. Madrid: Civitas.

Villar, J. (1975). **La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos**. Madrid: Tecnos.